

# ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА

Научный журнал

2012 № 4

Главный редактор: **Печников Андрей Павлович**, доктор юридических наук, профессор, почетный работник высшего профессионального образования РФ

Заместитель главного редактора: **Ирошников Денис Владимирович**, кандидат юридических наук

## Члены редакционной коллегии:

**Алексеев Кирилл Васильевич**, кандидат филологических наук, доцент (г. Рязань)

**Ананьева Клара Яковлевна**, кандидат юридических наук, профессор (г. Рязань)

**Ветютнев Юрий Юрьевич**, кандидат юридических наук, доцент (г. Волгоград)

**Горшунов Денис Николаевич**, кандидат юридических наук, доцент (г. Казань)

**Жаров Сергей Николаевич**, доктор юридических наук, доцент (г. Челябинск)

**Климова Анна Николаевна**, кандидат юридических наук (г. Рязань)

**Кулешова Наталья Николаевна**, кандидат юридических наук (г. Рязань)

**Малько Александр Васильевич**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (г. Саратов)

**Матузов Николай Игнатьевич**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (г. Саратов)

**Михайлова Ирина Александровна**, доктор юридических наук, профессор (г. Рязань)

**Мордовец Александр Сергеевич**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ (г. Саратов)

**Пантюхина Инга Владимировна**, кандидат юридических наук, доцент (г. Рязань)

**Придворов Николай Антонович**, доктор юридических наук, профессор (г. Тамбов)

**Придворова Мария Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент (г. Тамбов)

**Пузиков Руслан Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент (г. Тамбов)

**Цыбулевская Ольга Ивановна**, доктор юридических наук, профессор (г. Саратов)

**Чердаков Олег Иванович**, доктор юридических наук, профессор (г. Москва)

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (РОСКОМНАДЗОР)  
*Учредитель: Ирошников Денис Владимирович*

Свидетельство о регистрации **ПИ № ФС 77 – 41561** от 13.08.2010 г.

Выходит 1 раз в квартал

ISSN 2220-5500

Журнал включен в систему Российского индекса научного цитирования

Подписной индекс в Объединенном каталоге «Пресса России» – 82319

Сайт журнала: [www.jur-science.ucoz.ru](http://www.jur-science.ucoz.ru)

## *Почтовый адрес редакции:*

390044, г. Рязань, а/я 58,

[jur-science@mail.ru](mailto:jur-science@mail.ru)

## *ООО «Издательство «Концепция»*

390044, г. Рязань, ул. Крупской, д. 17 корп. 1

[conception.rzn@gmail.com](mailto:conception.rzn@gmail.com)

При перепечатке ссылка на журнал обязательна.

Свободная цена

## СОДЕРЖАНИЕ

### ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА, ИСТОРИЯ ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ

**Гатилова А.С.**

Качество законов  
как объект прогнозирования..... 4

**Кузин В.Н.**

«Майские декреты 1918 года в истории  
Советского государства и права..... 8

**Куксин И.Н., Матвеев П.А.**

Теоретические основы классификации  
функций права ..... 13

**Скоробогатов А.В.**

Методология исследования права  
в современном  
российском правоведении ..... 19

### КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО, МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

**Самодаева Л.Н.**

Значение функционального подхода  
для определения места и роли  
муниципального права  
в системе российского права ..... 23

**Сербин М.В.**

Источники избирательного права  
Российской Федерации ..... 28

**Степанченко В.И.**

Приобретение независимости  
Российской Федерации.  
Проблема «суверенизации» ..... 31

### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, СЕМЕЙНОЕ ПРАВО, МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

**Ефимцева Т.В.**

Соотношение инновационного права  
и предпринимательского права ..... 36

**Кульба Г.Ю.**

Проблема применения физическими лицами,  
имеющими статус индивидуального  
предпринимателя, имущественного  
налогового вычета в отношении доходов  
от продажи имущества ..... 40

**Лескова Ю.Г.**

Принцип добровольности вступления  
в саморегулируемую организацию  
как основополагающий элемент  
механизма саморегулирования ..... 46

**Ходырев П.М.**

Правоотношения в сфере образования:  
опыт конструирования  
теоретической модели ..... 49

### УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

**Бражник С.Д., Инджгия А.М.**

Правоприменительная техника  
в уголовном праве:  
юридическое содержание,  
виды и границы понятия..... 53

**Соловьев О.Г., Дмитриев Е.С.**

Понятие, виды и классификация  
средств дифференциации  
уголовной ответственности  
в Уголовном кодексе  
Российской Федерации ..... 56

**Фролов И.В.**

Характер влияния административно-  
процессуальной формы реализации  
положений института банкротства  
на правовую природу банкротства ..... 59

### АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, ФИНАНСОВОЕ ПРАВО, ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

**Беккалиев Д.Х.**

Административно-правовая  
характеристика системы  
государственного управления  
железнодорожным транспортом  
в России ..... 65

---

**Захорольных Н.В.**

Особенности административно-  
правового статуса  
арбитражного управляющего..... 69

**ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС,  
АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС**

**Матросов Н.А.**

К вопросу о специфике  
судебного разбирательства  
по делам  
о расторжении брака..... 74

**МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО,  
ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО**

**Сазонова К.Л.**

Основания международно-правовой  
ответственности государств  
в международном праве..... 77

**Чибисов Д.М.**

Международно-правовая  
охрана проприетарного  
цифрового контента (ПЦК):  
проблемы и перспективы..... 80

**ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН,  
СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

**Зиннатуллин Н.З.**

Проведение диагностики деятельности  
органов исполнительной власти  
Республики Татарстан в вопросах  
противодействия коррупции в сфере  
высшего профессионального образования  
Республики Татарстан .....86

**Мартыненко И.Э.**

Право и формы собственности  
на культурные ценности  
в Республике Таджикистан .....91

**Сумбарова М.В.**

Актуальные вопросы задержания  
в латвийском уголовном процессе .....99

**Титовская А.В.**

Электронное тайное голосование в России  
и за рубежом: сравнительно-  
правовой анализ .....106

**СТУДЕНЧЕСКАЯ НАУКА**

**Резвых Д.С.**

Административные суды в Российской  
Федерации: нужны ли они?.....109

## КАЧЕСТВО ЗАКОНОВ КАК ОБЪЕКТ ПРОГНОЗИРОВАНИЯ

ГАТИЛОВА Алла Сергеевна

**Аннотация:** в статье рассматриваются теоретические и практические вопросы определения качества законов, раскрывается содержание этого понятия, дается характеристика качества закона как объекта прогнозирования, определяются перспективы работы над качеством законов в России.

**Annotation:** in the article theoretical and practical questions of determination of law quality are considered, the content of this notion is revealed, characteristics of law quality as an projectandum are given, prospects of working on law quality in Russia are determined.

**Ключевые слова:** прогнозирование, законодательство, закон, качество закона, объект прогнозирования.

**Key words:** prognostics, legislation, law, law quality, projectandum.

Системное развитие законодательства как целостной и сбалансированной системы, его эффективность зависят от действия различных факторов, одним из которых является качество принимаемых законов. Использование научных методов прогнозирования динамики отечественного законодательства<sup>1</sup> приводит к выводу, что темпы увеличения объема законодательства, характерные для современного периода, в среднесрочной перспективе будут сохраняться. Об этом свидетельствует и содержание отраслевых концепций развития законодательства Российской Федерации, подготовленные ведущими научными коллективами страны<sup>2</sup>. При таких обстоятельствах в обозримом будущем не утратит актуальности и остроты существующая в настоящее время проблема обеспечения качества законов.

Определенную помощь в решении этой задачи может оказать прогнозирование будущего состояния и динамики качества российских законов. Подобного рода прогнозы позволят оптимизировать государственную деятельность, обеспечивающую реализацию законов, состоящую в планировании и осуществлении подзаконного нормотворчества, коррекции, а также организационном, методическом обеспечении правореализационной и правоприменительной практики. Они также могут послужить делу совершенствования законодательской деятельности. В этом, как представляется, состоит ценность прогнозирования качества законов.

В связи с этим возникает проблема не только практического, но и теоретического порядка, состоящая в определении содержания соответствующего понятия, а также в обосновании самой возможности прогнозирования этого качества. В правовой науке «качество законов» не рассматривается как объект юридического прогнозирования. Традиционно такими объектами признаются система права, отдельные отрасли и правовые институты, предмет правового регулирования, правовой режим, эффективность действия проектируемых законов и др. Несмотря на эти устоявшиеся представления об объектах прогнозирования в сфере права, полагаем, что качество законов может и должно быть отнесено к их числу. На это указывает наличие у «качества закона» свойств, характерных для объектов юридического прогнозирования.

Поскольку прогноз – это предсказание будущих перемен, то объектом прогностических исследований могут выступать процессы и явления, способные к изменению, развитию<sup>3</sup>. Качество закона как объект прогнозирования обладает следующими признаками: способностью к изменению, развитию; наличием процессов изменения, развития, в которых закономерное превалирует над случайным, второстепенным; оригинальным содержанием, которое формируется в реальной жизни помимо прогностических исследований.

Понятие «качество закона» характеризует совокупность свойств и связей, которые должен иметь любой принятый закон и соответственно которые необходимо придать ему еще на

<sup>1</sup> Практические аспекты прогнозирования законодательства и эффективности применения прогнозируемых норм / В.И. Радченко [и др.] // Журн. рос. права. 2008. № 8. С. 3–14.

<sup>2</sup> Концепции развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. М., 2010.

<sup>3</sup> Сырых В.М. Юридическое прогнозирование // Тр. ВНИ-ИСЗ. М., 1987. Вып. 36. С. 431.

стадии проектирования законотворчества. Оно определяет задачи, решаемые в процессе законотворчества, и в то же время является критерием эффективности<sup>4</sup> подготовленных законопроектов.

В российском правоведении пока нет единого определения понятия «качество закона», поскольку оно было введено в научный оборот сравнительно недавно и в значительной мере является дискуссионным. В настоящее время имеется лишь ряд плодотворных попыток раскрыть содержание этого понятия<sup>5</sup>. В правовой науке наметились два подхода к пониманию «качества закона». Сторонники одного из них связывают «качество закона» с его способностью соответствовать экономическим и иным социальным реалиям. Так, под «качеством закона» понимается его соответствие общественным потребностям и способность обеспечивать регулирование общественных отношений сообразно поставленным при издании закона целям. При этом выделяются три аспекта качества закона: социальный, политический и юридический<sup>6</sup>.

Социальная характеристика качества закона включает в себя, во-первых, степень адекватности отражения в законе происходящих в обществе процессов, во-вторых, точность проецирования этих процессов на будущее, в-третьих, прогнозирование возможных путей развития сфер общества и неразрывно связанного с этим выбора оптимальных путей правового регулирования, их видоизменения в желательном для законодателя направлении. Его политическая характеристика представляет собой степень соответствия выбранных законодателем вариантов регламентации общественных отношений требованиям законодательной политики и задачам общественного развития на ту или иную перспективу.

В основу другого подхода к проблеме качества закона положена философская категория «качества». Данная категория раскрывает совокупность всеобщих признаков, которые составляют качество любого явления, процес-

са природы, общества или мышления и тем самым выступает методологическим основанием в изучении качества конкретного явления, в данном случае закона.

Оба подхода не противоречат друг другу, а находятся между собой в прямой связи. Если первый из них ориентирован на изучение качества закона в его соотношении с экономическими, политическими и иными явлениями и в ходе исследования речь идет о качестве содержания норм права и их социальной обусловленности, то другой подход специализируется на изучении качества формы закона, присущих ему как источнику права признаков и формам изложения правовых норм в тексте закона. Поскольку форма и содержание находятся в тесной взаимосвязи, то и качество закона может быть раскрыто полно и всесторонне лишь как качество его формы и содержания. Именно этот комплексный подход к проблеме качества закона представляется наиболее целесообразным.

Исходя из этого, понятие «качество закона» можно определить как совокупность свойств, необходимо присущих закону, характеризующих его как регулятор общественных отношений. Его слагаемыми считаются свойства правовой легальности закона (соответствие его нормативно-правовым требованиям), инструментально-правовое свойство (особенности регламентации правовых средств), технико-юридические свойства (уровень техники изложения закона и его соответствия требованиям законодательной техники)<sup>7</sup>.

Качество закона является одним из факторов эффективности государственного управления качеством жизни человека<sup>8</sup>. Оно отражает обусловленность правовой формы и социально-экономического содержания основного инструмента государственного управления общественными ресурсами (закона) принципами концепции качества жизни. Закон как инструмент государственного управления и способ публичного управления общественными ресурсами используется для реализации социальной функции государства и в этой роли должен обеспечивать:

<sup>4</sup> Тихомиров Ю.А. Эффективность закона: от цели к результату // Журн. рос. права. 2009. № 4. С. 3–10.

<sup>5</sup> Игнатенко В.В. Правовое качество законов об административных правонарушениях. Иркутск, 1998; Поленина С.В. Качество закона и эффективность законодательства. М., 1993; Сырых Е.В. Общие критерии качества закона: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

<sup>6</sup> Поленина С.В. Качество закона и эффективность законодательства.

<sup>7</sup> Игнатенко В.В. Правовое качество законов об административных правонарушениях. С. 16–23.

<sup>8</sup> Доклад Совета Федерации 2008 г. «О состоянии законодательства в Российской Федерации». М.: Изд-во Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, 2009. С. 467.

– установление социально ориентированных целей, приоритетов и принципов управления общественными ресурсами (прямые методы государственного регулирования) и(или) формирования институциональной среды (косвенные методы государственного регулирования), а также соответствующих им критериев оценки результатов и социально-экономических последствий действия (исполнения) закона;

– согласование возможностей (задач, интересов, потребностей, ресурсов) всех участников отношений в регулируемой сфере отношений;

– формирование дееспособного механизма реализации закона (прав, обязанностей, ответственности) органами власти и неопределенным кругом лиц;

– создание прямой и обратной связи между участниками отношений.

Выполнение законом этих и ряда иных функций определяется его содержанием и позволяет судить о том, насколько в результате законотворчества реализованы принципы концепции качества жизни населения – паритет отдельной личности и органов власти, паритет различных социальных групп и слоев населения, первостепенная ценность общественного согласия и компромисса, социальное равенство и справедливость.

Кроме того, на выполнение законом вышеуказанных функций влияет его правовая форма, минимизирующая социальные риски неисполнения (ненадлежащего или неэффективного исполнения) закона в правоприменительной практике. Так, нормативность, полнота и конкретность положений закона существенно снижают уровень общественных издержек, связанных с преодолением в процессе достижения социальных целей различных препятствий – межведомственных противоречий, дублирования полномочий органов власти, наличием пробелов в законодательстве, неэффективностью разделения полномочий и ресурсов и т.д. Простота, краткость, ясность, точность положений закона обеспечивают доступность правовой информации для всех участников отношений, создавая условия для равноправного диалога (взаимодействия) человека и власти. Определенность, последовательность, непротиворечивость положений закона являются одним из условий для формирования дееспособного механизма реализации закона и достижения социальных целей кратчайшим путем.

Перспективы работы над качеством законов определяют сегодня следующие тенденции.

Во-первых, принципы реализации концепции и показатели качества жизни населения, определяя предназначение (функции) закона как механизма управления социально-экономическими процессами и результатами, формируют шкалу (систему координат) для проведения социально-экономической экспертизы законопроектов или результатов исполнения законов. Для проведения такой экспертизы важным становится поиск ответа на вопрос, выполняет ли конкретный закон (законопроект) указанные функции. Например, принцип концепции «паритет интересов отдельной личности и государственных структур, паритет различных социальных групп и различных слоев населения» соответствует функции закона как «способ согласования возможностей (интересов) всех участников отношений». Развивающаяся сегодня антикоррупционная экспертиза законопроектов и законов является одним из элементов социально-экономической экспертизы, определяющей необходимость и эффективность использования общественных ресурсов (полномочий, имущества, финансов) в законодательно установленной форме государственного управления.

Во-вторых, этап правовой гармонизации законодательства субъектов Российской Федерации и федерального законодательства в значительной степени завершен. С формальным приведением регионального законодательства в соответствие с федеральным разобрались, система надзора и контроля функционирует, систематическое взаимодействие законодательных и надзорных органов обеспечено. Необходимый минимум для легитимной реализации полномочий региональных органов государственной власти создан, законность работы власти в целом обеспечена. Следующим этапом работы является совершенствование социально-экономического содержания законов, повышение эффективности законодательного обеспечения деятельности органов власти исходя из следующих приоритетов:

– формирование исчерпывающего законодательного механизма реализации государственных гарантий обеспечения прав и свобод человека и гражданина, установленных Конституцией РФ;

– наполнение содержания законов элементами, необходимыми для выполнения законами функции комплексной регулирующей функции

(право, финансы, отрасли) и достижения устанавливаемых ими целей;

– развитие мониторинга системы, процессов, законодательства, результатов (правового обеспечения, управленческих технологий, научных методов анализа) как необходимого условия обоснованности правотворчества и результативности правоприменения<sup>9</sup>.

Как было отмечено выше, совершенство закона означает, что закрепленные в нем правовые нормы обладают свойствами нормативности и общеобязательности, не содержат пробелов и противоречий. Закон также должен предусматривать действенный юридический механизм, обеспечивающий реальное действие норм права. Кроме этого, качественное совершенство закона означает, что его текст логически последовательно и правильно, в соответствии с требованиями грамматики русского языка, четко и ясно излагает нормы права<sup>10</sup>. Формирование надлежащего качества

закона обеспечивается применением специальных правил и приемов, составляющих содержание законодательной техники.

Законодательная техника является одним из средств обеспечения качества принимаемых законов как с содержательной стороны, так и с точки зрения их оформления. Строгое соблюдение ее правил является необходимым условием поддержания действующего законодательства в «рабочем состоянии». Недооценка и упрощение этой техники приводят к многочисленным законодательным и правоприменительным ошибкам, порождающим неверное понимание и нарушения законности. Это влечет снижение эффективности законов, затрудняет унификацию в процессе подготовки и использования законодательных текстов. Поэтому дальнейшее развитие российского законодательства в значительной мере связано с совершенствованием методических приемов и правил подготовительной работы с текстами законопроектов.

---

<sup>9</sup> Доклад Совета Федерации 2008 г. «О состоянии законодательства в Российской Федерации». С. 466–475.

<sup>10</sup> Прозоров В.Ф. Качество и эффективность хозяйственного законодательства в условиях рынка. М., 1991 ; Законодательная техника : науч.-практ. пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова. М., 2000.

## «МАЙСКИЕ» ДЕКРЕТЫ 1918 ГОДА В ИСТОРИИ СОВЕТСКОГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

КУЗИН Валерий Николаевич

**Аннотация:** статья посвящена малоизученным аспектам государственно-правового развития Республики Советов. Раскрыты действительные причины принятия известных «майских» декретов 1918 года, показано их негативное влияние на способность государства разрешить «продовольственный вопрос».

**Annotation:** article is poorly explored aspects of State-legal development of Republic of Councils. Valid reasons for "disclosed the May 1918, the decrees" and their negative impact on the ability of the State to solve the food issue.

**Ключевые слова:** продовольственное снабжение, декреты, продотряды, война с крестьянами.

**Key words:** food, decrees, prodotrâdy, war with the peasants.

В современных исследованиях, посвященных истории отечественного государства и права, применяется достаточно богатый арсенал научных методов. Использование их разнообразного инструментария позволяет снять с реальных событий шелуху времени, наносы идеологического макияжа, дает возможность с большой долей достоверности восстановить ход государственно-правового развития. При этом весьма значимые результаты дает применение историко-правового метода исследования. Анализ документов минувших эпох в контексте развития конкретного исторического сюжета порой ломает устаревшие шаблоны и стереотипы, заполняет крупные лакуны в научных представлениях.

Особенно перспективным направлением видится применение метода историко-правового анализа в исследованиях периода становления советской власти. Послеоктябрьские месяцы долгое время идеализировались и мифологизировались, показывались, как «триумфальное шествие Советской власти». В результате, сохранив неизвестные страницы своей истории, они обросли мифами и вымыслами, искажившими реальный ход государственного строительства. Определенный научный интерес вызывает анализ пакета декретов, принятых в мае 1918 года, послуживших отправной точкой массового создания продовольственных отрядов. Среди них особое значение имеет декрет ВЦИК «О предоставлении Народному Комиссару Продовольствия чрезвычайных полномочий по борьбе с деревенской буржуазией, укрываю-

щей хлебные запасы и спекулирующей ими»<sup>1</sup> от 9 мая и принятое в тот же день постановление СНК «О мобилизации рабочих на борьбу с голодом»<sup>2</sup>.

В историографии, посвященной этому периоду, как правило, простое упоминание «майских» декретов представляется отдельным и, собственно, законченным актом государственного строительства. Причины и последствия их принятия глубоко не анализировались. Отсутствует и ответ на вопрос, каким же образом осуществлялось продовольственное снабжение населения до мая месяца, и почему, спустя более половины года своего существования, новая власть вновь была вынуждена обратиться к такому крайнему средству, как мобилизация рабочих? Исследование огромного пласта проблем, вставших перед государством в области продовольственного снабжения, показывает, что одновременное принятие чрезвычайных декретов от 9 мая совсем не случайно.

Во взглядах пришедших к власти большевиков доминировала идея отрицания традиционных государственных институтов, их замены «всеобщим вооружением народа»<sup>3</sup>. Воплощением этой идеи представлялась Красная гвардия, которая должна была восполнить все потребности советского государства в вооружен-

<sup>1</sup> См.: Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам : в 5 т. 1917–1928 гг. М. : Политиздат, 1967. Т. 1. С. 55–57.

<sup>2</sup> См.: Декреты Советской власти. М. : Политиздат, 1959. Т. II. С. 264–266.

<sup>3</sup> КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). 9-е изд., доп. и испр. М. : Политиздат, 1983. Т. 2 : 1917–1922. С. 51.

ной силе, заменить и армию, и полицию<sup>4</sup>. К октябрю 1917 года отряды Красной гвардии были созданы в 146 губернских и уездных городах и на железнодорожных станциях страны<sup>5</sup>.

В послеоктябрьский период, в соответствии с революционными постулатами, эти отряды стали представляться «первыми зачатками системы вооруженного народа в рабочем государстве»<sup>6</sup>. Общее количество красногвардейцев в целом по стране уже насчитывало примерно 200–250 тыс. человек<sup>7</sup>. По мере распространения и укрепления советской власти, Красная гвардия становилась ключевым элементом новой государственности, призванным выполнять различные задачи. Красногвардейские отряды применялись как вооруженная сила на фронте, использовались в качестве милиции в тылу, охраняли важные государственные объекты, боролись со спекулянтами и саботажниками.

Важно подчеркнуть, что именно Красная гвардия как в центре, так и на местах, проводила обыски и реквизиции продовольствия по ордерам Советов, сопровождала продовольственные грузы, подавляла первые крестьянские выступления<sup>8</sup>. В начале ноября 1917 года только из Петрограда в сельскую местность было направлено более семи тысяч рабочих-красногвардейцев<sup>9</sup>. В январе 1918 г. В.И. Ленин уже требовал для этого дела «особых поездов и отрядов»<sup>10</sup>. Красногвардейцы приняли самое активное участие в прекращении погромов помещичьих имений и передаче их местным Советам<sup>11</sup>. Таким образом, Красная гвардия стала первой формой реквизиционных структур.

Однако к весне 1918 года стала очевидной несостоятельность Красной гвардии как уни-

версальной вооруженной силы<sup>12</sup>. В ней ухудшилась дисциплина, что уже представляло известную опасность<sup>13</sup>. Появились обвинения в том, что «Красная гвардия является моральным виновником тех грабежей, которые делаются под флагом Красной гвардии»<sup>14</sup>. Красногвардейцами все чаще допускалось пьянство, дурное обращение с арестованными, хищение конфискованных или реквизированных предметов и продуктов, ими производились самочинные обыски, аресты, злоупотребление оружием. Состояние Красной гвардии во многих местах стало неудовлетворительным, более того, «в ней началось разложение»<sup>15</sup>. В некоторых городах начались чистки красногвардейских отрядов<sup>16</sup>. Красная гвардия не смогла выполнять и задачи регулярной армии. Официальные документы того времени констатировали, что она представляет собой «неоформленную массу людей, совершенно не подготовленных к планомерным боевым действиям»<sup>17</sup>.

Крайне низкой была и эффективность этих отрядов, отправляемых за продовольствием. Прежде всего, это проявлялось в объемах заготавливаемого хлеба, которые были минимальны и не могли обеспечить нормальное снабжение населения. Причем к весне посылка красногвардейцев в деревню все чаще заканчивалась их разоружением или уничтожением<sup>18</sup>. Уже с марта 1918 года проявилась опасная тенденция к неуклонному сокращению поступлений хлеба. Так, если в феврале и марте было заготовлено 36,5 % хлеба установленного плана, то в апреле только 14,1 %, а в мае всего 12,2 %<sup>19</sup>. Катастрофическая ситуация, сложившаяся с продовольствием к маю и стала одной из причин чрезвычайных «майских» декретов. Таким образом, практика государственного строительства показала, что идея создания универсальной Красной гвардии являет-

<sup>4</sup> См.: Рабинович А. Большевики приходят к власти: революция 1917 года в Петрограде : пер. с англ. / общ. ред. и послесл. Г.З. Иоффе. М. : Прогресс, 1989. С. 163.

<sup>5</sup> См.: Морозов В.Ф. От Красной гвардии к Красной Армии. Борьба московских большевиков за создание Вооруженных сил Советской республики в 1917–1918 годах. М. : Московский рабочий, 1958. С. 67.

<sup>6</sup> Гусев С.И. Гражданская война и Красная Армия. М. : Воениздат, 1958. С. 204.

<sup>7</sup> См.: Советские Вооруженные силы. Вопросы и ответы. Страницы истории / П.Н. Бобылёв [и др.]. М. : Политиздат, 1987. С. 12.

<sup>8</sup> См.: Верхось В.П. Красная гвардия в Октябрьской революции. М. : Мысль, 1976. С. 224.

<sup>9</sup> См.: Конев А.М. Красная гвардия на защите Октября. М. : Наука, 1978. С. 119.

<sup>10</sup> Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 50. С. 30.

<sup>11</sup> См.: Богденко М.Л., Зеленин И.Е. Совхозы СССР. Краткий исторический очерк (1917–1975) / под. ред. И.М. Волкова. М. : Политиздат, 1976. С. 11–12.

<sup>12</sup> См.: Морозов Б.М. Партия и Советы в Октябрьской революции. Изд. 2-е. М. : Мысль, 1977. С. 137.

<sup>13</sup> См.: Старцев В.И. Очерки по истории Петроградской Красной гвардии и рабочей милиции (март 1917 – апрель 1918 г.). М. : Наука, 1965. С. 241.

<sup>14</sup> Большевицкие Военно-революционные комитеты. М. : Политиздат, 1958. С. 171.

<sup>15</sup> Там же. С. 241.

<sup>16</sup> См.: Великая Октябрьская социалистическая революция: хроника событий (11 января – 5 марта 1918 г.) / отв. ред. В.Д. Поликарпов. М. : Наука, 1986. С. 9.

<sup>17</sup> Старцев В.И. Очерки по истории Петроградской Красной гвардии и рабочей милиции... С. 204.

<sup>18</sup> См.: История Великой Октябрьской социалистической революции. С. 553.

<sup>19</sup> См.: Там же. С. 551.

ся утопией, и с середины марта началось ее постепенное расформирование.

«Майские» декреты закладывали правовые основы применения Народным комиссариатом по продовольствию вооруженной силы при подготовке хлеба. Однако он ее не имел, да и не мог иметь. Более того, в тот период надежных силовых структур, фактически, не имело и само государство. Здесь необходимо остановиться на некоторых малоизвестных особенностях государственного развития этого периода.

Прежде всего, следует учитывать, что прежнюю армию целенаправленно разлагали с самого начала мировой войны, и как единый военный организм она уже не существовала. Армия необратимо распалась. Отмечалось, что «войска потеряли всякую боеспособность, требуют мира любой ценой, в массовом порядке оставляют фронт, грабят, бесчинствуют в тылу»<sup>20</sup>. Одновременно «процесс разложения старой царской армии, как гангрена, поразил и военных моряков, которых еще совсем недавно и притом вполне справедливо называли "красой и гордостью революции"»<sup>21</sup>. В.И. Ленин был вынужден признать: «...у нас нет армии, у нас нет организации»<sup>22</sup>.

Красную гвардию уже с марта начали расформировывать. ВЧК сама еще только создавалась, а значимая вооруженная сила у нее появилась только к концу года. В мае же отряды комиссии были малочисленны и децентрализованы, серьезного значения еще не имели<sup>23</sup>. Опорой Советской власти не могла стать и новая армия. Даже в советской литературе признавалось, что в тот период создаваемая армия являла собой «малосознательную и недисциплинированную массу»<sup>24</sup>. Эта армия была просто ненадежна<sup>25</sup>. Ненадежность проявлялась в «митинговании, отказе идти на тот или иной участок фронта, нежелании идти против "своих" – то есть подавлять бандитские выступления»<sup>26</sup>. Таким образом, для выполнения осо-

рых внутригосударственных задач, связанных с реквизициями продовольствия, необходимая вооруженная сила просто отсутствовала.

При этом следует обратить внимание на одно очень странное, на первый взгляд, обстоятельство. Отказ от Красной гвардии почему-то произошел в период отсутствия других силовых структур, причем, в масштабах страны он прошел как-то незаметно. Более того, расформирование красногвардейских отрядов началось еще в марте, а известная мобилизация рабочих в продотряды была объявлена только в середине мая. Такая непонятная пауза в государственном строительстве, несомненно, требует своего объяснения.

Все дело в том, что в распоряжении советской власти была особая и эффективная вооруженная сила. Располагая ею, большевики смогли расформировать не оправдавшую надежд Красную гвардию, а взамен создать ряд регулярных силовых структур. Речь идет о так называемых «интернациональных формированиях», образованных из иностранных граждан. Все это время интернациональные отряды, подразделения и части успешно выполняли поставленные новой властью особые задачи, прежде всего, – подавление крестьянских восстаний. Сведения, содержащиеся в различных источниках, говорят об активном и повсеместном участии этой специфической вооруженной силы в становлении советской власти, в реализации функций нового государства, а также в решении многоаспектной продовольственной проблемы в 1917–1920 годах.

Необходимо иметь в виду, что к октябрю 1917 года в стране, по различным причинам, оказалось около 5 млн иностранных граждан. К началу I Мировой войны в России уже насчитывалось 1,3 млн иммигрантов<sup>27</sup>. Количество беженцев из Польши, Румынии, Сербии оценивается в 1,5 млн человек<sup>28</sup>. В ходе военных действий добавилось еще от 2 до 2,4 млн пленных солдат и офицеров<sup>29</sup>.

Страна была усеяна лагерями для военнопленных<sup>30</sup>. В этой людской массе были представители многих народов: австрийцы, Болга-

<sup>20</sup> Садуль Ж. Записки о большевистской революции. 1917–1919. М.: Книга, 1990. С. 52.

<sup>21</sup> Бонч-Бруевич М.Д. Вся власть Советам. М.: Воениздат, 1964. С. 260.

<sup>22</sup> Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 36. С. 18.

<sup>23</sup> См.: Кузин В.Н. Мифы советской истории: формирование ВЧК // Актуальные проблемы современной юридической науки и практики: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 3. Саратов, СГУ. 2009. С. 37–42.

<sup>24</sup> Моисеев С.И. Полк рабочей Москвы. Военные мемуары М.: Воениздат, 1960. С. 27.

<sup>25</sup> См.: Бернштам М. Почему победили большевики // Молодая гвардия. М., 1992. № 5/6. С. 195.

<sup>26</sup> Дубровский С. Григорьевщина // Война и революция. М.: Военный вестник, 1928. № 4. С. 87.

<sup>27</sup> См.: Копылов В.Р. Октябрь в Москве и зарубежные интернационалисты. М.: Наука, 1988. С. 18.

<sup>28</sup> См.: Интернационалисты. Участие трудящихся стран Центральной Европы в борьбе за власть Советов в России 1917–1920 гг. / отв. ред. А.Я. Манусевич. М.: Наука, 1987. С. 39.

<sup>29</sup> См.: Там же. С. 31.

<sup>30</sup> См.: Жаров Л.И., Устинов В.М. Интернациональные части Красной Армии в боях за власть Советов в годы иностранной военной интервенции и Гражданской войны в СССР. М.: Воениздат, 1960. С. 7.

ры, венгры, испанцы, китайцы, корейцы, немцы, поляки, румыны, сербы, словаки, хорваты, чехи и др.<sup>31</sup> Иностранцы массово вступали в местные красногвардейские отряды или образовывали свои, красногвардейские по сути, структуры. Большинство формирований, состоящих из военнопленных, прошло типичный путь: сводное подразделение – красногвардейский отряд – красноармейская часть<sup>32</sup>. Растущая безработица толкала иностранных граждан к поступлению на военную службу. Красноармейцы состояли на полном государственном довольствии и, сверх того, получали 50 рублей в месяц<sup>33</sup>. Причем российского гражданства для поступления на службу тогда еще не требовалось.

В советской литературе подавление «кулацких восстаний» обычно приписывается частям Красной армии, с чем нельзя согласиться. Использование формирующейся, малочисленной и недисциплинированной армии против бравшихся за оружие крестьян, зачастую вчерашних фронтовиков, представляется нереальным. К тому же, с середины 1918 года, с началом принудительных мобилизаций крестьян, процент рабочих в Красной армии постоянно снижался и к 1920 году составлял уже менее 15 %<sup>34</sup>. Основной армией являлось крестьянство.

Но крестьянская армия по определению не могла подавлять крестьянские восстания. Требовались, следовательно, «какие-то иные, безусловно преданные революции силы, готовые исполнить любой приказ»<sup>35</sup>. Такой надежной силой и стали многочисленные интернациональные формирования, находящиеся в распоряжении местных Советов, приданные полкам и дивизиям Красной армии, а также входящие в состав красноармейских частей.

Эти формирования выполняли основные карательные функции в период становления нового государства. Это выражалось в подавлении крестьянских восстаний, разгроме многочисленных очагов сопротивления большевикам как в городах, так и в армии, в восстановлении на местах Советской власти. Важную роль они играли и в непосредственном реше-

нии «продовольственного вопроса» в качестве вооруженной силы продотрядов.

Сводка только по одному Московскому военному округу показывает, что в 1918 году интернациональные части дислоцировались в Туле, Ярославле, Рязани, Воронеже, Смоленске, Витебске, Орле, Карачаеве, Москве, Муроме, Курске<sup>36</sup>. Всего же в Красной армии действовало свыше 250 интернациональных отрядов, полков общей численностью около 250–300 тыс. человек<sup>37</sup>. Они ломали крестьянское сопротивление и обеспечивали выкачку хлеба из деревни весь период 1917–1920 годов. В документах отмечено, что «при применении карательных отрядов местность в кратчайший срок выполняет 100 % разверстки, а иногда, в виде особого штрафа, 500–1 000 % разверстки»<sup>38</sup>. Интернациональные части во многом обеспечили строительство механизма Советского государства, в частности его военнореквизиционных формирований. Но при всей своей надежности, они все же представляли собой, в первую очередь, военно-репрессивную силу. Их с успехом можно было использовать в качестве карателей при подавлении крестьянских восстаний, а не для повседневной продовольственной работы.

В то же время, содержание декрета от 9 мая четко говорит о переходе государства к планомерным реквизициям продовольствия. Для их обоснования была создана новая правовая конструкция – «излишки хлеба». Таковыми объявлялся «весь избыток хлеба сверх количества, необходимого для обсеменения полей и личного потребления по установленным нормам до нового урожая». Вот этот «избыток» хлеба и стал предметом интересов государства. На выявление и изъятие означенных «излишков» была направлена вся работа разбухающего продовольственного аппарата. Во исполнение этого декрета, уже 29 мая приказом Наркомпрода началось формирование продовольственных отрядов<sup>39</sup>. Таким образом, принятие «майских» декретов означало окончательный отказ от диалога с крестьянством и переход

<sup>31</sup> На Юге России воевали даже индийцы. См.: Они сражались вместе с нами (хроника, документы, воспоминания) // Дружба народов. 1957. № 10. С. 164.

<sup>32</sup> См.: Там же. С. 121.

<sup>33</sup> См.: Декреты, положения и приказы по Красной Армии. М., 1918. С. 1.

<sup>34</sup> См.: Рабоче-крестьянский союз. 1918–1920 гг. / отв. ред. Е.Г. Гимпельсон. М.: Наука, 1987. С. 216.

<sup>35</sup> Селонин В. Истоки // Новый мир. 1988. № 5. С. 167.

<sup>36</sup> См.: Боевое содружество трудящихся зарубежных стран с народами Советской России (1917–1922) : док. и материалы / под ред. Г.В. Шумейко [и др.]. М.: Советская Россия, 1957. С. 122.

<sup>37</sup> См.: Гражданская война в СССР : в 2 т. М.: Воениздат, 1980. С. 94. Т. 1 : Подавление внутренней контрреволюции. Срыв открытой интервенции международного империализма (окт. 1917 – март 1919 г.).

<sup>38</sup> Из истории войск ВЧК и пограничной охраны : док. и материалы. 1917–1921. М.: Воениздат, 1958. С. 139.

<sup>39</sup> См.: РГВА. В. 42. Оп. 1. Д. 278. Л. 5.

к диктату с позиции силы. Так, к середине июня 1918 года продотряды насчитывали 2 863 бойца<sup>40</sup>. С введением продразверстки численность продармии достигла 25 тыс. человек<sup>41</sup>. Изъятие хлеба у крестьян стало похожим на боевые действия.

Естественным ответом на политику реквизиций стала все более поднимающаяся волна крестьянских выступлений в Сибири, на Урале, в Поволжье. Только в июле 1918 года в центральных губерниях имело место 96 восстаний и выступлений против советской власти, в августе – 107<sup>42</sup>. На почве реквизиций скота и хлеба значительные восстания крестьян в июле – августе произошли в уездах Смоленской, Московской, Воронежской, Новгородской, Псковской, Петроградской, Пензенской, Костромской губерний. На их подавление были брошены интернациональные части Красной армии<sup>43</sup>. По имеющимся данным, в 1918 году произошло более 400 крестьянских восстаний<sup>44</sup>.

Майские декреты, по сути, заложили основы тупиковой продовольственной политики. Государство оказалось заложником силового варианта решения «продовольственного вопро-

са». Уже вскоре продармии окажется недостаточно. Для слома крестьянского сопротивления властям придется выставить заградительные отряды на транспортных узлах страны, создать многочисленные отряды военпродбюро, бросить против крестьян коммунистические части особого назначения и карательные интернациональные части Красной армии<sup>45</sup>.

В ответ образовались десятки повстанческих армий на Украине, в Западной Сибири, в черноземных губерниях. Только крестьянская армия Антонова насчитывала около 50 тыс. человек<sup>46</sup>. Здесь и началось осознание того, что силовое решение проблемы продовольственного снабжения ведет к острому структурному кризису. Окончательную же точку в порочной продовольственной политике поставил Кронштадт.

Отметим, что с восстановлением обычных рыночных механизмов вся правовая база, как и все инструменты прежней силовой политики, быстро оказались не нужными. Мощные структуры продармии, военпродбюро, ЧОН, как и все заградительные отряды, были безболезненно и незаметно упразднены, а в городах появилось продовольствие.

<sup>40</sup> См.: РГВА. В. 42. Оп. 1. Д. 278. Л. 6.

<sup>41</sup> См.: РГВА. Ф. 4. Оп. 3. Д. 52. Л. 373.

<sup>42</sup> См.: Чекисты Ленинграда на страже революции / В.А. Кутузов [и др.]. Л., 1989. С. 136–137.

<sup>43</sup> См.: Судьбы российского крестьянства. М. : Рос. гос. гуманитар. ун-т, 1995. С. 105.

<sup>44</sup> См.: Власть и общество в условиях Гражданской войны // Отечественная история. М. : Наука, 1998. № 3. С. 87.

<sup>45</sup> См.: Кузин В.Н. Качество государственного управления и решение «зерновой проблемы» в 1920-е гг. // История государства и права. 2010. № 15. С. 32–37.

<sup>46</sup> См.: Всемирная история : в 24 т. / А.Н. Бадак [и др.]. Минск : Соврем. литератор, 1999. Т. 21 : Мир в период создания СССР. С. 221.

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КЛАССИФИКАЦИИ ФУНКЦИЙ ПРАВА

КУКСИН Иван Николаевич  
МАТВЕЕВ Павел Александрович

*Аннотация:* в статье рассматриваются теоретические основы классификации функций права на современном этапе. В сравнительном ключе приводятся мнения отечественных ученых и ученых других стран. Исследуется традиционное в теории права деление функций права на общесоциальные и собственно юридические.

*Annotation:* article examines the theoretical basis of classification of functions of law at this stage. In a comparative way reflect the views of our scientists and scholars from other countries. Investigated in the traditional theory of law, the division of the functions of law to the general social and legal fact.

*Ключевые слова:* право, функция права, классификация функций права.

*Key words:* law, function of law, classification of functions of law.

Право, как справедливо утверждает профессор А.В. Малько, представляет собой систему общеобязательных, формально-определенных норм, установленных или санкционированных государством, выражающих меру свободы и ответственности в обществе, являющихся регуляторами общественных отношений и поддерживаемых силой государственного принуждения<sup>1</sup>.

Право возникает как результат объективной потребности усложнившегося, внутренне противоречивого общества. Своим регулирующим воздействием оно обеспечивает организованность, стабильность и правовой порядок в обществе.

Возникнув в силу объективных причин, право начинает активно взаимодействовать с обществом. В этом взаимодействии ведущая роль, несомненно, принадлежит обществу, которое детерминирует содержание права, решающим образом влияет на его развитие. Поэтому право не может быть выше достигнутого экономического и духовного уровня данного общества и развивается вместе с ним. Вместе с тем, право вбирает в себя все социально ценное от обычаев, господствующих в обществе морали и религии, впитывает в себя достижения мировой культуры и цивилизаций<sup>2</sup>.

Несмотря на свою самостоятельность, право не существует в социальной системе изолированно. Оно находится в тесном и постоянном взаимодействии с другими, функционирующими в обществе социальными регуляторами (религиозными, политическими, моральными и т.д.). Однако по сравнению с ними, право – наиболее эффективный, властно-принудительный и вместе с тем цивилизованный регулятор. Это неотъемлемый атрибут всякой государственности, который является одним из ярчайших и значительных достижений человеческой цивилизации и культуры, своеобразным юридическим богатством общества.

Воздействие на общественные отношения осуществляется посредством функций права, в которых раскрывается его социальное назначение (востребованность обществом). Реализация функций характеризует внешнее проявление права. Поэтому изучение и анализ данной категории способствует более глубокому познанию права, определению его роли и места в обществе, а также всех существующих направлений его воздействия на общественные отношения. В этом заключается главная методологическая ценность познания функций права.

Впервые данный термин был введен в научный оборот известным немецким философом Г.В. Лейбницем в качестве логико-математической категории. В русском языке слово «функция» появилось в середине XVIII века от французского *fonction*, что означает «исполнение», «осуществление», «совершение».

В философии под функцией понимается явление, зависящее от другого и изменяющее-

<sup>1</sup> Малько А.В. Экзамен по теории государства и права «100 ответов на 100 возможных вопросов»: учеб.-метод. пособие. М., 1996. С. 46.

<sup>2</sup> Рашева Н.Ю., Гомонов Н.Д. Ценность права в контексте системы ценностей современного российского общества // Вестн. МГТУ. 2006. № 1. Т. 9. С. 54–56.

ся по мере изменения этого другого явления. В других науках функция понимается как роль, значение чего-нибудь, обязанность, круг деятельности<sup>3</sup>. В юридической науке термин «функция» употребляется для характеристики социальной роли государства и права. В юридическое понятие функций права вкладывается двойной, но внутренне взаимосвязанный смысл: роль, которую осуществляет право или определенный правовой институт, и конкретные направления правового регулирования (воздействия) на общественные отношения.

Таким образом, термин «функция» достаточно многозначен, он употребляется для описания динамических структур и в первую очередь для характеристики их действия, воздействия, деятельности. К тому же этот термин не является собственно-юридическим понятием.

Вопрос о функциях права относится к числу дискуссионных. Одним из системообразующих факторов в праве являются его функции. «Изменение функций обычно влечет за собой и изменение субстратной части структуры, т. е. структуры, понимаемой как строение»<sup>4</sup>. Происходит это потому, что обособление правовых общностей так или иначе вызвано своеобразием функций, осуществляемых данным участком правовой системы. Вот почему структурный подход к исследованию систем характеризуется, как правило, совместным рассмотрением их строения и функций.

Несмотря на почти полувековой опыт активного исследования понятия «функция права», на сегодняшний день можно констатировать отсутствие единого взгляда на эту проблему. Нет также и единой общепринятой системы классификации функций права. Большое внимание этим вопросам уделено в трудах таких ученых, как Т.Н. Радько, В.А. Толстик, М.И. Байтин, В.Г. Смирнов, С.С. Алексеев, И.Е. Фарбер, В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Вопленко, В.Н. Синюков, А.И. Абрамов и др.

Т.Н. Радько отмечает, что функцией права может быть только основное направление правового воздействия, так как только то, что является основным направлением правового воздействия, может выступать в качестве функ-

ции права<sup>5</sup>. Действие права в неосновном направлении не может считаться его функцией. Само воздействие характеризует все направления и формы влияния права на общественную жизнь. Поэтому такие понятия, как «правовое воздействие» и «правовое регулирование», неоднозначны: первое по своему содержанию более широкое<sup>6</sup>. Л.А. Чумак полагает, что под функцией права необходимо понимать «особое направление правового воздействия»<sup>7</sup>.

По мнению В.И. Леушина, «сущность и социальное назначение права проявляются в его функциях. Они отражают основные направления воздействия права на общественные отношения и поведение людей»<sup>8</sup>. В.Н. Хропанюк отмечает, что «функции права – это основные направления его воздействия на общественные отношения, поведение людей»<sup>9</sup>. В.Н. Синюков считает, что «функции права можно определить как правовую характеристику социокультурной реальности общества и отдельных его компонентов»<sup>10</sup>.

