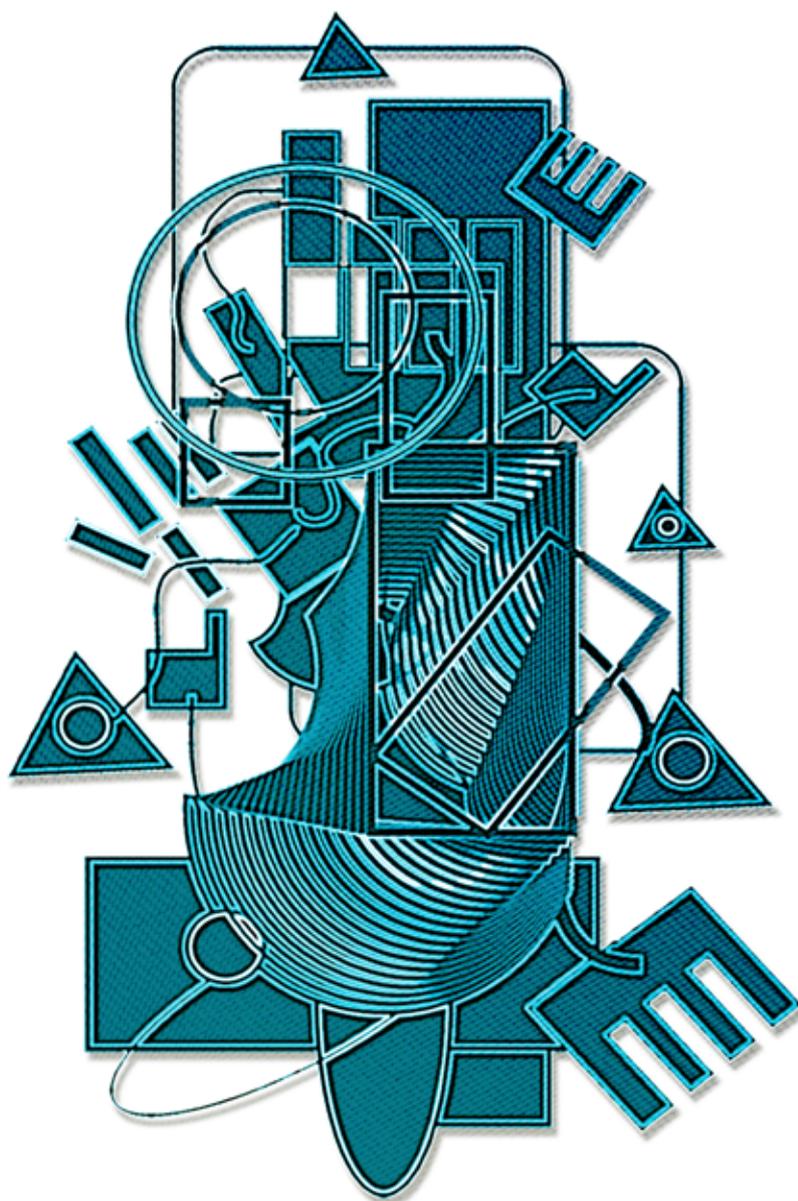


Международная заочная научная конференция

«Право: история, теория, практика»



Санкт - Петербург

УДК 340(082)
ББК 67
П68

Редакционная коллегия сборника:
*Г.Д. Ахметова, М.Н. Ахметова, О.А. Воложанина, С.Н. Драчева,
Ю.В. Иванова, М.Г. Комогорцев, К.С. Лактионов*

Ответственный редактор: *О.А. Шульга*

Право: история, теория, практика: материалы междунар. заоч. науч. конф. (г. Санкт-Петербург, июль 2011 г.). / Под общ. ред. Г.Д. Ахметовой. — СПб.: Реноме, 2011. — 144 с.

ISBN

В сборнике представлены материалы международной заочной научной конференции «Право: история, теория, практика».

Рассматривается широкий круг вопросов в сфере юриспруденции: теория и история государства и права, государственное право, гражданское право, уголовное право и пр.

Предназначен для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических специальностей, а также для широкого круга читателей.

УДК 340(082)
ББК 67

СОДЕРЖАНИЕ

1. ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Воробьёва Е.С.

Развитие альтернативных способов урегулирования споров в России в условиях глобализации 6

Деменишин А.В.

О некоторых актуальных вопросах безопасности как правовой категории. 9

2. ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Авакян Р.О., Арутюнян А.Обычное право и правовой обычай как источник армянской правовой мысли
(на примерах древнейшего законодательства, канонических норм и судебных актов Армении) 13**Биюшкина Н.И.**

Земские участковые начальники: требования к должности. 19

Гребенкин А.Н.

Право на образование в дореволюционной России: особенности реализации. 21

Егоров А.М.Особенности международного права Псковской воеводской республики в период ее расцвета
(XIV–XV вв.) 24**Ковалева Н.А.**

Послереволюционные взгляды на категорию гражданской правоспособности 26

Костина С.М.Роль Русской группы Международного союза криминалистов в истории становления института
условного осуждения в дореволюционной России 33**Римская С.В.**

Эволюция института франчайзинга в РФ и странах Западной Европы. 37

Шкутин А.И.Исторический анализ развития законодательства России о государственной регистрации прав
на недвижимость от Царской России и до наших дней 41

3. КОНСТИТУЦИОННОЕ (ГОСУДАРСТВЕННОЕ) ПРАВО

Бужак К.В.

Применение ограничений избирательных прав по нравственным признакам (исторический аспект) ... 44

Денисов А.П.

Государственное управление и государственная служба: взаимосвязь, проблемы и перспективы 50

Захаров А.А.

К вопросу о понятии коррупции в области публичного управления. 54

Куликова С.А. Теоретико-правовая модель конституционного запрета цензуры	56
--	----

5. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

Завьялова И.С. Современное состояние форм государственного управления: административно-правовой аспект	61
Лабутина Н.А. Соотношение административной и налоговой ответственности за нарушение налогового законодательства	63
Садовская Т.Д. Правовые, теоретические и практические основы государственного контроля и надзора	67

7. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Баженов Д.А. Налогообложение внешнеэкономических сделок	71
Трофимова Л.В. О правовом регулировании финансовых правоотношений и финансовой политики	78
Чиклаев Р.В. Секьюритарное право как система норм, регулирующих оборот ценных бумаг	82

8. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО

Кутюков Д.В. Законодательство Российской Федерации о предпринимательстве	85
Николаев А.Р. Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц	88
Уметбаева Ю.И. Механизмы поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства	91

9. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Бондарь В.В. Виртуальное наследство. Эпоха всемирной сети	94
Ершов И.И. Обязательство в римском праве	96
Забелин П.Е. Коммерческая концессия в гражданском обороте РФ – понятие и признаки	99
Ильина С.В., Мурзина А.С. Иерархическая структура национального (внутригосударственного) транспортного права РФ	104
Кицай Ю.А. Некоторые особенности внесения платы за жилое помещение и коммунальные платежи в жилищном праве РФ	107
Кузьмина К.Б. Необходим ли договор при применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ)?	109
Сергеева Ю.С. Правовые особенности содержания договора страхования имущества	111

10. АРБИТРАЖНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Пименова Е.Н. Арбитражное процессуальное право в системе частного и публичного права	114
--	-----

13. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Голикова С.В.

Понятие и содержание принципа приоритета семейного воспитания в семейном праве России 117

14. ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЛЕСНОЕ, ВОДНОЕ И ВОЗДУХООХРАННОЕ ПРАВО

Асанова Н.А., Ляшева Т.Я.

Совершенствование нормативно-правовой базы с целью дальнейшего внедрения комплекса мер по обеспечению безопасности населения и территорий в условиях чрезвычайных ситуаций природного характера 121

16. ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫЕ ОРГАНЫ

Малыгин С.С.

От практики использования специальных помещений оперативными аппаратами органов внутренних дел к их месту в теории ОРД. 124

17. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Бакрадзе А.А.

Проблемы отграничения хищения предметов, имеющих особую ценность, от разбоя 128

Дорогин Д.А.

Уголовная ответственность: понятие и пределы. 131

Мингалимова М.Ф.

Новый закон об уголовном наказании. 134

21. ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Аккулев А.Ш.

Возможные пути совершенствования деятельности предварительного следствия 137

Чиркова Е.С.

Смертная казнь в США: тенденция отмены 140

1. ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Развитие альтернативных способов урегулирования споров в России в условиях глобализации

Воробьева Е.С., аспирант

Московская государственная юридическая академия

Одной из объективных закономерностей развития права на современном этапе является углубление взаимодействия международного и внутригосударственного права, что обуславливает интернационализацию последнего, представляя собой одну из основных тенденций развития этого права в XXI в. [1, с. 44–47]. В современных условиях перед правом встает важная задача — проблема управления глобализацией, гармонизации ее процессов. Право выступает в качестве инструмента глобализации и одновременно средства управления ее процессами, а также является неотъемлемой частью построения глобальных институтов, которые прямо связаны с международной стабильностью, жизнеспособностью мировой торговли и достоинством людей.

Юридическое содержание термина «глобализация» ни в одной из российских отраслей права, а также в международном праве не определено [2], однако очевидно, что глобализация в праве выражается прежде всего в формировании новых юридических отношений, институтов и норм [3, с. 173]. Следует подчеркнуть, что те средства контроля, координации, управления, которые веками создавались на национальном уровне, явно утрачивают эффективность в глобализирующемся мире [4, с. 2–5].

Воздействие глобализационных процессов на судебную практику происходит следующими путями. Во-первых, путем приведения в соответствие с международным правом правовых норм, регламентирующих правоприменительную деятельность, во-вторых, это применение норм, принципов и прецедентов международного права в национальной правовой системе, в-третьих, влияние глобализационных процессов проявляется в трансформации организационного уровня правоприменения, в совершенствовании организации и деятельности правоприменительных институтов судебной системы при обеспечении их соответствия международным стандартам [5, с. 53–55]. К этому необходимо добавить еще и то обстоятельство, что сегодня обнаруживается нарастание процессуальности (процедурности) в правовом регулировании, что выражается в расширении сферы процессуального регулирования, увеличении числа процедурно-процессуальных норм, усложнении процедуры совершенствования процессуальной формы. Причем в развитии процессуального права, просматривается закономерность, в которой

чем более развито общество, тем детальнее в законодательстве прорисовывается деятельность, связанная с охраной социального порядка, прав, свобод и законных интересов граждан и организаций.

Объективно обусловленным историческим развитием общества можно признать тот факт, что возникновение правосудия связано с объективной необходимостью обеспечить правопорядок от имени государства как силы, стоящей над обществом и частными интересами отдельных граждан [6, с. 88]. Проблема обеспечения доступа к правосудию для любого заинтересованного лица достаточно подробно исследована в отраслевой науке с позиции определения юридической природы данного явления, его структуры и определения факторов, влияющих на доступность правосудия [7, с. 20–158].

Анализируя судоустройственные и судопроизводственные аспекты доступности правосудия, М.С. Шакарян отмечала, что доступность правосудия определяется прежде всего наличием следующих условий: гарантированное право на обращение в суд в четко (ясно) установленном порядке, не допускающем субъективизма при применении закона; близость суда к населению; разумные судебные расходы с правом неимущего быть освобожденным от них; разумные сроки рассмотрения и разрешения гражданских дел; научно обоснованные нормативы нагрузки судей; простота и ясность процедуры рассмотрения дела; гарантия юридической помощи (нуждающимся — бесплатно) [8, с. 61, 62].

В настоящее время проблема обеспечения доступа к правосудию, эффективного и быстрого разрешения конфликтов остро встала перед системой государственного правосудия. В современных условиях, под влиянием глобализирующегося мира, в России возникла необходимость в применении альтернативных способов урегулирования и разрешения конфликтов между участниками гражданско-правовых отношений (Рис. 1).

На последнем VII съезде судей Председатель ВАС А.А. Иванов указал на необходимость становления в качестве одного из приоритетных направлений дальнейшего развития правосудия в России механизмов досудебного урегулирования споров и примирительных процедур (медиации), применение которых позволило бы не доводить многие дела до их разрешения в судебном порядке. При-

менение таких процедур, по мнению А.А. Иванова, может решить сразу две существенные проблемы: во-первых, заметно снизить нагрузку на судей и, во-вторых, ощутимо повысить качество их работы, что, в свою очередь, позволит российской судебной системе вернуть доверие граждан [9].

Идея о возможности развития в России медиации и других примирительных процедур была воспринята и поддержана не только представителями судов, которые в первую очередь заинтересованы в их развитии, но и активно пропагандируется Президентом Российской Федерации и органами исполнительной власти. Так, по итогам последнего Всероссийского съезда судей Президент Российской Федерации Д.А. Медведев также сформулировал и дал поручение разработать и внедрить досудебные процедуры рассмотрения споров, в том числе медиацию [10]. Вместе с тем еще в 2006 г. Правительством России была принята Федеральная целевая программа развития судебной системы 2007–2011 годах, в которой внедрение примирительных процедур (восстановительной юстиции), внесудебных и досудебных способов урегулирования споров, в том числе вытекающих из административных правоотношений, рассматривается как одно из приоритетных направлений, развитие которого необходимо для снижения нагрузки на судей, экономии бюджетных ресурсов и повышения качества осуществления правосудия [11].

Отдельно в данной программе указывается на необходимость широкого внедрения процедур медиации в качестве механизмов реализации положений законов Российской Федерации, предусматривающих возможность примирения сторон. Одной из приоритетных целей обозначается разработка нормативных правовых актов, определяющих механизм реализации указанных в программе положений, статус соответствующих организаций, осуществляющих функции медиации, а также регламент (процедуру) их работы [12]. Все это говорит о том, что формирование и развитие примирительных процедур в России сегодня действительно рассматриваются как одно из политически приоритетных направлений дальнейшей эволюции российского правосудия.

В правовых системах государств всего мира прослеживается четкая тенденция, направленная на упрощение и облегчение доступа к правосудию. Согласно Рекомендаций Комитета министров Совета Европы от 14 мая 1981 года № R (81)7 «Комитет министров — государствам — членам относительно путей облегчения доступа к правосудию» [13] прямо рекомендуется государствам — членам Совета Европы применять меры где это уместно, примирения сторон или дружественного урегулирования спора до принятия его к производству или же в ходе разбирательства.

Ориентация на развитие таких форм сегодня характерна для многих государств. В США, Канаде, Великобритании, других странах с элементами англосаксонской системы права широкое распространение получили аль-

тернативные процедуры урегулирования споров, которые применяются либо вне суда, либо в рамках суда, но непременно до начала разбирательства дела по существу. Возникнув как инструмент процессуальных преобразований, как способ преодоления кризисной ситуации в правосудии, они постепенно превратились в неотъемлемую составную часть правовой системы [14, с. 19].

В мировой практике существует несколько десятков различных способов, методов и форм разрешения конфликтов, к которым, в частности, относятся переговоры (*negotiation*), посредничество (*mediation*), арбитраж (*arbitration*), посредничество-арбитраж (*mediation-arbitration* или *med-arb*), примирительное производство (*conciliation*), мини-суд (*mini-trial*), независимая экспертиза по установлению фактических обстоятельств дела (*neutral expert fact-finding*), омбудсмен (*ombudsman*), частная судебная система (*private court system*) и другие. Применительно к экономическим спорам наиболее распространенными видами примирения считаются переговоры, посредничество и арбитраж [15, с. 29–31]. Так, в США в соответствии с Федеральными правилами гражданского процесса судьям рекомендовано содействовать сторонам в урегулировании конфликта на досудебных слушаниях. В Бельгии и Франции суд должен предложить сторонам урегулировать разногласия при помощи механизмов альтернативного разрешения спора, но при этом необходимо соблюдение принципа обоюдного согласия участников спора. В Испании и Италии судья обязан предпринять все меры, чтобы убедить сторон обратиться к примирительным процедурам. В Англии и Уэльсе суд вправе наложить на участников спора финансовые санкции, в случае, если они отказались от медиации [16, с. 116–117].

Создание механизма разумного управления конфликтами, обеспечение быстрого урегулирования конфликтов и погашение их отрицательных последствий — задача государственной важности. Ориентация на мирное разрешение споров, развитая система примирительных процедур, в том числе и несудебных, — это существенный признак подлинно демократического правового государства [17, с. 36]. В России созданы и функционируют различные специализированные организации по урегулированию споров, посреднические структуры. Так, в Москве работают центры примирительных процедур при Торгово-промышленной палате России, Европейском деловом клубе, Ассоциации региональных банков России. В Санкт-Петербурге активно действует Примирительная палата, с 1993 года успешно работают Петербургский центр разрешения конфликтов и Центр содействия третейскому разбирательству [18, с. 22].

В этой связи особо примечательно принятие Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» № 193-ФЗ от 27.07.2010 вступившего в силу 1 января 2011 года (далее ФЗ о медиации), основными целями которого является создание правовых условий для



Рис. 1. Внешние факторы, оказывающие влияние на судебную систему России

применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица — медиатора (процедуры медиации), содействия развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, гармонизации социальных отношений [19]. ФЗ о медиации устанавливает основополагающие принципы проведения медиации, а также дает определенные гарантии, как сторонам, так и медиатору. В нем устанавливаются гарантии конфиденциальности информации, свидетель-

ского иммунитета медиатора, приостановления сроков исковой давности, отложение судебного или третейского разбирательства и прочее [20, с. 19–20]. Развитие в России, в условиях глобализации, альтернативных способов урегулирования спора совершенно справедливо можно рассматривать как один из аспектов формирования гражданского общества и его институтов, в рамках которого реализуются такие ценности, как свобода граждан, утверждение начал справедливости и безопасности.

Литература:

1. Чекин А.Н., Акимов А.Н. О соотношении международного права и национального права в эпоху глобализации // Международное публичное и частное право. 2009. № 5. С. 44–47.
2. См.: Макогон Б.В. Процессы глобализации в современном праве и их проявление в российском законодательстве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007; Спиридонов А.П. Уголовное право Российской Федерации и правовая глобализация: влияние и соотношение: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006; Сорокин Д.В. Проблемы правового обеспечения информационной безопасности России в условиях глобализации информационного пространства: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006; Печенкина С.Ю. Глобальные тенденции развития международного корпоративного права под влиянием процессов глобализации и интеграции: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006; и др.
3. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М.: Спарк, 2000. С. 173.
4. Власова Г.Б. Процессы глобализации и судебная власть // Мировой судья. 2010. №3. С. 2–5.
5. Виприцкий Н.Н. Политико-правовые условия обеспечения внешних функций государства в эпоху глобализации // Общество и право. 2010, №1. С. 53–55.
6. Фурсов Д.А., Харламова И.В. Теория правосудия. М.: Статут, 2009. Т. 1. С. 88.
7. Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006. С. 20–158.
8. Шакарян М.С. Проблемы доступности и эффективности правосудия в судах общей юрисдикции // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве. М., 2001. С. 61, 62.

9. Доклад Председателя ВАС А.А. Иванова на VII Всероссийском съезде судей. URL: <http://www.arbitr.ru/news/20242.html>.
10. Поручение Президента Российской Федерации по итогам VII Всероссийского съезда судей. Опубликовано на официальном сайте Президента Российской Федерации 12.01.2009. URL: <http://www.kremlin.ru/text/docs/2009/01/211593.shtml>.
11. Постановление Правительства Российской Федерации от 21 сентября 2006 г. N 583 «О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы» // Российская газета. 2006. 1 ноября.
12. Постановление Правительства РФ от 21.09.2006 №583 (ред. от 10.09.2010) «О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2007–2012 годы» // Собрание законодательства РФ, 09.10.2006, №41, ст. 4248; Российская газета, №245, 01.11.2006
13. Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 14 мая 1981 года №R (81)7 «Комитет министров – государствам – членам относительно путей облегчения доступа к правосудию» // Российская юстиция. 1997. №6. С. 4.
14. Носырева Е.И. Перспективы развития альтернативного разрешения споров в Российской Федерации // Законодательство. 2000. №10. с. 19.
15. Решетникова И. Колясникова Ю. Медиация и арбитражный процесс // Арбитражный и гражданский процесс, 2007, №5. с. 29–31.
16. Херсонцев А.И. Альтернативное разрешение споров: проблемы правового регулирования и европейский опыт // Российский юридический журнал. 2003. №3. С. 116–117.
17. Полуяктов А. Примирение сторон в арбитражном и гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №6. С. 36.
18. Полуяктов А. Примирение сторон в арбитражном и гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №5. С. 22.
19. Федеральный закон от 27.07.2010 №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (принят ГД ФС РФ 07.07.2010) // «Российская газета», №168, 30.07.2010; «Собрание законодательства РФ», 02.08.2010, №31, ст. 4162.
20. Шамликашвили Ц.А. Использование медиации для разрешения споров в банковской сфере // Банковское право. 2011. №1. С. 19–20.

О некоторых актуальных вопросах безопасности как правовой категории

Деменишин А.В., студент

Сибирский федеральный университет (г. Красноярск)

«Свобода политическая заключается в нашей безопасности или, по крайней мере в нашей уверенности, что мы в безопасности» [7].

В правовой системе, к любому её проявлению и элементу должно существовать единообразное понимание, проблемы и противоречия должны быть минимизированы и устранены. Ввиду существующих процессов правовой модернизации должны быть разработаны и претворяться в жизнь концептуальные модели совершенствования категории «Безопасность».

Возможно выделить несколько аспектов в рамках данной проблематики.

Во-первых, в декабре 2010 г. введен в действие Федеральный закон от 28.12.2010 г. №390-ФЗ «О безопасности». В соответствии с положениями данного нормативного правового акта утратил юридическую силу ранее действовавший Закон РФ №2446–1 «О безопасности». Содержание современного закона существенно отличается.

Законодатель пошел по пути упрощения содержания закона, что привело к тому, что исчезло определение таких важных, основополагающих понятий данной сферы правового регулирования как:

- 1) Безопасность;
- 2) Угрозы безопасности;
- 3) Объекты безопасности;
- 4) Система безопасности.

Отсутствие определений данных юридических терминов в данном Федеральном законе влечет за собой сложности в их понимании, что может негативно сказаться как на правотворческой, так и на правоприменительной деятельности государства. Отсутствие легальных дефиниций может привести к разрозненности их определений на разных уровнях законодательного закрепления, что является крайне негативным явлением.

нием в рамках заданной концепции правовой модернизации.

Во-вторых, в качестве принципа обеспечения безопасности ранее рассматривался принцип соблюдения баланса жизненно важных интересов личности, общества, государства. Его обоснованность продиктована человекоцентристской сущностью права, а также действием международно-правовых принципов и норм права.

Актуальность соблюдения баланса между публичными интересами государства и общества и частными интересами субъектов особенно возросла с принятием Федерального закона от 30.03.1998 г. №54 «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней», в котором содержится прямое заявление о признании обязательными для России как юрисдикции Европейского суда по правам человека, так и его решений. Европейский суд по правам человека обязывает национальные суды при разрешении споров соблюдать баланс между публичными и частными интересами, являющийся важнейшей предпосылкой для справедливого судебного разбирательства. Несмотря на это, данный принцип в Федеральном законе «О безопасности» отсутствует.

В-третьих, проведенный анализ нормативных правовых актов разного уровня указал на многообразное содержание термина «Безопасность» в зависимости от сферы его использования. По меньшей мере, понятие безопасности в законодательстве используется в пяти разных самостоятельных значениях.

Согласно первому подходу, безопасность представляет собой состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества, государства в определенной сфере [2; 9; 11].

Во втором подходе под безопасностью законодатель понимает совокупность правовых, инженерных, организационно-технических, специальных мер, предотвращающих утрату определенного блага [15].

В третьем подходе безопасность определяется как отсутствие недопустимого риска во всех процессах или стадиях, связанных с возможностью нанесения ущерба [14; 17; 19].

В-четвертых, безопасность ассоциируется у законодателя со свойством, способностью объекта сохранять свои свойства при негативных воздействиях на него [8; 16; 18; 20].

В-пятых, безопасность определяют в нормативно-правовых актах как состояние обоснованной уверенности в том, что при обычных условиях определенное благо не представляет опасность и само не подвержено её [10; 12].

Правовое регулирование вопросов по отдельным видам безопасности осуществляется на основании более чем 70 федеральных законов и 200 указов Президента РФ, около 500 постановлений Правительства РФ, а также других подзаконных актов. Большинство их носят фрагментарный характер, касаются частных угроз и порождают локальные разрозненные несогласованные массивы пра-

вовых норм, относящиеся к различным отраслям права. Последнее связано с тем, что вопросы безопасности пронизывают практически все сферы общественных отношений и объективно могут быть предметом регулирования в любой из существующих отраслей права [13].

Вместе с тем, единообразное понимание терминов — одно из основных правил обеспечения логики права в юридической технике. Т.В. Кашанина отмечает, что нарушение этого аксиоматического правила дезориентирует тех, кому адресуются юридические документы: «В этой ситуации все усилия по составлению правового документа могут быть сведены к нулю» [4].

В-четвертых, представляется необходимым законодательное закрепление категории «Правовая безопасность». Для законодательного закрепления любой категории должны присутствовать факторы:

- 1) Наличие необходимости в регулировании особой сферы общественных отношений;
- 2) Политические, экономические, социальные, юридические предпосылки для законодательного регулирования;
- 3) Высокая степень практической значимости и использование на практике конкретных мер;

Правовая безопасность отвечает представленным признакам.

Каждый гражданин нуждается в том, чтобы ему была обеспечена именно правовая безопасность. Основы этого конституционно заложены в России, необходимость обусловлена широким спектром правоотношений, где у субъекта возникает потребность в соответствующем виде безопасности.

Законодательно закреплены: продовольственная безопасность, безопасность зерна, продукции, процессов производства, эксплуатации и хранения, товара, туризма и другие виды безопасности.

Право является одной из ключевых сфер жизни общества, носящих комплексный характер, что обосновывает необходимость законодательного закрепления дефиниции «Правовая безопасность».

Представляется обоснованным определение правовой безопасности как достигаемого в результате реализации правовых мер, средств и способов правового обеспечения правовое состояние защищенности (гарантированности) жизненно важных интересов (статусов, режимов и т.п.) субъектов права от внешних и внутренних юридических факторов риска в связи с вступлением в сферу правового пространства, которое обеспечивает целенаправленную социально-правовую активность участников правоотношений.

В-пятых, существенные проблемы в динамичном развитии безопасности кроются в правосознании граждан, их отношении к безопасности и свободе как к противоположным, взаимоисключающим явлениям.

7–21 декабря 2010 года Левада-Центр провел опрос по репрезентативной выборке 1611 россиян в возрасте 18 лет и старше в 133 населенных пунктах 45 регионов

страны. Погрешность данных этих исследований не превышает 3,4 процента. [21]

Большее половины опрошенных россиян (56 процентов) отдали предпочтение безопасности; причем респондентов не смутило даже то, что для достижения безопасности возможно «придется пойти на некоторые нарушения демократических принципов и ограничения личных свобод».

Согласно опросу общественного мнения, 13 процентов респондентов считают, что понятие безопасности противоречит понятию свободы.

Таким образом, существует достаточно широкий пласт проблем в области общесоциальной, правовой безопасности, связаны они с правотворчеством, правоприменением, правосознанием и правовой культурой.

Базовым компонентом для совершенствования и разрешения проблем должен стать человекоцентристский подход к определению сущности этих явлений, правовая модернизация и правовая активность каждого субъекта права в данной сфере.

Говоря о демократии в современном мире, Д.А. Медведев в качестве одного из стандартов современного государства видит как раз в способности государства обезопасить своих граждан [6].

В формулировке Г.Кельзена, идеал правовой безопасности сводится к тому, что она, являясь составляющей правового государства, создает условия, при которых судебные решения являются предвидимыми и вычисляемыми их адресатами, создание общих правовых норм пол-

ностью централизованно, а суды ограничены только их применением в конкретных делах [1].

Идеал правовой безопасности также называется «формализмом», «легализмом», «механической юриспруденцией», «формальным стилем юридической деятельности», «конвенционализмом» [3].

Б.Леони указывал, что чем в большей степени общие правила обеспечивают предсказуемость человеческих действий, по крайней мере в правовой сфере, тем в большей степени эти действия заслуживают названия «свободных» от вмешательства других людей, включая власти...Закон должен быть достаточно определенным, чтобы позволить гражданам уверенно строить планы на будущее: закон не может быть изменен внезапно или непредсказуемым образом [5].

Полагаю уместным обобщить вышеизложенное высказыванием Ж.Штудманна, отметившим, что именно человеческое измерение является краеугольным камнем всесторонней концепции безопасности. [23]

Соответствующие заключения задают вектор в развитии концепции правовой безопасности. Именно правовая безопасность должна рассматриваться исходя из связи права с природой человека, его гуманистической направленностью. Необходимо выделить главное в нем — права и свободы человека. Ведь именно права и свободы «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления». [22]

Литература:

1. Kelsen H. The Pure Theory of Law. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, P.251,252.
2. Воздушный кодекс Российской Федерации от 19.03.1997 №60-ФЗ // СЗ РФ. 1997. №12. Ст.1383;
3. Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции: монография/ С.А. Дробышевский. — Красноярск,1995. — С. 25.
4. Костромичева М.В. О единообразном понимании терминов права: публичность / М.В.Костромичева // Эффективность правотворчества и правоприменительной деятельности правового государства. Сб. научных докладов и сообщений преподавателей, аспирантов, соискателей и студентов на «круглых столах 26 ноября 2009 года и 25 февраля 2010 года. — Орел: ОРАГС. — 2010.— С. 149—155.
5. Леони Б. Свобода и закон / Б.Леони. — М.: Ирисэн, 2008. С. 98,102.
6. Медведев Д.А. Современное государство: стандарты демократии и критерии эффективности: речь в г. Ярославле // <http://www.gpf-yaroslavl.ru/about/yaroslavl2010>.
7. Монтескье Ш.Л. О духе законов/ Правовая мысль. С. 209.
8. О безопасности гидротехнических сооружений: ФЗ РФ от 21 июля 1997 г. №117-ФЗ (ред. 27.12.2009) // СЗ РФ. — 1997. — №30. — Ст. 3589; 2010. — №31. — Ст. 4195.
9. О безопасности дорожного движения: ФЗ РФ от 10 декабря 1995 г. №196-ФЗ (ред. 21.04.2011) // СЗ РФ. — 1995. — №50. — Ст. 4873; 2011. — №17. — Ст. 2310.
10. О введении в действие СанПиН 2.3.2.1940—05: постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 19.01.2005 N 3 // Консультант-Плюс.
11. О железнодорожном транспорте в РФ: ФЗ РФ от 10.01.2003 №17-ФЗ // СЗ РФ. 2003. №2. Ст. 169;
12. О качестве и безопасности пищевых продуктов: ФЗ РФ от 02.01.2000 N 29-ФЗ (ред. от 30.12.2008);
13. О предложениях по систематизации законодательства в области национальной безопасности//Актуальные проблемы национальной безопасности современной России/ Аналитический вестник Совета Федерации ФС РФ. М.2002,№5.-с. 3.
14. О проведении согласованной политики в области технического регулирования, санитарных и фитосанитарных мер: соглашение Правительств государств — членов Евразийского экономического сообщества от 25.01.2008;

15. О формировании государственной политики в области сохранения библиотечных фондов как части культурного наследия и информационного ресурса страны: приказ Минкультуры РФ от 22.06.1998 N 341 // Консультант-плюс.
16. Об организации работы по охране труда гражданского персонала, военнослужащих, привлекаемых для работы в системе ФПС России: приказ ФПС РФ от 03.08.1998 N 434;
17. Об утверждении и введении в действие положения по процедурам сертификации авиационной безопасности: приказ ФАС РФ от 29.07.1998 N 239;
18. Об утверждении и введении в действие федеральных норм и правил в области использования атомной энергии: Постановление Ростехнадзора от 02.12.2005 N 11;
19. Об утверждении технического регламента о безопасности высокоскоростного железнодорожного транспорта: постановление Правительства РФ от 15.07.2010 N 533.
20. Об утверждении технического регламента о безопасности колесных транспортных средств: постановление Правительства РФ от 10.09.2009 N 720 // Консультант-Плюс.
21. Сергеева Л. Порядок или демократия: Опрос общественного мнения от 17–21 декабря 2010 // Левада-Центр. Пресс-выпуск от 18.01.2011.
22. Шафиров В.М. Право в человеческом измерении // Правоведение. – 2004. – №3. – С. 213.
23. Штудманн Ж. Человеческое измерение – краеугольный камень всесторонней концепции безопасности: матер. конференции, посвященной 25-ти летию подписания Хельсинского заключительного акта.

2. ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Обычное право и правовой обычай как источник армянской правовой мысли (на примерах древнейшего законодательства, канонических норм и судебных кодексов Армении)

Авакян Р.О., доктор юридических наук, профессор, академик МАНЭБ и академик Всеармянской Академии проблем Национальной безопасности (г. Ереван, Армения); Арутюнян А., аспирант Северо-Кавказская Академия государственной службы (г. Ростов-на-Дону, Россия)

«Согласно аратским, шумеро-аккадским, ассирийским, древнеармянским и другим источникам, «страна святых обрядов» Аратта¹, страна Армени, упоминаемая в клинописных надписях Саргона I Аккадского (XXIV-XXII вв. до н.э.) и его внука Нарам-Сина (XXIII-XXII вв. до н.э.), хеттская «Хайаса» (XIV-XII вв. до н.э.), Наири-Биайна (Урарту) — более древняя Уруатри (Биайнили-Ван) ассирийских и других надписей, персидская «Армина» и греческая «Армения», так же как и топонимы «Наик», «Хайк», «Хайастан» (Айастан), — абсолютно идентичны: все они являются отображением древнейшего библейского названия «страна Араратская»...

*Найденная в XXVII в. до н.э. в Эбле клинопись также упоминает народ «hai».
Из книги «Истоки армянской правовой мысли» [1, с. 643].*

Социально-правовая история наших далеких предков.

Чтобы понять настоящее, человечество всегда обращалось и будет обращаться к прошлому, к исторически апробированным культурным ценностям. И это не дань традиции, а естественная потребность каждого поколения. Поэтому с уверенностью можно отметить, что к исторически апробированным армянским культурным ценностям относятся, в первую очередь, обычаи и традиции нашего народа, этногенез которого произошел до V-IV тыс. до н.э., когда распалась аратская, т.е. индоевропейская языковая система и на Армянском нагорье в качестве автохтона остался лишь армянский этнос [1, 2 и др.].

В эпоху нового каменного века (VII-VI тыс. до н.э.) обитатели Армянского нагорья заселили речные долины сначала Северной, а затем и Южной Месопотамии. При этом протоармяне — шумеры постепенно заняли территорию в местах наибольшего сближения Тигра и Евфрата. В свое время в подтверждение вышеупомянутого академик Н.Я.

Марр писал: «...шумеры доисторические были в пределах страны, позднее известной как Армения» [8, с. 64].

Действительно, социально-правовая история наших далеких предков, со своими обычаями и традициями, убедила нас: корни наши воистину глубоки и «смерть не есть удел армянской нации...» [4, с. 3].

Вместе с тем, жить бок о бок с древностью еще не означает усвоить ее наследие, в частности, ее обычаи и традиции и достойно передать их будущим поколениям.

К сожалению, сравнительное исследование обычного права и правовых обычаев² как источников армянской правовой мысли (на примерах армянских канонических норм и судебных кодексов Армении) до сих пор не привлекло к себе серьезного внимания. Между тем история развития любого этноса неразрывно связана с его обычным правом. Армянский народ не исключение: наши далекие предки руководствовались своим обычным правом, позже ставшим основой не только аратто-шумеро-хетто-арарат-

¹ По мнению зарубежных исследователей, таинственное царство наших далеких предков Аратта, упоминаемое в древнейших шумерских эпических поэмах, располагалось на равнине Мийандоаб к югу от озера Урмия (Капутан), на землях исторической Великой Армении.

² Мы исходим из того, что в формировании армянской правовой мысли особое место занимали неписанные обычаи (обычное право) и писанные обычаи (правовые обычаи). В историческом понимании эту систему правил поведения народа можно отнести к первым формам права, до формирования городов-государств и государственных образований в целом. В юридическом понимании начало формирования обычного права (арм. սովորութային իրավունք; англ. customary law; франц. droit coutumier и т.д.) многие исследователи относят к началу образования государства. Одним словом, в юридическую систему государственного образования входят только те обычаи, которые выполняют функции правовой нормы в виде правового обычая. Они занимают значительное место в шумерском законодательстве, в Своде закона вавилонского царя Хаммурапи, в Законах Моисея, в Судебнике армянородственных и других племен и народов Хеттской державы, в армянских канонических нормах и судебных кодексах, а также в других исторических памятниках права [6,7]. И сегодня в национальном и международном праве, основанном на нормах морали и нравственности, обычное право признается как право в качестве восполнения пробелов в регулировании тех или иных общественных отношений.

ского (урартского) законоположения, но и канонических норм и судебных кодексов Армении до XIX в.

Данный феномен, как аспект армянской культуры, и является предметом нашего внимания.

Заметим, что в древности законы, своды законов, судебники редко являли собой чистое новаторство. Они, как правило, опирались на давние обычаи и традиции. В каждом законе имелся элемент прошлого. Если бы мы задались целью проследить в данной статье, откуда он происходит, это привело бы нас к первобытной стадии...

История и истоки обычного права и правового обычая армянского народа. История обычного права и правового обычая армянского народа своими корнями уходит в глубокую древность. Свидетельством этому не только многочисленные мифы и легенды, но и письменные источники. Так, например, Мовсес Хоренаци (V в.) отмечает, что армянский царь Вагаршак назначал судей при дворе и в городах [9]. О существовании древнего армянского обычного права говорят также армянские историки V века Агатангелос, Егише и др. Кроме вышеуказанных источников, о существовании древнего армянского обычного права и правового обычая говорится и в эдиктах римского императора Юстиниана (VI в.). Он посчитал неприемлемым существование рядом с римским правом армянского обычного права и правовых обычаев. В частности, в его эдиктах N 3 («О порядке наследования у армян») и N21 («О наследовании армян римским законам») указывалось: «Мы желаем и армян ... перевести всецело на наши законы... Недавно мы узнаем..., что родителям наследовать допускаются мужчины, и ни в коем случае женщины... Вследствие этого мы повелеваем..., наследование должно быть одинаково, что установлено в римских законах относительно мужчин и женщин, то и имеет силу в Армении» [5, с. 179–181]. Далее в эдикте N21 говорится: «Желая, чтобы армянская страна вполне благоустроилась и ничем не отличалась от нашего государства, мы приучим ее пользоваться римскими законами... Мы повелеваем..., чтобы и у армян действовало то же самое, что принято у нас касательно наследования женщин... Раз армяне входят в наше государство... то и женщины у них не должны быть изъяты из существующего у нас равноправия» [5, с. 178–184].