По мнению В.Д. Филимонова, функция права – это социальная роль, которую оно выполняет в организации (упорядочении) общественных отношений, определяемая направленностью и методом их правового регулирования<sup>11</sup>. Например, А.В. Малько под функцией права подразумевает основные направления правового воздействия, выражающие роль права в упорядочении общественных отношений. С их помощью можно познать предназначение права в обществе, его динамику, действие. В функциях всегда отражается сущность, природа права, необходимость самого существования права как социального регулятора. Именно в функциях проявляется его социальная ценность, заключающаяся в установлении с помощью права определенного порядка, ус-

<sup>5</sup> Радько Т.Н. Теоретические и методологические проблемы функций социалистического права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1978. С. 12.

<sup>6</sup> Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. М. : Юрид. лит., 1981. Т. 1. С. 290.

<sup>7</sup> Чумак Л.А. Природа и механизм реализации охранительной функции советского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1986. С. 5.

<sup>8</sup> Леушин В.И. Социальная ценность и функции права. Теория государства и права / под ред. В.М. Корельского, В.Д. Первалова. М. : Инфра-М, 1997. С. 260.

<sup>9</sup> Хропанюк В.Н. Теория государства и права : учеб. пособие / под ред. В.Г. Стрекозова. М. : Отчество, 1993. С. 167.

<sup>10</sup> Синюков В.Н. Функции права. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М. : Юристъ, 1997. С. 155.

<sup>11</sup> Филимонов В.Д. Охранительная функция уголовного права. СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. С. 50.

<sup>3</sup> Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / под ред. С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой. М. : А ТЕМП, 2007. С. 847.

<sup>4</sup> Бастрыкина О.А. Функции права как один из системообразующих факторов внутреннего содержания права // Политика. Власть. Право : межвуз. сб. науч. ст. Вып. 7 / под ред. С.А. Комарова. СПб. : Изд-во юрид. ин-та, 2003. С. 16.

тойчивости, согласованности, организованности, меры свободы и т.п.<sup>12</sup>

Таким образом, большинство ученых под функциями права понимают основные направления его воздействия. Однако некоторые авторы вкладывают в понятие функций права более узкое содержание – правовое регулирование общественных отношений. Например, В.М. Горшенев отмечает, что функции права призваны отражать направления правового регулирования<sup>13</sup>.

М.И. Байтин считает, что «функции права есть наиболее существенные направления и стороны его воздействия на общественные отношения, в которых раскрывается общечеловеческая и классовая природа и социальное назначение права». Справедливо указано, что «воздействие права шире по объему и включает в себя правовое регулирование, общесоциальное, духовное, культурное, воспитательное воздействие, а правовое регулирование представляет собой основную, важнейшую часть правового воздействия на общественные отношения»<sup>14</sup>.

По мнению Т.Н. Радько, «понятие "функция права" должно охватывать одновременно как назначение права, так и вытекающие из этого направления его воздействия на общественные отношения. Поэтому, раскрывая содержание какой-либо функции права, необходимо постоянно иметь в виду связь назначения права с направлениями его воздействия и, наоборот, – предопределенность последних назначением права. Собственно функция права – это реализация его социального назначения». Таким образом, он обосновал вывод о том, что при определении функций права необходимо исходить из его социального назначения, которое выступает важнейшим конституирующим элементом, придает им единство, стабильность, целенаправленность. То есть процесс реализации основных функций права – это процесс воплощения в жизнь социального назначения права, а оно изначально создано для того, чтобы действовать, осуществлять упорядоченное целенаправленное влияние на общественные отношения.

Можно выделить следующие основные характеристики функций права:

1. Функция права вытекает из его сущности и определяется назначением права в обществе. Функция – это «свечение» сущности права в общественных отношениях.

2. Функция права – это такое направление его воздействия на общественные отношения, потребность в осуществлении которого порождает необходимость существования права как социального явления. В этом смысле можно сказать, что функция характеризует направление необходимого воздействия права, то есть такого, без которого общество на данном этапе развития обойтись не может (регулирование, охрана).

3. Функция выражает наиболее существенные, главные черты права и направлена на осуществление коренных задач, стоящих перед правом на данном этапе его развития.

4. Функция права представляет направление его активного действия, упорядочивающего определенный вид общественных отношений. Поэтому одним из важнейших признаков функции права является ее динамизм. Функции права вытекают из его сущности и определяются его социальным назначением. Они выражают объективную необходимость существования права в обществе, являются формой и средством проявления этой социальной необходимости права. Функции выражают наиболее существенные, главные черты права. Функции права характеризуют право в действии, являются выражением его динамической природы<sup>15</sup>.

Большинство ученых приходят к выводу о том, что под функцией права необходимо понимать направление правового воздействия на общественные отношения и социальное назначение права<sup>16</sup>. Понятие «функция права» охватывает одновременно назначение права и направление его воздействия на общественные отношения. Функция права – это такое назначение и направление его воздействия на общественные отношения, потребность в осуществлении которого порождает необходимость действия права как социального явления.

<sup>12</sup> Малько А.В. Теория права и государства. М. : Юрист, 2000. С. 114–115.

<sup>13</sup> Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М. : Юрид. лит., 1972. С. 32.

<sup>14</sup> Байтин М.И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 12, 16.

<sup>15</sup> Волпенко Н.Н. Сущность, принципы и функции права. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 1998. С. 45–46.

<sup>16</sup> Синюков В.И. Функции права // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. С. 154–157 ; Перевалов В.Д. Социальная ценность и функции права // Теория государства и права / под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. С. 241 ; Радько Т.Н. Функции права // Теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. С. 99 и др.

Не менее дискуссионной является и проблема классификации функций права. Понятно, что широкий спектр направлений правового воздействия на общественные отношения обуславливает наличие у права множества функций. Эти функции, находясь между собой в тесной взаимосвязи, образуют сложную систему, глубоко понять которую возможно лишь в том случае, если исследовать каждую из входящих в нее функций не изолированно, а взаимосвязанно, в единстве со всеми остальными.

Наиболее весомый вклад в изучение функций права внес Т.Н. Радько, который предложил следующие основания их классификации:

1. Дифференцирование функций в соответствии с элементами системы права на общеправовые, межотраслевые, отраслевые, правовых институтов, норм права.

2. Выделение основных и неосновных функций права (аналогично существующей дифференциации функций государства). К основным функциям (регулятивной, охранительной, экономической, политической, воспитательной) он относит наиболее значительные направления правового воздействия на общественные отношения. Эти функции свойственны всем отраслям права. Неосновные же функции – ограничительная, восстановительная, компенсационная, экологическая, информационная, социальная (в узком смысле этого слова) – характеризуются тем, что охватывают менее широкую сферу воздействия и характерны не для всех отраслей права.

3. В соответствии со следующим критерием классификации – способом воздействия права на общественные отношения – автор выделяет собственно юридические и социальные функции права. К основным собственно юридическим функциям права он относит регулятивную (статическую, динамическую) и охранительную. Как отмечает ученый, данные функции «имманентны праву, именно они и характеризуют право как специфическое качественно самостоятельное образование»<sup>17</sup>. Неосновные собственно юридические функции – ограничительная, компенсационная, восстановительная.

К основным социальным функциям относятся экономическая, политическая и воспитательная. Неосновными социальными функциями являются экологическая, информационная и социальная (в узком смысле слова). Ду-

мается, что разработанная Т.Н. Радько классификация достаточно универсальна, полно и всесторонне отражает все многообразие направлений правового воздействия на общественные отношения. При этом она полностью соответствует правилам научной классификации (деления понятий). Не случайно эта точка зрения широко распространена среди ученых (в частности, ее поддерживает Н.Н. Вопленко<sup>18</sup>). Однако, с нашей точки зрения, у нее имеются следующие недостатки.

1. При дифференциации функций права на собственно юридические (регулятивная и охранительная) и социальные (экономическая, политическая и воспитательная) достаточно неудачным представляется употребление термина «социальные». В данном случае эта категория имеет весьма условный характер. По нашему мнению, всем без исключения функциям права присуща социальная направленность ввиду того, что право выступает как мощный социальный регулятор.

2. Весьма спорно отнесение воспитательной функции к группе социальных. Она является относительно обособленной, поскольку воспитательный момент свойствен всем функциям права. Находясь в тесном взаимодействии с иными направлениями правового воздействия, данная функция способствует повышению авторитета права. Поэтому ей принадлежит особое место в системе функций права.

В научной литературе встречаются и иные классификации социальных функций. Так, В.Л. Кулапов и А.В. Малько<sup>19</sup> выделяют среди этой группы культурно-историческую и функцию социального контроля. Хотя данные функции и отражают отдельные аспекты направлений правового воздействия, выделять их в качестве самостоятельных представляется нецелесообразным. На наш взгляд, функция социального контроля является определенной стороной воспитательной функции, а культурно-историческая базируется в рамках социально-культурной функции.

В.Н. Синюков в классификации общесоциальных функций, помимо культурно-исторической, воспитательной и функции социального контроля, выделяет также информационно-ориентирующую функцию<sup>20</sup>. Данная функция (информационно-ориентирующая) представляет

<sup>18</sup> Вопленко Н.Н. Сущность, принципы и функции права. С. 45.

<sup>19</sup> Кулапов В.Л., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2008. С. 136.

<sup>20</sup> Синюков В.Н. Функции права. С. 156.

<sup>17</sup> Радько Т.Н. Теория государства и права. М., 2009. С. 324.

элемент воспитательной функции. Поэтому считаем нецелесообразным ее выделение в качестве самостоятельной. Однако следует отметить, что автор не выделяет две другие, весьма значимые социальные функции – экономическую и политическую. По нашему мнению, данные сферы общественных отношений являются неотъемлемой частью правового воздействия.

М.И. Байтин выделяет основные и иные общие функции права. В качестве основания такой классификации выступает двуединый критерий, предполагающий оценку воздействия права на общественные отношения – его характер и цель<sup>19</sup>. Согласно характеру правового воздействия выделяется регулятивная функция, которая в сочетании с целью этого воздействия воплощается в трех общих основных, собственно юридических функциях права, распространяемых на действующую систему права в целом, – в регулятивно-статической, регулятивно-динамической и регулятивно-охранительной. Помимо трех общих основных функций права, согласно упомянутому критерию, автор выделяет четвертую общую функцию права – воспитательную. Эта функция не основная и не собственно юридическая<sup>20</sup>. В качестве второго критерия классификации – той или иной сферы общественных отношений, подпадающей под правовое воздействие, выделяются следующие функции права:

- общие (производные от основных) – экономическая, политическая, социально-культурная;
- частные (производные от основных) – экологическая, налоговая и др.;
- функции отраслей права (производные от основных);
- функции правовых институтов (производные от основных и отраслевых);
- функции отдельных правовых норм (производные от основных, отраслевых и функций правовых институтов).

В отношении предложенной М.И. Байтиным классификации следует обратить внимание на следующие его принципиальные позиции:

- несогласие ученого в отношении применяемого Т.Н. Радько термина «социальные функции» при дифференциации функций права на собственно юридические (регулятивная и охранительная) и социальные (экономическая, политическая и воспитательная). Автор подчеркивает, что «все функции права без исключения являются социальными»;

– неприемлемость отнесения воспитательной функции (в отношении классификации Т.Н. Радько) к социальным функциям права. М.И. Байтин отмечает, что данная функция имеет «относительно самостоятельное общесоциальное значение».

Предлагаемая М.И. Байтиным система характеризуется множественностью применяемых критериев классификации функций права, с высокоразвитыми связями между подвидами функций, рассматриваемых с позиций дифференцированного подхода по глубине и широте уровня воздействия на общественные отношения. На наш взгляд, использование данной системы, с одной стороны, позволяет провести достаточно всестороннее и объемное классифицирование функций права, с другой – выстраивает несколько перегруженную для восприятия картину. Рассматривая указанную систему, хочется согласиться с А.И. Абрамовым и отметить неполное ее соответствие научной классификации (правилам деления понятий), так как объем деления превышает объем делимого понятия, «...в данном случае объем понятия – регулятивная функция права – полностью исчерпывается двумя ее подвидами – регулятивно-статической и регулятивно-динамической функциями, ...очевидно, что для охранительной функции права в этом ряду деления места нет».

Своеобразную позицию в отношении дифференциации норм права по характеру содержащегося в них правового предписания (управомочивающие, обязывающие, запрещающие) занимает И.А. Кузнецов, который предлагает выделять в качестве общих и основных функций правонаделительную, правообязывающую и правообеспечительную. В качестве неосновных функций права он называет учредительную, компенсационную, восстановительную, ограничительную и карательную.

Данная классификация, на наш взгляд, является хорошим дополнением к уже имеющимся в научной литературе наработкам. Но хочется особо подчеркнуть, что для глубокого понимания права, его роли, социального назначения, а также многогранности направлений правового воздействия одного основания дифференциации функций права недостаточно. Надлежащая научная классификация должна включать в себя синтез различных критериев.

А.И. Абрамов предлагает условно классифицировать функции права на две большие группы: собственно юридические (регулятивная и охранительная) и социальные (экономи-

ческая, политическая, экологическая, собственно социальная и др.). Воспитательная функция занимает обособленное место и «не является ни собственно юридической, ни социальной функцией»<sup>25</sup>. В рамках своей классификации автор выделяет ее по объекту воздействия, утверждая: «...если большинство функций права (как собственно юридические, так и социальные) воздействуют на общественные отношения, то объектом воздействия воспитательной функции выступают сознание и воля людей». С таким критерием «выделения» данной функции трудно согласиться ввиду того, что право воздействует на общественные отношения только посредством влияния на сознание и волю людей. Поэтому рассматриваемое свойство воспитательной функции не является ее специфическим признаком. Полагаем также недостаточным использование данным автором лишь одного основания классификации функций права (по ранее изложенным причинам).

Исходя из этого, можно предложить следующую дифференциацию функций права:

1) по объему правового воздействия на общественные отношения (общеправовые, межотраслевые, отраслевые, функции правовых институтов и норм права);

2) в зависимости от сторон правового воздействия:

– собственно юридические (регулятивная, охранительная, компенсационная, ограничительная, восстановительная, карательная и др.);

– условно-социальные (экономическая, политическая, социально-культурная, экологическая и др.);

3) в зависимости от способов правового воздействия: регулятивная (статическая, динамическая) и охранительная;

4) в зависимости от той сферы общественных отношений, на которую распространяется правовое воздействие: экономическая, политическая, социально-культурная, информационная, экологическая и др.

## МЕТОДОЛОГИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

СКОРОБОГАТОВ Андрей Валерьевич

**Аннотация:** статья посвящена исследованию современных тенденций развития отечественного правопонимания. Автор делает вывод о плюрализме современного российского правопонимания на основе исследования сущности права и методологических оснований отдельных теорий права.

**Annotation:** the article devoted to research of modern lines of development of home lawunderstanding. The author does the conclusion about pluralism of modern Russian lawhtunderstanding at the base to research the essence of the law and the methodological bases of separate theories of the law.

**Ключевые слова:** правопонимание, сущность права, теории права, методология исследования права.

**Key words:** lawunderstanding, essence of the law, theory of the law, methodology of research of the law.

Развал Советского Союза и преодоление марксистско-ленинской парадигмы как методологии гуманитарных наук, в том числе и юриспруденции, привел к тому, что в современной российской правовой науке, правотворчестве и правореализации отсутствует единая трактовка права, существует плюрализм теорий правопонимания. Это осложняет формирование позитивной правовой реальности, в которой правопорядок и правомерное поведение индивида соответствуют не только букве закона, но и социальным представлениям. Во многом такое положение связано с кризисом правопонимания, заложенным Конституцией РФ<sup>1</sup>, которая основана на агломерате трех теорий правопонимания: нормативизме, социологии права и естественно-правовой теории. Попытки преодолеть эту проблему в отраслевом правотворчестве и создании эффективного механизма правоприменения при восприятии конституции как высшей нормативной и доктринальной ценности не увенчались и не могли увенчаться успехом.

Поэтому перед теорией права в настоящее время стоит задача разработки такой теории правопонимания, которая могла бы дать теоретически обоснованные и верифицируемые критерии правового начала, очерчивающие границы конституционно-правового пространства для законодателя и правоприменителя, концепции, которая бы адекватно описала осо-

бенности современной российской правовой реальности.

Среди основных тенденций развития современного российского правопонимания следует отметить: 1) интегративность как стремление синтезировать наиболее значимые моменты конкурирующих теорий права или объединить методологии нескольких классических теорий права для изучения всех аспектов многогранного феномена права; 2) универсальность, выражающуюся в том, что теория права должна не просто фиксировать существующие нормы права, но и объяснять особенности их реализации на практике, в том числе через призму их восприятия отдельными индивидами, социальными и профессиональными группами; 3) обращение к дореволюционной доктрине, которая рассматривается как альтернатива западной юриспруденции в возможности объяснить особенности российского права в контексте изучения отечественной правовой культуры; 4) униформизация, представляющая собой стремление отечественных ученых обязательно облечь свои представления о праве в рамки определенной теории, претендующей на объяснение всех сторон права.

Несмотря на то, что преодоление марксистско-ленинской парадигмы на рубеже 1980–1990-х годов для правоведения означало фактический отказ от советского «узконормативного подхода», развитие отраслевых юридических наук показало, что в условиях господства нормативной системы права исследование общих закономерностей и тенденций его развития без обращения к формально-догматическому методу невозможно. Это способствовало возрождению

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации : [принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.] (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ) // СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

нормативного интереса и нормативной теории в 2000-е годы, прежде всего в работах М.И. Байтина<sup>2</sup>. Однако новая нормативная теория не может считаться ни продолжением «узконормативного подхода» А.Я. Вышинского, ни развитием русской дореволюционной догматической юриспруденции, ни возрождением на новой почве «чистой теории права» Г. Кельзена. Это – теория, созданная на совершенно новой методологии, основанной на рецепции нескольких классических теорий и их адаптации к российским правовым реалиям. В отличие от классического, современный российский нормативизм не отрицает, что процесс правотворчества основывается на реальном осмыслении происходящих в обществе процессов; нормы права не являются чем-то изначально заданным, на их формирование влияет множество факторов, при этом имеет место обратная связь между правовыми нормами и правоотношениями, складывающимися в практической жизни; поддерживается идея о правотворчестве не только государственных органов, но и общественных организаций. Сторонники нормативной теории защищают концепцию правового государства; подчеркивают необходимость последовательного связывания государственной власти, ее произвола с помощью правовых средств; защищают идею приоритета прав человека во всех сферах общественной жизни<sup>3</sup>.

Признание дуализма естественного и позитивного права широко распространилось в современном российском правоведении. По мнению В.К. Бабаева, для того чтобы уяснить суть права и его признаки, уместно обратиться к старой, хорошо разработанной в дореволюционной юриспруденции идее деления права на позитивное и естественное<sup>4</sup>. «Естественное право, – как утверждает В.К. Бабаев, – представляет собой совокупность идеальных, глубоко нравственных и в высшей степени справедливых представлений о праве... Позитивное право – это право, которое выражено в принятых государством нормах, законодательстве, а также в других источниках права».

В итоге В.К. Бабаев считает возможным дать следующее определение права: «право – это система нормативных установок, опирающаяся на идеи справедливости и свободы,

выраженная большей частью в законодательстве и регулирующая общественные отношения». Таким образом, он предъявляет к праву требования справедливости и свободы, которые определяются природой человека. Но, признавая возможность существования права вне законодательства, он связывает его действительность именно с соответствием вышеназванным критериям как позитивным ценностям, к которым естественно стремится социальный субъект и именно поэтому реализует право в жизни. Отсюда вытекают два вывода: 1) государственное принуждение выступает лишь как дополнительный и второстепенный обеспечитель действия права; 2) позитивное право является лишь частью естественного, в систему которого входят, помимо норм, также правосознание и правоотношения<sup>5</sup>.

Однако признание существования некоего нормативного естественного права наряду с правом позитивным, как считает, например, Я.В. Гайворонская, уводит исследователя в область идеальных абстракций, не проверяемых эмпирически, и не имеет положительного познавательного потенциала<sup>6</sup>. Абстрактность конструкции естественного права в данном случае необоснованно усложняет и без того сложную проблему правопонимания.

В Конституции РФ права и свободы человека признаются высшей ценностью, имеющей прямое действие. Юридический позитивизм здесь уступает место естественно-правовому пониманию. В п. 2 ст. 17 Конституции РФ сказано, что «основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения». Права и свободы человека, таким образом, признаются существующими объективно, имеющими дозаконотворческий и внезаконотворческий характер. Однако эти положения носят недостаточно четко выраженный юридический характер, определяя сложность их применения на практике<sup>7</sup>.

Как отмечают сторонники теории естественного права, переходные условия правовой жизни общества вынуждают опираться на иные, неформализованные источники права, в частно-

<sup>2</sup> См., например: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) : моногр. Изд. 2-е, доп. М. : Право и государство, 2005. 544 с.

<sup>3</sup> См. например: Веденин В.С. Правопонимание и патентное право : моногр. / под ред. А.В. Аверина ; Владимир. юрид. ин-т М-ва юстиции РФ. Владимир : Транзит-ИКС, 2007. С. 79–81.

<sup>4</sup> Теория государства и права : учеб. / под ред. В.К. Бабаева. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2007. С. 198–200.

<sup>5</sup> Подробнее см.: Карташов В.Н. Проблема правопонимания в работах В.К. Бабаева и основные подходы к исследованию права // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества : сб. науч. тр. Ярославль : ЯрГУ, 2010. Вып. 10. С. 4–15.

<sup>6</sup> Гайворонская Я.В. Нормативность права как идеологическая и правовая концепция в отечественном правоведении // Юрид. образование и наука. 2000. № 2. С. 10–12.

<sup>7</sup> Подробнее см.: Насыров Р.В. Человек как самоценность: О формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г. : курс лекций. Барнаул : Изд-во АлтГУ, 2009. 344 с.

сти на правовую доктрину естественного права<sup>8</sup>. Естественное право представляет собой именно доктрину, а не право в собственном смысле слова, поскольку не имеет обеспечительного механизма реализации своих положений. Ученые порой отмечают применительно к ч. 1 ст. 17 Конституции РФ, что признание и гарантия прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией имеет характер общей политической декларации и не определяет иерархическое положение соответствующих принципов и норм в российской правовой системе<sup>9</sup>. В сущности, воспринятая Конституцией РФ презумпция связанности государства естественными и неотчуждаемыми правами человека не более чем ориентир желаемого направления правового развития. Естественное право как совокупность правовых идей входит в правовую реальность постольку, поскольку принадлежит к правовой идеологии.

Усиление в отечественной науке позиций социологии как метода познания не только общества в целом, но и всей совокупности социальных явлений, одним из которых признается право, стимулировало формирование социологического направления в правопонимании. К настоящему времени сложилась достаточно устойчивая традиция социологического правоведения, которое стремится не только теоретически изучить феномен права как социального и культурного явления, но и проанализировать с этих позиций правовые институты российского общества<sup>10</sup>. К концу 1980-х годов отечественная социология права уже вполне сложилась в самостоятельную дисциплину, занимающуюся изучением права в контексте его социальных связей. Исследования осуществлялись как на теоретическом уровне, так и на уровне эмпирическом, проводившемся в отраслевом правоведении. При этом достаточно четко обозначились три основных направления юридико-социологических исследований: 1) изучение социальной обусловленности законодательства (В.В. Варчук, В.В. Ла-

паева, Э.В. Тадевосян)<sup>11</sup>; 2) исследования эффективности действия законодательства и правоприменительной деятельности (Е.В. Масловская)<sup>12</sup> и 3) комплекс исследований различного профиля, посвященных изучению социального механизма действия права (В.Н. Кудрявцев, В.П. Казимирчук)<sup>13</sup>.

Хотя в ряде учебников по теории государства и права принято выделять в современном российском правоведении узконормативное и широкое понимание права<sup>14</sup>, в действительности современные российские теории методологически не являются широким правопониманием. Речь следует вести об интегративном правопонимании, призванном не эклектически объединить, а синтезировать теоретически значимые моменты, проработанные конкурирующими научными теориями: нормативный аспект права и его специфический механизм функционирования в государстве нормативистской теории, субъектно-деятельностный аспект права социологической школы, восприятие права как ценности естественно-правовой теории, психическая составляющая права психологической школы, эволюция права исторической школы и пр.

В качестве предпосылок развития интегративного правопонимания в России можно выделить следующие: 1) кризис классической юриспруденции; 2) размытость критериев научности; 3) утрата классическими теориями права главенствующих позиций; 4) стремление к единству знания.

Интеграция классических теорий правопонимания в целостной правовой концепции должна предоставить возможность для более концентрированного определения права. Способы такой интеграции весьма различны, что приводит и к чрезвычайному разнообразию подобных теорий. Так, В.М. Баранов и С.А. Денисов предлагают объединить взаимоисключающие аспекты права, признаваемые разными типами правопонимания, в общую систему

<sup>8</sup> См., например: Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: введение в теорию : моногр. Красноярск : ИЦ КрасГУ, 2004. 260 с.

<sup>9</sup> Права и свободы в аспекте соотношения юридических и социологических понятий // Личность и государство в современной России: правовые аспекты : материалы науч.-практ. семинара, г. Барнаул, 6 декабря 2005 г. Барнаул : Изд-во АлтГУ, 2006. С. 119–123.

<sup>10</sup> См., например: Масловская Е.В. Социологические теории права и анализ правовых институтов российского общества : моногр. Н. Новгород : Изд-во НИСОЦ, 2007. 139 с.

<sup>11</sup> См., например: Варчук В.В. Социология права – отрасль социологии // Социол. исслед. 1996. № 10. С. 102–109.

<sup>12</sup> См., например: Масловская Е.В. Социологические теории права и анализ правовых институтов российского общества : Она же. Концепции западной социологии права как теоретическая основа анализа правовых институтов советского общества: возможности и ограничения // Социология и общество: глобальные вызовы и региональное развитие : материалы IV очередного Всерос. социол. конгр. / РОС, ИС РАН, АН РБ, ИСПИ. М. : РОС, 2012. 1 CD ROM. С. 5018–5022.

<sup>13</sup> Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права : учеб. М. : Юристъ, 1995. 297 с.

<sup>14</sup> См., например: Теория государства и права : учеб. / коллектив авт. : отв. ред. А.В. Малько. 4-е изд., стер. М. : КНО-РУС, 2012. С. 215.

права<sup>15</sup>. В.В. Лазарев обосновывает целесообразность совмещения этих же признаков права в его едином определении<sup>16</sup>. Однако некоторая механистичность такого способа интеграции оставляет эти теории в целом на этатистских, государственных позициях.

Схожий вариант «синтеза» использует в своей правовой концепции Р.З. Лившиц: для нахождения природы права он считает необходимым «попросту отбросить отличия каждой из школ и оставить то общее, что их объединяет»<sup>17</sup>. Наиболее же гармоничным на данном направлении представляется совмещение различных методологических подходов к праву, которое, включая их значимые достижения, одновременно освобождало бы их от антагонизма на основе собственной оригинальной теоретической базы в рамках целостной концепции. В России такое правопонимание сформулировано на данный момент В.С. Нерсесянцем в либертарно-юридической теории<sup>18</sup> и А.В. Поляковым в коммуникативной теории права<sup>19</sup>. При этом первая синтезирует легизм (нормативизм) и юснатурализм (теория естественного права), а вторая добавляет к ним социологический и психологический методы.

Принципиально иное отношение к традиционным теориям правопонимания и соответственно к целесообразности их интеграции обосновывает И.Л. Честнов<sup>20</sup>. Основанием его теории является анализ состояния социума в эпоху постмодерна. Он считает, что индустриальное общество, накопившее в себе слишком много противоречий, не в состоянии больше быть основой дальнейшего развития человечества и развенчивает его с помощью метода деконструкции. С этой точки зрения, интеграция классических теорий правопонимания, порожденных эпохой модерна, проникнутых ее рационализмом, претензией на всеобщность и универсальность, может привести лишь к созданию еще одной теории правопонимания, основанной на тех же неприемлемых в новых условиях характеристиках. Единственным решением этой центральной для правоведения проблемы И.Л. Честнов видит создание принципиально

нового типа правопонимания. Поскольку любое правопонимание покоится на метаюридических основаниях, то таким основанием, по его мнению, должна стать философская концепция, которая в состоянии преодолеть ограниченность построений эпохи модерна. В качестве перспективных направлений современной философии он рассматривает феноменологию, антропологию, герменевтику и синергетику. Однако, признавая их возможной социально-философской основой нового понимания права, И.Л. Честнов считает, что окончательно осмыслить право как изменчивое, многомерное, противоречивое явление можно при помощи особого диалогического метода, позволяющего исследовать существование феномена права в процессе его непрерывного становления.

Созданную И.Л. Честновым правовую теорию можно назвать нетрадиционной (постклассической). Такой подход к праву, безусловно, перспективен, так как, во-первых, разрабатывается на основе учета кардинально изменившихся общественных условий и сознания; во-вторых, основывается на базе современной социальной философии и специфическом методе, позволяющем ее активизировать и применить для построения непротиворечивых представлений о праве.

Таким образом, современная российская теоретико-правовая наука стремится к преодолению рамок отдельных классических типов правопонимания. Тем не менее, преемственность с советским периодом и его идеологизированным этатизмом (нормативизмом) проявляется в большинстве правовых теорий, поэтому одним из критериев их систематизации может быть степень связываемости ими феномена права с государством. Спектр современного правопонимания проявляется в переходе от модифицированного этатизма, нормативизма до социологических и интегративных теорий и концепций различения права и закона, соединяющих в себе в той или иной мере различные подходы к праву.

<sup>15</sup> Баранов В.М., Денисов С.А. Об интегрированности идеи в философии права // Философия права. 2001. № 2. С. 5–8.

<sup>16</sup> Лазарев В.В., Липень С.В. Теория права и государства. М. : Юрайт, 2011. 640 с.

<sup>17</sup> Лившиц Р.З. Теория права. 2-е изд. М. : Бек, 2001. 244 с.

<sup>18</sup> Нерсесянц В.С. Философия права : учеб. для вузов. М. : Норма, 2005. 656 с.

<sup>19</sup> Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций. 2-е изд. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. 845 с.

<sup>20</sup> Честнов И.Л. Постклассическая теория права : моногр. М. : АЛЕФ-Пресс, 2012. 650 с.

## ЗНАЧЕНИЕ ФУНКЦИОНАЛЬНОГО ПОДХОДА ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ МЕСТА И РОЛИ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ РОССИЙСКОГО ПРАВА

САМОДАЕВА Лариса Николаевна

**Аннотация:** в статье рассматривается вопрос о значении функций муниципального права для определения его места и роли в системе права, возможности применения системного и функционального в процессе решения этой задачи.

**Annotation:** in the article the question of significance of municipal law functions for determining its place and role in the system of law is considered, possibilities of system and functional application in the course of solving this problem.

**Ключевые слова:** муниципальное право, система права, функции муниципального права, местное самоуправление.

**Key words:** municipal law, system of law, functions of municipal law, local self-government.

Вопрос о системе (структуре) права теоретики решают на основе анализа предмета и метода правового регулирования. Данный подход был взят за основу для обоснования «статуса» муниципального права как отрасли права. При этом использовались понятия «комплексная отрасль», «комплексный предмет правового регулирования», «комплексный метод правового регулирования». Несмотря на длительную дискуссию среди юристов о месте и роли муниципального права в системе российского права, окончательно этот вопрос до сих пор не решен. Многие правоведы отрицают существование данной отрасли.

Очевидно, что избранный методологический подход в исследовании этого правового образования не обеспечивает возможность убедительно обосновать вывод о признании за муниципальным правом «статуса» отрасли. Не случайно отдельные правоведы (и в прошлом, и в настоящем<sup>1</sup>) подвергали обоснованной критике данный методологический подход, полагая что решение вопроса о системе права на основе анализа предмета и метода правового регулирования, в том числе с использованием понятия «комплексная отрасль», обречены на неудачу, так как при этом не учитываются в полной мере особенности правовых норм и все внимание направлено на то, что лежит за их пределами<sup>2</sup>.

Ни предмет сам по себе, ни единство предмета и метода, как показывает анализ многочисленных предложений о признании самостоятельными тех или иных отраслей, не могут служить достаточным основанием для выделения отрасли. Можно предположить, что главным условием формирования отрасли законодательства и права является появление у права той или иной функции в экономической, социальной или духовной сфере.

Новые отрасли права и появляются в местах «наибольшего напряжения», где возникающая новая функция в той или иной сфере общественной жизни пересекается со спецификой правового воздействия, реализацией регулятивной и охранительной функций. Именно так можно объяснить появление в свое время трудового и семейного права, а ныне информационного, муниципального, права социального обеспечения и некоторых других. Социальные и политические факторы влияют на признание самостоятельного характера ряда процессуальных отраслей (конституционно-процессуального, административно-процессуального, арбитражно-процессуального). Влияние же охранительной функции в новых отраслях приводит к появлению вполне объяснимых с данных позиций предложений о признании в качестве самостоятельной отрасли административно-карательного права, ряда самостоятельных видов ответственности (государственно-правовой, семейной, процессуальной, налоговой и некоторых других)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ушаков А.А. О кодификации советского законодательства // Учен. зап. Перм. ун-та. 1959. Т. 14. Кн. 4. Ч. 1. С. 80 ; Реутов В.П. А.А. Ушаков и функционально-структурный подход в исследованиях правовых явлений // Проблемы развития юридической науки. Пермь : ПУ, 2004. С. 31.

<sup>2</sup> Гамбаров Ю.С. (1850–1926) Право в его основных моментах // Правоведение. 1995. № 4–5. С. 80.

<sup>3</sup> Ушаков А.А. О кодификации советского законодательства. С. 80.

В российской литературе мысль об определяющем влиянии функций права на его структуру была впервые высказана М.М. Сперанским. Он писал, что в зависимости от их роли все законы делятся на определительные и охранительные. Определительные – те, которые устанавливают положительные права и обязанности; охранительные – те, которые устанавливают ответственность<sup>4</sup>.

В советской литературе идея о том, что анализ функций права приводил к признанию наличия в его структуре двух главных подразделений – регулятивного и деликатного права – была озвучена А.А. Ушаковым в 1959 году. Позднее он развивал ее в целом ряде работ.

Исследование функций муниципального права предполагает рассмотрение самого муниципального права в качестве элемента в системе права и установление ее взаимосвязей с другими социальными явлениями и процессами. Именно в этих взаимосвязях выражаются сущностные свойства муниципального права, характеризующие его как относительно самостоятельную отрасль российского права, и именно проявления таких свойств в их воздействии на данные социальные явления и процессы необходимо рассматривать как функции муниципального права.

Общепризнанно, что социальное назначение позитивного права в обществе заключается в регулировании, то есть в определении, упорядочении и охране сложившихся общественных отношений<sup>5</sup>. Рассматривая назначение муниципального права быть регулятором, необходимо акцентировать внимание на его предмете, то есть тех общественных отношениях, которые определяются, упорядочиваются и охраняются при помощи его средств. Социальное назначение муниципального права быть регулятором общественных отношений в сфере местного самоуправления выражается в том, что оно обеспечивает регулятивное правовое воздействие на общественные отношения, связанные с его организацией и осуществлением.

Во многом рассмотрение муниципального права как регулятора общественных отношений в сфере местного самоуправления связано с утвердившимся в современной науке системным подходом, в рамках которого и все обще-

ство, и его отдельные подразделения интерпретируются как сложные социальные системы<sup>6</sup>. Применительно к рассматриваемому вопросу интерес представляют такие взаимосвязанные и взаимодействующие системы, как основы конституционного строя, гражданское общество, государство, местное самоуправление. В основе системного подхода лежит убежденность в том, что социальные системы, в том числе названные, отличаются устойчивостью, непрерывностью и длительностью существования и действия во времени, то есть существует потребность в специальных средствах (механизмах), призванных реализовать и поддерживать устойчивость и непрерывность функционирования социальных систем в заданных пределах.

Такой подход к организации взаимодействия гражданского общества, государства, местного самоуправления служит предпосылкой того, что муниципальное право в совокупности с некоторыми иными социальными, а также правовыми институтами, и есть такого рода механизм.

Регулятивное назначение муниципального права состоит в том, чтобы внести в сферу местного самоуправления оптимальную нормативность, которая бы отражала потребность общества в организованности, упорядоченности и целесообразности различных отношений, возникающих в этой сфере, и в тоже время не препятствовала развитию местного самоуправления, гражданского общества и политической системы в целом.

Направление правового воздействия – это наиболее существенный компонент в понятии «функция права». Оно является своего рода ответом права на потребности общественного развития, результатом законодательной политики, которая концентрирует эти потребности и трансформирует их в позитивное право. Таким образом, необходимо выделить следующие направления муниципально-правового воздействия: 1) быть общеобязательным критерием правомерного поведения в сфере местного самоуправления; 2) устанавливать и сохранять пределы, в рамках которых каждый из участников муниципально-правовых отношений является свободным в выражении своей воли; 3) стимулировать активность и инициативу участников муниципально-правовых от-

<sup>4</sup> Сперанский М.М. Обзорение исторических сведений о Своде законов. СПб., 1833. С. 122.

<sup>5</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 38 ; Гамбаров Ю.С. (1850–1926) Право в его основных моментах. С. 41.

<sup>6</sup> Алексеев С.С. Право: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 314–315.

ношений в целях развития территорий и инициативы населения.

Принимая во внимание вышесказанное, функцию муниципального права следует определить как проявление его имманентных, специфических свойств, выражающихся в основных направлениях его воздействия на муниципальные отношения с целью обеспечения их конституционно-правовой сущности, упорядочивания и охраны.

Исходя из того, что муниципальное право является регулятором общественных отношений в сфере организации и осуществления местного самоуправления, можно выделить четыре функции данной отрасли права: регулятивную, охранительную, стимулирующую и воспитательную. Это имманентно присущие муниципальному праву функции. Своеобразие их реализации в области местного самоуправления характеризуют муниципальное право как специфическое качественно самостоятельное правовое образование. Более того, можно сказать, что необходимость существования муниципального права как правовой отрасли состоит в необходимости реализации им этих функций.

В системе функций муниципального права главенствующее, определяющее место занимает регулятивная функция. Выражается ли муниципальное право в форме нормативных актов, реализуется в абсолютных или относительных правоотношениях, стремится ли к определению правового положения участников муниципальных отношений – во всех этих формах проявляется его основное социальное назначение – упорядочивать общественные отношения в сфере местного самоуправления. Характерные черты этой функции заключаются прежде всего в установлении позитивных правил поведения, организации общественных отношений, координации социальных взаимосвязей в процессе организации и осуществления местного самоуправления. Осуществляется реализация регулятивной функции муниципального права посредством дозволений, позитивных обязываний и запретов<sup>7</sup>. При этом необходимо обратить внимание на то, что для механизма реализации регулятивной функции муниципального права характерно преобладание дозволений и позитивных обязываний. Это сближает его с механизмом реализации регу-

лятивной функции конституционного права и отличает от таких отраслей права, как, например, гражданско-правовое и уголовно-правовое. Для первого характерно преобладание дозволений, а для второго – запретов.

Наиболее характерными путями реализации регулятивной функции муниципального права являются:

- определение посредством муниципально-правовых норм правового положения субъектов местного самоуправления;

- определение составов обстоятельств, которые служат основаниями возникновения, изменения и прекращения муниципальных правоотношений;

- установление требований к муниципальным правовым актам;

- установление конкретной правовой связи между участниками муниципальных правоотношений;

- определение оптимального типа правового регулирования применительно к конкретным общественным отношениям, возникшим в процессе организации и осуществления местного самоуправления.

Признавая главенство регулятивной функции муниципального права, необходимо подчеркнуть важность двух других его функций: охранительной, стимулирующей и воспитательной.

Необходимость в охране общественных отношений существовала и всегда будет существовать. Право, как известно, наличествовало не всегда, но с момента своего появления оно становится одним из важнейших средств охраны общественных отношений. Данное проявление правового воздействия представляет собой охранительную функцию.

Муниципальное право не только охраняет общепризнанные, фундаментальные общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления местного самоуправления, но также нацелено на вытеснение чуждых ему явлений. Искоренение нежелательных проявлений, связанных с осуществлением местного самоуправления из соответствующей практики, – это вторичный результат действия муниципального права, которое первоначально выступает как средство охраны отношений, нуждающихся в такой охране. Охраняя эти отношения, муниципальное право пресекает нежелательные для муниципальной системы явления и процессы, нарушающие условия ее нормального развития и противоречащие интере-

<sup>7</sup> Алексеев С.С. Право: опыт комплексного исследования. С. 348–364; Малько А.В. Механизм правового регулирования // Правоведение. 1996. № 3. С. 48–54.

сам общества, государства и граждан, устраняет и вытесняет их негативные последствия.

В основе охранительной функции муниципального права лежат специфические меры, которые иногда называют муниципально-правовыми санкциями. Между тем, не следует думать, что охранительная функция муниципального права реализуется только тогда, когда совершается правонарушение. Основное назначение данной функции заключается прежде всего в превентивной охране общественных отношений, предотвращении причинения вреда субъектам местного самоуправления и самим муниципально-правовым отношениям.

Эффективность охранительной функции тем выше, чем больше участников муниципальных отношений подчинились предписанию муниципально-правовых норм, не нарушили прав других субъектов местного самоуправления и исполнили свои обязанности. Сам факт установления муниципально-правовой санкции оказывает серьезное влияние на некоторых лиц, побуждает их воздерживаться от совершения «наказуемого» поступка. А это означает, что достигается одна из целей воздействия права – охраняется определенное общественное отношение.

Охранительную функцию муниципального права не следует противопоставлять регулятивной в том смысле, что одна из них – негативная (поскольку включает в себя взыскания, санкции, ответственность, принуждение), а вторая – позитивная, так как направлена на координацию положительной деятельности субъектов местного самоуправления. Обе рассматриваемые функции, каждая по-своему, выполняют важную задачу по обеспечению эффективности и устойчивости местного самоуправления, содействуют их развитию и укреплению.

Специфика охранительной функции муниципального права состоит в следующем. Во-первых, она характеризует муниципальное право как особый способ воздействия на сферу местного самоуправления и участников муниципально-правовых отношений, выражающийся во влиянии на волю самих участников таких отношений, в форме угрозы применения муниципально-правовых санкций и иных мер правового принуждения.

Во-вторых, охранительная функция информирует субъектов местного самоуправления о том, какие социальные ценности взяты под охрану посредством правовых предписаний.

В-третьих, рассматриваемая функция является показателем уровня развития системы местного самоуправления.

Способ правовой охраны муниципально-правовых отношений (и местного самоуправления вообще) во многом зависит от уровня их развития. Появление охранительной функции муниципального права связано с высоким уровнем развития самоуправленческих отношений, когда появляются объекты применения муниципально-правовых санкций и иных мер принуждения.

Характерные черты охранительной функции муниципального права прослеживаются более четко, если ее сравнить с правоохранительной и контрольной деятельностью государства. Общее назначение правоохранительной и контрольной деятельности государства в сфере местного самоуправления сводится к обеспечению неуклонного выполнения участниками муниципальных отношений требований закона, то есть к соблюдению режима законности в процессе осуществления местного самоуправления. Достигается это выявлением правонарушений в процессе осуществления государственного контроля и надзора и привлечением к ответственности виновных в соответствии с установленной процедурой. Таким образом, если охранительная функция муниципального права – это действие самого права, то правоохранительная и контрольная деятельность государства в сфере местного самоуправления, во-первых, является материальной гарантией соблюдения требований права, поскольку это действия специальных органов и учреждений (прокуратуры и др.) по охране права; во-вторых, это действие не самого права, а внешнего по отношению к нему фактора – государства в лице его специально уполномоченных органов. В определенном смысле можно говорить и о контрольной деятельности населения муниципального образования.

Реализация стимулирующей функции муниципального права обеспечивает развитие тех звеньев системы местного самоуправления, в которых в наибольшей степени заинтересованы граждане, общество и государство. В основе реализации стимулирующей функции права лежат поощрения<sup>8</sup>. Правовое поощрение – это форма и мера юридического одобрения добровольного общественно полезного пове-

<sup>8</sup> Малько А.В. Механизм правового регулирования. С. 37.

дения, в результате чего субъект вознаграждается, для него наступают благоприятные последствия.

Правовые поощрения в муниципальном праве состоят отнюдь не в предоставлении льгот, привилегий и т.п. Стимулирующая функция муниципального права состоит в предоставлении и гарантировании самостоятельности субъектов местного самоуправления в решении вопросов местного значения, выборе организационных форм его осуществления, формировании и исполнении местного бюджета и т.п. Стимулирующее воздействие оказывается путем создания правовых возможностей для населения, органов и должностных лиц местного самоуправления использовать потенциал муниципального образования в интересах населения с учетом исторических и иных местных традиций, оформления местного самоуправления в качестве самостоятельного уровня публичной власти в децентрализованной системе управления государством, содействия государственных и муниципальных органов населению в осуществлении местного самоуправления.

Воспитательная функция муниципального права состоит в утверждении демократических ценностей, в том числе самого местного самоуправления как необходимого элемента децентрализованной системы управления обществом и государством, ориентировании граждан в их

восприятии окружающей действительности, формировании оценок происходящего, установок на активное правомерное поведение в сфере местного самоуправления. Муниципальное право обладает значительным потенциалом в деле воспитания у граждан убеждения в прогрессивности и социальной ценности местного самоуправления как формы народовластия, гражданской активности и стремления к самостоятельной реализации собственных инициатив в решении вопросов местного значения.

Завершая рассмотрение поставленных вопросов, отметим следующее. Одной из причин нерешенности вопроса о статусе муниципального права как самостоятельной отрасли российского права состоит, на наш взгляд, в том, что при обсуждении вопроса о его роли и месте в системе права правоведа не пытались выяснить, какие функции выполняет данное правовое образование в обществе и в системе права. Все споры велись о его предмете и методе, а также о природе муниципально-правовых норм. Вместе с тем, функциональный аспект проблемы характеристики муниципального права как отрасли права представляется важным, имеющим принципиальное значение для решения вопроса о его роли и месте в системе права. Дальнейшее изучение этого вопроса, как представляется, может способствовать разрешению вопроса о месте, роли и «статусе» муниципального права в системе российского права.

## ИСТОЧНИКИ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

СЕРБИН Михаил Викторович

*Аннотация:* в статье рассмотрены основные этапы в становлении и развитии российского избирательного права и его источников.

*Annotation:* this paper describes the main stages in the development of the Russian electoral law and its sources.

*Ключевые слова:* избирательное право, выборы, нормативно-правовой акт.

*Key words:* suffrage, elections, legal act.

Источники избирательного права – это формы его внешнего выражения. Следует заметить, что общепринятое понятие источника права в юридической науке отсутствует. С позиции общей правовой теории понятие «источник права» рассматривается в двух аспектах: широком – как причины и закономерности правообразования или генезиса права и узком – как способ закрепления и существования норм права или как внешняя форма установления и выражения правовых предписаний. Нередко грань между источниками права в материальном смысле и юридическими источниками (источниками права в формальном смысле) стирается, что в принципе отражает существующее единство взглядов на источник права и его юридическое значение как на нечто, относящееся к форме права. Не ставя своей целью анализ всех имеющихся воззрений на понятие источника права и его соотношение с формой права, заметим все же, что для исследования механизма правового регулирования политических электоральных отношений они вполне могут быть использованы как торжественные.

Не подлежит сомнению роль Конституции РФ в качестве основного источника избирательного права. Данный институт – один из наиболее значимых институтов конституционного права России и представляет собой базовый элемент демократического строя современной России.

Конституция РФ в данном случае, во-первых, определяет конституционно-правовой статус выборов и референдума, указывая их в качестве высшего и непосредственного выражения народовластия, во-вторых, регулирует отношения, опосредующие природу права избирать и быть избранным, определяя основное содержание данного права (раскрывая через него право на участие в управлении государст-

вом) и ограничения для его осуществления, в-третьих, устанавливает основные принципы выборов Президента РФ и депутатов Государственной Думы ФС РФ. Непосредственно в Конституции РФ устанавливаются общие принципы разграничения предметов ведения Федерации и субъектов федерации в данной сфере правоотношений<sup>1</sup>. При этом в ст. 71 закрепляется, что регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина – исключительное ведение Российской Федерации.

Нельзя не назвать в качестве источников избирательного права общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации, которые отнесены к таковым непосредственно Конституцией РФ (ст. 15). Это, например, Всеобщая декларация прав человека, а также Международный пакт о гражданских и политических правах, в соответствии с которым «каждый гражданин без какой-либо дискриминации и без необоснованных ограничений имеет право и возможность: принимать участие в ведении государственных дел как непосредственно, так и через посредство свободно выбранных представителей; голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, производимых на основе всеобщего и равного избирательного права при тайном голосовании и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей».

Данные нормы не просто являются частью российской правовой системы, но и зачастую восполняют пробелы в российском конституционном законодательстве<sup>2</sup>. Так, Кон-

<sup>1</sup> Заславская Т.И. Современное российское общество: Социальный механизм трансформации : учеб. пособие. М., 2004. С. 369.

<sup>2</sup> Ланцов С.А. Российский исторический опыт в свете концепций политической модернизации // Полис. 2001. № 3. С. 98.

ституция РФ не содержит принцип всеобщего и равного избирательного права при тайном голосовании, применительно к обеспечению избирательных прав граждан на выборах всех уровней. Данные положения закрепляются конституционными нормами лишь в отношении выборов Президента РФ, а также в федеральном законодательстве, что, как представляется, не соответствует уровню регулирования данных отношений. Таким образом, вышеприведенные принципы международного права логично имплементированы в конституционное право России и составляют конституционно-правовое регулирование в надлежащей иерархии норм сообразно уровню и важности регулируемых отношений.

Среди международно-правовых актов, составляющих источники конституционно-правового института выборов следует также упомянуть Европейскую Хартию (далее – Хартия) местного самоуправления, которая закрепляет основные принципы осуществления местного самоуправления в качестве самостоятельного уровня публичной власти. Хартия устанавливает, в частности, что местное самоуправление осуществляется демократически избранными органами советами или собраниями, состоящими из членов, избранных путем свободного, тайного, равного, прямого и всеобщего голосования.

Несомненно, к источникам избирательного права следует отнести основные принципы проведения выборов и референдумов в Российской Федерации, которые содержатся в федеральных конституционных законах и в федеральных законах. Их включение в состав норм конституционного права связано с большой важностью указанных положений, принципиальным, основополагающим их характером, стабильностью регулирования и непосредственным воздействием, что отличает именно конституционно-правовые нормы.

Здесь среди источников избирательного права следует назвать конституции (уставы) субъектов Российской Федерации, устанавливающие принципы осуществления избирательных прав граждан уже применительно к определенной избирательной системе, существующей в субъекте федерации, и конкретизирующие содержание активного и пассивного избирательного права граждан, проживающих на территории соответствующего субъекта Российской Федерации.

Как уже говорилось, к источникам избирательного права мы относим и решения Кон-

ституционного Суда РФ. Акты Конституционного Суда не только развивают правовое содержание того или иного института, но и формируют правовое пространство, в котором должны действовать все участники избирательного процесса, а также избирательное законодательство субъектов федерации через механизм конституционного правосудия.

Что касается источников избирательного процесса, то их состав и сила воздействия принципиально отличаются от вышеперечисленного круга источников избирательного права<sup>3</sup>.

Так, Конституцию РФ следует рассматривать в качестве источника избирательного процесса исключительно как основополагающий акт, воздействующий на все сферы общественной жизни и являющийся источником практически всех отраслей права постольку, поскольку ее нормы распространяются на регулирование отношений предмета данных отраслей. Конституция выступает формой конституционного права, и если ее нормы могут быть распространены на какие-либо иные правовые отношения, то как бы мало не было их число, Конституция в целом будет являться формой этой отрасли права.

Избирательное законодательство не содержит исчерпывающего перечня видов выборов в Российской Федерации и тем самым оставляет открытым вопрос о возможных масштабах использования рассматриваемого демократического института в конституции субъектов политической власти. Нельзя не согласиться с мнением ряда ученых о необходимости его распространения на формирование Конституционного Собрания.

Следует также отметить, что среди источников избирательного процесса значительную часть занимает судебная практика (автор в целом разделяет высказываемую в литературе точку зрения о необходимости разделения понятий «судебный прецедент» и «судебная практика» как источников права, однако, в рамках настоящей работы не видит необходимости вдаваться в рассмотрение данной проблемы, поэтому понятие «судебная практика» употребляется здесь как обобщающее).

Несомненно, необходимо отметить ведущую роль Конституционного Суда РФ в обеспечении эффективного правового регулиро-

<sup>3</sup> Косов Ю.В., Фокина В.В. Политическая регионалистика : учеб. пособие. М., 2009. 192 с.

вания отношений в сфере избирательного процесса. Здесь следует обратить особое внимание на наличие научной доктрины в качестве источника права, что наиболее наглядно усматривается в решениях Конституционного Суда и находит выражение в его правовых позициях по конкретным делам.

Не меньший вес в составе источников избирательного процесса занимают решения судов общей юрисдикции, которые формализуются в Обзорах судебной практики в определенной сфере правоотношений, в данном случае в области реализации избирательных прав граждан.

## ПРИОБРЕТЕНИЕ НЕЗАВИСИМОСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ. ПРОБЛЕМА «СУВЕРЕНИЗАЦИИ»

СТЕПАНЧЕНКО Валерий Иванович

*Аннотация:* рассмотрены процесс обретения независимости России и ее суверенитета, роль Декларации о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 года и деклараций других национальных субъектов Российской Федерации, вызвавших «парад суверенитетов».

*Annotation:* the process of acquisition of independence and sovereignty of Russia is considered. The role of Declaration about state sovereignty of the Russian Soviet Federated Socialist Republic d/d 12<sup>th</sup> of June 1990 and the declarations of the other national subjects of the Russian Federation that caused the Parade of Sovereignties.

*Ключевые слова:* декларация, государственный суверенитет, Конституция Российской Федерации, национальная культура, обычаи, органы государственной власти.

*Key words:* declaration, state sovereignty, Constitution of the Russian Federation, national culture, customs, State government bodies.

В конце прошлого века, с фактическим распадом Советского Союза начался процесс обретения независимости России. Началом юридического и фактического обретения суверенных прав Россией явилось принятие 12 июня 1990 года I Съездом народных депутатов РСФСР Декларации о государственном суверенитете РСФСР<sup>1</sup>. Нормы Декларации, в своей значительной части, затем вошли в Конституцию Российской Федерации 1993 года. В ней провозглашалось, что Российская Федерация «есть суверенное государство, созданное исторически объединившимися в нем народами» и что суверенитет – «естественное и необходимое условие существования государственности России, имеющей многовековую историю, культуру и сложившиеся традиции». Декларация указывала, что целями установления государственного суверенитета России являются «обеспечение каждому человеку неотъемлемого права на достойную жизнь, свободное развитие и пользование родным языком, а каждому народу – на самоопределение в избранных им национально-государственных и национально-культурных формах». Декларация, таким образом, была ориентирована на признание прав личности и народа, что создавало предпосылки для развития России как демократического государства.

Особо следует подчеркнуть, что в Декларации были заложены основные принципы

развития федерации в России. В ней подтверждалась необходимость существенного расширения образующих ее национально-государственных и административно-территориальных образований – автономных республик, автономной области, автономных округов, равно как краев и областей. Однако при этом недвусмысленно утверждалось, что носителем суверенитета и источником государственной власти в РСФСР является только ее многонациональный народ, осуществляющий государственную власть непосредственно и через представительные органы. Это безоговорочно означало, что Россия перестала рассматривать себя неотъемлемой частью союзного государства, суверенитет которого распространялся на нее. Таким образом, Декларация о государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 12 июня 1990 года провозгласила создание нового суверенного государства. Дальнейшие события свидетельствовали о решимости отстаивать суверенитет России даже путем распада Советского Союза. Это была не только политическая, а социально-экономическая акция, означавшая отказ от социалистических принципов в экономике и переход к рыночной системе<sup>2</sup>.

Результатом распада СССР явилось то, что с этого момента времени Россия перестала быть связанной полномочиями Союза ССР. Однако усилиями противников создания сильного суве-

<sup>1</sup> Степанченко В.И. Реформирование и становление органов государственной власти Ямало-Ненецкого автономного округа (1993–1995 гг.). Салехард, 1996. С. 5.

<sup>2</sup> Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 2. С. 22.

ренного государства возникла проблема соотношения суверенитета России с суверенитетом тех входящих в состав России государственных образований, которые в период советской власти были образованы для обеспечения ускоренного развития некоторых национальностей, население которых в царской России ограничивались в своих правах. Суть выдвигаемых республиками требований состояла, прежде всего, в стремлении расширить полномочия, которые они имели как автономные республики в составе союзной республики, и, кроме того, создать по существу национальные государства. Это очевидно следует из содержания ряда деклараций (кроме, например, Декларации о суверенитете Карельской АССР и некоторых других). Почти сразу за принятием Декларации о государственном суверенитете России декларации о своем государственном суверенитете стали принимать республики, входящие в состав Российской Федерации. В июле 1990 года декларацию о своем государственном суверенитете приняла Северо-Осетинская АССР, а в августе – Карельская АССР и Татарская республика. В сентябре того же года декларации приняли Башкирская Республика, Бурятская Республика, Калмыцкая Республика, Якутская (Саха) Республика и Удмуртская Республика, а в октябре – Чувашская Республика и Марийская Республика. В 1990 году провозгласили себя суверенными государствами Башкирская автономная республика, а также Бурятская, Карельская, Коми, Марийская, Северо-Осетинская, Татарская, Удмуртская, Чечено-Ингушская, Чувашская и Якутская-Саха автономные республики.

Период принятия республиками в составе России деклараций о своем государственном суверенитете затем получил название «парада суверенитетов». Этот «парад» был далеко не безобидным. Он создал угрозу распада России как целостного государства на мелкие «княжества». Республиками захотели стать некоторые области, а также другие российские регионы. Так, Совет народных депутатов Ямало-Ненецкого автономного округа (Республики) на своей первой сессии XXI созыва в июне 1990 года принял Декларацию о суверенитете Ямало-Ненецкой Республики. Кроме отмеченного выше, лавина суверенитетов была явной реакцией регионов страны на жестко централизованную политику, проводившуюся не столько РСФСР (она сама была во многих отношениях бесправна), сколько Союзом ССР. Участие в этой «лавине» областей и других образований в составе России объяснялся их опасением стать образованиями как бы

второго сорта по сравнению с республиками. В декларациях о своем государственном суверенитете, принятых большинством республик, в частности, – Калмыкией, Карелией, Марий Эл и Бурятией было заявлено, что они, не разрывая связи с Россией, объявляют себя суверенными государствами в составе РСФСР, то есть они оставались в союзной республике, в состав которой входили уже в течение десятилетий.

Иной характер носили декларации о государственном суверенитете Башкирии и Татарстана. Так, в Декларации «О государственном суверенитете Татарии» правомерность декларируемых преобразований обосновывалась правом «татарской нации, всего народа республики на самоопределение» и по существу, заявлялось о разрыве Татарстана с Россией и его самостоятельности как независимого государства. В декларации не нашлось ни одного слова, чтобы отметить существование многолетних плодотворных связей Татарстана (на территории которого уже несколько столетий проживают не только татары, но и представители других народов) с соседями и нахождения и развития Татарстана в составе сначала Российской империи, а затем и РСФСР. В Декларации о государственном суверенитете Башкирии утверждалось, что она принимается, «реализуя неотъемлемое право башкирской нации на самоопределение». Это же выражение использовано и в Декларации республики Коми<sup>3</sup>. Надо иметь в виду, что на их основе были приняты конституции этих республик, превратившие идеи, заложенные в декларациях в четкие правовые нормы. Они послужили, хотя и не в столь радикальной форме, примером для конституционных актов некоторых других республик.

Представляется, но только на первый взгляд, что провозглашение в декларациях, а затем и конституциях ряда республик, их государственного суверенитета было реакцией на явно чрезмерную централизацию власти в бывшем Советском Союзе, вследствие которой местные органы государственной власти были лишены возможности без согласия центра отражать в своих правовых актах местные особенности, не имевшие существенного значения для страны в целом, но необходимые

<sup>3</sup> Бердяев Н.А. в одной из работ, посвященных национальным проблемам, писал: «в известные моменты судьба народов определяется безумием и фанатизмом. Нет ничего зловреднее идеи суверенности национальных государств, которой доводят народы на собственную гибель. Федерация народов предполагает отрицание идеи суверенности национальных государств. Можно предложить замену слова "нация" словом "народ"» (Бердяев Н.А. Судьба России. М., 1990. С. 318).

для создания населению более комфортных условий жизни. Более существенным фактором движения к «суверенизации» республик явилось нередко вполне обоснованное стремление всех территориальных подразделений (образований) в России и, прежде всего, таких, в которых проживают не только русские, преодолеть явно негативное отношение к местным, в том числе и национальным особенностям населения страны и создать предпосылки для рационального учета локальных особенностей, развития национальных культур и сохранения национальных обычаев.

Но, как представляется, национальный фактор, хотя он и имел немаловажное значение, все же нельзя считать единственным в том смысле, что он всегда тесно увязывался со стремлением национальных элит в государственных образованиях с нерусским этнонациональным элементом получить большую долю при распределении собственности и доходов. При этом следует учитывать особенности положения представителей титульной национальности в различных республиках<sup>4</sup>. Вместе с тем, гарантии суверенитета (государственного суверенитета) Российской Федерации установлены в федеральной Конституции, принятой всенародным голосованием 12 декабря 1993 года. В Конституции, прежде всего, определено, что «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ», который «осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления» (ст. 3). В преамбуле Конституции констатируется, что многонациональный народ Российской Федерации принимает Конституцию, сохраняя исторически сложившееся государственное единство и возрождая суверенную государственность России, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов. Следовательно, государственный суверенитет РФ не может быть реальностью без наделения федеральной госу-

дарственной власти верховенством по отношению ко всем другим органам в государстве, а также независимостью в отношениях вовне. Федеральная государственная власть в Российской Федерации осуществляется Федеральным Собранием (Советом Федерации и Государственной Думой), Президентом, Правительством и судами Российской Федерации.

Государственная власть РФ, осуществляемая многонациональным народом России, самостоятельно определяет полномочия федеральной государственной власти. При этом многонациональный народ России в принятой им Конституции РФ определил, что разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ осуществляется данной Конституцией, Федеральным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий. Из этого можно сделать определенный вывод о том, что органы государственной власти в субъектах РФ обладают полнотой государственной власти исключительно в пределах, определенных Конституцией РФ и указанными выше договорами (ст. 3, 11, 73). Из данных статей Конституции РФ с очевидностью следует, что она определяет именно полномочия, но не имеет в виду проблему суверенитета, поскольку суверенной является только Российская Федерация. Это подтверждает Конституционный Суд РФ, отмечая, что Конституция РФ «не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо многонационального народа России, и, следовательно, не предполагает какого-либо иного государственного суверенитета, помимо суверенитета РФ. Суверенитет Российской Федерации, в силу Конституции РФ, исключает существование двух уровней суверенных властей, находящихся в единой системе государственной власти, которые обладали бы верховенством и независимостью, т.е. не допускает суверенитета ни республик, ни иных субъектов РФ»<sup>5</sup>. К этому следует только добавить, что существование двух

<sup>4</sup> Тишков В.А. Этнология и политика. М., 2001. С. 151–155; Дробишева Л. в статье «Межэтнические отношения в Российской Федерации: пример республик с "особыми правами"» отмечала, что «якутская элита, создав свои национальные организации, вела этническую мобилизацию вокруг идеи за особое право доступа к ресурсам, за приоритет в культурно-информационном пространстве», а также, что якутяне имеют некоторые льготы, полученные в результате расширения суверенитета (Россия и Совет Европы: перспективы взаимодействия: сб. ст. М. С. 245–246, 249).

<sup>5</sup> Определение Конституционного суда Российской Федерации от 27 июня 2000 года «По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке соответствия Конституции Российской Федерации отдельных положений конституций Республики Адыгея, Республики Башкортостан, Республики Ингушетия, Республики Коми, Республики Северная Осетия – Алания и Республики Татарстан» // Вестн. Конституционного Суда Российской Федерации. 2000. № 5, 6.

уровней государственных властей, которые обладали бы верховенством и независимостью, недопустимо не только в силу Конституции РФ, но и потому, что подчинение одного суверенного образования другому невозможно, поскольку подчиненное образование в силу самого понятия суверенитета не может являться суверенным. Существенной гарантией суверенитета РФ является правовая норма, установленная в ст. 15 Конституции РФ, в соответствии с которой Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории РФ. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ. Нужно заметить, что в силу различных причин, главным образом субъективного характера, в частности с тем, что в свое время в Советском Союзе в условиях практической диктатуры правящей коммунистической партии сложилась устойчивая практика истолкования любого закона, не исходя из его содержания и смысла, а исходя либо из указаний органов правящей партии, либо подзаконных актов ею санкционированных. Именно эта антиконституционная практика, ставшая, можно без преувеличения сказать, своего рода традицией, широко использовалась почти целое десятилетие после принятия Конституции РФ многими субъектами Федерации, преимущественно республиками (но и не только ими) для ослабления власти федеральных государственных органов и реализации своекорыстных региональных интересов. Этому способствовало и то, что нередко принцип прямого действия Конституции РФ не воспринимался безоговорочно и некоторыми федеральными государственными органами. Примером этого может служить неспособность или нежелание длительный период ряда федеральных органов в лице высших должностных лиц министерства обороны и некоторых других федеральных учреждений допустить осуществление гражданами России их права на замену воинской службы альтернативной гражданской службой, что прямо предусмотрено ч. 3 ст. 59 Конституции РФ.

Естественным продолжением правовой нормы, содержащейся в приведенной выше и относящейся к основам российского конституционного строя ст. 15 Конституции РФ, являются правовые нормы, установленные в ст. 76 Конституции (особенно в ч. 1, 2, 4, 5 и 6). В данной статье подтверждено, что по предметам

ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федеральные законы, имеющие прямое действие на всей территории РФ. Федеральные законы, сказано в этой статье, издаются и по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ, в соответствии с которыми принимаются законы и иные нормативные акты субъектов РФ. В случае противоречия федеральным законам иных актов, изданных в Российской Федерации, включая законы и иные акты субъектов федерации, действует федеральный закон<sup>6</sup>.

Суверенитет именно Российской Федерации определяется и тем, что согласно ст. 77 Конституции России система органов государственной власти всех субъектов РФ хотя и устанавливается ими самостоятельно, но только в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом, а также тем, что в пределах ведения Российской Федерации и по предметам совместного ведения РФ и ее субъектов федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов РФ образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации. К изложенным выше гарантиям государственного суверенитета России необходимо добавить, что в этом существенная роль принадлежит федеральным органам государственной власти, а именно в соответствии с ч. 4 ст. 78 Конституции РФ Президент

<sup>6</sup> Это в 2003 году стало основой в работе законодательных органов государственной власти субъектов федерации при проведении своих законов в соответствие с нормами федеральных законов. При этом следует отметить, что в Ямало-Ненецком автономном округе эта работа велась постоянно и результативно, начиная с 1995 года, практически с момента начала законодательской деятельности. Так, отношение законов, в которые внесены изменения в связи с изменениями федерального законодательства, к принятым законам в 1995 году составило 7,7 %, в 1996 – 22,4 %, в 1997 – 33,6 %, в 1998 – 18,1 %, в 1999 – 48,3 % и в 2000 – 42,8 %. В среднем это составило 28,8 %. Аналогичная тенденция сохраняется и в текущий период. Совместная аналитическая работа комитетов Государственной Думы автономного округа, специалистов, обеспечивающих деятельность депутатского корпуса как со стороны законодательного (представительного) органа и исполнительного органа государственной власти автономного округа, так и со стороны прокуратуры автономного округа позволяет при рассмотрении законопроектов наиболее полно учитывать нормы федерального законодательства, а также Устава (Основного закона) Ямало-Ненецкого автономного округа и действующих законов автономного округа (Ведомости Государственной Думы Ямало-ненецкого автономного округа. Салехард. 2000. № 13, дек. С. 43).

РФ и Правительство РФ обеспечивают осуществление полномочий федеральной государственной власти на всей территории РФ.

Судебная система Российской Федерации устанавливается только Конституцией РФ и федеральным конституционным законом, причем суды подчиняются только Конституции РФ

и федеральному закону (ч. 3 ст. 118 и ч. 1 ст. 120 Конституции РФ). Полагая, что изложенные выше правовые нормы достаточны для обеспечения суверенитета Российской Федерации, следует иметь в виду, что их реализация все же напрямую связана с государственной волей федеральной власти.

## СООТНОШЕНИЕ ИННОВАЦИОННОГО ПРАВА И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА<sup>1</sup>

ЕФИМЦЕВА Татьяна Владимировна

**Аннотация:** в статье отмечается, что общие категории рыночной экономики закрепляются в предпринимательском законодательстве и изучаются наукой предпринимательского права. Предпринимательское право является комплексным правовым образованием. Такой же комплексный характер имеет и инновационное право. Нормы, регулирующие отношения, связанные с инновационной деятельностью, относятся одновременно и к предпринимательскому и к инновационному праву. Поэтому инновационное право тесно соотносится с предпринимательским правом.

**Annotation:** the article states that common market economical categories are specified in business legislation and studies by science of business law. Business law is a complex legal entity. The same complex character has innovative law. Norms, regulating relations, connected with innovative activity are contained in both innovative and business law. So innovative law strongly corresponds with business law.

**Ключевые слова:** рыночная экономика, предпринимательская деятельность, предпринимательское право, инновации, результаты интеллектуальной деятельности, субъекты малого и среднего предпринимательства, государственная поддержка, научные исследования, инновационная экономика, инновационное право.

**Key words:** market economy, business activity, business law, innovations, results of intellectual activity, subjects of small and middle business activity, state support, scientific research, innovative economics, innovative law.

Становление и развитие рыночных отношений в нашей стране ставит на повестку дня рассмотрение правовых аспектов и категорий рыночной экономики. В числе последних наиболее важными и принципиальными являются такие до сих пор рассматривавшиеся с чисто экономических позиций дефиниции, как рынок, спрос и предложение (конъюнктура рынка), стоимость, потребительская стоимость, себестоимость, прибыль, доход, цена, аудит, инвестиции, инновации и др.

Названные общие категории рыночной экономики требуют исследования с позиции того, как они преломляются в праве и закрепляются в законодательстве.

Взаимоотношения между предпринимателями, юридически равными субъектами товарно-денежных отношений, иначе как гражданско-правовыми (частноправовыми) методами в рыночной экономике регулироваться не могут. Однако нужно помнить о том, что гражданским правом регулируется только часть, хотя и существенная, отношений, возникающих в связи с предпринимательской

деятельностью. Не менее значительная их часть регулируется публично-правовыми методами. Это отношения по государственному регулированию предпринимательства, в которых государство от имени общества в целях защиты публичных и частных интересов устанавливает правила осуществления предпринимательской деятельности и последствия их нарушения.

В этой связи представляется обоснованным утверждение, согласно которому экономические категории подлежат изучению в рамках предпринимательского права<sup>2</sup>. Предпринимательское право имеет комплексный интегрированный характер, поскольку регулирует не только непосредственно сами предпринимательские отношения, но и отношения по государственному регулированию предпринимательства. Многие институты предпринимательского права – инвестиционное право, информационное право, инновационное право – обладают таким же комплексным характером. Основу содержания предпринимательского права составляет предпринимательская деятельность, которая может осуществляться только в условиях

<sup>1</sup> Статья выполнена в рамках реализации научно-исследовательской работы (проекта) «Оптимизация правового обеспечения малого и среднего предпринимательства в системе условий по улучшению ведения предпринимательской деятельности».

<sup>2</sup> Предпринимательское право Российской Федерации / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Юристъ, 2003. С. 44.

рынка. Поэтому предпринимательское право как право рыночной экономики является неотъемлемой частью системы права России.

Правовая система должна быть стабильна, оперативна и гибка по отношению к основным институтам рынка. Иными словами, главная задача государства состоит в принятии нормативных правовых актов, обеспечивающих максимальную экономическую свободу предпринимательской деятельности, подразумевающую, естественно, и полную экономическую, правовую и иную ответственность за результаты такой деятельности.

Однако эта свобода не является абсолютной. Рынок функционирует совершенно свободно, но в рамках, твердо установленных государством. Как отмечал В.А. Дозорцев, «отказ от административно-командной системы не означает отрицания государственного воздействия на рыночные отношения, в частности экономические, но не только экономическими методами. От элементов прямого административного воздействия тоже полностью отказаться не удастся. Расчет на "стерильное" применение гражданского права оказывается... несостоятельным»<sup>3</sup>.

Вместе с тем, являясь уникальным изобретением человечества, рынок сам в состоянии регулировать многие отношения товарного производства, вытекающие из действия объективных экономических законов. В этом плане государству не нужно вмешиваться в те отношения, которые саморегулируются рынком. Хотя надо признать бесспорным тот факт, что «внерыночное регулирование хозяйства имеет место в любой системе. Но чем меньше скован производитель, тем больше простора для развития рыночных отношений»<sup>4</sup>.

Таким образом, государство призвано содействовать развитию рыночной инфраструктуры, в результате чего должно сложиться уникальное взаимодействие саморегулирования свободного рынка и императивного вмешательства государства в рыночные отношения в интересах всего общества в строго определенных случаях. Образно выражаясь, государство должно установить «правила игры» для участников рынка.

Рынок представляет собой систему социально-экономических отношений между продавцами и покупателями по поводу реализации (приобретения) товаров (работ, услуг). А раз так, то эти отношения в принципе могут быть подвергнуты воздействию со стороны права, то есть правовому регулированию. Проблема заключается в том, что эти отношения отличаются качественным своеобразием, связанным с воздействием на них объективных экономических законов товарного производства и обращения – закона стоимости, закона спроса и предложения и др. Поэтому для эффективного правового регулирования рыночных отношений необходимо познать характер действия экономических законов и сознательно использовать их в правотворческой и правоприменительной деятельности.

Сегодня единственно законную возможность монополизировать рынок определенных товаров и услуг предоставляет стратегия внедрения и реализации инновационной продукции, благодаря ее высоким качественным характеристикам. Именно инновации выступают одним из наиболее важных элементов рыночной экономики, способствующим развитию предпринимательской деятельности. Неоднократно отмечалось, что единственным способом преодоления зависимости России от экспорта сырья является переход к инновационной экономике или «экономике знаний», в которой главными условиями экономического роста признаются создание и использование результатов интеллектуальной деятельности<sup>5</sup>.

Тем не менее, экономические и правовые аспекты использования результатов научно-технической деятельности субъектами предпринимательства в настоящее время представлены недостаточно полно. Во многом из-за правовой неурегулированности рынка творческих достижений именно его продукция часто создает питательную среду теневой экономики. Представляется совершенно неприемлемым заявление бывшего министра науки, высшей школы и технической политики Российской Федерации о том, что «для расцвета малого научного бизнеса можно закрыть глаза на воровство интеллектуальной собственности. Ведь она остается на нашей территории». Установление четкого правопорядка в произ-

<sup>3</sup> Дозорцев В.А. Тенденции развития российского гражданского права при переходе к рыночной экономике // Междунар. науч.-практ. конф. «Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы»: тез. докл. М., 1993. С. 6.

<sup>4</sup> Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учеб. для вузов. М., 2001. С. 18–19.

<sup>5</sup> См., например: Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 года // Рос. газ. 2008. № 230. 6 нояб.; Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 30 ноября 2010 года // Рос. газ. 2010. № 271. 1 дек.

водстве, распределении и потреблении результатов интеллектуальной деятельности – это доведение до юридической формулировки требований субъектов малого и среднего предпринимательства.

В этой связи следует отметить, что понятие «субъект малого и среднего предпринимательства» закреплено в Федеральном законе от 24 июля 2007 года № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации»<sup>6</sup> (далее – Закон о развитии малого и среднего предпринимательства). Этот Закон устанавливает четыре критерия, соблюдение которых необходимо для получения статуса микро-, малого или среднего предприятия: цель осуществляемой деятельности, средняя численность работников, доля участия и сумма выручки от реализации (или балансовая стоимость активов)<sup>7</sup>. Категория субъекта малого и среднего предпринимательства будет меняться с одной на другую только в случае, если предельные значения средней численности работников и выручки от реализации (или балансовой стоимости активов) окажутся выше или ниже установленных в течение двух календарных лет, следующих один за другим. Данная норма должна обеспечить каждому конкретному субъекту малого и среднего предпринимательства некоторую стабильность развития, гарантировать в указанный промежуток времени продекларированную Законом поддержку государства и муниципальных образований<sup>8</sup>.

В соответствии со ст. 22 Закона о развитии малого и среднего предпринимательства оказа-

ние поддержки субъектам малого и среднего предпринимательства в области инноваций и промышленного производства органами государственной власти и органами местного самоуправления может осуществляться в виде:

1) создания организаций, образующих инфраструктуру поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства и оказывающих поддержку таким субъектам, в том числе технопарков, центров коммерциализации технологий, технико-внедренческих и научно-производственных зон, и обеспечения деятельности таких организаций;

2) содействия патентованию изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и селекционных достижений, а также государственной регистрации иных результатов интеллектуальной деятельности, созданных субъектами малого и среднего предпринимательства;

3) создания условий для привлечения субъектов малого и среднего предпринимательства к заключению договоров субподряда в области инноваций и промышленного производства;

4) создания акционерных инвестиционных фондов и закрытых паевых инвестиционных фондов.

Конкретные условия и порядок оказания поддержки субъектам малого и среднего бизнеса в области инноваций и промышленного производства устанавливаются федеральными, региональными и муниципальными программами развития таких субъектов. Однако далеко не все субъекты РФ приняли соответствующие нормативные правовые акты в данной сфере отношений. К тому же сама ст. 22 Закона о развитии малого и среднего предпринимательства носит достаточно общий характер, не раскрывая особенностей необходимых мероприятий по поддержке инновационных субъектов предпринимательства.

Одна из важнейших мер поддержки состоит в следующем. Для того чтобы предприниматель имел возможность присваивать коммерческую стоимость продукта, содержащего результаты интеллектуальной деятельности, необходимо обеспечить эффективную защиту прав автора. Главный принцип, лежащий в основе государственной научно-технической политики, состоит в том, что защита прав субъекта должна стимулировать творческий процесс проводимых иссле-

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4006.

<sup>7</sup> Важным представляется то, что круг малых предприятий значительно расширен за счет организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность в сельском хозяйстве, научно-технической сфере, оптовой торговле, розничной торговле, общественном питании и других отраслях, поскольку теперь, в отличие от Федерального закона от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации», определен единый показатель средней численности работников во всех перечисленных сферах деятельности.

<sup>8</sup> Закон о развитии малого и среднего предпринимательства устанавливает заявительный порядок обращения субъектов за оказанием поддержки (ст. 14), а также предусматривает введение соответствующими органами, предоставляющими эту поддержку, реестров субъектов малого и среднего предпринимательства – получателей поддержки (ст. 8). Но из этой нормы права следует, что подтверждение своего статуса будут получать не все субъекты малого и среднего предпринимательства, а только те, которым государственные или муниципальные органы уже оказали поддержку в том или ином виде (см. об этом: Кирилина В. Понятие субъекта малого и среднего предпринимательства в российском законодательстве // Хозяйство и право. 2008. № 8. С. 76–82.).

дований, которые в конечном итоге способствуют техническому прогрессу, экономическому росту страны и повышению жизненного уровня населения.

Для этого предлагается разделить секторы науки на государственный, частный, отраслевой. Государственные академические институты должны заниматься проведением фундаментальных научных исследований, а отраслевые институты, на базе которых следует открывать инновационные центры и технопарки, должны заниматься внедрением. Так, например, для преодоления искусственных барьеров и для реализации идей научным и образовательным учреждениям в настоящее время предоставлено право создавать собственные инновационные фирмы. В то же время такое разделение функций между институтами не должно мешать достижению общей цели – развитию инновационной экономики.

В качестве примера можно привести США, в которых сложилась система разделения усилий по получению и использованию новых знаний между государством, крупными промышленными компаниями и малыми инновационными фирмами частного сектора, высшими учебными заведениями (университетами) и бесприбыльными организациями. Одним из ее центральных элементов является механизм обеспечения производства новыми перспективными идеями и технологиями, которые возникают в процессе выполнения финансируемых из государственного бюджета научных исследований и разработок.

Представляется, и зарубежный опыт это подтверждает, что необходимость обеспечения баланса интересов участников инновационного процесса, осуществляемого при участии средств федерального бюджета, требует дальнейшего совершенствования порядка распределения прав на результаты этого процесса между его участниками.

Таким образом, государство, реализуя государственную научно-техническую политику, призвано поддерживать технологическую конкурентоспособность отечественных предпринимателей и обеспечивать их жизнеспособность в долгосрочном плане, в результате чего достигается баланс между частными интересами предпринимателей и публичными интересами всего общества в целом. Сочетание таких, часто противоречащих друг другу интересов, составляет цель как инновационного права, так и предпринимательского права.

Исходя из вышеизложенного, можно констатировать, что правовое регулирование общественных отношений, непосредственно связанных с инновационной деятельностью предпринимателей, а также отношений по государственному воздействию на инновационную деятельность осуществляется нормами инновационного права, в которое входят также нормы предпринимательского права. Следовательно, инновационное право представляет собой комплексное межотраслевое сложное вторичное интегрированное правовое образование системы права России.

## ПРОБЛЕМА ПРИМЕНЕНИЯ ФИЗИЧЕСКИМИ ЛИЦАМИ, ИМЕЮЩИМИ СТАТУС ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ, ИМУЩЕСТВЕННОГО НАЛОГОВОГО ВЫЧЕТА В ОТНОШЕНИИ ДОХОДОВ ОТ ПРОДАЖИ ИМУЩЕСТВА

КУЛЬБА Глеб Юрьевич

*Аннотация:* в статье рассматриваются вопросы применения физическими лицами, имеющими специальный статус индивидуального предпринимателя, налоговых вычетов в случае продажи имущества, проведен анализ налогового законодательства и правоприменительной практики, относящейся к различным периодам развития данной проблематики, сформулирован авторский подход к решению поставленных вопросов.

*Annotation:* in the article the questions of using property-related tax deduction with regard to property sales revenue with individuals ranking as self-employed individuals are considered. Analysis of tax legislation and law enforcement practice connected with different periods of development of the given problematics is carried out. Also in the article the authorial approach to solving the given problems is represented.

*Ключевые слова:* имущественный налоговый вычет, индивидуальный предприниматель, доход, налог.

*Key words:* property-related tax deduction, self-employed individual, revenue, tax.

Проблема применения имущественного налогового вычета в отношении доходов от продажи имущества касается, пожалуй, каждого физического лица, имевшего или имеющего на момент заявления вычета статус индивидуального предпринимателя, что обуславливает ее несомненную актуальность.

Согласно подп. 1 п. 1 ст. 220 Налогового кодекса РФ (в редакции Федерального закона от 27 декабря 2009 года № 368-ФЗ) при определении размера налоговой базы налогоплательщик имеет право на получение имущественного налогового вычета в суммах, полученных налогоплательщиком в налоговом периоде от продажи определенного недвижимого имущества, находившегося в собственности налогоплательщика менее трех лет, но не превышающих в целом 1 000 000 рублей, а также в суммах, полученных в налоговом периоде от продажи иного имущества, находившегося в собственности налогоплательщика менее трех лет, но не превышающих в целом 250 000 рублей. Вместо использования данного права налогоплательщик вправе уменьшить сумму своих облагаемых налогом доходов на сумму фактически произведенных им и документально подтвержденных расходов, связанных с получением этих доходов. При этом до 2010 года редакция данной статьи также предусматрива-

ла возможность воспользоваться налогоплательщику имущественным налоговым вычетом в отношении имущества, находившегося в собственности налогоплательщика три года и более в сумме, полученной налогоплательщиком от его продажи.

Этим же пунктом ст. 220 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ) установлено ограничение на применение имущественного налогового вычета в отношении доходов, *получаемых индивидуальными предпринимателями от продажи имущества в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности*. По существу вся суть сложившейся правоприменительной проблемы, рассматриваемой в настоящей статье, связана с различным толкованием и применением именно данного, а также взаимосвязанных с ним положений налогового законодательства.

В правоприменительной судебной практике до середины 2010 года преобладал подход, согласно которому налогоплательщик не имел права на имущественный налоговый вычет только в тех случаях, когда продажа имущества для него являлась предпринимательской деятельностью с присущим ей признаком направленности на систематический характер извлечения прибыли (ч. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)).

Когда же реализация имущества носила разовый характер, суды, как правило, занимали позицию, что доходы от данной операции не являются полученными налогоплательщиком в связи с его предпринимательской деятельностью. Так, в постановлении Федерального арбитражного суда Уральского округа (далее – ФАС УрО) от 26 января 2010 года № Ф09-11305/09-С3, оставленным без изменения Определением Высшего арбитражного суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ) от 20 августа 2010 года № ВАС-6946/10, указано: «...*Поскольку данная сделка носила разовый характер и не направлена на систематическое получение прибыли, посредством ее предприниматель распорядился личным имуществом, реализовав правомочия собственника – физического лица, суд первой инстанции обоснованно признал данную операцию не связанной с предпринимательской деятельностью...*». Аналогичные выводы сделаны в постановлениях ФАС УрО от 26 августа 2010 года по делу № Ф09-6826/10-С2, от 12 января 2010 года по делу № Ф09-5369/09-С2, от 16 апреля 2009 года по делу № Ф09-2099/09-С2, от 7 апреля 2009 года по делу № Ф09-1899/09-С2, от 12 мая 2008 года № Ф09-3309/08-С2, оставленным без изменения Определением ВАС РФ от 5 сентября 2008 года № 10609/08, от 7 декабря 2009 года № Ф09-9603/09-С2, от 1 сентября 2009 года № Ф09-6424/09-С2. В мотивировочных частях данных судебных актов также сформулирована правовая позиция, согласно которой в связи с тем, что имущество индивидуального предпринимателя (предпринимательский актив) не разграничено с имуществом физического лица, выступающего в личном непредпринимательском качестве, использование указанного имущества путем сдачи в аренду не имеет юридического значения (например, постановление ФАС УрО от 12 января 2010 года по делу № Ф09-5369/09-С2, от 15 января 2009 года по делу № Ф09-10187/08-С2). Дополнительными заслуживающими по мнению судов обстоятельствами для целей установления связи дохода с предпринимательской или иной деятельностью налогоплательщика являлись следующие: наличие статуса индивидуального предпринимателя на момент совершения сделки по приобретению имущества, поступление дохода от продажи имущества на личный или предпринимательский расчетный счет, указание в договорах на приобретение и продажу имущества на то, в каком качестве выступает лицо (предпринимателя или физического лица) и некоторые другие.

Необходимо отметить, что указанная выше практика сложилась далеко не только в Уральском округе. Аналогичные выводы содержатся, например, в постановлении ФАС Московского округа от 24 февраля 2010 года по делу № КА-А41/576-10, постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 12 января 2010 года по делу № А32-17068/2009-63/260, оставленного без изменения Определением ВАС РФ от 15 января 2010 года № ВАС-4322/10, постановлении ФАС Северо-Западного округа от 28 октября 2008 года по делу № Ф04-6196/2008(13272-А70-19), постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11 февраля 2010 года по делу № 18АП-12551/2009, постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 сентября 2009 года по делу № А56-55008/2008, от 15 июля 2009 года по делу № А56-49030/2008.

Таким образом, вышеприведенное толкование нормы подп. 1 п. 1 ст. 220 НК РФ основано на том, что *характер дохода от реализации имущества непосредственно зависит вида деятельности, от которой он получен.*

Правовая позиция судов изменилась диаметрально в связи с принятием Президиумом Высшего арбитражного суда РФ постановления от 16 марта 2010 года № 14009/09. При рассмотрении данного конкретного дела, основываясь на том, что, *во-первых*, недвижимое имущество было приобретено индивидуальным предпринимателем для осуществления предпринимательской деятельности, *во-вторых*, такая деятельность фактически осуществлялась (розничная торговля товарами с применением специального режима в виде единого налога на вмененный доход), *в-третьих*, денежные средства от продажи имущества поступили на расчетный счет предпринимателя, Президиум ВАС РФ пришел к выводу об отсутствии у такого предпринимателя права на применение имущественного налогового вычета в отношении доходов от продажи недвижимого имущества, так как при таких обстоятельствах доход связан с предпринимательской деятельностью налогоплательщика.

В связи с этим Президиум ВАС РФ не просто расширил пределы прежнего толкования рассматриваемой нормы ст. 220 НК РФ, а изменил суть сложившегося подхода к такому толкованию. Содержательный смысл указанного постановления Президиума ВАС РФ состоит в том, что характер продажи физическим лицом имущества как разовой или систематической сделок не оказывает определяю-

щего значения для установления связи дохода от такой продажи с предпринимательской или иной деятельностью лица. В свою очередь *такая связь прослеживается через целую совокупность юридических фактов*, что, с нашей точки зрения, представляется абсолютно оправданным и экономически обоснованным.

Действительно, для установления *внутренней* связи между деятельностью лица и его доходом нельзя основываться лишь на *внешнем* факторе количества совершенных сделок с имуществом. Достаточно сложно утверждать, что в финансовом аспекте характер дохода от одной отдельно взятой продажи взаимообусловлен только числом последующих аналогичных сделок. Намного более значимыми являются внутренние структурные связи дохода и деятельности физического лица, на которые и обратил внимание Президиум ВАС РФ.

В практическом плане это означает следующее: при вынесении правоприменительно-го акта налоговому органу или суду надлежит установить как можно более расширенный юридический состав имеющих значение фактов и дать им правовую оценку.

В рассматриваемом Президиумом ВАС РФ деле был установлен конкретный состав юридических фактов: предпринимательская цель приобретения имущества, использование последнего в предпринимательской деятельности, поступление выручки от продажи имущества на «предпринимательский» счет. Отсутствие иных обстоятельств, свидетельствующих о характере имущества как непредпринимательского личного актива физического лица, предрешило позицию Президиума ВАС РФ по данному делу не в пользу налогоплательщика, что представляется абсолютно законным и обоснованным. В рассматриваемом деле фактически отсутствовал спор налогового органа и налогоплательщика по обстоятельствам<sup>1</sup>, имеющим значение по делу (тем более, что зачисление выручки от продажи имущества на расчетный счет для предпринимательских доходов по существу является признанием предпринимательского характера выручки), тогда как оценка именно таких обстоятельств должна иметь определяющее значение по данной категории дел.

---

<sup>1</sup> Позиция налогоплательщика основывалась на неправильном применении налоговым органом норм права и неприменении норм права, подлежащих применению (а именно – разовая продажа имущества не образует предпринимательской деятельности, что свидетельствует о праве на имущественный налоговый вычет по подп. 1 п. 1 ст. 220 НК РФ).

В то же время постановление Президиума ВАС РФ от 16 марта 2010 года № 14009/09 нижестоящими судами было истолковано несколько по-иному. Правовая позиция ВАС РФ по конкретному делу стала, к сожалению, расширительно интерпретироваться судами, что фактически привело к превращению ее в некую упрощенную абстрактную формулу и типовую модель обоснования судебных решений без оценки всех имеющих юридическое значение обстоятельств дела. Ситуация еще более осложнилась для налогоплательщика в связи с принятой формулировкой п. 17.1 ст. 217 НК РФ, согласно которому правило об освобождении от налогообложения доходов от продажи имущества, находившегося в собственности налогоплательщика более трех лет, не распространяется на доходы, получаемые от продажи ценных бумаг и имущества, непосредственно используемого индивидуальными предпринимателями в предпринимательской деятельности.

Подтверждением этому являются, например, постановления ФАС УрО от 20 декабря 2010 года по делу № Ф09-2462/10-С3, от 20 декабря 2010 года по делу № Ф09-10567/10-С3, от 4 августа 2010 года по делу № Ф09-5178/10-С3, от 24 мая 2012 года по делу № Ф09-4296/2012, постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 сентября 2011 года по делу № 17АП-8951/2011, в которых суды пришли к выводу об отсутствии у налогоплательщиков права на применение имущественного налогового вычета во многом в связи с лишь формальной доказанностью использования индивидуальными предпринимателями недвижимого имущества в предпринимательской деятельности путем сдачи его в аренду. Между тем, как указывалось выше, согласно позиции ВАС РФ характер использования имущества является только одним из факторов, определяющих вид дохода лица от продажи имущества как предпринимательского или иного экономического, и не может иметь предрешающего результат арбитражного дела значения не только в процессуальном (ч. 5 ст. 71 АПК РФ), но материально-правовом плане.