Ради справедливости заметим, что эти новеллы не имели успеха, потому что они исходили не из армянского обычного права и не из армянского правового обычая.

На сегодняшний день мы располагаем такими источниками древнеармянского права, как:

а) каноны: ученика Христа апостола Фаддея (I в.), Григора Просветителя (IV в.), Аштишатского (IV в.) и Шаапиванского (V в.) соборов, IV-го Двинского собора (VII в.), «книга канонов» Иоанна Имастасера Одзнецки (VIII в.), Давида сына Алавика (XII в.) и многие другие канонические законоположения [2];

б) судебники: Мхитаря Гоша (XII в.), Смбата Спарапета (XIII в.), Астраханских армян (XVIII в.) и др. [4];

г) Конституция Армении 1773 г. (проект) Шаамира Шаамиряна, Национальные конституционные законопо-

ложения армян Российской (Восточной Армении) и Османской (Западной Армении) империй (XIX в.) и др. [4, с. 641–771].

В основе вышеупомянутых нормативно-правовых актов, как правило, наряду с запретами обычаев лежит и армянское обычное право. В частности заметим, что в памятниках армянского права и в период раннего феодализма вопросы наследования в основном регулировались нормами армянского обычного права.

Ради справедливости следует отметить, что в исторических памятниках права Армянского нагорья и Древней Месопотамии, которые, на наш взгляд, являются истоками армянской правовой мысли, значительное место занимают нормы, впоследствии вошедшие в правовые нормы царей — законодателей Армении, в армянские канонические законоположения и судебники нашего народа в форме правового обычая. К ним, в частности, можно отнести:

- философско-правовые поучения древнешумерского мудреца Шуруппака (XXV в. до н.э.);
- памятники права древнейшего шумеро-аккадского права: Закон Шульги — Ур-Намму (XXII–XXI вв. до н.э.); Судебник Билаламы, царя Эшнунны (середина XX в. до н.э.); Свод законов Липит-Иштара, царя Исина (конец XX в. до н.э.);
- Свод законов вавилонского царя Хаммурапи (XVIII в. до н.э.). Законы Моисея-Моше (Пятикнижие) (XIV–XII вв. до н.э.);
- памятники права объединенных армянородственных и других племен и народов Хеттской державы, заветание царя Хаттусилиса I (Лабарна) (XVII в. до н.э.). Закон о порядке престолонаследия царя Телепинуса (XVI в. до н.э.), хеттский судебник (XV–начало XIV в. до н.э.) [1, 6 др.];
- эдикты и указы Араратских (Урартских) царей (IX–VI вв. до н.э.) [6 и др.].

Сопоставляя вышеупомянутые памятники армянского права от Араратского (Урартского) царства до средних веков с правовыми обычаями древней Северной и Южной Месопотамии, мы нашли немало точек соприкосновения. Они показывают, что правовое наследие, в том числе обычное право и правовой обычай древних шумеров, оказало благотворное влияние на армянское обычное право у самых истоков. А оно, уходя корнями в глубь тысячелетий, не только вписало в себя эту правовую мудрость, но и передало ее соседним народам. Вот почему правовые обычаи армянского народа как по форме, так и по содержанию во многом родственны с правовым наследием древнейших цивилизаций Армянского нагорья и Древней Месопотамии.

Особо хотелось бы выделить древнейшую запись обычного права, известного науке как «Наставления мудреца Шуруппака его сыну, Зиусудре», датированного XXV в. до н.э. Они были известны в Шумере и содержали не только житейские советы, философско-правовые поучения, но и определенные нормы добродетельного законопослушного поведения, требующие воздержаться от убийства, лжи,

нетерпимости, зависти, ссор и воровства, почитать старшего брата и сестру, как отца и мать и т.д. [1, 6 и др.].

К другой древнейшей записи шумерского обычного права XXIV в. до н.э. можно отнести глиняные конуса и овальную пластинку о законодательных реформах царя-правителя Лагаша Урукагины. В частности, правовыми реформами Урукагины установлены запреты на дарственные подношения правителю, противоречившие обычаям и традициям страны шумеров; введены законоположения, охранявшие частную собственность патриархальной семьи; установлены правовые нормы для упразднения некоторых следов матриархата в семейном быту знати, в частности, полиандрии (многомужество) и т.д.

Правовые реформы Урукагины, на наш взгляд, интересны тем, что наряду с нормами обычного права в них имеются и законоположения, в частности, относящиеся к частнособственническим отношениям. Другая характерная особенность этих реформ: в подавляющем большинстве случаев законодатель только запрещает те или иные действия в соответствии с нормами обычного права, но не определяет меры наказания [1, с. 136].

Закон Шульги — Ур-Намму также является частицей истории правовой мысли Шумера, затерявшейся после тысячелетий, промежуточное звено между установлениями древнейших законодателей и сводами законов и судебниками позднейших правителей Ларсы, Билаламы — царя Эшнунны, Липит-Иштара, Хаммурапи и др.

В целом, статьи Закона Шульги были гуманными и основывались на народных обычаях и традициях. В частности, норма «око за око, зуб за зуб» — одно из основных положений в Ветхом завете — уступила место более мягкому наказанию; они еще не несли на себе отпечаток восточного деспотизма; взамен телесных наказаний назначались главным образом штрафные санкции. Например, статья 19 гласит: «Если зубы ему он выбил, он уплатит два сикла¹ серебра за каждый зуб...» [1, с. 142].

Многие статьи Судебника Билаламы, царя Эшнунны, совпадают с Законами Хаммурапи. Вместе с тем, они не предусматривают принцип талиона «око за око, зуб за зуб»: за причинение вреда предусматривают лишь денежный штраф. Значительное место в Судебнике Билаламы отведено брачно-семейным и наследственным отношениям. Хотя женщина еще занимала самое почетное место, однако патриархальный характер семьи, на основе обычного права, в значительной степени ограничивал ее права. Например, судебник категорически запрещал только женщине внебрачные связи. В случае долголетнего отсутствия мужа (статья 29) жена могла снова выйти замуж, но если первый муж возвращался — обязана была к нему вернуться.

Заметим, что правовой обычай, регламентирующий возвращение жены к первому мужу, присутствовал не только в армянских канонических нормах (каноны Двин-

ского и др. собора) [7], но и в судебныхниках Мхитара Гоша (статья 13), Смбага Спарапета (статья 40) и др. [4].

Следующие из сохранившихся на позднешумерском языке — это три десятка статей Первой династии царства Исина Липит-Иштара (XX в. до н.э.).

Данный свод правовых обычаев уделил больше внимания брачно-семейному праву, легшему впоследствии в основу законоположений не только вавилонского царя Хаммурапи, Моисея, Хеттской империи, Араратского царства, но и отдельных канонических норм и судебныхников Армянского нагорья.

Заметим, что при Первой династии царства Исина изнасилование девушки не считалось тяжким преступлением: виновный, возмещая моральный ущерб, должен был уплатить отцу пострадавшей сумму брачного выкупа. В противном случае отец девушки вправе был требовать, чтобы виновный женился на ней без права развода в будущем. С подобной нормой мы встречаемся также в Шаапиванском каноническом судебнике (V в.) — глава VII, в Судебнике Мхитара Гоша (XII в.) — часть 2-я статьи 20 и статья 96, а также в Киликийском судебнике Смбага Спарапета (XIII в.), но со следующей дополнительной карой: «...если он этого не хочет [жениться на ней], то пусть ему отрежут [половой] член» — (часть 1-я, статьи 95) [4, с. 509].

Что касается прелюбодеяния замужней женщины, то оно каралось смертью. Притом муж, застигший любовника, мог тут же убить обоих; если же он обращался в суд, то любовник в точности разделял судьбу неверной жены. Через два столетия эта норма повторится в Законах Хаммурапи, статья 129: «Если жена человека была схвачена лежащей с другим мужчиной, то их должны связать и бросить в воду. Если муж пощадит свою жену, то и царь пощадит своего раба» [10, с. 151–178]. То же самое мы встречаем в форме правового обычая не только в Судебнике объединенных армянородственных и других племен и народов Хеттской державы, появившемся несколько столетий спустя, но и в армянском Киликийском судебнике Смбага Спарапета со следующими дополнительными комментариями: «... но если муж убьет только одного из них, а другого [жену или любовника] оставит на свободе, то его [мужа] надо судить как убийцу. Потому что возможно, если кто ненавидит человека и имеет предлог, чтобы мстить ему, он может, дав соблазнить свою жену, привести его в свой дом и убить его. Или возможно, что кто-то ненавидит свою жену и преднамеренно разрешит доступ к своей жене ее любовника, чтобы убить ее...» [4, с. 439–583, ст.92].

В целом, от Армянского нагорья и Древней Месопотамии через законы и судебники до нас дошли не только древние обычаи и традиции, но и немало судебных документов. Они, как правило, посвящены брачно-семейным и бракоразводным делам. Например, руководствуясь правовым обычаем, наши далекие предки — шумеры могли

¹ Сикель, шекель происходит от слова «отвешивать». Это единица измерения — 8,41 грамма.

отослать бесплодную жену в дом ее отца вместе с приданым и назначенной судом денежной компенсацией.

Правовые основы армянского законоположения до XIX в. Содержание приведенной обычной нормы стало впоследствии правовой основой армянского законоположения. В частности, гл. V-ая Шаапиванского канона (444 г.) гласит: «Если кто возьмет жену, оказавшуюся бесплодной и бросит ее из-за бесплодия, то она вправе взять имущество, принесенное ею в дом мужа... и уйти... муж должен еще платить ей штраф за оскорбление...» [4, с. 46–47].

Заметим, что в измененной редакции данная норма, в форме правового обычая, содержится в судебныхниках Мхитара Гоша (ст. 10) [4, с. 323]; Смбата Спарапета (ст. 84) и др. армянских нормативно-правовых актах [4, с. 505].

Ради справедливости заметим, что правовые обычаи Древней Месопотамии и Армянского нагорья предусматривали и другие случаи, когда муж, расторгая брак или брачный контракт, обязан был обеспечивать первую жену, если она заболела, например, неизлечимой болезнью. Вспомним ст. 148 Судебника вавилонского царя Хаммурапи: «Если человек возьмет себе жену и ее постигнет проказа, а он вознамерится взять себе другую, то он может взять; покинуть жену, которую постигла проказа, он не должен; она может жить в доме, который он построил, и он должен содержать ее, пока она жива» [1, с. 334].

Армянское обычное право, позже ставшее основой царских указов, канонических норм и средневековых судебныхников Армении, предписывало рассматривать вышеизложенную проблему по истечении семи лет после наступления болезни. Если же имелся брачный контракт, то это соглашение было, по Смбату Спарапету, «законом приемлемым» (ст. 80) [4, с. 503].

Судебник царя Хаммурапи. Общеизвестно, что в древнейший период, до Свода законов царя Хаммурапи, основные принципы отправления правосудия на основе обычного права реализовывались жрецами. При Хаммурапи все судебные дела уже рассматривались светскими судами на основе правового обычая. Основные принципы отправления правосудия отмечены в первых же пяти статьях Судебника (например, «О ложном обвинении»; «О показаниях свидетеля» и т.д.). При этом особое значение придавалось мерам против ложных обвинений.

Сравнивая основные принципы отправления правосудия, в частности в отношении лжесвидетелей, со средневековой армянской правовой мыслью, можно заметить их тесную связь (ст. ст. 191, 209 Судебника Мхитара Гоша и др.).

Общеизвестно, что Древняя Месопотамия считалась цветущим садом, а Армянское нагорье — райским садом. Обычные правовые нормы Судебника Хаммурапи, в частности, защищали интересы владельцев садовых участков. Например, согласно ст. 59 за незаконную порубку дерева в чужом саду виновный должен быть подвергнут штрафным санкциям. Для сравнения: ст. 173 «О порубках насаждений» Судебника Мхитара Гоша не только «обя-

зывает порубщика посадить новое дерево и во все годы неплодоношения последнего вносить потерпевшему плодами своих деревьев в размере плодоношения срубленного дерева», но и запрещает «рубить насаждения даже чужеземных врагов» [4, с. 395]. Данную норму в соответствующей редакции в виде правового обычая мы находим и в другом средневековом армянском судебнике — Смбата Спарапета (ст. 189) [т. 2, с. 638].

Большое место в Судебнике Хаммурапи уделено правовому обычаю по линии брачно-семейного и наследственного права. В частности, всякая внебрачная связь женщины строго каралась. Например, жене, давшей умертвить своего мужа ради любовника, грозила мучительная смерть. Если в средневековом армянском законодательстве отмечается: «...если жена осмелится убить мужа, свою главу, ввиду своего развратного поведения, то ее нужно казнить мучительной смертью...» (ст. 93 Судебника Смбата Спарапета). Однако вид этой мучительной смерти не уточняется, но ст. 153 Судебника Хаммурапи конкретно указывает: «посадить на кол» [1]..

Когда муж попадал в плен, жена могла выйти замуж только в том случае, если ей не на что было жить, по возвращению мужа из плена она обязана была к нему вернуться (конечно, если он не отказывался принять ее). Заметим, что данную статью повторила много веков спустя, в виде правового обычая, статья 7 Двинского собора, но в ней срок ожидания был ограничен: «... если муж попал в плен, то жена обязана ... ждать и не выходить замуж в течение семи лет...» [12, с. 484]. А судебники Мхитара Гоша и Смбата Спарапета дополняют данное положение в виде правового обычая: если в плен или рабство попала жена, муж также обязан семь лет ждать ее возвращения (ст. 7; ст. 40, 81 и др.).

Заметим, справедливости ради, что многие статьи Судебника Хаммурапи проявляются только через Законы Моисея (Пятикнижие).

Законы Моисея и их влияние на правовые обычаи армянского народа. Бесспорно, среди религиозных источников, оказавших значительное влияние на правовую мысль армянского народа, особенно после принятия христианства, следует выделить именно Законы Моисея. При этом заимствованные нормы еврейского права на армянской почве не только конкретизировались, но и приводились в соответствие с местными реалиями, чтобы не противоречить армянскому обычному праву. Если они вносили разногласия в общественные отношения, то им придавали армянское и христианское содержание, которое считалось не только верным, но и божественным по происхождению.

Достаточно вспомнить канонические постановления апостола Фаддея (I в.), Григора Лусаворича (IV в.), католикаса Саака Партева (конец IV — середина V вв.), Шаапиванского собора (середина V в.), «конституцию» армянского царя Вачагана (конец V в.), католикаса Иоанна Имастасера Одзнеци (712 г.), известную в армянском праве как «Книга армянских канонов» и др. [1–3, 12].

О том, какое значение придавалось нашими предками еврейскому праву, свидетельствует не только перевод архиепископом Нерсесом Ламбронаци Законов Моисея в Армянском киликийском государстве, но и правовые нормы Судебника Мхитара Гоша, которые были составлены под влиянием Пятикнижия Моисея, хотя он является также и носителем обычного права, царских повелений, грамот и распоряжений.

Ради справедливости заметим, что Мхитар Гош относительно мало внимания уделил армянскому обычному праву. Может быть, потому, как отмечает проф. С.А. Егиазаров, для тогдашних деятелей собрание свода армянского обычного права не являлось настоятельной необходимостью, т.к. оно, как живой источник права, было известно и народу, и судьям [13, с. 1–2].

Так, по Судебнику Мхитара Гоша различаются церковные и народные обычаи, которые упоминаются в ст. 70 «О запрещении видоизменить древний обычай».

Анализ данного Судебника позволяет выделить обычно-правовые нормы, регулирующие брачно-семейные отношения (напр. Ст.122 (Часть I) «О замужней женщине, оставшейся без мужа»), территориальное устройство (ст.129 (Часть II) «О границах»), отношения по взиманию налогов (напр. ст.1 (Часть II) «Начало светского суда царей и князей и всех прочих судей», которая определяет, что налоги с округов и с народов цари и князья должны собирать не больше, чем взималось по обычаям предков), порядок наследования царского престола (в той же ст.1 устанавливается, что если у царя будут сыновья, то пусть он наиболее достойного назначает наследником и держит его при себе, остальных же, как это было в обычае у первых царей, поселяет вдали от себя), договорные отношения (напр., Часть II, ст. 55 «О купле и продаже животных», ст. 56 «О продавцах быков», ст. 61 «Об аренде мельниц и им подобного имущества с уплатой денег в перед»), наследственные отношения (напр. ст. 86 (Часть I) («О порядке производства расходов на погребение и поминки», которая устанавливает также порядок раздела имущества умершего супруга). Рецепцию вышеуказанных правовых норм Моисея мы встречаем в памятниках армянского права как по форме, так и по содержанию. В частности, правовые нормы еврейского права о наказании виновных в нанесении побоев отцу своему или матери своей [кн. II. Исход, гл. 21, § 15, кн. Второзаконие, гл. 21, §§ 18–21] или в злословии в отношении родителей [кн. II. Исход, гл. 21, § 17, кн. II. Левит, гл. 15, § 4, гл. 20, § 9], или непокорных сынах, наносящих обиды своим родителям [кн. III. Левит, гл. 25; кн. V. Второзаконие, гл. 21, § 22–23], истоки которых мы находим в шумерском «Семейном кодексе» XX в. до н.э. [1, ст. 3–4], в отдельных статьях Закона Ларсы XX–XIX вв. до н.э., в Своде законов царя Хаммурапи (ст. 195). В свою очередь они имеют влияние на правовую мысль нашего народа, которое проявилось не только через канонические законоположения, но и судебники Мхитара Гоша [12, ст. 147 «О наказании виновных в нанесении

побоев отцу своему или матери своей», ст. 194 «О непокорных сынах»], Смбата Спарапета [ст. 122 «О детях, бьющих отца или мать» и др.].

Если обратимся к еврейским правовым нормам, в частности:

о присяге, то заметим, что Законы Моисея (кн.V. Второзаконие, гл. 23, § 21) разрешали присягу как признания, так и отречения. Однако армянское каноническое и другие нормы средневекового права признавали только присягу признания;

по Законам Моисея, смертный приговор можно было выносить только по свидетельству двух-трех человек [кн. IV. Числа, гл. 35, § 30; кн. V. Второзаконие, гл. 17, §§ 6–7]. Такую же правовую норму содержит и средневековое армянское право [12, гл. VII «О свидетелях, в чем их необходимость и почему они выбираются в числе двух-трех»]. Здесь нельзя не согласиться с мнением известных ученых-юристов С. Бахатрянца, С. Егиазаряна, А. Клтчяна, Х. Самуэляна, А. Сукиасяна, С. Тиграняна и мн. др., что Мхитар Гош исходил из древнеармянского обычного права.

Другие правовые нормы Законов Моисея в трансформации с древнеармянским обычным правом мы также наблюдаем в таких армянских правовых нормах, как «О суде над ворами», «О погребении умерщвленных», «Об обнаружении в поле убитого человека», «О запрете входить в дом должника, чтобы забрать залог», «О запрете брать в залог имущество первой необходимости», «О запрете вырубать фруктовые деревья даже на вражеской территории», «О суде над теми, кто убивает животных», «Об ответственности родителей за преступление детей и наоборот», «О наследственном праве», «О праве новобрачных не участвовать в войне» и т.д. [1–3, 12].

Заметим, что правовые нормы Законов Моисея (Пятикнижия) пришли в Армению после принятия христианства и повлияли — как по форме так, и по содержанию — на многие наши канонические и светские правовые нормы, но в отредактированном виде и с учетом древнеармянского обычного права. Этому, на наш взгляд, способствовало и то обстоятельство, что многие правовые нормы Законов Моисея восходят к Своду законов Хаммурапи, который в свою очередь берет истоки из аратто-шумеро-аккадской цивилизации [6, 14].

Судебник объединенных армянородственных и других племен и народов Хеттской империи и его влияние на правовую мысль армянского народа. Эдикты Араратского (Урартского) царства. На рубеже XX–XIX вв. до н.э. мы находим в пределах исторической Армении, на территории будущего союза объединенных армянородственных и других племен и народов Хеттской империи племена, которые, с одной стороны, борются между собой за верховенство, а с другой — выступают против самого сильного из местных армянородственных племен — хатти.

Современные ученые считают, что с середины II тыс. до н.э. в Хеттской империи правила хурритско-ливийская династия армянородственных племен, и хотя *несийский язык оставался государственным языком, од-*

нако большинство объединенных армянородственных и других племен и народов Хеттской империи говорили полувийски, т.е. на древнеармянском (коренном) языке [1 и др.].

Ученые полагают, что первая запись Хеттского судебного кодекса относится к XVI в. до н.э. При этом Судебник основывался на древнейших сводах законов, были заимствованы надписи из «страны святых обрядов» Аратты, шумерских, вавилонских и других источников [1].

Судебник объединенных армянородственных и других племен и народов Хеттской империи состоит из двух основных частей. Первая часть была составлена еще при возникновении Хеттского царства, а затем не раз редактировалась. Об этом нам говорят хеттские архивы, которые содержат ряд тесно связанных между собой законов. Существует и позднейший вариант Судебника — третья таблица XIII в. до н.э.

Карательные нормы (санкции) Хеттского царства составляют, пожалуй, главное содержание хеттского права. Однако в Судебнике мы не встречаем, как в Законах Хаммурапи или древнееврейских Законах Моисея, принципа талиона «око за око, зуб за зуб».

Сравнивая санкции, предусмотренные Судебником хеттов и Эдиктами араратских (урартских) царей Ишпуни (IX в. до н.э.), Менуа, сына Ишпуни (конец IX-начало VIII вв. до н.э.), Сардури II (VIII в. до н.э.) и др. за действия, направленные против власти, в частности, за уничтожение табличек и стел с распоряжением властей, мы наблюдаем ужесточение кары: уничтожался не только виновный, но и все его потомство («пусть боги ни имени, ни семьи, ни потомства его на земле не оставят»).

Правовые нормы Хеттской империи, такие как посягательство на земельную собственность, похищение свободных или рабов путем увоза в другую страну, хищение или повреждение чужого скота, птиц или пчел из улья, кража имущества из домов, поджоги и др., не только обуславливали обычное право наших далеких предков, но и стали истоками как по форме, так и по содержанию для аналогичных статей канонических законоположений, судебных и других армянских нормативно-правовых актов, принадлежащих таким известным авторам, как Давид, сын Алавика, Мхитар Гош, Смбат Спарпет и др. [12 и др.].

Основные формы предсказаний (ворожбы), магии и колдовства были весьма распространены в Хеттском царстве. Сравнительный анализ различных нормативно-правовых актов показывает, что Законы Моисея предусматривали предание колдунов смерти (их «камнями должны побить»), по ст. 2 Судебника Хаммурапи подозреваемые в чародействе подлежали «испытанию водой», а тот, кто обвинил в этом невинного, — смерти, а в армянском каноническом праве эти и другие нормы были внесены в редакции, сообразной действительности. В частности, Шаапиванские каноны (середина V в.), установленные национально-церковным собором, предусматривали избиевание камнями мужчин или женщин, уличенных в колдовстве и не желающих покаяться в со-

деянном, покаявшиеся же подлежали пожизненной эпителии [гл. VIII «О колдунах»].

Уместно заметить, что этот варварский вид наказания показывает, какая непростая ситуация была в армянской церкви в середине пятого века.

Что касается тех, кто обращался к ворожеям или чародеям, они подвергались штрафным санкциям (гл. IX «О тех, кто обращается к ворожеям») [12, с. 48].

Те мужчины и женщины, кто чародействовал, но не колдовал, карались 15-ью двойными ударами, их клеймали и обмазывали черной сажой, или подвергали членовредительству, или отдавали в лепрозорий, где они в течение двух лет мололи зерно для прокаженных и т.д. (гл. X «О тех, кто лишь чародействует, но не колдует») [12, ст. 49]. Об ответственности за колдовство говорят и более поздние армянские судебники, например, ст. 73 Смбата Спарпета и др. [12, с. 499].

Испытав шумеро-аккадское и ассирио-вавилонское влияние, семейно-брачное и наследственное право армянородственных и других племен и народов Хеттской державы само оказало сильное воздействие на правовые обычаи по линии семейно-брачных и наследственных отношений армянского народа. В частности, ст. 92 Судебника Смбата Спарпета: «Если кто-то в своем доме застигнет жену свою с ее любовником и убьет обоих, он не наказывается мирским судом... Но если он убьет только одного из них, а другого оставит на свободе, то его надо судить как убийцу. Потому что возможно, если кто ненавидит человека и ищет предлога, чтобы мстить ему, он может, дав соблазнить свою жену, привести его в свой дом и убить его. Или возможно, что кто ненавидит свою жену и преднамеренно разрешает доступ к ней любовника, чтобы убить ее, невинную, за то, что будто она виновна, и оставляет в живых другого...» [12, с. 507 и др.]. Любопытно, что содержание изложенной статьи восходит к аратто-шумерской правовой мысли. Это подтверждает ст. 4 Закона Шульги-Ур-Намму (XXII-XXI вв. до н.э.), ст. 28 Судебника Билаламы, царя Эшнунны (XX в. до н.э.). Аналогичную правовую норму мы находим и в ст. 129 Судебника Хаммурапи [1].

Согласно древнеармянскому обычному праву в основе древнеармянской семьи лежал культ огня — «очаг». По древнему обряду, заключить брачный союз означало создать новый очаг, который считался залогом существования армянской семьи. Поэтому армянская невеста вносила в дом жениха огонь, который в дальнейшем поддерживала первая жена-продолжательница рода мужа.

Похищение с согласия невесты как форма брака на основе древних обычаев и традиций имеет место в Армении и поныне. Корни его очень глубоки. Вспомним ст. 26—27 шумерского Судебника Билаламы, царя Эшнунны (XX в. до н.э.), ст. 128 Кодекса царя Хаммурапи (XVIII в. до н.э.), надпись араратского (урартского) царя Русы IV (конец VII-начало VI вв. до н.э.), девятый канон Григория Просветителя (301—325 гг.); главу VII Шаапиванских канонов (444 г.), ст. ст. 34, 51, 96 Судебника Мхитара Гоша (XIII) ст. 106 Судебника Смбата Спарпета (XIII

в.) и др. [1,13]. Все эти нормативно-правовые акты считали похищение девицы преступлением. С приходом в Армению христианства наказанию подвергались и священники, венчавшие брачующихся без согласия родителей, а брак объявлялся недействительным.

Далее отметим, что правосудие в древней и средневековой Армении, как например в Хеттской империи, отправлялось, как правило, публично. Его можно назвать достаточно развитым, а самое главное, как и в аратто-шумерской цивилизации — гуманным.

Литература:

1. Авакян Р.О., Авакян Р.Р. Истоки армянской правовой мысли. Ер., 2008. 856 с., илл.
2. Авакян Р.О. Сокровищница армянской правовой мысли (IX в. до н.э. — XIX в.) в 2-х томах. Ер., 2001—2002. 1344 с.
3. Авакян Р.О. Истоки и памятники армянского права // Закон и порядок/Материалы I Международной научно-практической конференции (31.01.2011 г.). М.: Спутник, 2011. С. 139—155.
4. Адонц Н.Г. История Армении. Истоки происхождения армян в X-VI вв. до н.э. Ер., 1972. 432 с.
5. Адонц [Тер-Аветикян] Н.Г. Армения в эпоху Юстиниана. СПб., 1908. 526 с.
6. Антология мировой правовой мысли в 5-ти томах. Т.1. М., 1999. 750 с.
7. Армянская книга канонов в 2-х томах. Ер., 1964. 475 с.; Т. 2. 1971. 476 с.
8. Марр Н.Я. Яфетидология. М., 2002. 478 с.
9. Мовсес Хоренаци. История Армении /Пер. с древнеармянского яз., введение и примечания Г.Х. Саркисян, ред. С.С. Аревшатын. Ер., 1990. 291 с.
10. Рол Дэвид. Генезис цивилизации. Откуда мы произошли / Пер. с англ. М., 2002. 480 с.
11. Хрестоматия по истории Древнего Востока в 2-х частях. Ч.1. М., 1980. 328 с.
12. Авакян Р.О. Памятники армянского права. Ер., 2000. 1019 с.
13. Егиазаров (Егиазарян) С.А. Исследования по истории армянского права, публичного и частного. Киев, 1919.
14. Законы Вавилонского царя Хаммурапи // «ВДИ», 1952, N 3. С. 199—261.

Земские участковые начальники: требования к должности

Биюшкина Н.И., кандидат юридических наук, доцент
Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского

При обсуждении требований, предъявляемых законодательством к земским участковым начальникам, скептически настроенный к этому нововведению редактор «Вестника Европы» К.К. Арсеньев отмечал: «Имущественный ценз для земских начальников предполагается установить ... меньший, чем для мировых судей: от последних требуется удвоенный, от первых — простой земский ценз, в иных случаях уменьшаемый еще наполовину. Образовательный ценз для земских начальников не проектируется, а заменяется служебным, и притом невысоким... опередить мировых судей земские начальники могут разве «политической благонадежностью» в специфическом, мало симпатичном смысле этого слова... Сообщить неполитической должности политическую окраску значило бы не только заранее извратить отправление обязанностей, сопряженных с этой должностью, но и понизить нравственный уровень ее соискателей, прямо по-

ощрив их к лицемерию или к усердию не по разуму...» [1, с. 816—817].

В заключении данной статьи отметим, что обычное право как источник правового обычая и армянской правовой мысли в целом, своими глубокими корнями восходит к аратто-шумерской правовой цивилизации. В частности, к семейно-брачному, наследственному и другим отраслям права, с последующей рецепцией правовых норм из Кодекса законов царя Хаммурапи, через Законы Моисея, из судебника объединенных армянородственных племен и народов Хеттской империи, а также правовых норм Араратского (Урартского) государства.

ощрив их к лицемерию или к усердию не по разуму...» [1, с. 816—817].

Положение «О земских участковых начальниках» от 12 июля 1889 г. установило следующие требования к вновь вводимым должностным лицам. На должности земских участковых начальников могли назначаться: 1) предводители дворянства, прослужившие не менее трех лет в губернии; 2) местные потомственные дворяне, соответствующие ряду цензов: возрастному (не моложе 25 лет), образовательному (окончание курса высшего учебного заведения или сдача соответствующего экзамена) или при отсутствии должного уровня образования — служебному (стаж службы в губернии в одной из следующих должностей — мирового посредника, мирового судьи, не переменного члена присутствия по крестьянским делам или земского начальника), имущественному (владение землей в пределах уезда на праве собственности или

иным недвижимым имуществом стоимостью не менее 7500 рублей).

При недостатке лиц, отвечавших вышеуказанным требованиям земскими начальниками могли быть назначены: 1) местные потомственные дворяне старше 25 лет, окончившие курс в средних учебных заведениях или сдавшие государственный экзамен, состоявшие в военных или гражданских чинах, владевшие недвижимостью стоимостью не менее 15 000 рублей в год или 2) местные потомственные дворяне, окончившие курс в одном из высших учебных заведений империи или сдавших соответствующий экзамен либо прослужившие в губернии не менее трех лет в должности мирового посредника, мирового судьи, не переменного члена присутствия по крестьянским делам или земского начальника, которые не обладали требуемым имущественным цензом, но сохранили свою усадьбу в пределах подлежащего уезда. Не могли быть назначены на должности земских начальников лица, состоявшие под следствием или судом за преступления или проступки, а также приговоренные судом к тюремному заключению или иному, более строгому наказанию; отстраненные от службы или исключенные из дворянских собраний по их приговорам; объявленные несостоятельными должниками; состоявшие под опекой за расточительность.

Таким образом, законодательно были установлены все условия для первоочередного замещения должностей земских участковых начальников лицами из числа потомственных дворян-землевладельцев данной местности, которые, по мнению правительства, должны были являться оплотом охранительной политики. Образовательный ценз или служебный стаж представлялись альтернативным условием имущественному цензу. Это обстоятельство открывало возможность быть земским участковым начальником мелкопоместным, но образованным дворянам. Однако, эта сословная категория не отличалась особой благонадежностью и щедро пополняла ряды революционно настроенной молодежи во время учебы в университетах. В нормах Положения «О земских участковых начальниках» от 12 июля 1889 г. явно прослеживается осознание законодателем кризисного состояния, в котором находилось поместное дворянское сословие 80–90-х гг. XIX в. Так, в ст. 15 предусматривалось, что при недостатке местных потомственных дворян министру внутренних дел предоставлялось право назначать на незамещенные должности земских начальников иных лиц, окончивших курс в одном из высших или средних учебных заведений или сдавших государственный экзамен.

Порядок избрания и утверждения на должности земских участковых начальников носил административный характер. Губернаторы по результатам совещания с губернскими и уездными предводителями дворянства выбирали по одному кандидату из списка лиц, удовлетворявших установленным в законе требованиям. Эти кандидатуры представлялись на утверждение министру внутренних дел. При расхождении мнений губернатора и предводителей дворянства относительно той или иной кандидатуры к ре-

шению губернатора прилагалась копия мнения предводителей дворянства. Установление такого порядка назначения на должности земских участковых начальников, при котором право окончательного их утверждения принадлежало министру внутренних дел, а не министру юстиции, свидетельствовало о том, что законодатель придавал первоочередное значение этим должностям как административным, а не как судебным.

По мнению «Вестника Европы», состав назначенных министром внутренних дел к 1890 г. земских начальников выглядел следующим образом: 31% — гражданские чиновники, 50% — военные и морские офицеры, 19% — потомственные дворяне. Среди них был только один кандидат университета [2, с. 824].

Подробные статистические данные по социальному составу земских начальников, вступивших в должности после введения в действие Положения «О земских участковых начальниках» от 12 июля 1889 г. [3], приведены советским исследователем А.А. Либерманом [5, с. 192]. В частности, он вывел, что сословный состав земских начальников был представлен в большинстве (91,3%) потомственными дворянами, остальные 8,7% составляли личные дворяне и другие лица, соответствующие образовательному и имущественному цензам. Наиболее высокий процент местных дворян был представлен в центрально-черноземных, левобережных украинских и центральных нечерноземных губерниях (более 80%) [5, с. 34–35]. Имущественное состояние земских начальников представлено следующими данными: 70,5% имели земельную собственность (из которых до 100 дес. — 5,3%, от 100 до 500 — 47,6%, от 501 до 1 тыс. — 24,8%, свыше 1 тыс. — 19,8%, имели имение — 2,5%), 3,4% имели иную недвижимость, а 26,1% не имели собственности [5, с. 34–35]. Нельзя не согласиться с выводом А.А. Либермана о том, что «... примерно 1/3 всего состава земских участковых начальников не имели каких-либо побочных доходов... Указанная категория лиц в основном относилась к обедневшему дворянству. Поэтому введение института земских начальников можно расценивать как своеобразную, впрочем незначительную, поддержку со стороны правительства беднейших слоев дворянства...» [5, с. 40]. По образовательному критерию состав земских начальников был представлен лицами с высшим и неоконченным высшим образованием 37,9%, со средним образованием — около 40% и с неполным средним образованием — 3,7%.

«Таким образом, — писал А.А. Либерман, — правительству, несмотря на большие затруднения при подборе кандидатов в земские начальники, удалось создать в наиболее «взрывоопасных» губерниях, одновременно являвшихся центрами распространения поместного землевладения, достаточно сильную административную власть на основе местного дворянства» [5, с. 44]. Таким образом, даже советская историко-правовая наука была вынуждена признать эффективность введения этого института.

Следует отметить, что император придавал особое значение выбору земских начальников. Например, в отчете

московского губернатора за 1890 г. сообщалось, что трое земских начальников были вынуждены оставить службу из-за выявившихся «неблагоприятных для них обстоятельств». Государь вынес резолюцию: «Значит выбор лиц был слабый!». Тогда как указание смоленского губернатора на то, что достижение цели Положения «О земских участковых начальниках» от 12 июля 1889 г. находится в прямой зависимости от «личных качеств исполнителей нового закона, их энергии, трудолюбия и желания осу-

ществить на деле великую мысль законодателя» вызвало полное согласие императора: «Конечно, это главное» [4, с. 332].

Таким образом, благодаря разработанному в законодательстве требованиям к занятию должности земского участкового начальника правительству удалось мобилизовать потенциал российского дворянства для восстановления режима законности и правопорядка в губерниях и уездах Российской империи.

Литература:

1. Внутреннее обозрение // Вестник Европы. 1888. Кн. 10. С. 805–822
2. Внутреннее обозрение // Вестник Европы. 1890. Кн. 10. С. 807–829
3. Высочайше утвержденные: Положение «О земских участковых начальниках», Правила «Об устройстве судебной части в местностях, в которых введено означенное Положение», «Временные правила о волостном суде в тех же местностях», Правила «О порядке приведения в действие Положения о земских участковых начальниках» от 12 июля 1889 г. // ПСЗРИ. Изд. 3-е. — СПб.: гос. тип., 1891. Т. 9. Ст. 6196
4. Исторический обзор деятельности Комитета Министров. Т. 4. Комитет Министров в царствование Императора Александра Третьего (1881 г. — 1894 г. 20 октября) / Сост. И.И. Тхоржевский, гл. ред. статс-секретарь Куломзин. — СПб.: Изд. Канц. Комитета Министров, 1902. — 472 с.
5. Либерман А.А. Институт земских начальников 1889–1905 гг. Дис... канд. историч. наук: 07.00.02 / А.А. Либерман. — М.: МГУ им. М.В. Ломоносова, 1976. — 192 с.

Право на образование в дореволюционной России: особенности реализации

Гребенкин А.Н., кандидат исторических наук, ст.преподаватель

Государственный университет – учебно-научно-производственный комплекс (г. Орел)

Крупномасштабная и длительная реформа образования в современной России является объектом достаточно жесткой критики со стороны как специалистов-педагогов, так и общественности. Тревогу вызывает не только катастрофическое падение уровня подготовки выпускников ВУЗов и школ, но и неприкрытая коммерциализация образования, в том числе и среднего.

Превращение образования из права в роскошь чревато и социальными потрясениями. Пример этому – история нашей страны. Доступ к образованию был признан на конституционном уровне задачей государства в первой советской Конституции 1918 г., а право на образование было закреплено лишь в сталинской Конституции. В императорской России вопрос об образовании решался исключительно в узкоутилитарном (для государства) либо в благотворительном (для дворянского сословия) смысле.

Говорить о системе школ, а значит и о гипотетическом праве на образование, можно лишь начиная со времени Петра I. Великий реформатор в школьном вопросе стоял на исключительно прагматической точке зрения: все должны служить на благо страны, а значит должны учиться, при этом не важно, какой «породы» человек, главное, чтобы он был способным и схватывал все на лету. Сословный принцип реализации права на обра-

зование действовал и при Петре, однако его значение не было первостепенным. Так, в Школу математических и навигацких наук принимали юношей всех сословий («дворянских, дьячих, подьячих, из домов боярских и других чинов»), кроме крепостных крестьян.

При преемниках Петра I на протяжении всего XVIII в. сословный принцип комплектования учебных заведений то усиливался, то ослабевал. Это было связано в первую очередь с тем, что монархи и временщики, обязанные своим высоким положением тем силам, которые привели их к власти (дворянству и гвардии как его верхушке), в благодарность даровали им привилегии, в том числе и привилегию элитарного воспитания. Однако последние не всегда желали учиться, вследствие чего нехватку квалифицированных кадров приходилось восполнять путем отмены или смягчения сословных ограничений.

В 1726 г. при Академии наук была учреждена Академическая гимназия. Изначально в ней преобладали дворянские отпрыски, но так как число учеников постоянно уменьшалось, то в нее были допущены дети среднего сословия и даже солдатские, которые, по замечанию П.А. Толстого, «для гимназии составляли ненужный и затруднительный балласт, а стали отвлекать от нее детей высших сословий» [12, с. 5–6].

В 1732 г. начал работу Сухопутный шляхетный кадетский корпус — формально военное учебное заведение, фактически дворянский закрытый университет.

В царствование Елизаветы Петровны сословный принцип был существенно смягчен. Так, когда в 1755 г. был открыт Московский университет, в преамбуле указа об его учреждении отмечалось, что он создан «для генерального обучения разночинцев». В университет могли поступать выходцы из различных сословий, за исключением крепостных крестьян. М.В. Ломоносов указывал на пример западноевропейских университетов, где было покончено с принципом сословности: «В университете тот студент почтеннее, кто больше научился; а чей он сын, в том нет нужды» [10].

При университете была создана Университетская гимназия, игравшая роль подготовительного учебного заведения. Здесь сословный принцип был выдержан: гимназия включала в себя два отделения, одно для дворян, другое для разночинцев.

Наконец, нельзя не упомянуть о созданном уже в правление Екатерины II гимназическом отделении Сухопутного шляхетного кадетского корпуса. Видный педагог второй половины XVIII в. И.И. Бецкой, инициатор создания «новой породы людей» и сторонник сословного воспитания, преобразовал основанную при корпусе по приказу Петра III школу для подготовки «армейских мастеровых людей» [6, с. 84] в гимназическое отделение корпуса. Этот акт можно считать апофеозом реализации сословного принципа в образовании. Воспитанники гимназического отделения должны были служить наглядным примером заботы правительства о дворянах. «Гимназисты» именовались не кадетами, а учениками, на их содержание отводилась более чем вдвое меньшая сумма, им не полагалось военной формы, наград за успехи, прислуги, и даже за столом они ели не из фарфоровой посуды, а из металлической. Незавидной была и их будущая карьера: если кадеты могли в перспективе дослужиться до генеральских чинов, то гимназисты навсегда оставались в корпусе в роли учителей и мелких чиновников, без всяких перспектив [6, с. 116–117].

Справедливости ради следует отметить, что Екатерина II уделяла много внимания образованию не только дворян, но и непривилегированных сословий. В 1782–1786 гг. была проведена школьная реформа, которой руководил известный сербский педагог Ф.И. Янкович де Мириево. В уездных городах учреждались малые народные училища с двухлетним сроком обучения, предназначенные для детей купцов, мещан и солдат. Они соответствовали двум младшим классам Главных народных училищ, которые были открыты тогда же в губернских городах. Срок обучения в них составлял 5 лет, они были формально всесословными (лишь крепостные не могли в них поступать) [3]. Главные народные училища были предшественниками гимназий.

Александр I пошел по пути создания сети формально бессословных учебных заведений, целью которых было,

однако, нравственное образование граждан «соответственно обязанностям и пользам каждого состояния» [9]. При нем же были открыты средние привилегированные учебные заведения: Царскосельский, Ришельевский, Нежинский лицеи, а также военно-учебные заведения.

Самым привилегированным из военных учебных заведений, куда попадали лишь представители знатных фамилий и генеральские отпрыски, был Пажеский корпус. Право на зачисление в пажи было предоставлено сыновьям и внукам: военных и гражданских чиновников первых трех классов; лиц, занимавших должность генерал-губернаторов, посланников, губернских предводителей дворянства (если они занимали эти должности в чине не ниже генерал-майора или действительного статского советника); генерал-майоров, убитых в боях или прослуживших в этом чине не менее 5 лет; наконец, правнукам лиц первых двух классов, носящих фамилию своих прадедов [4, с. 128–129].

Исключительно из элиты рекрутировались воспитанники созданной в 1823 г. Школы гвардейских подпорщиков и кавалерийских юнкеров. Для поступления в Школу требовалось свидетельство о включении предков в Шестую часть родословной книги древнего российского дворянства или генеральский чин отца. Кроме того, семья должна была располагать материальным достатком [11, с. 161].

Наиболее четко принцип сословности выразился в правление Николая I. В 1828 г. был принят школьный устав, по которому начальное и среднее образование делилось на три категории: для детей «самых нижних состояний» — одноклассные приходские училища (формально всесословные!) (изучались четыре правила арифметики, чтение, письмо и «закон Божий»); для средних сословий, т.е. мещан и купцов, — трехклассные училища (также формально всесословные — как видим, Устав грешил внутренней противоречивостью) Курс в последних был расширен за счет геометрии, географии и истории. Для детей дворян и чиновников были созданы семиклассные гимназии (там готовили к поступлению на службу или же в университет) [13].

В 1827 г. был издан специальный циркуляр, запрещавший принимать крепостных в гимназии и университеты.

В 1833 г. Николай I повелел «впредь принять правилом, дабы происходящие не из дворян не были определяемы в кадетские корпуса и зачисляемы кандидатами оных» [8].

При Николае I была создана кузница государственных чиновников — Училище правоведения, — которая, как и Пажеский корпус, являлась элитарным учебным заведением, Училище принимало только детей потомственных, родовитых дворян, а также военных (не ниже полковника) и гражданских (не ниже статского советника).

В царствование Александра II вновь последовало некоторое смягчение сословного принципа при зачислении в учебные заведения: «В гимназии и прогимназии обучаются дети всех состояний, без различия звания и вероис-

поведания» [2, § 53]. Для религиозно-нравственного образования народа и «распространения первоначальных полезных знаний» [1, ст. 1] предназначались начальные народные училища, также формально бессловесные. Для образования «лиц ремесленного и рабочего сословий обоюбого пола, не имеющих возможности пользоваться учением ежедневно» [1, ст. 2], учреждались воскресные школы.

Была существенно демократизирована и система военного образования. Чисто сословные кадетские корпуса были преобразованы в военные гимназии, которые хотя и предназначались преимущественно для детей дворян, но принимали в свои стены детей и других слоёв населения. Их выпускники могли поступить в военные училища и стать офицерами. В военные училища принимали и выпускников гражданских высших и средних учебных заведений независимо от их сословной принадлежности в возрасте не моложе 16 лет.

При Александре III сословный принцип комплектования учебных заведений был ужесточен. В 1889 г. ввели денежный ценз на высшее образование; руководству гимназий и прогимназий было «рекомендовано» не принимать в них «детей кучеров, лакеев, поваров, прачек, мелких лавочников и тому подобных людей, детям коих, за исключением разве одаренных гениальными способностями, вовсе не следует стремиться к среднему и высшему образованию» [7].

В царствование «императора-миротворца» появился и ряд позорных ограничений по принципу вероисповедания. Так, в 1886 г. была введена процентная норма для приёма евреев в гимназии и университеты. В пределах черты оседлости доля евреев среди учащихся мужских гимназий и университетов не должна была превышать 10%, в остальной части империи — 5%, в столицах — 3%.

При Николае II жесткая сословная политика в области образования продолжилась. Единственным послаблением, не успевшим уже сыграть никакой роли, было преобразование в 1913 г. кадетских корпусов во всесословные учебные заведения [5, с. 34].

Итоги сословной политики в области образования были печальны. Те, кто был лишен возможности учиться, как и руководитель восстания тайпинов в Китае Хун Сюцюань, «пошли в революцию».

Память о грозных социальных взрывах начала XX в. должна предостеречь современное руководство страны от повторения ошибок прошлого. Платность либо казновость образования, отсекающая от знаний миллионы людей, будет не только прямым нарушением действующей Конституции, но и пороховым погребом под государством. Необразованные массы являются хорошей почвой для культивации экстремистских идей, плоды подобного рода пропаганды созреют очень быстро, и горе России, если она их отведаст.

Литература:

1. Высочайше утвержденное Положение о начальных народных училищах // ПСЗРИ. Собр. 2-е. Т. XXXIX. № 41068.
2. Высочайше утвержденный Устав гимназий и прогимназий ведомства Министерства народного просвещения // ПСЗРИ. Собр. 2-е. Т. XXXIX. Отд. 2-е. № 41472.
3. Высочайше утвержденный Устав народным училищам в Российской империи // ПСЗРИ. Собр. 1-е. Т. XXII. № 16421.
4. Гурковский В.А. Кадетские корпуса Российской Империи: В 2 т. М.: Белый Берег, 2005. Т.1. 263 с.
5. Гуторович Г. Что такое кадетский корпус // Кадетская переключка. 1975. № 14. С. 32–34.
6. Данченко В.Г., Калашников Г.В. Кадетский корпус. Школа русской военной элиты. М.: ЗАО Центрполиграф, 2007. 463 с.
7. Доклад министра народного просвещения И. Делянова «О сокращении гимназического образования» (1887 г.). URL: http://files.school-collection.edu.ru/dlrstore/cf7d38ef-a636-46a6-afdb-aa159e58a1ed/%5BIS8IR_4-33%5D_%5BTS_05%5D.html (дата обращения: 19.06. 2011)
8. О незачислении кандидатами в кадетские корпуса детей лиц, происходящих не из дворян // ПСЗРИ. Собр. 2-е. Т. VIII. Отд. 1-е. № 5982.
9. Об устройстве училищ // ПСЗРИ. Собр. 1-е. Т. XXVII. № 20597.
10. Образование и становление Московского университета. URL: <http://www.msu.ru/info/history.html> (дата обращения: 17.06.2011)
11. Семенов-Тянь-Шанский П.П. Мемуары П.П. Семенова-Тянь-Шанского. Т.1. Детство и юность (1827–1855). Пг., 1917. 322 с.
12. Толстой Д.А. Академическая гимназия в XVIII столетии. СПб., 1885. 114 с.
13. Устав гимназий и училищ уездных и приходских, состоящих в ведомстве университетов: С.-Петербургского, Московского, Казанского и Харьковского // ПСЗРИ. Собр. 2-е. Т. III. № 2502.

Особенности международного права Псковской вечевой республики в период ее расцвета (XIV–XV вв.)

Егоров А.М., кандидат исторических наук, доцент
Псковский юридический институт ФСИН России

Средневековый Псков сыграл заметную роль в развитии правовых и организационных форм международного общения своей эпохи. Многие достижения Псковской вечевой республики в этой области позднее были адаптированы к внешнеполитической практике Русского централизованного государства¹. Концентрированным выражением юридического опыта граждан торгового города-государства и его пригородов стала Псковская судная грамота (1467), положения которой оказали заметное влияние на содержание первого общероссийского Судебника 1497 года.

Псковское законодательство было генетически связано с древнерусскими источниками права (в частности, с Русской правдой), но по сравнению с ними сделало серьезный шаг вперед. Дополнительными факторами, стимулировавшими укрепление законности в Пскове, являлись постоянная военная угроза со стороны Ливонского ордена, периодически возникавшие конфликты с Великим княжеством Литовским и экономическая конкуренция с Великим Новгородом. Не случайно именно Псковская судная грамота впервые на Руси начала фиксировать преступления не только против отдельных лиц, но и государственную измену².

Большое внимание в средневековом Пскове уделялось также упорядочению судебного процесса и повышению значения местной юстиции, в том числе в сфере публичных и частных отношений с иностранцами, что диктовалось торговыми и хозяйственными интересами псковичей, которые чрезвычайно рано приобрели трансграничный характер. Несмотря на сложную пограничную обстановку, псковичи вели активную торговлю в прилегающем к Балтийскому морю регионе. Поэтому традиционным пунктом мирных договоров Пскова с соседями в XIV–XV веках оставалось требование свободного пути для своих людей «горой и водой».

Наиболее серьезным торговым контрагентом Пскова являлась Ганза — мощный купеческий союз Балтики и Северного моря, в котором доминировали немецкие города, такие как Любек или Гамбург. Основным перевалочным пунктом и политическим главой данного объ-

единения был Любек, где собирались общеганзейские съезды³.

Многие ливонские города также входили в это сообщество и выступали как посредники в торговле Ганзы с Русью. Ганзейские города Ливонии были связаны не только общими экономическими интересами, но и унифицированной системой так называемого «любекского» права. В частности, магистрат северогерманского города Любека выступал в качестве высшей апелляционной инстанции по гражданским делам для таллинцев. В свою очередь, таллинский магистрат являлся низшей апелляционной инстанцией для Раквере и Нарвы, которые приняли любекское право при его посредничестве⁴.

Детальный анализ русско-ливонских отношений, осуществленный благодаря таким исследователям как Н.А. Казакова, выявил постоянный дуализм во взаимоотношениях средневекового Пскова с его западными соседями. С одной стороны этот дуализм выражался в стремлении Пскова к развитию мирных экономических отношений с городами Ливонии, а с другой — в попытках Ливонского ордена осуществлять военную экспансию против пограничных русских земель⁵.

При этом немецкое купечество продвигало свои торговые интересы на северо-западе Руси, прикрываясь вооруженными силами духовно-рыцарских орденов, что обуславливало постоянную мобилизационную готовность Псковской республики в военном плане. Возникшая с самого начала немецкой колонизации Прибалтики военная угроза наложила неизгладимый отпечаток на формирование всей жизнедеятельности средневекового Пскова⁶.

Псковичи старались лавировать между отдельными членами ливонской конфедерации и ганзейского союза, пытаясь использовать их противоречия в своих интересах. Когда в 1407 году, например, ганзейские города, особенно Тарту, требовали от Таллина ареста находившихся в городе русских, тот отказался, что гарантировало последним относительно спокойный торговый сезон⁷. Иногда представители Пскова и Новгорода присутствовали на ганзейских собраниях в качестве наблюдателей. Так, в 1402 году они принимали участие в съезде ливонских городов, со-

¹ См.: Егоров А.М. Средневековая юстиция и иностранцы на северо-западе Руси // Российский исторический иллюстрированный журнал «Родина». 2003. № 12. С.80–81.

² Российское законодательство X–XX веков. Т. I. — М., 1984. С. 332.

³ Восточная Пруссия. С древнейших времен до конца второй мировой войны: Ист. очерки. Документы. Материалы / В.И. Гальцев, В.С. Исупов, В.И. Кулаков и др. — Калининград: Кн. изд-во, 1996. С. 131.

⁴ История Таллина (до 60-х годов XIX века) / Составитель д.и.н. Раймо Пуллат. — Таллин: «Ээсти раамат», 1983. С. 79.

⁵ Казакова Н.А. Русско-ливонские и русско-ганзейские отношения. — Л.: Изд-во «Наука», 1975. С. 27.

⁶ См.: Хрусталев Д.Г. Северные крестоносцы. Русь в борьбе за сферы влияния в Восточной Прибалтике XII–XIII вв. Т. 1–2. — СПб.: Евразия, 2009.

⁷ История Таллина. С. 112.

стоявшемся в Тарту, на котором стороны обменялись взаимными претензиями¹.

Однако возникавшие противоречия не всегда удавалось разрешить дипломатическими методами. Например, в 1478 году в Риге задержали псковских купцов, и для их освобождения пришлось отправлять к ливонскому магистру специальное посольство. В результате переговоров «гости» были отпущены, но понесли значительный материальный урон, так как немцы отказались вернуть их товары. В подобных случаях действия сторон исходили из принципа взаимности. На следующий год псковская летопись сообщает, что «ходиша псковичи мстить в Немецкую землю, и привадоша немец во Псков и полона много добыша»². Обычно после взаимного обмена подобного рода «любезностями» стороны начинали поиск компромисса. Однако до его достижения частные лица, застигнутые войной на враждебной территории оказывались в бесправном положении. Так, в связи с описанным выше походом летопись отмечает, что «в то время наш гость псковской в Юрьеве пол 50 мужь, и гостя псковского всадиша в погреб, и послаше посла своего в Юрьев, а немец всадиша в погреб в охабни»³. Иначе говоря, в ответ на задержание своих граждан псковские власти брали в заложники иностранных подданных. После ареста их держали в специальных камерах, находившихся внутри крепостной стены Псковского кремля (в той его части, которая примыкала к въездным воротам и образовывала узкий коридор — «захаб»).

В период недолгих перемирий коммерческие операции с иностранным элементом осложнялись проблемами чисто юридического свойства. Их причиной была конкуренция между правовыми системами Пскова и его соседей, претендовавших на участие в урегулировании одних и тех же споров. После пересечения границы и возвращения домой иностранные гости Пскова становились практически недостижимыми для его правосудия. Это настраивало некоторых из них на безответственное отношение к своим русским партнерам.

Подобная практика, конечно, была неприемлема для псковской торговой республики, которая всегда заботилась о своей деловой репутации в регионе и желала аналогичного поведения со стороны соседей. Память о щепетильности псковичей при заключении коммерческих договоров сохранялась достаточно долго, что нашло отражение в записках имперского посла барона Герберштейна, составленных уже после присоединения Пскова к Москве в XVI веке: «Именно псковитяне при всяких сделках отличались такой честностью, искренностью и простодушием, что, не прибегая к какому бы то ни было многословию для обмана покупателя, говорили одно только слово, называя сам товар»⁴.

Исполнение частных обязательств с участием иностранцев обеспечивалось на основе принципа круговой поруки среди их оставшихся в Пскове соотечественников, которые могли ответить за вину своих коллег собственным имуществом. Так, в переписке Пскова с Ригой еще в начале XIV века встречается требование выдать должника Нездильца поручившемуся за него псковичу Ивану Голову. Послание завершается недвусмысленной угрозой взыскать долг с немецких купцов: «Или не выдадите Нездильца поручнику, то мы исправим в Пльскове на вашей братии, а вам поведаем»⁵. Справедливости ради следует отметить, что аналогичная тактика практиковалась и по другую сторону псковско-ливонского рубежа.

За обиды, нанесенные псковским «гостям» на чужбине, приезжие иностранцы могли понести не только материальную, но и личную ответственность. В 1436 году, например, в подземельях псковского «захаб» оказались сразу 24 немецких купца, что стало политическим ответом вечевой республики на ограбление ее граждан в Ливонии. Конечно, чрезвычайные меры такого рода (как и вызывавшие их причины) не способствовали повышению взаимного доверия, поэтому в международных соглашениях Псков последовательно проводил идею выдачи преступников, должников и зависимых людей.

Одновременно предпринимались попытки определить пределы юрисдикции в отношении частных лиц. В договоре 1440 года между великим князем литовским Казимиром и Псковом подтверждалось, что тяжбы с участием псковичей в ВКЛ должны рассматриваться на основе княжеского права, в Пскове же аналогичные дела подданных Казимира — как собственно литовцев, так и жителей Полоцка, Витебска, Смоленска — решались по законам вечевой республики.

Но даже наличие договоров не всегда гарантировали взаимопонимание и порядок вдоль юго-западных рубежей Пскова. Об этом свидетельствует псковская грамота 1480 года, адресованная все тому же Казимиру IV. Наряду с жалобой на вероломство «пришедшего на миру» и выжегшего два пригорода ливонского магистра в ней содержалась просьба не задерживать псковских пленников, которые бежали через Литву от немцев, и пожелание королевским воеводам и мещанам не мешать транзитной торговле псковичей с теми же немцами.

Борьба за рынки побуждала граждан Пскова налаживать прямые связи с прибалтийскими городами. Невзирая на все риски и непредсказуемость пограничной обстановки, псковские купцы регулярно посещали Ригу, Колывань (Таллинн), Юрьев (Тарту) и Ругодив (Нарву). При некоторых денежных расчетах они обращались к помощи немецкой юстиции. В частности, из переписки 1463—

¹ История Таллина. С. 111.

² Псковские летописи. (Полное собрание русских летописей. Т. V. Вып. 1.) М., 2003. С. 76.

³ Там же.

⁴ Герберштейн, Сигизмунд. Московия. М.: АСТ: Астрель, 2007. С. 239.

⁵ Грамоты Великого Новгорода и Пскова. — М.: Изд-во Академии наук СССР, 1949. С. 318.

1465 гг. известно, что два псковича давали в Риге деньги в долг «перед судьей, перед Кортом, что на Кеской улице живеть»¹.

Приезжим псковичам волей-неволей приходилось вникать в тонкости германского права. В связи с этим отдельную проблему представляли не только споры о юрисдикции между Псковом и его соседями, но и юридический партикуляризм правовой системы последних. Возникшие в том же Таллинне гражданско-правовые тяжбы теоретически могли дойти до самого Любека, уголовные дела окончательно решались на месте в соответствии с городским правом, а засевшие на Тоомпеа вассалы Ливонского ордена вообще признавали только ленное и рыцарское право. Корпоративность средневекового права и действие в рамках даже одной территории сразу нескольких правовых подсистем подчас порождали сложные интерлокальные и интерперсональные коллизии, разрешить которые, особенно при наличии дополнительного иностранного фактора, было крайне нелегко.

Подсудность, насколько можно судить по источникам, обычно определялась из места причинения вреда или возникновения обязательства. Случаи перехвата судебных дел оценивались крайне отрицательно и воспринимались псковичами как подрыв «суверенитета» их города.

В первой половине 1460-х годов острую дискуссию вызвало дело рижанина Иволта, брат которого был убит в

Пскове собственным слугой. Несколько принадлежавших покойнику бочек пива и меда забрали за долги псковские кредиторы, остальное имущество и разысканного убийцу передали прибывшему в город Иволту. Но рижанин неожиданно начал отрицать долги своего брата и потребовал от кредиторов вернуть все его имущество. В ответ на предложение псковских властей разобрать спор с этими людьми в судебном порядке он высокомерно заявил: «Язь приехал в Псков не тягаться». Затем Иволт попытался взыскать оставшийся по его мнению долг в Риге, но почему-то с новгородских купцов. Последние, в свою очередь, обратились с жалобой в Псков, власти которого отреагировали следующим образом: «Пусть едет ко Пскову, мы ему суд дадим»².

Таким образом, не вставая заранее ни на чью сторону, Псковская республика последовательно отстаивала право на собственную юрисдикцию. В отношении наиболее сложных споров псковичи поощряли своеобразный международный арбитраж. Договоры Пскова с Ливонским орденом не раз упоминают «съезд о прежних обидных делах», который по традиции проводился на реке Нарве. В целом история средневекового Пскова дает немало примеров прогрессивного международно-правового взаимодействия, которое оказывалось возможным даже в условиях военно-политической конфронтации с агрессивными соседями.

Послереволюционные взгляды на категорию гражданской правоспособности

Ковалева Н.А., кандидат юридических наук, доцент
Академия труда и социальных отношений (г. Москва)

После революции 1917 года были предприняты первые попытки введения единого содержания гражданской правоспособности.

Конституцией РСФСР 1918 года во втором разделе, в главе пятой (п. 22) были предоставлены равные права гражданам, независимо от их расовой и национальной принадлежности, отменены привилегии и преимущества. Однако далее, в пункте 23 устанавливалось, что РСФСР лишает отдельных лиц и отдельные группы прав, которые используются ими в ущерб интересам социалистической революции [1, с. 427].

Вопросы о правовой природе, содержании и объеме гражданской правоспособности в цивилистической науке послереволюционного периода возникает в связи с первой кодификацией гражданского законодательства.

В период НЭПа гражданская правоспособность отождествлялась с частно-имущественной и денежной иден-

тификацией граждан. Эти позиции по частно-имущественной правоспособности не находили должного обоснования в доктрине в первые годы после революции 1917 года.

До введения НЭПа, экономические процессы и товарный обмен протекали практически без использования товарно-денежной формы. Но законодательство не исключало индивидуальной собственности в ограниченных объемах, не отрицалось возможность наследования, а также граждане могли совершать меновые операции. Гражданское законодательство послереволюционного периода не содержало прямое указание на гражданскую правоспособность граждан.

Декрет от 22 мая 1922 года ВЦИК «Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР» [2] предоставил всем гражданам, неограниченным в установ-

¹ Грамоты Великого Новгорода и Пскова. — М.: Изд-во Академии наук СССР, 1949. С. 324.

² Там же. С. 323.

ленном законом порядке в своей правоспособности, право на территории РСФСР и союзных и договорных с нею Советских Республик организовывать промышленные и торговые предприятия и заниматься дозволенными законами РСФСР профессиями и промыслами, с соблюдением всех постановлений, регулирующих промышленную и торговую деятельность и охраняющих применение труда. Таким образом, в состав гражданской правоспособности входила способность иметь трудовые права.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 года закреплял понятие гражданской правоспособности и определял правоспособность как способность иметь гражданские права и обязанности. Правоспособность закреплялась за всеми гражданами, неограниченными по суду в правах [3, с. 113].

Впервые легальное закрепление гражданской правоспособности произошло в Законе об основных частных имущественных правах от 22 мая 1922 года. Затем эта категория перешла в ГК РСФСР и ГК других советских республик. Однако в ГК РСФСР, в статье 4 отмечалось, что гражданская правоспособность носит целевой характер. Граждане обладали гражданской правоспособностью в целях развития производительных сил страны.

Гражданин как носитель гражданской правоспособности объявлялся обязанным следовать определенным действиям для развития производительных сил страны.

А.Г. Гойхбарг отмечал, что «и ограничение защиты прав, если они осуществляются в противоречие с их социально-хозяйственным назначением, и предоставление прав в целях развития производительных сил, и не восполнительный, а наоборот, обязательный характер установленных в законе договорных норм, и допущение вмешательства органов власти в отношения между гражданами в целях предотвращения кабальных сделок, — словом, все эти постановления, стирающие у нас грань между правом гражданским, частным и публичным, все они направлены на то, чтобы обуздать произвол, даваемый частной собственностью, чтобы ввести этот произвол в разумные, не выходящие за пределы поставленной цели, а потому и допустимые с точки зрения нашего правопорядка рамки.» [4, с. 52]

Однако с подобных позиций было трудно объяснить меновую концепцию, которая предоставляла гражданам право на меновые операции практически со всем своим имуществом. Поскольку для обеспечения оборота товаров на рынках, в период НЭПа, законодатель ввел нормы о защите имущественных прав граждан, и имущественные права принадлежали всем гражданам без исключения, необходимо было определить природу происхождения этих прав, а также ответить на вопрос, почему имущественные права вообще могут принадлежать гражданам. В отношении гражданина термин «товаровладелец» подразумевал «правовладелец», то есть субъект права, наделенный правоспособностью.

Гражданская правоспособность после 1917 года была существенно расширена по сравнению с ранее действовавшим законодательством. Однако необходимо отметить,

что в содержание гражданской правоспособности не входили право собственности на землю, право собственности на крупные промышленные предприятия, не входили права на совершение внешнеторговых операций. Но существенной качественной характеристикой гражданской правоспособности является то, что она устанавливалась одинаково для всех граждан, была для всех граждан равной, за исключением граждан, ограниченных в правах в судебном порядке. Такие доктринальные и законодательные положения сохранились в отношении гражданской правоспособности физических лиц до 30-х годов XX века.

В отношении гражданской правоспособности юридических лиц после 1917 года были сформулированы две основные и конкурирующие между собой доктрины.

Одна из доктрин, т.н. двухсекторная теория, ратовала за признание за различными юридическими лицами, в зависимости от функций, которые они выполняют в гражданском обороте, различных юридических возможностей.

По второй теории — теории единого хозяйственного права — хозяйство объявлялось единственным хозяйственно — правовым объектом регулирования. Поэтому отрицалась гражданская правоспособность вообще как некритичная форма заимствования из зарубежного законодательства. Что же касается гражданской правоспособности юридических лиц, после 1917 года этот вопрос становится одним из дискуссионных, который требовал своего разрешения в доктринальном плане и последующего закрепления в гражданском законодательстве. Сам институт юридического лица начинает использоваться в законодательных актах, начиная с 1918 года. Однако теоретическое обоснование и дальнейший ввод этой категории в законодательство откладывался из-за замены товарно-денежных отношений и перехода к системе прямого централизованного распределения в командно-централизованной экономике. В доктринальной литературе исследуется вопрос о сущности и назначении юридических лиц. В основном обсуждается вопрос о юридической природе государственных юридических лиц и кооперативно-колхозных организаций, в частности, промысловых и потребительских кооперативов. Выявлялись в основном юридические признаки, которые отличали кооперативы от других объединений лиц, например, гражданско-правовых товариществ. Однако основной ошибкой исследователей являлось то, что гражданско-правовое товарищество рассматривалось как родовое явление, а кооператив — как разновидность. Даже кооперативный устав объявлялся договором, не отличающимся от договоров товариществ, или даже внедоговорным актом. Анализ гражданской правоспособности юридических лиц не выходил за рамки поиска сходств и различий между различными организационно-правовыми формами, а также заявлялось, что юридические лица после победы социалистической революции имеют своей целью переустройство общества. Также отмечалось, что кооператив выступает в области гражданского права, т.е. действует в качестве юридического лица, он носит частный характер, обнаруживая со-

циалистические тенденции, лишь поскольку его деятельность относится к сфере регулирования иных отраслей советского права [5, с. 110].

Аналогичные подходы существовали и в анализе гражданской правоспособности государственных трестов, а также иных юридических лиц по законодательству 20-х годов. Оценка их правовой природы заключалась в том, что юридические лица выступали в качестве центров сосредоточения гражданских прав и обязанностей.

Однако П.И. Стучка отмечал, что государственные органы сохраняют социалистическую природу в сфере производства и сфере отношений с планово-регулирующими органами. Когда предприятия и госучреждения выступают в гражданском обороте, «то они действуют не в своем специфическом качестве социалистических предприятий или учреждений» [5, с. 77].

Однако в последствии, гражданская правоспособность начала признаваться за трестами и государственными организациями. Основным доводом стало то, что государство стало мощным хозяйствующим субъектом страны. Поэтому необходимо было отграничить государственные предприятия от самого государства как носителя публичной власти. Результатом такого разграничения стало признание того, что «комплексное имущество объединения, которое все целиком предназначено для выполнения функции независимо от постоянной перемены отдельных его частей, является субъектом права с ограниченной ответственностью» [6, с. 55].

Поэтому в ГК РСФСР 1922 года было закреплено положение (статья 19) о том, что юридическими лицами являются государственные предприятия и их объединения, переведенные на хозяйственный расчет. Однако такая общая норма отсутствовала для государственных учреждений.

Поэтому можно утверждать, что положения о гражданской правоспособности юридических лиц, как и само понятие юридического лица не было достаточно ясно выработано цивилистической доктриной, и не нашло своего легального закрепления в законодательстве.

В дальнейшем, для гражданской правоспособности расширяются только рамки прав, которые составляют ее содержание (расширение наследственных прав граждан, права личной собственности на жилые дома, содержания и объема личных неимущественных прав и т.д.).

В последствии, в Конституцию Союза СССР 1936 года была включена глава X, которая именовалась «Основные права и обязанности граждан». В статьях 118–133 были перечислены основные права и их гарантии, предоставленные гражданам СССР [7, с. 15]. Статья 123 Конституции декларировала равноправие граждан СССР во всех областях хозяйственной, государственной, культурной и общественно-политической жизни. А также декларировался принцип юридического равенства правоспособности.

Несомненно, что именно положения конституций послужили основанием для закрепления гражданской правоспособности в Гражданских кодексах РСФСР и СССР.

Гражданский кодекс РСФСР [8] закреплял в статье 9 понятие гражданской правоспособности. Само определение мало чем отличалось от предыдущих определений.

Способность иметь гражданские права и обязанности (гражданская правоспособность) признавалась в равной мере за всеми гражданами РСФСР и других союзных республик. Был закреплен в законодательстве момент возникновения (в момент рождения) и момент прекращения правоспособности (правоспособность гражданина прекращается смертью). Статья 10 гражданского кодекса РСФСР перечисляла основные положения, составляющие содержание правоспособности граждан. Граждане могли в соответствии с законом иметь имущество в личной собственности, право пользования жилыми помещениями и иным имуществом, наследовать и завещать имущество, избирать род занятий и место жительства, иметь права автора произведения науки, литературы и искусства, открытия, изобретения, рационализаторского предложения, промышленного образца, а также иметь иные имущественные и личные неимущественные права.

После 1950-х годов науку гражданского права начинают занимать иные вопросы. От вопросов о людской составляющей государственных юридических лиц, на первый план вышли вопросы сочетания гражданской правоспособности с административной правосубъектностью его внутренних подразделений, правовое положение государственных предприятий в отношениях друг с другом и с вышестоящими органами [9].

Поэтому были сделаны выводы о том, что юридическое лицо — субъект гражданского права. Само юридическое лицо способно иметь гражданские права и нести обязанности. Однако положения о способностях юридического лица начинают подменяться понятием о его компетенции.

Впоследствии анализ форм проявления гражданской правоспособности углубляется в связи с подготовкой второй кодификации советского гражданского законодательства. Одной из задач цивилистической доктрины стала выработка гражданско-правовых методов закрепления право- и дееспособности граждан в СССР.

Основные теории, которые были выдвинуты в 40–50 годы XX века, стали теория динамической правоспособности, выдвинутая М.М. Агарковым [10, с. 284–285] и теория статической правоспособности, сформулированная С.Н. Братусем [11, с. 5–10].

В соответствии с динамической теорией гражданской правоспособности, содержание гражданской правоспособности зависит не только от ее признания со стороны государства, но и от того, какими конкретными правами наделяется правоспособное лицо и в каких отношениях с другими субъектами гражданского права оно находится фактически. Поскольку конкретные отношения, участником которых правоспособное лицо становится, никогда не остаются статичными, то гражданская правоспособность меняет свое содержание каждый раз, для каждого данного лица, и эти изменения происходят под влиянием его отношений с другими субъектами гражданского права.

Для этого необходимы соответствующие предпосылки: наличие у данного лица такого субъективного права, которое позволяет реализовать правоспособность, а также определенные юридические факты. Таким образом, гражданская правоспособность для каждого лица в определенный момент означает возможность иметь конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами.

Анализируя основные положения выдвинутой теории динамической гражданской правоспособности, необходимо отметить следующее.

Не каждое доступное лицу действие означает осуществление принадлежащего ему субъективного права. Эти действия могут быть определенным состоянием гражданской правоспособности. Субъективному гражданскому праву всегда должна корреспондировать гражданская обязанность другого лица. В теории гражданского права уже на протяжении нескольких лет разрабатывается проблема вторичных прав. Теория, выдвинутая М.М. Агарковым, не учитывает того, что вторичные права составляют промежуточное звено между гражданской правоспособностью и субъективными гражданскими правами. Именно объем и содержание вторичных прав дает возможность говорить, что у гражданской правоспособности имеется некая динамика.

Однако, все категории суть самостоятельные, хотя и производны друг от друга (гражданская правоспособность, вторичные права, субъективные гражданские права).

Критика теории вторичных прав в работе М.М. Агаркова не позволила отграничить указанные категории. Поэтому в теории динамической гражданской правоспособности налицо смешение категорий: скорее всего под динамической гражданской правоспособностью, Агарков понимал гражданскую правоспособность и вторичные права одновременно. Также М.М. Агарков не учитывал того, что большинство гражданских правоотношений возникает не из единичного юридического факта. Для многих гражданских правоотношений необходима совокупность отдельных юридических фактов или юридических составов. Следовательно, до образования какого-либо субъективного права необходимо наличие гражданской правоспособности и несколько юридических фактов, которые могут быть оторваны друг от друга во времени. Более того, при совершении этих юридических фактов возможно образование промежуточных юридических последствий.

С.Н. Братусь [11, с. 5], определял гражданскую правоспособность как право обладания правами и обязанностями. Дополнительно выделяя ее равенство, а также реальность и гарантированность осуществления основных гражданских прав. Впервые в истории советской гражданской доктрины в содержание гражданской правоспособности включается возможность обладания личными неимущественными правами. Исходя из предпосылки о том, что даже недееспособные граждане всегда правоспособны, и правоспособность признается в равной мере за всеми гражданами, С.Н. Братусь в работах начала 50-

годов пришел к выводу о тождественности понятий правосубъектности и правоспособности. Правоспособность, по мнению С.Н. Братуся, это только возможность быть субъектом всех тех прав и обязанностей, которые признаны и допущены объективным правом: признавая отдельного человека или коллективное образование лицом, за ними тем самым признается правоспособность. По мнению С.Н. Братуся правомочия это конкретные проявления правоспособности. Эти правомочия, которые действительно могут быть реализованы лицом, в свою очередь, входят в содержание его субъективного права. Ценность же правоспособности состоит в том, что она является лишь абстрактной возможностью быть носителем прав и обязанностей. Однако с то же время, С.Н. Братусь определяет правоспособность как самостоятельное своеобразное субъективное право (личное, неотчуждаемое, непередаваемое), защищаемое государством против всякого, кто посягает на него.

Однако с предложенной точкой зрения согласиться не представляется возможным. В своих рассуждениях С.Н. Братусь высказывает противоречивые положения.

Например, констатируется, что «за каждым гражданином социалистического государства закреплена определенная правоспособность, независимо от того, способен он или нет своими действиями, т.е. волевыми актами, ее осуществить, и независимо от того, располагает ли он в данный момент необходимыми условиями для того, чтобы стать субъектом всех тех прав, носителем которых он может быть на основании закона.» [11, с. 5].

Указанное высказывание противоречит основному выводу С.Н. Братуся об отождествлении правоспособности и правосубъектности.

Правоспособность, как предпосылка субъективных прав, является лишь формой закрепления за каждым субъектом гражданских прав и обязанностей, для чего используется речевой оборот «способность иметь», хотя в этой способности не отказывается ни одному из субъектов.

Каждый из субъектов, который является носителем субъективных гражданских прав обладает реальной возможностью осуществить свои правомочия посредством определенного поведения (активных действий или воздержания от действий).

Предложение наделять каждого субъекта гражданского права правосубъектностью отвечала реалиям экономики, политического строя и планово-хозяйственной системе советского государства. За каждым предприятием была закреплена определенная специфика, которая выражалась в строго формализованной деятельности: торговой, производственной и т.д.

С.Н. Братусь отмечал: «Признание субъективных прав за государственными хозяйственными организациями, будучи одним из важнейших принципов демократического централизма в управлении хозяйством, способствует обеспечению выполнения государственного плана в соответствии с целями, предусмотренными ст. 11 Конституции СССР.» [11, с. 18]

Однако для современного хозяйственного оборота, политических и экономических реалий необходимо переосмотреть соотношение право- и дееспособности в отношении юридических лиц.

Необходимым и достаточным условием признания гражданина субъектом гражданского права служит факт признания его правоспособным. Однако С.Н. Братусь не учел некоторых позиций.