В том же случае, когда имеют место обстоятельства, свидетельствующие как в пользу предпринимательского, так и непредпринимательского вида дохода от продажи имущества, а также отсутствует признание характера сделки самим предпринимателем, в целях установления оснований для применения ст. 220 НК

РФ требуется исследовать правовой режим объекта, подвергаемого налогообложению. Такое исследование должно осуществляться с учетом того, что в основе дифференциации объектов налогообложения в рамках гл. 23 НК РФ положен *принцип корреспонденции правового режима расходов, уменьшающих налоговую базу, правовому режиму доходов, подвергаемых налогообложению*. Следовательно, при определении налоговых последствий подлежат оценке экономические источники (личные средства физического лица или предпринимательский капитал), за счет которых были понесены расходы на приобретение имущества, впоследствии продаваемого для получения дохода налогоплательщиком, претендующим на налогообложение в соответствии с правилами ст. 220 НК РФ.

В том случае, если источником расходов являются предпринимательские активы физического лица, то доходы от продажи имущества следует признавать полученными от предпринимательской деятельности. В случае, если доход получен от деятельности, для осуществления которой были вложены личные (обособленные от предпринимательских) накопления физического лица, доход не может признаваться полученным от предпринимательской деятельности. Такая «преемственность» режима налогообложения доходов в зависимости от характера понесенных для их извлечения расходов является вполне закономерной, так как именно вид расходов изначально определяет характер самой деятельности налогоплательщика как предпринимательской или иной экономической.

Указанный подход можно найти в источниках, традиционно относимых к классике науки финансового права. Согласно сложившемуся мнению ученых-классиков именно факторы производственно-расходного характера отграничивают объекты налога с заработной платы работника, с одной стороны, и промышленного налога (то есть налога с дохода от предпринимательской деятельности), с другой. И.И. Янжул писал, что соединение личного труда и капитала «составляет необходимое условие понятия о промысле, результатом которого является промысловый доход, отличный как от дохода капитального, так и от заработной платы... Поэтому под промыслом необходимо понимать лишь такое занятие, которое производится с помощью капитала и которое дает доход, отчасти зависящий от затраченного капитала. В этом ограниченном смысле про-

мысловый налог есть налог на предпринимательскую прибыль...»<sup>2</sup>. Аналогичные взгляды высказаны Д.М. Львовым, который при этом также отмечает, что «...результатом промысла, понимаемого в тесном смысле, является специфический вид дохода...»<sup>3</sup>. Дополнительно ученый также отмечает, что «затраченный в промысле капитал обладает некоторыми своеобразными свойствами, позволяющими легко распознавать его среди других видов капитала»<sup>4</sup>.

Таким образом, финансово-правовая мысль традиционно исходила из принципиальной зависимости дохода (и соответственно обложения его теми или иными налогами) от вида и специфики затрат.

Если во времена Российской империи такие различия в налогообложении дохода подчеркивались наличием отдельных налогов (промысловый налог, налог с денежного (ссудного) капитала и др.), то в современной налоговом-правовой системе России указанные отличия находят свое продолжение в особенностях налогообложения отдельных видов доходов в рамках одного из налогов, и прежде всего – налога на доходы физических лиц (гл. 23 НК РФ). Современные исследователи в вопросах налогового права отмечают, что «состав объекта налога даже в пределах одного налогового периода, как правило, не однороден и включает в себя большое число различных юридических фактов, с которыми связывается налогообложение. При этом условия налогообложения могут существенно различаться в зависимости от того, какой конкретно юридический факт имеет место... Это уже само по себе предполагает... наличие в объекте налога неких сегментов, каждый из которых имеет свой порядок налогообложения»<sup>5</sup>.

Несмотря на то, что налогом на доходы физических лиц оказались обложенными как доходы от продажи личного имущества (например, жилого помещения) физического лица, так и его предпринимательские доходы, применительно к таким доходам налоговое законодательство установило по существу самостоятельные режимы налогообложения. Это проявляется в возможности применения нало-

<sup>2</sup> Янжул И.И. Основные начала финансовой науки: Учение о государственных доходах. М.: Статут, 2002. С. 329–330.

<sup>3</sup> Львов Д.М. Курс финансового права. Казань: Тип. Император. ун-та, 1887. С. 333.

<sup>4</sup> Там же. С. 334–335.

<sup>5</sup> Кучеров И.И. Теория налогов и сборов (Правовые аспекты): моногр. М.: ЮрИнфоР, 2009. С. 311–312.

гоплательщиками профессионального (ст. 221 НК РФ) или имущественного (ст. 220 НК РФ) налогового вычета в отношении доходов от продажи имущества. Оба вида вычетов направлены на избежание обложения валового дохода налогоплательщика.

Согласно п. 1 ст. 221 НК РФ при исчислении налоговой базы право на получение профессиональных налоговых вычетов имеют индивидуальные предприниматели в сумме фактически произведенных ими и документально подтвержденных расходов, непосредственно связанных с извлечением доходов. При этом состав указанных расходов, принимаемых к вычету, определяется налогоплательщиком самостоятельно в порядке, аналогичном порядку определения расходов для целей налогообложения, установленному главой «Налог на прибыль организаций». В силу положений гл. 25 НК РФ, расходы на приобретение недвижимого имущества (как правило, относящегося к амортизируемому по правилам ст. 256 НК РФ) учитываются при определении налоговой базы в виде амортизационных отчислений (подп. 3 п. 2 ст. 253, ст. 257–259.3 НК РФ). Исходя из механизма и своей правовой природы, сумма амортизации уменьшает именно предпринимательскую часть доходов физического лица. Таким образом, в случае, если налогоплательщик учитывал сумму амортизации в отношении недвижимого имущества при исчислении налоговой базы по подоходному налогу, то имеются все основания презюмировать предпринимательскую природу первоначальных затрат (расходов) на приобретение такого имущества. В данном случае конструкция юридической презумпции, исходя из фактических действий лица восполняет отсутствие у налогового органа достоверной информации о том, за счет каких средств было некогда приобретено имущество (тем более в ситуации, когда имущество налогоплательщика-физического лица не обособленно).

В том же случае, если физическое лицо не учитывало сумму амортизации при исчислении подоходного налога, есть все основания для применения им имущественного налогового вычета ввиду непредпринимательского характера расходов на приобретение указанного имущества.

Близкая к высказанной позиция содержится в письмах Минфина РФ от 16 апреля 2009 года № 03-04-05-01/222, от 11 января 2009 года № 03-04-05-01/2.

В отдельных судебных делах фактически была применена преювенция режима налогообложения доходов в зависимости от характера источника, что проявилось в оценке судами факта приобретения имущества на личные средства как основания для применения имущественного налогового вычета по подп. 1 п. 1 ст. 220 НК РФ (в частности, постановление ФАС УрО от 26 августа 2010 года по делу № Ф09-6826/10-С2, постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 февраля 2009 года по делу № А50-14139/2008).

Таким образом, при конкуренции оценки доходов как связанных с предпринимательской или иной деятельностью налогоплательщика, при одновременном наличии юридических фактов, свидетельствующих в пользу обоих режимов налогообложения, представляется необходимым исходить из характера экономического источника расходов на приобретение имущества. Именно в рамках этого подхода должна толковаться норма подп. 1 п. 1 ст. 220 НК РФ, согласно которой имущественный налоговый вычет не распространяется на доходы, получаемые индивидуальными предпринимателями от продажи имущества в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности. Постановка же оценки дохода от продажи имущества исключительно в зависимости от характера его использования ведет к правовой неопределенности в сфере налогообложения, к ситуации, когда налогоплательщик, использующий имущество в одни периоды для предпринимательской и в иные периоды для иной(личной) деятельности, не может уже самостоятельно определить статус принадлежащего ему имущества ввиду отсутствия у него для этого объективных критериев. Такая ситуация находится в явном противоречии с принципами определенности (п. 6 ст. 4 НК РФ) и экономической обоснованности налогообложения (п. 3 ст. 3 НК РФ).

Вместе с тем, необходимо отметить, что фактически правоприменительный запрет на использование вышеобоснованного подхода автора поставлен в Определении Конституционного Суда РФ от 14 июля 2011 года № 1017-О-О, согласно которому «...определяющее значение <...> имеет характер использования имущества, а не его гражданско-правовой статус (находится ли оно в общей совместной собственности или нет). Решением же арбитражного суда установлено, что недвижимое имущество использовалось

Ю.П. Целищевым для осуществления предпринимательской деятельности. Вместе с тем, в соответствии с пунктом 1 статьи 221 Налогового кодекса Российской Федерации индивидуальный предприниматель вправе воспользоваться профессиональным налоговым вычетом... Такое регулирование принято законодателем в рамках предоставленной ему дискреции в вопросах налогообложения и не может рассматриваться как нарушающее конституционные права заявителя...».

В связи с этим, в целях соответствия правового регулирования рассматриваемых отношений принципам нейтральности и экономической обоснованности налогообложения представляется, что положения п. 1 ст. 220 НК РФ и п. 17.1 ст. 217 НК РФ должны быть уточнены путем введения дополнительных критериев для установления правовой связи между деятельностью налогоплательщика и имуществом, исключающей применение имущественного налогового вычета при продаже такого имущества.

## ПРИНЦИП ДОБРОВОЛЬНОСТИ ВСТУПЛЕНИЯ В САМОРЕГУЛИРУЕМУЮ ОРГАНИЗАЦИЮ КАК ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЙ ЭЛЕМЕНТ МЕХАНИЗМА САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ

ЛЕСКОВА Юлия Геннадьевна

**Аннотация:** в статье проводится обоснование позиции о необходимости закрепления принципа добровольности вступления в саморегулируемую организацию, доказывающаяся несостоятельность принудительного вовлечения предпринимателей в процесс саморегулирования.

**Annotation:** the article grounds the position about necessity to set a principle of voluntariness of entry into a self-regulating organization. The author proves the unfoundedness of forced involving of businessmen to self-regulation process.

**Ключевые слова:** саморегулируемая организация, добровольность, предприниматели, государственное регулирование.

**Key words:** self-regulating organization, voluntariness, businessmen, state regulating.

Саморегулируемая организация (далее – СРО) – одна из важнейших форм существования хозяйствующих субъектов, где фундаментом является добровольный, взаимовыгодный и достаточно свободный «вход» в нее. Однако в настоящее время в России наметилась тенденция внедрения и развития механизма обязательного саморегулирования во многие сферы жизнедеятельности общества: государство, по всей видимости, идет по пути закрепления соответствующих (обязывающих) норм для укрепления позиции той или иной саморегулируемой организации. Вслед за строительным и аудиторскими рынками «обязательное» саморегулирование может быть введено в автотранспортной отрасли. По проекту закона «Об автотранспортной деятельности» (разработан Минтрансом и осенью может быть внесен в Госдуму), юридические лица и индивидуальные предприниматели будут обязаны вступать в СРО вне зависимости от того, используют они автопарк для собственных нужд или оказывают сторонние услуги по перевозке пассажиров, багажа и грузов. Другим примером является введение института саморегулирования, построенного также на принципе обязательного членства, в противопожарной отрасли (проект ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ по вопросам деятельности СРО в области пожарной безопасности»). Настойчивость государства в ведении обязательного членства в СРО «...заставляет подозревать нашу власть в стремлении поскорее снять с себя ответственность за плохо прокладываемые дороги, проваливающиеся кры-

ши, несвежие молочные продукты и т.д.»<sup>1</sup>. Однако использование СРО только в качестве «сброса» государственных функций является крайне непродуманным шагом.

Как было указано в Докладе «Об итогах анализа практики применения законодательства РФ о СРО в отдельных сферах и отраслях экономической деятельности», подготовленного Департаментом развития малого и среднего предпринимательства при участии Департамента корпоративного управления Минэкономразвития России в 2010 году, ожидание законодательного закрепления требования об обязательном членстве участников определенных рынков в СРО на сегодняшний день остается основным стимулом для создания таких «добровольных» СРО<sup>2</sup>. Однако, на наш взгляд, процесс вовлечения субъектов предпринимательской деятельности в СРО должен быть основан не на обязательности членства в них, а на других методах и способах, прежде всего разработке стимулов для самих предпринимателей. Необходимо, чтобы предприниматели понимали все преимущества саморегулирования, отличного от государственного регулирования. В настоящее же время не все участники рынка разбираются в основах саморегулирования. Предприниматели не спешат вступать в добровольные СРО, и причины того очевидны: они заключаются в том, что у предприни-

<sup>1</sup> Астафьев С. Проблемы саморегулирования как основы присоединения России к ВТО // Саморегулирование. 2010. № 3. С. 58.

<sup>2</sup> URL: <http://www.economy.gov.ru>. С. 16.

мателей не сложилось еще понимание того, чем именно будет отличаться СРО от прочих, уже существующих, отраслевых объединений, насколько значимым будет ее слово на рынке и где гарантия, что ей удастся изменить сложившуюся ситуацию<sup>3</sup>.

Саморегулируемые организации сегодня необходимы и государству, и предпринимателям, и потребителям. Государству нужен механизм, координирующий развитие рынка, способный отстаивать интересы и решать проблемы не отдельных частных лиц, а всего сообщества. Предпринимателям такой механизм необходим для защиты их предпринимательской деятельности и снижения влияния государства в данной сфере.

Однако реальность такова, что добровольное вступление в СРО порождает для предпринимателя только дополнительные обременения. В.В. Алакоз, пытаясь показать преимущества саморегулирования в сфере кадастровой деятельности, приходит к выводу о том, что кадастровые инженеры, добровольно вступающие в так называемые СРО, получают лишь дополнительный контроль со стороны бюрократии СРО и несут дополнительное бремя по ее содержанию, не получая никаких ощутимых выгод для себя<sup>4</sup>. Получается, предприниматель, кроме обязанностей ничего не получает взамен. Отсюда и «крах» создания добровольных СРО, и установления обязательности членства в СРО (и дело здесь вовсе не в особой публичности видов деятельности, которыми занимаются предприниматели).

В распоряжении Правительства РФ от 10 июня 2011 года № 1021-р «Об утверждении Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011–2013 годы и Плана мероприятий по реализации указанной Концепции» было отмечено, что в ряде случаев требование об обязательном членстве в СРО субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности отдельных отраслей экономики создает обременительные условия для бизнеса<sup>5</sup>. В этом же документе

подчеркивается необходимость осуществлять поддержку развития СРО и иных общественных объединений, обладающих атрибутивными признаками саморегулирования на добровольных началах. И не случайно И.В. Ершова отмечает, что на этапе становления саморегулирования в России необходима прежде всего имущественная поддержка при формировании компенсационного фонда саморегулируемых организаций<sup>6</sup>. Кроме того, повышение роли СРО и добровольного желания самих предпринимателей стать ее членом может произойти только в случае возрастания ее функции представительства и защиты интересов предпринимателей.

На наш взгляд, проблема объединения в СРО должна решаться не обязательностью вступления в СРО, а все тем же государственным регулированием в соответствующей отрасли. СРО – это не замена государственного регулирования. Это два разных института, которые в идеале должны существовать параллельно (в свое время существовали одновременно и лицензирование деятельности по оказанию юридических услуг, и присвоение статуса адвоката). Н. Лансков высказывает точку зрения о сохранении конкуренции между саморегулированием и государственным регулированием, согласно которой «...предлагается, что участник рынка и любой выходящий на рынок субъект должны сами определить, объектом какого регулирования они являются. Если участник предпочитает быть объектом государственного регулирования, то он обращается за лицензией в государственный орган и далее взаимодействует с бюрократическим аппаратом. Если же он выбирает механизм общественного регулирования, то он вступает в СРО, руководствуется стандартами ее деятельности и подчиняется надзорным и контрольным мерам по их соблюдению»<sup>7</sup>. В ряде случаев сам законодатель закрепляет принцип сочетания государственного регулирования и саморегулирования (например, п. 3 ст. 3 Федерального закона от 4 декабря 2007 года № 329-ФЗ (ред. от 21 апреля 2011 года) «О фи-

<sup>3</sup> Такой вывод был сделан представителями компаний операторского состава. См.: Вторушина Н. СРО на железнодорожном транспорте: дань моде или необходимость? // Саморегулирование в России. 2010. № 1(1). С. 59.

<sup>4</sup> См.: Авакоз В.В. О добросовестном заблуждении кадастровых инженеров, о существовании саморегулирования в сфере кадастровой деятельности // Землеустройство, кадастр и мониторинг земель. 2011. № 2.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2011. № 26. Ст. 3826.

<sup>6</sup> См.: Ершова И.В. Предпринимательское законодательство и наука предпринимательского права: история и современность // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2010. № 3.

<sup>7</sup> Лансков П. Признак саморегулирования // Рынок ценных бумаг. № 22.

зической культуре и спорте в Российской Федерации»).

Саморегулирование многими видными учеными оценивается как гораздо более прогрессивная и адекватная рыночным условиям хозяйствования форма воздействия на предпринимательство, нежели лицензирование как административно-директивный способ государственного регулирования<sup>8</sup>. Однако принудительное вовлечение предпринимателей в процесс регулирования и создание тем самым для них только дополнительных обременений вряд ли будет способствовать развитию рыночных отношений.

Поэтому считаем, что СРО должны функционировать на принципе добровольности членства – нужно дать свободный выбор предпринимателям в этих вопросах. Именно такой подход, позволяющий рассматривать СРО как субъектов частного права, выполняющих с согласия предпринимателя и государства (заметим, не только по воле государства!) публичные функции, позволит соблюдать баланс пуб-

личных и частных интересов, наиболее четко выстроить систему саморегулирования и обозначить ее главное предназначение. И не только предприниматель должен иметь право выбора: быть ему членом СРО или не быть, сами потребители также должны иметь право выбирать: приобретать ли им товар, изготовленный членом СРО, или предпринимателем, который таковым не является.

При том понимании, которое сегодня сложилось в российском обществе, в юридической литературе и нашло отражение в законодательных актах, созданы условия для псевдосаморегулирования. Это не только не способствует подъему экономики, а, наоборот, усиливает ее движение к краху. Развитие механизмов саморегулирования в России должно быть отражением правосознания самих предпринимателей и поощрения со стороны государства. Саморегулирование в форме СРО должно быть обусловлено единым подходом к их созданию – добровольности вступления предпринимателями в нее.

---

<sup>8</sup> См.: Ершова И.В. Предпринимательское законодательство и наука предпринимательского права: история и современность.

## ПРАВООТНОШЕНИЯ В СФЕРЕ ОБРАЗОВАНИЯ: ОПЫТ КОНСТРУИРОВАНИЯ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ МОДЕЛИ

**ХОДЫРЕВ Павел Михайлович**

***Аннотация:** автор исследует образовательные правоотношения: правовая природа, особенности и виды. Рассматриваются точки зрения о месте образовательного права в системе российского права. Предлагаются критерии разграничения образовательных правоотношений и правоотношений в сфере образования.*

***Annotation:** the author investigates educational legal relations: legal nature, feature and types. Considered in terms of the place of the educational rights in the system of Russian law. Provides the criteria to distinguish between educational legal relations and legal relationships in the field of education.*

***Ключевые слова:** образовательное правоотношение, образовательное право.*

***Key words:** educational legal relation, educational right.*

Доктринальное исследование правоотношений в сфере образования в плане выяснения их отраслевой принадлежности имеет относительно недолгую историю.

В дореволюционной России, как и в западноевропейских странах того времени, образование в большей своей части оставалось объектом административно-правового регулирования. Именно в литературе, посвященной полицейскому праву, исследовались формы и способы осуществления образовательной деятельности, ее условия и юридическое значение<sup>1</sup>.

В то же время российскому дореволюционному гражданскому праву были известны договор ремесленного найма и договор об отдаче в ремесленное обучение как особые виды личного найма (например, Свод Законов Гражданских, ст. 2203, 2224, 2230, 2237). Каких-либо сомнений в гражданско-правовой квалификации данных отношений не высказывалось<sup>2</sup>. Договор об отдаче в ремесленное обучение заключался между мастером и лицом, имеющим право отдавать малолетних детей в обучение (родители, опекуны, воспитательные дома), а иногда и самим учеником, если он вышел из малолетства. Он пишется при двух свидетелях и свидетельствовался у ремесленного маклера или у обыкновенного нотариуса.

В договоре стороны приходили к соглашению о времени, содержании и обучении ученика. Ученик должен обучаться ремеслу не более пяти и не менее трех лет. Если ученик, взятый на срок, окажется туп, неспособен или слаб силами, то через 6 месяцев мастер должен был известить о том лицо, отдавшее его в учение. Ранее срока мастер не имеет права сгонять ученика без законных причин, заявляемых цеховому управлению. По истечении 3-х лет мастер должен выдать ученику письменное свидетельство о знании его и поведении.

В советский период образовательное законодательство формировалось преимущественно как специальная часть административного законодательства, в центре его стояли проблемы государственного управления сферой образования<sup>3</sup>.

В 70–80-е годы прошлого столетия ученые обратились к исследованию специфики правовых отношений в сфере образования. В результате появилась точка зрения, что отношения, возникающие в сфере образования, не сводятся только к классическим административно-правовым отношениям как отношениям «власти-подчинения». Одновременно здесь имеют место педагогические, трудовые, гражданские, семейные и другие правоотношения<sup>4</sup>.

Наиболее полно и последовательно мысль о разнообразии правоотношений в области образования в советской юридической литерату-

<sup>1</sup> См., например: Елистратов А.И. Административное право : лекции. М., 1911. С. 188–209 ; Ивановский В.В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления). Казань, 1911. С. 250–359.

<sup>2</sup> См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Договоры и обязательства; Указатели и приложения к Курсу гражданского права. СПб., 1896. Ч. 3. С. 403–404.

<sup>3</sup> См.: Петров Г.И. Советские административно-правовые отношения. Л., 1972. С. 96–97.

<sup>4</sup> См., например: Фарбер И.Е. Свобода и права человека в Советском государстве. Саратов, 1974. С. 6.

ре высказана Г.А. Дороховой. По ее мнению, в области образования важное место занимают педагогические отношения, которые предполагают правовое равенство субъектов, исключают применение административно-правового метода. В педагогических правоотношениях используемые преподавателем методы воспитания носят моральный характер, принимая форму замечаний, вызова родителей, стимулирования учащихся. Г.А. Дорохова пришла к выводу о том, что административно-правовые отношения с участием гражданина являются основным, определяющим видом правоотношений по народному образованию. А метод их регулирования, хотя отчасти и отличается от традиционного административно-правового метода с характерным для него признаком «власти-подчинения», оказывает существенное влияние на регулирование всех отношений по народному образованию<sup>5</sup>.

В 90-е годы XX века изучение специфики отношений в области образования позволило отказаться от административно-правовой квалификации образовательных правоотношений и поставить вопрос об образовательных отношениях «как правоотношениях, имеющих самостоятельную отраслевую значимость»<sup>6</sup>.

Как правило, под образовательными понимают отношения, возникающие между обучающимися, образовательным учреждением, педагогическими работниками, иными лицами в процессе получения обучающимися общего или профессионального образования, подтвержденного специальным документом о соответствующем образовании или квалификации. Предметом образовательных отношений являются системные, многообразные по содержанию знания, умения, навыки, приобретенные обучающимися в ходе обучения и воспитания, уровень которых соответствует требованиям государственных образовательных стандартов<sup>7</sup>.

В настоящее время большинство правоведов в основном согласны с этими определениями, внося в них отдельные дополнения. Так, В.В. Спасская предлагает иметь в виду, что предметом образовательных отношений могут выступать не только определенные зна-

ния, умения и навыки, но и такие необходимые для современного человека качества, как самостоятельность, личная ответственность, инициативность, творческий подход, гибкость мышления, толерантность, способность общаться, принимать решения, делать выбор, убеждать, изменять собственную позицию, осваивать новые виды деятельности, адаптироваться к любым ситуациям, способность эффективной работы с информацией, которые в педагогической литературе принято называть «ключевыми компетенциями»<sup>8</sup>. Не всегда уровень подобных знаний и «ключевых компетенций», являющихся предметом образовательных отношений, регламентируется государственными образовательными стандартами, как, например, обстоит дело с дополнительным образованием.

Выделение специфики образовательных отношений как устойчивых, самостоятельных, исторически необходимых, массовидных, длительных по времени действия, постоянно повторяющихся, духовных в своей основе отношений между обучающимися, педагогическими работниками и образовательными учреждениями позволило отечественным правоведом прийти к выводу о существовании образовательного права как самостоятельной отрасли права<sup>9</sup>.

Наиболее последовательным сторонником признания образовательного права самостоятельной отраслью права, имеющей свой специфический предмет правового регулирования, является В.М. Сырых. При этом он выделяет четыре особенности данных отношений. В качестве первой особенности указывается на то, что содержание объекта образовательных отношений, как правило, не может определяться участниками данного отношения. Под объектом образовательного отношения В.М. Сырых понимает знания, навыки и умения, уровень которых соответствует государственным стандартам<sup>10</sup>. Второй особенностью образовательных отношений называется «наличие у субъектов образовательного отношения необычайно ранней, по сравнению с другими отраслями права, дееспособности». По мнению В.М. Сы-

<sup>5</sup> См.: Дорохова Г.А. Законодательство о народном образовании. М., 1985. С. 10–16.

<sup>6</sup> Спасская В.В. К вопросу о специфике образовательных правоотношений // Право и образование. 2005. № 2. С. 89.

<sup>7</sup> См., например: Сырых В.М. Введение в теорию образовательного права. М., 2002. С. 65.

<sup>8</sup> См.: Спасская В.В. К вопросу о специфике образовательных правоотношений. С. 91, 92.

<sup>9</sup> См.: Шкатулла В.И. Образовательное право. М., 2001; Сырых В.М. Введение в теорию образовательного права; Федорова М.Ю. Образовательное право. М., 2003; Малышок И.А. Образовательное право: перспективы развития. М., 2000.

<sup>10</sup> Сырых В.М. Образовательное право как отрасль российского права. М., 2000. С. 12.

рых, дети становятся субъектами образовательных отношений с момента занятий в дошкольных или начальных образовательных учреждениях<sup>11</sup>. Третья особенность образовательных отношений характеризуется В.М. Сырых тем, что управомоченная сторона, в частности обучающийся, реализует свое право двояким способом: как с помощью действий другой обязанной стороны, так и благодаря собственным активным действиям, направленным на овладение образовательной программой соответствующего уровня. Соединение в лице педагогического работника, а также органа управления образовательным учреждением обязанной и одновременно обладающей властными полномочиями стороны обязательственного правоотношения составляет, по мнению В.М. Сырых, четвертую особенность образовательных отношений.

На наш взгляд, для объяснения природы правовой общности, направленной на регулирование отношений в сфере образования, следует использовать так называемые комплексные правовые формы – вторичные правоотраслевые структуры в системе права. Идея В.К. Рейхера о многомерности системы права, высказываемая еще с 1940-х годов<sup>12</sup>, сегодня разделяется многими учеными<sup>13</sup>. Речь идет о существовании, наряду с основными элементами системы права (отрасли, институты), вторичных правовых образований (форм). Это не самостоятельные отрасли (институты), а комплексные отрасли (институты), состоящие из норм различных правовых отраслей. Такое комплексирование формируется прежде всего в законодательстве и отражает объективную необходимость объединить регулирование не отдельных однородных общественных отношений, а совокупность разнородных отношений в той или иной сфере общественной жизни (образование, сельское хозяйство, здравоохранение, культура и т.п.) или области деятельности (в том числе по поводу тех или иных объектов) субъектов права (например, хозяйственная деятельность, деятельность по использованию природных ресурсов). Комплексирование предполагает

специализацию правоотраслевых норм, и в этом смысле не возникает никакой «двойной прописки» («удвоения» отраслевой принадлежности) норм, как полагают некоторые ученые. Специальные нормы из тех или иных первичных отраслей на вторичном уровне создают комплексные правовые формы. Формы эти не объединяет ни единый предмет, ни единый метод, они не разрушают первичные отрасли и не создают для специальных норм «второе бытие». Последние в их соотношении с общими нормами подчиняются классическому правилу: «*lex specialis derogat legi generali*»<sup>14</sup>.

Что касается источников комплексной отрасли образовательного права, то таковые представлены образовательным законодательством, существование которого обычно не ставится под сомнение в литературе. Например, А.Н. Козырин говорит о «современном образовательном праве» как о «комплексной отрасли российского законодательства, объединяющей нормы различной правовой принадлежности – гражданского, семейного, трудового, административного и других отраслей права»<sup>15</sup>.

В связи с признанием комплексного характера образовательного права возникает вопрос о природе и видах соответствующих ему правоотношений. В настоящее время термин «образовательное правоотношение» достаточно основательно укоренился в научной литературе, посвященной изучению образовательного законодательства. Во многих изданиях (монографиях, комментариях, статьях), причем касающихся различных отраслей права, указанный термин используется как нечто вполне обыденное и само собой разумеющееся<sup>16</sup>.

Вместе с тем, в действующем образовательном законодательстве отсутствует легальное определение образовательных отношений, а в литературе предлагается разграничивать понятия «образовательные правоотношения» и «правоотношения в сфере образования». На наш взгляд, данные отношения не следует про-

<sup>14</sup> Козлов В.Б., Фалилеев П.А. Соотношение общих и специальных правовых норм на примере гражданского и морского права // Государство и право. 1997. № 11. С. 83–84.

<sup>15</sup> См.: Козырин А.Н. Современные контуры образовательного права // Закон. 2007. № 4.

<sup>16</sup> См., например: Комментарий к Закону Российской Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» (постатейный) / Сыгинская М.В., Шкатулла В.И.; отв. ред. В.И. Шкатулла. М.: Юстицинформ. 2009; Смирнова М.В. Становление конституционного права на образование в негосударственных общеобразовательных учреждениях России // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 11.

<sup>11</sup> Сырых В.М. Образовательное право как отрасль российского права. С. 13, 15.

<sup>12</sup> См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1947. С. 186–196.

<sup>13</sup> См. об этом: Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. М., 1998. Т. 2: Теория права. С. 242–244.

тивопоставлять. Правоотношения в сфере образования – более широкое понятие, охватывающее любое правоотношение, так или иначе обеспечивающее организацию и осуществление образовательной деятельности. В этом смысле образовательные правоотношения также относятся к правоотношениям в сфере образования, представляя собой их основную разновидность. Но если целью образовательных правоотношений является освоение обучающимися содержания образовательных программ, то целью иных правоотношений в сфере образования, которые можно условно именовать правоотношениями, связанными с образовательными отношениями, является создание условий для реализации права граждан на образование.

При этом вряд ли можно согласиться с тезисом о том, что «правоотношения в сфере образования носят комплексный характер»<sup>17</sup>. Как представляется, комплексными являются не правоотношения в сфере образования, а соот-

ветствующие нормативные правовые акты, закрепляющие правовые нормы различной отраслевой принадлежности. Правоотношение обычно понимается как «возникающая на основе норм права индивидуализированная общественная связь между лицами, характеризующаяся наличием субъективных юридических прав и обязанностей и поддерживаемая (гарантируемая) принудительной силой государства»<sup>18</sup>. Структуру правоотношения чаще всего определяют как совокупность следующих элементов: «1) субъекты; 2) объект; 3) субъективное право; 4) юридическая обязанность»<sup>19</sup>. Будучи индивидуализированной, эта общественная связь всегда конкретна и в совокупности только ей присущих элементов (объект, субъекты, права и обязанности) имеет вполне определенную «отраслевую прописку». В этом смысле собственно образовательное правоотношение, хотя и взаимосвязано, к примеру, с трудовыми или административными правоотношениями, но ни в коем случае не может соединиться с ними в одно комплексное правоотношение.

---

<sup>17</sup> См.: Трошкина Т.Н. Указ. соч. С. 60–61.

---

<sup>18</sup> Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 82.

<sup>19</sup> Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997. С. 478.

## ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ТЕХНИКА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ: ЮРИДИЧЕСКОЕ СОДЕРЖАНИЕ, ВИДЫ И ГРАНИЦЫ ПОНЯТИЯ

**БРАЖНИК** Сергей Дмитриевич  
**ИНДЖГИЯ** Анри Мевлудиевич

**Аннотация:** в статье исследуются различные подходы к выработке понятия применения уголовного закона, предлагается наиболее оптимальная дефиниция исследуемого феномена. Авторы предлагают выделять в качестве элементов правоприменительной техники в уголовном праве технику квалификации, конкретизации или индивидуализации. В работе анализируется положение о допустимости расширения (в отдельных случаях) границы техники применения уголовного права за счет положений организационно-процессуального (процедурного) характера.

**Annotation:** for article various approaches to development of concept of application of the criminal law are investigated, the optimal definition of an investigated phenomenon is offered. The author suggests to mark out the technics of qualification, a concrete definition or a responsibility individualization as elements of technics of application of the criminal law. In work position about an expansion admissibility (on occasion) borders of technics of application of criminal law at the expense of positions of organizational-remedial (procedural) character is analyzed.

**Ключевые слова:** применение уголовного права, оптимальная дефиниция, техника квалификации, индивидуализация, толкование, конкретизация.

**Key words:** application of the criminal law, the optimal definition, technics of qualification, responsibility individualization (personalization), interpretation, a concrete definition.

Изучая немногочисленные доктринальные исследования по вопросам применения уголовного права, можно выделить различные дефиниции исследуемого феномена. Так, по мнению А.В. Наумова *применение уголовного права* – это деятельность, направленная «на решение вопроса (положительное или отрицательное) об уголовной ответственности и наказании лица, совершившего преступление, либо устанавливающая правомерность поступков лица и освобождающая его от уголовной ответственности и наказания»<sup>1</sup>. *Применение уголовно-правовых норм*, полагает А.С. Шляпочников, – это основывающийся на ...уголовном законе властный волевой акт государственного органа, «...» опирающийся на установленную по уголовному делу объективную истину в вопросе о виновности или невиновности лица, привлеченного к уголовной ответственности<sup>2</sup>. В свою очередь, Л.Д. Гаухман определяет *применение уголовного закона* как

многообразную деятельность государственных правоохранительных органов, связанную с решением вопросов: 1) уголовно-правовой оценки содеянного; 2) назначения наказания; 3) освобождения от уголовной ответственности и от наказания; 4) применения принудительных мер воспитательного характера к несовершеннолетним; 5) применения принудительных мер медицинского характера<sup>3</sup>.

Заметим, что приведенные позиции строятся либо некоторой узостью (и, напротив, абстрактностью, размытостью) либо процессуальным (процедурным) уклоном. Более точное и конкретное, на наш взгляд, определение предложено Е.В. Благовым, считаящим, что «...применение уголовного права – это принятие и закрепление решения о предусмотренности (или непредусмотренности) установленных фактических обстоятельств в соответствующей норме и об определении (или неопределении) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики). Волгоград, 1973. С. 44–45.

<sup>2</sup> См.: Шляпочников А.С. Толкование советского уголовного закона. М., 1960. С. 47.

<sup>3</sup> См.: Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001. С. 10.

<sup>4</sup> Благов Е.В. Общая теория применения уголовного права. Ярославль, 2003. С. 73.

Такой подход, представляющийся в целом логичным, по мнению Е.В. Румянцевой, должен быть немного скорректирован. Дело в том, указывает она, «что применение уголовного права и соответственно техника этого процесса заключаются не только в принятии и закреплении соответствующего решения, но и в самой деятельности. Следовательно, техника применения уголовного права относится не только к выработке правоприменительного решения, но и в целом к *деятельности* по квалификации преступления, оценке малозначительного деяния, назначению наказания или освобождению от него и т.д.»<sup>5</sup>

Представляется, что в формулировке, предложенной Е.В. Благовым, речь идет, в том числе, и о деятельности, но применительно к *единичной правоприменительной операции*, поскольку и оценка малозначительности, и назначение наказания либо освобождения от него всегда связаны с принятием и закреплением юридического решения. Понятно, что если речь идет о правоприменительном процессе, таких решений может быть много и осуществляются они в определенной последовательности – это и образует правоприменительную деятельность. Но в исследуемом определении говорится о *применении уголовного права*, поэтому вполне логично говорить о единичной операции как элементе перманентного процесса. Что является основным содержанием деятельности хирурга по применению своих навыков – совершение хирургической операции или множества операций? Спор, в этом смысле, является бессодержательным.

Тем не менее, если вести речь о содержании абстрактной правоприменительной деятельности, *во-первых*, правильней привязывать ее к *процессу* принятия решений. Не случайно большинство вышеуказанных авторов рассуждают именно в этом ключе. *Во-вторых*, с учетом того, что *квалификация* является необходимой составляющей правоприменения, в перечень основных операций должен включаться и элемент *толкования* уголовного закона. Заметим, что *толкование, интерпретация* по времени и сложности может занимать подавляющий объем в процессе применения норм уголовного права. Очевидно, что широкая трактовка термина «принятие решения» позволяет включать в него и элемент

толкования, то есть выработки решения. Однако процессы выработки и принятия решения могут различаться как по субъектам, так и по качественному и количественному содержанию (например, по количеству предложенных для принятия решений). Следовательно, сам перечень основных операций по применению уголовного закона может выглядеть следующим образом: *выработка, принятие, закрепление... решения*.

Думается также, что оба процесса 1) «принятия и закрепления решения о предусмотренности (или непредусмотренности) установленных фактических обстоятельств в соответствующей норме» и 2) «определения (или неопределения) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера» должны не только объединяться союзом «и», но альтернативно разделяться союзом «или». Отсюда дефиниция, предложенная Е.В. Благовым, в модернизированном виде может выглядеть следующим образом: ***применение уголовного права – это деятельность полномочных субъектов по выработке, принятию и закреплению решений о соответствии (либо несоответствии) установленных фактических обстоятельств признакам, закрепленным в уголовно-правовой норме, и(или) об определении (либо неопределении) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера.***

Очевидно, что в таком виде понятие применения уголовного закона пересекается с понятием квалификации в уголовном праве, а отсюда одним из элементов правоприменительной техники является техника квалификации. Коротко отметим, что по поводу определения содержания процесса квалификации в доктрине сложилось в основном два подхода. В соответствии с первым (назовем его «узким») квалификация преступлений состоит в установлении соответствия данного конкретного деяния признакам того или иного состава преступления, предусмотренного уголовным законом<sup>6</sup>. Сторонники «широкого» подхода в процесс квалификации включают и этап *юридического закрепления* результата идентификации, содеянного с описанием его состава в уголовном законе. Так, по мнению В.Н. Кудрявцева, «понятие квалификации имеет два значения: 1) процесс установления признаков того или иного преступления в действиях лица; 2) ре-

<sup>5</sup> См.: Румянцева Е.В. Техника конструирования и применения диспозиций статей о налоговых преступлениях (ст. 198–199<sup>2</sup> УК РФ): дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2007. С. 59.

<sup>6</sup> См.: Коржанский М.И. Квалификация преступлений. Киев, 1998. С. 10–11.

зультат этой деятельности судебных и прокурорских органов – официальное признание и закрепление в соответствующем юридическом акте (постановлении следователя или органа дознания, обвинительном заключении, судебном приговоре или определении) обнаруженного соответствия признаков совершенного деяния уголовно-правовой норме»<sup>7</sup>.

Не вдаваясь в дискуссию по поводу указанных выше позиций, мы присоединимся к первой точке зрения, таким образом, не рассматривая юридическое закрепление итогов квалификации как обязательный ее этап. Понятно, что в данном случае речь идет исключительно об официальной квалификации. Следовательно, применение средств уголовно-процессуального принуждения, освобождение от уголовной ответственности, назначение наказания, освобождение от наказания или от его отбывания, применение иных мер уголовно-правового характера, погашение и снятие судимости не являются этапами квалификации, хотя и осуществляются на основе ее результатов. Условно такие элементы применения уголовного права можно назвать конкретизацией, индивидуализацией ответственности. Отсюда *техника применения уголовного права* включает в себя *технику квалификации и технику конкретизации и индивидуализации ответственности*. Это в свою очередь означает, что в значительной степени качество применения уголовного закона зависит от уровня техники квалификации, конкретизации и индивидуализации ответственности и наказания.

Отметим, что в контексте вышесказанного возникает несколько вопросов. Во-первых, в каком соотношении находятся понятия: *техника применения уголовного закона* и *правоприменительная техника в уголовном праве*; во-вторых, возможно ли говорить о *единообразии* либо *различии* технической составляющей правоприменительной деятельности *всех полномочных субъектов* (например, следователя, прокурора, судьи и т.п.); в-третьих, какие именно технические операции необходимо включать в процесс *по вы-*

*работке, принятию и закреплению правоприменительных решений*.

Отвечая на первый вопрос, отметим, что техника применения уголовного закона, на наш взгляд, по содержанию и границам является более узким понятием, чем правоприменительная техника в уголовном праве. Ответ на второй вопрос предполагает возможность использования в практической юридической деятельности различными правомочными субъектами несовпадающих уголовно-правовых инструментов. Наиболее сложным является третий вопрос. Условно любая деятельность состоит из последовательных взаимозависящих мыслительных и физических операций, равно и деятельность по применению уголовного права состоит из подобных элементов. Мы уже говорили, что наибольший объем в этом процессе могут занимать интерпретационные операции. Если сводить правоприменение только к выработке и принятию решения, оно смешивается с толкованием права, а по сути – с квалификацией. Включая в правоприменительную деятельность элемент *закрепления* таких решений, мы, несомненно, расширяем ее границы, но в таком случае она начинает пересекаться с техническими процессуальными операциями.

Считается ли техническим «уголовно-правовым» сбоем, приводящим к отрицательному результату, нарушение следователем уголовно-процессуальных положений, например сроков или порядка вынесения процессуальных решений (которые закрепляют положительную квалификацию). Если да, то тогда правоприменительная техника в уголовном праве может не только тесно смыкаться, пересекаться, но, порой, и сливаться с процессуальной техникой. Отсюда мы полагаем допустимым расширять (в отдельных случаях) границы техники применения уголовного права за счет положений *организационно-процессуального* (процедурного) характера, поскольку уголовный процесс является единственной и специфической формой применения уголовного права, результаты которого всегда закрепляются в процессуальных актах.

<sup>7</sup> Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1999. С. 5.

## ПОНЯТИЕ, ВИДЫ И КЛАССИФИКАЦИЯ СРЕДСТВ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

СОЛОВЬЕВ Олег Геннадиевич  
ДМИТРИЕВ Евгений Сергеевич

**Аннотация:** в статье исследуются различные подходы к выработке понятия средств дифференциации ответственности в уголовном праве, анализируются перечни таких средств в Общей и Особенной части УК РФ. Авторами сделаны предложения о переводе ряда характерных для многих составов преступлений квалифицирующих обстоятельств из Особенной в Общую часть Кодекса.

**Annotation:** in article various approaches to development of concept of means of differentiation of responsibility in criminal law are investigated, lists of such means in General and Especial part of the Criminal Code of the Russian Federation are analyzed. Authors made a proposal on transfer of some characteristic crimes for many structures of qualifying circumstances from Especial in the General part of the Code.

**Ключевые слова:** уголовная ответственность, состав преступления, классификация, дифференциация, индивидуализация, средства, обстоятельства, квалифицирующие признаки.

**Key words:** the criminal liability, crime structure, classification, differentiation, an individualization, means, the circumstances qualifying signs.

В юридической литературе выделяется достаточно широкий круг *средств дифференциации уголовной ответственности*, которые внедрены или должны быть внедрены в материю уголовного закона<sup>1</sup>. Но, несмотря на это, нельзя утверждать, что сложилась цельная концепция о видах и содержании средств дифференциации уголовной ответственности, соотношении и взаимозависимостях между ними. В настоящее время в теории уголовного права предлагается выделять не только *средства*, но и *обстоятельства* дифференциации<sup>2</sup>. К первым из них относят все нормы и положения, в которых законодатель однозначно отразил направление изменения типовой ответственности, то есть ответственности за преступления с основным составом для типового субъекта<sup>3</sup>. Под вторыми следует понимать изло-

женные в законе условия применения средств дифференциации. Например, к последним причисляют квалифицированные и привилегированные составы, а к дифференцирующим обстоятельствам – квалифицирующие (привилегированные) обстоятельства<sup>4</sup>.

Во-вторых, в юридической литературе нет единства в определении перечня дифференцирующих средств, имеющих в Уголовном кодексе. Так, широкой трактовки средств дифференциации ответственности придерживается В.С. Минская, которая относит к ним практически все нормы и институты Общей части уголовного закона: категоризацию преступлений, формы вины, добровольный отказ, виды наказаний, назначение наказания и освобождение от уголовной ответственности и наказания и т.д.<sup>5</sup>

Т.А. Лесниевски-Костарева, напротив, неоправданно ограничивает круг средств дифференциации уголовной ответственности и относит к ним только: 1) квалифицирующие и привилегированные признаки; 2) общие и специальные виды освобождения от уголовной от-

<sup>1</sup> См.: Кругликов Л.Л. Экономические преступления: понятие, виды, вопросы дифференциации ответственности // Налоговые и иные экономические преступления. Ярославль, 2000. Вып. 1. С. 3–17; Пухтий Е.Е. Преступления против семьи и несовершеннолетних: вопросы техники конструирования составов и дифференциации ответственности: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2004. С. 130–131.

<sup>2</sup> См.: Кругликов Л.Л. О дифференциации ответственности за экономические преступления с помощью средств Общей части УК РФ // Юрид. зап. Ярослава. гос. ун-та им. П.Г. Демидова. Ярославль, 2001. Вып. 5. С. 163.

<sup>3</sup> Васильевский А.В. Дифференциация уголовной ответственности и наказания в Общей части уголовного права: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2000. С. 88.

<sup>4</sup> Васильевский А.В. Дифференциация уголовной ответственности и наказания в Общей части уголовного права. С. 95.

<sup>5</sup> См.: Минская В.С. Дифференциация уголовной ответственности в УК РФ // Уголовное право. 1998. № 3. С. 18–24.

ветственности<sup>6</sup>. В этой связи она критикует позицию П.В. Коробова, признающего в качестве средства дифференциации ответственности институт освобождения от наказания (гл. 12 УК РФ)<sup>7</sup>. По существу, указывает Т.А. Лесниевски-Костарева, в этом случае не дифференцируются ни уголовная ответственность, ни типовое наказание, они остаются постоянными. При этом этап назначения наказания уже пройден, в этом случае можно говорить об этапе индивидуализации<sup>8</sup>.