Во-первых, правоспособность и дееспособность составляют понятие правосубъектности. Поэтому, если правоспособность отождествлять с правосубъектностью, то получится, что дееспособность абсолютно не влияет на правовой статус личности и не может проводиться разграничение между взрослым (совершеннолетним) и малолетним гражданином.

Во-вторых, к недееспособным и частично дееспособным в обязательном порядке назначаются опекуны и попечители. Следовательно, в отношении указанных групп граждан единство право- и дееспособности сохраняется.

В-третьих, правоспособность и дееспособность юридических лиц по действовавшему и действующему законодательству возникает одновременно, с момента создания юридического лица, поэтому правосубъектность юридических лиц зависит от содержания их дееспособности.

На основании статической теории, сформулированной С.Н. Братусем, содержание гражданской правоспособности зависит только от ее государственного признания. При реализации правоспособности, в отношениях субъекта и иных участников гражданского оборота формируются конкретные правомочия и обязанности, состав которых действительно изменяется для каждого отдельного правосубъектного лица. Однако гражданская правоспособность в этой теории рассматривается не в качестве конкретных прав и обязанностей, а в качестве абстрактной предпосылки обладания правами и обязанностями. Эти предпосылки не могут изменяться и дифференцироваться для разных субъектов в разных гражданских правоотношениях. Предпосылки принадлежат всем субъектам, оставаясь равными и неизменными как по объему, так и по содержанию.

С.Н. Братусь исключал какие-либо промежуточные категории между гражданской правоспособностью и субъективными гражданскими правами, отрицая вторичные права вообще. Правоспособность, с точки зрения Братуся, — выраженная суммарно способность к правообладанию, следовательно, любые проявления правоспособности — субъективные права.

Однако, необходимо отметить, что данные положения теории также не лишены недочетов. Гражданское субъективное право имеет в качестве своей общей предпосылки гражданскую правоспособность. Однако любое субъективное право может возникнуть только после того, как состоялся некий юридический факт. Гражданская правоспособность объявляется субъективным правом, защищаемым от каждого лица, нарушающего его. Однако не

указывается, каким образом можно осуществить защиту без юридического факта, способного повлечь возникновение конкретного субъективного права на базе гражданской правоспособности.

В.Ф. Яковлев указывал, что во всех случаях закон, признавая лицо правосубъектным, указывает, в чем именно она проявляется. Да и само «наделение правосубъектностью практически происходит путем указания на те возможности и способности, которые признаются за субъектом» [12, с. 39]. Таким образом, как полагает В.Ф. Яковлев, правосубъектность не состоит из конкретных субъективных прав и обязанностей, а включает лишь возможность быть их носителем, служит предпосылкой к их возникновению у данного лица.

Б.Н. Мезрин, исследуя правоспособность, отмечал, что «по характеру она является относительно статичной конкретной правовой связью между лицом и государством и абстрактной — по отношению к другим лицам. В ее состав входят юридически опосредованные элементы — способности лица: иметь права и нести обязанности, возникновение, изменение и прекращение которых связывается законом с действиями самого лица и других лиц, а также с наступлением событий (правоспособность)» [13, с. 52]. Следовательно, по содержанию правосубъектность представляет собой комплекс принадлежащих лицу формальных правовых возможностей по приобретению, обладанию и распоряжению правами и обязанностями.

Еще в советской правовой теории наметились в основном две взаимоисключающие друг друга тенденции — рассматривать правоспособность либо как присущее гражданину качество или свойство, либо как право, которое признано за ним государством. Оба направления не лишены противоречий и выявляют особые стороны правосубъектности, необходимые для определения сущности правоспособности и ее правовой формы.

Согласно первому направлению, правоспособность определяется как качество или свойство субъекта права, при этом свойство не естественное, природное, а юридическое, социально-правовое. Этого направления придерживались О.С. Иоффе, С.С. Алексеев, Н.И. Матузов, Н.В. Витрук.

О.С. Иоффе, рассматривая правоспособность как юридическую способность лица, с одной стороны, усматривал сходство между правоспособностью и субъективным правом. С другой стороны, ученый указывал и на существенное различие, которое состоит в том, что субъективное право — не только мера поведения, дозволенного самому управомоченному, но и возможность требовать определенного поведения от других обязанных лиц [14, с. 104]. По мнению О.С. Иоффе, правоспособность есть лишь отношение обладателя ее с государством. О.С. Иоффе, О.А. Красавчиков, Д.М. Чечот, признавая правоспособность длящимся отношением, связью между государством, обществом и лицом, отрицали правоспособность как право на том основании, что правоспособность не имеет корреспондирующей обязанности других

лиц и исключается возможность требований управомоченного лица к другим лицам. О.С. Иоффе, О.А. Красавчикова, признававших правоспособность длящимся отношением, связью между государством, обществом и лицом, а потому называвших правоспособность не правом, а качеством, способностью, свойством.

Другого направления взглядов на правоспособность придерживается Я.Р. Веберс. Он относит правоспособность к числу прав и считает, что, в общем, взгляды ученых на правоспособность как на юридическую способность, свойство, качество также тяготеют к признанию правоспособности как определенного права [15, с. 48]. Однако Я.Р. Веберс, определяя, с одной стороны, правоспособность в качестве права, с другой стороны, отмечает, что вопрос о соотношении правоспособности с иными субъективными правами до сих пор продолжает оставаться спорным: «поскольку правоспособность является именно правом, принадлежащим не только всем гражданам сообща, а каждому из них в отдельности, то ее правильнее рассматривать как один из видов субъективных прав. В связи с этим возникает необходимость отграничения правоспособности от других прав, которые по своей сущности также являются субъективными» [15, с. 51]. В теории права возникла и получила широкое признание и распространение концепция, согласно которой правоспособность понимается как стадия существования субъективного права, как «потенциальное состояние субъективного права», как «право, не достигшее степени субъективного права» [15, с. 53]. Как отмечает Я.Р. Веберс, идея такого понимания правоспособности коренилась в попытке представить соотношение правоспособности и субъективных прав как соотношение абстрактного с конкретным или как соотношение возможного и действительного. Обладание правоспособностью тем не менее отделено от обладания конкретными субъективными правами и обязанностями одним или несколькими юридическими фактами. «Поэтому нельзя считать, что любое лицо, обладающее только правоспособностью, уже в силу этого может быть признано обладателем субъективного права в потенции» [15, с. 54]. Более того, по мнению Я.Р. Веберса, обладатель возникшего конкретного субъективного права и обязанности продолжает одновременно обладать правоспособностью также по отношению к данному субъективному праву. Таким образом, подчеркивается длящийся (постоянный) характер правоспособности и, кроме того, указывается на то, что правоспособность — это внешняя по отношению к субъективному праву категория.

Также в качестве своеобразного субъективного права — «общего субъективного права» рассматривает правоспособность С.С. Алексеев, считая, что правосубъектность является особым субъективным правом, входящим в состав общерегулятивных правоотношений [16, с. 279]. Переходя к более конкретной характеристике правосубъектности, он указывает, что лишь по своим исходным элементам она может быть охарактеризована как

бланкетная возможность — возможность данного лица быть субъектом права вообще, а в пределах отдельных отраслей — субъектом трудовых, гражданских, административных и иных правоотношений. Одновременно правосубъектность имеет конкретизированный характер (по другим своим элементам). Такими элементами правосубъектности выступают конституционные права и обязанности, которые характеризуют содержание (объем) правосубъектности [16, с. 280–282].

Несколько иначе определяют правоспособность В.А. Мусин, Б.В. Пхаладзе, выявляя в правоспособности элементы объективного права. По мнению В.А. Мусина, Б.В. Пхаладзе, правоспособность является абстрактным выражением содержания конкретных субъективных прав, их обобщенным, родовым выражением.

А.В. Мицкевич считает правоспособность субъективной категорией, а не категорией объективного права. «В противном случае следовало бы и в теории, и на практике говорить не о правоспособности лица, а о круге норм, устанавливающих субъективные права и обязанности лица». [17, с. 22] Он предлагает различать: а) общие права как элементы правоспособности; б) права с определенным содержанием, которые непосредственно вытекают из законодательства для всех граждан; в) конкретные субъективные права как элементы правоотношений, возникающие на основе общих прав [17, с. 26–30].

Чтобы раскрыть содержание правоспособности через комплекс прав и в то же время отличить права как элементы правоспособности от наличных (субъективных) прав, некоторые ученые, отказываясь от формулировки правоспособности как абстрактной, общей способности иметь права и обязанности, стали определять правоспособность как «право на право», как «субъективное право в потенции» или как комплекс «потенциальных субъективных прав» [18, с. 466].

Е.А. Флейшиц полагала, что там, где права непосредственно вытекают для граждан из норм права, категории правоспособности как таковой нет. Она признавала существование правоспособности для гражданского права, отчасти для трудового права, потому что в этих областях общественных отношений, по ее мнению, права для граждан не вытекают непосредственно из норм объективного права [19]. До возникновения определенных законом юридических фактов права личности в указанных отраслях права, следовательно, находятся в состоянии (стадии) ее правоспособности. Правоспособность и конкретные субъективные права в гражданском праве, считала Флейшиц, выступают как последовательно сменяющие друг друга возможности: первая — возможность иметь любые права (закон перечисляет их примерно), вторая — конкретизированная возможность (конкретное субъективное право, возникающее на основе и в результате осуществления первой возможности — правоспособности). Флейшиц предлагала различать субъективные права и правоспособность, но продолжала рассматривать правоспособность и субъективные права, не выте-

кающие непосредственно для граждан из норм объективного права, как последовательно сменяющие друг друга возможности, как разные этапы развития одной возможности. Правоспособность, по ее мнению, трансформируется в конкретные субъективные права.

Доктринальная полемика нашла свое разрешение после принятия Гражданского кодекса 1964 года. В кодексе закреплялось, что возможно установление таких гражданских правоотношений, которое не предусмотрены ГК, но не противоречат смыслу и основным началам. Поэтому установление гражданской правоспособности определялось путем перечисления основных субъективных гражданских прав с одновременным указанием на то, что не исключается приобретение других имущественных и личных правомочий.

Аналогично гражданскому кодексу РСФСР, основы гражданского законодательства Союза ССР и республик определяли понятие гражданской правоспособности [20]. Однако содержание правоспособности было уточнено. На основании статьи 9 граждане могли: иметь имущество на праве собственности; наследовать имущество; заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законодательными актами деятельностью; создавать самостоятельно или совместно с другими гражданами и организациями юридические лица; совершать любые не запрещенные законодательством сделки и участвовать в обязательствах; избирать место жительства; иметь права автора изобретения, произведения науки, литературы, искусства или иного результата интеллектуальной деятельности; иметь другие имущественные и личные неимущественные права.

Для устранения противоречий, возникавших на практике, законодательно было предусмотрено, что граждане одной республики пользуются на территории другой республики гражданской правоспособностью наравне с гражданами этой республики.

Литература:

1. Первая советская конституция. Конституция РСФСР 1918 года. Сборник документов под ред. А.Я. Вышинского. Юридическое издательство НКЮ СССР. М., 1938.
2. Данные и текст Декрета приводятся по СПС «Консультант плюс».
3. Хрестоматия по истории отечественного государства и права. 1917–1991. Под ред. О.И. Чистякова. – М, Зерцало, 1997.
4. Гойхбарг А.Г. Основы частного имущественного права. М., Красная новь, Госполитпросвет, 1924.
5. Стучка П.И. Курс советского гражданского права. В 3-х томах. Т. 2. М., Изд-во Ком.Академия 1929.
6. Ландков С.Н. Субъекты права (лица). М., 1928.
7. О Конституции Союза ССР. Партиздат ЦК ВКП (б), М., 1937.
8. Ведомости ВС РСФСР. 1964. №24. Ст. 407.
9. См.: Танчук И.А. Правовые вопросы хозрасчета в условиях экономической реформы //Учен. зап. ВНИИСЗ, 1967, вып. 10; Басин Ю.Г. Хозяйственный расчет и его правовые формы//Советское государство и право, 1968, №7; Певзнер А.Г. Хозрасчет в производственных объединениях. М., 1968; Рахмилович В.А. Хозрасчет и имущественная ответственность органов хозяйственного управления//Советское государство и право, 1968, №10; Братусь С.Н. Ленинские принципы социалистического хозяйствования и правовые проблемы экономической реформы. (В кн.: Ленинские принципы социалистического хозяйствования и правовые проблемы экономической реформы). Свердловск, 1969.

Дополнительно Основы гражданского законодательства 1991 года оговаривали правило о том, что никто не может быть ограничен в правоспособности иначе, как в случаях и порядке, предусмотренных законодательными актами. Акты органов государственного управления и местных органов государственной власти, а также сделки, направленные на ограничение правоспособности граждан, не имели юридической силы.

Подводя итоги исследования состояния законодательства после 1917 года, можно констатировать, что законодательное определение гражданской правоспособности не претерпело изменений. Гражданской правоспособностью признавалась способность иметь гражданские права и обязанности. Содержание правоспособности определялось путем перечисления основных прав, а сам объем содержания оставался открытым.

Вслед за дореволюционным законодательством, Гражданским кодексом РСФСР 1922 года, Гражданским кодексом 1964 года, Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик закрепили норму о невозможности легитимно отчуждать правоспособность. Однако было предусмотрено право на ограничение правоспособности на основании законодательных актов союзного уровня.

С исторической точки зрения категория гражданской правоспособности была производна от публичных начал государства. Все те права, которые государственная власть на определенном этапе считала необходимым предоставить субъектами гражданского права, обособив их для целей гражданского оборота, находило свое закрепление в установлении объема и содержания гражданской правоспособности.

Хотелось бы отметить, что различные законодательные акты, устанавливая объем и содержание гражданской правоспособности, ограничивались перечислением основных прав и обязанностей, оставляя перечень открытым.

10. Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т.Т.1. — М., АО «Центр ЮрИнфорР», 2002.
11. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М., Госюриздат, 1947.
12. Яковлев В.Ф. Отраслевой метод регулирования и гражданская правосубъектность // Правовые проблемы гражданской правосубъектности: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 62 / Отв. ред. проф. О.А. Красавчиков. Свердловск, 1978.
13. Мезрин Б.Н. Место гражданской правосубъектности в механизме правового регулирования: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 62 / Отв. ред. проф. О.А. Красавчиков. Свердловск, 1978.
14. Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967.
15. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976.
16. Алексеев С.С.
17. Мицкевич А.В. Субъекты советского права. М., Госюриздат, 1962.
18. Ямпольская Ц.А. Основы теории государства и права. М., 1963.
19. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вестник гражданского права. №2. 2009 год. Том 9.
20. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик // Ведомости СНД и ВС СССР 26.06.1991, №26. Ст. 733.

Роль Русской группы Международного союза криминалистов в истории становления института условного осуждения в дореволюционной России

Костина С.М., аспирант

Научный руководитель: Сэруа В.С., кандидат юридических наук, доцент
Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского

Особую актуальность в последние годы приобретает изучение, анализ и совершенствование уголовно-правовых норм, регулирующих наказания, не связанные с лишением свободы. Наглядным подтверждением данного обстоятельства является подписание 7 марта 2011 года Президентом РФ Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации». Данный закон направлен на либерализацию уголовного законодательства, а новые изменения в Уголовный кодекс РФ позволяют не лишать свободы по 68 составам преступлений [1].

Практика показывает, что не всегда карательные элементы воздействия на личность виновного достигают целей уголовной ответственности и наказания, особенно это касается лиц, которые виновны в преступлениях, не представляющих большой общественной опасности.

Выходом является широкое применение в судебной практике института условного осуждения. Согласно данным, приведенным директором Федеральной службы исполнения наказаний РФ Александром Реймером, из общего числа лиц, находящихся на учете в ФСИН, тридцать процентов (или почти каждый третий) осуждены к наказаниям, не связанным с лишением свободы [2].

Однако ответить на вопрос что такое условное наказание в России — благо или возможность отделаться, что называется, «малой кровью» — невозможно без изучения истории вопроса.

Становление института условного осуждения в России всегда пользовалось особым вниманием и среди

юристов [3]. Однако зачастую в литературе не содержалось систематизированной информации по становлению условного осуждения, что не позволяло выяснить происхождение тех или иных признаков, отличающих его от других институтов уголовного права.

В юридической литературе до сих пор нет единого мнения и относительно того, следует ли считать институт условного осуждения мерой наказания, порядком его исполнения, специальным основанием освобождения от наказания или особой формой реализации уголовной ответственности [4, с. 34–37].

Система испытания, или, как принято говорить в России, институт условного осуждения традиционно предусмотрены УК множества стран. В разных видах она существует в уголовном законодательстве США (пробация), УК Швеции (условный приговор, пробация), УК ФРГ (условная отсрочка наказания), УК Польши (условное прекращение уголовного преследования) и т.д. [5, с. 107–111]

В отечественном уголовном праве данный институт появился значительно позже, чем за рубежом. В историческом развитии института условного осуждения в России выделяют несколько этапов: дореволюционный, советский и послесоветский период по настоящее время.

При этом большинство авторов сходятся во мнении, что научная дискуссия относительно сущности условного осуждения и необходимости его введения в отечественное уголовное законодательство началась с 1889 г. на

I Съезде русской группы Союза криминалистов, который состоялся в Санкт-Петербурге.

В тот период в законодательных актах Российской империи не существовало понятия «условное осуждение», но в науке уголовного права этот институт обсуждался, публиковались различные научные работы и проекты законов.

Толчком активного рассмотрения явился тот факт, что сама идея условного осуждения уже была распространена в зарубежном уголовном законодательстве. Неслучайно А.А. Пионтковский отмечал: «Институт условного осуждения, выросший на англо-американской почве, в последние пятнадцатилетие успел проникнуть в уголовные законодательства многих стран Европы и стал играть в европейском карательном механизме заметную роль в качестве орудия борьбы со случайным преступным людом» [6, с. 289].

Итак, в 1888 году в Западной Европе образовался международный союз криминалистов. Возникновением своим он был обязан осознанию важности социального значения институтов уголовного права и потребности общения между интересующимися этой отраслью знания и ее разработкой. Союз криминалистов исходил из того положения, что преступность и меры борьбы с ней должны быть рассматриваемы не только с юридической, но и с антропологической и социальной точек зрения [7, с. 338].

Потребность членом союза криминалистов в объединении, а также в предоставлении им возможности обмена мнениями и совместной работе, выразилась в устройстве периодических международных съездов союза, созываемых с этой целью в разных городах Европы.

7–8 августа 1889 г. состоялся первый съезд Международного союза криминалистов. В резолюции данного съезда было указано, что «союз рекомендует законодателям всех стран усвоение принципа условного осуждения, причем границы его должны быть определены сообразно местным условиям и с принятием во внимание характера и морального состояния каждого данного народа» [8, с. 11]. Это положение явилось мощным стимулом в разработке отечественными криминалистами теоретических и практических вопросов возможности использования в России условного осуждения [9, с. 20].

Русские криминалисты, примкнувшие к союзу с самого его основания, объединились в 1897 году в самостоятельную русскую группу.

В заседании комитета русской группы Международного союза криминалистов 25 ноября 1897 года были определены вопросы, требующие разработки в ближайшее время: об условном осуждении и об условном досрочном освобождении [10, с. 362]. С этого группа и начала свою деятельность. Первый вопрос разрабатывали и готовили к обсуждению С.К. Гогель, А.А. Жижиленко, А.А. Пионтковский, В.В. Пржевальский [11, с. 333–364]. С.К. Гегелем также был представлен проект закона об отсрочке наказания [12, с. 356–359].

Вопрос об условном осуждении стал предметом рассмотрения на I Съезде русской группы Союза кримина-

листов, который состоялся в Санкт-Петербурге в 1899 г. На съезде были рассмотрены сущность условного осуждения, его формы выражения, известные мировой практике, условия и порядок применения, организация испытательного срока, последствия применения.

Рассматривая институт условного осуждения, съезд выступил против краткосрочного заключения, считая его вредным, поскольку оно «не только не оказывает благотворного воздействия на заключенных, но окончательно их деформирует, деградирует и как в собственных глазах, так и в глазах общества и в силу этого приводит к результатам диаметрально противоположным интересам борьбы с преступностью» [13, с. 19]. Съезд рассматривал условное осуждение как высокоразумную педагогическую меру для воздействия на случайных преступников. Под случайными преступниками понимались те, от которых нельзя было ожидать новых преступлений, если они находились в нормальных, обычных условиях жизни. Как писал А.А. Жижиленко, «цель условного осуждения — изъять преступника случайного, т.е. вступившего впервые на преступный путь, от вредного действия тюремного заключения и передать его в собственные руки в надежде, что его самодеятельность заставит его вернуться на прежний честный путь» [14, с. 360].

За введение условного осуждения высказывался А.А. Пионтковский, который в своем докладе писал «условное осуждение представляется одним из целесообразных и необходимых орудий борьбы со случайным преступным людом; оно является одной из пригодных мер улучшения современного карательного механизма, одним из необходимых условий целесообразной постановки всего дела борьбы с преступностью; включение его в современные карательные системы крайне целесообразно и необходимо» [15, с. 348–349].

Однако в то время еще не было четкой позиции, нужен ли вообще данный институт России в борьбе с преступностью. В частности, против введения условного осуждения выступали такие ученые, как В.В. Пржевальский, Н.Д. Сергеевский, Л.И. Петражицкий, И.Г. Щегловитов, М.М. Боровтинов, Г.Г. Евангулов. Так, Н.Д. Сергеевский указывал, что «фактически условное осуждение сводится к предоставлению возможности в течение известного промежутка времени совершать безнаказанно по одному преступному деянию» [16]. Л.И. Петражицкий называл условное осуждение «условной безнаказанностью» [17, с. 65]. С.К. Гогель, несмотря на высказывания о необходимости введения в России института условного осуждения, указывал, что в силу специальных русских условий в проекте закона об отсрочке наказания необходимо «перечисление преступлений, при осуждении за которые отсрочка применена быть не может, в виду существующих в русском обществе взглядов на известные преступления и опасения, что в случае применения в таких случаях может возникнуть нерасположение и недоверие ко всему институту; дополнительная организация собрания и сообщения справок о судимости для лиц, воспользовавшихся

отсрочкой наказания, в виду того, что действующий у нас общий порядок собрания и печатания справок о судимости, по своей чрезвычайной медлительности, не отвечает коренным требованиям названного института» [18, с. 359].

И.П. Щегловитов, выступивший против введения условного осуждения, предложил съезду высказаться в том смысле, что введение условного осуждения нежелательно и невозможно, так как оно приведет, по его мнению, к ослаблению условной репрессии. Кроме того, по его словам, слабая раскрываемость преступлений в России не допускала введения этой меры [19, с. 73].

Ряд участников съезда высказались против применения условного осуждения к несовершеннолетним в силу того, что они в результате отсутствия должного жизненного опыта воспринимают это не как возможность пересмотра своего поведения, а как уход от ответственности.

Съезд криминалистов все же признал большинством голосов желательным скорейшее введение института условного осуждения. Постановленная на голосование резолюция была принята съездом большинством в следующей редакции: «1) Съезд русских криминалистов, находя вполне возможным преодоление препятствий, указываемых против немедленного введения в России института условного осуждения, как судебного, высказывает пожелание о скорейшем принятии этого института справедливости, человечности и государственной пользы. 2) В качестве мер, пригодных для преодоления указанных трудностей, съезд рекомендует: а) ограниченное на первое время допущение в законодательстве этого института с возможно более точным указанием условий его; б) обеспечение надлежащего контроля над приговорами единоличных судей по этому предмету» [20, с. 82].

Таким образом, русской группе Международного союза криминалистов во многом принадлежит заслуга в теоретической разработке и обоснованию необходимости и возможности принятия российским законодательством института условного осуждения.

Впоследствии выводы и предложения I съезда русской группы Международного союза криминалистов по вопросу условного осуждения были приняты при разработке нового Уголовного Уложения.

Высочайше учрежденное 3 июня 1898 года Особое Собрание при Государственном Совете для предварительного рассмотрения проекта нового уголовного уложения останавливалось на подробном обсуждении вопроса о возможности применения в нашем отечестве условного осуждения. Наряду с положительными моментами, свидетельствующими о достоинствах условного осуждения, Особое собрание обратило внимание на проблемные вопросы. Например, условное осуждение могло поколебать господствующее в обществе убеждение в том, что содеянное нарушение закона не останется без должного наказания, также введение условного осуждения противоречило бы общепризнанному началу равенства перед законом [21, с. 53–54].

К приведенным суждениям Особого Собрания присоединилось и Высочайше учрежденное, под председательством статс-секретаря графа Палена, Особое Присутствие при Государственном Совете, которое сочло целесообразным предоставить Министру Юстиции разработку вопроса о включении условного осуждения в систему принятых нашим законодательством карательных мер [22, с. 54].

Разработка проекта закона об условном осуждении была поручена Отделу уголовных вопросов, образованной в 1903 г. Особой комиссией для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового Уголовного уложения.

Высочайше учрежденная Особая комиссия для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового уголовного уложения на заседании 8 декабря 1903 года под председательством Министра Юстиции, Статс Секретаря его Величества Н.В. Муравьева, с участием членов комиссии начальника Главного Тюремного Управления А.М. Стремухова, сенатора И.Я. Фойницкого и других обратившись к «высшей степени важному вопросу о возможности введения у нас при действии нового уголовного уложения института условного осуждения, несмотря на двукратное отрицательное решение этого вопроса сперва Редакционной Комиссией по составлению проекта уголовного уложения, а затем и III Отделом Высочайше учрежденной комиссии по пересмотру законоположений по судебной части, со своей стороны пришли к заключению о целесообразности введения этого института у нас» [23, с. 7].

Уголовный Отдел Особой комиссии, принимая во внимание мнения криминалистов, исследовавших институт условного осуждения (Листа, Принса, Гамеля, Пионтковского и других) — исходил из того положения, что идея равенства всех перед лицом уголовного правосудия утратила в настоящее время свою безличную постановку и что личные свойства преступника должны видоизменять не только меру наказания, но и сам род уголовной кары. Особой комиссией во внимание также были приняты благоприятные результаты (в смысле уменьшения повторной преступности) применения условного осуждения на Западе Европы.

Что касается наших бытовых условий Уголовный Отдел Особой комиссии присоединился к заключению первого съезда русской группы Международного союза криминалистов 1899 года, что введение именно у нас условного осуждения особенно желательно, — в виду неудовлетворительного состояния наших мест заключения, крайне вредно действующих на краткосрочных арестантов [24, с. 7]. Опасаясь, чтобы условное осуждение не привело к чрезмерному расширению судейского усмотрения, Уголовный Отдел Комиссии признал возможным включить в закон руководящие признаки, которыми должны быть обусловлено применение условного осуждения. По предложению Отдела условное осуждение могло быть применено к преступным деяниям, за учинение которых предусматривались заключение в крепости или в тюрьме на срок не свыше одного года, арест на срок не свыше 6 месяцев

или выплата денежной пени в размере не свыше 500 руб., если осужденный по своему возрасту, состоянию и прежнему безупречному поведению, а равно ввиду возмещения им потерпевшему причиненного ущерба и других обстоятельств заслуживал такого снисхождения.

Уголовный Отдел Комиссии признал полезным требовать от осужденного залог в обеспечение его доброго поведения. Также Отдел выработал перечень преступных деяний, при которых условное осуждение не допускалось (например, против порядка управления, по службе и другие) [25, с. 8].

На изложенных основаниях Отделом Особой комиссии был составлен проект закона об условном осуждении. Необходимо отметить, что в проекте термин «условное осуждение» заменялся также понятием «отсрочка наказания». Вокруг такой замены понятий было много споров [26, с. 11].

В 1904 г. подготовленный законопроект был разослан на заключение работникам царской юстиции и научным обществам. Однако только III Государственной Думой законопроект был передан в комиссию по судебным ре-

формам, был обсужден и утвержден в ноябре 1909 г.

Утвержденный Государственной Думой проект закона «Об условном осуждении» так и не смогли ввести в действие. В научном сообществе высказываются мнения, что «проекту закона об условном осуждении не суждено было быть принятым в связи с обострением социально-экономической и политической обстановки в России, Первой мировой войной и последовавшими за этим Февральской буржуазно-демократической и Октябрьской революциями 1917 года» [27, с. 35].

Тем не менее, I Съезд русской группы Союза криминалистов явился переломным этапом в понимании необходимости введения института условного осуждения в российское уголовное законодательство. А такие понятия как «условное осуждение», «отсрочка исполнения приговора», «условное неприменение наказания» и «условное помилование» прочно вошли в научный оборот, отражая процессы и явления развития уголовного законодательства в направлении большей гуманности и поиска альтернатив лишению свободы за совершение преступлений небольшой тяжести [28].

Литература:

1. Новые изменения в УК позволяют не лишать свободы по 68 составам преступлений. // Российская газета. Федеральный выпуск. — 07.03.2011.
2. Реймер А. Шансов заразиться в наших тюрьмах не больше, чем на «гражданке». Интервью «Российской газете» // Российская газета. — 17.08.2010.
3. Тарасов А.Н. Условное осуждение по законодательству России. СПб., 2004; История становления института условного осуждения в XX веке дореволюционной России, Рябко Д.А., «История государства и права», 2007, № 1; Егоров С. Отец условного осуждения // Законность. 1998. № 3.; Кыдыралиева С. Борьба за введение условного осуждения в дореволюционной России // Совершенствование законодательства Киргизской ССР. Сб. статей. Фрунзе, 1980; Пионтковский А.А. Об условном осуждении или системе испытания // Журнал Министерства юстиции. — 1898. — № 5. — С. 343; Гогель С.К. Условное осуждение // Журнал Министерства юстиции. — 1897. — № 1, 7.
4. Дядькин Д. Конкуренция норм о назначении наказания в виде ограничения свободы с нормами об условном осуждении // Уголовное право. — 2010. — № 3. — С. 34–37.
5. Медведев Е.В. Понятие и сущность условного осуждения как инструмента уголовно-правового воздействия // Общество и право. — 2010. — № 2. — С. 107 — 111.
6. Пионтковский А.А. Результаты применения условного осуждения // Журнал Министерства юстиции. — 1902. — № 8. — С. 289.
7. Протокол заседания комитета группы 16 мая 1902 года. Извещение Международный съезд криминалистов в С.-Петербурге. // Журнал Министерства юстиции. — С.-Петербург: Сенатская типография, 1902. — № 6. — С. 338.
8. Фойницкий И.Я. Международный союз уголовного права // Юридический вестник. 1890. Т. 6. № 1. С. 11.
9. Тарасов А.Н. Условное осуждение по законодательству России. — СПб., 2004. — С. 20.
10. Протокол заседания комитета русской группы международного Союза криминалистов 25 ноября 1897 г. // Журнал Министерства юстиции. [№ 9. Ноябрь — № 10. Декабрь]. — С.-Петербург: Типография правительствующего Сената, 1897. — № 10. — С. 362.
11. Жижиленко А.А., Пионтковский А.А., Гогель С.К. Об условном осуждении // Журнал Министерства юстиции. — СПб Типография Правительствующего Сената, 1898.- № 5. — С. 333–364.
12. Журнал Министерства юстиции. — СПб Типография Правительствующего Сената, 1898. — № 5. — С. 356–359.
13. Международный союз криминалистов. Русская группа. Протоколы заседаний комитета и журнал Первого съезда членов русской группы // Журнал Министерства юстиции. — 1899. — № 2. Приложение. — С. 19.
14. Журнал Министерства юстиции. — СПб Типография Правительствующего Сената, 1898. — № 5. — С. 360.

15. Пионтковский А.А. Об условном осуждении или системе испытания// Журнал Министерства юстиции. — 1898. — № 5. — С. 348–349.
16. Мананников Д.Ю. О становлении института условного осуждения в уголовном праве// «Гражданин и право». — № 11. — ноябрь 2007.
17. Международный союз криминалистов. Русская группа. Протоколы заседаний комитета и журнал Первого съезда членов русской группы// Журнал Министерства юстиции. — 1899. — №2. Приложение. — С. 65.
18. Журнал Министерства юстиции. — СПб Типография Правительствующего Сената, 1898. — № 5. — С. 359.
19. Международный союз криминалистов. Русская группа. Протоколы заседаний комитета и журнал Первого съезда членов русской группы// Журнал Министерства юстиции. — 1899. — №2. Приложение. — С. 73.
20. Международный союз криминалистов. Русская группа. Протоколы заседаний комитета и журнал Первого съезда членов русской группы// Журнал Министерства юстиции. — 1899. — №2. Приложение. — С. 82.
21. К работам Высочайше учрежденной Особой Комиссии для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового уголовного уложения. По вопросу об условном осуждении.// Журнал Министерства Юстиции. — С.-Петербург Сенатская Типография, 1904. — №6. — С. 53–54.
22. К работам Высочайше учрежденной Особой Комиссии для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового уголовного уложения. По вопросу об условном осуждении.// Журнал Министерства Юстиции. — С.-Петербург Сенатская Типография, 1904. — №6. — С. 54.
23. Журнал №1 Высочайше учрежденной Особой комиссии для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового уголовного уложения// Тюремный вестник. — С.Петербург. Типо-Литография С.-Петербургской Тюрмы, 1904. — №2. Приложение. — С. 7.
24. Журнал №1 Высочайше учрежденной Особой комиссии для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового уголовного уложения// Тюремный вестник. — С.Петербург. Типо-Литография С.-Петербургской Тюрмы, 1904. — №2. Приложение. — С. 7.
25. Журнал №1 Высочайше учрежденной Особой комиссии для разработки мероприятий, вызываемых изданием нового уголовного уложения// Тюремный вестник. С.Петербург. Типо-Литография С.-Петербургской Тюрмы, 1904. — №2. Приложение. — С. 8.
26. Ифлянд П.А. Мысли судьи об Уголовном уложении и институте условного осуждения // Журнал Министерства юстиции. — 1904. — № 10. — С. 11.
27. Тарасов А.Н. Условное осуждение по законодательству России. — СПб., 2004. — С. 35.
28. Рябко Д.А История становления института условного осуждения в XX веке дореволюционной России// «История государства и права». — 2007. — № 1.

Эволюция института франчайзинга в РФ и странах Западной Европы

Римская С.В., помощник декана
Московская открытая социальная академия

Термин «франчайзинг» происходит от английского слова «franchising», одно из значений которого — право, привилегия; «franchise» с французского также означает льгота, привилегия, а одним из значений слова «franchises» является «места, где разрешена торговля».

В Оксфордском словаре английского языка 1933 г. указано, что «franchising» трактуется как все права и свободы епископатов, пожалованные королевской короной в 1559 г., а «franchises» — это ярмарка, рынки и другие места, отведенные для торговли.

В Британии король предоставлял баронам право собирать налоги на определенных территориях в обмен на услуги, например, на постановление солдат в армию. Кроме того, король, как обладатель исключительного права собственности на земные недра, предоставлял за определенное вознаграждение (роялти) своим подданным право

на добычу руды и угля. Свободным людям, или гражданам городов, разрешалось (была дана франшиза) продавать свои товары на территории города, на рынках и ярмарках.

Трудно согласиться с точкой зрения, согласно которой «franchise» (франшиза) появилась во времена и средневековой Франции и обозначала особую привилегию, «вольность» или «свободу от обременений», даваемую французскими королями своим вассалам. Эта привилегия давала возможность охотиться в королевских лесах, предоставляла эксклюзивное право торговать какими-то товарами, а также право держать рынки и ярмарки, содержать паромные переправы, строить дороги и пивоваренные заводы. Католическая Церковь даровала привилегии сборщикам налогов. Они оставляли за собой определенную долю собранных доходов и отправляли оставшуюся часть сборов Папе. Такая схема существовала до 1562 г., пока

не была отменена. К этому времени франчайзинг стал институтом общего права, и частным лицам могли быть предоставлены франшизы на организацию рынков и ярмарок, а также на эксплуатацию речных паромов. [1, с. 28]

Понятие «franchise» (привилегия) появилось в Британии между X и XII столетиями и было закреплено в контракте предоставления избирательных прав для города Chambergy.

В более поздний период современный франчайзинг появился в торговой практике. Так, в Лондонском Сити в XVII веке были учреждены системы торговых гильдий. Есть свидетельство того, что сам Папа Римский для обеспечения лучшего сбора налогов предоставлял определенным лицам право собирать выплаты в той или иной части территории. Этим «сборщикам» было позволено оставлять у себя существенную часть сборов.

Рассматриваемые «право», «привилегия», «льгота» до середины XIX века имели черты современного франчайзинга.

В России были созданы предпосылки для зарождения института франчайзинга, еще начиная с XVII века, с помощью формирования законодательства о правовой охране товарных знаков. Первое упоминание появилось в Новоторговом Уставе 1667 г. [2, с. 489] о клеймении изделий. Этот период характеризуется развитием ремесел и торговли, поэтому желание производителей снабжать свои изделия знаками, позволяющими индивидуализировать их, отличать от подобных изделий других производителей, очевидно.

В дальнейшем, с развитием промышленности в период правления Петра I был издан первый русский правительственный Указ об обязательном клеймении всех русских товаров особыми фабричными знаками, дабы можно было отличить друг от друга.

Затем, в 1830 г. появляются Положения о клеймении фабричных изделий, включенных в Устав промышленности фабричной и заводской. Но, к сожалению, каких-либо достоверных данных о практике передачи товарного знака с элементами современного франчайзинга в предпринимательской деятельности того периода в России не было.

В странах западной Европы институт франчайзинга возрождается в 1840 г., а именно в Британии с появлением первой в мире франчайзинговой сети, названной в дальнейшем коммерсантами системой «связанных домов», которая использовалась пивоварами для поддержания нужного объема продаж. Власти ввели ограничение на продажу алкогольных напитков, предоставив право торговать только владельцам постоянных дворов, имеющим лицензию, а также были ужесточены требования к их состоянию. Это привело к тому, что постоянные дворы с лицензией поднялись в цене, а их владельцы, которые могли получить лицензию, часто не имели достаточных средств, чтобы привести постоянный двор в соответствие с требованиями. Система «связанных домов» являлась защитным механизмом. В обмен на предостав-

ленный заем или аренду имущества пивовар получал постоянный двор, то есть ему предоставлялась определенная система сбыта (через постоянный двор), а, следовательно, и право продажи пива и спиртных напитков (привилегий) в обмен на заем или аренду имущества. Система «связанных домов» существует до сих пор, свидетельствуя об ее эффективности как формы ведения бизнеса.

Одним из ярких примеров применения франчайзинга является компания по производству швейных машин предпринимателя и изобретателя Й. Зингера (Singer Sewing Machine Company), которая первой в мире внедрила методы массового производства. С 1851 г. компания Зингера заключала с дистрибьюторами товара письменный договор на передачу франшизы, который был аналогом современного франчайзингового контракта. Это были первые дистрибьюторские соглашения с дополнительными обязательствами франчайзи (дилера), которые обслуживали машины по первому требованию покупателя. [3, с. 106]

В данный период времени основное назначение франчайзинга состояло в том, чтобы распространить влияние известных производственных, торговых, обслуживающих и иных коммерческих обществ на такие сферы экономики, в которых филиалы или дочерние компании оказывались экономически невыгодными. Одной из причин являлось трудность управления филиалами, представительствами, а также самостоятельными предприятиями, находящимися в зависимости от центральной компании. Стремление крупной организации к расширению рынка сбыта продукции, услуг делало невозможным установление полного контроля над всей структурой своей корпорации и порождало страх в постоянном обмане их руководителей. Другая причина — необходимость значительного финансирования для создания разветвленной сети филиалов и представительств, а также сложность в самой их организации — выражалась в недостаточности знания законодательства тех стран, где они образуются. Это побудило создать способ ведения бизнеса, при котором имущественно самостоятельной организации передается своего рода «маска» крупной компании, то есть средства ее индивидуализации (фирменного наименования, товарного знака, ноу-хау и т.п.) на основании договора франчайзинга.

Что касается законодательного развития России в этой области, то Законом от 1896 г. впервые введен термин «товарный знак», но франчайзинговая система ведения бизнеса не использовалась. Однако франчайзи компании Й. Зингера (Singer Sewing Machine Company) были известны в царской России в конце XIX века.

Конец XIX века — начало XX веков характеризуется законодательной деятельностью ряда стран западной Европы в сфере франчайзинга. Так, 20 марта 1883 г. была подписана Парижская конвенция об охране промышленной собственности. [4, с. 46]

К началу XX века франчайзинг используется не только в крупном производстве, но и пользуется популярностью в таких сферах, как досуг, гостиничный бизнес, бытовое

обслуживание, а также в сфере розничной торговли товарами массового производства.

Правовое закрепление для развития франчайзинга в послереволюционной России имелось. Так, в том же ГК РСФСР 1922 г. закреплялось: понятие частной собственности (хотя и значительном ограничении), создание юридических лиц (товариществ), при этом указывалось, что они учреждаются «под особым наименованием или фирмой». Дальнейшее регулирование фирменных наименований получило свое закрепление в Положении о фирме, утвержденное ЦИК СССР и СНК СССР от 22 июня 1927 г.

Невозможность развития франчайзинга объяснялось двумя причинами. Во-первых, в силу законодательных ограничений частный капитал не допускался в крупную, а в значительной степени и в среднюю промышленность. Во-вторых, к концу 30-х началу 40-х гг. политическое стремление подчинить тотальному контролю все общество, и, как следствие, прекращение предпринимательской деятельности.

В 50-е гг. XX столетия появляется франчайзинг второго поколения — «франшиза бизнес — формата» (от англ. Business Format Franchise). Он предполагает передачу не только товарного знака, но и всей технологии ведения бизнеса, включая внешние параметры и стиль отделки, созданные и апробированные франчайзером. Этот особый метод ведения коммерческой деятельности с самого начала был построен таким образом, чтобы франчайзер получал дополнительную выгоду от быстрого роста при ограниченном риске, а франчайзи — от того, что входил в проверенную коммерческую систему с гарантированной возможностью получения дохода. Классический пример — компания «McDonald's».

В странах западной Европы, и, в частности, в Великобритании, систему франчайзинга «бизнес — формата» впервые применила компания Вимпи (Wimpy) в 1955 г. с помощью создания сети ресторанов, продающих гамбургеры. А в 1958 г. Раймонд Крауч распространил франшизу «Сервис Мастер» (Service Master) по чистке обивки и ковровых покрытий.

Замедление роста развития приходится на начало 60-х гг. в ряде европейских стран запада и связано с массовым восприятием обществом франчайзинга с пирамидальными продажами, то есть со своеобразной маркетинговой схемой, предполагающей продажу дистрибьюторских прав деятельности покупателям, которых всевозможными финансовыми методами стимулировали заводить своих субдистрибьюторов. В дальнейшем этот метод получил название «распространение по цепи» или «пирамидальные продажи».

В защиту франчайзинга, при этом сохраняя возможность контролировать пирамидальные продажи, правительство Великобритании принимает Закон Фэйр Трейдинг Акт (Fair Trading Act), который предполагает необходимым законопослушному франчайзеру обращаться за компетентным советом при формулировании франчай-

зингового соглашения. [5, с. 16] А во Франции был принят 31 декабря 1989 г. Закон №89—108 «О развитии торговых и ремесленных предприятий и об улучшении их экономического, юридического и социального положения» (Закон Дубена). [6, с. 120]

Создавая снова престиж франчайзингу, в Великобритании в начале 70-х гг. предпринимается попытка создать отраслевую ассоциацию франчайзеров, и в 1977 г. была создана Британская Франчайзинговая Ассоциация (БФА) (British Franchise Association), которая выработала собственное определение франшизы.

В 1972 г. была образована Европейская Федерация Франчайзинга (ЕФФ), объединившая девять государств (Австралию, Бельгию, Данию, Германию, Италию, Нидерланды, Великобританию, Португалию и Францию), целью которой является постоянное беспрепятственное и научное изучение франчайзинга во всех его аспектах, координация деятельности ее членов, содействие развитию индустрии франчайзинга, в общем, и защита интересов ее членов в частности. ЕФФ принимает Европейский Этический Кодекс франчайзинга.

Немаловажную роль в развитии франчайзинга играет Европейское Экономическое Сообщество (ЕЭС). Европейская комиссия ЕЭС 30 ноября 1988 г. приняла Регламент №4087/88 [7, с. 493—550] о применении статьи 85 (3) Договора к отдельным видам франшизных соглашений, который распространяется не на все франшизные соглашения, а только на действующие в рамках общего рынка ЕЭС.

В странах западной Европы, рынок которой был раздроблен на национальные территории, подъем франшизного движения начался только в 1980-х гг. в период формирования единого экономического пространства. Однако, несмотря на значительные меры по унификации законов, которые регулируют правила поведения бизнеса в странах ЕС, по-прежнему сохраняются значительные различия в законодательствах, которые препятствуют быстрому распространению франчайзинга.

Первые шаги в СССР институт франчайзинга начал предпринимать с открытием национальных границ для иностранного капитала и началом ведения российскими компаниями самостоятельной внешнеэкономической деятельности, а также с переходом страны на рыночные методы хозяйствования. Начало положила компания — франчайзер Соса-Сола во время проведения Олимпийских Игр в Москве в 1980 г., поставлявшая концентрированные сиропы своего напитка.

Правовая основа использования франчайзинга на российском рынке была положена рядом законодательных актов, принятых в 90-х гг. и связанных с возрождением предпринимательской деятельности. Это: Закон СССР «Об индивидуальной трудовой деятельности» (1986 г.) [8], Закон СССР «О кооперации в СССР» (1988 г.) [9], Закон СССР «Об общих началах предпринимательства граждан в СССР» (1991 г.) [10], Закон СССР «О собственности в СССР» (1990 г.) [11].

Для возрождения предпринимательства в России необходимо было создать соответствующие экономико-правовые предпосылки и, в первую очередь, на законодательном уровне легализовать частную собственность. Так, Закон РСФСР «О собственности в РСФСР» впервые определил объекты собственности, включая и объекты интеллектуальной собственности. К ним были отнесены изобретения, промышленные образцы, ноу-хау, торговые секреты, товарные знаки, фирменные наименования и знаки обслуживания.

Развитию франчайзинга способствовали и международные акты, в частности, уже упомянутая Парижская конвенция об охране промышленной собственности, вступившая в силу в СССР 1 июля 1965 г. Правовая регламентация основ франчайзинга нашла свое отражение в части второй ГК РФ, непосредственно в Главе 54 под названием «Коммерческая концессия».

Активное развитие в России института франчайзинга приходится на конец 90-х — начало 2000 г. нового тысячелетия. Отечественные предприниматели пришли к выводу, что франчайзинг удобен для развития собственного бизнеса, в связи с чем произошло изменение в структуре франшиз, функционирующих на отечественном рынке, в сторону их увеличения по отношению к иностранным. Удельная доля российских предприятий, начинающих применять франчайзинг, постоянно растет.

Франчайзинг активно применяют такие известные сети магазинов, как «Перекресток», «Копейка», «Ароматный мир», «Красный куб» и многие другие.

Немаловажную роль в развитии франчайзинга в России сыграло создание Российской Ассоциации Франчайзинга (RFA) в 1997 г. в целях оказания содействия лицам, занятым в этой области, и ее популяризации. В силу пробелов в нашем законодательстве и с целью его адаптации в соответствии с международными правовыми актами, данная организация приняла Этический кодекс.

Таким образом, анализируя эволюцию института франчайзинга в России, на сегодняшний день можно выделить два его этапа: с конца 80-х по конец 90-х гг. и с начала 2000 г. по наши дни. Первый этап характеризуется, во-первых, становлением правовых основ предпринимательства и франчайзинга, во-вторых, использованием в основном международного франчайзинга, то есть иностранный франчайзер — отечественный франчайзи. С начала же нового тысячелетия удельный вес национального франчайзинга постоянно растет и постепенно завоевывает отечественный рынок. Это связано с тем, что за прошедшее десятилетие франчайзинг не только заявил о себе как об особой форме ведения бизнеса, но и зарекомендовал себя как достаточно выгодный способ предпринимательства, снижающий риск контрагентов, но требующий более совершенных правовых начал его закрепления.

Литература:

1. Kinch, John E. with Hayes, John P. Franchising: The inside Story. — Wilmington, DE: TriMark Publishing Co., Inc., 1986, P.28.
2. Россия и мир: учебная книга по истории. В 2-х частях. Часть I / под общ. ред. проф. А.А. Данилова. — М.: ВЛАДОС, 1994. — С. 489.
3. Малые предприятия. Организация, экономика, учет, налоги: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.Я. Горфинкеля, В.А. Швандара. — М.: ЮНИТИ, 2001. — С. 106.
4. Конвенция по охране промышленной собственности (Заключена в Париже 20.03.1883)(ред. от 02.10.1979): Публикация № 201 (R). Официальный русский текст. — Женева: ВОИС, 1990. — 46 с.
5. Стэнворт Дж., Смит Брайан. Франчайзинг в малом бизнесе: пер. с англ. под. ред. Л.Н. Павловой. — М.: Аудит: ЮНИТИ, 1996. — С. 16.
6. Дельтей Ж. Франчайзинг / Пер. с франц. под ред. В.И. Черенкова. — Спб.: Издательский Дом «Нева», 2003. — С. 120.
7. European Community Law after 1992. A practical guide for lawyers outside the Common Market. Kluwer. Deventer, 1993, p. 493—550.
8. Ведомости СССР. — 1986. — № 47. — Ст. 964.
9. Ведомости СССР. — 1988. — № 22. — Ст. 355.
10. Ведомости СССР. — 1991. — № 16. — Ст. 442.
11. Ведомости СССР. — 1990. — № 11. — Ст. 164.

Исторический анализ развития законодательства России о государственной регистрации прав на недвижимость от Царской России и до наших дней

Шкутин А.И., студент-аспирант
Современная гуманитарная академия (г. Москва)

Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс, Земельный кодекс, Жилищный кодекс, Федеральный Закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и другие законодательные акты содержат нормы и закрепляют права граждан на жилище, разграничивают и систематизируют порядок приобретения права собственности на недвижимость, конкретизируют и регламентируют действия, как граждан, так и государственных органов в вопросе регистрации прав на недвижимость.

Несмотря на то, что в данный момент законодательная база довольно обширна, в решении некоторых вопросов в сфере приобретения права собственности на недвижимое имущество, все же остается много белых пятен. Но та законодательная база, которая существует в данный момент, была не всегда, она прошла долгий и кропотливый путь на пути своего развития, становления и закрепления в обществе в виде полноценной и всеобъемлющей.

Ключевые слова: закон, нормы права, недвижимость, государственные органы.

Прежде чем приступить к рассмотрению основных этапов выбранного временного периода, необходимо сказать, что первые источники права упоминаются с 911 года во времена Древней Руси. Синонимы термина укрепление прав, употреблявшиеся в русской практике, является — крепость (например — купчая крепость), кабала, память, запись. Основными источниками права того времени выступают обычаи, которые со временем приобретают статус закона в праве на регистрацию прав собственности на землю, либо отчуждение данной собственности. Со времен Судебников становится обязательно внесение разного рода крепостей в книги дьяков разных приказов (холопного, вотчинного, земского), завещаний — в книги епархиальных архиереев. Со второй половины XVI века появляется особый класс подьячих на Ивановской площади в Москве, занимающихся специально писанием крепостей разного рода. Уложение 1649 года различает акты, писанные на дому и подьячими, т.е. договоры, составленные непосредственно самими участниками и договоры, составленные при посредничестве подьячих, здесь же устанавливаются правила написания последних, и какая именно сделка должна совершаться посредством акта, составленного на дому, какая — при помощи подьячих.

В 1832 г. был утверждён и с 1835 г. введён в действие Свод законов Российской империи, в томе I которого содержались основные государственные законы, определившие порядок разработки и утверждения законопроектов, введения их в действие и т.п.

Была сделана попытка установить перечень основных форм законодательных актов, принимаемых в России: уложения, уставы, учреждения, грамоты, положения, а так же указы (инструкции), манифесты, указы, мнения Государственного совета и доклады, удостоенные высочайшего утверждения. Ни теоретических, ни юридических различий между законами различных наименований, указами и другими нормативными актами, утверждёнными

императором в Российской империи, не было [8, с.45]. Право законодательной инициативы по Своду принадлежало императору, Сенату, Синоду, министерствам. Что интересно, в данном Своде впервые упоминается на то, что закон не имеет обратной силы, также были и исключения, к которым относились: выход нового закона, либо когда было четкое ограничение по сроку действия.

Следующим этапом развития земельных правоотношений и, наверное, первой значимой реформой является Земельная реформа 1861 г., в ее основу был взят опыт Франции и Пруссии, в которых была дробная земельная собственность и класс мелких собственников земли. Земельная реформа 1861 г. была осуществлена на принципах, сформулированных при императоре Александре II. Ими стали: собственность на землю сохраняется за прежними владельцами-помещиками; крестьяне получают усадьбную оседлость и наделы на условиях последующего выкупа или отработки; крестьяне выступают как социальный субъект земельно-правовых отношений только в составе общины; всемерно должен быть обеспечен фискальный и казенный интерес при реорганизации земельных отношений.

Следующим актом развития института Укрепления прав явилось Положение от 14 апреля 1866 года «О нотариальной части», согласно которому всякие права на недвижимость подлежали обязательному Укреплению нотариальным или крепостным порядком: категорическое требование об этом содержалось в статье 66 данного Положения и в X томе Свода Гражданских Законов, отдельные статьи которого были посвящены дарственной, выделу, разделу имущества, продаже, залогу, аренде. Специальная статья посвящалась данным, которыми полагалось описывать недвижимость [8, с.46].

С 1866 года нотариаты стали главным органом Укрепления прав, но наряду с ними, в определенных случаях эта функция Законом передавалась другим: полиции, обще-

ственной власти, консулу, если предмет сделки находился за границей.

В институте права описываемого периода для обеспечения права собственности и правомерности сделок с недвижимостью требовалось совершение Актов Укрепления в виде записи в Ипотечные или Вотчинные книги. Эта запись — купчая крепость — совершалась по определенной форме у нотариуса и утверждалась старшими нотариусами.

Эта запись должна была содержать в себе ряд обязательных условий договора: объявление продавца, что он продал имение покупщику, звание, имя, отчество того и другого; изъяснение по какому предыдущему Укреплению имение дошло к продавцу; подробное описание имения; изъяснение, что оно от запрещения свободно; цену, за которое имение продано.

По российскому закону купля-продажа имения, состоящего под запрещением (заложенного), с сохранением закладной, за исключением имений, заложенных в кредитных установлениях, была невозможна. Момент окончания совершения купчей (утверждение старшего нотариуса) рассматривался как окончательный момент перехода собственности, что сопровождалось отметкой в крепостном реестре и внесением акта в книгу. Купчая, совершенная у младшего нотариуса и не утвержденная у старшего, никакой силы не имела.

Сделка могла быть оспорена в течение 2-х лет со дня продажи. Сложившаяся в 60-х годах XIX века такая практика Укрепления прав на недвижимость практически без какого-либо прогресса просуществовала до 1917 года. Но, начиная уже с конца 60-х годов XIX века, она считается устаревшей и несовершенно [6, с. 135].

Были предприняты ряд попыток по исправлению недостатков и внесению изменений. К 1874 году ипотечная комиссия составила проект «Положения об укреплении прав на недвижимое имение», а в 1881 году Государственный Совет составил в «Высочайше утвержденные главные основания», и на основе этого последовали дальнейшие разработки. В 1893 году был составлен и обнародован в 2-х томах первый проект «Вотчинного Устава». В 1895 году был издан свод замечаний на этот проект от юридического факультета Московского университета, судебных установлений, нотариусов, адвокатов и других лиц. В 1896 году был составлен второй проект, на который последовали отзывы ведомств. В 1906 году Особая комиссия при Государственном Совете составила третий проект, а в 1907 министр юстиции внес в Государственную Думу четвертый проект [8, с. 48].

Последовавшая в XX веке вторая реформа в сельском хозяйстве и землепользовании России стала называться по имени премьер-министра того времени П.А. Столыпина. Эта реформа, не затрагивая существенно правового статуса помещичьих земель, имела своей целью внести коренные изменения в правовое положение личности и землевладения крестьянства. Так, Указом от 8 ноября 1905 г. были отменены выкупные платежи за на-

дельные земли, отведенные крестьянам в ходе реформы 1861 г. В основе последующих указов от 4 марта 1906 г. и Закона от 14 июня 1910 г. лежала концепция замены общинного крестьянского землевладения и землепользования частной (подворной). Согласно указу выход крестьян из общины был поставлен вне зависимости от согласия общества. Каждому домохозяину предоставлялось право требовать закрепления за ним надела земли в частную собственность и выделения из общины даже в том случае, если размер этого надела превышал норму, причитающуюся на долю двора в данном сельском обществе на момент выделения [8, с. 49].

Значительное место в столыпинской реформе отводилось землеустройству. Законом о землеустройстве от 29 мая 1911 г. определялись способы раздела земельных обществ, порядок выдела земли при выходе из общества и преобразование различных форм владения землей при создании отрубов и хуторов. Процесс данной реформы шел очень медленно, и из числа общин в самостоятельные хозяйства выделилось меньше процентов крестьян, чем предполагалось изначально.

Первым законодательным актом советского государства стал Декрет Всероссийского съезда Советов от 26 октября 1917 г. «О земле». Согласно Декрету о земле, земли, принадлежащие помещикам, церквям и монастырям, конфисковались. Земли рядовых крестьян и рядовых казаком не изымались. В основу Декрета «О земле» был положен «Крестьянский наказ о земле».

Дальнейшее развитие земельно-правовые принципы получили в Декрете «О социализации земли» от 19 февраля 1918 г. Он исходил, как и Декрет «О земле», из того, что частная собственность на землю отменяется навсегда и что земля является общенародным достоянием и передается трудящимся на началах уравнительного землепользования. Декрет «О земле» действовал в течении шести лет, но его положения легли в дальнейшем в основу советского земельного законодательства [7, с. 315].

С 1922 г. началась кодификация земельного законодательства. Данная кодификация закончилась созданием Земельного кодекса РСФСР 1922 г. Земельный кодекс 1922 г. подробно урегулировал трудовое землепользование крестьян-единоличников, которых в то время было преобладающее большинство. Одновременно была разрешена трудовая аренда земли и применение вспомогательного наемного труда в единоличных крестьянских хозяйствах. Данный земельный кодекс был в подавляющей части посвящен регулированию земельных отношений в сельском хозяйстве, что же касается остальных категорий земель, то их правовой режим регламентировался в общей форме.

В 1968 году на смену прежних принципов и правил землепользования РСФСР, были приняты Основы земельного законодательства Союза ССР и союзных республик. Они отразили все изменения в правовом режиме отдельных категорий земель, первоначально, как правило, излагавшихся во многих подзаконных правовых актах [8, с. 51].

Заключительный этап развития земельных правоотношений начал свое действие с 1990 г., когда в Российской Федерации был взят курс на развитие рыночной экономики. Осознание того, что стране была нужна рыночная реформа, привело к принятию Закона РСФСР «О земельной реформе». Использование земли в РСФСР стало платным. Собственники земли, землевладельцы и землепользователи, кроме арендаторов облагались ежегодным земельным налогом.

В ходе земельной реформы в России произошли значительные изменения. Была ликвидирована монополия государственной собственности на землю. Проведена реорганизация колхозов и совхозов, осуществлена приватизация более ста миллионов гектаров земли.

Конституция Российской Федерации принятая 12 декабря 1993 года закрепляет права граждан на частную собственность, жилище. Но, как известно, одного только закрепления в Конституции РФ данного права человека мало, для соблюдения законного исполнения права в конце прошлого тысячелетия и начале этого, законодательными органами принимаются меры по созданию нормативно-правовой базы, которая могла бы достойным образом регулировать вопросы, связанные с предоставленными гражданам правами Конституцией Российской Федерации.

С начала 90-х годов, законодательная база выросла, как по количеству нормативно-правовых актов, так и по своей полноценности, в сравнении с прошлыми временными периодами, рассмотренными ранее.

Наиболее значимыми нормативно-правовыми актами принятыми с 90-х годов и нашедших свое применение, постоянно развивающихся и дополняющихся в условиях непрерывного экономического, социального развития, являются: Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс РФ, Земельный кодекс, Жилищный кодекс, Кодекс об административных правонарушениях, Уголовный кодекс, ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», ФЗ «О землеустройстве», ФЗ «О государственном земельном кадастре», ФЗ «О разграничении государственной собственности на землю», Указы Президента РФ и многие другие. Данная нормативно-правовая база закрепляет права и регулирует деятельность граждан в области реализации своего конституционного права. Нарушения, возникающие при реализации данного права гражданами либо третьими лицами, так же нашли свое отражение в законодательной базе. Защита прав и интересов граждан имеет важное значение как для государства, так и для людей чьи права были нарушены.

Литература:

1. Конституция Российской Федерации: принята Всенародным голосованием 12 декабря 1993 года.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (части первая, вторая, третья и четвертая) (с изменениями от 12.08.1996, 17.12.1999, 29.07.2004, 18.12.2006) (в редакции федеральных законов от 23.12.2003 № 182-ФЗ). — М.: Проспект, 2007. — 416 с.
3. Жилищный кодекс РФ от 29.12.2004 N 188-ФЗ: принят ГД ФС РФ 22.12.2004.
4. Закон о государственной регистрации прав — Федеральный закон от 21 июля 1997 г. N 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».
5. Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. — М.: «Волтерс Клувер», 2007. — 382 с.
6. Жилищное право России. Учебник / Под ред. Н.М. Коршунова. — М.: Изд-во Эксмо», 2005. — 656 с.
7. Жилищное право: учебник: в 3 т. Т.2 / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, К.М. Арсланов и др. под ред. А.П. Сергеева. — М.: РГ-Пресс, 2010—880 с.
8. П.Н. Никонов, Н.Н. Журавский, Недвижимость, кадастр и морские системы регистрации прав на недвижимое имущество. — М.: «Роза мира», 2006—180 с.

3. КОНСТИТУЦИОННОЕ (ГОСУДАРСТВЕННОЕ) ПРАВО

Применение ограничений избирательных прав по нравственным признакам (исторический аспект)

Бужак К.В., студент

Северо-Западная академия государственной службы (г. Санкт-Петербург)

В условиях современной России актуальнейшим является установление правовых барьеров, «фильтров», механизмов, которые бы надежно «защитили» представительные органы государственной власти от проникновения в них лиц с небезупречной репутацией, либо занимающихся криминальным бизнесом [19,238–255; 27,74; 29; 36,180–203,218–286,377–395; 37,4–8; 43; 74,15].

Не случайно одной из первоочередных задач новой политической стратегии страны является улучшение качества народного представительства [39; 4; 5], для успешного решения которой, как представляется, особое внимание должно быть уделено законодательному усилению защитных функций избирательного механизма. Находясь в тесной взаимосвязи и взаимозависимости с народным представительством, последний призван обеспечивать свободное волеизъявление граждан в выборном процессе и, тем самым, — формирование подлинно народных органов власти.

В связи с этим особую востребованность приобретают исследования, направленные на создание научно-теоретической базы для развития законодательства, ориентированного на предупреждение проникновения в представительные органы и на выборные должности криминалитета, коррумпированных, экстремистски и националистически настроенных лиц [33,81–88; 34,33–37; 35,29–32; 73,4–5; 75,4–5,11–19]. В этом плане большое значение представляет изучение практики установления ограничений избирательных прав по моральным критериям в зарубежных государствах, в том числе в ее историческом аспекте.

Еще в теориях о народном представительстве 18-го — начала 20-го века подчеркивались его дуалистическая природа, двойственность характера. Власть в народном представительстве — от народа, но право избираться — индивидуально. И власть осуществляется от имени народа, но конкретным человеком. Это обуславливает необходимость наличия условий, обеспечивающих использование власти в интересах народа, выражение воли народа [14,194; 28,427–428; 46,594; 54,8–13; 56,26,41,199,323,341; 67,72].

Поэтому во все времена острым был вопрос о критериях выбора граждан, которым можно доверить пред-

ставлять и осуществлять власть от имени народа, о содержании измерений (квалификаций) на способность гражданина работать в народном представительстве, о сдерживающих мерах и ограничениях по личностным качествам, особенно нравственным.

О значении, которое придавалось моральному фактору при формировании органов народного представительства, говорит хотя — бы следующее: французская Декларация прав человека и гражданина 1789 года устанавливала, что всем гражданам ввиду их равенства перед законом открыт в равной мере доступ ко всем общественным должностям, местам и службам сообразно их способностям и без каких-либо иных различий, кроме обуславливаемых их добродетелями и способностями, а Декларация 1793 года провозглашала, что свободные народы не знают иных оснований для предпочтения при избрании, кроме добродетелей и способностей, а нравственную границу свободы составляет следующее правило: «не причиняй другому того, что нежелательно тебе самому от других» [7; 8; 26].

Суть требований к моральным качествам кандидатов на избрание в народное представительство особенно четко выразил Бенжамен Констан (начало XIX), который писал, что для того, чтобы избирать и быть избранным, необходима «избирательная способность», в которую входят нравственные оценки, сознательное отношение к вопросам государственной жизни, заинтересованность общественным делом, тесная связь со страной, зависимость личного преуспевания от преуспевания общества в его целом [57,203–204]. И, обратно этому, совокупность нравственных признаков, отрицательно характеризующих личность, составляет понятие нравственной неспособности и нравственного несоответствия гражданина в реализации своего права избирать и быть избранным.

В.М. Гессен писал, что всеобщее избирательное право отнюдь не предполагает представления права участия в выборах каждому гражданину. Участие в выборах — функция государственной власти, органом которой является избиратель. Поэтому, предоставляя гражданину избирательное право, государство не может не считаться с наличием или отсутствием у него «избирательной способности». Если под избирательным цензом понимать всякое вообще положительное или отрицательное условие, коим

закон обставляет участие в выборах, то нет и не может быть избирательной системы, в которой не имелся бы налицо избирательный ценз. Необходимо, однако, разграничить две категории цензов. Одни констатируют избирательную способность (или неспособность) отдельного индивида, как такового; другие признают избирательную способность (или неспособность) за определенной общественной группой или классом. Первые устраняют от участия в выборах индивида, независимо от его принадлежности к тому или иному общественному классу; вторые устраняют от выборов определенную, более или менее многочисленную, общественную группу. Новейшая история избирательного права является не чем иным, как историей постепенного, повсеместного и неуклонного вытеснения классовых избирательных систем системой всеобщего и равного, демократического избирательного права. Но при этом во все периоды сохраняют свое значение моральные цензы. С началом всеобщего избирательного права совместимы индивидуальные избирательные цензы и не совместимы избирательные цензы, имеющие классовый характер. К первой категории относятся цензы подданства, возраста, общегражданской дееспособности, нравственной непопорочности, служебной и вообще личной независимости избирателя [22,262–275; 23].

Характеризуя последовательно сменявшиеся теории избирательного права и соответствующие им избирательные системы, в том числе по признаку всеобщности и равенства выборов, он в каждой из них отмечал наличие требований, определяющих право на избрание в народное представительство в зависимости от соответствия установленной «избирательной способности», в том числе морального свойства.

В избирательных системах европейских государств в период с XVIII по начало XX века можно выделить две основные группы так называемых моральных цензов (условий, измерений), определяющих в законодательном порядке «избирательную неспособность»: 1) по признаку дееспособности; 2) по признаку «нравственной опороченности».

При имеющихся в разных странах различиях по кругу применяемых моральных цензов и степени ответственности по признакам «избирательной неспособности», в целом здесь наблюдается общая тенденция: широкая гамма нравственных критериев, на основании которых можно было применять или бессрочное лишение избирательных прав, или ограничение избирательной способности на определенный срок, системный, дифференцированный подход при установлении оснований морального порядка для применения ограничений (лишения) субъективных избирательных прав.

По признаку дееспособности от участия в выборах повсеместно отстранялись: душевнобольные; расточители; лица, злоупотребляющие спиртными напитками («алкоголики»); лица, состоящие «под конкурсом» (несостоятельные должники); банкроты; лица, лишённые отцовской или опекунской власти; лица, пользующиеся

общественным призрением; недоимщики (в некоторых случаях).

По признаку «нравственной опороченности» применялось, как правило, бессрочное лишение избирательных прав к лицам, приговоренным судом к тяжкому уголовному наказанию, к совершившим преступные деяния позорящего свойства или осужденным к позорящему наказанию («опороченные по суду» — применялось в Австрии, Италии, Франции), к занимающимся позорной профессией (например: содержатели публичных домов и тому подобных заведений в Бельгии), уволенным от должности по суду (Норвегия). Лишение избирательных прав на определенный срок применялось к приговоренным к исправительным наказаниям, к лицам, осужденным за бродяжничество или нищенство (Бельгия), а также к привлеченным к ответственности, соединенной с лишением или ограничением прав состояния. В Австрии к «нравственно опороченным» относились лица, состоящие под полицейским надзором и дважды осужденные за злоупотребление спиртными напитками (лишение прав на 3 года) [17; 21; 22,71–133,185–189,203–213,254–257,261–289,286–289; 30,1–40; 41; 42; 47; 48; 49; 50].

Как видим, по первой группе моральных цензов ограничениям в избирательных правах подлежали не только лица, являющиеся недееспособными вследствие психического заболевания, но и состоящие под опекой. К примеру: граждане, лишённые родительских прав, злоупотребляющие алкогольными напитками и т.п. Или лица, пользующиеся общественным призрением, имеющие большие долги, банкроты, «расточители». Такой подход представляется вполне оправданным и заслуживающим внимания. Действительно, о каком представительстве от народа можно вести речь в отношении гражданина, который не в состоянии воспитывать и содержать детей или вследствие алкоголизма, финансовых затруднений не вполне способен иметь свободу воли и подвержен зависимости от других лиц.

В современной российской действительности мы имеем пример, когда депутат Государственной Думы — должник, — вместо исполнения своих обязанностей в народном представительстве скрывался за границей.

Или другое: в России не имеют права избирать и быть избранными граждане, признанные судом недееспособными [1; 3]. Вместе с тем законодатель «забыл» учесть конкретные особенности некоторых категорий ограниченно дееспособных лиц и оградить от них органы народовластия. Так, Гражданским кодексом РФ установлено ограничение дееспособности гражданина, который вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит свою семью в тяжелое материальное положение [2; 13; 31,85–87; 45,1–77]. Такие лица находятся под опекой. И вместе с тем имеют право избирать и быть избранными. Согласно избирательному закону суды даже не подают сведения о таких гражданах в связи с проведением выборов [3]. Очевидно, что гражданин, находящийся в состоянии алкогольной или

наркотической зависимости, вряд ли будет чувствовать себя зависимым от воли и интересов народа в случае избрания в народное представительство.

Подобное относится и к применению ограничений по признаку «нравственной опороченности». Действующее избирательное законодательство России лишает избирательных прав граждан, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, а права избираться — лиц, которые отбыли наказание в виде лишения свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений или были осуждены за совершение преступлений экстремистской направленности и имеют на день голосования на выборах неснятую и непогашенную судимость за указанные преступления, а также граждан при наличии в их отношении вступившего в силу решения суда о лишении права занимать государственные и (или) муниципальные должности [3]. И здесь проявляется общий подход к установлению ограничений, не учитываются особенности различных категорий лиц, совершивших преступление. К примеру, Уголовный закон устанавливает ряд преступлений средней тяжести, но по направленности они относятся к коррупционным и террористическим, а также совершенным в отношении детей (педофилы), против общественной нравственности и здоровья населения (незаконный оборот наркотиков) и другие. В избирательном законе ограничений по указанным основаниям нет, как и в отношении лиц, демонстрирующих устойчивое, продолжавшееся длительное время противоправное поведение (рецидив преступлений), организаторов и участников преступных сообществ (организаций) и групп.

В противоположность этому намного продуманнее выглядит сложившаяся в мире к началу 20-го века система ограничений избирательных прав в отношении совершивших преступления граждан по признаку «нравственной опороченности». Тем более, что последняя практиковалась и в России дооктябрьского (1917 года) периода, и доказывает свою состоятельность в современных зарубежных государствах, (что не представляется возможным рассмотреть в рамках настоящей статьи).

Разумеется, определенная часть практиковавшихся в прошлом ограничений исторически изжила себя, является просто неприемлемой в современных условиях, но представляет пример предметного подхода к учету морального фактора с целью законодательного обеспечения процесса формирования народных представительств достойными, уважаемыми в обществе гражданами.

Так, Актами о народном представительстве как 1832, так и 1867 года (Англия), ставится неременным условием, что «никакое из подобных лиц не будет таким образом внесено в списки избирателей в каком-либо году, ... если оно не уплачивает до 20 июля включительно в соответствующем году всех сборов в пользу бедных» [18; 24; 32, 145—157; 40; 48; 49; 60; 63; 64; 68; 71]. Также действовала система мер по отстранению от участия в выборах лиц, совершивших преступления, нравственно опороченных граждан, расточителей и казнокрадов, призреваемых, то есть тех, кто ввиду нищенского состояния нахо-

дился на попечении государства и т.п. [18; 24; 40; 48; 55; 60; 63; 64; 68; 71].

Особенно подробно регламентирует процесс формирования выборных органов государства законодательство Франции, применяя гибкую систему ограничений в отношении лиц, совершивших преступление.

Так, Конституция 1791 года и ей последующие устанавливали, что права активного гражданина утрачивают состоящие под судом и следствием и те, кто по объявлению банкротства или несостоятельности, засвидетельствованных подлинными документами или не представит акта об удовлетворении своих кредиторов [9; 10; 69; 70]. Избирательный кодекс Французской республики, который инкорпорировал разнообразные акты избирательного законодательства с 1852 года и содержит нормы и принципы, на которых основываются избирательный процесс и проводятся выборы как на национальном, так и на локальном уровнях, устанавливает ряд оснований морального плана для применения ограничений в праве избираться и быть избранным. Статьи L2, L5 и L6 устанавливают, что не могут принимать участие в голосовании (активное избирательное право) совершеннолетние лица, находящиеся под опекой; лица, находящиеся под следствием; а также лица, которые лишены права голоса в качестве уголовного наказания. Особенно суровые наказания предусмотрены для коррупционеров, расхитителей государственной казны: избранное должностное лицо, признанное виновным в злоупотреблении государственными средствами, на 10 лет лишается права участвовать в выборах на национальном уровне. Еще более жесткие требования предъявляются к кандидатам в Национальное собрание (пассивное избирательное право): не могут быть избранными в Национальное собрание лица, которые находятся под опекой; осужденные за перечисленные в Избирательном Кодексе преступления к определенным наказаниям; а также лица, признанные виновными в нарушении законодательства о выборах, а также банкроты. Аналогичные требования действуют и в отношении кандидатов в Сенат. И еще одно требование для кандидатов, имеющее моральный подтекст: обязательное прохождение военной службы в вооруженных силах. Подразумевалось, что если гражданин не выполнил свой долг по защите Отечества, то он не заслужил права на избрание в народное представительство [12]. (Здесь следует отметить один аспект, имеющий немаловажное значение именно для современной России: одним таким ограничением «отсекается» от органов народовластия масса криминального элемента, которая и сама активно «рвется» во власть, и которую активно «проталкивают» определенные силы. Конечно, такое ограничение не может распространяться на лиц, признанных непригодными к военной службе по состоянию здоровья).

Французская избирательная система знала в прошлом и лишение избирательных прав за осуждение к позорящим и исправительным наказаниям, к срочным работам и к смирительному дому, а также к

находящимся после отбытия наказания под пожизненным надзором высшей государственной полиции. По Уголовному кодексу 1810 года позорящими наказаниями являлись: 1) выставление у позорного столба в ошейнике; 2) изгнание; 3) гражданская деградация. К наказаниям исправительным относились: 1) тюремное заключение на срок в исправительном заведении; 2) временное лишение некоторых прав — политических, гражданских или семейных; 3) штраф. Гражданская деградация состояла в отрешении осужденного от всех публичных должностей и служб и в запрещении занимать их, а равно в лишении всех означенных в ст. 28 прав в том числе и избирательных. Осуждение к пожизненным каторжным работам или к депортации влекло за собой гражданскую смерть, что также означало ограничения в сфере избирательных прав. Под пожизненным надзором высшей государственной полиции находились отбывшие наказание в виде срочных каторжных работ и содержания в смиренном доме. Лишались избирательных прав и лица, имеющие рецидив преступлений, независимо от направленности и тяжести совершенного деяния, вида наказания и давности. Так, уже совершение второго преступления влекло за собой гражданскую деградацию, выставление у позорного столба в ошейнике. По Закону 1832 года, внесенному изменения в Уголовный кодекс, наказанием за рецидив стали служить изгнание, каторжные работы, максимум наказания, двойное наказание, что также вело к лишению избирательных прав [11, ст. 8,9,18,28,34,47,56].

В Бельгии отстранялись от участия в выборах: навсегда — лица, приговоренные судом к тяжкому уголовному наказанию, содержатели домов терпимости, лишённые отцовской или опекунской власти; на время — недееспособные, несостоятельные должники, лица, приговоренные к исправительным наказаниям, уклоняющиеся от воинской повинности, осуждённые за бродяжничество, нищенство или публичное пьянство [47,115—140; 62; 65; 66].