Полемизируя с ней, Л.Л. Кругликов и А.В. Васильевский отмечают, что она несправедливо отказывает в праве называться дифференцирующими многим институтам Общей части УК РФ, например институту освобождения от наказания, полагая, что речь в нем идет об индивидуальной степени общественной опасности, а не о типовой. Но если признаки общественной опасности деяния или лица, его совершившего, типизированы и закреплены в законе, то почему речь должна идти об индивидуализации?<sup>9</sup>

Несомненно, что институт освобождения от наказания необходимо отнести к средствам дифференциации, индивидуализацией же в этом случае нужно считать «маневрирование» правоприменителя в рамках ст. 79–83 УК РФ. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 80 УК РФ при замене неотбытой части наказания суд может избрать *любой более мягкий* вид наказания в соответствии с видами наказаний, указанными в ст. 44 УК РФ. Именно выбор судом конкретного варианта, предлагаемого уголовно-правовой нормой, с учетом конкретных обстоятельств, и применение этого выбора к конкретному лицу и есть *индивидуализация* ответственности.

Более спорным выглядит вопрос о том – считать ли средством дифференциации ин-

ститут освобождения от уголовной ответственности.

Категорически возражает против этого (как и против того, чтобы признавать дифференциацией ответственности освобождение от наказания) М.Н. Каплин, который пишет, что «уголовной ответственностью может являться лишь реальная мера, а не освобождение от нее. Соответственно дифференцировать то, чего нет, невозможно»<sup>10</sup>. Напротив, иные исследователи прямо относят институт освобождения от уголовной ответственности к средствам дифференциации<sup>11</sup>. Освобождение от уголовной ответственности и наказания, по А.В. Васильевскому, является наиболее *радикальным средством дифференциации ответственности*<sup>12</sup>. При этом к дифференцирующим средствам не всегда относятся как общие виды освобождения от уголовной ответственности, так и специальные виды, закрепленные в Особенной части УК. Так, П.В. Коробов считает, что специальные виды освобождения не относятся к проявлениям дифференциации уголовной ответственности «из-за специфики оснований их применения»<sup>13</sup>. Некоторые исследователи усматривают в освобождении от уголовной ответственности не дифференциацию, а индивидуализацию уголовной ответственности<sup>14</sup>. Несомненно, подобный вывод не соотносится с правовой природой института освобождения от уголовной ответственности как института, закрепленного *законодателем в уголовном законе* и применяемого к неопределенному кругу лиц. Отнесение освобождения к индивидуализации либо к дифференциации имеет важное теоретическое и практическое значение. От решения данного вопроса зависит, например, определение оснований освобождения от уголовной ответственности.

<sup>6</sup> См.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. М., 2000. С. 173–178.

<sup>7</sup> См.: Коробов П.В. Понятие дифференциации уголовной ответственности // Дифференциация формы и содержания в уголовном судопроизводстве (материальный и процессуальный аспекты). Ярославль, 1995. С. 8. (Помимо того, автор относит к средствам дифференциации уголовной ответственности институты освобождения от отбывания наказания и судимости)

<sup>8</sup> См.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности... С. 176.

<sup>9</sup> См.: Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Рецензия на книгу Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. М., 1998. 287 с. // Нормотворческая и правоприменительная техника в уголовном и уголовно-процессуальном праве. Ярославль, 2000. С. 169.

<sup>10</sup> См.: Каплин М.Н. Сущность дифференциации уголовной ответственности // Юрид. зап. ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Ярославль, 2001. Вып. 5. С. 177.

<sup>11</sup> См.: Васильевский А.В. Дифференциация ответственности и наказания в Общей части уголовного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000. С. 18–19 ; Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности... С. 178 ; Коробов П.В. Понятие дифференциации уголовной ответственности... С. 9.

<sup>12</sup> См.: Васильевский А.В. Дифференциация ответственности и наказания в Общей части уголовного права. С. 19.

<sup>13</sup> См.: Коробов П.В. Понятие дифференциации уголовной ответственности... С. 3.

<sup>14</sup> См.: Сверчков В.В. О диспозитивности и императивности в институте освобождения от уголовной ответственности (наказания) // Юридическая техника и вопросы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе. Ярославль, 1998. С. 37.

Полагаем, что к средствам дифференциации ответственности необходимо относить институт смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств, как это делает А.В. Васильевский<sup>15</sup>. Однако М.Н. Каплин ставит под сомнение этот вывод и полагает, что не все обстоятельства, предусмотренные ст. 61 и 62 УК РФ, необходимо относить к рассматриваемым средствам<sup>16</sup>. Представляется, что подобное утверждение в определенной степени верно лишь по отношению к институту отягчающих обстоятельств. Дифференцирующими могут быть любые смягчающие обстоятельства, характер действия которых либо прямо определен в законе (ст. 62), либо те, которые могут быть признаны судом исключительными (ст. 64), либо те, которые учитываются при назначении наказания при вердикте присяжных заседателей о снисхождении (ст. 65). Из отягчающих обстоятельств четкий дифференцирующий характер влияния имеет, пожалуй, только рецидив (ст. 68). Однако с учетом положений ст. 62 и ч. 4 ст. 65 УК, опосредованное дифференцирующее воздействие, на наш взгляд, могут оказывать любые отягчающие обстоятельства. Учитывая изложенное, следует напомнить о том, что Л.Л. Кругликовым предлагалось выделить промежуточную, «буферную» группу обстоятельств. От обычных смягчающих и отягчающих они отличаются тем, что влекут возникновение новой санкции, иных законодательных пределов назначения наказания (например применительно к рецидиву, несовершеннолетию и т.п.). От квалифицирующих (привилегирующих) обстоятельств их отличает нейтральность в части влияния на квалификацию содеянного, невыполнение ими функции основания ответственности<sup>17</sup>.

Таким образом, к средствам дифференциации уголовной ответственности, регламентированным в УК РФ, мы относим: в Общей

части – 1) институт рецидива преступлений; 2) возраст субъекта преступления; 3) форму вины; 4) институт стадий преступной деятельности; 5) институт соучастия; 6) институт смягчающих и отягчающих обстоятельств; 7) институт освобождения от уголовной ответственности и наказания; в Особенной части – 1) разделы и главы УК; 2) общие и специальные составы; 3) квалифицированные и привилегированные составы – те, в которых законодательно закреплены дифференцирующие обстоятельства, ведущие, по сравнению с родственным простым составом преступления, к увеличению (уменьшению) степени общественной опасности содеянного (и личности виновного), соответственно изменяющие правовую оценку содеянного; 4) специальные виды освобождения, закрепленные в примечаниях к статьям Особенной части УК РФ.

В литературе часто встречаются заслуживающие внимания предложения о переводе из Особенной в Общую часть Кодекса определенных квалифицирующих обстоятельств, характерных для многих составов преступлений. «На наш взгляд, – пишет Т.А. Лесниевски-Костарева, – следовало бы более активно использовать вынесение квалифицирующих признаков в Общую часть уголовного закона, помещая там их определение и обязательно указывая степень влияния на наказание»<sup>18</sup>. Оценивая указанную идею в целом положительно, отметим, что с того момента, как такого рода обстоятельства окажутся в Общей части, они утратят свойство влияния на квалификацию содеянного, перестанут быть признаками состава преступления (оставаясь средством дифференциации ответственности)<sup>19</sup>. Поэтому правильнее в такой ситуации, как мы уже отмечали, поддержать предложенную в теории идею создания промежуточной, «буферной» группы обстоятельств.

<sup>15</sup> См.: Васильевский А.В. Дифференциация ответственности и наказания в Общей части уголовного права. С. 170–171.

<sup>16</sup> См.: Каплин М.Н. Сущность дифференциации уголовной ответственности... С. 180.

<sup>17</sup> См. подробнее: Кругликов Л.Л. О средствах дифференциации ответственности в Общей части Уголовного кодекса РФ // Актуальные проблемы естественных и гуманитарных наук. Ярославль, 1995. С. 54–57; Он же. О дифференциации ответственности за экономические преступления с помощью средств Общей части УК РФ. С. 164.

<sup>18</sup> См.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности... С. 174–175.

<sup>19</sup> См.: Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Рецензия на книгу... С. 170.

## ХАРАКТЕР ВЛИЯНИЯ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛОЖЕНИЙ ИНСТИТУТА БАНКРОТСТВА НА ПРАВОВУЮ ПРИРОДУ БАНКРОТСТВА

ФРОЛОВ Игорь Валентинович

**Аннотация:** статья посвящена влиянию процессуальной формы реализации норм института банкротства в Российской Федерации на его правовую природу. В статье исследованы юридические аспекты применения административно-процессуальной формы в правоотношениях сферы финансовой несостоятельности. Сделан вывод об административно-правовой природе современных российских правовых механизмов банкротства.

**Annotation:** this paper assesses the impact of the implementation of the rules of procedural form of bankruptcy institution in the Russian Federation in its legal nature. The article investigates the legal aspects of the use of administrative and procedural forms in legal sphere of insolvency. It is concluded that the administrative and legal nature of the current Russian legal framework of bankruptcy.

**Ключевые слова:** банкротство, административно-процессуальная форма, институт банкротства, публичная природа отношений.

**Key words:** bankruptcy, administrative and procedural form, the bankruptcy, the public nature of the relationship.

Предполагается, что правовая природа современного российского института банкротства имеет комплексный характер, а его отраслевая принадлежность в современной правовой системе Российской Федерации окончательно не определена и носит дискуссионный характер. В связи с этим в научном сообществе ведутся дискуссии о правовой природе отношений сферы финансовой несостоятельности (банкротства) и процессуальной форме реализации данных правоотношений. Суть данных дискуссий можно свести к ответу на вопрос: что представляет собой современный институт банкротства в нашей стране? Ответы на данный вопрос отражают несколько правовых концепций и точек зрения, именно: а) современный институт банкротства в российской правовой системе – это локальный институт гражданского права; б) современный институт банкротства в российской правовой системе представляет собой комплексный механизм публично-правовой стабилизации всей финансовой системы государства; в) институт банкротства – это комплексный экономико-правовой институт, реализующийся на «стыке» различных отраслей права и экономики. С учетом вышеизложенного в теории права и правоприменительной практике постоянно возникают вопросы о соотношении и уровне доминирования публичного и частного права в отношениях сферы финансовой несостоятельности,

о специфике и объеме публично-правового регулирования отношений, связанных с механизмами банкротства, о сочетании методов координации и субординации и возможном преобладании одного из них. Теоретико-прикладное решение задачи по созданию эффективного правового механизма в сфере банкротства невозможно без анализа правовой действительности и исследования результатов комплексного воздействия соответствующих норм права на общественные отношения при помощи системы различных юридических средств и процессуальной формы их реализации.

В рамках данной статьи считаем необходимым обратить внимание на отдельные проблемные аспекты данной научной дискуссии, а именно:

1. Каково влияние правовой природы определенного института права на соответствующие общественные отношения?

2. Влияют ли способ и пределы действия процессуальной формы на соответствующие общественные отношения?

3. Допустима ли возможность доминирующего воздействия процессуальной формы реализации норм соответствующего института права на его правовую природу?

При этом следует учитывать, что теория российского права сформулировала различные подходы к пониманию пределов действия про-

цессуальной формы на соответствующий институт права через базовые теории процессуальной формы:

а) трактовка процессуальной формы как составного элемента судопроизводства (традиционная теория процессуальной формы)<sup>1</sup>;

б) распространение процессуальной формы на юрисдикционную деятельность органов специальных юрисдикций (теория широкого понимания процессуальной формы)<sup>2</sup>;

в) распространение процессуальной формы на деятельность всех органов государства (теория юридического процесса)<sup>3</sup>;

г) рассмотрение юридического процесса как разновидности охранительной процедуры (общеправовая процессуальная теория формы)<sup>4</sup>.

Исследование различных подходов к пониманию правовой природы, отраслевой принадлежности и пределов действия процессуальной формы регулирования отношений между должником и его денежными кредиторами, а также характер государственного вмешательства в указанные правоотношения имеет фундаментальное значение для достижения основных целей нормативной реализации права данной сферы отношений и стабилизации всей финансовой системы.

Полное игнорирование механизмов публично-правового и, прежде всего, административно-правового регулирования денежных долговых обязательств может иметь катастрофическое воздействие как на систему государственного публично-правового управления, так и на всю систему гражданско-правовых отношений. Российская юридическая действительность показала, что исключение и полный запрет публичного государственного вмешательства

в отношении *должник-кредитор* неэффективно, а в некоторой степени просто катастрофично для общества, что и доказал опыт криминальных разборок 1990-х годов в России. Именно для целей защиты публичных и, прежде всего, общественных отношений в середине 90-х годов прошлого века и был восстановлен в России институт банкротства. При этом изначальной задачей указанного института было оказание помощи должнику через систему реабилитационных мероприятий и особых правовых режимов, целью которых было финансовое оздоровление должников. Однако анализ правоприменительной практики более чем 18-летнего существования института банкротства в России свидетельствует, что абсолютно не оправдались надежды на построение в Российской Федерации института банкротства, целью которого была бы реализация и осуществление реабилитационных процедур: финансовое оздоровление, внешнее управление. Данные процедуры за все время действия правовых механизмов банкротства, предусмотренных Федеральным законом № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», составляли критически незначительную долю в общем объеме всех процедур в рамках банкротства, а именно: 2002 год – 0,04 %; 2003 – 0,049 %; 2004 – 0,1049 %; 2005 – 0,12 %; 2006 – 0,063 %; 2007 – 0,064 %; 2008 – 0,127 %; 2009 – 0,041 %; 2010 – 0,06 %; 2011 – 0,07 %, что в среднем составляет 0,073 % в год за все время действия Федерального закона № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Современный институт банкротства в Российской Федерации, несмотря на свое изначальное рыночно стабилизирующее предназначение, фактически пошел в направлении, обратном финансовому оздоровлению. Указанное проявилось в том, что до 2008 года инициаторами дел о банкротстве были в основном уполномоченные органы (налоговые органы) – в 2006 году они выступили заявителями по 87 % всех поданных заявлений по делам о несостоятельности (банкротстве), а в 2007 – по 76,2 %, в 2008 – по 67 % соответственно. Только с 2009 года наметилась общая тенденция к снижению доли указанных заявлений к общему объему заявлений, поданных со стороны конкурсных кредиторов и должников. Данные обстоятельства свидетельствуют о реальной *антирыночной* специфике закона, который фактически направлен не в помощь кредитору, не на погашение денежной задолжен-

<sup>1</sup> Комиссаров К.И. Последовательно прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права // Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства. Свердловск, 1982. С. 4 ; Семенов В.М. К вопросу о ценности гражданского процессуального права и гражданской процессуальной формы // Проблемы совершенствования гражданского процессуального кодекса РСФСР. Свердловск, 1975. С. 12.

<sup>2</sup> Добровольский А.А. Исковая форма защиты права. М., 1965. С. 49, 57–58 ; Зейдер Н.Б. Предмет и система советского гражданского процессуального права // Изв. вузов. Правоведение. 1962. № 3. С. 69–82.

<sup>3</sup> Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972 ; Он же. Природа и назначение процессуальной формы в советском праве // Вестн. Ярослав. ун-та. 1972. № 4 ; Юридическая процессуальная форма. Теория и практика / под ред. В.М. Горшенева, П.Е. Недбайло. М., 1976 ; Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. Харьков, 1985.

<sup>4</sup> Протасов В.Н. Юридическая процедура. М., 1991 ; Он же. Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991.

ности и стабилизацию гражданско-правовых отношений, а на иные цели. Для сравнения необходимо отметить, что в мировой практике общая доля заявлений не публичных кредиторов должника, то есть кредиторов по гражданско-правовым обязательствам, составляет около 85 % всех возбужденных дел по банкротствам<sup>5</sup>. Доля государства и иных так называемых фискальных кредитов не должна превышать 10 % общего объема заявлений о возбуждении процедур банкротств, в противном случае банкротство будет выполнять не роль стимулирования хозяйствующих субъектов, а роль их устрашения и приобретет функцию дополнительных фискальных рычагов по взысканию налогов и иных парафискалитетов<sup>6</sup>. Кроме того, вызывает опасение базовая тенденция к увеличению доли заявлений должников о признании себя банкротами в общем объеме заявлений о признании должников несостоятельными (банкротами). Статистические данные говорят о том, что общая доля таких заявлений по отношению к иным заявлениям (заявления уполномоченных органов и конкурсных кредиторов) неуклонно возрастает: в 2007 году – 13,1 %; в 2008 – 19,6 %; в 2009 – 23,1 %; в 2010 – 21,7 %; в 2011 – 22 %<sup>7</sup>. Анализ результатов проведения процедур банкротства свидетельствует о «неправильной», то есть иной, чем задумывал законодатель, правовой доктрине результативности воздействия на общество процессуальных форм правореализации института банкротства.

Указанное еще раз подтверждает потребность в теоретическом анализе природы данных отношений. В период первоначального этапа формирования российской концепции института финансовой несостоятельности доминировала следующая концепция банкротства: отношения сферы финансовой несостоятельности по своей природе должны образовывать институт конкурсного права, который в свою очередь должен являться институтом

частного, а именно гражданского права<sup>8</sup>. С учетом данной точки зрения складывалось мнение о том, что отношения в сфере несостоятельности (банкротства) представляют собой охранительное обязательство с активной множественностью лиц<sup>9</sup>, а предметом правового регулирования отношений несостоятельности являлись отношения по урегулированию системы денежных требований к должнику в виде определенного алгоритма, именуемого конкурсом, целью которого является максимальное удовлетворение требований кредиторов и, по возможности, быстрое и полное восстановление хозяйственно-правовой правосубъектности должника. В дальнейшем правоприменительная практика внесла определенные коррективы, следствием которых явилось переосмысление некоторых теоретических положений. Банкротство стало рассматриваться как система публичного регулирования комплекса публичных и частных обязательств. Новая концепция стала основываться на том, что система норм, регулирующих отношения по финансовой несостоятельности, предала институту банкротства свойства комплексного правового института, развивающегося на стыке частного и публичного права<sup>10</sup>. При этом отношения сферы финансовой несостоятельности стали рассматриваться как комплекс правоотношений, частноправовые и публично-правовые элементы которых тесно связаны. Указанная точка зрения основывалась на том, что суще-

<sup>8</sup> См.: Попондопуло В.Ф. Конкурсное право: правовое регулирование несостоятельности. СПб., 1995. С. 28–49; Каримов А.А. Правовое регулирование несостоятельности индивидуального предпринимателя : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 53; Махнева Е.А. Гражданские правоотношения в процедуре банкротства (теоретические проблемы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002; Смирнов Р.Г. Природа правоотношения несостоятельности (банкротства) : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004; Кораев К.Б. Правовой статус конкурсных кредиторов в деле о банкротстве. М. : Волтерс Клувер, 2010.

<sup>9</sup> См.: Попондопуло В.Ф. Конкурсное право. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей. СПб., 1995. С. 10; Он же. Понятие и субъекты несостоятельности (банкротства) // Правоведение. 1995. № 3. С. 111–112; Смирнов Р.Г. Объект правоотношения несостоятельности // Кодекс-info. 2004. № 7–8. С. 81.

<sup>10</sup> См.: Белых В.С. Концепция банкротства: законодательная модель и реальность // Рос. юрид. журн. 1995. № 3. С. 13; Агеев А.Б. Банкротство в гражданском праве. Проблемы теории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 6–7; Ярков В.В. Правовая природа и источники конкурсного производства // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. № 11. С. 15; Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М., 2004. С. 66; Андреев С.Е. Соотношение реабилитационных и ликвидационных процедур по законодательству о банкротстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 6.

<sup>5</sup> Business Bankruptcies were up by 3.1% in October, 2011 compared with the same month the previous year. URL: <http://www.bankruptcycanada.com/bankstats1.htm>

<sup>6</sup> Annual Business and Non-business Filings by Year (1980–2011). URL: <http://www.abiworld.org/AM/AMTemplate.cfm?Section=Home&CONTENTID=65139&TEMPLATE=/CM/ContentDisplay.cfm>

<sup>7</sup> Фролов И.В. Законодательство о банкротстве и его реализация в практике арбитражных судов: правовые тенденции и экономические последствия // Судебная практика в Западной Сибири. 2012. № 2. С. 135–137.

ственным элементом отношений в сфере несостоятельности (банкротства) являются правоотношения, входящие в структуру предмета материального публичного права, то есть организационно-управленческие отношения, возникающие между частными лицами и государством в лице публичных органов, основанные на власти и подчинении. При этом под указанными правоотношениями прежде всего понимались отношения между должником и уполномоченными органами, вытекающие из неисполнения обязанности по уплате обязательных платежей в бюджеты и государственные внебюджетные фонды<sup>11</sup>. Обеспечение баланса интересов в рамках отношений сферы финансовой несостоятельности изначально определило потребность в формировании системы средств публично-правового воздействия на процесс реализации прав и законных интересов участников хозяйственного оборота<sup>12</sup>. Данное обстоятельство явилось следствием формирования насущной потребности в создании механизмов публично-правового воздействия на рыночные отношения<sup>13</sup>. Это проявилось в том, что в теории права все активнее стала проявляться точка зрения о том, что правовой режим банкротства стал включать в свой арсенал нормы публичного права<sup>14</sup>. Системный анализ правоприменительной деятельности арбитражных судов по рассмотрению дел о несостоятельности (банкротстве) позволяет сделать вывод о том, что современный институт банкротства в Российской Федерации фактически приобрел черты административно-правового механизма регулирования конфликта должник-кредитор. Следует заметить, что форма нормативного оформления указанного института в виде процессуального закрепления процедур банкротства по своей правовой природе обладает свойствами и чертами административно-процессуальной формы. Анализ экономико-правовой природы финансовой несостоятельности в общем и банкротства, в частности, позволяет сделать вывод о том, что система банкротства в Российской Федерации фактически представляет собой отношения по публично-

правовому разрешению экономического конфликта между должником и его денежными кредиторами. Указанное проявляется в том, что ни должник, ни кредитор самостоятельно, без привлечения независимого публично-властного субъекта (арбитражный суд; арбитражный управляющий), не могут разрешить данный конфликт. Следовательно, признанная судом финансовая несостоятельность должника (банкротство) и общая система отношений, связывающих должника и его денежных кредиторов, – это прежде всего отношения, правовая природа которых определяется юридическими последствиями разбалансированности обязательств между должником и кредиторами, при которых отсутствует возможность внутренней самоорганизации участниками данных отношений. В результате этого начинает действовать специальный механизм внешнего управления, именуемый арбитражным управлением<sup>15</sup>, который по своей правовой природе является административно-правовым и реализуется через специфическую законодательно закрепленную процессуальную и прежде всего административно-процессуальную форму. Категория «управление» и «механизм управления» только тогда обладает позитивными качествами, когда достигает заранее поставленных перед ними целей. Это и понятно, так как и управление, и его механизм имеют смысл при наличии формально закрепленных критериев. Указанные цели должны проявляться в правовой природе и нормативно закрепленной процессуальной форме.

В связи с этим возникает проблема межотраслевой идентификации процессуальных форм правореализации отношений в сфере банкротства.

Однако обоснована ли точка зрения, согласно которой административно-процессуальная форма реализует отношения, правовая природа которых носит комплексный характер, включающий в себя как частный, так и публично-правовой элемент?

Для ответа на данный вопрос следует учитывать мнение Д.Н. Бахраха, согласно которому в настоящее время весьма спорной является точка зрения, что административный процесс может регулироваться только административным правом<sup>16</sup>. По всей видимости, следует ис-

<sup>11</sup> См.: Попондопуло В.Ф., Слепченко Е.В. Производство по делам о банкротстве в арбитражном суде. СПб., 2004. С. 30–31.

<sup>12</sup> Карелина С.А. Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М., 2008. С. 67.

<sup>13</sup> Яковлев В.Ф. Россия: Экономика, гражданское право (Вопросы теории и практики). М., 2000. С. 14.

<sup>14</sup> Химичев В. Защита прав кредиторов при банкротстве. М., 2005. С. 16.

<sup>15</sup> Фролов И.В. Банкротство как административно-правовой механизм регулирования экономических конфликтов : моногр. Новосибирск, 2010. 247 с.

<sup>16</sup> Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право : учеб. для вузов. М., 2005. С. 578.

ходить из базового понятия *процессуальной формы*, данное К.И. Комиссаровым, согласно которому процессуальная форма представляет собой нормативно установленный порядок осуществления правосудия, выработанный на основе обобщения огромного опыта правоприменения<sup>17</sup>. Любой процессуальной форме присущи следующие признаки: нормативность, публичная обязательность, системность и универсальность, которые при правовом регулировании и правореализации должны выступать в комплексном единстве. С учетом изложенного под *административно-процессуальной формой* следует понимать нормативно устанавливаемый порядок реализации исполнительно-распорядительной деятельности органов публичного управления и(или) специально назначаемых субъектов управления через санкционирование и легализацию их статусов и юридически значимых действий органами судебной власти.

Следует выделить определенные *черты административно-процессуальной формы* в системе российского права, к которым следует отнести следующее:

а) административно-процессуальная форма подразумевает, что суд, органы публичного управления могут делегировать свои административно-правовые юрисдикции иным публично назначаемым субъектам, и все участники процесса подчиняются нормам процессуального права, которые в свою очередь делят всех участников правоотношений на властвующих и обязанных субъектов;

б) участники, попадающие в сферу процессуального регулирования указанной административно-процессуальной формы, совершают лишь те процессуальные действия, которые заранее закреплены за ними императивно, что исключает и(или) существенно ограничивает вариативность их поведения;

в) порядок взаимоотношений субъектов права при административно-процессуальной форме, а также механизмы изменения их юрисдикционных статусов, правовой алгоритм регулирования юридических конфликтов, принципы и критерии разрешения правовых споров и регламент их пересмотра регулированы властными публично-нормативными указаниями;

г) отношения между органами публичного управления и участниками процесса не могут носить характер фактических отношений, они имеют исключительный характер правоотношений;

д) административно-процессуальная форма предоставляет сторонам определенные возможности защиты своих прав, а также право участвовать в процессе управления, право административного обжалования решений органов управлений и субъектов, которым делегированы публичные полномочия.

При исследовании административно-процессуальной формы следует учитывать, что любая процессуальная (процедурная) форма значима не сама по себе, а в связи с *процессуальной целью*, ради которой она закреплена в законе. В силу той же формы достижение ее цели оправдано не всеми, а лишь определенными средствами и обусловлено определенными сроками, процессуальными обязанностями и гарантиями участников соответствующей процедуры<sup>18</sup>.

С учетом этого можно сделать вывод о том, что основные (базовые) процессуальные формы механизма банкротства, к которым относятся такие процедуры дел о несостоятельности (банкротстве), как *наблюдение* и *конкурсное производство*, имеют следующие признаки административно-процессуальной формы:

1) нормативное регулирование механизмов публично-правовой диагностики деятельности финансово-несостоятельного должника через установленные законом алгоритмы (регламенты) анализа финансового состояния должника, в отношении которого введены процедуры наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления;

2) исключительно публичная процедура формирования реестровых требований кредиторов должника, в том числе обязанность по императивному включению в реестр кредиторов по денежным обязательствам, связанным с причинением вреда жизни, здоровья, задолженностей, вытекающих из трудовых правоотношений;

3) механизмы императивно установленно-го и публичного созыва, проведения и вынесе-

<sup>17</sup> Комиссаров К.И. Последовательно прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права. С. 4.

<sup>18</sup> Подвальный И.О. К вопросам административного судопроизводства, возникающим в практике арбитражных судов // Арбитражные споры. 2012. № 1. С. 57–59.

ния решений, а также судебного санкционирования (утверждения) решения собраний кредиторов;

4) административно-правовой механизм прекращения деятельности должника, признанного банкротом в конкурсном производстве;

5) публично обоснованная, императивно урегулированная процессуальная особенность увольнения работников должника-банкрота;

6) публично-правовой механизм формирования конкурсной массы должника, признанного банкротом;

7) административно-правовой механизм защиты прав залоговых кредиторов должника;

8) административно-правовые правила механизма удовлетворения требований реестровых кредиторов;

9) четкий регламент публичного управления финансово-несостоятельным должником.

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что административно-процессуальная форма является базовым нормативно устанавливаемым порядком осуществления в Российской Федерации правосудия и всей системы арбитражного управления, а также системы взаимоотношений лиц, участвующих в деле о несостоятельности (банкротстве). В этом и проявляется особая административно-правовая природа правоотношений в сфере банкротства. Следовательно, характер внешней реализации права, природа процессуального оформления механизмов применения норм института банкротства позволяет сделать вывод о том, что банкротство в современной правовой системе Российской Федерации является публично-правовым средством регулирования экономических отношений, средством обеспечения стабильности и устойчивости рыночных отношений и роста национальной экономики.

## АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СИСТЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫМ ТРАНСПОРТОМ В РОССИИ

**БЕККАЛИЕВ Дмитрий Хажимратович**

***Аннотация:** в статье дается характеристика системы государственного управления железнодорожными перевозками в России. На основе анализа нормативного материала и мнений ведущих специалистов раскрываются особенности этой системы, обозначается роль ОАО «Российские железные дороги», рассматриваются отдельные организационные проблемы, связанные с управлением железнодорожной инфраструктурой.*

***Annotation:** in the scientific publication the characteristic of system of public administration by rail transportation in Russia is given. On the basis of the analysis of a standard material and opinions of leading experts features of this system reveal, JSC Russian Railways role is designated, the separate organizational problems connected with management of railway infrastructure are considered.*

***Ключевые слова:** железнодорожный транспорт, органы государственного управления, система, полномочия, управленческие отношения, естественная монополия.*

***Key words:** railway transport, state bodies, system, powers, administrative relations, natural monopoly.*

Современный железнодорожный транспорт не только способствует решению хозяйственных, экономических и стратегических задач государства, но и влияет на другие стороны общественной жизни страны, принимает активное участие в межрегиональных связях в области культуры, социальных преобразований, в международном сотрудничестве и т.д. В этом аспекте при рассмотрении значения железнодорожной инфраструктуры в глобальном масштабе необходимо отметить, что в ее функционировании задействовано множество государственных органов, должностных и юридических лиц, миллионы людей. Деятельность этого вида транспорта осуществляется непрерывно, в ней используются разнообразные дорогостоящие материальные, финансовые и интеллектуальные ресурсы, обширная информация. Ежедневная организация пассажиропотока и грузооборота в необходимом русле невозможна без системности управления. Только системность может придать управленческим процессам необходимую согласованность, координацию, субординацию, целеустремленность, рациональность, эффективность.

Управление как общественный процесс состоит из массы управленческих решений и действий и как организованная целостность должен быть адекватно осмыслен управленцами. В связи с этим представляется необходимым начать рассмотрение системы управления

железнодорожным транспортом в России с теоретико-правовых основ.

Сложность определения системы управления состоит в том, что общепринятого и общепризнанного понятия «система управления» в правовой и государствоведческой науке нет, как нет юридически обоснованного социально-правового института государственного и муниципального управления. Как отмечается в науке административного права, управление – многогранное и сложное явление, и это обусловливает отсутствие единого определения и единой теории управления<sup>1</sup>. Налицо один из парадоксов современной истории: процесс идет, а адекватного названия ему нет. Поэтому, идентифицируя систему управления рассматриваемым нами видом транспорта, сначала воспользуемся общеметодологическим подходом и определением общеродового понятия «система», предложенным философами.

Согласно этому подходу под системой понимается совокупность элементов (компонентов, подсистем), находящихся в отношениях и связях между собой и образующих определенную целостность, единство<sup>2</sup>. Система в переводе с греческого – целое, состоящее из

<sup>1</sup> См.: Шамхалов Ф. Теория государственного управления. М., 2002. С. 199.

<sup>2</sup> Философский словарь / под ред. И.Г. Фролова. М., 1980. С. 329.

частей, совокупность взаимосвязанных элементов<sup>3</sup>. Характеризуя понятие системы, В.Н. Спицнадель пишет: «Система есть совокупность элементов, организованных таким образом, что изменение, исключение или введение нового элемента закономерно отражаются на остальных элементах»<sup>4</sup>. Отметим, что на сегодняшний день известно до 40 определений понятия «система»<sup>5</sup>, из анализа которых можно сделать вывод о том, что управление является важной и неотъемлемой частью любой системы, которая связывает все входящие в нее элементы и заставляет их работать слаженно ради достижения общей цели. Иными словами, «управление» и «система» – взаимозависимые и неразрывные понятия.

Продолжая далее наше исследование, остановимся на теоретических определениях понятия «управление», сформулированных ведущими современными правоведом. По мнению Ю.Н. Старилова, управление – это целенаправленный и постоянный процесс воздействия субъекта управления на объект управления<sup>6</sup>. Ю.А. Тихомиров высказывается о том, что управление выступает как целенаправленное воздействие людей на общественную систему в целом и на ее отдельные звенья на основе познания и использования присущих ей объективных закономерностей в интересах обеспечения ее оптимального функционирования и развития, достижения поставленных целей<sup>7</sup>.

В настоящее время ученые выделяют следующие виды управляемых систем: механические, биологические, социальные<sup>8</sup>.

В механических системах управление осуществляется совокупностями машин и технологическими процессами. Объект управления в биологических системах – процессы, происходящие в живых организмах.

Социальные системы управления относятся к наиболее сложным. В основе их функционирования лежит управление общностями людей. Со структурно-функциональной точки

зрения – это сложная динамическая система с иерархией подсистем различной сложности и организации. Каждая из этих систем, являясь компонентом, частью системы более высокого уровня, в свою очередь включает в себе собственные системы, которые тоже подвержены членению<sup>9</sup>.

Система управления железнодорожным транспортом в России – одна из подсистем управления обществом, имеющая определенную внутреннюю организацию и функции, связь с другими системами и перспективы дальнейшего развития. Она представляет собой комплекс подсистем более низкого класса, элементов управления и их отношений, закономерно связанных в единое целое, которое имеет свойства, отсутствующие у его частей. Она характеризуется следующими признаками:

- представляет собой целостный комплекс взаимосвязанных элементов;

- является подсистемой более сложной системы управления единым транспортным комплексом страны, способствуя выполнению функции установления необходимой связи потребителей транспортных услуг с их производителями (транспортными предприятиями);

- находится в единстве с окружающей средой и в то же время относительно самостоятельна по отношению к ней, так что они влияют друг на друга;

- имеет внутренние (между частями системы) и внешние (между системой и окружающей средой) связи; иерархическую структуру, определяемую составом элементов, подсистем и их связей и состоящую из ряда уровней управления – относительно обособленных структурных образований, различающихся по своему статусу (правам и обязанностям);

- обладает определенными устойчивыми свойствами;

- способна изменяться сообразно изменившейся действительности, то есть способна к развитию и самосовершенствованию.

Переходя к вопросу о государственном управлении, отметим, что оно имеет определяющее значение для железнодорожного транспорта и является основой для функционирования правовых отношений в данной отрасли, а также выступает основным регулятором всего процесса перевозок пассажиров и грузов.

<sup>3</sup> Глазунова Н.И. Система государственного управления : учеб. для вузов. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. С. 30–31.

<sup>4</sup> Спицнадель В.Н. Основы системного анализа : учеб. пособие. СПб., 2000. С. 326.

<sup>5</sup> Карташев В.А. Система систем. Очерки общей теории и методологии. М., 1995.

<sup>6</sup> См.: Старилов Ю.Н. Курс общего административного права. М., 2002. Т. 1. С. 137.

<sup>7</sup> Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс. М., 2006. С. 33.

<sup>8</sup> См.: Бочаров В.Д. Системность в управлении. М., 2000. С. 13.

<sup>9</sup> См.: Братановский С.Н. Административное право России. М., 2003. С. 56.

Государственное управление как форма реализации прерогатив государства его органами и должностными лицами в общей системе социального публичного управления является основной сферой действия и применения норм административного права. В широком смысле под государственным управлением понимается деятельность любых государственных органов всех ветвей государственной власти, поскольку общей целью и содержанием деятельности как всего государства в целом, так и любых его органов, является какая-либо организация, определенное упорядочение общественных отношений. В узком, организационно-правовом смысле под государственным управлением понимают лишь один специфический вид государственной деятельности, связанной с реализацией исполнительной государственной власти как одной из ветвей государственной власти, осуществляемой системой специальных государственных органов исполнительной власти или органов государственного управления. Государственное управление в узком, организационно-правовом смысле и является основным объектом административно-правового регулирования и сферой действия норм административного права<sup>10</sup>.

По отношению к железнодорожному транспорту отметим, что система государственного управления в данной сфере в целом имеет свои особенности.

Так, Федеральный закон от 17 августа 1995 года № 147-ФЗ «О естественных монополиях»<sup>11</sup> в ч. 1 ст. 4 относит железнодорожные перевозки к естественным монополиям. Следовательно, на рассматриваемый вид транспорта распространяется законодательство, посвященное государственному управлению естественными монополиями. В этом аспекте Н.А. Петрусева и А.Н. Кайль отмечают, что монополия деятельности по железнодорожным перевозкам, с одной стороны, необходима (поддержание единой транспортной системы, диспетчерской системы, стандартов перевозок пассажиров и багажа), с другой – злоупотребление субъектом естественной монополии своими возможностями недопустимо<sup>12</sup>. В свою

очередь, А.А. Анчугин указывает, что формально железнодорожный транспорт можно отнести к категории государственных монополий, однако, действующее законодательство не дает понятия железнодорожных перевозок. Поэтому субъекты транспортной деятельности в этом случае – оценочная категория. В нормативных актах нет прямых ссылок на требующие конкретизации виды железнодорожного транспорта (технологический, общего и необщего пользования) применительно к естественным монополиям, законодатель не определяет, какие из них таковыми являются или могут являться. Из этого следует, что процедурные аспекты, связанные с отнесением управления железнодорожным транспортом, инфраструктуры железнодорожного транспорта к категории, подпадающей под правовое регулирование естественных монополий, окончательно не решены<sup>13</sup>.

Со своей стороны отметим, что невозможно однозначно трактовать соотношение ч. 1 ст. 4 Закона «О естественных монополиях» с ч. 2 ст. 4, в которой отражено, что в соответствии с реализуемой по решению Правительства Российской Федерации демонаполизацией рынка железнодорожных перевозок осуществляется переход от регулирования деятельности субъектов естественных монополий в сфере железнодорожных перевозок к регулированию деятельности субъектов естественных монополий в сфере предоставления услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования. Этот нормативный акт, четко закрепляя устойчивую юридическую связь рассматриваемого вида транспорта с естественными монополиями, одновременно указывает на процесс демонаполизации значительной части этой сферы. В специальной литературе справедливо отмечается, что подобный законодательный подход недопустим, поскольку не нацелен на перспективу и не позволяет определить единую линию государственного управления железнодорожным транспортом<sup>14</sup>. В свою очередь, Ф.И. Хусаинов подвергает критике возможность применения

<sup>10</sup> См.: Конин Н.М., Журик В.В., Петров М.П. Административное право Российской Федерации. М.: Норма, 2005. С. 105.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

<sup>12</sup> См.: Петрусева Н.А., Кайль А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» // СПС «ГАРАНТ».

<sup>13</sup> См.: Анчугин А.А. Совершенствование системы управления экономической деятельностью железнодорожного транспорта в условиях реформы: дис. ... канд. экон. наук. Иркутск, 2004. С. 80.

<sup>14</sup> См.: Росляков А.Е., Евдокимов И.Б., Кулинич Е.Н. Актуальные вопросы повышения управленческой компетенции: моногр. Омск, 2009. С. 39.

к анализируемым отношениям заложенного в ст. 3 Закона о естественных монополиях определения естественной монополии, трактуемого как состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров. Автор отмечает, что деятельность железнодорожного транспорта – это предоставление исключительно услуг по перемещению пассажиров, багажа и грузов из одного населенного пункта в другой. Ни о каких товарах, производстве в данном случае речь не идет<sup>15</sup>. Соглашаясь с данной позицией, мы в свою очередь отметим, что даже в случае внесения соответствующих корректировок в отмеченное определение, нерешенными останутся (и остаются) ряд глобальных вопросов. К сожалению, нормативные акты не раскрывают, кто определяет и исходя из каких критериев причисление той или иной сферы к естественным монополиям вообще и отнесение к ним железнодорожных перевозок в частности. Так же неясно, какие механизмы государственного воздействия применимы к процессу образования конкуренции в данной области в условиях свободного рынка. Невозможно определить роль общества в оценке внутриуправленческих процессов, происходящих в монополично замкнутой системе железнодорожного транспорта.

Другой немаловажной особенностью системы государственного управления железнодорожным транспортом является наличие в ней единого хозяйствующего субъекта – открытого

акционерного общества «Российские железные дороги». В соответствии с ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 27 февраля 2003 года № 29-ФЗ «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта»<sup>16</sup> учредителем единого хозяйствующего субъекта является Российская Федерация, решение об учреждении единого хозяйствующего субъекта принимается Правительством Российской Федерации, этим же органом утверждается Устав ОАО «РЖД». Анализируя полномочия указанного субъекта по организации деятельности железнодорожного транспорта, отраженные в указанном Законе, а также в Уставе<sup>17</sup>, В.А. Егизаров приходит, на наш взгляд, к ошибочному пониманию того, что управление перевозочным процессом на железнодорожном транспорте производится централизованно и относится к исключительной компетенции ОАО «Российские железные дороги»<sup>18</sup>. Более верной в этом аспекте представляется позиция А.М. Гаджинского. Исследователь данное законодательное решение объясняет практической необходимостью создания единой централизованной структуры, в руках которой бы находилось ведение федерального имущественного комплекса железнодорожного транспорта. Ее образование, в свою очередь, предполагает делегирование части государственных полномочий по управлению территориальными и структурными подразделениями. Эти полномочия трансформируются во внутрикорпоративные. Таким образом, система ОАО «РЖД» является частью системы государственного управления железнодорожным транспортом<sup>19</sup>. Р.Г. Леонтьев весьма утрированно называет «Российские железные дороги» «государством в государстве», указывая при этом на негативное неизбежное следствие организационного преобразования федеральной железнодорожной структуры в открытое акционерное общество, которое выражается в фактической реализации руководящими органами единого хозяйствующего субъекта тех полномочий, которыми они не наделены<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> СЗ РФ. 2003. № 9. Ст. 805.

<sup>17</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 18 сентября 2003 г. № 585 «О создании открытого акционерного общества «Российские железные дороги» // СЗ РФ. 2003. № 39. Ст. 3766.

<sup>18</sup> См.: Егизаров В.А. Транспортное право : учеб. 6-е изд., доп. и перераб. М. : Юстицинформ, 2008. С. 20.

<sup>19</sup> См.: Гаджинский А.М. Логистика : учеб. для вузов. М. : Дашков и К<sup>о</sup>, 2008. С. 305–306.

<sup>20</sup> См.: Отраслевые корпорации и региональный бизнес: интеграция интересов / Р.Г. Леонтьев [и др.]. М. : ВИНТИ, 2009. С. 28.

<sup>15</sup> См.: Хусаинов Ф.И. Демонопользация железнодорожного транспорта и развитие системы операторских компаний. Саратов, 2009. С. 35–36.

## ОСОБЕННОСТИ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСА АРБИТРАЖНОГО УПРАВЛЯЮЩЕГО

ЗАХОРОЛЬНЫХ Наталья Владимировна

**Аннотация:** статья посвящена проблеме правового статуса арбитражного управляющего. Обосновывается позиция, согласно которой арбитражный управляющий является лицом публичного права, с преобладанием в его статусе делегированных ему публично-правовых управленческих полномочий, составляющих основу его административно-правового статуса.

**Annotation:** the article deals with the legal status of the trustee. Substantiates the position, according to which the liquidator is a person of public law, with a predominance in its status delegated management of public law powers, form the basis of its administrative and legal status.

**Ключевые слова:** несостоятельность (банкротство), административное управление, правовой статус, административный управляющий.

**Key words:** insolvency (bankruptcy), administration, legal status, an administrative manager.

Категория «правовой статус» представляет собой одну из фундаментальных, но, вместе с тем, и одну из сложнейших категорий в юридической науке. Проблема понимания феномена правового статуса в значительной степени связана с проблемой правового понимания статуса и роли субъектов в общей системе правоотношений в целом. Теория юридической конструкции правового статуса влияет на восприятие места и соответствующего субъекта в национальной правовой системе. При этом следует отметить, что в современной российской юридической науке нет однозначного подхода к пониманию феномена «правовой статус». Вместе с тем, можно выделить основные элементы правового статуса, содержащиеся в определении указанного правового понятия у большинства авторов – это, прежде всего, права, свободы, законные интересы и обязанности.

Общепризнанным является подход, в соответствии с которым под правовым статусом следует понимать «основанную на законе и взятую в единстве совокупность субъективных прав, законных интересов и юридических обязанностей граждан»<sup>1</sup>.

Учитывая вышеизложенные подходы к трактовке правового статуса субъекта права, следует обратить внимание на особую роль некоторых субъектов в регулировании рыночных отношений и, в частности, на роль арбитражного управляющего как специального субъекта права в общей системе публично-правового типа

регулирования рыночных отношений<sup>2</sup>. В теории права принята следующая классификация правовых статусов субъектов права:

а) *общий правовой статус*, под которым понимается статус лица как гражданина государства, закрепленный в основном законе страны;

б) *специальный правовой статус*, под которым следует понимать статус, который вытекает из особенностей положения определенных категорий граждан и обеспечивающих выполнение их специальных функций. Специальный статус отражает особенности положения отдельных категорий субъектов (например: студентов, пенсионеров, военнослужащих, адвокатов и т.д.). Статус указанных социальных слоев и профессиональных групп может иметь свои особенности, а именно: дополнительные права, свободы, льготы, а также обязанности, предусмотренные действующим законодательством;

в) *индивидуальный правовой статус*, который включает в себя всю совокупность персонализированных прав и обязанностей личности.

С учетом вышеизложенного можно констатировать, что правовой статус арбитражного управляющего – специальный, профессиональный статус особого субъекта права. Ука-

<sup>1</sup> Бабаев В.К., Баранов В.М. Общая теория права : крат. энцикл. Н. Новгород : Нижегород. юрид. ин-т, 1998. С. 125.

<sup>2</sup> Фролов И.В. Государственное (административное) управление в сфере финансового оздоровления и банкротства как элемент публично-правового типа регулирования рыночных отношений // Вестн. Новосибир. гос. ун-та. 2009. Т. 5. № 1. С. 44–47. Серия «Право».