В германских государствах и Германской империи (Бавария, Пруссия, Саксония и др.) избирателем являлся всякий самостоятельный, неопороченный немец, достигший 25 — летнего возраста. К числу несамостоятельных относились лица, состоящие под опекой, попечительством или конкурсом, а также призреваемые за общественный счет [22,235—248; 25; 42,3,21; 47,43—92,93—114,450—484; 61; 72]. В основу избирательного права Пруссии вообще был положен принцип, согласно которому, в отличие от иных прав и свобод, для реализации избирательных прав роль играли в первую очередь нравственные устои гражданина и наличие у него богатого жизненного опыта, высокой жизненной мудрости [16; 25; 47,388—420; 52; 58; 59; 61].

Применение моральных цензов было характерным и для избирательных систем государств на других континентах.

В США поправкой XIV (1868 г.) к Конституции лишение избирательных прав на каких-либо выборах или

избрании выборщиков Президента или Вице-президента Соединенных Штатов, или при выборе представителей в Конгресс, административных или судебных должностных лиц Штата, или членов Законодательного собрания данного Штата применяется к гражданам за участие в восстании или за какое-либо другое преступление. Большая же часть норм избирательного права, в том числе моральные цензы, устанавливались законодательством штатов. Согласно разделам 2 и 4 статьи 1 Конституции и Поправки XVII избиратели каждого штата должны отвечать тем требованиям, которые установлены для избирателей наиболее многочисленной палатой Законодательного собрания штата; время, место и порядок избрания сенаторов и представителей устанавливаются в каждом штате его Законодательным собранием; избиратели каждого штата должны отвечать тем же требованиям, что и выборщики наиболее многочисленной палаты Законодательного собрания штата. Фактически общим местом для всех штатов системы является невключение в списки избирателей лиц, страдающих психическими заболеваниями, и лиц, осуждённых к лишению свободы. Но в десятках штатов были лишены возможности голосовать даже лица «отпущенные под честное слово», а в некоторых — бывшие осуждённые [6; 15; 44; 51].

Довольно развитая система моральных цензов действовала в Японии. Согласно Закону о выборах депутатов в нижнюю палату Парламента 29 марта 1925 г. (ст.6) не имели активных и пассивных избирательных прав: 1. Лица, признанные или почти неспособными распоряжаться собственностью. 2. Избирательных прав лишаются банкроты, не ликвидировавшие своих долгов. 3. Лица, получающие по бедности частную или общественную помощь. 4. Лица, не имеющие определенного местожительства. 5. Лица, приговоренные к 6 годам каторжных работ или 6 годам тюремного заключения и более [47,587—590; 53].

Следует отметить и такой аспект: за совершение правонарушений против избирательных прав применялись не только уголовные и административные наказания, но и, как правило, ограничения в праве избирать и быть избранным, причем весьма суровые. Так, в Бельгии (1877 г.) всякий председатель или секретарь бюро или всякий свидетель кандидата, который обнаружит тайну одного или нескольких голосов, наказывался пеней от 500 до 3000 франков и лишением права участвовать в бюро, быть свидетелем и избираться на срок в 10 лет; в Саксен-Кобург-Готе (Конституция 1852 г) пользование на выборах недозволенными средствами влекло за собой временное (на срок от 4 до 10 л.) лишение избирательного права, в Бадене (Конституция 1818 г.) — на срок 30 лет; по датскому уложению за рецидив подкупа было установлено вечное лишение избирательных прав [20; 38; 42].

Как видим, избирательные системы европейских и других государств в процессе развития к современной демократической системе всеобщих выборов последовательно использовали широкий спектр ограничений изби-

рательных прав исходя из оценки нравственных качеств граждан. Указанные меры были направлены на формирование народных представительств наиболее достойными, уважаемыми в обществе гражданами. Практика установления ограничений избирательных прав по моральным

измерениям (цензам) не потеряла своего значения и в наше время, и заслуживает предметного изучения и использования для создания более четкой и детально разработанной нормативной правовой базы, направленной на защиту органов народовластия.

Литература:

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года / Собрание законодательства Российской Федерации. — 2009. — №4. — Ст.445.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая от 30.11.1994 №51-ФЗ и вторая от 26.01.1996 №14-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1994. — №32. — Ст.3301; 1996. — №5. — Ст. 410.
3. Федеральный закон от 12 июня 2002 г. №67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2002. — №24. — Ст. 2253
4. Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 12 ноября 2009 года /Российская газета. — №214.
5. Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 30 ноября 2010 года // Справочная-правовая система «Гарант». URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/288928>
6. Конституция США 1787 г. // Конституции зарубежных государств. Учебное пособие / Под ред. В.В. Маклакова. М., 1997.
7. Декларация прав человека и гражданина (1789) // Вопросы государства и права во французской буржуазной революции XVIII в., М., 1940, стр. 151–153.
8. Декларация прав человека и гражданина 1793 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Новое и Новейшее время). Составитель: доктор юридических наук, профессор Н.А. Крашенинникова. Москва. ЗЕРЦАЛО. 1999.
9. Конституция Франции 1791 г. // Конституции и законодательные акты буржуазных государств 17–19 вв. М., 1957. С. 92–99.
10. Конституция Франции 1793 г. // Конституции и законодательные акты буржуазных государств 17–19 вв. М., 1957. С. 113–123.
11. Уголовный кодекс Франции 1810 года // Французский уголовный кодекс 1810 г.М., 1947.
12. CODE ELECTORAL (Partie Législative) (vers Code électoral – partie réglementaire) – Избирательный Кодекс Франции // URL: www.affaires-publiques.com/textof/codelect/codelectoral.html
13. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4 мая 1990 г. (в ред. от 25 декабря 1996 г.) «О практике рассмотрения судами Российской Федерации дел об ограничении дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими средствами» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. — 1997. — №1. — С. 13.
14. Аббат Сийес: От Бурбонов к Бонапарту /Состав., пер., вступ. Ст. М.Б. Певзнера. СПб.: Алетейя, 2003.
15. Ашлей П. Местное и центральное управление. Сравнительный обзор учреждений Англии, Франции, Пруссии, США / П. Ашлей. — СПб., 1910.
16. Боков Ю.А. Краткий очерк развития института избирательных прав граждан в Пруссии во второй половине XIX – начале XX века / Ю.А. Боков // Вестник Волгоградского государственного университета. 2000 год. Серия 5 «Социология. Право. Политика». Выпуск 3., Волгоград, 2000.
17. Виллей Э. Избирательное законодательство в Европе / Э. Виллей. — СПб. 1896.
18. Вильсон В. Государство: Прошлое и настоящее конституционных учреждений / В. Вильсон. — М., 1905.
19. Вишневский Б.Л. Электоральная коррупция: формы, проявления, методы борьбы / Б.Л. Вишневский // Гражданское общество против коррупции в России. — СПб., 2002.
20. Водовозов В. Всеобщее избирательное право на Западе / В. Водовозов. — СПб. 1905.
21. Водовозов В.В. Избирательное право в Европе и России / В. Водовозов. — СПб. 1906.
22. Гессен В.М. Основы конституционного права (Издание 2-е) / В.М. Гессен. — Петроград, издание Юридического книжного склада «Право», типо-литография товарищества А.Ф. Маркс. 1918 г.
23. Гессен И.В., Калинка А.И. Конституционное государство. Сборник статей. / Изд.: Гессен И.В., Калинка А.И., — 2-е изд. — СПб.: Тип. т-ва «Общественная польза», 1905.
24. Дайси А.В. Основы государственного права Англии: Введение к изучению английской конституции / пер. под ред. проф. П.Г. Виноградова. — М., 1905.

25. Дживелегов А.К. История современной Германии (1750—1862) / А.К. Дживелегов. — СПб. 1908.
26. Документы истории Великой французской революции. Т.1. М., 1990.
27. Долгова А.И., Астанин В.В., Дзюба Д.И., Ильин О.С., Казаков Р.Ю. Деятельность организованной преступности в политической сфере жизни общества / А.И. Долгова, В.В. Астанин, Д.И. Дзюба, О.С. Ильин, Р.Ю. Казаков // Организованная преступность, миграция, политика. — М., 2002.
28. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек. — СПб. 1908 г.
29. Зорькин В.Д. Конституция против криминала / Зорькин В.Д. — Председатель Конституционного Суда Валерий Зорькин о борьбе с организованной преступностью // Российская газета. Федеральный выпуск. №5359 (280), 10 декабря 2010 года.
30. Кареев Н.И. Исторический очерк представительных учреждений в Западной Европе / Н.И. Кареев // Конституционное государство. — 2-е изд. — СПб.
31. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор доктор юридических наук, профессор О.Н. Садилов. — М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ: ИНФРА-М, 1998. — XXII.
32. Конституции и законодательные акты буржуазных государств XVII-XIX вв. М. 1957.
33. Красинский В.В. Конституционно-правовой механизм защиты конституционного строя в избирательном процессе / В.В. Красинский // Право и образование. 2010. №6.
34. Красинский В.В. Концепция правового обеспечения избирательного процесса в интересах национальной безопасности РФ / В.В. Красинский // Современное право. 2010. №6.
35. Красинский В.В. Концепция правового обеспечения избирательного процесса в интересах национальной безопасности РФ / В.В. Красинский // Современное право. 2010. №7.
36. Красинский В.В. Правовое обеспечение избирательного процесса в интересах национальной безопасности России. Монография. / В.В. Красинский. — Москва — Тамбов, 2009.
37. Красинский В.В. Проблемы борьбы с криминалитетом в ходе избирательных кампаний / В.В. Красинский // Юридический мир. 2003. №9.
38. Люблинский П.И. Преступления против избирательного права / П.И. Люблинский. — СПб., Типо-Литография А.Г. Розена, 1906.
39. Медведев Д.А. Россия, вперед! / Д.А. Медведев / Газета.ру. URL: http://www.gazeta.ru/comments/2009/09/10_a_3258568.shtml/
40. Мортон А.Л., Тэйд Дж. История английского рабочего движения. 1770—1920 годы / А.Л. Мортон, Дж. Тэйд. — М., 1959.
41. Очерк внутренней жизни представительных учреждений Западной Европы: Краткий свод данных о порядке прохождения законодательных дел в представительных учреждениях Германии, Пруссии, Франции, Англии и Австрии и о внутреннем устройстве этих учреждений. СПб. 1906.
42. Пуфферун О. Европейские избирательные системы: Парламентские, провинциальные и муниципальные / Пер. с нем. Ю. Стеклова // К истории всеобщего избирательного права / М. Ковалевский. СПб. 1905.
43. Пьер Авриль. Россия шокирована преступлениями депутата-мафиози / Le Figaro, 22 ноября 2009 г. // NO Pressa. Press digest от 4 марта 2011 г. URL: <http://www.inopressa.ru/article/22-Nov-2010/Lefigaro/kushevskay/html>
44. Радциг Н.И. Декларация прав 1789 г. и ее источники / Н.И. Радциг // Журнал Министерства народного просвещения. 1914. Ноябрь.
45. Радченко С.Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России / С.Д. Радченко. — М.: Волтерс Клувер, 2010.
46. Речь Сийеса в Учредительном Собрании 7 сентября 1789 года / Сийес. Речь в Учредительном Собрании 7 сент. 1789 г. // Archives parlementaires, t. VIII, p. 594.
47. Сборник действующих конституционных актов. Т. 1 / Пер. под ред. и со вступ.: Гессен В.М., Нольде Б.Э. — СПб., Кн. скл. «Право», 1905.
48. Собрание конституционных актов / Издание Саблина. Т.1. Конституционные монархии. М., 1905.
49. Собрание конституционных актов / Издание Саблина. Т.2. Федерации и республики. СПб. 1907.
50. Тексты конституций / Под ред. Кокошкина Ф.Ф. Вып.1. М., 1905.
51. Федералист. Политическое эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. М., 1994.
52. Хвостов В.М. Избирательное право / В.М. Хвостов. — М., 1906.
53. Хрестоматия по новейшей истории. Т.1. М., 1961.
54. Чичерин Б.Н. О народном представительстве / Б.Н. Чичерин. — М., 1899.
55. Энсон В. Английский Парламент: его конституционные законы и обычаи / Пер. с англ. Н.А. Захарова. СПб. 1908.

56. Эсмен А. Общие основания конституционного права / А. Эсмен; Под. ред. Н.О. Бергъ. — СПб.: Изд-во Поповой, 1909.
57. Benjamin Constant. Cours de politique constitutionnelle. 1836. (Цит. по: Гессен В.М. Основы конституционного права (Издание 2-е). — Петроград, издание Юридического книжного склада «Право», типо-литография товарищества А.Ф. Маркс, 1918 г.
58. Gerber G. Ueber offentliche Rechte / G. Gerber. — 1852.
59. Gerlach H. Die Geschichte des preussischen Wahlrechts / H. Gerlach. — 1908.
60. Hallam Histoire constitutionnelle d'Angleterre (франц. перевод Guizot) / Hallam. — 1828.
61. Lastrow I. Das Dreiklassensystem / I. Lastrow. — 1894.
62. Joseph Barthelemy L'organisation du suffrage et l'experience Belge / Barthelemy Joseph. — 1912.
63. Lowes Dickinson Le developpement du parlement pendant le XIX siecle (франц. пер. и предисл. Deslandres) / Dickinson Lowes. — 1906.
64. Maitland The constitutional history of England / Maitland. — 1908.
65. Orban O. Le droit constitutionnel de la Belgique. II. / O. Orban. — 1908.
66. Posener P. Die Staatsverfassungen des Erdballs / P. Posener. — 1909.
67. Sieyes. Qu'est ce que le tiers — etat / Сийес. О трех стадиях общественного развития. Анонимное издание, 1789.
68. Stubbs The Constitutional history of England. 3 т. 4 изд. / Stubbs. — 1896.
69. Tecklenburg Die Entwicklung des Wahlrechts in Frankreich seit / Tecklenburg. — 1789.
70. Weill G. Les elections legislatives depuis / G. Weill. — 1789.
71. William Anson. Loi et pratique constitutionnelles de L'Angleterre; Le parlement (французский перевод с предисловием Hanotaux) / Anson William. — 1903.
72. Zachariae H.A. Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart / H.A. Zachariae. — 1862.
73. Волченко В.Н. Институт пассивного избирательного права при выборах в органы государственной власти в Российской Федерации // Дис. ...канд. юрид. наук / В.Н. Волченко. — Ростов — на — Дону, 2004.
74. Дамм И.А. Коррупция в российском избирательном процессе: понятие и противодействие // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И.А. Дамм. — Красноярск, 2006.
75. Матейкович М.С. Защита избирательных прав граждан в Российской Федерации: Проблемы теории и практики // Автореф. дисс. ... док. юрид. наук / М.С. Матейкович. — Саратов, 2003.

Государственное управление и государственная служба: взаимосвязь, проблемы и перспективы

Денисов А.П., соискатель

Воронежский государственный университет

Сегодня тема реформирования и модернизации государственного управления звучит как никогда актуально, поскольку проведение эффективной политики и прогрессивное развитие государства во многом определяется качеством организации и работы системы исполнительных органов власти, а также уровнем профессиональной подготовки государственных служащих, формирующих их кадровый состав. При этом, по мнению М.В. Ткаченко, эффективность государственного управления заключается не в том, чтобы любое властное веление было реализовано либо путем непосредственного исполнения, либо через принуждение при выявлении уполномоченными органами и должностными лицами отклонений от заданной властью модели поведения. Эффективность управления определяется способностью создавать надлежащие условия для свободного и благополучного развития каждого отдельного индивида и общества в целом. Фундаментальной предпосылкой для

создания именно такой модели управления выступает правовой тип властвования, заключающийся в правовой организации власти, правовом функционировании власти и правовом целеполагании власти [1, с. 82].

В этой связи, отечественные и зарубежные специалисты однозначно отмечают, что существующие социально-экономические, политико-правовые проблемы (в частности: экономический кризис, рост преступности, системная коррупция, бюрократизация государства и др.) в стране — это во многом следствие серьезных недостатков функционирования российской системы государственного управления и института государственной службы. Следует привести итоги опроса Социологического центра РАГС. Так, на вопрос: «Способна или нет, на Ваш взгляд, сегодня административная система страны эффективно оказывать услуги обществу и отдельным гражданам?» — лишь 18,9% респондентов ответили: «В основном способна», а 59,6% — признали

неспособность системы управления выполнить данную функцию [2, с. 62].

Необходимо отметить, что между обозначенными категориями административного права существует неразрывная связь, поэтому, на наш взгляд, наиболее целесообразно их изучение в соотношении.

Термин «государственное управление» является ключевым в науке административного права, однако, к сожалению, до настоящего момента отсутствует единство мнений относительно понимания его содержания.

В юридической литературе государственное управление принято рассматривать в широком и специальном (узком) смысле.

Государственное управление в широком смысле определяется как деятельность государственной власти по упорядочению общественных отношений. С этой точки зрения, оно реализуется через целенаправленное организующее воздействие органов государственной власти на развитие различных сфер общественной жизни с учетом экономических, политических и социальных характеристик государства на определенных этапах его исторического развития [3]. Данное определение характерно советскому периоду российской истории.

В широком смысле государственное управление — это целенаправленная, имеющая властный, организующий и распорядительный характер деятельность всех государственных органов [4, с. 19].

Государственное управление в специальном (узком) смысле означает организующее и регулирующее воздействие, осуществляемое в общегосударственном масштабе специальными субъектами. Указанная концепция была разработана Ю.М. Козловым [5]. В этом аспекте государственное управление понимается как самостоятельный вид государственно-властной деятельности, носящей организующий, исполнительно-распорядительный и подзаконный характер, осуществляемой специальными субъектами — органами исполнительной власти в процессе их непосредственного руководства экономическим, социально-культурным и административно-политическим строительством [6].

Особо значимым структурно-функциональным элементом в системе государственного управления выступает институт государственной службы, обеспечивающий практическое исполнение, реализацию, претворение в жизнь управленческих решений.

Государственная служба Российской Федерации — профессиональная служебная деятельность граждан Российской Федерации по обеспечению исполнения полномочий:

- 1) Российской Федерации;
- 2) федеральных органов государственной власти, иных федеральных государственных органов;
- 3) субъектов Российской Федерации;
- 4) органов государственной власти субъектов Российской Федерации, иных государственных органов субъектов Российской Федерации;

5) лиц, замещающих должности, устанавливаемые Конституцией Российской Федерации, федеральными законами для непосредственного исполнения полномочий федеральных государственных органов;

6) лиц, замещающих должности, устанавливаемые конституциями, уставами, законами субъектов Российской Федерации для непосредственного исполнения полномочий государственных органов субъектов Российской Федерации [7].

По мнению А.Г. Рзаева, государственный механизм без государственной службы, без персонала представляет собой безжизненную структуру и схему. С организацией государственной службы государственный механизм переходит от статического состояния к динамическому [8, с. 53].

Переходя к анализу взаимосвязи государственного управления и института государственной службы, следует иметь в виду, что изначально система управления выполняет два вида функций: внутренние и внешние.

Внутренние функции выполняют следующие организационно-управленческие задачи:

- 1) упорядочение связей и обеспечение взаимодействия между элементами системы;
- 2) укрепление субординации;
- 3) поддержание состояния постоянной готовности системы;
- 4) оптимизация и универсализация правовых механизмов.

В самом общем виде реализацию внутренних функций государственного управления можно представить в виде схемы (субъект управления = объект управления). Например, когда начальник структурного подразделения службы или агентства формирует штатное расписание сотрудников.

В данном случае система государственного управления в определенной степени «самосовершенствуется», при этом такое воздействие осуществляется с целью последующего более эффективного выполнения второго вида функций — внешних.

Реализация внешних функций — это государственное управление в «привычном» значении, т.е. деятельность властноуполномоченных правоисполняющих субъектов по принятию решений в отдельных сферах общественно-политической жизни: здравоохранении, предпринимательстве, градостроительстве и т.п.

Согласно предложенной классификации управление государственной службой следует отнести к одной из основных внутренних функций. В соответствии с Федеральным законом от 27.05.2003 г. № 58 — ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации», система управления государственной службой создается на федеральном уровне и на уровне субъектов Российской Федерации в целях координации деятельности государственных органов при решении вопросов поступления на государственную службу, формирования кадрового резерва, прохождения и прекращения госу-

дарственной службы, использования кадрового резерва для замещения должностей государственной службы, подготовки, переподготовки, повышения квалификации и стажировки государственных служащих, а также в целях осуществления вневедомственного контроля за соблюдением в государственных органах федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации о государственной службе.

Государственная служба представляет собой особое государственно-правовое установление с чрезвычайно сложным управленческим механизмом. По мнению многих современных ученых, он требует создания отдельной системы управления во главе с единым управляющим органом, который бы осуществлял функции государственного управления в сфере государственной службы на всех уровнях возникающих в ней отношений [9].

И.Н. Барциц считает, что государственной службе как административно-управленческой части единого и полномочного государства должен быть присущ принцип системности, согласно которому все структуры службы, процесс ее прохождения, организации профессиональной деятельности рассматриваются как подсистемы определенной целостности и сложности [2, с. 63].

Однако в настоящее время государственная служба Российской Федерации не отвечает обозначенным требованиям. Несмотря на то, что в Федеральном законе от 27 мая 2003 г. № 58 – ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» фигурирует понятие «система», фактически она существует только в организационно-структурном плане (перечисляются лишь виды и уровни государственной службы). Однако данные виды и уровни плохо скоординированы, поскольку отсутствует единый специализированный орган управления. Соответственно, крайне актуален вопрос разработки основополагающих положений становления и развития централизованного механизма управления государственной службой как целостного государственно-правового и социального института.

Указ Президента РФ от 04.12.2009 г. № 1382 «Об утверждении Положения об Управлении Президента Российской Федерации по вопросам государственной службы и кадров» [10] закрепляет, что Управление Президента Российской Федерации по вопросам государственной службы и кадров является самостоятельным подразделением Администрации Президента Российской Федерации, основными задачами которого является:

1) участие в обеспечении реализации Президентом Российской Федерации его полномочий по решению кадровых вопросов и полномочий по проведению государственной политики в области государственной службы Российской Федерации;

2) осуществление в пределах своих полномочий контроля за исполнением федеральных законов (в части, касающейся полномочий Президента Российской Федерации),

указов, распоряжений и поручений Президента Российской Федерации по вопросам государственной службы и кадров;

3) подготовка предложений Президенту Российской Федерации по вопросам реализации государственной политики в области противодействия коррупции в органах государственной власти и иных государственных органах, урегулирования конфликта интересов, реформирования и развития государственной службы, а также по вопросам кадровой политики;

4) содействие Президенту Российской Федерации в пределах своих полномочий в определении основных направлений кадровой политики, реформирования и развития государственной службы, в обеспечении согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти по этим вопросам;

5) обеспечение деятельности Российского организационного комитета «Победа», Совета при Президенте Российской Федерации по противодействию коррупции и президиума этого Совета, Комиссии при Президенте Российской Федерации по вопросам реформирования и развития государственной службы, Комиссии при Президенте Российской Федерации по формированию и подготовке резерва управленческих кадров, Комиссии при Президенте Российской Федерации по предварительному рассмотрению кандидатур на должности судей федеральных судов, а также в пределах своей компетенции – деятельности иных совещательных и консультативных органов при Президенте Российской Федерации;

6) кадровое и организационно-штатное обеспечение деятельности Администрации Президента Российской Федерации.

Правовое регулирование управления государственной службой на региональном уровне осуществляется, прежде всего, законами субъектов Российской Федерации. Например, ст. 28 Закона Воронежской области от 30.05.2005 г. № 29 – ОЗ «О государственной гражданской службе Воронежской области» [11] содержит положения о том, что государственный орган по управлению государственной службой Воронежской области создается в соответствии с законом Воронежской области в целях выработки предложений по проведению кадровой политики Воронежской области, а также для осуществления контроля за ее реализацией; координации деятельности государственных органов при решении вопросов поступления на гражданскую службу Воронежской области, формирования кадрового резерва, прохождения и прекращения гражданской службы Воронежской области, ведения Реестра гражданских служащих Воронежской области, использования кадрового резерва для замещения должностей гражданской службы Воронежской области, подготовки, переподготовки, повышения квалификации и стажировки гражданских служащих; осуществления внутриведомственного контроля за соблюдением в государс-

твенных органах Воронежской области федерального и областного законодательства о государственной гражданской службе; подготовки и внесения предложений о реализации законодательства о гражданской службе; обеспечения деятельности комиссии по урегулированию конфликта интересов, созданной в государственном органе по управлению государственной службой Воронежской области, и участия в деятельности аналогичных комиссий, создаваемых в государственных органах, а также в деятельности конкурсных и аттестационных комиссий; подготовки предложений о проведении эксперимента в рамках программы развития гражданской службы Воронежской области; решения иных вопросов, отнесенных к компетенции государственного органа по управлению государственной службой Воронежской области федеральным и областным законодательством.

До образования государственного органа по управлению государственной службой Воронежской области задачи и функции этого органа выполняются государственными органами Воронежской области. Координация деятельности государственных органов Воронежской области по вопросам гражданской службы Воронежской области осуществляется подразделением по вопросам государственной службы и кадров правительства Воронежской области.

В соответствии с Указом Губернатора Воронежской обл. от 10.09.2009 г. 456 — у «Об утверждении Положения об управлении государственной службы и кадров правительства Воронежской области» [12] Управление государственной службы и кадров правительства Воро-

нежской области до образования органа по управлению государственной службой Воронежской области осуществляет координацию деятельности государственных органов Воронежской области по вопросам гражданской службы Воронежской области. Стоит сказать, что специализированный орган по управлению государственной службой в Воронежской области, как и в ряде других субъектов РФ, до сих пор не создан.

Представляется, что подобный подход к осуществлению управления государственной службой не отвечает современным реалиям, поскольку полностью не обеспечивается соблюдение принципа единства государственной службы. Федеральная и региональная система управления государственной службой (преимущественно, гражданской) практически не взаимодействуют. Кроме того, существующая организация системы управления государственной службой не позволяет эффективно контролировать весь спектр вопросов, возникающих в связи с функционированием института государственной службы, как то: кадровая политика, систематическая ротация кадров, соблюдение служебной этики, предотвращение ситуации конфликта интересов, поощрение и мотивация государственных служащих и др.

Таким образом, следует сделать вывод о том, что действующая система управления государственной службой РФ должна быть в скорейшем времени преобразована в централизованный административный механизм во главе со специализированным органом, административно — правовой статус которого будет конкретизирован отдельным федеральным законом.

Литература:

1. Ткаченко М.В. Государственный контроль как функция государственного управления // Общество и право. 2010. № 1. С. 82–86.
2. Барциц И.Н. О концептуальных направлениях развития системы государственной службы Российской Федерации // Журнал российского права. 2008. № 6. С. 62.
3. Бачило И.Л. Исполнительная власть в Российской Федерации. Проблемы развития. М., 1999.
4. Атаманчук Г.В. Государственное управление: проблемы методологии правового исследования. М., 1975. С. 19–20.
5. Государственное управление и административное право / Под ред. Ю.М. Козлова. М., 1978.
6. Козлов Ю.М. Административное право: Учебник для вузов. М.: Юрист, 1999. С. 8; Стариков Ю.Н. Курс общего административного права: В 3 т. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2002. Т. 1: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. С. 157.
7. Федеральный закон от 27 мая 2003 г. № 58 — ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 22. Ст. 2063.
8. Рзаев А.Г. Понятие и принципы государственной службы // Административное и муниципальное право. 2009. № 1. С. 53–56.
9. Стариков Ю.Н. Служебное право. М., 1996. С. 162–172; Буравлев Ю.М. Проблемы реформирования и управления системой государственной службы России // Государство и право. 2003. № 7. С. 14; Барциц И.Н. О перспективах научных исследований государственной службы Российской Федерации // Государственная служба. 2007. № 3. С. 62–65.
10. Указ Президента РФ от 04.12.2009 г. № 1382 «Об утверждении Положения об Управлении Президента Российской Федерации по вопросам государственной службы и кадров» // СЗ РФ. 2009. № 49 (2 ч.) Ст. 5922.
11. Закон Воронежской области от 30.05.2005 г. № 29 — ОЗ (в ред. от 05.04.2011 г.) «О государственной гражданской службе Воронежской области» // Коммуна. № 80. 31.05.2005.

12. Указ Губернатора Воронежской обл. от 10.09.2009 г. №456 — у (в ред. от 12.08.2010 г.) «Об утверждении Положения об управлении государственной службы и кадров правительства Воронежской области» // Собрание законодательства Воронежской области. 06.11.2009. №9. Ст. 394.

К вопросу о понятии коррупции в области публичного управления

Захаров А.А., соискатель

Воронежский государственный университет

Коррупция является сложным социально-правовым явлением, которое зародилось в глубокой древности и продолжает существовать в настоящее время практически во всех странах мира. Как и у всякого сложного явления, у коррупции не существует универсального определения. В научной, учебной и публицистической литературе существует методологическое разнообразие подходов к пониманию коррупции, предлагаются различные трактовки, поэтому на данном этапе развития исследований о коррупции достаточно сложно предложить единое определение, но провести анализ различных подходов к понятию «коррупция» необходимо.

По определению Совета Европы, коррупция представляет собой взяточничество и любое другое поведение лиц, которым поручено выполнение определенных обязанностей в государственном или частном секторе, ведущее к нарушению обязанностей, возложенных на них по статусу государственного должностного лица, частного сотрудника, независимого агента, и имеющее целью получение любых незаконных выгод для себя и других [1, с. 39].

В целом, международно-правовые определения коррупции, используемые в документах ООН и Совета Европы, выглядят следующим образом: коррупция — это злоупотребление государственной властью для получения выгоды в личных целях, в целях третьих лиц и групп. В соответствии с этим определением коррупция выходит за пределы взяточничества и подкупа и охватывает также nepotism (замещение по протекции доходных или выгодных должностей родственниками или «своими людьми») и многочисленные формы незаконного присвоения публичных средств для частного использования [2, с. 35].

А.Ф. Ноздрачев отмечает, что в российской научной литературе представлены два подхода к определению понятия «коррупция». Так, в широком смысле данное понятие охватывает явление, поразившее публичный аппарат управления и выражающееся в разложении власти, умышленном использовании государственными и муниципальными служащими, иными лицами, уполномоченными на выполнение государственных функций, своего служебного положения, статуса и авторитета занимаемой должности в корыстных целях для личного обогащения или в групповых интересах [2, с. 36].

Сторонники широкой трактовки термина делают акцент на коррупции как социальном явлении, порожденном

социальными противоречиями общества, государства, его властных структур. И в этом плане под коррупцией понимается не только и не столько определенное преступное поведение государственного чиновника или должностного лица, сколько определенное социальное зло, неизбежно присущее данной социальной системе и данному государству [3].

По мнению С.Г. Александрова чаще всего под коррупцией (в узком смысле слова) понимают ситуацию, когда должностное лицо принимает противоправное решение (иногда решение, морально неприемлемое для общественного мнения), из которого извлекает выгоду некоторая вторая сторона (например, фирма, обеспечивая себе благодаря этому решению государственный заказ вопреки установленной процедуре), а само должностное лицо получает незаконное вознаграждение от этой стороны. Характерные признаки данной ситуации: принимается решение, нарушающее закон или неписанные общественные нормы, обе стороны действуют по обоюдному согласию, обе стороны получают незаконные выгоды и преимущества, обе стараются скрыть свои действия. Государственная коррупция существует постольку, поскольку чиновник может распоряжаться не принадлежащими ему ресурсами путем принятия или непринятия тех или иных решений. В число таких ресурсов могут входить бюджетные средства, государственная или муниципальная собственность, государственные заказы или льготы и т.п. [4, с. 2].

Государственный служащий обязан принимать решения, исходя из целей, установленных правом (конституцией, законами и другими нормативными актами) и общественно одобряемыми культурными и моральными нормами. Коррупция начинается тогда, когда эти цели подменяются корыстными интересами должностного лица, воплощенными в конкретных действиях [4, с. 3].

На наш взгляд, наиболее приемлема трактовка термина «коррупция», исключающая чрезмерное расширение или сужение (до перечисления отдельных составов правонарушений) объема понятия и одновременно отражающее его наиболее существенные признаки.

Г.А. Сатаров и М.И. Левин считают, что коррупция — это использование государственными, муниципальными или иными публичными служащими (например, депутатами), либо служащими коммерческих или иных органи-

заций (в том числе международных) своего статуса для незаконного получения каких-либо преимуществ (имущества, прав на него, услуг или льгот, в том числе неимущественного характера), либо предоставление последним таких преимуществ [5, с. 6].

Видится, что различия в трактовке термина «коррупция» свойственны и национальной и международной системе права, поскольку природа самого явления неоднозначна и воспринимается в двух направлениях: 1) коррупция — как социальное явление (широкая трактовка термина); 2) коррупция — как правовая категория, отражённая в законодательстве в виде отдельных правонарушений: преступления, проступки (узкое понимание коррупции).

По мнению Е.И. Темнова и А.В. Березовской, коррупция первоначально «распадается» на две неравные части — собственно этические отклонения и правонарушения. Однако, по нашему мнению, этим «дуализм» коррупции не исчерпывается.

Нередко она выражается, с одной стороны, в использовании служащим своего статуса для получения незаконных преимуществ (продажность), а с другой — в предоставлении последнему таких преимуществ [6, с. 30]. Примером, собственно, этических нарушений может служить совершение государственным служащим действий, которые отрицательно влияют на состояние общественного мнения о состоянии законности на государственной службе, хотя прямо и не запрещены законом или иным нормативным актом (в частности: присутствие на банкетах, устраиваемых организациями, контроль за деятельностью которых входит в компетенцию данного лица; публичное неделовое общение с людьми, имеющими судимость за корыстные преступления; проживание в апартаментах или пользование автомобилем, стоимость которых несопоставима с размером жалования и т.п.).

Среди коррупционных правонарушений обычно выделяют четыре вида: гражданско-правовые деликты, дисциплинарные проступки, административные проступки и преступления [6, с. 31].

Относительно разнообразия подходов к определению «коррупция» В.А. Ванцев высказывает следующую точку зрения: «... одна часть специалистов исходит из того, что коррупция — это социально-правовое явление, охватывающее как аморальные, так и противоправные проступки (в том числе преступления). Другая часть основывается на том, что коррупция — это всегда общественно опасное явление, состоящее лишь из преступлений (все остальное может рассматриваться в качестве явлений, сопутствующих коррупции или обуславливающих ее). Третья — ограничивает коррупцию подкупом (иные общественно вредные или общественно опасные деяния следует рассматривать, по мнению сторонников данной идеи, лишь как правонарушения, связанные с коррупционными). Четвертая — полагает, что коррупция не ограничивается лишь подкупом и включает должностные хищения» [7, с. 110].

Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. №273 — ФЗ «О противодействии коррупции» закрепил легальное определение коррупции, под которой понимается злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами, а также совершение вышеперечисленных деяний от имени или в интересах юридического лица [8].

На наш взгляд, является ошибочным стремление к нормативному закреплению определения коррупции наравне с ее конкретными проявлениями (например, дачей взятки) ввиду того, что любые попытки заключить это понятие в жесткие рамки приведут к тому, что часть коррупционных деяний окажется вне действия закона. Определяя подобным образом коррупцию, законодатель лишает термин какой — либо новой смысловой нагрузки, так как, например, понятия «злоупотребления служебным положением» или «коммерческий подкуп» сформулированы в Уголовном кодексе РФ [9].

Коррупция, действительно, не является лишь категорией права, хотя и имеет нормативное определение. Во всяком случае, за пределами правового запрета остаётся большая группа плохо идентифицируемых и, как правило, не подлежащих выявлению и закреплению обычными правовыми средствами, аморальных коррупционных деяний, под которыми, видимо, законодатель понимает «... иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц».

Полагаем, что в современных реалиях коррупция не сводится к примитивному взяточничеству, особенно в условиях рыночной экономики, свободной торговли и демократии. Лоббизм, фаворитизм, протекционизм, взносы на политические цели, традиции перехода политических лидеров и государственных чиновников на должности почётных президентов корпораций и частных фирм, инвестирование коммерческих структур за счёт госбюджета, перевод государственного имущества в акционерные общества, государственные корпорации, использование связей преступных сообществ и т.д., являются завуалированными формами коррупции.

По мнению А.Ф. Ноздрачёва, отличительными признаками коррупции являются:

- ресурс, доступ к которому является целью участвующих в коррупционном сговоре;
- интерес, являющийся движущей силой и мотивом деятельности участников коррупционных действий;

— ущерб, нанесенный общественным интересам коррупционным поведением [2, с. 36].

Думается, что говорить об унификации в области определения «коррупция» преждевременно. Выработка единого понятия коррупции, а тем самым, определение универсального способа противодействия ей — это сложный эволюционный процесс. Многообразие точек зрения на определение коррупции свидетельствует о сложности этого явления, что требует более всестороннего изучения и углубления теоретического уровня познания коррупции. В связи с этим необходимо:

1) сформулировать грамотное, с точки зрения юридической техники, и, вместе с тем, содержательное по

смыслу определение коррупции;

2) исследовать причины возникновения коррупции и факторы, способствующие ее развитию;

3) изучить влияние коррупции на экономическую, социальную и политическую жизнь общества, а также на процесс формирования системы административно-правовых мер противодействия.

Всё это будет способствовать расширению системы знаний о сущности и механизме коррупции, совершенствованию и развитию законодательства о противодействии коррупции и, в конечном итоге, положительным образом скажется на уровне законности и правопорядка в Российской Федерации.

Литература:

1. Тихомиров Ю.А., Трикоз Е.Н. Право против коррупции // Журнал российского права. 2007. №5. С. 39.
2. Ноздрачев А.Ф. Коррупция как правовая проблема в вопросах и ответах // Адвокат. 2007. №10. С. 35.
3. Максимов С.В. Коррупция. Закон. Ответственность: Учебное пособие. М.: ЮрИнфо. 2000; Долгова А.И. Определение коррупции и законодательство о борьбе с ней. М.: Российская криминологическая ассоциация. 2000.
4. Александров С.Г. Юридическая дефиниция «коррупция»: понятие, особенности методологического познания // История государства и права. 2007. №11. С. 2.
5. Левин М.И., Сатаров Г.А. Что есть коррупция? // Независимая газета. 1997. С. 6.
6. Темнов Е.И., Березовская А.В. Основы противодействия коррупции (системы общегосударственной этики поведения). М.: Индем, 1999. С. 30.
7. Ванцев В.А. Этапы развития понятия «коррупция» // Современная уголовная политика в сфере борьбы с транснациональной организованной преступностью и коррупцией. Москва — Иркутск. 2002. С. 110.
8. О противодействии коррупции: фед. закон Рос. Федерации от 25.12.2008 г. №273 — ФЗ // СЗ РФ. 2008. №52. Ст. 6228.
9. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. №63 — ФЗ (в ред. от 07.03.2011 г.) // СЗ РФ. 1996. №25. Ст. 2954; Российская газета. 11.03.2011.

Теоретико-правовая модель конституционного запрета цензуры

Куликова С.А., кандидат филологических наук, доцент
Саратовский государственный университет

Значительная часть конституционных норм Главы 2 Конституции Российской Федерации «Права и свободы человека и гражданина» сформулирована в форме конституционных запретов (запрет пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения; запрет принудительного труда; запрет сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни лица без его согласия и т.д.), обращенных к гражданам, общественным организациям, государственным органам и их должностным лицам как субъектам конституционно-правовых отношений.

Запреты являются классическим видом правового ограничения. Устанавливая запрет на совершение определенных действий, законодатель тем самым возлагает на гражданина обязанность воздерживаться от их совершения [1, с. 200]. Запреты, установленные в Основном

законе страны, касаются наиболее негативных, неприемлемых явлений и призваны способствовать полному вытеснению таких явлений из общественной жизни.

А.В. Малько указывает на важное качество правового запрета: «запрет, препятствуя удовлетворению интересов индивида, в отношении которого он действует, направлен на реализацию интересов противоположной стороны» [2, с. 60]. Таким образом, правовой запрет, ограничивая действия одних субъектов, тем самым защищает права и свободы других.

В теоретико-правовой литературе отмечается, что по своей сущности запреты — такие государственно-властные сдерживающие средства, которые под угрозой ответственности должны предотвращать возможные нежелательные, противоправные деяния, причиняющие вред как личным, так и общественным интересам.

Отличительными чертами конституционных запретов являются их надотраслевые черты, когда каждый запрет выступает нормой-принципом, характеризующим степень защищенности личности от произвола государства.

Опираясь на работы представителей отечественной правовой науки, постараемся выработать теоретико-правовую модель конституционного запрета. Обязательными элементами конституционного запрета будут следующие:

1) объект запрета (действие или бездействие, от совершения которого должны воздерживаться субъекты права);

2) предмет запрета (общественные отношения, на защиту которых направлен запрет);

3) субъекты запрета (те, кому адресован запрет, и на кого возлагается обязанность воздерживаться от действий или бездействия);

4) ответственность (вид санкции, которая следует за нарушение запрета).

Обратимся подробнее к каждому из обязательных элементов конституционного запрета и затем рассмотрим предложенную теоретико-правовую модель на примере запрета цензуры.

Объект запрета должен быть четко и ясно выраженным. Для того, чтобы исключить возможность несоизмеренного ограничения прав и свобод человека и гражданина в конкретной правоприменительной ситуации, норма должна быть формально определенной, точной, не допускающей расширительного толкования. Субъекты, к которым обращен запрет, должны хорошо понимать, что именно разрешено, а что запрещено. Если они будут руководствоваться субъективно-оценочным пониманием запрета, это повлечет либо произвол в правоприменении, либо неисполнение запрета. «Запрет должен быть очевиден для всех до его нарушения» — эта позиция была четко выражена в Особом мнении судьи Конституционного Суда РФ А.Л. Кононова в связи с одним из Постановлений Конституционного Суда РФ [3].

В части 5 ст. 29 Конституции Российской Федерации содержится запрет цензуры. Этот конституционный запрет нашел свое закрепление и конкретизацию в таких законодательных актах как Закон РФ от 27 декабря 1991 N 2124-1 «О средствах массовой информации» [4], Федеральный закон от 29 декабря 1994 N 78-ФЗ «О библиотечном деле» [5], Федеральный закон от 26 мая 1996 N 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» [6].

При этом понятие «цензура» в перечисленных выше нормативных актах имеет различное правовое содержание.

Согласно ст. 3 Закона РФ «О средствах массовой информации» цензура массовой информации не допускается, Здесь же содержится определение цензуры — «требование к редакции СМИ со стороны должностных лиц, государственных органов, организаций, учреждений или общественных объединений предварительно согласовывать сообщения и материалы (кроме случаев, когда долж-

ностное лицо является автором или интервьюируемым), а равно наложение запрета на распространение сообщений и материалов, их отдельных частей». В этой же статье закона говорится, что создание и финансирование организаций, учреждений, органов или должностей, в задачи, либо функции которых входит осуществление цензуры массовой информации, также не допускаются.

Законом предусматриваются два случая цензурного вмешательства в деятельность СМИ:

1) требование согласовывать содержание материалов и сообщений на стадии их редакционной подготовки;

2) наложение запрета на распространение уже подготовленных сообщений и материалов или их частей.

В этом же смысле понятие «цензура» употребляется и в ст. 12 Федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении», где среди мер и временных ограничений, применяемых в условиях чрезвычайного положения, предусматривается ограничение свободы печати и других средств массовой информации путем введения предварительной цензуры с указанием условий и порядка ее осуществления, а также временное изъятие или арест печатной продукции, радиопередающих, звукоусиливающих технических средств, множительной техники, установление особого порядка аккредитации журналистов [7].

В двух других Федеральных законах: «О библиотечном деле» и «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» мы так же встречаем нормы о недопустимости цензуры.

Федеральным законом «О библиотечном деле» закрепляется положение, согласно которому библиотеки обеспечивают реализацию прав граждан на свободный доступ к информации, свободное духовное развитие, приобщение к ценностям национальной и мировой культуры, а также на культурную, научную и образовательную деятельность. В статье 12 этого закона устанавливается недопущение государственной или иной цензуры, ограничивающей право пользователей библиотек на свободный доступ к библиотечным фондам.

В статье 35 Федерального закона «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» устанавливается, что музейные предметы и музейные коллекции, включенные в состав Музейного фонда Российской Федерации и находящиеся в музеях в Российской Федерации, открыты для доступа граждан. Ограничение доступа к музейным предметам и музейным коллекциям из соображений цензуры не допускается.

В Федеральных законах «О библиотечном деле» и «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» определения понятию «цензура» не дается. Оно используется как общепотребительное, но его смысл явно отличается от того, которое содержится в Законе РФ «О средствах массовой информации».

Понятие «цензура» не употребляется в Основах законодательства РФ о культуре от 9 октября 1992 г. №3612-1. Однако в ст. 31 устанавливается, что органы

государственной власти и управления, органы местного самоуправления не вмешиваются в творческую деятельность граждан и их объединений, государственных и негосударственных организаций культуры за исключением случаев, когда такая деятельность ведет к пропаганде войны, насилия и жестокости, расовой, национальной, религиозной, классовой и иной исключительности или нетерпимости, порнографии.

Запрет какой-либо культурной деятельности может быть осуществлен только судом и лишь в случае нарушения законодательства [8].

Обобщая вышеизложенное, можно сделать вывод, что современное правовое содержание понятия «цензура» в сфере массовой информации включает в себя два основных значения:

— незаконное ограничение права редакций СМИ воспроизводить полученные законным способом документы, излагать свои мнения и оценки, распространять подготовленные сообщения и материалы;

— ограничение беспрепятственного доступа ко всем находящимся в фондах государственных, муниципальных и иных общедоступных библиотек печатным изданиям и аудиовизуальной продукции, а так же находящимся в фондах государственных, муниципальных и иных музеев музейным предметам и музейным коллекциям.

В то же время часто приходится слышать о необходимости, например, «нравственной», «родительской» или «лингвистической» цензуры. Такие виды цензуры оправдываются общественным сознанием, им приписывается роль «охранной грамоты» культуры и духовного здоровья нации.

Цензура воспринимается как явление неоднозначное и исследователями в области культурологии, истории, права [9]. Указывается, что цензура имеет под собой психофизиологические, социально-политические и эстетические основания, является неотъемлемым атрибутом человеческого общества на разных этапах его развития [10]. Цензура понимается как один из способов ограничения и самоограничения человека и общества, и в этом качестве она — необходимый элемент культуры. Утрата института цензуры осознается многими современниками как свидетельство общего кризиса культуры [11].

Налицо противоречие между легитимным закреплением понятия цензуры в очень узком смысле (только как требования должностных лиц, обращенного к редакции СМИ о согласовании сообщений и материалов) и расширительным толкованием этого термина народным правосознанием как ограничения свободы слова в целях сохранения нравственности общества, духовного развития детей и т.д. Таким образом, объект конституционного запрета недостаточно четко определен, в результате чего происходит смешение правомерных и неправомерных действий, общественно опасного и общественно необходимого явлений.

В предмет конституционного запрета цензуры входят общественные отношения, связанные с реализацией сво-

боды слова и права на свободный доступ и распространение не запрещенной законом информации.

Цензура является инструментом подавления инакомыслия, институтом, деятельность которого направлена на недопущение распространения сведений, выставяющих органы государственной власти и политические элиты в невыгодном свете, существования в обществе критических оценок и мнений. В связи с этим именно запрет цензуры является гарантией того, что каждый человек в полной мере и на законных основаниях может выражать свое мнение, получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных органов, как это зафиксировано в п. 1 статьи 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Пользоваться конституционно закрепленными гарантиями свободы мысли и слова (ч. 1 и 3 ст. 29), реализовывать свое право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ч. 4 ст. 29), а так же право участвовать в культурной жизни и пользоваться учреждениями культуры, осуществлять доступ к культурным ценностям (ч. 2 ст. 44).

Обращаясь к **субъектам конституционного запрета цензуры**, следует отметить, что он адресован органам государственной власти, должностным лицам, организациям, учреждениям и общественным объединениям, которые должны воздерживаться от попыток незаконного контроля за СМИ, установления ограничений свободы массовой информации вопреки конституционным положениям о том, что ограничение прав может устанавливаться только федеральным законом и только в целях защиты конституционно определенных ценностей.

Их требования о согласовании материалов потенциально могут быть обращены только к редакции СМИ. Журналист как лицо, непосредственно осуществляющее подготовку информационных сообщений, согласно закону о СМИ не включен в число лиц, кто может пострадать от цензуры.

Правовая неопределенность существует так же и в вопросе о том, могут ли указания главного редактора издания являться цензурой. Исходя из формулировки Закона «О СМИ», — нет, поскольку закон под цензурой понимает только внешнее вмешательство в деятельность редакции.

Однако часть 2 ст. 144 Уголовного кодекса рассматривает воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов путем принуждения их к распространению либо к отказу от распространения информации с использованием служебного положения, т.е. полномочия, предоставленные по службе. В правовой литературе в качестве лица, использующего свое служебное положение, называется редактор, главный редактор, издатель, руководитель СМИ и т.д. [12]

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2010 № 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации «О сред-

твах массовой информации» содержится разъяснение о том, что «требование обязательного предварительного согласования материалов или сообщений может быть законным, если оно исходит от главного редактора как от лица, несущего ответственность за соответствие требованиям закона содержания распространенных материалов и сообщений» (п.14)[13]. Буквальное понимание данного положения предполагает, что главный редактор может запретить публикацию того или иного материала или дать указание о его исправлении только в случае, если содержание этих материалов и сообщений не соответствует требованиям закона.

Наконец, четвертым элементом теоретико-правовой модели конституционного запрета является **ответственность за нарушение запрета**. Приходится констатировать, что ответственность за осуществление цензуры прямо не установлена ни Кодексом об административных правонарушениях, ни Уголовным кодексом. В КоАП содержится ст. 13.16, которая предусматривает административную ответственность за воспрепятствование распространению продукции средства массовой информации либо установление незаконных ограничений на розничную продажу тиража периодического печатного издания.

Отметим, что, во-первых, данная норма призвана противостоять только одной из форм осуществления цензуры (когда уже существует готовая продукция СМИ). Во-вторых, указанная ст. 13.16 относится только к СМИ, и никак не защищает, например, театральные постановки, литературные произведения и другие виды массовой культуры.

Современное уголовное законодательство говорит только об одном преступлении, которое может быть соотнесено с цензурой. Это уже упоминавшаяся статья 144, которая содержит санкцию за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов.

Термин «воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов» отсылает нас к другому нормативному акту – Закону РФ «О средствах массовой информации». Статья 58 этого закона содержит определение понятия «воспрепятствование законной деятельности учредителей, редакций, издателей и распространителей продукции средства массовой информации, а также журналистов». Воспрепятствование может осуществляться посредством: 1) осуществления цензуры; 2)

вмешательства в деятельность и нарушения профессиональной самостоятельности редакции; 3) незаконного прекращения либо приостановления деятельности средства массовой информации; 4) нарушения права редакции на запрос и получение информации; 5) незаконного изъятия, а равно уничтожения тиража или его части; 6) принуждения журналиста к распространению или отказу от распространения информации; 7) установления ограничений на контакты с журналистом и передачу ему информации, за исключением сведений, составляющих государственную, коммерческую или иную специально охраняемую законом тайну; 8) нарушения прав журналиста, установленных Законом РФ «О средствах массовой информации».

Отметим, что, во-первых, по сравнению с Законом о СМИ в Уголовном кодексе из всех форм воспрепятствования профессиональной деятельности журналиста непосредственно указывается только одна (принуждение к распространению информации или отказу от распространения информации).

Во-вторых, бланкетная диспозиция данной нормы затрудняет буквальное толкование данной нормы, в результате чего возникают трудности в уяснении ее содержания, не понятно, какие именно действия должно совершить лицо, чтобы их можно было квалифицировать по данной статье.

Кроме того, нарушителями данной нормы чаще всего выступают руководители властных структур, политики, которые вмешиваются в деятельность журналистов и редакции, отдавая устные распоряжения и используя так называемое телефонное право, что повышает уровень латентности указанных преступлений.

В связи с этим правоприменительной практике соответствующие дела почти не встречаются.

Таким образом, конституционный запрет цензуры, недостаточно подкрепляется санкциями норм административного и уголовного кодексов.

Отсутствие в текстах статей указания на то, что ответственность наступает в случае осуществления именно «цензуры», употребление вместо этого слишком широкого и аморфного понятия «воспрепятствование профессиональной деятельности», а также отсутствие легального закрепления понятия цензуры приводит к тому, что данный запрет является, пожалуй, одним из самых нарушаемых.

Литература:

1. Ларин А.Ю. Теория государства и права: Учебник. М., 2011. С. 200.
2. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве: Теоретико-информационный аспект /Под ред. доктора юридических наук, профессора Н.И. Матузова. Саратов: Изд-во СГУ, 1994. С. 60.
3. Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. N 15-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова // СЗ РФ. 2003. №44. Ст. 4358.
4. Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 7. Ст. 300; Собрание законодательства РФ. 2009. №7. Ст. 778.
5. Собрание законодательства РФ. 1995. N 1. Ст. 2; 2009. №52 (часть 1). Ст. 6446.

6. Собрание законодательства РФ. 1996. N 22. Ст. 2591; 2011. №9. Ст. 1206.
7. Собрание законодательства РФ. 2001. N 23. Ст. 2277; 2005. №10. Ст. 753.
8. Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. №46. Ст. 2615; Собрание законодательства РФ. 2010. №19. Ст. 2291.
9. Трофимов М.С. Конституционный запрет цензуры и свобода массовой информации //Информационное право. 2010, №1.
10. Иванюшина И.Ю., Тарасова И.А. Цензура: pro et contra //Цензура как социокультурный феномен. Саратов, 2007. С 8.
11. Горяева Т.М. Культура и цензура: мифы и реальность, или История борьбы против правды //История советской политической цензуры. Документы и комментарии. М., 1997.
12. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (под ред. В.Т. Томина, В.В. Сверчкова). М.: «Юрайт-Издат», 2010 г.
13. Российская газета. 20 сентября 2010 г.

5. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

Современное состояние форм государственного управления: административно-правовой аспект

Завьялова И.С., кандидат юридических наук, ст.преподаватель
Воронежский институт ФСИН России

Изучение российского законодательства позволяет нам отметить, что на сегодняшний день в нем отсутствуют специальные нормативно-правовые акты, чётко регламентирующие и устанавливающие формы управленческой деятельности. Это, в свою очередь, порождает трудности в признании той или иной классификации соответствующих форм основополагающей, господствующей. Безумно тревожит тот факт, что именно то, что направлено на упорядочение всей управленческой деятельности, на ее оформление, не имеет легального закрепления. О каком же правовом государстве мы можем говорить, если нет четкого представления о том, как и в каких формах осуществляется управленческая деятельность в России. Отсутствие легальной дефиниции форм управленческой деятельности делает их бездейственными, поскольку они лишь фрагментарно разработаны в теории, а в законодательстве — практически, нет.

Современная наука административного права определяет формы государственного управления по-разному. Так, например, Ю.Н. Стариков отмечает, что форма управления может иметь юридическое содержание, то есть может устанавливаться нормативным правовым актом — такая форма называется правовой; а в некоторых случаях формы управления не устанавливаются нормативно, следовательно, их нельзя относить к числу правовых.

Козлов Ю.М. определяет форму государственного управления как «внешне выраженное действие исполнительного органа (должностного лица), осуществлённое в рамках его компетенции и вызывающее определённые последствия» [1]. Такого мнения придерживается большинство учёных, в том числе Д.М. Овсянко, Л.Л. Попов, Е.А. Котельникова, И.А. Семенцова, М.Б. Смоленский, А.В. Богданов, И.Б. Богородицкий, Б.В. Россинский и др.

На основании изложенного выше материала, легко заметить тот факт, что юридическую науку интересуют не все формы управленческой деятельности, а только лишь те, которые влекут юридические последствия — то есть правовые формы управления. Представители административной науки объясняют это тем, что реализация исполнительной власти возможна только в административно-правовой форме, а государственно-управленческая деятельность может быть выражена как правовой, так и неправовой формой [2].

В результате таких рассуждений неправовые (например, организационные) формы управления значительно обделены вниманием юридической науки. Нет определённой структуры в их познании, несмотря на то, что в управленческой деятельности они занимают большое место.

На наш взгляд такое положение дел нельзя признать допустимым, поскольку все формы государственного управления имеют большое значение, как для теории государственного управления, так и для юридической науки и практической деятельности в целом. Игнорирование неправовых форм порождает значительные проблемы. Так, например, на использование организационных форм затрачиваются крупные материальные и финансовые ресурсы, но отдача от них нередко очень низка. Кроме того, в государственных органах многие формы являются юридически корректными только в случае их принятия посредством установленных организационных форм. «Строгие организационные процедуры ... значимы в деятельности коллегиальных органов исполнительной власти... Нарушение таких организационных форм делает ничтожными правовые акты, которые принимаются органами исполнительной власти» [3].

Учитывая изложенное и те обстоятельства, что, во-первых, обе категории форм государственного управления должны применяться в сочетании, с учётом сильных и слабых сторон каждой из них, дифференцировано и конкретно, исходя из управленческой проблемы и ситуации, а во-вторых, то, что нет форм, применимых к любому случаю, каждая форма содержит лишь присущий ей потенциал решения определённой управленческой проблемы [4], разрешение этой проблемы мы видим в системном подходе к правовым и неправовым формам управленческой деятельности.

Обозначив свой подход к формам государственного управления, попытаемся выявить их сущность. Сразу же оговоримся, что в своём исследовании мы исходим из понимания государственного управления в узком смысле, а именно как деятельность органов исполнительной власти и других, наделённых властными исполнительно-распорядительными полномочиями субъектов по организующему воздействию на общественные процессы. Соответственно формы государственного управления, применительно к

законодательной и судебной властям в данной работе рассматриваться не будут.

По нашему мнению сущность формы государственного управления заключается в следующем:

1. Форма государственного управления это всегда **действие**, то есть волевое поведение государственного органа (должностного лица). Это действие должно быть **внешне выражено, то есть оформлено**. Внешняя оформленность определённым образом гарантирует открытость государственного управления, «несмотря на то, что она связана с бюрократизацией и преувеличением роли «бумажки» в жизни государственного органа» [5]. Действительно, должностное лицо органа исполнительной власти, реализуя свои полномочия, выбирает одну из форм государственного управления — даёт ответ на жалобу, издаёт акт, выдаёт документ и т.д.

Деятельность органов государственного управления может проявляться как в форме словесных действий (письменных и устных — например, издание индивидуального акта), так и в форме конклюдентных действий (жесты сотрудника ГИБДД, сигналы, установка дорожных знаков, запрещающих табличек и т.д.). Однако, наиболее часто, формы государственного управления — это документы, то есть письменные действия.

Необходимо отметить, что любое действие должно быть законно, то есть отвечать требованиям законности. Именно законность выступает неотъемлемой основой развития демократически организованного общества и обязательна для всех элементов государственного механизма, гражданского общества и для всех граждан.

Когда уровень законности низок в практики управления, то даже «если иные компоненты государственного механизма неукоснительно выполняют юридические предписания, есть основания говорить о разрушении, кризисе законности в стране» [6]. Главное в «законности в государственном управлении состоит в том, что законы и подзаконные акты должны неукоснительно соблюдаться теми, кому доверено их применение — органами государства, их должностными лицами» [7].

2. Вторым признаком формы государственного управления является **совершение этих действий определённым субъектом государственного управления, а именно органом государственного управления (должностным лицом)**. В административной науке под *органом государственного управления* понимается учреждённое в структуре аппарата государственного управления в установленном порядке образование, которое характеризуется определёнными задачами, функциями, структурными особенностями и специальной компетенцией [8]. *Должностное лицо органа государственного управления* — это служащий аппарата государственного управления, предприятий, учреждений, организаций, который правомочен совершать юридически значимые действия, влекущие за собой установление, изменение и прекращение правоотношений.

3. Другой основной чертой, характерной для формы государственного управления является то, что **действия органов государственного управления (должностных лиц) должны осуществляться в рамках закреплённой за ним в установленном порядке, компетенцией**. *Компетенция* государственного органа — это круг вопросов, предусмотренных нормативным правовым актом, которые правомочен разрешать конкретный государственный орган; другими словами: принадлежащий государственному органу круг ведения и пределы его действия по осуществлению государственных функций и решению государственных задач; в компетенцию включаются полномочия государственного органа, его ответственность, правовые средства, формы и методы реализации прав и исполнения обязанностей [9]. Компетенции государственного органа соответствуют полномочия должностного лица. *Полномочия* — это конкретные права, характеризующиеся распорядительством и наличием административных функций и позволяющие государственному служащему осуществлять задачи государственных органов. Полномочия — это своего рода возможности, принадлежащие государственному органу и государственному служащему, действовать в различных ситуациях в соответствии с их компетенцией. Компетенция органов государственного управления выражена в нормативных актах, что придаёт им (органам государственного управления) определённую самостоятельность и отличает их от негосударственных органов, организаций и общественных объединений.

4. К числу признаков формы государственного управления можно отнести и **реализацию функций государственного управления**. Основное содержание управленческой деятельности определяют функции государственного управления. Следовательно, говоря о формах государственного управления, мы имеем в виду те внешние проявления, в которых реализуются функции государственного управления. Формы управления обеспечивают возможность реализации управленческих функций и мероприятий практически во всех сферах и отраслях управления. В теории государственного управления и юридической науке представлено большое многообразие форм государственного управления. Каждая форма управленческой деятельности должна соответствовать содержанию управленческой деятельности, то есть форма должна быть наиболее целесообразной для реализации той или иной функции управления.

5. Посредством форм государственного управления **достигаются цели государственного управления**. Целям управления подчинены все используемые субъектами управления формы управления. *Цель управления* — это исходная категория управления, поскольку именно она отражает желаемое, возможное и необходимое состояние управляемого объекта, которое должно быть достигнуто. «Цель — это предвосхищение в сознании результата, на достижение которого направлены действия» [10]. Цель без деятельности мертва.

Таким образом, на основании выделенных нами основных характеристик формы государственного управления, предлагаем определять данную категорию в науке административного права как *внешне выраженное (оформленное) действие органа государственного управления (должностного лица), которое осуществляется им в рамках, закреплённой за ним компетенции, для реализации функций государственного управления и достижения целей и основных задач государственного управления.*

Литература:

1. Административное право / Под ред. Л.Л. Попова. — М., 2002. — С. 247.
2. Алёхин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации. — М., 1996. — С. 224.
3. Алёхин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации. — М., 1996. — С. 224.
4. Алёхин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации. — М., 1996. — С. 245.
5. Административное право: Учебник. / Под ред. Дмитриева Ю.А. — М., 2005. — С. 231.
6. Бахрах Д.Н. Административное право России. — М., 2002. — С. 603.
7. Курашвили Б.П. Принципы советского государственного управления // Советское государство и право. — 1980. — № 11. — С. 57.
8. Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. В 3 т.Т.1: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. — М., 2002. — С. 195.
9. Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. В 3 т.Т.1: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. — М., 2002. — С. 199.
10. Философский словарь. — М., 1975. — С. 452.

Такое понимание форм управленческой деятельности, по нашему мнению, успешно может быть использовано законодателем при разработке базового нормативно-правового акта в данной сфере.

Очевидно, что в этом направлении предстоит ещё серьёзнейшая и кропотливая работа, результатом которой будет общепризнанный подход к трактовке понятий рассматриваемой категории, их сущности, а самое главное все эти явления достигнут высокого уровня действительности.

Соотношение административной и налоговой ответственности за нарушение налогового законодательства

Лабутина Н.А., аспирант

Российская академия государственной службы при Президенте РФ

В данной статье автор рассматривает административную и налоговую ответственность за нарушение налогового законодательства, проводит анализ данных видов ответственности, выявляет их сходства и различия.

В российском законодательстве предусмотрена административная и уголовная ответственность за налоговые правонарушения.

Если практика применения уголовной ответственности подробно рассмотрена в различных исследованиях, то соотношение административной и налоговой ответственности, по мнению автора, требует более тщательного анализа и изучения. До сих пор не выработано единого подхода к необходимости разграничения этих видов ответственности либо, наоборот, к признанию того, что налоговая ответственность является частью

административной ответственности.

Чтобы разобраться в этом вопросе в первую очередь нужно определить, что понимать под ответственностью вообще и под административной ответственностью в частности. Ученые и правоведы не пришли к единому мнению относительно определения термина «юридическая ответственность». Часто под ответственностью понимают государственное принуждение, наказание, которое применяется к нарушителю, неблагоприятные последствия, которые он претерпевает в виде санкций правовых норм¹. В отечественной юридической науке распространено

¹ Кузнецов И. А. Теория государства и права. Конспект лекций. Волгоград: Станица — 2003. С. 120.

мнение о том, что юридическую ответственность можно рассматривать в двух аспектах — активном и ретроспективном¹. В первом случае — это осознание долга, во — втором, наступление ответственности после совершения противоправного деяния.

Анализ определений административной ответственности, проведенный автором, позволяет сделать вывод, что они схожи по своему содержанию и многие ученые сходятся во мнении, что данный вид наказания применяется должностным лицом² и что оно менее сурово, чем уголовное наказание.

Все правонарушения в области налогов и сборов подразделяются на правонарушения, содержащие признаки административного правонарушения и не содержащие таковых. Поэтому во избежание путаницы при применении НК РФ или КоАП РФ следует установить соотношение данных видов правонарушений и разграничить ответственности за их совершение. Сложность состоит в том, что у данных видов ответственности есть много общих черт. Постараемся более тщательно проанализировать административную ответственность за нарушение налогового законодательства.

Как было сказано выше, административная ответственность является разновидностью юридической ответственности. Суть ее сводится к тому, что в результате совершения правонарушения наступают лишения имущественного или личного характера, в результате применения санкций.

Так же происходит и с другими разновидностями юридической ответственности, например финансовой (налоговой). Чтобы правильно разграничить эти виды ответственности, нужно понять, за какие правонарушения они установлены, какие применяются санкции и в рамках какого производства ведется расследование.

В теории права существует четыре вида ответственности: уголовная, гражданско — правовая, дисциплинарная и административная. Под любой из этих видов ответственности попадает нарушение налогового законодательства. НК РФ, в гл. 16 и гл. 18 закрепляет исчерпывающий перечень видов налоговых правонарушений и наказаний за их совершение. В то же время в российском праве отсутствует четкое определение налогового правонарушения. В это понятие можно включить и институты ответственности других отраслей права. Ст. 106 НК РФ указывает на то, что ответственность за нарушение налогового законодательства «устанавливается настоящим Кодексом»³, но какая именно, налоговая или админист-

ративная, законодатель не уточняет. В этом видится проблема: какую ответственность следует применять. И в НК РФ и в КоАП РФ законодателем прописаны одинаковые составы и установлена как административная ответственность, предусмотренная КоАП РФ, так и налоговая, предусмотренная НК РФ. Речь идет о таком нарушении как, например, непредставление налоговой декларации.

Существует точка зрения, что налоговую ответственность все же можно выделить в самостоятельный вид. Однако по своей природе налоговая ответственность очень схожа с административной. Как утверждает И.И. Кучеров: «...административная ответственность является одной из составных частей системы ответственности за нарушение законодательства о налогах и сборах, наряду с финансовой (налоговой) и уголовной ответственностью»⁴.

Административной ответственности присущи свои собственные признаки, как и другим видам ответственности, а именно:

- урегулирована нормами административного права, содержащимися в федеральных законах и законах субъектов Российской Федерации;
- состоит в применении к виновным административных наказаний;
- к ней привлекаются физические лица (граждане, должностные лица, индивидуальные предприниматели), а так же юридические лица;
- применяется должностными лицами исполнительных органов государственной власти, коллективными органами (комиссиями по делам несовершеннолетних, административными комиссиями и др.), а также судьями (судами);
- порядок привлечения к административной ответственности, урегулирован административно — процессуальными нормами⁵.

Статья 3.2. КоАП РФ содержит исчерпывающий перечень административных наказаний, которые могут применяться за совершение административных правонарушений, а именно: предупреждение, административный штраф, возмездное изъятие орудия совершения или предмета административного правонарушения, конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения, лишение специального права, предоставленного физическому лицу, административный арест, административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства, дисквалификация, административное приостановление деятельности.

¹ Галаган И. А. Административная ответственность в СССР (государственное и материально-правовое исследование). Воронеж, 1970. С. 11—12.

² Понятие должностного лица дано в примечании к ст. 2.4 КоАП РФ. Под должностным лицом следует понимать лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции.

³ Налоговый кодекс Российской Федерации: Части первая и вторая. — М.: Издательство «Омега — Л», 2009. — С. 95.

⁴ Кучеров, И.И., Шереметьев, И.И. Административная ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах / И.И. Кучеров, И.И. Шереметьев. — М.: ИД «Юриспруденция», 2006. — С. 23.

⁵ Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право: учебник для вузов. — М.: НОРМА, 2004. С. 484.

Однако анализ статей КоАП РФ позволяет сделать выводы о том, что большинство из них предусматривают ответственность в виде административного штрафа.

Поэтому логично подробнее разобрать именно этот вид административного наказания. Будучи наказанием имущественного характера, штраф является достаточно эффективной и наиболее распространенной мерой принудительного воздействия и может применяться только в качестве основного административного наказания. Административный штраф предусматривается практически всеми статьями Особенной части КоАП РФ и соответствующими статьями законов субъектов РФ об административных правонарушениях.¹

В настоящее время, согласно ст. 3.5. КоАП РФ административным штрафом является денежное взыскание, которое выражается в рублях и устанавливается для граждан в размере, не превышающим пять тысяч рублей; для должностных лиц — пятидесяти тысяч рублей; для юридических лиц — одного миллиона рублей.

По общему правилу, административное наказание за совершение административного правонарушения, назначается в пределах, установленных КоАП РФ или законами субъектов РФ об административных правонарушениях.

Субъекты РФ, в свою очередь, могут устанавливать ответственность за административную ответственность за административные правонарушения путем издания законом. Ими могут быть изданы обычные законы, либо кодексы субъектов об административных правонарушениях.²

Российское законодательство, в том числе и административное включает в себя условия отягчающие и смягчающие ответственность за совершение правонарушения (ст. 4.1—4.2. КоАП РФ). Судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дело об административном правонарушении, могут признать смягчающими обстоятельства, не указанные в настоящем Кодексе или в законах субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях³. В ст. 112 НК РФ также есть перечень, обстоятельств, смягчающих ответственность за нарушение налогового законодательства.

Анализ статей КоАП РФ и НК РФ позволяет автору сделать вывод, что перечень отягчающих обстоятельств совпадает только по одному пункту, а именно повторное совершение правонарушения. Кроме того, пункт 5 ст. 4.3. КоАП РФ устанавливает отягчающую ответственность за совершение административного правонарушения в условиях стихийного бедствия или при других чрезвычайных обстоятельствах. В то время как НК РФ в ст. п.1 ст. 111 относит эти обстоятельства к исключаящим вину вообще.

Но, кроме того, нужно учитывать и то, что любое из данных обстоятельств может быть не признано судом, ор-

ганом, или должностным лицом, назначающим административное наказание, в качестве смягчающего или отягчающего.

Поэтому, при установлении наказания за совершение правонарушения в области налогов и сборов важно определить каким из кодексов (налоговым или административным) будет налагаться ответственность, и выявить смягчающие обстоятельства, если таковые есть. Это отмечается и многими правоведами⁴. Несовпадения данных обстоятельств в КоАП РФ и НК РФ позволяет сделать еще один вывод в пользу несовпадения финансовой (налоговой) и административной ответственности.

Согласно ст. 4.5 КоАП РФ общий срок исковой давности привлечения к административной ответственности за совершение административного правонарушения составляет 2 месяца, а за нарушения законодательства о налогах и сборах — 1 год со дня совершения правонарушения. Ст. 113 НК РФ устанавливает срок исковой давности — 3 года со дня совершения правонарушения.

На основе вышеизложенного автор выделяет следующие особенности привлечения к административной ответственности за нарушение налогового законодательства:

- основанием привлечения к ответственности является наличие факта административного правонарушения, предусмотренное КоАП РФ или законами субъектов РФ;
- административная ответственность за нарушение налогового законодательства не распространяется на военнослужащих;
- основной вид наказания, применяемый к нарушителям — административный штраф, выражаемый в денежной сумме неуплаченных налогов и сборов, не может превышать трехкратный размер их суммы;
- наряду со штрафом, к нарушителям могут применяться такие меры наказания, как предупреждение, конфискации предметов административного правонарушения и др.;
- срок исковой давности составляет 1 год;
- законодательством предусмотрен ряд смягчающих и отягчающих обстоятельств.

В качестве основного признака, с которым связывается наступление ответственности, большинство ученых называют обязанность претерпевать правонарушителем меры принудительного воздействия государства, различные лишения⁵. Но даже при условии наличия всех признаков правонарушения (противоправности, виновности, наказуемости), не каждое деяние является административным правонарушением. Поэтому важно хорошо разбираться в его составе, чтобы не перепутать со схожими с ними преступлениями.

¹ Административное право : учебник/Б. В. Россинский, Ю. Н. Стариков. — 4 — е изд., пересмотр. и доп. — М.: Норма, 2009. — С. 634.

² Алехин А. П., Кармолицкий А. А. Административное право России: Учебник. — М.: ИКД «Зерцало — М», 2005. — С. 326—329. (всего 712 с.).

³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. — М.: Издательство «Омега — Л», 2008. — С. 17—18. (Кодексы Российской Федерации).

⁴ Кучеров И. И. Налоговое право России: курс лекций. — М.: 2001. С. 252.

⁵ Имыкшева Е. Пеня как способ обеспечения исполнения обязанности по уплате налогов (сборов) // Хозяйство и право. 2003. №2. С. 101.

Под составом административного правонарушения следует понимать установленную правом совокупность признаков, при наличии которых конкретное деяние становится административным правонарушением¹.

Состав административного правонарушения включает объект, объективную сторону, субъект, субъективную сторону. Объектом административного правонарушения, как и любого другого, являются общественные отношения, которые охраняются административным правом. Существует несколько классификаций объекта административного правонарушения. Общеизвестная классификация выделяет два вида объекта: общий (родовой) и непосредственный². Соответственно, общий объект — это совокупность всех общественных отношений, родовой — только группы. Некоторые ученые к этой классификации добавляют еще и видовой объект³. Если говорить о административной ответственности за совершение налоговых правонарушений, то родовым объектом будут финансовые отношения, отношения в области банковской деятельности, рынка ценных бумаг, непосредственно отношения в области налогов и сборов. А видовым объектом будут уже правоотношения, складывающиеся в этих областях.

Объективной стороной административного правонарушения является действие или бездействие налогоплательщика, которое, что важно, запрещено административным правом⁴. Д.Н. Бахрах определяет объективную сторону административного проступка как систему признаков, которые характеризуют его внешнее проявление⁵. Наряду с действием (бездействием) и наступившими негативными последствиями третьим признаком, характеризующим объективную сторону административного правонарушения является причинно — следственная связь наступившая между деянием и вредными последствиями. Установление причинно — следственной связи является необходимым условием при определении вины правонарушителя и, в последствии, назначения наказания.

Правонарушения, ответственность за которые предусматривает НК РФ можно отнести к числу административных, так как эти правонарушения обладают всеми признаками административного правонарушения. Они представляют собой противоправное действие (бездействие) физического или юридического лица. Ответственность в обоих случаях преимущественно штрафная, а штраф является основным видом административного наказания.

Ответственность за правонарушение в области налогов и сборов предусмотрена различными статьями КоАП РФ. Например, статья 14.5 КоАП РФ — продажа товаров, выполнение работ либо оказание услуг при отсутствии кон-

трольно — кассовых машин. Статьи 14.19 и 15.12 предусматривают наказание за нарушение порядка учета этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, а так же за выпуск или продажу товаров, подлежащих маркировке, без таковой.

Предыдущий КоАП РСФСР содержал только одну статью (156.1), касающуюся налоговых правонарушений. Данная статья содержала понятие о том, что за уклонение от подачи декларации о доходах, несвоевременную подачу данной декларации, либо включения в нее сведений в искаженном виде.

Рассмотрев такой вид ответственности за налоговые правонарушения, как административный, автор делает вывод о том, что налоговая ответственность представляет собой подвид административный и нецелесообразно ее выделение в самостоятельный вид по следующим причинам:

- указанные в НК РФ правонарушения обладают всеми признаками административных правонарушений. И те и другие это действия (бездействия) физических, либо юридических лиц.

- ответственность, установленная в НК РФ и в КоАП РФ преимущественно штрафная. Штраф — наказание административное. (гражданское — возмещение убытков, уголовное — лишение свободы).

- согласно позиции Конституционного суда РФ, штрафы это вид исключительно административного наказания, и это их главное отличие от недоимок и пеней. Налоговые органы, налагая штрафы, применяют административные наказания к правонарушителям. — и в НК РФ и в КоАП РФ правонарушения имеют один объект посягательства — экономическая безопасность государства.

Правонарушения посягают на: отношения, связанные с осуществлением налогового контроля; отношения, связанные с пополнением доходной части бюджета; кредитные отношения и другие.

- статьи, за которые предусмотрена ответственность в обоих кодексах идентичны. Они дублируют друг друга. Разницу лишь составляют размер налагаемого штрафа и круг лиц, привлекаемых к ответственности. По КоАП РФ — это должностные лица (руководители предприятий), по НК РФ — физические (например, индивидуальные предприниматели). Если к ответственности привлекается юридическое лицо, то применяются оба кодекса. Организация несет наказание в соответствии с НК РФ, а ее руководитель в соответствии с КоАП РФ.

- порядок рассмотрения налоговых споров осуществляется в рамках административного судопроизводства (ч. 2 ст. 118, ст. 126 Конституции РФ).