занное вытекает из того, что арбитражным управляющим признается гражданин Российской Федерации, являющийся членом одной из саморегулируемых организаций арбитражных управляющих. Арбитражный управляющий является субъектом профессиональной деятельности и осуществляет профессиональную деятельность, занимаясь частной практикой<sup>3</sup>.

Арбитражным управляющим может быть только гражданин Российской Федерации, назначение арбитражным управляющим иностранных граждан не предусматривается. Указанное положение направлено на ограничение правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства в осуществлении профессиональной деятельности в качестве арбитражных управляющих.

Признание арбитражного управляющего лицом, занимающимся частной практикой, наряду с такими субъектами, как адвокаты или нотариусы, подчеркивает их профессионализм и независимость, которые обеспечиваются системой требований, предъявляемых к их кандидатуре.

Видится целесообразным распространить представленную выше теоретическую конструкцию градации правового статуса на три основных вида (общий, родовой и индивидуальный) относительно арбитражного управляющего. Таким образом, градацию правового статуса арбитражного управляющего можно рассматривать следующим образом.

При этом, под общим правовым статусом арбитражного управляющего следует понимать совокупность основных прав и обязанностей арбитражного управляющего, комплекс правовых требований к указанному субъекту, систему мер юрисдикционной ответственности указанного субъекта.

Под специальным (родовым) статусом арбитражного управляющего следует понимать разновидность его статусов на отдельных процедурах банкротства, которые в своей совокупности должны отражать особенности правового положения отдельных категорий арбитражных управляющих как субъектов управления финансово несостоятельным должником.

Индивидуальный статус арбитражного управляющего отражает особенности его правового положения и представляет совокупность предоставленных ему персонифициро-

ванных прав и обязанностей при участии указанного субъекта в конкретном деле о банкротстве.

При этом следует обратить внимание на то, что законодатель предлагает следующую градацию правовых статусов арбитражных управляющих:

*Временный управляющий* – назначается арбитражным судом для проведения процедуры наблюдения.

*Административный управляющий* – назначается арбитражным судом для проведения процедуры финансового оздоровления.

*Внешний управляющий* – назначается арбитражным судом для проведения процедуры внешнего управления.

*Конкурсный управляющий* – назначается арбитражным судом для проведения конкурсного производства, формирования и реализации имущества конкурсной массы должника и удовлетворения требований кредиторов.

Безусловно, каждый из статусов связан с определенными правами и обязанностями. В рамках данной статьи мы не будем подробно рассматривать содержание правового статуса арбитражных управляющих, а остановимся на анализе проблемы правовой природы статуса арбитражного управляющего. Так, анализируя сущность конкурсного управления в дореволюционной России, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «конкурсное управление обязано исполнить свою задачу возможно полного удовлетворения кредиторов, стараясь по возможности охранять интересы должника. Но подобное явление совершенно не согласуется с понятием представительства на той или другой стороне. Очевидно, конкурсный попечитель не может быть представителем ни должника, ни кредиторов. Отсюда само собой напрашивается заключение, что конкурсный попечитель или конкурсное управление является органом государственной власти – органом, действующим под непосредственным контролем суда, подобно судебным приставам»<sup>4</sup>. Указанная точка зрения выделяет публично-правовую природу конкурсного управления.

С публично-правовых позиций рассматривает проблему В.Ф. Попондопуло, имея в виду процессуальный аспект арбитражного управления: «Как субъект арбитражного процесса (лицо, участвующее в деле о банкротстве) арбитражный управляющий по существу высту-

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ (ред. от 5 марта 2012 г.) «О несостоятельности (банкротстве)».

<sup>4</sup> Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. С. 324.

пает участником исполнительного производства – органом принудительного исполнения арбитражно-судебных актов в соответствующей исполнительской процедуре (процедурах наблюдения, внешнего управления, конкурсного производства)». Вместе с тем, указанный автор отмечает частноправовую природу арбитражного управления в материально-правовом плане, полагая, что в родовом отношении арбитражное управление тяготеет к доверительному управлению<sup>5</sup>. В свою очередь М.В. Телюкина, не устанавливая отраслевую принадлежность арбитражного управления, указывает на особенность статуса арбитражного управляющего, определяемого целями конкурсного права, по всей видимости, полагая, что этот статус несет в себе как частноправовые, так публично-правовые начала<sup>6</sup>.

В зависимости от введения той или иной процедуры банкротства рассматривает правовую природу арбитражного управления А.Н. Семина. При наблюдении и финансовом оздоровлении арбитражное управление призвано отстаивать государственные, публичные интересы, при внешнем управлении – частные, причем посредством представительства от имени должника<sup>7</sup>.

Е.Г. Дорохина высказывает точку зрения о том, что деятельность арбитражного управляющего близка к деятельности лиц привилегированных профессий (нотариусов, адвокатов, аудиторов), выполняющих особые социально-значимые функции и не преследующих цели извлечения прибыли, в связи с чем статус индивидуального предпринимателя является чужеродным правовой природе арбитражного управляющего<sup>8</sup>.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзацем 8 пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» указывается, что публично-правовая цель института банкротства, а имен-

но обеспечение гарантированного баланса прав и законных интересов лиц, участвующих в деле о банкротстве, достигается с помощью арбитражного управляющего, решения которого являются обязательными и влекут последствия для широкого круга лиц, в силу чего арбитражный управляющий наделен публично-правовым статусом<sup>9</sup>.

Кроме того, именно на арбитражного управляющего возлагается такая немаловажная задача государственного регулирования конкурсных правоотношений, как выявление признаков административных правонарушений и преступлений в сфере несостоятельности (банкротства), а также в ряде случаев – задача исполнения, наряду с Федеральной службой судебных приставов, принятых судебных решений. Так, согласно п. 2 ст. 20.3 Закона о банкротстве на любой стадии банкротства арбитражный управляющий обязан выявлять признаки преднамеренного и фиктивного банкротства и незамедлительно сообщать об этом в правоохранительные органы.

Аналогичное делегирование функций государственного управления арбитражному управляющему происходит и в отношении исполнений судебных решений. Так, в процедуре наблюдения Федеральная служба судебных приставов обязана приостановить исполнительное производство по имущественным взысканиям (п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве), а в процедуре конкурсного производства прекратить исполнительное производство и передать все исполнительные документы, в том числе и по взысканиям в пользу государства, арбитражному управляющему (п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве) для дальнейшего исполнения судебного решения о признании должника банкротом<sup>10</sup>.

С учетом изложенного следует согласиться с И.В. Фроловым о том, что арбитражный управляющий является лицом преимущественно публичного права, с преобладанием в его статусе делегированных ему публично-правовых управленческих полномочий, составляющих основу его административно-правового статуса<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Попондуполо В.Ф. Конкурсное право: Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) : учеб. пособие. М. С. 143.

<sup>6</sup> Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М., 2004. С. 229.

<sup>7</sup> Семин А.Н. Банкротство: вопросы правоспособности должника юридического лица. М. : Экзамен, 2004. С. 108.

<sup>8</sup> Дорохина Е.Г. Проблемы предпринимательской деятельности арбитражного управляющего // Правоведение. Изв. высш. учеб. заведений. 2004. № 1. С. 67–69.

<sup>9</sup> СЗ РФ 2006. № 3. С. 335.

<sup>10</sup> Крепиков В.П. Административно-правовое регулирование деятельности антикризисного управляющего : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 120.

<sup>11</sup> Фролов И.В. Административно-правовой механизм государственного управления в сфере финансового оздоровления, несостоятельности (банкротства) // Вестн. Новосибир. гос. ун-та. 2010. Т. 6. № 1. С. 125–126. Серия «Право».

Безусловно, арбитражный управляющий как особый субъект права должен беспристрастно влиять на процесс банкротства в интересах как должника, так и кредитора. Указанное обеспечивается через закрепление на законодательном уровне ряда требований, предъявляемых к кандидатуре арбитражного управляющего законодателем. Эти требования исчерпывающе определяются в ст. 20 Закона о банкротстве и гласят, чтобы арбитражный управляющий:

- был гражданином РФ;
- имел высшее профессиональное образование;

- имел стаж работы на руководящих должностях не менее чем год и стажировки в качестве помощника арбитражного управляющего в деле о банкротстве не менее чем шесть месяцев или стажировки в качестве помощника арбитражного управляющего в деле о банкротстве не менее чем два года, если более продолжительные сроки не предусмотрены стандартами и правилами профессиональной деятельности арбитражных управляющих, утвержденными саморегулируемой организацией;

- сдал теоретический экзамен по программе подготовки арбитражных управляющих;

- не был дисквалифицирован за совершение административного правонарушения либо не был лишен права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью за совершение преступления;

- не имел судимости за умышленное преступление;

- являлся членом одной из саморегулируемых организаций, условием членства в которой является внесение установленных взносов, а также наличие договора обязательного страхования ответственности.

В то же время ст. 20.3 Закона о банкротстве определяет перечень случаев, при которых арбитражным судом не могут быть утверждены в качестве арбитражных управляющих

- кандидаты, которые являются заинтересованными лицами по отношению к должнику, кредиторам. При этом в соответствии со ст. 19 Закона о банкротстве заинтересованными лицами по отношению к должнику признаются: юридическое лицо, которое является основным или дочерним по отношению к должнику;

- руководитель должника, а также лица, входящие в совет директоров (наблюдательный совет), коллегиальный исполнительный

орган или иной орган управления должника, главный бухгалтер (бухгалтер) должника, в том числе указанные лица, освобожденные от своих обязанностей в течение года до момента возбуждения производства по делу о банкротстве. (Заинтересованными лицами по отношению к должнику-гражданину признаются его супруг, родственники по прямой восходящей и нисходящей линии, сестры, братья и их родственники по нисходящей линии, родители, дети, сестры и братья супруга.);

- не возместили убытки, причиненные должнику, кредиторам или иным лицам в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения возложенных на арбитражного управляющего обязанностей в ранее проведенных процедурах, применяемых в деле о банкротстве, и факт причинения которых установлен вступившим в законную силу решением суда;

- лица, которые дисквалифицированы или лишены в порядке, установленном Федеральным законом, права занимать руководящие должности и(или) осуществлять профессиональную деятельность, регулируемую в соответствии с федеральными законами;

- лица, которые не имеют заключенных в соответствии с требованиями Федерального закона договоров страхования ответственности на случай причинения убытков лицам, участвующим в деле о банкротстве;

- лица, которые не имеют допуска к государственной тайне установленной формы, если наличие такого допуска является обязательным условием утверждения арбитражным судом арбитражного управляющего.

Как видно из содержания ст. 29 Закона о банкротстве, в целях проведения государственной политики в сфере финансового оздоровления и банкротства государство через свои уполномоченные органы организует систему подготовки арбитражных управляющих, участвует в их подготовке и принятии теоретического экзамена, утверждает правила их профессиональной деятельности, осуществляет контроль за соблюдением саморегулируемыми организациями арбитражных управляющих, а следовательно, и арбитражными управляющими федеральных законов и иных нормативных актов. Государство через арбитражный суд назначает арбитражного управляющего, поручает ему участвовать в деле о банкротстве и действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества как лица, наделенного специальными полномочиями на основании закона.

С учетом вышеперечисленного можно сделать вывод о том, что *административно-правовой статус арбитражного управляющего* представляет собой специальный, профессиональный статус личности, характеризуемый

совокупностью прав, свобод, обязанностей, гарантий, ограничений, запретов, ответственности, направленных на реализацию, восстановление и защиту прав и законных интересов лиц, участвующих в деле о банкротстве.

## К ВОПРОСУ О СПЕЦИФИКЕ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ПО ДЕЛАМ О РАСТОРЖЕНИИ БРАКА

**МАТРОСОВ Николай Александрович**

*Аннотация:* представленная статья освещает вопросы, связанные с некоторыми особенностями судебного разбирательства по делам о расторжения брака. В частности, в ней освещены семейно-правовое представительство, возможность участия третьих лиц в делах о расторжении брака, специфика споров о детях и др.

*Annotation:* presented article covers issues related to some features of the proceedings in cases of divorce. In particular, it highlights the family-legal representation, participation of third parties in cases of divorce, the specific disputes about children, etc.

*Ключевые слова:* гражданский процесс, судопроизводство, расторжение брака, представительство, стадии судебного процесса.

*Key words:* civil litigation, litigation, divorce, representation, the trial stage.

Судебное разбирательство – это один из важнейших институтов гражданского процессуального права, включающий в себя деятельность суда и других участников процесса по рассмотрению и разрешению в судебном заседании гражданских дел по существу; это способ осуществления правосудия<sup>1</sup>. Выяснение действительных обстоятельств дела зависит от участия в нем необходимого состава лиц и, прежде всего, сторон. Первостепенная задача суда – обеспечить явку истца и ответчика. По делу о расторжении брака это особенно важно, так как при отсутствии одной из сторон суду будет невозможно выполнить лежащую на нем задачу по возможному примирению сторон и оздоровлению семейной обстановки. Однако в случае неявки в судебное заседание ответчика, извещенного о времени и месте судебного заседания, не сообщившего об уважительных причинах неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие, дело может быть рассмотрено в порядке заочного производства (ст. 233 ГПК РФ).

Кроме того, суд вправе рассмотреть дело в отсутствие супруга ответчика, если сведения о причинах его неявки отсутствуют, если суд признает причины неявки неуважительными либо если ответчик умышленно затягивает производство по делу.

В случае двукратной неявки истца (без уважительных причин) в судебное заседание, если от него не поступило заявление о разбирательстве дела в его отсутствие, исковое заяв-

ление может быть оставлено без рассмотрения. В этом случае законодатель исходит из предложения, что истец утратил интерес к процессу.

Суд может рассмотреть дело и в отсутствие одновременно двух сторон, при условии их надлежащего извещения и наличия заявления о рассмотрении дела в их отсутствие.

На наш взгляд, не противоречит закону участие стороны в судопроизводстве через представителя. Вместе с тем, учитывая специфику для данной категории, они, как правило, должны рассматриваться с участием непосредственно самих сторон и лишь в исключительных случаях (тяжелая болезнь, длительное отсутствие и т.д.) дело о расторжении брака может быть рассмотрено в отсутствие стороны с участием только представителя<sup>2</sup>. Следует отметить, что зачастую участниками спорных семейных правоотношений являются дети, которые в силу их возрастной недееспособности не могут самостоятельно участвовать в процессе, защищать их интересы уполномочены законные представители (родители, усыновители, опекуны, попечители и лица, которым это право предоставлено законом (ст. 52 ГПК РФ)).

Семейно-правовое представительство обладает рядом следующих особенностей, которые позволяют отграничить его от иных видов представительства:

– основания возникновения, изменения и прекращения семейно-правового представительства отличаются от оснований возникновения гражданского правового представительства. В частности, по общему правилу, семей-

<sup>1</sup> См.: Гуреев П.П. Судебное разбирательство гражданских дел. М., 1958. С. 13.

<sup>2</sup> См.: Кабышев О.А. Брак и развод. М., 1998. С. 102.

но-правовое представительство возникает в силу специального статуса представителя и представляемого. В отличие от гражданского права, где отношения представительства зависят не от статуса и правового положения его субъектов, а определяются исходя из условий договора. Если в гражданском праве факт исполнения обязательства является самодостаточным для прекращения представительства, то основаниями прекращения семейно-правового представительства служит иной состав юридических фактов (например, достижение соответствующего возраста);

– гражданское представительство призвано обеспечить интересы юридических и физических лиц преимущественно в сфере гражданского оборота и производства, назначением же семейно-правового представительства является обеспечение членами семьи или приравненных к ним лиц, личных интересов членов семьи (как неимущественных, так и имущественных)<sup>3</sup>.

Следует отметить, что законодателем предусмотрен ряд ограничений на участие представителя в делах о расторжении брака: ст. 182 ГК РФ не допускается совершение через представителя сделки, которая по своему характеру может быть совершена только лично, а равно других сделок, указанных в законе.

Таким образом, представительство при заключении брака не допускается. Согласно ст. 11 СК РФ заключение брака производится при личном присутствии лиц, вступающих в брак. При этом расторжение брака в судебном порядке возможно при помощи представителя. Не воспрещается и подача заявления о расторжении брака в органы записи актов гражданского состояния (далее – органы загса) представителем одного из супругов. Однако в данном случае роль представителя сводится лишь к передаче заявления от супруга должностному лицу органов загса, а не подача самого заявления. Согласно ст. 33 Федерального закона от 15 ноября 1997 года № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»<sup>4</sup> в случае, если один из супругов не имеет возможности явиться в орган загса для подачи заявления о расторжении брака, волеизъявление супругов может быть оформлено отдельными заявлениями

о расторжении брака. Подпись такого заявления супруга, не имеющего возможности явиться в орган загса, должна быть нотариально удостоверена. В дальнейшем же представитель, действующий по доверенности, осуществляет все права, предоставленные ему доверенностью, в полном объеме.

Не допускается представительство и при уплате алиментов в соответствии с решением суда. В соответствии с разделом V СК РФ алиментные обязательства налагаются на предусмотренных в законе лиц (родителей, других членов семьи), и уплата алиментов непосредственно связана с личностью такого лица и его родственным отношением к лицу, на содержание которого взыскиваются алименты.

Как нам представляется, представительство в делах о расторжении брака имеет право на существование, особенно учитывая особый характер межличностных отношений между супругами, зачастую весьма конфликтный. Однако при этом, по нашему мнению, помимо общей доверенности, выдаваемой представителю, полномочия представителя должны подтверждаться заявлением представляемого супруга, в котором излагается его волеизъявление перед каждым судебным заседанием, поскольку в бракоразводных процессах огромную роль играет психологическая обстановка и настрой сторон, вследствие чего внезапно возникшее желание или появившаяся возможность участвовать лично в судебном заседании должна быть реализована.

Специфика споров о воспитании детей заключается в том, что законные представители несовершеннолетнего зачастую не могут осуществлять представительство интересов ребенка в суде, так как нередко оказываются в положении сторон в процессе и защищают в суде свои собственные интересы, которые иногда расходятся с интересами ребенка.

Для устранения возникшей проблемы, если между интересами родителей и детей имеются противоречия, которые установлены органами опеки и попечительства, предлагается обеспечивать каждому несовершеннолетнему участнику гражданского процесса бесплатную юридическую помощь в лице адвоката, специализирующегося на ведении семейных дел, независимо от присутствия в процессе законных представителей.

В силу этого, предлагаем дополнить Федеральный закон РФ от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помо-

<sup>3</sup> См.: Ерохина Е.В. Семейно-правовое представительство по законодательству Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2007. С. 12.

<sup>4</sup> См.: СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340.

щи в Российской Федерации»<sup>5</sup> более расширенным списком категорий граждан, претендующих на бесплатную юридическую помощь, включив в него несовершеннолетних детей. Кроме того, среди случаев оказания подобной помощи, помимо взыскания алиментов, оговорить все возможные споры, вытекающие из гражданских дел о расторжении брака.

Думается, что полномочия этого представителя должны быть подтверждены мотивированным постановлением органов опеки и попечительства, – это послужит критерием качественной защиты и является немаловажным при состязательности процесса.

Интересным представляется вопрос возможного участия третьих лиц в делах о расторжении брака, так как дела о расторжении брака носят личный, интимный характер и участие в них третьих лиц можно рассматривать как некое «вторжение» в личную сферу супругов. Как известно, интересы третьих лиц могут быть затронуты, в том числе, и при разделе супругами совместно нажитого имущества. В этом случае суд вправе выделить требование о разделе имущества в отдельное производство. В некоторых случаях, в связи с определенными обстоятельствами, судья может прийти к выводу о необходимости привлечь к участию в деле других лиц. Например, выяснив, что ответчик производит выплату по другим ис-

полнительным документам, в частности, он выплачивает алименты на содержание детей от другого брака, судья может привлечь в качестве третьего лица тех лиц, в чью пользу решением суда уже уплачиваются алименты или иные платежи. Указанные случаи касаются имущественных прав третьих лиц, интересы которых затрагиваются или могут быть затронуты в процессе рассмотрения дела о расторжении брака. Но, как показывает судебная практика, в некоторых случаях привлечение третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, является вполне допустимым и в делах о расторжении брака, и служит дополнительным условием полного и всестороннего рассмотрения обстоятельств конкретного дела, в том числе и установления факта распада семьи и невозможности дальнейшего сохранения семьи.

Таким образом, на стадии судебного разбирательства по делам о расторжении брака можно выделить ряд процессуальных особенностей, а именно то, что законное представительство по делам рассматриваемой категории дел имеет ряд ограничений, не характерных для иных дел, кроме того, в целях полного, объективного и всестороннего рассмотрения споров, связанных с расторжением брака, судам следует рассматривать вопрос о привлечении к участию в деле третьих лиц.

---

<sup>5</sup> См.: Российская газета от 23.11.2011 г.

## ОСНОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

САЗОНОВА Кира Львовна

**Аннотация:** статья посвящена важнейшему аспекту отрасли международно-правовой ответственности государств – основаниям ответственности. Автор рассматривает различные виды оснований ответственности, выявляет терминологические разночтения по данному вопросу в доктрине международного права.

**Annotation:** the article is devoted to an important aspect of the branch of international responsibility of states – the reasons of responsibility. The author discusses the various types of responsibility reasons, reveals terminological ambiguity of this issue in the doctrine of international law.

**Ключевые слова:** ответственность, государства, международное право.

**Key words:** responsibility, states, international law.

Проблема международно-правовой ответственности является одним из наиболее интересных и перспективных сфер современного международного права. Датский юрист-международник М. Соренсен еще в 1960-х годах, рассматривая вопросы ответственности, отмечал, что «никакая другая тема не поднимала столько споров, как ответственность государств, и никакая другая область не является такой неясной и запутанной с точки зрения теории»<sup>1</sup>.

Можно отметить, что становление данной отрасли происходит достаточно медленными темпами, ввиду изрядной политизированности любых вопросов, связанных с проблематикой ответственности. Комиссия международного права ООН занимается проблемой международно-правовой ответственности с 1949 года, то есть фактически с момента создания самой Организации Объединенных Наций. Кодификация положений, касающихся отрасли ответственности, велась с 1956 года, и почти полвека шли серьезнейшие дискуссии по данному вопросу, увенчавшиеся принятием в 2001 году Проекта статей об ответственности государств: «Проект разрабатывался Комиссией свыше четверти века. В этом процессе принимал участие широкий круг правительств, представлявших свои замечания на подготовленные Комиссией статьи, которые тщательно учитывались. Дело было непростым, поскольку позиции правительств существенно расходились»<sup>2</sup>.

Важнейшим вопросом ответственности государств является вопрос об основаниях наступления ответственности. Ответственность государств может наступать за совершение международного правонарушения либо за причинение ущерба в результате определенной международно-правовой деятельности, например в международном космическом, морском, экологическом праве. Так, например, об ответственности государств упоминается в Договоре о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 года., Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами 1972 года, Венской конвенции о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1964 года, Конвенции по морскому праву 1982 года, однако, данные договоры не связаны с непосредственной кодификацией общих норм об ответственности государств. Кроме того, некоторые нормы, относящиеся к ответственности, содержат право международных договоров, например вопросы о прекращении нарушенного договора или признании ничтожным договора, навязанного силой.

Ответственность наступает при наличии определенных оснований, понимаемых в двух значениях – «на основе чего» возникает ответственность и «за что» возникает ответственность»<sup>3</sup>. В международно-правовой литературе

<sup>1</sup>Sorensen M. Principes de droit international public. Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye. 1960. P. 217.

<sup>2</sup> Лукашук И.И. Право международной ответственности. М., 2004. С. 64.

<sup>3</sup> Русецкий А.Е. Понятие и основания международно-правовой ответственности. М., 2001. URL: <http://zakon.rin.ru/cgi-bin/view.pl?midr=491&id=661>

также встречаются термины «происхождение международно-правовой ответственности», «нормативная база международно-правовой ответственности», «условия возникновения ответственности», которые используются в качестве синонимов, что не идет на пользу теоретической регламентации данной отрасли.

В доктрине отсутствует единство относительно классификации оснований ответственности, однако, большинство исследователей выделяют юридические и фактические основания международно-правовой ответственности. Некоторые авторы дополнительно указывают процессуальные основания ответственности<sup>4</sup>.

Юридические основания международно-правовой ответственности представляют собой международно-правовые документы, определяющие какие-либо действия субъектов международного права как противоправные, либо содержащие нормы международного права, которые нарушены субъектами международного права. К их числу традиционно относят «договоры, обычаи, решения международных судов и арбитражей, обязательные акты международных организаций, некоторые акты международных конференций и совещаний, отдельные односторонние акты государств международно-правового характера»<sup>5</sup>. Необходимо также отметить, что «при международном правонарушении нарушается не сама международно-правовая норма, а обязательства субъектов соблюдать международное правило поведения»<sup>6</sup>, соответственно можно сделать вывод, что «круг источников юридических оснований ответственности государств значительно шире круга источников международного права в традиционном их понимании, если к источникам международного права, прежде всего, относят договор и обычай, которые являются одновременно и основными источниками ответственности государств, то источниками ответственности следует также считать и другие юридически обязательные акты, предписывающие определенное поведение государств»<sup>7</sup>.

В доктрине международного права нет единства в сфере терминов, относящихся к теме международно-правовой ответственности.

Например, можно встретить термин «нормативные основания международной ответственности» и «правовые основания международной ответственности». Очевидно, что юридические, нормативные и правовые основания международной ответственности являются синонимическими терминами, однако, для прогрессивного развития отрасли права международной ответственности необходимо устранить разночтения.

Фактические основания ответственности представляют собой совокупность юридических фактов, которые можно классифицировать как международное правонарушение: «Для реализации ответственности необходимо наличие специальных юридико-фактических обстоятельств или так называемых юридических фактов, порождающих правоохранительные отношения»<sup>8</sup>. Комиссия международного права ООН выделяет следующие составные элементы фактических оснований ответственности: «Международно-противоправное деяние государства налицо в том случае, когда а) какое-либо поведение, заключающееся в действии или бездействии, может, согласно международному праву, присваиваться государству и б) такое поведение представляет собой нарушение международного обязательства этого государства»<sup>9</sup>. Таким образом, вопрос о том, является ли конкретное деяние государства фактическим основанием ответственности, зависит от наличия в нем необходимых признаков правонарушения.

Процессуальные основания ответственности – это собственно сама процедура установления оснований международно-правовой ответственности и привлечения субъекта международного права к ответственности: «необходимо, чтобы компетентный орган (государство, международная организация, судья) констатировал, что конкретные факты являются абстрактно определенными»<sup>10</sup>. Подобная процедура может быть установлена в международно-правовом акте или же может определяться по усмотрению органов, применяющих меры ответственности.

Государство представляет собой абстрактную правовую категорию, поэтому прин-

<sup>4</sup> См., например: Русецкий А.Е. Понятие и основания международно-правовой ответственности.

<sup>5</sup> Игнатенко Г.В., Тиунов О.И. Международное право. М., 1999. С. 340.

<sup>6</sup> Русецкий А.Е. Понятие и основания международно-правовой ответственности.

<sup>7</sup> Решетов Ю.А. Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности. М., 1983. С. 84.

<sup>8</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1982. С. 173.

<sup>9</sup> Доклад Комиссии международного права ООН. Нью-Йорк, 2001. Ст. 3 «Элементы международно-противоправного деяния». URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf)

<sup>10</sup> Игнатенко Г.В., Тиунов О.И. Международное право. С. 340.

ципиально важным моментом является определение круга внутригосударственных субъектов, несущих ответственность. В первую очередь, это, конечно, государственные органы: «Поведение любого органа государства, имеющего такой статус согласно внутреннему праву этого государства, рассматривается согласно международному праву и при условии, что в данном случае указанный орган действовал в качестве такового, как деяние этого государства». Статус того или иного государственного органа определяется национальным законодательством. Однако в любом случае «государство ответственно за свои органы, только за свои органы и за все свои органы»<sup>11</sup>. Из-за данной неразрывной связи государства, его органов и его должностных лиц можно констатировать несовпадение субъекта правонарушения и субъекта ответственности, что и составляет специфику права международной ответственности государств. Важным и дискуссионным среди юристов-международников также остается вопрос о вине как составляющей международного правонарушения, совершае-

мого государством. В доктрине международного права проблема вины государства всегда вызвала острые дискуссии, так как она тесно связана с вопросами суверенитета государства. Согласно проекту статей об ответственности государств, Комиссия международного права ООН не включила в проект статей элемент вины государства как необходимый признак правонарушения.

Таким образом, можно констатировать, что основания международно-правовой ответственности государств, как и практически все аспекты, связанные с темой ответственности в международном праве, является весьма спорной темой, в которой существуют терминологические разногласия и даже расхождения в более существенных моментах, например в количестве выделяемых оснований ответственности. Только дальнейшие усилия по кодификации и разработке данной темы могут помочь этой важнейшей сфере современного международного права прогрессивно развиваться в дальнейшем и положительно влиять на всю систему международных отношений.

---

<sup>11</sup> Аречага Э.Х. Современное международное право. М., 1983. С. 416.

## МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ПРОПРИЕТАРНОГО ЦИФРОВОГО КОНТЕНТА (ПЦК): ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

ЧИБИСОВ Дмитрий Михайлович

**Аннотация:** статья посвящена анализу международно-правового регулирования проприетарного цифрового контента (ПЦК). Автор раскрывает особенности охраны ПЦК в рамках Всемирной торговой организации и Торгового соглашения по противодействию пиратству (АСТА). Предлагается разрешить использовать пиратский ПЦК гражданами развивающихся государств. Акцентируется внимание на второстепенности прав автора ПЦК на вознаграждение, относительно права человека на образование.

**Annotation:** the article analyzes the protection of proprietary digital content (PDC) in the international intellectual property law. Particular features of PDC protection under the World Trade Organization and Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) are elaborated. It is argued that pirated PDC shall be legally used at least by citizens from developing countries. Hence, the author argues the supremacy of the right on education, in comparison to the right on remuneration of IP rights owner in regard to PDC.

**Ключевые слова:** охрана проприетарного цифрового контента в сети Интернет, ПЦК и ВТО, право на «пиратские» цифровые материалы.

**Key words:** protection of the proprietary digital content in the Internet, PDC and WTO, right to have "pirated" digital materials.

**Постановка проблемы.** С момента учреждения Всемирной торговой организации (далее – ВТО) в 1995 году и подписания Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее – ТРИПС), коммерческая модель охраны прав интеллектуальной собственности (далее – ИС) получила свое окончательное закрепление. Это способствовало активизации международно-правовой охраны всевозможных механизмов, моделей, цифровых кодов и даже генома человека. В результате новой научно-технической революции в сфере биотехнологий (имеется ввиду расшифровка генома человека, животных, а также последующая коммерциализация этих знаний)<sup>1</sup> и ЭВМ, международное право интеллектуальной собственности (далее – МПИС) проявило свои новые тенденции, окончательно устоявшиеся уже к началу XXI века.

И хотя «конституционной» основой МПИС считается именно ТРИПС, вопросы охраны проприетарного цифрового контента (далее – ПЦК) и биотехнологий остались вне исчерпывающего правового регулирования. Соглашение ТРИПС просто предоставляет цифровым программам режим охраны, идентичный режиму охраны литературных произведе-

ний. Но сама тенденция развития МПИС очевидна – право ужесточается и переносит национальные нормы охраны на международный уровень. Происходит то, что некогда произошло с правами человека – передача внутреннего суверенитета государства в вопросах урегулирования охраны прав ИС международным организациям. Эта некогда частноправовая сфера приобретает международный публичный характер, становится неотъемлемой частью международной торговой кооперации<sup>2</sup>.

**Объектом исследования** являются общественные отношения, возникающие в связи с международно-правовой охраной ПЦК. **Предметом исследования** являются конкретные нормы, положения и основополагающие идеи соглашений ТРИПС и АСТА<sup>3</sup>, способные повлиять на изменение формата взаимоотношений прав человека, раскрыть вытекающие проблемы и предсказать дальнейшее развитие правовой сферы в этих областях.

**Цель статьи заключается:** 1) в попытке анализа тенденций развития международного права интеллектуальной собственности на предмет его соответствия принципам, закрепленным в преамбуле к соглашению ТРИПС;

<sup>1</sup> Следует указать, что в период с 1981 по 1995 г. было запатентовано 1 175 генетических кодов человека.

<sup>2</sup> Фаминский И.П. Глобализация – новое качество мировой экономики : учеб. пособие. М. : Магистр : ИНФРА-М, 2010. С. 65.

<sup>3</sup> От англ. Anti-Counterfeiting Trade Agreement.

2) в выявлении тенденции развития права ВТО относительно охраны ПЦК.

*Степень научной разработанности проблемы.* В украинском и российском научном сообществе вопрос противопоставления права человека на проприетарный цифровой контент, с одной стороны, и права владельца последнего на получение вознаграждения, с другой, в контексте развития МПИС практически не исследовались ранее. В то же время отдельные теоретические вопросы рассматривались следующими учеными: М. Генст, И.И. Дюмулен, А.В. Данильцева, С.В. Иванова, И.И. Лукашук, С. Финк и В.М. Шумилов.

*Изложение основных положений.* Под «проприетарным цифровым контентом» мы понимаем лицензионное программное обеспечение, аудио-видео, текстовые материалы, а также другие электронно-информационные материалы, охраняемые преимущественно нормами права ВТО и в частности ТРИПС. Под соглашением АСТА подразумевается «Торговое соглашение по противодействию пиратству» (от англ. Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Соглашение АСТА разрабатывается с 2006 года США и Японией. В январе 2012 года оно было подписано большинством стран Евросоюза. И хотя окончательного утверждения Европарламентом оно не получило, Соглашение демонстрирует направление развития международно-правовой охраны прав ИС, его постепенное ужесточение и переход от национального регулирования к международному.

По некоторым данным, общий объем мировой торговли лицензиями составляет более 100 млрд долларов в год, в то время как еще 50 лет назад эта цифра колебалась в пределах 600 млн долларов<sup>4</sup>. В связи с этим, нам представляется, что такие темпы развития международно-правового регулирования ПЦК и биотехнологий могут спровоцировать появление «Международного права лицензий». Впрочем, при таком развитии событий, баланс прав и интересов изобретателей и потребителей интеллектуальных продуктов не пропорционален. Бремя доказывания своих прав на свободную информацию, бесплатное образование и медицину все более ложится на потребителя. А ТРИПС, пускай даже с учетом принципов «Доховской декларации» от 2001 года, «проти-

воречит правам человека – праву населения пользоваться плодами научного прогресса... праву на доступные лекарственные препараты»<sup>5</sup>.

Как сказал профессор права Колумбийского университета, известный индийский исследователь Ягдиш Бхагвати<sup>6</sup>, охрана прав интеллектуальной собственности для развивающихся государств мира является «обычным налогом на сферу образования, препятствует передаче им передовых технологий». Далее Ягдиш пишет, что «благодаря сильному коммерческому лобби, мы сделали ВТО неким международным органом по сбору роялти»<sup>7</sup>. И действительно, если посмотреть на ситуацию с точки зрения развивающихся государств, да и вообще в логическом ракурсе проследить его развитие, учесть цели, принципы, заложенные в преамбуле к документам ВТО и ВОИС, то выйдет, что права ИС должны быть максимально лимитированы, но не наоборот.

Так, в Преамбуле к соглашению ТРИПС указывается, что охрана и контроль за соблюдением прав ИС «должны содействовать техническому прогрессу, передаче и распространению технологии к взаимной выгоде производителей и пользователей (технологических знаний – Д.Ч.), таким образом, чтобы способствовать социальному и экономическому благосостоянию, а также балансу прав и обязанностей». Исходя из этого, базовым принципом ТРИПС является сохранение баланса прав и обязанностей, то есть возможность использовать результаты интеллектуальной деятельности даже тогда, когда на это не дает свое согласие их собственник. Впрочем, такое использование не должно приводить к необоснованному материальному ущербу последнего, а, скорее, являться необходимым нарушением одних прав в целях соблюдения других.

Изложенные в Преамбуле принципы абсолютно логичны и справедливы. В какой-то мере они подтверждают тезис о том, что права интеллектуальной собственности не могут принадлежать кому-то одному – это общее достояние человечества. И хотя право интеллектуальной собственности основывается на предположении, что автор (изобретатель, соз-

<sup>4</sup> См.: Фаминский И.П. Глобализация – новое качество мировой экономики. С. 65.

<sup>5</sup> Sexton S. Trading health care away? GATS, public services and privatization, South Bulletin, No. 15, South Centre, 07 2001.

<sup>6</sup> The Financial Times, February 14, 2001. Jagdish Bhagwati Letter to FT editor on IPP. С. 1.

<sup>7</sup> Там же.

датель, исполнитель) «создает что-то из ничего»<sup>8</sup>, а потому и права на результат интеллектуальной работы принадлежат именно ему, текст Преамбулы сомнительно трактует такое предположение. Ведь автор не создает «ничто» из ничего: человек всегда использует чужие идеи или материальные достижения, чтобы создать свое собственное их «отражение». Например, чтобы создать собственную композицию, композитор комбинирует музыкальные аккорды (которые он слышал раньше) и использует ноты (которые придумал не он)<sup>9</sup>. Юристы превращают и адаптируют старые аргументы для того, чтобы использовать их в новых, изменившихся условиях<sup>10</sup>. Следовательно, логичным является предположение, что никто никогда не мог сделать ничего из ничего<sup>11</sup>. Более того, получается, что отдельные разработки и изобретения позволяют и провоцируют появление других, которые в той или иной степени основаны на них<sup>12</sup>.

Примером тому может служить открытие пятнадцатилетнего американского школьника по имени Джек Андрак. Он изобрел тест, помогающий диагностировать рак в 168 раз быстрее, чем любой другой известный тест. Изобретатель утверждает, что без поисковой системы "Google" и специализированных медицинских статей, которые он читал в сети Интернет, он не смог бы выполнить эту задачу. Возникает риторический вопрос: а сколько таких изобретений можно было бы получить, если бы граждане развивающихся стран (бедные страны мира) бесплатно получили свободный доступ к проприетарному цифровому контенту? Как сказал когда-то Дж. Б. Шоу, «Если у тебя есть яблоко и у меня есть яблоко и мы обменяемся ими, то у тебя и у меня все равно будет по яблоку. Однако если у тебя есть идея и у меня есть идея и мы обменяемся идеями, то уже каждый из нас будет иметь по две идеи»<sup>13</sup>.

Со вступлением Украины в ВТО в 2008 году (а России в 2012 году) государство обязалось ввести на своей территории обязательные стандарты охраны прав ИС, закрепленные в соглашении ТРИПС. Впрочем, нам представ-

ляется, что Украина нарушает свои обязательства, что уже в ближайшие годы послужит причиной начала ряда разбирательств на уровне ВТО. И хотя имплементационный период по ТРИПС не был установлен вообще, отсутствие заявлений к Украине можно объяснить лишь обычной «льготной практикой», предоставляемой новым членам организации. Однако сомнения в том, что в ближайшие годы более развитые партнеры по ВТО предпримут ряд процессуальных действий против Украины, отсутствуют. Возможно, что сам факт возбуждения почти одной тысячи уголовных дел в Украине в 2011 году, связанных с нарушением прав интеллектуальной собственности, является предвестником наступающих изменений.

Соглашение ТРИПС обязывает членом ВТО обеспечить уголовные процедуры и штрафы (по крайней мере в случаях намеренной фальсификации товарного знака или нарушения авторских прав в коммерческих масштабах). Впервые устанавливаются единые стандарты национальной системы охраны прав ИС. По мнению профессора В.М. Шумилова, ТРИПС представляет собой «первый и единственный многосторонний договор», регулирующий все важнейшие аспекты ИС и придает этому сектору правовой режим «минимальной международной защиты»<sup>14</sup>. Соглашение устанавливает «многосторонние рамки», правила и принципы борьбы с контрафактной продукцией<sup>15</sup>.

Впрочем, основная идея ТРИПС состоит в том, что права ИС должны стать предметом правомерной охраны, однако, такая охрана не должна мешать международной торговле<sup>16</sup>. Иначе говоря, главной целью ТРИПС является обеспечение того, чтобы национальные меры по охране права ИС не стали барьерами для международной торговли, но «гармонично и сбалансированно» объединили интерес правообладателя с интересом коммерсанта и потребителя в современных условиях<sup>17</sup>.

И если современная система международной охраны прав ИС подвергается обоснованной критике<sup>18</sup>, то в свете принятия соглашения АСТА, которая призвана противодействовать даже не-

<sup>8</sup> Чибисов Д.М. Правові та морально-етичні засади охорони пропріетарного цифрового контенту в рамках угод АСТА і ТРИПС // Митна справа. 2012. № 5. С. 92.

<sup>9</sup> Там же.

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> См.: Journal "IPost-2010". С. 18.

<sup>13</sup> См.: Чибисов Д.М. Правові та морально-етичні засади охорони пропріетарного цифрового контенту в рамках угод АСТА і ТРИПС. С. 92.

<sup>14</sup> Шумилов В.М. Всемирная торговая организация. Право и система : учеб. пособие. М. : ВАВТ, 2011. С. 131.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> Данильцев А.В. Основы торговой политики и правила ВТО. М. : Междунар. отношения, 2006. С. 38.

<sup>18</sup> Там же. С. 326.

значительными нарушениями прав ИС – существующая система будет окончательно дискредитирована, а дисбаланс прав и обязанностей участников правоотношений станет критическим.

Несмотря на то, что стандарты охраны прав ИС закреплены в ТРИПС и являются «конституционной» основой современной системы торговли в рамках ВТО, однако, механизма интерактивного реагирования и блокировки пиратского контента в цифровой среде (Интернет и другие сети) оно не содержит. Именно это и заставило развитые страны разработать и принять соглашение АСТА. Оно призвано устранить эту проблему, обязывая государств-подписантов изымать и уничтожать не только контрафактные товары, перевозимые в промышленных масштабах и коммерческих целях через их таможенную территорию, но и проприетарный цифровой контент, хранящийся в сети Интернет или перевозимый частными лицами через границу в своих ноутбуках, цифровых фотоаппаратах и других подобных устройствах.

Однако, исходя из такой логики иностранных законодателей, свобода доступа к пиратской продукции и свободный ток информации посредством сети Интернет не является основополагающим правом человека, а лишь занимает второстепенное по отношению к авторским правам место. Более того, исходя из санкций указанных документов, покупка пиратской продукции приравнивается к грабежу, краже и разбойному нападению. Однако это представляется несправедливым, а также вступает в противоречие с мнением украинских и иностранных правоведов, в частности украинского омбудсмана Н. Карпачевой и профессора права Оттавского университета М. Геиста – признанного специалиста в области электронной коммерции и основного докладчика перед Европарламентом относительно соглашения АСТА. Последний последовательно выступает за сбалансированную охрану прав ИС и прекращение правового «радикализма». В свою очередь Нина Карпачева заявляет, что «отнюдь не ставя под сомнение необходимость защиты авторского права, хочу отметить, что в условиях распространенной бедности, такой ресурс (ЕХ.УА – Д.С.) для сотен тысяч граждан остается едва ли не единственной формой доступа к культурным ценностям человечества»<sup>19</sup>.

Сравнивая эволюцию взглядов на правовое регулирование информационной сферы и сферы высокотехнологичной продукции, невозможно не заметить, что под эгидой ВТО был найден определенный баланс между интересами производителей и потребителей товаров с интеллектуальной составляющей. Данный компромисс был закреплен в Преамбуле к соглашению ТРИПС, в ряде его статей, а также в Декларации государств-членов ВТО от 2001 года. Соглашение ТРИПС определяет, что государство-член ВТО должно сделать доступными для владельцев прав ИС судебные процедуры указанные в ТРИПС. Судебные органы имеют право потребовать от стороны прекратить нарушение прав ИС *inter alia*, прекратить поставку товаров, ввозимых с нарушениями.

Исходя из этого, базовый принцип ТРИПС – сохранение баланса прав и обязанностей, то есть возможность использовать результаты интеллектуальной деятельности даже тогда, когда на это не дает свое согласие владелец, хотя такое использование не должно приводить к необоснованному материальному ущербу последнего, а, скорее, быть необходимым нарушением одних прав с целью соблюдения других.

Учитывая изложенное, предлагается считать, что принцип верховенства права человека на здоровье (реализуемое путем его доступа к лекарственным препаратам, что было подтверждено в Декларации стран-членов ВТО от 2001 года) должен служить примером того, как нужно трактовать право человека на образование, которое в современных условиях реализуется посредством доступа к ПЦК. Таким образом, с момента пересмотра приоритетности права на здоровье, перед правом на материальное вознаграждение прошло одиннадцать лет, однако, уже другое противостояние прав появилось на международной арене: право на охраняемый (проприетарный) цифровой контент против права на образование, работу и даже общение благодаря использованию пиратских копий ПЦК. Представляется сомнительным возможность современного человека получить образование, не пользуясь компьютером и Интернетом. И если стоимость отдельных компьютеров составляет порядка 2 000 гривен (8 000 рублей), то стоимость операционных систем «Windows» зачастую превышает сотни долларов, что делает невозможным практическую реализацию идей Преамбулы ТРИПС, а также Преамбулы АСТА.

<sup>19</sup> Карпачева Н. Ех.уа – единственный доступ украинцев к культурным ценностям» (от 07.02.2012). URL: [http://gazeta.ua/ru/articles/politics/\\_karpacheva-ex-ua-edinstvennyj-dostup-ukraincev-k-kulturnym-cennostyam/421623](http://gazeta.ua/ru/articles/politics/_karpacheva-ex-ua-edinstvennyj-dostup-ukraincev-k-kulturnym-cennostyam/421623)

В случае принятия, АСТА обязывает государство возложить ответственность (а значит и контролирующую функцию) за переданные и/или получаемые их гражданами нелегальные цифровые продукты, на Интернет провайдеров. Последние фактически станут «полицейскими» крупных транснациональных корпораций, таких как «Майкрософт» или «Адоб» (ст. 27 п. 1, п. 4). Вспомним, что именно по заявлениям этих компаний было открыто уголовное дело против ЕХ.УА. И хотя такие государства, как Украина и Россия, не принимали участие в разработке текста соглашения АСТА, однако, будут подталкиваться развитыми государствами подписать его или иные, аналогичные по смыслу, соглашения<sup>20</sup>.

В институциональном плане соглашение АСТА имеет черты ориентированной на практику международной правоохранительной организации. Так, в ст. 36 закрепляется необходимость создания межправительственной организации – Комитета АСТА. Наряду с ВТО, ВОИС и ООН, Комитет будет реализовывать международно-правовую охрану прав ИС. Однако, учитывая нормы соглашения, целесообразно отметить, что Комитет АСТА будет иметь более эффективные рычаги практического влияния. Комитет АСТА не только будет заниматься имплементацией принципов борьбы с контрафактной продукцией, но и будет иметь право интерпретировать нормы соглашения, а также создавать рекомендации по его имплементации. Например, секция 3 АСТА устанавливает пограничные средства борьбы с контрафактом, указывая, что на границе таможенные органы государств могут действовать соответственно их «инициативе» или же по заявлению владельца прав ИС.

В соглашении АСТА указывается, что таможенные органы государств «должны» проверять товары, пересекающие их таможенную территорию, даже в незначительном количестве по заключенным договорам купли-продажи (в коммерческих целях) и «могут» проверять товары, перевозимые в незначительном количестве частными лицами. Следует обратить внимание, что особенностью АСТА является именно эта норма, указывающая, что таможенные органы имеют право проверять электронную технику, которая является частной собственностью частного лица, пересекающего та-

моженную границу (ст. 14). В ст. 23 предусмотрено, что государство должно обеспечить «как минимум» уголовную ответственность за «умышленную подделку торговых марок или противоправное копирование произведений или иное пиратство, совершенное в коммерческих масштабах». Вместе с тем, документ не раскрывает значение словосочетания «коммерческий масштаб», что обоснованно вызывает вопросы: в одном государстве это может быть 10 000 книг или дисков, а в США будет достаточно и десяти таких товаров. Предполагается, что именно Комитет АСТА будет заниматься толкованием таких норм. Хотя этот вопрос остался вне четкого регулирования.

Логично предположить, что владелец патента заинтересован в наибольшем ограничении прав третьих лиц относительно своего изобретения или секрета производства, формулы. Именно поэтому лицензионное соглашение, в большинстве случаев, предусматривает положение о том, что производимый на основе лицензии продукт не должен распространяться в «такой-то» способ или в «таком-то» географическом регионе<sup>21</sup>. Но даже при таких суровых ограничениях, накладываемых на лицензиата, лицензионные соглашения носят возмездный характер, что предполагает возможность несправедливой спекуляции и монополизации изобретения<sup>22</sup>.

*Выводы.* Права интеллектуальной собственности очень важны для защиты нововведений не только в биотехнологии или ПЦК, но и других научных разработках. В то же время современные средства охраны интеллектуального труда, реализованные в правовой форме патента, могут серьезно ограничивать распространение инновационных продуктов, препятствуя наименее развитым государствам, а следовательно, и наиболее бедным индивидам потреблять, казалось бы, обычные для западного общества блага. Так, мы предполагаем, что права ИС не только препятствуют научно-исследовательским работам, однако, и свободному току информации, тормозя дальнейшие разработки и международную кооперацию государств по наиболее критичным вопросам.

Таким образом, современное МПИС имеет тенденцию к расширению объектов международно-правовой охраны, перенося национальное регулирование данных вопросов на

<sup>20</sup> Geist M. Assessing ACTA: My Appearance Before the European Parliament INTA Workshop on ACTA, Thursday March 01, 2012. URL: <http://www.michaelgeist.ca>

<sup>21</sup> См.: Фаминский И.П. Глобализация – новое качество мировой экономики. С. 71.

<sup>22</sup> Там же.

международную арену. В первую очередь это касается международно-правовой охраны ПЦК и биотехнологий. Человек не только не вправе самостоятельно распоряжаться информацией о своем генетическом коде (так как последний уже запатентован и имеет свое цифровое «отражение»), но и не имеет права свободно использовать проприетарный цифровой контент. Исключений не предусмотрено. На наш взгляд, эта ситуация в корне неправильная.

В то же время ООН и даже ВТО лишь частично могут влиять на происходящее, так как развитые государства находят возможности для обхода существующих преференций, предоставляемых наиболее бедным государствам мира. Учитывая это, предлагается считать, что владение пиратским ПЦК гражданами развивающихся государств не должно приравниваться к тяжким насильственным преступлениям, но должно быть признано важнейшим средством осуществления гражданского контроля над государством, неотъ-

емлемым правом человека на информацию, основным средством ее распространения, необходимым «инструментом» каждого современного человека.

*Предложения по дальнейшему исследованию проблемы.* Во вступительной части статьи не случайно упоминались биотехнологии. Дело в том, что режим охраны ПЦК очень близок к режиму охраны биотехнологий, что делает эти две сферы особо интересными для научного исследования. Также необходимо обратить внимание на побочные действия «жестких» международных документов, а именно: цензуры в сфере политической и научной информации (в первую очередь, то, что касается сферы образования и биотехнологий). В то же время с сожалением приходится констатировать невозможность введения запрета на распространение порно- и эротического контента в сети Интернет, так как последний является лишь «товаром», право рекламировать который незыблемо для западного общества.

## ПРОВЕДЕНИЕ ДИАГНОСТИКИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ РЕСПУБЛИКИ ТАТАРСТАН В ВОПРОСАХ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ В СФЕРЕ ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ РЕСПУБЛИКИ ТАТАРСТАН

**ЗИННАТУЛЛИН Нияз Зуфарович**

**Аннотация:** статья посвящена проблемам коррупции в сфере высшего профессионального образования с точки зрения вопросов диагностики деятельности органов исполнительной власти Республики Татарстан (далее – РТ) в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования.

**Annotation:** article is devoted to corruption problems in the higher education sphere from the point of view of questions of diagnostics of activity of executive authorities of RT in questions of counteraction of corruption in the sphere of the highest professional education.

**Ключевые слова:** образование, диагностика, противодействие, коррупция, регламент.

**Key words:** education, diagnostics, counteraction, corruption, regulations.

Распространенным социальным явлением, с которым общество пытается бороться уже не первый год, является коррупция. Первые упоминания можно встретить в клинописях Древнего Вавилона. Как следует из расшифрованных текстов, относящихся к середине третьего тысячелетия до н.э., уже тогда перед шумерским царем Урукагином весьма остро стояла проблема пресечения злоупотреблений судей и чиновников, вымогавших незаконные вознаграждения<sup>1</sup>. Согласно Геродоту, персидский царь Камбис (600–559 год до н.э.) казнил одного подкупленного судью и велел покрыть снятой с него кожей судейское кресло в назидание другим лицам, которые займут этот пост<sup>2</sup>. С аналогичными вопросами сталкивались и правители Древнего Египта. Документы, обнаруженные в процессе археологических исследований, свидетельствуют о массовых проявлениях коррупции в Иерусалиме в период после вавилонского пленения евреев в 597–538 годах до н.э.

Коррупция (лат. *corruptio* – разложение) отражает морально-этический облик общества. Действительно, разлагая политическую стабильность, дезорганизуя и подрывая функционирование государственной власти, коррупция глубокой проблемой засела в российскую действительность.

В коррупции как социальном явлении всегда просматривается этическая и юридическая

стороны. В аспекте этическом коррупция всегда связана с деморализацией публичной власти и вытекающим из этого отношением общества к власти. С юридической точки зрения, коррупция означает в первую очередь нелегальность определенных форм поведения, например влияние противоправными методами на принятие решений органов публичной власти (как коллегиально, так и единолично)<sup>3</sup>.

Социальное зло – коррупция пронизывает практически все сферы жизнедеятельности общества, в частности сферу высшего профессионального образования. Можно отметить, что система высшего профессионального образования в России в свете сегодняшних постоянных реформ функционирует неэффективно, что негативно отражается на профессионализме специалистов, выпускающихся из вузов. Во многом одной из причин такого состояния дел заключается в распространении количества коммерческих вузов, а следом за ними и вереницы коррупционных потоков.

Состояние дел в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования следует изучать с точки зрения диагностики деятельности органов исполнительной власти РТ.

Постановлением Кабинета Министров Республики Татарстан от 18 августа 2011 года № 687

<sup>1</sup> Большая советская энциклопедия. М., 1977. Т. 27. С. 94.

<sup>2</sup> Уголовное право. Особенная часть / под ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова, Г.П. Новоселова. М., 1998. С. 606.

<sup>3</sup> Уголовное законодательство зарубежных государств в борьбе с коррупцией / Ин-т законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; авт. коллектив: И.С. Власов, Н.А. Голованова, С.П. Кубанцев; под ред. И.С. Власова. М.: Эксмо, 2009. С. 5–6.

во исполнение ст. 9 Закона Республики Татарстан «О противодействии коррупции в Республике Татарстан» и в соответствии с распоряжением Кабинета Министров Республики Татарстан от 8 апреля 2011 года № 489-р о создании рабочей группы по разработке проекта республиканской антикоррупционной программы разработана комплексная республиканская антикоррупционная программа на 2012–2014 годы.

Программа концептуально связана с системой мер противодействия коррупции, реализуемых на федеральном уровне, и создает предпосылки использования программно-целевого метода в организации антикоррупционной работы на ведомственном и муниципальном уровнях.

Для проведения диагностики органов исполнительной власти в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования РТ необходимо указать предмет исследования, под которым понимается деятельность субъектов осуществления антикоррупционной политики в масштабе республики.

Объектом диагностики является Республика Татарстан и деятельность органов исполнительной власти, деятельность высших учебных заведений государственного и коммерческого характера на ее территории в плане осуществления мониторинга в масштабе Республики.

Диагностика органов исполнительной власти в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования должна основываться на основных и дополнительных показателях. Показатели результативности являются основными механизмами определения направлений политики и целенаправленного воздействия на процесс реализации политики.

Тем самым, корректность формулировки показателей и их целевых значений является одной из основных задач управления антикоррупционной политики.

Критерии оценки степени коррупционности факторов: основные и дополнительные.

Дополнительные критерии оценки применительно к каждому типу факторов (если не использовались в качестве основных):

– вид НПА и характер регулируемых общественных отношений;

– масштаб распространенности регулируемых отношений – в пределах территории

субъекта Федерации, муниципального образования, административно-территориального образования;

– правовой статус должностных лиц, чьи полномочия, права и обязанности определены в НПА;

– данные опросов населения о степени коррупционности отношений, регулируемых НПА;

– материалы административной и судебной практики о коррупционных действиях в данной сфере.

Предлагается наилучшим проведение диагностики по критериям разграничения:

1. По оценке эффективности и оптимальности деятельности органов исполнительной власти РТ в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования.

В целях реализации положений Федерального закона от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»<sup>4</sup> Указом Президента РФ от 28 июня 2007 года № 825 «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации»<sup>5</sup> был принят перечень показателей для оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Несмотря на направленную работу государства в вопросах борьбы с коррупцией, в перечне показателей для оценки эффективности деятельности органов власти почему-то не оказалось уровня коррупционных проявлений в обществе.

Однако, если эффективность ориентирована на достижение результата, оценивается содержание последствий. Нам представляется необходимым рассмотреть критерии оптимальности применительно к образовательной сфере. Проблема оптимальности в науке еще не разработана, однако, соглашаемся с Д.Я. Ягофаровым, что «практически все исследователи

<sup>4</sup> Федеральный закон от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ (ред. от 21 ноября 2011 года) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Рос. газ. 1999. № 206.

<sup>5</sup> Указ Президента РФ от 28 июня 2007 года № 825 (ред. от 13 мая 2010 года) «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 27. Ст. 3256.

так или иначе касаются темы оптимальности»<sup>6</sup>. Оценка оптимальности деятельности органов исполнительной власти РФ в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования должна обращать внимание именно на средства и способы достижения цели, их содержание, на состояние всей системы образования, которое бы обеспечивало максимально полное и всестороннее достижение поставленных целей. Другими словами, если оценка эффективности делает акцент на методы обобщающих статистических показателей, то оценка оптимальности должна включать в себя средства и способы осуществления намеченных целей.

Мероприятия по определению результатов работы органов исполнительной власти целесообразно проводить по плану, а оценки показателей эффективности рекомендуется формировать на основе анализа отчетов о выполнении планов и показателей органов исполнительной власти субъекта Федерации за прошедший календарный год, сформированных на базе реализованных мероприятий Программы социально-экономического развития субъекта Федерации на ближайшую и отдаленную перспективы, иных целевых программ, планов, стратегий (сфер, областей) государственного управления в субъекте Федерации. Анализуются также и планы и показатели структурных подразделений в сфере регулирования высшего профессионального образования.

В случае выявления отрицательных результатов должна создаваться рабочая группа по выявлению причин, не позволяющих достигать хороших результатов.

Причины, влияющие на показатели деятельности органов исполнительной власти в сфере высшего профессионального образования, могут быть различными:

- система и структура органов в рассматриваемой сфере, объем их полномочий не соответствует предъявляемым требованиям законодательства;

- коррупционные связи в отдельных структурных подразделениях.

В руках юриспруденции два способа противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования:

- 1) содействие органам законодательной власти в подготовке и своевременном принятии антикоррупционных нормативных правовых актов (в том числе проведение антикоррупционной экспертизы их проектов);

- 2) содействие органам исполнительной власти в надлежащем применении и соблюдении законодательных и иных действующих нормативных правовых актов, в практической реализации их антикоррупционной направленности<sup>7</sup>.

Диагностика деятельности органов исполнительной власти субъектов Федерации осуществляется в несколько этапов, включающих такие мероприятия, как:

- изучение состояния дел в исполнительной власти с целью определения результатов их практической деятельности;

- выявление (устранение) причин возникновения негативных явлений (если таковые имеются), не позволяющих органам исполнительной власти достигать высоких показателей своей деятельности;

- выработка подходов и вариантов решения проблем, существующих в государственном управлении субъекта Федерации с целью существенного повышения его эффективности;

- корректирование законодательства субъекта Федерации, устанавливающего систему и структуру, правовой статус и компетенцию органов исполнительной власти с целью обеспечения надлежащего управления в субъекте Федерации и стабильно высоких показателей деятельности.

Сопряжение образования с ценностно-культурными основами развития общества, его общечеловеческих и ментальных оснований не может быть делом одной личности или социальной группы, но может и должно стать функцией государства, его продуманной образовательной политики. В настоящее время это становится актуальной задачей всех государств независимо от характера их общественно-политического устройства.

2. Диагностика установленных требований к форме и содержанию, а также порядку принятия правовых актов, закрепляющих административные процедуры по противодействию коррупции.

Зачастую принятые акты в сфере противодействия коррупции в сфере образования не несут в себе никакой смысловой нагрузки.

<sup>6</sup> Ягофаров Д.Я. Критерии оптимизации образовательного нормотворчества // Законодательство в сфере образования: обеспечение частных и публичных интересов : материалы науч.-практ. конф. Москва, 11 апреля 2007 г. М. : Юриспруденция, 2007. С. 132–133.

<sup>7</sup> Уголовное законодательство зарубежных государств в борьбе с коррупцией. С. 8–9.

Связано это в первую очередь с бланкетностью принимаемых норм и отсутствием механизма их реализации на практике.

Механизм реализации власти в сфере высшего профессионального образования РФ должен отличаться определенным механизмом, одним из средств которого выступают административно-правовые процедуры, нуждающиеся в понятном и четком законодательном закреплении.

Одним из стимулирующих средств в сфере противодействия коррупции на сегодняшний день является принятие административных регламентов. К административным регламентам в системе исполнительной власти необходимо подходить как к выработке обеспечительных правовых средств и институтов, которые позволят улучшить процесс публичного управления в нашей стране<sup>8</sup>. Административные регламенты призваны решить целый ряд задач: повысить управляемость в органах власти, усилить контроль за их деятельностью со стороны общества, сформулировать исчерпывающие требования к решениям и содержанию работ государственных служащих, снизить административное усмотрение и коррупционный потенциал управленческих решений<sup>9</sup>.

### 3. Нравственно-этическая диагностика.

В рамках нравственного отношения представителей органов исполнительной власти, чиновников в сфере образования раскрываются духовные качества, правила поведения, которыми они руководствуются, определяемые внутренними установками.

Этическая диагностика должна складываться из нескольких составляющих:

- отношение к людям, участвующим в коррупционных связях;
- отношение к коррупции с точки зрения своих жизненных установок.

На современном этапе, к сожалению, не только в образовании, но и в других социальных сферах, государственные чиновники, люди, непосредственно участвующие в реализации государственных программ, забыли главный этический принцип во взаимоотношениях

человека с другими людьми – это сострадание. Причинение страданий ради эгоистичного удовлетворения собственных амбиций, порочной прихоти жить на широкую ногу несовместимо с истинными качествами, которые должны быть присущи органам власти.

В сфере борьбы с коррупцией речь чаще всего идет о применении санкций уголовно-правового, административного, дисциплинарного порядка. Однако этически верное решение для представителя органа исполнительной власти – возможность искоренить коррупцию через активную созидательную деятельность по изменению себя самого. Речь идет о полной этической самокоррекции человека, который методом осмысления уничтожает в себе высокомерие, эгоизм, желание наживы и т.д.

Коррупция является одним из наиболее опасных факторов в общественной жизни, деструктивно влияющих на состояние не только национальной безопасности государства в целом, но и всех ее составных частей. Основная опасность коррупции как антигосударственного и общественно опасного явления заключается в ее разрушительном воздействии на основы государственного устройства и конституционные основы правового регулирования жизни общества. Прежде всего, это обусловлено тем, что деятельность коррумпированных государственных чиновников направлена на получение различного рода личных или узкокорпоративных благ (в основном материальных), а не на обеспечение устойчивого и эффективного развития государственного устройства. Подобное положение дел ведет к снижению эффективности права и функционирования государства, напрямую противодействует его интересам в различных сферах деятельности, а в ряде случаев создает непосредственную угрозу безопасности граждан, общества, государства. Особую опасность коррупционные процессы представляют в политической, правовой, социальной и экономической сферах общественной жизни<sup>10</sup>.

В настоящее время коррупция в России однозначно представляет собой большую социальную угрозу и является одним из наиболее серьезных условий, препятствующих эффективному развитию Российского государства.

<sup>8</sup> Старилов Ю.Н. Исполнительная власть в структуре современного административно-правового регулирования: проблемы и основные направления разрешения // История становления и современное состояние исполнительной власти в России. М., 2003. С. 85.

<sup>9</sup> Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку. М.: Статут, 2011. С. 104.

<sup>10</sup> Сатаев А.Ф. Взятничество: вчера и сегодня // Наследие юридической науки и современность: материалы заседаний V Международ. шк.-практикума молодых ученых-юристов (Москва, 26–28 мая 2010 г.) / отв. ред. В.И. Лафитский. М.: Юриспруденция, 2011. С. 329.

Таким образом, представляется целесообразным проведение ряда мероприятий в вопросах противодействия коррупции в сфере высшего профессионального образования:

1. Непосредственный диалог власти с гражданским обществом в вопросах противодействия коррупции. Создание региональных комиссий, выработка правовых актов, положений и обязательно – механизма их реализации.

2. Проведение мониторинга «слабых» мест, в которых были выявлены нарушения законодательства, низкие показатели деятельности.

3. Проведение социологических опросов среди населения о коррупции в сфере высшего профессионального образования.

4. Принятие регламентов в работе органов исполнительной власти и, как следствие, переход большей части услуг на информационно-коммуникативную сферу в целях сокращения причин и условий, порождающих коррупцию.

5. Использование зарубежного опыта в сфере противодействия коррупции в образовании.

6. Нравственно-этическая оценка государственных служащих в сфере образования.

## ПРАВО И ФОРМЫ СОБСТВЕННОСТИ НА КУЛЬТУРНЫЕ ЦЕННОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ ТАДЖИКИСТАН

МАРТЫНЕНКО Игорь Эдуардович

**Аннотация:** в статье анализируются проблемы осуществления права собственности на культурные ценности по законодательству Республики Таджикистан.

**Annotation:** in article it is analyzed problems of implementation of the property right to cultural values by the legislation of the Republic of Tajikistan.

**Ключевые слова:** историко-культурное наследие, памятники культуры, культурные ценности, правовая охрана.

**Key words:** historical and cultural heritage, culture monuments, cultural values, legal protection.

Культурные ценности являются фундаментальной основой всякой культуры. Они могут быть как материальными, так и нематериальными, относиться к различным сторонам культурной жизни народов и государства, к различным периодам отечественной истории, тем или иным историческим событиям.

На сегодняшний день Таджикистан обладает поистине несметными культурными богатствами, которые нуждаются в надежной защите.

Значение культурных ценностей поистине уникально и многогранно. Они играют во многом определяющую роль при воспитании патриотизма и гражданской позиции; позволяют изучить и осознать тысячелетнюю историю Таджикистана; приобщают людей к пониманию выдающихся достижений мирового и отечественного художественного искусства; положительно влияют на душевное состояние человека; содействуют дружескому диалогу культур разных народов и стран; имеют важное значение для развития такой сферы национальной и международной экономики, как туризм.

Культурные ценности участвуют в гражданском обороте, могут быть предметом сделок.

Естественно возникает вопрос, как защищается и реализуется в Республике Таджикистан право собственности на культурные ценности, объекты культурного наследия? Отметим, что данная проблема в юридической науке фактически не исследовалась, причем как в советское время, так в современный период, что и предопределило новизну и актуальность настоящей работы.

Конечно же, автор опирался на работы других авторов по гражданско-правовой защите

культурных ценностей (М.А. Александровой<sup>1</sup>, А.В. Головизнина<sup>2</sup>, С.Г. Долгова<sup>3</sup>, Л.Р. Клебанова<sup>4</sup>), однако, следует учитывать, что они касаются российской действительности.

Право собственности можно рассматривать в объективном и субъективном смыслах. В объективном смысле право собственности – это совокупность правовых норм, закрепляющих принадлежность определенного объекта культурного наследия государству, физическим или юридическим лицам, определяющих содержание их правомочий и обеспечивающих защиту прав и законных интересов собственника. В субъективном смысле право собственности представляет собой правомочия собственника имущества (то есть объекта историко-культурного наследия) владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом.

Гражданский кодекс Республики Таджикистан раскрывает содержание права собственности посредством известной триады правомочий собственника. Согласно ст. 232 Гражданского кодекса собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом, в нашем случае – объектом историко-культурного наследия.

<sup>1</sup> Александрова М.А. Гражданско-правовой режим культурных ценностей в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. СПб., 2007. 189 с.

<sup>2</sup> Головизнин А.В. Гражданско-правовое регулирование оборота культурных ценностей : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2006. 229 с.

<sup>3</sup> Долгов С.Г. Культурные ценности как объекты гражданских прав и их защита. Гражданско-правовой и криминалистический аспекты : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М. : РГБ, 2000. 189 с.

<sup>4</sup> Клебанов Л.Р. Памятники истории и культуры: правовой статус и охрана / под науч. ред. А.В. Наумова. М. : Норма ИНФРА-М, 2012. 176 с.

Собственник осуществляет свои правомочия собственной властью, в собственном интересе, по собственному усмотрению и независимо от других лиц.

*Право владения объектом историко-культурного наследия*, согласно п. 2 ст. 232 Гражданского кодекса Республики Таджикистан, представляет собой юридически обеспеченную возможность осуществлять фактическое обладание имуществом (объектом историко-культурного наследия). Различают владение собственника и владение несобственника. Владение собственника имеет своим основанием право собственности и является законным. Если владение несобственника базируется на определенном правовом основании (тителе), оно является законным. Титулом законного владения может быть акт законодательства, административный акт или договор. Владение несобственника, не имеющего правового основания, является незаконным (например, владение культурной ценностью, похищенной или иным способом выбывшей из владения собственника помимо его воли). Незаконное владение может быть добросовестным и недобросовестным. Добросовестным владельцем признается незаконный владелец, который не знал и не должен был знать о незаконности своего владения. Недобросовестным владельцем является тот, кто знал или должен был знать о незаконности своего владения.

*Право распоряжения объектом историко-культурного наследия* является важнейшим правомочием собственника и представляет собой юридически обеспеченную возможность определять юридическую судьбу имущества (памятника). Правомочие распоряжения может повлечь прекращение права собственности (в результате заключения договора купли-продажи памятника).

*Право пользования объектом историко-культурного наследия* – это юридически обеспеченная возможность извлекать из имущества его полезные естественные свойства, получать от него выгоды. Оно обеспечивает удовлетворение потребностей людей, общества и государства. Правомочие пользования имеет собственник, однако, оно может осуществляться и несобственником в силу акта законодательства, административного акта или договора.

Владение и пользование обычно осуществляется одним лицом и совпадает во времени. Однако владелец не всегда имеет право пользоваться имуществом, которым владеет. Закон предусматривает возможность пользования

имуществом в случаях, когда владение им принадлежит другому лицу. Например, пользование такой культурной ценностью, как музыкальный инструмент, возможно в помещении собственника, которому инструмент принадлежит.

Право пользования объектом культурного наследия, включенным в реестр, и право пользования выявленным объектом культурного наследия возникают:

– для собственника – из права собственности;

– для физических и юридических лиц, не являющихся собственниками, – из актов государственных органов, договоров аренды, из судебных решений и по иным основаниям, допускаемым гражданским кодексом.

Особенности имеет *осуществление права пользования объектом культурного наследия, включенным в реестр, и права пользования выявленным объектом культурного наследия*. Так, физические и юридические лица осуществляют право пользования объектами культурного наследия, включенными в реестр, и право пользования выявленными объектами культурного наследия согласно принятым ими охранным обязательствам, направленным на поддержание в должном виде предмета охраны. Ограничения права пользования применяются органом охраны объектов культурного наследия в случае ухудшения состояния объектов культурного наследия, нанесения пользователем вреда окружающей историко-культурной и природной среде, а также при нарушении прав и законных интересов других лиц.

Запрещается использование объектов культурного наследия в целях и способами, которые противоречат Закону «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» 2006 года.

Объекты культурного наследия, включенные в реестр, используются с обязательным выполнением следующих требований:

– сохранение внешнего и внутреннего облика объекта культурного наследия в соответствии с данными, включенными как предмет охраны в паспорт объекта культурного наследия;

– согласование с соответствующим государственным органом охраны объектов культурного наследия проведения землеустроительных, земляных, строительных, мелиоративных, хозяйственных и иных работ в границах территории объекта культурного наследия;

– согласование проведения строительных и иных видов работ и хозяйственной деятельности в зонах охраны;

– обеспечение режима содержания особо охраняемых историко-культурных территорий, включая территории земель, на которых и в которых расположены объекты археологического наследия;

– публичная доступность объекта культурного наследия, условия которой устанавливаются собственником объекта культурного наследия по согласованию с соответствующим органом охраны объектов культурного наследия.

Выявленные объекты культурного наследия используются при условии обязательного выполнения следующих требований:

– сохранение внешнего и внутреннего облика выявленного объекта культурного наследия в соответствии с данными, включенными в паспорт объекта культурного наследия;

– согласование с соответствующим государственным органом охраны объектов культурного наследия землеустроительных, земляных, строительных, мелиоративных, хозяйственных и иных работ на территории объекта культурного наследия.

Вмешательство органов государственной власти в деятельность физических и юридических лиц по использованию объектов культурного наследия не допускается, за исключением случаев, предусмотренных национальным законодательством и требованиями, специально установленными в охранном договоре с пользователем.

**Формы собственности.** Как определено в ст. 8 Закона «О культуре», национально-культурные ценности Республики Таджикистан могут находиться в общественной, кооперативной, смешанной, совместной и частной собственности.

Закон «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» в ст. 25 уточняет, что объекты историко-культурного наследия могут находиться в государственной и частной собственности. Эта норма соответствует Конституции Республики Таджикистан и ст. 236 Гражданского кодекса Республики Таджикистан.

Согласно ст. 237 Гражданского кодекса частная собственность выступает как собственность граждан или негосударственных юридических лиц и их объединений. В качестве *особого вида частной собственности* вы-

ступает собственность общественных, в том числе религиозных объединений. Государственная собственность в Республике Таджикистан представлена в виде республиканской и коммунальной собственности.

В соответствии со ст. 238 Гражданского кодекса республиканская собственность состоит из республиканской казны и имущества, закрепленного за государственными республиканскими юридическими лицами в соответствии с законодательными актами. Коммунальная собственность – из местной казны и имущества, закрепленного за коммунальными юридическими лицами в соответствии с законодательными актами.

Согласно ст. 23 Модельного закона «Об объектах культурного наследия (новая редакция)», принятого на тридцать седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (постановление № 37-14 от 17 мая 2012 года), движимые предметы, являющиеся составной частью объектов археологического наследия, находятся исключительно в государственной собственности и отчуждению не подлежат.

Не подлежат отчуждению из государственной собственности следующие объекты культурного наследия:

– объекты культурного наследия общегосударственного значения, включенные в реестр и входящие в число объектов, внесенных в Список всемирного наследия ЮНЕСКО;

– объекты археологического наследия независимо от формы собственности на земельный или водный участок, на котором или в пределах которого расположен указанный объект, находящиеся с указанным земельным или водным участком в обороте раздельно;

– объекты культурного наследия, отнесенные к категории особо ценных объектов культурного наследия;

– историко-культурные заповедники.

Порядок приобретения и прекращения права собственности регламентирован Гражданским кодексом Республики Таджикистан, права и обязанности собственников, особенности реализации данного права содержатся в гл. 5 Закона «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия».

Согласно ст. 25 указанного Закона собственники объектов историко-культурного наследия обязаны получить в государственных органах *паспорт* установленного образца, касающийся охраны памятников, в котором

должны быть зафиксированы следующие обязательства собственника:

– обеспечение полной сохранности памятников;

– реставрация памятников уполномоченным органом, в частности, реставрация недвижимых памятников – по месту их нахождения, движимых – по месту нахождения собственника;

– своевременное уведомление государственного органа по охране памятников о предполагаемом внесении изменений прав собственника, в том числе относительно условий содержания и использования памятников; о проведении работ по восстановлению памятников.

Вышеназванный Закон *ограничивает права собственности на объекты историко-культурного наследия*. Так, в соответствии со ст. 26 Закона «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» условия пользования объектом историко-культурного наследия могут быть ограничены уполномоченным органом (Министерством культуры Республики Таджикистан) в той мере, в какой это необходимо для обеспечения охраны, сохранности, популяризации и использования данного объекта, окружающей среды, соблюдения прав и законных интересов физических и юридических лиц, а также государства.

Право пользования объектом историко-культурного наследия, находящегося в частной собственности, ограничивается в установленном законодательством порядке и по решению суда. Однако на практике такие случаи встречаются редко.

В случае устранения обстоятельств или условий, послуживших причиной ограничения использования объектов историко-культурного наследия, восстанавливается полное право пользования данным объектом.

В соответствии со ст. 25 Закона «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» лицо, обнаружившее ценный предмет, имеет право на получение от уполномоченного государственного органа вознаграждение в размере до 20 % стоимости этой находки.

Этой же нормой запрещены приватизация объектов историко-культурного наследия, находящихся в государственной собственности, и их использование в военных целях.

**Клад как основание приобретения права собственности.** Одним из оснований приобретения права собственности является обнаружение клада. Согласно ст. 257 Гражданского

кодекса клад – это зарытые в земле или сокрытые иным способом деньги или ценные предметы. В случае его обнаружения либо обнаружения памятников истории и культуры пользователь земельного участка, собственник строения и т.п., в которых был сокрыт клад, а также иные лица, обнаружившие клад или памятники истории и культуры, обязаны передать их государству. В то же время пользователь земельного участка или собственник другого имущества, в которых был сокрыт клад, и лицо, обнаружившее его, имеют право на получение вознаграждения в размере 50 % стоимости клада. Вознаграждение распределяется между этими лицами в соответствии с соглашением сторон, а в случае недостижения соглашения – по решению суда.

Гражданский кодекс, как и любой другой закон, не определяет перечня способов сокрытия клада, в качестве возможного называет лишь укрытие клада в земле. Ценные вещи могут быть сокрыты на поверхности земли, не будучи в нее зарытыми: например, под полами старых квартир, в заброшенных колодцах, подвалах, на чердаках, в пещерах и ущельях, расщелинах скал, на дне озера или реки. Деньги или ценные предметы могут быть также обнаружены и в сооружениях (водонапорная башня, бассейн, магистральный трубопровод), в иных объектах недвижимости: в помещениях предприятия, на борту воздушного или морского судна и т.д.

Очевидно, что ценности, ставшие кладом, в большинстве случаев были спрятаны давно, имеют весьма древнее происхождение, не позволяющее установить, кто был их собственником. В ситуациях, когда собственник может быть установлен, следует выяснить, утратил ли он право на данные ценности. При утвердительном ответе на этот вопрос нет никаких препятствий для применения положений ст. 257 Гражданского кодекса.

Лицо, нашедшее клад, относящийся к памятникам истории и культуры, вправе до выплаты ему вознаграждения удерживать это имущество (ст. 388 Гражданского кодекса)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Согласно ст. 388 Гражданского кодекса Республики Таджикистан кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено. Кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то, что после того, как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом.

В данной норме и сегодня используется термин «памятник истории и культуры», хотя специальный закон оперирует понятием «объекты историко-культурного наследия». В данном случае, как представляется, эти понятия совпадают.

В Гражданском кодексе Республики Таджикистан, в отличие от аналогичных кодексов других стран СНГ, нет положения, направленного на предотвращение нелегального кладоискательства, то есть не указывается, что правила ст. 257 не применяются к лицам, в круг трудовых или служебных обязанностей которых входило проведение раскопок и поиск, направленных на обнаружение клада.

Данная гражданско-правовая норма не имеет точного соответствия с положениями специального законодательства. Так, согласно ст. 24 Закона «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия», лицо, обнаружившее ценный предмет, имеет право на получение от уполномоченного государственного органа вознаграждение в размере до 20 % стоимости этой находки.

**Выкуп бесхозяйственно содержащихся культурных ценностей.** Ответственность за содержание и сохранение объектов национально-культурного достояния возлагается на их собственников и потребителей (пользователей). Невыполнение указанной обязанности влечет прекращение представленного права. Этот порядок регулируется Гражданским кодексом Республики Таджикистан.

Так, согласно ст. 264 Гражданского кодекса в случаях, когда собственник культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законодательством к особо ценным и охраняемым государством, бесхозяйственно содержит эти ценности, что грозит утратой ими своего значения, такие ценности по решению суда могут быть изъяты у собственника государством путем выкупа или продажи с публичных торгов.

При выкупе культурных ценностей собственнику возмещается их стоимость в размере, установленном соглашением сторон, а в случае спора – по решению суда. При продаже с публичных торгов собственнику передается вырученная от продажи сумма за вычетом расходов на проведение торгов.

Данная гражданско-правовая норма свидетельствует о праве государства выкупить только *особо ценные памятники*. Поэтому при ее практической реализации, что встречается

крайне редко, необходимо обращаться к специальному законодательству для определения статуса конкретного памятника как особо ценного.

Культурное наследие – это совокупность культурных ценностей, имеющих национальное и государственное значение и являющихся исключительной собственностью Республики Таджикистан.

Национальное культурное наследие – культурные ценности, имеющие историко-культурное значение и внесенные в Государственный реестр объектов национально-культурного наследия. Такое определение приведено в ст. 1 Закона «О культуре».

В Республике Таджикистан в соответствии со ст. 8 Закона «О культуре» к национальным культурным ценностям относятся: археологические находки, памятники истории и культуры, коллекции редких и старинных предметов и произведений искусства (картины, полотна, рисунки, скульптурные произведения, топонимы исторического значения, произведения дизайна, рукописные издания, манускрипты и авторские рукописи, литографии), исторические документы, редкие издания, места захоронения (могилы) известных личностей, сады, природные ландшафты, имеющие культурное значение, и др.

Закон «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» содержит термин «объекты историко-культурного наследия», под которыми понимаются памятники, связанные с историческими событиями в жизни народа, развитием общества и государства, произведения материального и нематериального творчества, обладающие исторической, научной, художественной ценностью, а также иные ценности, имеющие общенациональное значение.

Согласно ст. 16 Закона «О библиотечной деятельности» библиотечные фонды, комплектуемые на основе системы обязательного экземпляра документов, а также содержащиеся *особо ценные и редкие документы*, являются национальным наследием и могут объявляться объектами историко-культурного наследия. Библиотечные фонды, отнесенные к объектам национального наследия, находятся на особом режиме охраны, хранения и использования в соответствии с законодательством Республики Таджикистан.

Если библиотека не обеспечивает необходимые условия для сохранности и доступности

фонда, отнесенного к объектам историко-культурного наследия, этот фонд может быть изъят и передан в состав другой библиотеки решением собственника фонда по представлению уполномоченного государственного органа в области использования национального библиотечного наследия.

В соответствии со ст. 17 указанного Закона библиотеки, отнесенные в установленном порядке к объектам национального наследия, включаются в перечень объектов национального наследия и находятся на *особом режиме охраны и использования*.

Особо ценным объектом культурного наследия народов Республики Таджикистан является *Национальная библиотека Республики Таджикистан*, которая в соответствии со ст. 18 Закона «О библиотечной деятельности» находится на особом режиме охраны и использования. Национальная библиотека Республики Таджикистан является государственным учреждением культуры, национальным хранилищем документов, архивом национальной печати, научно-исследовательским, научно-информационным и культурным центром республиканского значения и по своим функциям соответствует основным требованиям ЮНЕСКО, предъявляемым для библиотек данного вида.

Неотъемлемой частью историко-культурного наследия народов Республики Таджикистан являются музейные экспонаты и музейные коллекции, включенные в состав музейного фонда Республики Таджикистан.

В соответствии со ст. 1 Закона «О музеях и музейном фонде» культурные ценности – это экспонаты, отражающие национальную и общечеловеческую историю и культуру, которые коллекционируются и хранятся в государственных, негосударственных музеях и личных коллекциях.

Таким образом, одной из целей создания музеев в Республике Таджикистан является хранение музейных экспонатов и музейных коллекций, а также изучение и исследование культурно-исторических памятников за пределами музеев.

Согласно ст. 9 Закона «О музеях и музейном фонде» музейные экспонаты и музейные коллекции, включенные в состав музейного фонда Республики Таджикистан, могут находиться в государственной и частной собственности. При этом музейные экспонаты и музейные коллекции, являющиеся государственной собственностью, не могут быть переданы в частную собственность.

В соответствии со ст. 16 Закона «О музеях и музейном фонде» музейные экспонаты и музейные коллекции, приобретаемые после введения в действие этого Закона государственными музеями и иными государственными учреждениями за счет средств учредителей либо за счет собственных или иных средств, включаются в состав государственной части музейного фонда Республики Таджикистан. Такие экспонаты и коллекции *не подлежат отчуждению*, за исключением случаев разрушения, утраты либо обмена на другие музейные экспонаты и музейные коллекции. В случае наступления этих событий уполномоченный орган управления в области культуры принимает решение об отчуждении музейных экспонатов и музейных коллекций, включенных в состав государственной части музейного фонда Республики Таджикистан.

Музейные экспонаты и музейные коллекции, включенные в состав музейного фонда Республики Таджикистан и не относящиеся к его государственной части, составляют негосударственную часть музейного фонда Республики Таджикистан.

При совершении *сделок по отчуждению (дарение, купля-продажа) музейных экспонатов и музейных коллекций, включенных в состав негосударственной части музейного фонда Республики Таджикистан*, приобретатель дара либо покупатель обязан принимать на себя все обязательства, предусмотренные договором или законом в отношении этих предметов. При этом государство имеет преимущественное право их приобретения.

При наследовании музейных экспонатов и музейных коллекций, включенных в состав негосударственной части музейного фонда, наследник обязан принять на себя все обязательства, имевшиеся у наследодателя в отношении этих предметов. После принятия в наследство музейных экспонатов и музейных коллекций наследник имеет право распорядиться настоящим имуществом по своему усмотрению, если иное не определено в завещании.

Если наследник не исполняет либо ненадлежащим образом исполняет обязательства в отношении данных музейных экспонатов и музейных коллекций, то государство имеет право осуществить выкуп ненадлежаще содержащихся предметов в соответствии с гражданским законодательством Республики Таджикистан.

Реализация преимущественного права покупки музейных экспонатов и музейных кол-

лекций от лица государства производится уполномоченным органом в области культуры.

**Право собственности на документы Национального архивного фонда.** Документы Национального архивного фонда могут находиться в государственной, коллективной, частной и иной собственности. Право собственности на документы Национального архивного фонда охраняется в соответствии с законодательством Республики Таджикистан.

Собственник владеет, пользуется и распоряжается документами Национального архивного фонда с учетом ограничений, предусмотренных ст. 15 Закона «О Национальном архивном фонде и архивных учреждениях».

Собственник документов Национального архивного фонда не имеет права их уничтожать. Документы Национального архивного фонда, принадлежащие государству, не могут быть объектом разгосударствления и приватизации, купли-продажи или иных сделок, связанных с передачей права собственности, и предоставляются лишь в пользование.

Право собственности на документы Национального архивного фонда, не являющиеся государственной собственностью, передается с согласия Главного архивного управления или уполномоченных им архивных учреждений. В случае продажи этих документов преимущественное право их приобретения по реализации по цене принадлежит государству. При этом условия их реализации должны быть равными для всех покупателей.

Документы Национального архива реализации зарубежным покупателям не подлежат.

Если собственник документов Национального архивного фонда не обеспечивает надлежащую их сохранность, данные документы по решению суда могут быть возмездно изъяты и переданы Главному архивному управлению.

Согласно ст. 16 Закона «О Национальном архивном фонде и архивных учреждениях» собственники документов Национального архивного фонда обязаны обеспечивать их сохранность. Все держатели архивов, вне зависимости от форм собственности, не имеют права уничтожения документов без согласования с уполномоченным архивным органом.

**Особенности договора аренды объекта культурного наследия.** Договор аренды объекта культурного наследия заключается в соответствии с нормами, предусмотренными гражданским кодексом для договоров аренды

зданий и сооружений, и с учетом требований закона «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» 2006 года.

В договоре аренды объекта культурного наследия в обязательном порядке указываются сведения, включенные в паспорт и реестр как предмет охраны данного объекта культурного наследия, подлежащего сохранению в соответствии с упомянутым выше законом независимо от того, в чьей собственности он находится. Форма договора аренды объекта культурного наследия независимо от того, в чьей собственности он находится, утверждается уполномоченным органом исполнительной власти, а сам договор аренды объекта культурного наследия подлежит государственной регистрации в соответствии с национальным законодательством.

**Порядок предоставления объекта культурного наследия, включенного в реестр и находящегося в государственной собственности, в безвозмездное пользование.** Объект культурного наследия, включенный в реестр и находящийся в государственной собственности, предоставляется на условиях договора безвозмездного пользования следующим юридическим лицам:

- общественным объединениям, целью которых является деятельность по сохранению объектов культурного наследия;
- детским общественным объединениям;
- общественным организациям инвалидов;
- религиозным организациям.

Договор безвозмездного пользования объектом культурного наследия, включенным в реестр, заключается в соответствии с нормами Гражданского кодекса Республики Таджикистан и должен содержать требования по сохранению объекта культурного наследия.

Подведем итоги.

Охрана исторического и культурного наследия, создание правовых гарантий для сохранения исторического наследия является одним из основных принципов государственной политики Республики Таджикистан в области культуры.

Памятники являются связующей нитью между поколениями через сохранение и приумножение традиций и ценностей самобытной культуры. Они как одна из важнейших составляющих культурного наследия выполняют важные социальные функции, служат целям развития науки, образования и культуры, формирования чувства патриотизма, идейно-нравственного и эстетического воспитания.

Однако современная система образования недостаточно уделяет внимания приобщению личности к культуре, следствием чего явилось отсутствие понимания и восприятия историко-культурного наследия, бережного отношения к его сохранению.

Поэтому целесообразно в учреждениях образования организовать обучение по различным правовым аспектам охраны, использова-

ния и восстановления историко-культурного наследия. В этом плане может быть полезно подготовленное автором данной статьи учебное пособие *«Международная и национальные правовые системы охраны историко-культурного наследия государств – участников СНГ»*, вышедшее в конце 2012 года по результатам исследования данной проблемы в рамках образовательной программы.

## АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЗАДЕРЖАНИЯ В ЛАТВИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

СУМБАРОВА Марина Владимировна

**Аннотация:** статья посвящена институту задержания в уголовном процессе Латвии и его значению в аспекте регламентации прав человека. В современных условиях важное значение приобретает система гарантий законности и обоснованности задержания.

В исследовании приводятся позиции латвийских и других европейских и зарубежных ученых о задержании в уголовном процессе. Необходимость задержания обусловлена потребностями расследования преступных деяний. В статье приведены положения о путях дальнейшего совершенствования латвийского уголовно-процессуального закона и конкретные изменения и дополнения по теме исследования.

**Annotation:** article is devoted to detention institute in criminal trial of Latvia and integrity of human beings. In modern conditions the problem of integrity of human beings is especially significant. The criminal procedural law substantially relies on the state coercion limiting integrity of human beings. The detention is one of measures of procedural coercion which more all are limited by the rights of citizens. In article conceptual provisions of detention about the account ohm of positions of leading Latvian scientists and scientific other countries are defined, and also the international, European and national regulations on protection of the rights and integrity of human beings are considered and analysed. On a subject of research conclusions are executed, and additions and changes concerning detention for entering into the Criminal and procedural law are offered.

**Ключевые слова:** уголовно-процессуальное право, уголовно-процессуальный закон, досудебный процесс, участник уголовного процесса, задержанный, задержание.

**Key words:** criminal procedure law, criminal procedure legislation, preliminary proceedings, participant of the criminal procedure, apprehended person, apprehension.

Целью написания статьи является рассмотрение института задержания в латвийском уголовном процессе и его значение в аспекте регламентации прав человека.

1 октября 2005 года вступил в силу и действует в Латвии Уголовно-процессуальный закон (далее – УПЗ), который реформировал многие институты латвийского уголовно-процессуального права и подверг разрешению и дальнейшему становлению наиболее актуальные положения в области обеспечения прав человека и гарантий прав личности.

Проблематика института задержания в латвийском уголовном процессе достаточно разнообразна и включает многие, связанные с указанным институтом, положения, которые изучаются, исследуются и анализируются с целью дальнейшего его совершенствования.

Многие латвийские ученые Сандра Казака, Ария Мейкалиша, Петр Палчейс, Кристине Страда-Розенберга и другие рассматривали в статьях отдельные аспекты и проблемы задержания в уголовном процессе. В 2008 году Академией полиции Латвии издан сборник

статей научно-исследовательского проекта «Правомерность уголовно-процессуального задержания», в котором сосредоточены позиции разных авторов о проблемах теоретического и практического свойства, раскрывающих и рассматривающих вопросы задержания в уголовном процессе.

Поскольку задержание существенно затрагивает одно из наиболее важных прав граждан, закрепленных в Сатверсме, – право на неприкосновенность личности – оно (задержание) должно применяться только в строгом соответствии с УПЗ.

В современный период Латвия является полноправным участником Европейского союза. Вопросам обеспечения прав человека уделяется пристальное внимание и предпринимаются попытки реформирования разных законов в Латвии, в том числе и Уголовно-процессуального.

В Европейском суде по правам человека не раз рассматривался вопрос оснований применения задержаний и арестов.

В практике Европейского суда по правам человека с 1971 по 2003 год рассматривалось

14 дел нарушения права на свободу и личную неприкосновенность (ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). И хотя не всегда суд выносил решение в пользу заявителя, следует согласиться с мнением судей относительно ст. 5 Конвенции, которая не допускает ареста и задержания в надежде на то, что что-то выявится в ходе допроса и даст основания для выдвижения обвинения. Доктор права Ришардас Бурда указывает, что с 1974 года в Соединенном Королевстве было арестовано и задержано 15 173 человека, при этом менее 25 % этих лиц были обвинены в уголовных преступлениях в результате полученных на допросах показаний, включая правонарушения, совершенно не связанные с первоначальным арестом и задержанием<sup>1</sup>.

Основное правовое положение личности в Латвии составляют ее права и обязанности.

Реформирование общественных отношений, происходящих в Латвийской Республике, требует совершенствования всех законов, в том числе и уголовно-процессуального, который должен гарантировать права и свободы личности, предусмотренные Сатверсме<sup>2</sup>.

Уголовный процессуальный закон определяет порядок производства по уголовному процессу (уголовному делу). Правила производства по уголовному процессу направлены на охрану прав и законных интересов человека, государства, личности. Они являются процессуальными.

Уголовный процессуальный закон провозглашает в качестве важнейшей цели уголовного процесса защиту прав и законных интересов человека, будь то лица, имеющие право на защиту, либо потерпевшие или свидетели. В связи с этим переориентированы и задачи назначения уголовного процесса.

Регламентация института задержания в Уголовно-процессуальном кодексе Латвийской ССР имела место с 1 апреля 1961 года. До вступления в силу УПЗ, 1 октября 2005 года, институт задержания подвергался изменению 5 раз. Изменения были связаны с исчислением сроков задержания, порядком сообщения о задержании.

Вопросам правовой характеристики института задержания посвящена статья профессора Арии Мейкалиши «Историческое развитие правовой регламентации уголовно-процессуального задержания Латвии (с 1 апреля 1961 года по настоящее время)». В ней, кроме регламентации основных положений задержания, автор указывает на необходимость совершенствования данного процессуального института и выдвигает конкретные предложения<sup>3</sup>.

В гл. 15 УПЗ «Связанные с лишением свободы меры принуждения» в ст. 263 указано, что задержанием является лишение свободы на срок до 48 часов без постановления следственного судьи при наличии оснований для задержания.

Профессор К. Страда-Розенберга в статье «Сущность уголовно-процессуального задержания как меры уголовно-процессуального принуждения: национальные и международные аспекты» определяет, что задержание признано видом меры пресечения, связанным с лишением свободы, поскольку задержание соответствует сущности предупредительной меры пресечения и признаком лишения свободы<sup>4</sup>.

В статье «Задержание как отдельная стадия уголовного процесса» Петериса Сакалаурса последний указывает, что задержание – одна из стадий уголовного процесса<sup>5</sup>.

В теории уголовного процесса, по мнению ведущих латвийских ученых в области уголовно-процессуального права, существует конкретика в отношении стадий и этапов уголовного процесса.

Задержание представляет собой кратковременное, строго ограниченное по времени лишение свободы. Краткосрочный характер задержания объясняется тем, что применение этой меры принуждения производится без санкции судьи.

Поскольку задержание является краткосрочным лишением свободы, ограниченное определенным сроком, поэтому важное значение для правильного применения этой меры принуждения имеет точное определение момента, с которого должен исчисляться начальный срок задержания. Этот вопрос в теории

<sup>1</sup> Ришардас Бурда. Правовые и криминалистические аспекты временного задержания в Уголовно-процессуальном кодексе Литвы // *Фундаментальные и прикладные проблемы управления расследованием преступлений* : сб. Изд-во Академии управления МВД России. М., 2005. Ч. 1. С. 154.

<sup>2</sup> *Latvijas Republikas Satversme*. В силе с 7 ноября 1922 г. 94. punkts. С изменениями, которые выпущены до 3 мая 2007 г. *Latvijas Vēstnesis*. Nr. 43. 1 июля 1993 г. *Ziņotājs*. Nr. 6. 1994.

<sup>3</sup> Meikališa Ā., Strada-Rozenberga K. *Kriminālprocess Raksti* 2005–2010. 456–480. lpp.

<sup>4</sup> Strada-Rozenberga K. *Kriminālprocesuālās aizturēšanas kā kriminālprocesuālā piespiedu līdzekļa būtība – nacionālie un starptautiskie aspekti* // *Zinātniski pētnieciska projekta „Kriminālprocesuālās aizturēšanas tiesiskums”* : сб. ст. LPA. Rīga, 2008. 148–149. lpp.

<sup>5</sup> Sakalaurs P. *Aizturēšana kā atsevišķa kriminālprocesa stadija* // *Zinātniski pētnieciska projekta „Kriminālprocesuālās aizturēšanas tiesiskums” rakstu krājums*. LPA. Rīga, 2008. 134–136. lpp.

уголовно-процессуального права обсуждался и ранее и есть несколько позиций, которые нам представляется необходимым привести. Так, некоторые авторы считают, что срок задержания должен исчисляться с момента фактического лишения свободы лица, подозреваемого в совершении преступления<sup>6</sup>. Другие авторы полагают, что задержание должно исчисляться с часа, следующего за часом фактического задержания, а не за часом доставления в помещение для задержанных<sup>7</sup>. Ряд авторов определяют задержание с момента составления протокола и водворения задержанного в изолятор временного содержания<sup>8</sup>.

Английское досудебное производство по уголовному делу имеет свои особенности. В нем нет таких форм предварительного расследования, как дознание и следствие. Выделяется полицейское расследование, под которым понимается этап досудебного производства, в ходе которого полиция, получив информацию о совершенном преступлении, предпринимает действия, направленные на установление лица, его совершившего, собрание против данного лица обвинительных доказательств, а также применение по отношению к нему в случае необходимых мер процессуального принуждения. Другими словами, состоит он в значительной степени из двух видов уголовно-процессуальных действий: во-первых, по сбору доказательственной информации, необходимой для раскрытия преступления и последующего обвинения в его совершении виновного лица; во-вторых, по применению мер процессуального принуждения, допустимого при любом уголовном преследовании. Полицейское расследование, не поглощая полностью досудебное производство, представляет собой, тем не менее, наиболее существенную его часть<sup>9</sup>.

Среди действий, влекущих применение мер процессуального принуждения и осуществляемых без предварительной санкции (приказа) судьи, наиболее серьезным является поли-

цейский арест (его можно также назвать, прибегая к терминологии, используемой в странах континентальной Европы, «кратковременным задержанием подозреваемого»).

Полицейский арест (задержание) является кратковременной мерой. Он ограничен достаточно жесткими сроками, которые введены Законом 1984 года. Первоначально продолжительность ареста не должна превышать 24 часа, причем для большинства преступлений это максимально возможный срок. Однако по делам о «серьезных арестных преступлениях», перечень которых определяется ст. 116 названного Закона (например, убийство, насилие, иные преступные деяния, могущие причинить значительный ущерб государству или общественному порядку либо повлечь чью-то смерть или тяжкие телесные повреждения), старший полицейский чиновник вправе продлить срок до 36 часов. Дальнейшее его продление допускается лишь по решению магистратского суда, в который должен быть доставлен арестованный (задержанный).

При первом рассмотрении вопроса магистрат вправе продлить арест (задержание) до 72 часов и затем еще раз – до 96 часов. Это предельный срок полицейского ареста, до завершения которого полиция обязана сформулировать обвинение в документе, именуемом «информацией», и представить его в суд либо освободить арестованного (задержанного). Особые сроки полицейского ареста применяются по делам о преступлениях террористического характера: по истечении 48 часов срок ареста может быть продлен министром внутренних дел до 7 суток, после чего лицо должно быть отпущено на свободу или обвинено и доставлено к судье<sup>10</sup>.

На наш взгляд, начало срока задержания следует исчислять с момента составления протокола задержания. Объясняется это положение прежде всего тем, что применяется оно к лицам, подозреваемым в совершении преступления. Для применения задержания недостаточно голословного предположения о причастности лица к совершению преступления. Подозрение в совершении конкретного преступного деяния должно быть основано на фактических данных, указанных в законе.

<sup>6</sup> Звирбуль В.К., Жуков А.И. Некоторые вопросы прокурорского надзора за точным исполнением закона в деятельности милиции по борьбе с уголовными преступлениями / Вопросы криминалистики. М., 1961. № 1–2. С. 87; Кочетков В.Г. Подозреваемый в советском уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1965. С. 10.

<sup>7</sup> Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР : науч.-практ. коммент. М., 1970. С. 177.

<sup>8</sup> Давыдов П.М., Сидоров Д.Н., Якимов П.П. Судопроизводство по новому УПК РСФСР. Свердловск, 1962. С. 157.

<sup>9</sup> Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М. : Зерцало-М, 2001. С. 99.

<sup>10</sup> Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 100–101.

Доктор права Ришардас Бурда указывает, что ст. 20 Конституции Литовской Республики определяет, что свобода граждан неприкасаема, и данное положение все чаще рассматривается в международном контексте. Следует согласиться с теми учеными, которые различают такие понятия, как «свобода граждан», «свобода человека», «свобода личности», и далее он указывает, что, когда речь заходит об ограничении свободы при задержании или аресте, следует иметь в виду понятие «свобода личности»<sup>11</sup>. Далее указывается, что задержание есть кратковременный арест, и он осуществляется без санкции прокурора<sup>12</sup>.

Момент фактического задержания – это как раз та граница, на которой должен решаться вопрос начала проведения процессуального действия. В США данную стадию связывают с появлением у гражданина определенных прав. И хотя правила «Миранды» критически оцениваются в самих Соединенных Штатах<sup>13</sup>, которое рассматривается как формальный шаг, нельзя не видеть положительной стороны данного правила<sup>14</sup>.

В соответствии со ст. 264 УПЗ лицо может быть задержано лишь в том случае, если имеется основание для предположения о совершении им такого преступного деяния, за которое может быть применено наказание, связанное с лишением свободы, и наличествует какое-либо из следующих оснований: лицо застигнуто непосредственно в момент совершения преступного деяния, сразу после него или же при побеге с места совершения преступного деяния; на лицо как на совершившее преступное деяние указывает потерпевший или иное лицо, наблюдавшее событие или иным образом непосредственно получившее такую информацию; у самого лица или в находящихся в его пользовании помещениях либо других объектах обнаружены явные следы совершения преступного деяния; на месте совершения преступного деяния обнаружены следы, оставленные этим лицом.

Если наличествуют основания для задержания, но за совершенное преступное деяние

не может быть применено наказание, связанное с лишением свободы, лицо может быть задержано, если имеется достоверное основание полагать, что невозможно будет обеспечить его явку по вызову направляющего процесс лица, поскольку: лицо отказывается сообщить сведения о своей идентичности, и его идентичность не установлена; лицо не имеет определенного места жительства и места работы; лицо не имеет постоянного места жительства в Латвии и может пытаться выехать из государства.

При наличии основания полагать, что совершено тяжкое или особо тяжкое преступление, может быть задержано также лицо, которое бродит и укрывается в месте совершения преступления или в его окрестностях и которое не имеет определенного места жительства и работы, если только имеется основание для предположения о его связи с совершенным преступлением.

При соблюдении условий настоящей статьи в одном уголовном процессе лицо может быть задержано только один раз.

Уголовный процессуальный закон, предусматривая применение в уголовном процессе задержания, устанавливает ряд гарантий, которые призваны предотвратить необоснованное задержание, обеспечить охрану прав и законных интересов задержанного. К ним следует отнести вышеуказанное нами перечисление оснований для задержания, предусмотренных ст. 264 УПЗ, а также правовое урегулирование режима содержания задержанных в местах, предназначенных для этого, порядка освобождения таких лиц, наделение задержанных лиц процессуальными правами и т.д.

Значение задержания лица, подозреваемого в совершении преступного деяния в уголовном процессе заключается в том, что оно не только обеспечивает возможность привлечения этого лица к уголовной ответственности при условии доказанности его вины, но и содействует установлению и закреплению доказательств, собранных в ходе досудебного процесса. С задержанием связан ряд неотложных следственных действий, поскольку это является необходимым для сбора доказательств. Задержание имеет важное значение и в том случае, когда задержанное по подозрению в совершении преступного деяния лицо не имеет документов, постоянного места жительства или задекларированного, а также определенных занятий.

<sup>11</sup> Ришардас Бурда. Правовые и криминалистические аспекты временного задержания в Уголовно-процессуальном кодексе Литвы. С. 152.

<sup>12</sup> Там же. С. 155.

<sup>13</sup> Kopel Dave Miranda is not the problem: Police Deception Is. URL: <http://www.davekopel.org/CJ/OpEds/Miranda.htm>

<sup>14</sup> Ришардас Бурда. Правовые и криминалистические аспекты временного задержания в Уголовно-процессуальном кодексе Литвы. С. 155.

На наш взгляд, имеет место связь между задержанием и проведением следственных действий. Однако в связи с этим следует отметить, что задержание производится не для того, чтобы с задержанным лицом нужно было произвести следственные действия. А прежде всего, когда есть основания полагать, что лицо, подозреваемое в преступном деянии, может скрыться, продолжать преступную деятельность, воспрепятствовать в установлении истины, и нужно лишить его возможности совершить эти действия. Кроме того, одним из факторов значения задержания в уголовном процессе является предупреждение новых преступлений.

Задержание лица, подозреваемого в совершении преступного деяния, – одна из мер процессуального принуждения, используемая в уголовном процессе для достижения цели и задач уголовного процесса. Цель Уголовно-процессуального закона, согласно ст. 1 УПЗ, состоит в установлении такого порядка уголовного процесса, который обеспечивает эффективное применение норм Уголовного закона и справедливое урегулирование уголовно-правовых отношений без неоправданного вмешательства в личную жизнь. Выше нами приведено положение о задержании, регламентированное в УПЗ. Однако расширенного, так называемого теоретико-процессуального определения задержания УПЗ не содержит. Но сущность и понятийный характер задержания возможно определить с учетом имеющихся уголовно-процессуальных норм.

Профессор К. Страда-Розенберга в статье «Уголовно-процессуальная сущность и выражение задержания» определяет, что вопрос задержания – не единственный, который надо рассмотреть в связи с пониманием сущности задержания. В этом аспекте в среде теоретиков давно уже приобрела популярность дискуссия по двум вопросам: 1) следует или нет включать задержание в число мер принуждения; 2) следует или нет относить задержание к следственным действиям<sup>15</sup>.

Автор разделяет позицию профессора К. Страды-Розенберги о месте задержания в уголовном процессе Латвии.

Что касается вопроса, считается ли задержание следственным действием или нет, надо

отметить, что текст УПК не давал прямого ответа на этот вопрос; в свою очередь, мнение ученых различалось. В УПЗ задержание включено в число мер принуждения и отделено от следственных действий. Следует полагать, что такой подход соответствует терминологии, используемой в УПЗ. Согласно ст. 138 УПЗ следственные действия – это действия, целью которых является получение и проверка информации, а цель задержания как меры превентивного принуждения совсем другая – обеспечить соответствующий уголовному процессу порядок, предупредить ошибки в процессуальном порядке и т.д. Существенным будет понять, что включение точной позиции в закон в отношении процессуальной сущности задержания является решением не только «понятийной» природы или теоретического спора, но оно будет иметь большое значение также и в практическом применении в уголовном процессе. Именно этот аспект позволяет качественно оценить вопрос о том, какое влияние на процесс доказывания имеет такое процессуальное задержание, в ходе которого допущены нарушения. В ст. 130 УПЗ описано влияние процессуальных дефектов на использование при доказывании полученных данных, в том числе вопрос о процессуальной допустимости доказательств<sup>16</sup>.

Выяснение сущности задержания предполагает раскрытие его юридической природы. Задержание является процессуальным действием, применение которого обусловлено потребностями расследования преступления.

Процессуальная природа этого действия означает, что регулируется только уголовно-процессуальным законом и применяется при производстве по уголовному делу, является составной частью этого производства. Акт задержания влечет за собой возникновение уголовно-процессуальных правоотношений между лицом, производящим задержание, и задержанным<sup>17</sup>.

Применение задержания опосредуется не только уголовно-процессуальными, но и административными правоотношениями, а также некоторыми другими видами правоотношений, которые возникают при реализации задержанным своих прав. Задержание существенно за-

<sup>15</sup> Strada-Rozenberga K. Aizturēšanas kriminālprocesuālā būtība un izpausme / Ā. Meikališa, K. Strada-Rozenberga. Kriminālprocess Raksti, 2005–2010. 483. lpp.

<sup>16</sup> Turpat. 483. lpp.

<sup>17</sup> Березин М.Н., Гуткин И.М., Чувилев А.А. Задержание в советском уголовном судопроизводстве. М., 1975. С. 23.

трагивает конституционное право гражданина на неприкосновенность личности.

В этой связи важное значение приобретает система гарантий законности и обоснованности задержания. В процессуальной литературе речь идет о процессуальных гарантиях неприкосновенности личности, признанных оградить гражданина от незаконного лишения свободы. Но если задержание включает в себя исполнительную часть, то его правовое регулирование должно предусматривать гарантии охраны прав задержанного применительно и к этой части рассматриваемого действия<sup>18</sup>.

Профессор Сандра Казака указывает, что принцип права на свободу и неприкосновенность личности означает, что ни одно лицо нельзя лишать свободы, однако, как и большинство основных прав и свобод человека, он не абсолютен, а точнее – может быть подвержен конкретным, законным ограничениям. Государству нельзя самовольно нарушать права человека, потому что документы о правах человека строго регламентируют случаи, когда эти права могут быть ограничены<sup>19</sup>.

В 2011 году в Латвии зарегистрировано 51 582 преступных деяния. В 2010 году – 51 108 преступных деяний. Таким образом, на 474 преступных деяния или на 0,93 % больше, чем в 2010 году<sup>20</sup>.

Относительно задержаний, произведенных по уголовным процессам в порядке ст. 264 УПЗ, следует указать нижеследующее.

В 2011 году в Латвии их количество по Риге и Рижскому региону составило 4 612, из них в порядке ст. 272 УПЗ применена мера принуждения – заключение под стражу – к 763 лицам, подозреваемым в совершении преступлений<sup>21</sup>. Неприменение к другим лицам названной меры объясняется отсутствием необходимости.

Согласно ч. 1 ст. 268 УПЗ направляющее процесс лицо незамедлительно, но не позднее чем в течение 48 часов, должно принять постановление о признании задержанного подозре-

ваемым или обвиняемым и о применении меры пресечения. Часть 2 указанной статьи определяет, что после признания задержанного подозреваемым или обвиняемым и его допроса, если он необходим, направляющее процесс лицо незамедлительно принимает постановление об освобождении этого лица из места кратковременного задержания, если к нему применена мера пресечения, не связанная с лишением свободы.

Если задержанный признается подозреваемым или обвиняемым и в случае необходимости допрашивается, а избранная направляющим процесс лицом мера пресечения связана с лишением свободы, лицо может находиться в месте кратковременного задержания до его доставки к следственному судье с соблюдением установленного 48-часового ограничения с момента фактического задержания (ч. 3 ст. 268 УПЗ).

Срок уголовно-процессуального задержания включается в срок содержания под стражей лица.

Для признания задержания правомерным необходимы такие процессуальные условия, как наличие уголовного процесса, основания и мотивы задержания, осуществление задержания лицом, ведущим процесс, следователем, прокурором; основания для помещения в места содержания задержанных, соблюдение срока задержания, не более 48 часов с момента задержания отсутствие обстоятельств, исключаящих задержание, сообщение о задержании.

С учетом вышеизложенного, в данной статье автор определил сущность и понятие задержания в уголовном процессе; привел и проанализировал позиции ученых Латвии и других стран, относящихся к проблемам института задержания; изучил научно обоснованные теоретические характеристики, а также международные, европейские, национальные нормативные акты о положениях по защите прав человека и неприкосновенности личности.

Данное исследование не является завершенным по теме исследования и требует дальнейшего изучения уже рассмотренных нами вопросов, а также других наиболее важных, связанных с задержанием в уголовном процессе и неприкосновенностью личности. Однако в части исследованных проблем представляется возможным выполнить следующие выводы.

Институт задержания в латвийском уголовно-процессуальном законе требует дальнейшего совершенствования и регламентации.

<sup>18</sup> Гуткин И.М. Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания. М., 1980. С. 15.

<sup>19</sup> Kazaka S. Kriminālprocesuālās kriminālprocesuālā aizturēšana un tiesības uz brīvību un drošību // Zinātniski pētnieciska projekta „Kriminālprocesuālās aizturēšanas tiesiskums” : сб. ст. LPA. Rīga, 2008. 31. lpp.

<sup>20</sup> Gailīte D. Par noziedzības stāvokli valstī un prokuroru darbu; ģenerālprokurora Ērika Kalnmeiera pārskats par prokuratūras darbu 2011. gadā un šā gada aktualitātēm // Nēdeļraksts „Jurista Vārds” Nr. 10 (709) no 6.03.2012., 12–13. lpp.

<sup>21</sup> Там же. 14. lpp.

На наш взгляд, необходимо дополнить норму уголовно-процессуального закона (ст. 263 УПК) более расширенным определением задержания с учетом включения в него положений о конституционном праве гражданина на неприкосновенность личности, поскольку задержание существенно затрагивает это право.

Сократить срок задержания по уголовному процессу, определенный в УПК, с 48 часов

до 24 часов с учетом возможности продления этого срока в дальнейшем (при необходимости) у следственного судьи до 72 часов (ст. 268 УПК).

Внести изменения в уголовно-процессуальный закон (ст. 266 УПК) о незамедлительном сообщении (уведомлении) направляющим процесс лицом прокурору (в том числе дежурному прокурору) о задержании с направлением копии протокола задержания.

## ЭЛЕКТРОННОЕ ТАЙНОЕ ГОЛОСОВАНИЕ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

ТИТОВСКАЯ Анастасия Владимировна

*Аннотация:* статья посвящена изучению проблемы обеспечения принципа тайного голосования в процессе использования электронного голосования на выборах. Раскрывается сама суть данного способа голосования, предлагаются пути разрешения некоторых проблем.

*Annotation:* the given work is devoted to studying of a problem of maintenance of a principle of ballot during use of electronic voting on elections. The essence of the given way of voting reveals. Also ways of permit of some problems are offered.

**Ключевые слова:** выборы, тайное голосование, электронное голосование.

**Key words:** elections, ballot, electronic voting.

В Древней Греции, Египте, Риме для голосования использовали керамические таблички, затем появились бумажные бюллетени, а сейчас внедряется автоматизированный подсчет голосов.

В настоящее время в мире применяются различные системы электронного голосования. К ним относятся: 1) система голосования перфокартами; 2) система оптической нумеризации; 3) система прямого электронного регистрирования; 4) Интернет.

Само понятие «электронное голосование» включает в себя следующее: 1) процесс подсчета голосов электронными средствами (автоматические ящики для голосования, которые сканируют бюллетень); 2) процесс подачи голоса с использованием новых телекоммуникационных средств (голосование посредством мобильной связи или Интернет).

Системы электронного голосования имеют свои недостатки и достоинства, которые необходимо учитывать при введении в той или иной стране.

Впервые системы электронного голосования появились в 1960 году с появлением систем с перфокартами. Перфокарты и компьютеры для подсчета голосов впервые были использованы в двух графствах Джорджии в США на первичных президентских выборах в 1964 году.

В настоящее время ряд стран, такие как Великобритания, США, Эстония, Франция, Голландия, Швейцария применяют технологию интернет-голосования на выборах различных уровней. Первым государством, использовавшим данную систему в государственных выборах в 2000 году, стали США. Но всякий раз они ищут новые пути по совершенствова-

нию данной системы и каждый раз приходят к различным результатам. Так, например, американцы в последнее время перестали доверять Интернету из-за множества технических ошибок, допущенных при голосовании. И американский эксперт в области информационной безопасности Брюс Шнейер подметил, что «создание защищенной системы голосования, основанной на Интернете, является очень сложной проблемой, более сложной, чем все другие проблемы информационной безопасности, ...риски для демократии являются слишком огромными, чтобы ее использовать»<sup>1</sup>.

А в Бразилии электронная система зарекомендовала себя с хорошей стороны, то есть благодаря модернизированной системе электронного голосования возникла возможность снижения показателя вероятности ошибки до 0,2 %.

В Ирландии электронное голосование стали вводить в 2002 году, но впоследствии после получения в 2003 году негативного отзыва Комиссии по электронному голосованию правительство приняло решение о приостановлении этого эксперимента.

В ФРГ первые машины для голосования были использованы в 1999 году на выборах в Европарламент. Однако чуть позже Конституционный Суд ФРГ признал, что электронное голосование не отвечает принципам транспарантных выборов, он признал, что немецкие граждане должны будут голосовать традиционным способом – посредством бюллетеней. Также суд признал, что использование на всеобщих выборах в 2005 году электронных ма-

<sup>1</sup> Дурнова И.А. Зарубежный опыт проведения интернет-выборов и проблемы для России // Информационное право. 2007. № 2. С. 28.

шин для голосования, изготовленных в Нидерландах, противоречит немецкому законодательству. Эти аппараты не могли гарантировать осуществление общего контроля над голосами. Но это касается лишь указанного поколения машин.

Электронные машины, конечно же, несовершенны, а компьютерные вирусы и проблемы с настройкой затрудняют их эксплуатацию. В 2002 году Тэд Селкер протестировал одно из электронных устройств, и в ходе проверки выяснилось, что 10 % избирателей штата Нью-Мексико заполнили бюллетени неправильно. Еще один недостаток исследуемого оборудования был тот, что данное устройство возможно было отключить при подсчете избирателей<sup>2</sup>.

Россия же активно осваивает информационные технологии при проведении и организации выборов. За последние годы выборы в РФ стали более современным процессом, и мы находимся в числе государств, которые заинтересованы в развитии электронного голосования.

Автоматизация избирательных процессов в РФ началась еще с 1994 года, когда разрабатывалась Государственная автоматизированная система Российской Федерации «Выборы» (далее – ГАС «Выборы»), а эксплуатация – в 2000 году. В 2001 году были также созданы сканеры обработки избирательных бюллетеней, а в 2003 году комплексы обработки избирательных бюллетеней (далее – КОИБ). Первые экспериментальные «сканеры избирательных бюллетеней» были широко применены в Омской области на выборах губернатора в 2004 году в количестве 800 штук. В 2005 году была изготовлена партия комплексов для электронного голосования (далее – КЭГ), в которых реализована технология «безбумажного» голосования. В 2007–2008 годах в ходе парламентских и президентских выборов на 21 избирательном участке в пяти субъектах России: Великом Новгороде, Орле, Саратове, Суздале, Рязани – было использование КЭГ. В октябре 2008 года в г. Новомосковске впервые был проведен эксперимент по электронному голосованию. После обычных выборов избирателям по желанию предлагался специальный диск, и они могли в любом месте, где есть выход в Интернет, отдать свой голос. Данный эксперимент показал положительные

результаты: при сравнении результатов данные совпали с высокой степенью. 4 декабря 2011 года в Республике Татарстан 5 % избирательных участков были оборудованы комплексами электронного голосования<sup>3</sup>. И по данным Центральной избирательной комиссии к 2015 году планируется достигнуть 100 % оснащенности современными программно-техническими средствами избирательных участков по всей стране.

Что же касается проведения электронных выборов посредством сети Интернет, то в данных условиях принципы избирательного права приобретают совершенно иную окраску, чем при проведении традиционного голосования. И поэтому соблюдение принципа тайного голосования становится практически невозможным. Существующие технологии фактически не обеспечивают анонимность, так как невозможно исключить хранение уникальных ключей голосовавших в базе данных на сервере, потому что это может повлечь возможность повторного голосования одним и тем же лицом. Здесь сразу же возникает еще один вопрос: каким же образом будет устанавливаться подлинность избирателя при регистрации. Один из самых надежных способов – это постоянное и повсеместное применение электронно-цифровых подписей, но на сегодняшний момент это является невозможным для многих стран. В мире пока лишь одна страна, в которой граждане отдают свой голос через Интернет – это Эстония, с помощью электронных удостоверений личности – это пластиковые карты со встроенным микрочипом, на котором хранится индивидуальный номер (цифровая подпись). Но опять же, в Эстонии численность населения составляет 1,340 млн, а в Российской Федерации – 142,9 млн человек. И мы считаем, что для России это будет затратной идеей. А если обойтись только получением избирателем ключа электронной цифровой подписи для доступа на сервер для голосования, то это имеет тоже свои минусы. Временный промежуток между выборами может быть различным. Длительный период снижает надежность этих ключей, так как они могут быть похищены либо в базе данных избирательной комиссии, либо у самого избирателя. А если выдавать данные ключи накануне выборов, то тогда пропадает основное преимущество ин-

<sup>2</sup> Селкер Т. Электронное голосование // В мире наук. 2005. Янв. С. 62.

<sup>3</sup> Чуров В. Цель – модернизация избирательной системы // Журн. о выборах. 2011. № 3. С. 3.

тернет-выборов – удобство, так как за день до голосования избиратель все равно должен посетить избирательный участок для регистрации и получения ключа. Значит, для того чтобы действительно в какой-то мере обеспечить тайность голосования – это наличие электронных удостоверений.

В 1983 году Кен Томсон сообщил, что при использовании электронной техники для проведения выборов можно изменить результаты голосования<sup>4</sup>, то есть в программное обеспечение может быть введен специальный код, активизирующийся в день выборов и фальсифицирующий результаты голосования. И поэтому сотрудниками Массачусетского технологического института была создана программа «Безопасные выборы», которая воплотила в себе все основные требования по защите данных.

Как известно из практики, при проведении федеральных выборов 2003–2004 годов на интернет-портал ГАС «Выборы» было совершено 1 800 атак (из них 20 % из-за рубежа)<sup>5</sup>, но по словам прежнего Председателя Центральной избирательной комиссии А.А. Вешнякова, они были успешно отражены. Однако данный опыт показывает, что атака со стороны различных хакеров не исключается, и это может повлиять на итоги голосования.

Конечно, в процессе информатизации общества, возможно, данный вид голосования обеспечит доверие граждан к государственной власти. Интернет-выборы значительно увеличат явку молодежи, так как наиболее активными пользователями Интернет, как правило, являются люди в возрасте до 35 лет. И соответ-

ственно увеличится участие молодых людей в политической жизни страны. Ведь, как говорил известный государственный деятель, оратор, выдающийся юрист Марк Туллий Цицерон, «Народ не любое соединение людей, собранных вместе каким бы то ни было образом, а соединение многих людей, связанных между собой в вопросах права и общностью интересов»<sup>6</sup>. Следовательно, в основе демократической власти лежит легитимность, которая выступает как источник ее авторитета и уважения, добровольного подчинения. Чем выше уровень легитимации государственной власти, тем шире возможности руководства с минимальными «силовыми» издержками и затратами «управленческой энергии» и с большей свободой регулировать общественные процессы.

Введение электронного голосования представляет собой не простую замену классических урн и бюллетеней. Развитие систем электронного голосования является многоэтапным и сложным процессом. Поэтому как законодателю, так и ученым, в первую очередь необходимо обратить внимание на безопасность данных, на борьбу со сбоями в системе. А безопасность программного обеспечения определяется различными протоколами и уровнем шифрования информации. Для того чтобы точно быть уверенным в высокой степени защиты, необходимо несколько раз проверить оборудование. В связи с этим необходим более жесткий контроль обработки, передачи и хранения информации, для обеспечения реализации принципов избирательного права.

<sup>4</sup> Селкер Т. Электронное голосование. С. 64.

<sup>5</sup> Вешняков А.А. Общая характеристика гарантий обеспечения избирательных прав граждан с использованием ГАС «Выборы» // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 8.

<sup>6</sup> Лазарев В.В. Общая теория права и государства. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 1996. 472 с. С. 376.

## АДМИНИСТРАТИВНЫЕ СУДЫ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: НУЖНЫ ЛИ ОНИ?

РЕЗВЫХ Денис Сергеевич

**Аннотация:** в данной статье рассматривается проблема создания административных судов в Российской Федерации. Проанализированы точки зрения как противников, так и сторонников создания административной юстиции. На основе приведенных в статье мнений, автор приходит к выводу о необходимости своевременной подготовки к созданию указанных судов.

**Annotation:** in this article considers the problem creation of administrative courts in the Russian Federation. Analyze point of view, both opponents and proponents of administrative justice. On the basis of the opinions in the article, the author comes to the conclusion that timely preparation for the establishment of such courts.

**Ключевые слова:** административное право, административная юстиция, административный суд, административное судопроизводство.

**Key words:** administrative law, administrative justice, administrative court, administrative proceedings.

В ст. 1 Конституции Российской Федерации провозглашается, что Россия является демократическим правовым государством, это подразумевает движение по пути интеграции в мировое сообщество. На данном важнейшем этапе нашей истории общественно-правовые отношения, регулируемые административным правом, предстали во всем своем многообразии и, как следствие, стали чрезвычайно важны, а одним из показателей уровня развития правового государства, по мнению некоторых ученых, в том числе является и наличие административных судов.

Вопрос о необходимости создания административной юстиции в Российской Федерации возник уже давно, а споры по этому поводу ведутся до сих пор. Большая часть современных ученых считает, что «появление административных судов создаст дополнительные гарантии защиты прав и свобод граждан и повысит эффективность правосудия»<sup>1</sup>. Из этого и исходили, принимая «Программу развития системы судов общей юрисдикции Российской Федерации и совершенствования организационного обеспечения их деятельности на период до 2023 года». В ней говорится о необходимости создания административных судов в «целях совершенствования, развития и повышения эффективности судебной системы, что, в свою очередь, служит обеспечению доступности правосудия»<sup>2</sup>.

В российской науке существует два мнения по данному вопросу. Первое говорит нам о необходимости создания специализированных административных судов, второе же, наоборот, об отсутствии такой необходимости.

В защиту первой точки зрения А.В. Власов утверждает, что «рассмотрение дел, возникающих из административно-правовых отношений, должны рассматриваться исключительно в специализированных судах»<sup>3</sup>. К схожему умозаключению приходит и А.И. Сапожников. Он утверждает, что «введение административных судов является конституционным долгом законодателя. Создание органов административной юстиции не только осуществит закрепленные Конституцией положения, но и выведет Россию в этом вопросе на общеевропейский уровень»<sup>4</sup>. Т.В. Казина, в свою очередь, указывает на то, что «создание системы административных судов является важным показателем укрепления судебной власти в России, вектор, доказывающий продолжение правовой реформы, и индикатор роста правосознания российских граждан»<sup>5</sup>.

Первого мнения придерживается и председатель Верховного Суда РФ Вячеслав Михайлович Лебедев. Так, Верховным Судом РФ

<sup>3</sup> Власов А.В. Какой будет административная юстиция? // Рос. юстиция. 2002. № 11. С. 17.

<sup>4</sup> Сапожников А.И. К вопросу о создании административной юстиции в Российской Федерации // Адвокатская практика. 2008. № 1. С. 42.

<sup>5</sup> Казина Т.В. О некоторых проблемах административной юстиции в современной России // Административное право и процесс. 2008. № 1. С. 31.

<sup>1</sup> Чиринов А.М. Некоторые проблемы создания административных судов в Российской Федерации // Политика, государство и право. № 5. 2012. URL: <http://politiks.snauka.ru/2012/05/325>

<sup>2</sup> Постановление Президиума Совета судей Российской Федерации от 26 декабря 2007 г. № 133.

в сентябре 2000 года в Государственную Думу Российской Федерации был внесен проект ФКЗ «О федеральных административных судах», им предусматривалось создание системы максимально независимых административных судов по аналогии с системой арбитражных судов. По этому поводу В.М. Лебедев неоднократно высказывался и считает, что «в создании административных судов предлагается несовпадение судебных округов с административно-территориальным делением, что является одним из гарантированных условий для объективного рассмотрения дел»<sup>6</sup>. В научной среде эта точка зрения популярна, ведь кажется очевидным и на это указывает Ю.М. Жаднов, что такая система станет гарантией независимости административных судов от территориальных органов власти<sup>7</sup>. Вместе с тем, это создаст очевидные проблемы доступности правосудия, что является следствием большой территории Российской Федерации. Однако, на наш взгляд, это создаст больше проблем, нежели принесет пользы.

Еще одним доводом сторонников создания административных судов в России является утверждение, что, поскольку административные дела чрезвычайно сложны и специфичны, то их должны рассматривать специальные суды. Профессор Демьян Николаевич Бахрах отвечает на указанное утверждение следующим образом: «В данном случае возможна и необходима не специализация судов, а специализация судей по административным делам, подобно тому, как уже многие годы осуществляется специализация судей по уголовным, гражданским делам»<sup>8</sup>. Данная точка зрения видится нам довольно рациональной, хотя она и не соответствует европейским тенденциям решения рассматриваемого вопроса.

Так, по мнению Н.В. Соколовой, необходимость создания упорядоченной системы административных судов обусловлена «тремя основными причинами: острой социальной потребностью в эффективном судебном контроле за законностью решений и действий ор-

ганов исполнительной и законодательной власти; отсутствием должного уровня профессионализма у судей общей юрисдикции, рассматривающих вопросы публичного права в области административно-правовых отношений; перегруженностью судов общей юрисдикции»<sup>9</sup>. При этом сама попытка создания в России системы административных судов не увенчалась успехом. Так, еще в 2010 году Государственной Думой Российской Федерации было принято решение о прекращении рассмотрения законопроекта «О федеральных административных судах», что, конечно, не мешает сегодняшним изысканиям в этой области, которые выявляют некоторые проблемы создания административных судов, к числу которых можно отнести:

1) нет полной ясности в самой концепции административной юстиции, есть только многообразие точек зрения ученых на эту проблему;

2) как это часто бывает, на создание административных судов, по информации Верховного Суда РФ, потребуется более 5 млрд рублей, ввиду чего данный шаг видится не слишком целесообразным в рамках данной экономической ситуации, но, по нашему мнению, при необходимости может быть осуществлен;

3) до сих пор не принят Кодекс административного судопроизводства, что значительным образом ухудшает ситуацию и без того невысокой степенью систематизации административного права.

Обобщая вышесказанное, мы пришли к выводу, что на современном этапе необходимо начать скорейшую подготовку для создания административных судов, нынешняя экономическая и политическая ситуации, однако, делают трудным, но осуществимым, решение данного вопроса, особенно в связи с активизацией процессов по созданию Кодекса административного судопроизводства, что, наконец, даст импульс к созданию специализированных административных судов.

<sup>6</sup> Руднев В.Н. Административные суды: быть или не быть? // Рос. юстиция. 2002. № 9. С. 20.

<sup>7</sup> Жаднов Ю.М. Система административных судов не должна совпадать с административно-территориальным делением // Рос. юстиция. 2002. № 9. С. 21.

<sup>8</sup> Бахрах Д.Н. Нужна специализация не судов, а судей // Рос. юстиция. 2003. № 2. С. 10.

<sup>9</sup> Соколова Н.В. О некоторых проблемах создания административного правосудия в России // Вестн. Самар. гуманит. акад. 2008. № 1. С. 23. (Серия «Право»).

**СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ**

**Беккалиев Дмитрий Хажимратович** – аспирант Поволжского института управления имени П.А. Столыпина – филиала Российской Академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

E-mail: bratfoot@mail.ru

**Бражник Сергей Дмитриевич** – доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВПО «Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова», кандидат юридических наук.

E-mail: olegsol1961@yandex.ru

**Гатилова Алла Сергеевна** – преподаватель кафедры гражданского права Краснознаменского филиала НОУ ВПО «Международный юридический институт».

E-mail: agatilov@rambler.ru

**Дмитриев Евгений Сергеевич** – научный консультант Ярославского правового научно-исследовательского общества.

E-mail: olegsol1961@yandex.ru

**Ефимцева Татьяна Владимировна** – заведующий кафедрой предпринимательского и природоресурсного права Оренбургского института (филиала) ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА имени О.Е. Кутафина)», кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: tve-26@mail.ru

**Захорольных Наталья Владимировна** – старший преподаватель кафедры финансового и трудового права ФГБОУ ВПО «Новосибирский государственный университет экономики и управления «НИНХ».

E-mail: natzach@ngs.ru

**Зиннатуллин Нияз Zufарович** – аспирант ЧОУ ВПО «Академия социального образования».

E-mail: aspirant08@mail.ru

**Инджгия Анри Мевлудиевич** – консультант Ярославского Центра экономического и социального просвещения.

E-mail: olegsol1961@yandex.ru

**Кузин Валерий Николаевич** – доцент кафедры истории российской государственности и права ФГБОУ ВПО «Поволжский институт управления имени П.А. Столыпина», кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: vnkuzin@mail.ru

**Куксин Иван Николаевич** – профессор кафедры гражданского и уголовного права и процесса филиала ФБОУ ВПО «Российский государственный социальный университет», доктор юридических наук, профессор (г. Клин Московской области).

E-mail: matveev.ur@mail.ru

**Кульба Глеб Юрьевич** – доцент кафедры административного и финансового права ФГБОУ ВПО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации» (Уральский институт), кандидат юридических наук.

E-mail: gukulba@gmail.com

**Лескова Юлия Геннадьевна** – доцент кафедры гражданского и предпринимательского права ФГБОУ ВПО «Самарский государственный университет», кандидат юридических наук.

E-mail: yuliyaleskova@yandex.ru

**Мартыненко Игорь Эдуардович** – заведующий кафедрой гражданского права и процесса Гродненского государственного университета имени Янки Купалы (Республика Беларусь), кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: martinenko@tut.by

**Матвеев Павел Александрович** – соискатель кафедры семейного и ювенального права, преподаватель кафедры гражданского и уголовного права и процесса филиала ФБОУ ВПО «Российский государственный социальный университет» (г. Клин Московской области).

E-mail: matveev.ur@mail.ru

**Матросов Николай Александрович** – консультант отдела судебной работы и правовой информации правового управления Правительства Саратовской области, соискатель кафедры гражданского процесса ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия».

E-mail: zhiraf88@yandex.ru

**Резвых Денис Сергеевич** – студент юридического факультета ФГБОУ ВПО «Южно-Уральский государственный университет».

E-mail: rezvykhds@yandex.ru

**Сазонова Кира Львовна** – доцент кафедры государственного управления и права ФГБОУ ВПО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации», кандидат юридических наук, кандидат политических наук.

E-mail: kira\_sazonova@mail.ru

**Самодаева Лариса Николаевна** – аспирант НОУ ВПО «Международный юридический институт».

E-mail: nastasia.06@mail.ru

**Сербин Михаил Викторович** – вице-президент Молодежного союза юристов России, заместитель декана юридического факультета ФГАОУ ВПО «Санкт-Петербургский государственный университет аэрокосмического приборостроения», кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: michael-lion@mail.ru

**Скоробогатов Андрей Валерьевич** – профессор кафедры теории и истории государства и права ЧОУ ВПО «Институт экономики, управления и права» (г. Казань), доктор исторических наук, доцент.

E-mail: askorobogotov@rambler.ru

**Соловьев Олег Геннадиевич** – доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВПО «Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова», кандидат юридических наук.

E-mail: olegsol1961@yandex.ru

**Степанченко Валерий Иванович** – депутат, руководитель фракции Справедливая Россия в Законодательном Собрании Ямало-Ненецкого автономного округа (г. Салехард), кандидат юридических наук.

E-mail: yunina77@mail.ru

**Сумбарова Марина Владимировна** – Dr. iur, ассоциированный профессор Балтийской международной академии.

E-mail: sumbarova.marina@inbox.lv

**Титовская Анастасия Владимировна** – соискатель ФГБОУ ВПО «Саратовский государственный университет им. Н.Г. Чернышевского».

E-mail: asya2504@mail.ru

**Фролов Игорь Валентинович** – и.о. заведующего кафедрой трудового, земельного и финансового права Новосибирского юридического института (филиала) ФГБОУ ВПО «Национальный исследовательский Томский государственный университет», кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: lex-sib@mail.ru

**Ходырев Павел Михайлович** – доцент кафедры гражданского права ФГБОУ ВПО «Удмуртский государственный университет», кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: uyl@udm.ru

**Чибисов Дмитрий Михайлович** – ассистент кафедры международного права и международных отношений Национального университета «Одесская юридическая академия».

E-mail: dmytro.chybisov@gmail.com

## **Издательство «Концепция»**

приглашает к сотрудничеству всех заинтересованных лиц и оказывает услуги по изданию монографий, учебников, учебных пособий, сборников материалов конференций, методических рекомендаций, периодических изданий и иной литературы, в том числе:

- ❖ подготовка издания к печати: профессиональное редактирование и корректура рукописей, оформление библиографических ссылок согласно требованиям ГОСТ; присвоение ISBN, УДК, ББК, оформление титульного листа и выходных данных по ГОСТ, подготовка оригинал-макета;
- ❖ печать различных видов изданий на современном оборудовании: доступны различные типы печати, широкий выбор бумаги, различные варианты переплета, обложки; по желанию клиента издательство работает с минимальными тиражами (до 100 экз.);
- ❖ доставка книг по России и странам ближнего зарубежья.

Для авторов научной, учебной и патриотической художественной литературы действует система скидок.

Наша концепция: «От черновика до книги – один шаг».

Наш телефон: 8 (4912) 99-21-97

E-mail: [conception.rzn@gmail.com](mailto:conception.rzn@gmail.com)

*Для заметок*

Отпечатано с готового оригинал-макета  
в ТРОО «Бизнес-Наука-Общество»  
392000, г. Тамбов, ул. Советская, д. 6.

Подписано в печать 21.12.2012. Формат 61x86<sup>1</sup>/<sub>8</sub> Бумага офсетная. Печать трафаретная. Печ. л. 14,06. Уч.-изд. л. 12,3. Тираж 500 экз. Заказ № 0542.