¹ Россинский Б.В. Административное право: учебник / Б. В. Россинский, Ю. Н. Стариков. — 4 — е изд., пересмотр. и доп. — М.: Норма, 2009. С. 611—612.

² Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации: Учебник. — М.: БЕК, 1996. С. 65.

³ См., например: Административное право России. Часть 3. / Под ред. А. П. Коренева и В. Я. Кикотя. — М., 2002 — С. 7—8.

⁴ Алехин П. П., Кармолицкий А. А. Указ. соч. С 268.

⁵ Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. — М., 2000. С. 490.

Дублирование положений обоих кодексов связано, преимущественно, с тем, что принятие НК РФ предшествовало принятию КоАП РФ. В предыдущем КоАП РФ, принятом еще в начале 80-х годов XX века не содержалось главы о правонарушениях в области налогов и сборов, так как страна в то время еще не перешла к рыночным отношениям. Впоследствии административное законода-

тельство дополнялось соответствующими статьями, так или иначе касающимися налогов. Но этого было недостаточно, и законодатель пришел к выводу о том, что необходимо заполнить пробел включением в разрабатываемое в то время налоговое законодательство соответствующих норм. Так, нормы, которые должны были содержаться в КоАП РФ, попали в НК РФ.

Литература:

1. Налоговый кодекс Российской Федерации: Части первая и вторая. — М.: Издательство «Омега — Л», 2009.
2. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. — М.: Издательство «Омега — Л», 2008. (Кодексы Российской Федерации).
3. Административное право : учебник/Б. В. Россинский, Ю.Н. Стариков. — 4 — е изд., пересмотр. и доп. — М.: Норма, 2009.
4. Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: Учебник. — М.: БЕК, 1996.
5. Алехин А.П., Кармолицкий А.А. Административное право России: Учебник. — М.: ИКД «Зерцало — М», 2005.
6. Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право: учебник для вузов. — М.: НОРМА, 2004.
7. Галаган И.А. Административная ответственность в СССР (государственное и материально — правовое исследование). Воронеж, 1970.
8. Имыкшева Е. Пеня как способ обеспечения исполнения обязанности по уплате налогов (сборов) // Хозяйство и право. 2003. №2
9. Кузнецов И.А. Теория государства и права. Конспект лекций. Волгоград: Станица — 2003.
10. Кучеров, И.И., Шереметьев, И.И. Административная ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах / И.И. Кучеров, И.И. Шереметьев. — М.: ИД «Юриспруденция», 2006.
11. Кучеров И.И. Налоговое право России: курс лекций. — М.: 2001.
12. Россинский Б.В. Административное право: учебник / Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков. — 4 — е изд., пересмотр. и доп. — М.: Норма, 2009.

Правовые, теоретические и практические основы государственного контроля и надзора

Садовская Т.Д., кандидат юридических наук, доцент
Тюменский государственный университет

Государственный контроль как правовой институт известен и востребован во всем мире. Во всех цивилизованных демократических странах издавна сложились и достаточно успешно функционируют системы бюджетно-финансового и административного государственного контроля, имеется разветвленная сеть контрольных органов. Причем в каждой отдельной стране на различных исторических этапах государственный контроль имел свои специфические черты, с применением своеобразных методов в зависимости от существующей формы правления, государственного устройства и политического режима.

О важности и необходимости эффективного государственного контроля постоянно говорят первые лица государства, политики, граждане. Значимость государственного контроля подчеркивается специалистами и учеными. Государственному контролю посвящено значительное

число работ ученых, занимающихся проблемами социального и государственного управления с позиции исторических наук, кибернетики, общей теории государства и права, теории государственного управления, менеджмента, политологии, социологии, отраслевых юридических наук.

Исторически налоговый контроль (в рамках финансового) был самой первой формой государственного контроля. В России государственный контроль появился так же в форме финансового контроля. [1] По мнению отдельных ученых, «система государственного устройства, управления и контроля в России насчитывает более чем тысячелетнюю историю». [2] О первых этапах можно говорить только как об этапах зарождения и первых шагах формирования и развития государственного контроля, а не как о сложившейся системе. [3] В исторической рет-

роспективе развитие правового регулирования государственного контроля в нашей стране охватывает три периода: дореволюционный, советский и российский.

В п. 7 Постановления VII Съезда Народных депутатов Российской Федерации «О ходе экономической реформы в Российской Федерации» от 5 декабря 1992 г. дается задание Верховному Совету и Правительству рассмотреть вопрос о создании государственной системы контроля. На основании этого было принято Постановление Президиума Верховного Совета и Совета Министров-Правительства от 15 февраля 1993 г. № 4480–1/98 «Об образовании Комиссии Президиума Верховного Совета Российской Федерации и Совета Министров-Правительства Российской Федерации по подготовке предложений о создании государственной системы контроля». [4] Вопрос о создании эффективной системы государственного контроля в Российской Федерации в очередной раз поднимается в Указе Президента России от 25 июля 1996 года № 1095 «О мерах по обеспечению государственного финансового контроля в Российской Федерации». [5]

В Послании Президента 1997 года «О положении в стране и основных направлениях политики РФ» был выделен специальный раздел, посвященный вопросам совершенствования государственного контроля. В пункте 2.3 Послания «Усиление контрольной функции государства» говорится, что существует множество ведомственных и вневедомственных контролирующих структур; кроме того, контрольные и надзорные функции имеют правоохранительные органы. Но если сопоставить их численность с результатами работы, в частности, с динамикой нарушений, с количеством привлеченных к административной и дисциплинарной ответственности должностных лиц, итог окажется неутешительным. Нередко работники контрольных и надзорных органов используют свои полномочия не для выполнения своих функций, а для поборов. [6]

Во исполнение данного Послания Президента было принято Постановление Правительства от 30 апреля 1997 г. № 495 «Об утверждении Комплексного плана действий Правительства Российской Федерации по реализации в 1997 году Послания Президента Российской Федерации и программы Правительства Российской Федерации «Структурная перестройка и экономический рост в 1997–2000 гг.». В августе 1997 года распоряжением Правительства была образована рабочая группа по разработке предложений о пересмотре всей системы государственного контроля и обеспечению создания специализированных контрольных инстанций. [7]

В Послании Президента 1998 года «Общими силами — к подъему России (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)» вновь поднимаются вопросы совершенствования государственного контроля. Так, в Послании подчеркивалось, что основными формами государственного воздействия на рыночную экономику должны быть нормативно-правовое регулирование и контроль, имеющие целями создание

благоприятной правовой и институциональной среды обитания бизнеса, развитие конкуренции, упорядочение экономического оборота. [8]

В Послании Президента 1999 года «Россия на рубеже веков (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)» Президентом делается вывод, что одним из серьезных недостатков в построении системы государственных органов является сосредоточение в одних руках регулирующих, разрешительных и контрольных функций, что создает благоприятную почву для злоупотреблений и коррупции. [9]

О необходимости совершенствования государственного контроля неоднократно говорилось практически в каждом послании Президента России последующих лет. Указ Президента России от 23 июля 2003 г. «О мерах по проведению административной реформы в 2003–2004 годах», принятый в целях реализации Послания Президента на 2003 год, поставил задачу организационно разделить функции, касающиеся регулирования экономической деятельности, надзора, контроля и управления госимуществом. [10] В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» была утверждена новая структура и система федеральных органов исполнительной власти, включающая в себя федеральные службы — органы, основной функцией которых является осуществление контрольно-надзорных полномочий. [11]

В 2005 году была принята Концепция административной реформы, в которой были определены основные направления совершенствования контроля и надзора. [12] В рамках реализации Концепции был принят нормативный акт, впервые детально регламентирующий порядок осуществления государственного и муниципального контроля, — Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля». [13]

Подводя промежуточные итоги реализации положений Концепции административной реформы, следует отметить, что многие из них до настоящего времени так и не реализованы. Так, в Концепции административной реформы говорится, что необходимо разграничить функции по контролю и надзору и унифицировать в этой части терминологию законодательных и других нормативных актов. Это позволит надзор сосредоточить в государственных органах, а контроль рассматривать в качестве функции по проведению испытаний, измерений, экспертиз, осуществляемых субъектами рынка, аккредитованными в органах исполнительной власти в установленном порядке. Однако функции по контролю и надзору не разграничены и не унифицированы в этой части терминология законодательных и других нормативных актов. Кроме того, четко не разграничены объекты контроля (надзора), предметы ведения и полномочия в сфере контроля и надзора феде-

ральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления; многие виды государственного контроля и надзора не попали под действия данного Закона.

В научной литературе контрольная деятельность традиционно рассматривается в соотношении с надзорной, предпринимаются попытки разграничения понятий контроля и надзора, однако к единой точке зрения ученые пока так и не пришли. Во многих работах, представляющих разные отрасли правоведения, термины «контроль» и «надзор» употребляются как синонимы. Мнения ученых по поводу содержания и соотношения данных правовых терминов можно разделить на две следующие группы: а) термины «контроль» и «надзор» тождественны; б) надзор, осуществляемый органами государственного управления, является разновидностью контроля. Ряд специалистов придерживается точки зрения, что контроль и надзор являются самостоятельными государственно-значимыми формами юридической деятельности. Разделяем точку зрения специалистов, считающих, что надзор является разновидностью государственного контроля (Д.Н. Бахрах, В.Г. Бесарабов, М.С. Студеникина, Ю.А. Тихомиров и др.).

Сегодня перед наукой стоит задача дальнейшего исследования контрольно-надзорной деятельности органов государства на теоретико-эмпирическом уровне с целью определения логически правильной конструкции контроля и надзора, совершенствования правового статуса контрольных и надзорных органов, повышения эффективности их деятельности. [14] Однако, несмотря на имеющиеся работы, теория и методология государственного контроля и надзора остается по-прежнему мало разработанной. Отечественная наука не имеет общепризнанной концепции развития государственного контроля и надзора. Это, в свою очередь, не дает возможности решить проблему правового обеспечения функционирования единой системы государственного контроля и надзора.

Литература:

1. См., напр.: Бочковский Ф. Организация государственного контроля в России сравнительно с Западной Европой. — СПб, 1885; Сакович В. Государственный контроль в России, его история и современное устройство в связи с изложением сметной системы, кассового порядка и устройства государственной отчетности. — СПб., 1896; Тарасов А.М. Становление и развитие государственного контроля на Руси (дооктябрьский период) // История государства и права. — 2002. — №2.
2. Андреев А., Никольский Э. Этапы развития // Президентский контроль. — 1999. — №1. — С. 28.
3. Тарасов А.М. Становление и развитие государственного контроля на Руси (дооктябрьский период) // История государства и права. — 2002. — №2. — С. 6.
4. САПП. — 1993. — №9. — Ст. 785.
5. СЗ РФ. — 1996. — №45. — Ст. 5095.
6. РГ. — 1997. — №47. — 7 марта.
7. СЗ РФ. — 1997. — №. 18. — Ст. 2154.
8. РГ. — 1998. — №36. — 24 февраля.
9. РГ. — 1999. — №60. — 31 марта.
10. СЗ РФ. — 2003. — №30. — Ст. 3046.
11. РГ. — 2004. — 12 марта.

Теоретического осмысления и законодательного закрепления требуют такие используемые на практике формы контроля, как совместная сверка, предварительная проверка финансового состояния, предварительная проверка в отношении предполагаемых сделок, а также формы дистанционного контроля (обследование, анализ, мониторинг). Кроме того, должны быть закреплены дополнительные мероприятия государственного контроля и надзора, процедура их назначения и оформления. Возможно, стоит установить особенности контрольно-надзорных мероприятий в отношении крупнейших хозяйствующих субъектов и объектов.

В заключение отметим, что сегодня в России сложилась многовидовая и дорогостоящая структура органов государственного контроля и надзора, четкая правовая регламентация деятельности которой не прослеживается. Кроме того, нет полной информации о деятельности всей системы органов государственного контроля и надзора, нет единой базы подконтрольных субъектов и объектов, количественной и качественной характеристики правонарушений в различных сферах государственного управления. Существует необходимость еще большего развития сотрудничества между институтом независимого аудита и органами государственного контроля и надзора, усиления общественного контроля, законодательного урегулирования вопросов координации и форм взаимодействия органов государственного контроля и надзора между собой и с правоохранительными органами.

В связи с этим, теоретический анализ вопросов государственного контроля и надзора в различных сферах государственного управления, практики его осуществления приобретает повышенный научный и, что особенно важно, практический интерес в свете проводимой в стране административной реформы как одного из направлений государственной политики в рамках правовых преобразований.

12. Распоряжение Правительства РФ от 25 октября 2005 г. № 1789-р «О Концепции административной реформы в РФ в 2006–2008 гг.» // СЗ РФ. – 2005. – № 46. – Ст. 4720.
13. СЗ РФ. – 2008. – N 52 (ч. 1). – Ст. 6249.
14. Беляев В.П. Контроль и надзор в Российском государстве: монография / Науч. ред. А.В. Малько. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 270.

7. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Налогообложение внешнеэкономических сделок

Баженов Д.А., соискатель

Российский государственный торгово-экономический университет (г. Москва)

Налоги и налогообложение являются одним из основных источников формирования доходов нашего государства. Поэтому вопросы современного налогообложения в России, особенностей внешнеэкономической деятельности, налогообложения иностранных организаций, регулирования международного двойного налогообложения, выбора наиболее приемлемого или льготного таможенного режима, правильного применения положений налогового и таможенного законодательства при исчислении налогов с предприятий-участников внешнеэкономической деятельности в современных условиях реформирования налоговой системы РФ и российского таможенного законодательства — наиболее актуальные и наименее изученные вопросы регулирования налоговых отношений. Кроме того, постоянное изменение налогового, бюджетного и таможенного законодательства зачастую ставят предприятия-участников внешнеэкономической деятельности в затруднительное положение при оценке таможенной стоимости товаров, расчете ввозного налога на добавленную стоимость (НДС) и акцизов, применении норм международных договоров об избежании двойного налогообложения. Особенно тяжело ориентироваться в российском налогообложении иностранным компаниям, ведущим свою деятельность на территории Российской Федерации.

Законодательство Российской Федерации не содержит легального определения внешнеэкономической сделки. Понятие «внешнеэкономическая сделка» в п. 3 ст. 162, п. 2 ст. 1209 ГК РФ упоминается только в связи с ее формой: несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет ее недействительность, а ее форма всегда подчиняется российскому праву, если в сделке участвует российское юридическое лицо или российский предприниматель

Таким образом, понятие «внешнеэкономическая сделка» не может претендовать на универсальность. Оно не охватывает международные перевозки и некоторые другие виды внешнеэкономических сделок. При этом понятие «внешнеэкономическая сделка» отличается от понятия «сделка, осложненная иностранным элементом». Так, иностранный элемент может проявляться, в частности, если одной из сторон договора выступает иностранное лицо, исполнение обязательства из договора осуществляется полностью или в части на территории

иностранного государства, договор заключен в отношении имущества, находящегося за рубежом, либо односторонняя сделка была совершена за рубежом и т.д. Однако не все такие сделки отвечают признакам внешнеэкономических сделок.

Любая внешнеэкономическая сделка начинается с составления и подписания контракта. Прежде всего из содержания контракта необходимо уяснить момент перехода права собственности на товар к покупателю. Положения договора могут дублировать общие правила указанного перехода (с момента вручения вещи, с момента передачи перевозчику) либо устанавливать иные моменты перехода права собственности (с момента оплаты, с момента пересечения границы и т.д.).

Правильное определение момента перехода права собственности необходимо для того, чтобы верно отразить в учете контрактную стоимость ввозимого товара, транспортные расходы, курсовые разницы, возникающих в связи с изменением курсов валют, и исчислить НДС.

Организация при ввозе товаров на территорию РФ обязана уплатить таможенные платежи, к которым относятся:

- ввозная таможенная пошлина;
- НДС, взимаемый при ввозе товаров на таможенную территорию РФ;
- акциз (для подакцизных товаров);
- таможенные сборы.

Ставки ввозных таможенных пошлин на разные товары могут меняться, что является своего рода механизмом регулирования внешнеторговой деятельности. Согласно Таможенному кодексу Таможенного союза экспорт товаров является одним из основных таможенных режимов. Товары, которые вывозятся с территории РФ в целях исчисления НДС, считаются реализованными на территории РФ, так как к моменту отгрузки или транспортировки они находятся в России. Соответственно вывоз товаров является объектом налогообложения НДС (подпункт 1 пункта 1 статьи 146; статья 147 НК РФ). Порядок налогообложения зависит от таможенного режима, под который помещаются товары Развитие и поэтапная интеграция мировой экономики предоставили хозяйствующим субъектам возможность получения доходов в различных странах мира, и государственные границы становятся невидимыми для бизнеса.

$$\begin{aligned} \text{Таможенная пошлина} &= \text{Таможенная стоимость товаров} \times \text{Курс ЦБ РФ на день} \\ &\quad \text{принятия таможенной декларации (если} \\ &\quad \text{таможенную стоимость необходимо пересчитать} \\ &\quad \text{в рубли)} \times \text{Ставка ввозной таможенной пошлины} \\ \\ \text{НДС} &= \left(\text{Таможенная стоимость товаров} \times \text{Курс ЦБ РФ на день} \right. \\ &\quad \left. \text{принятия таможенной декларации} + \text{Таможенная пошлина} + \text{Сумма акциза} \right) \\ &\quad \times \text{Ставка налога} \\ &\quad \left(\text{по подакцизным товарам} \right) \end{aligned}$$

Рис. 1.

Допускается по желанию декларанта товары различных наименований, содержащиеся в одной товарной партии, декларировать с указанием одного классификационного кода по Товарной номенклатуре внешнеэкономической деятельности при условии, что данному классификационному коду соответствует ставка таможенной пошлины наиболее высокого уровня. В этом случае в отношении всех таких товаров применяются ставки таможенных пошлин, налогов, соответствующие данному классификационному коду.

Для определения величины таможенной пошлины и суммы НДС можно использовать следующие формулы (рис. 1).

Стремление компаний любой ценой снизить свои налоговые обязательства порождает на практике много вопросов. А именно, как сделать это законным способом? Одним из способов оптимизации налогообложения является «оффшорный» метод налогового планирования. Основой данного метода являются законодательства многих стран, частично или полностью освобождающие от налогообложения компании, принадлежащие иностранным лицам. Таким образом, финансово-правовой механизм в деятельности оффшорных зон имеет разновекторную направленность. С одной стороны, это низкая налоговая ставка и высокий уровень финансово-экономической секретности. С другой стороны, в них почти нет требований Центробанков и ограничений на конвертацию валюты.

Необходимо различать такие понятия, как «уклонение от налогообложения» и «правомерная налоговая оптимизация», к которой относится «оффшорный» метод налогового планирования. Уклонение от налогов — это нарушение законодательства, а в отдельных случаях и уголовное преступление. Однако к «оффшорному» методу налогового планирования это отношения не имеет, так как для целей оптимизации налогообложения в этом случае используются компании, зарегистрированные в различных странах, действующие в безналоговом или низко налоговом режиме.

Оффшор — это свободная экономическая зона (СЭЗ), которая может находиться в одном государстве или на территории другого. В классическом международном понимании СЭЗ — это территория, исключенная из действия

обычного таможенного налогового, а в некоторых случаях — валютного и банковского законодательства. В российском законодательстве дается несколько определений понятия «свободная экономическая зона», среди которых наиболее распространено следующее: «Особая экономическая зона — определяемая Правительством РФ часть территории Российской Федерации, на которой действует особый режим осуществления предпринимательской деятельности» (ст. 2 Федерального закона от 22 июля 2005 г. N 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» [1]).

Характерным признаком оффшорной зоны (свободной экономической зоны) является почти нулевое налогообложение и предоставление предпринимателю благоприятного валютно-финансового и фискального режима. К тому же государство, располагающее данной экономической зоной, преследует обеспечение своего клиента высокопрочной банковской и коммерческой секретностью.

Страна, обладающая статусом оффшорной зоны, имеет высокую заинтересованность в привлечении участников международного бизнеса, так как каждая фирма, зарегистрированная в данной стране, использует всю имеющуюся финансовую инфраструктуру и производит выплаты в национальный бюджет страны. По данным специалистов, ежегодный фиксированный сбор, представляющий полную отчетность оффшорной компании, колеблется от 150 до 1000 долларов.

С учетом того что деятельность оффшорных зон приобретает все большую популярность в современных экономических отношениях, является целесообразным более подробное рассмотрение особенностей действующих правил финансово-правового механизма оффшорных зон.

Оффшорные зоны отличаются низким налогообложением, которое достигается за счет минимизации или упразднения подоходного налога. Его отсутствие — это часть экономической политики страны со свободной экономической зоной. Система налогообложения в свободных экономических (оффшорных) зонах относится к специальным налоговым режимам (ст. 18 Налогового кодекса РФ). Специальным налоговым режимом признается особый порядок исчисления и уплаты налогов и сборов в течение определенного периода времени, применяемый в

случаях и в порядке, которые установлены Налоговым кодексом РФ и принимаемыми в соответствии с ним федеральными законами. При установлении специальных налоговых режимов элементы налогообложения, а также налоговые льготы определяются в порядке, предусмотренном Налоговым кодексом. Данный факт объясняется желанием привлечь как можно большую часть финансового бизнеса на свою территорию.

Оффшорные юрисдикции обладают жесткими правилами соблюдения и охраны коммерческой тайны. Данное обстоятельство безотказно работает даже тогда, когда правоохранительные органы других стран претендуют на раскрытие банковских тайн в соответствии с международным договором. Правительство данных территорий зачастую отказывается в сотрудничестве по данному вопросу, даже если речь идет о серьезном нарушении законов других стран.

Оффшорные юрисдикции могут подразделяться по следующим категориям секретности [2, с. 72]:

- свободные экономические зоны, которые не идут на ослабление секретности даже тогда, когда они используются нерезидентами в преступных целях;

- свободные экономические зоны, которые лояльно относятся к проведению расследований, если это требуется законом или двусторонним соглашением.

Существует эшелонирование секретности и степень ограничения доступа к ней. Например, Бермуды оказывают содействие правоохранительным органам других стран в расследовании неналоговых преступлений. На Багамских и Каймановых островах секретность закладывается в статусном или общем праве и связана с типом устава.

Особой секретностью отличаются государства бывших или настоящих британских колоний. Подавляющее большинство оффшорных компаний стремятся усилить или ужесточить меры за нарушение секретности. Например, на Каймановых островах в 1976 г. ввели строгую систему банковской секретности, ужесточили законы и санкции против посягающих на раскрытие чужой банковской тайны.

Определенную актуальность в оффшорных зонах приобретают меры, направленные на обеспечение валютного контроля. В настоящее время нормативно-правовая база валютного регулирования и валютного контроля, разработанная Банком России, насчитывает более 200 нормативных актов, регулирующих основные вопросы правоотношений, включая:

- операции с валютными ценностями (иностранной валютой, ценными бумагами в иностранной валюте и др.), в том числе ввоз-вывоз валютных ценностей и репатриацию экспортной валютной выручки в Российскую Федерацию;

- операции покупки и продажи иностранной валюты (в том числе наличной) на внутреннем валютном рынке;

- операции с драгоценными металлами и природными драгоценными камнями;

- деятельность органов и агентов валютного контроля и их полномочия;

- ответственность за нарушения валютного законодательства и порядок применения санкций;

- рублевые операции нерезидентов.

Согласно ст. 10 Федерального закона от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» [3] в большинстве оффшорных зон распространена система двойного валютного контроля. В ее основе заложена разница как между иностранной и национальной валютой, так и между резидентами и нерезидентами. Основопологающим моментом является подпадание под валютный контроль только резидентов, но нерезиденты, в свою очередь, подпадают под контроль, касающийся только местной валюты.

Важное место в этой ранжировке занимают коммуникации. Подавляющее большинство оффшорных зон располагают современными средствами связи: это космическая, мобильная, телефаксовая и кабельная связь. Также широко развито воздушное и морское сообщение. Языковые и географические преимущества способствуют привлечению близлежащих финансовых центров.

Заключительным этапом в этой цепочке является возможность легкого доступа к зарубежной банковской системе за счет использования оффшорных юрисдикций. Используя оффшорные компании, собственники могут размещать капитал в твердой валюте в устойчивых банках в политически и экономически стабильных странах.

Зарубежные банки всячески поддерживают уровень контактабельности с оффшорными зонами, предоставляя свои услуги оффшорным фирмам по открытию валютных банковских счетов. При открытии такого счета финансовые возможности фирмы увеличиваются, она может использовать этот счет для осуществления операций по аккумулярованию или переводу денежных средств. После открытия банковского счета фирма может получить корпоративную кредитную карту, которую можно использовать так же, как и обычную кредитную карту.

Главным преимуществом оффшорных зон являются упрощенный порядок регистрации и упрощенная система финансовой отчетности (ст. 18 НК РФ). Кроме того, существует множество схем, в которых можно использовать оффшорные зоны для получения прибыли. Перечисленные условия могут упростить путь достижения как законных целей, так и открыть широкую дорогу для транснациональной преступности.

Во многих странах — налоговых убежищах — финансовый бизнес приносит стабильный доход. Создание «налоговых гаваней» является приоритетным для островных государств, так как они не имеют конкретных преимуществ в рыночной среде. Создание и развитие оффшорных территорий в этих государствах служит привлечением ресурсов для экономического развития. Представители государств, имеющих на своей территории оффшорные зоны, регулярно проводят семинары, на которых обсуждают, предлагают и рекламируют все более жесткие условия соблюдения секретности и упрощения налогообложения своих стран.

Характерным для оффшорных зон является их дифференциация по полям действия. Например, Барбадос совершенствует свое банковское законодательство для увеличения конкурентоспособности. Багамы активно проводят работы по привлечению банковского бизнеса, страховых компаний и судов на льготных условиях. Каймановы острова на данный момент представляют собой быстро растущую юрисдикцию с высокими требованиями к финансовой секретности. На сегодняшний момент там зарегистрировано 18 тыс. корпораций, что превышает количество местных жителей. Правительственные должностные лица этого государства считают, что через конфиденциальные банковские счета ежегодно проходят 10 млрд. долл.

Существует несколько способов использования оффшорных юрисдикций, основными из которых являются два [4, с. 11].

Первый способ — оптимизация налоговых платежей и налоговое планирование — применяют бизнесмены, которые сомневаются в политической и экономической обстановке в своей стране. Они переводят активы своего бизнеса в стабильные в этом плане оффшорные зоны.

Зачастую оффшорные территории используются криминалом, носящим транснациональный характер. Важный фактор — режим финансовой секретности. Режим секретности создает тепличные условия для криминально заинтересованных элементов. Прикрываясь завесой секретности, криминал скрывает и делает недоступной информацию по факту сокрытия доходов, анализу денежных потоков и выявлению источников финансовых фондов для правоохранительных органов. Оффшорные юрисдикции в данном случае выступают гарантами, в которых происходит взращивание транснациональной финансовой преступности.

Второй способ — облегченные методы ухода от налогов. Оффшорные зоны предоставляют к пользованию полный набор финансово-правовых инструментов и схем для облегченного уклонения от налогов. Большинство схем, используемых для совершения и сокрытия налоговых преступлений, предполагают использование оффшорных страховых компаний, банков и простых оффшорных фирм.

Простейшая схема оффшорных операций, имеющих налоговую мотивировку, основывается на использовании универсального принципа налогового законодательства, в соответствии с которым обязательно налогообложению подлежат те доходы, источник которых находится на территории данного государства (ст. 3 НК РФ).

В тех случаях, когда источник дохода находится за рубежом или локализован недостаточно определенно, он может исключаться из сферы налоговой ответственности в данной юрисдикции. Такая ситуация возникает, например, при оказании услуг во внешней торговле, посреднических услуг и в консультационном бизнесе. Полученные таким путем доходы могут поступать на счета оффшорных фирм.

Данный способ, с одной стороны, включает также бартерные операции при посредничестве оффшорной фирмы. Основа данной схемы состоит в том, что оффшорная фирма является посредником между двумя другими фирмами, осуществляющими бартер. Исходя из этого, основной доход накапливается у оффшорной компании. Осуществление международных операций дает возможность выводить доходы оффшорной фирмы из-под налогообложения.

С другой стороны, операции оффшорной фирмы с долговыми обязательствами основываются на покупке оффшорной компанией долговых обязательств с дисконтом. Данные обязательства также погашаются по номинальной стоимости. Итогом данной сделки является получение освобожденного от налогообложения дохода или дохода, который будет облагаться по минимальной ставке.

Особый интерес в исследуемых методах ухода от налогов представляют операции оффшорной фирмы с ценными бумагами. Основа схемы состоит в том, что оффшорная компания приобретает ценные бумаги для последующей перепродажи по завышенной цене. Данные операции характерны для западных фондовых рынков.

В то же время эксперты обращают внимание на проведение самофинансирования: оффшорная компания предоставляет своим партнерским компаниям, не находящимся в оффшорной зоне, кредит, при возвращении которого процент по нему заранее согласован. Процент, выплачиваемый зарубежной компании, снижает налогообложение в стране, где был получен, но не подлежит налогообложению или подлежит минимальному налогообложению в оффшорной зоне.

Применительно к России наглядным обстоятельством является посредничество оффшорной фирмы при совершении торговых операций. Возможно использование двух вариантов данной схемы на примере «кипрской оффшорной зоны».

В рамках первого варианта не регистрируется официальное представительство оффшорной компании в стране-резиденте. Оффшорная компания открывает счет в прибалтийском банке, закупает с него товары у российских поставщиков за рубли по низким ценам, продает своей российской фирме или своим обычным покупателям дороже. Прибыль российской фирмы уменьшается, или, вообще, все обороты проходят не через нее, а через оффшорную компанию.

В рамках второго варианта оффшорная компания становится на налоговый учет в России и открывает счет в Российском банке, заключая через своего представителя договор с российской фирмой о совместной деятельности. После чего ей, во избежание двойного налогообложения в России, предоставляют справку из налоговой службы Кипра.

При этом кипрская компания представляет российскому партнеру ноу-хау на продукцию, которую будет изготавливать российская фирма, и технологию производства. Далее осуществляется закупка оборудования для произ-

водства и размещения его на площадях российского партнера. Закупленные комплектующие и сырье для производства поставляются российской фирме уже по более высоким ценам.

Российская компания предоставляет производственные площади, трудовые ресурсы и управление производством, несет повседневные затраты, ведет учет совместной деятельности, получает выручку от продажи продукции и перечисляет часть доходов иностранного партнера на его рублевый счет. В России кипрская фирма не платит налоги с дохода от подобной деятельности, а также налоги на имущество и от его использования.

Определяющим подходом, тесно связанным с предыдущими двумя вариантами, является третий способ, который проходит с полным нарушением всех норм существующего законодательства и состоит в отмывании денег, полученных посредством финансово-экономической преступности.

Сегодня оффшорные зоны стали ключевой составляющей процесса отмывания денег и криминальных капиталов. Они превратились в «прачечные» по отмыванию грязных денег через оффшорные трасты, корпорации и банки. «Грязные» деньги, пройдя курс очистки, направляются в виде инвестиций в другие страны. Миллиарды отмытых долларов, пройдя все уровни очистки, используются для приобретения законного бизнеса и недвижимости.

Широко используются оффшорные банки для проведения мошеннических операций, направленных на нанесение вреда бизнес-структурам других стран. Процветает выпуск фиктивных и необеспеченных финансовых инструментов фондового рынка.

Перечисленные преступления стали возможны из-за финансовой секретности, слабости контроля над соблюдением законодательства, минимальных уставных фондов банков и анонимности фактических хозяев.

Оффшорные компании — один из самых привлекательных инструментов для минимизации налогообложения, но и он имеет как достоинства, так и недостатки.

К обычным «классическим» оффшорным компаниям относятся компании, созданные на территории таких стран, где законодательство позволяет им не платить налогов и не сдавать бухгалтерскую отчетность.

Примерами таких территорий являются Белиз, Британские Виргинские Острова, Доминика, Сейшельские Острова.

Помимо «классических» оффшорных зон существуют страны с низким налогообложением, что позволяет компаниям, зарегистрированным на их территории, более широко применять методы налогового планирования.

К таким налоговым странам можно отнести Кипр, Мальту, Данию, Швейцарию, Голландию.

Оффшорная компания — это компания, которая не ведет хозяйственной деятельности в стране своей регистрации, а владельцы этих компаний являются нерезидентами этих стран. Запрет вести какую-либо деятельность на территории оффшорного государства объясняется тем,

что зарубежные компании не должны составлять конкуренцию местному бизнесу, и это является, пожалуй, единственным недостатком для оффшорной компании.

В настоящее время Приказом Минфина России № 108н от 13.11.2007 г. утвержден «Перечень государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (оффшорные зоны)» [5].

Оффшорным зонам присуща максимально упрощенная система регистрации, а уставный капитал оффшорной компании может составлять незначительную сумму. Акционеры оплачивают акции, когда сочтут для себя удобным и необходимым. При этом на практике уставный капитал чаще всего остается неоплаченным, так как контроль со стороны государственных органов в оффшорных зонах отсутствует.

Как правило, в зарубежных оффшорах фирму освобождают от налогов, и уплата налогов заменяется уплатой фиксированной ежегодной пошлины, которая опять же не привязывается к обороту компании.

Кроме того, размер и порядок уплаты пошлины зависит от страны, где расположена оффшорная зона; так, в Швейцарии, на Мальте и Кипре оффшорные компании платят минимальные налоги. А в оффшорных зонах на Панаме, Белизе, Каймановых и Багамских островах компании полностью освобождают от налогов. Там «льготные» компании должны вносить только пошлину за продление лицензии. Как правило, она составляет 300–400 долларов в год.

Размер фиксированной пошлины может отличаться в зависимости от максимального размера минимально установленного капитала. Как правило, в законе устанавливается размер уставного капитала, до которого компания уплачивает минимальную пошлину.

Помимо налоговых ставок, при анализе налогового законодательства во внимание принимаются такие моменты, как порядок формирования налоговой базы, наличие налоговых льгот, законодательство о контролируемых иностранных компаниях (CFC Rules), нормы о трансфертном ценообразовании, наличие и возможность использования соглашений об избежании двойного налогообложения, наличие специальных налоговых режимов для некоторых видов компаний (например, для холдингов) и пр.

Несмотря на стремление мирового сообщества к унификации национальных налоговых законодательств, между ними по-прежнему сохраняются существенные отличия. Так, с точки зрения величины налоговых ставок и процедур налогового администрирования страны условно можно разделить на следующие категории:

— безналоговые (или оффшорные). К числу таковых относятся Сейшелы, Белиз, Британские Виргинские острова, Невис и др. В данном случае местное законодательство, как правило, устанавливает безналоговый режим для компаний, осуществляющих деятельность за пределами страны регистрации, и фиксированный сбор (госу-

дарственную пошлину) за поддержание таких компаний в жизнеспособном состоянии. Всем этим компаниям вменяется в обязанность вести соответствующую отчетность, но представлять ее в государственные органы зачастую не требуется. Традиционной особенностью таких стран также является невозможность использования соглашений об избегании двойного налогообложения в силу отсутствия такового для компаний международного бизнеса.

Между тем существуют и такие государства, которые, несмотря на безналоговый режим, для компаний, ведущих деятельность за пределами страны регистрации, устанавливают требования по представлению отчетности в государственные органы (например, Гибралтар), а также такие, в которых решение о наличии или отсутствии налогового бремени принимается по результатам рассмотрения данной отчетности (например, Гонконг);

— низконалоговые. Такие территории иногда также причисляются к группе оффшорных, поскольку устанавливаемые ими ставки налогов колеблются в пределах нескольких процентов. Так, ранее очень популярным инструментом был люксембургский холдинг, который создавался в соответствии с законом 1929 г. Его использование давало возможность выплачивать налог на капитал по ставке 1% при регистрации и при увеличении размера капитала, а также налог на подписку по ставке 0,2% на оплаченный капитал;

— средненалоговые. Ставки корпоративного налога в таких странах колеблются от 10 до 15%. Кроме того, там существуют законодательно установленные требования по составлению и подаче в государственные органы корпоративной, финансовой, а иногда и консолидированной отчетности, имеется достаточно развитая сеть соглашений об избежании двойного налогообложения. Примером в данном случае может служить Кипр, ставка корпоративного налога в котором составляет 10%, но вместе с тем существует целый ряд освобождений;

— высоконалоговые. Данная категория стран характеризуется достаточно высокими налоговыми ставками; наличием публичных государственных реестров и законодательно установленных требований по составлению и подаче в государственные органы корпоративной, финансовой, а иногда и консолидированной отчетности; развитой сетью соглашений об избегании двойного налогообложения (например, Великобритания, Нидерланды, Австрия, Люксембург, Швейцария и др.).

Законодательство некоторых средне- и большинства высоконалоговых государств содержит нормы о трансфертном ценообразовании и контролируемых иностранных компаниях. Это приводит к необходимости при использовании такого инструментария тщательным образом планировать и контролировать порядок формирования цен по контрактам с зависимыми структурами, а также принимать во внимание факт наличия дочерних зависимых структур, облагаемых по более низким ставкам, чем материнская компания из высоконалогового государства.

Таким образом, финансово-правовой механизм в деятельности оффшорных зон имеет разновекторную направленность. С одной стороны, он выступает как легальный инструмент проведения торгово-финансовых операций, а с другой — преследует цель отмывания значительных сумм финансовых ресурсов, направленных на обогащение интересов частнопредпринимательского сектора.

С учетом данных обстоятельств правовые органы различных государств объединяют свои усилия в профилактике деятельности правовых организаций, примером которых выступают Интерпол и ряд правоохранительных комиссий в рамках системы ООН.

Организации, ведущие деятельность в нескольких странах, сталкиваются с проблемой одновременного, двойного налогообложения одного и того же объекта в нескольких странах, что может привести к экономической нецелесообразности ведения деятельности в разных странах, затруднять товарооборот и, как следствие, препятствовать развитию внешнеэкономических связей и сотрудничества государств.

Таким образом, в целях устранения двойного налогообложения применяются следующие меры:

1. в соответствии с действующей зачетной системой, доходы российских налогоплательщиков, полученные из источников за пределами РФ, подлежат налогообложению только один раз по наиболее высокой ставке — или по российской ставке или по ставке налога страны — источника дохода;

2. в случае, если ставка налога РФ больше ставки налога страны-источника дохода, РФ облагает разницу в пределах российской ставки;

3. если ставка страны — источника дохода выше российской ставки, дополнительной уплаты налога в РФ не требуется. Однако, при этом, эффективная ставка налогообложения доходов российской организации увеличивается.

Оптимизация налогообложения через оффшорные зоны заключается в следующем:

1. Основой данного метода являются законодательства многих стран, частично или полностью освобождающие от налогообложения компании, принадлежащие иностранным лицам.

2. Оффшорные зоны отличаются низким налогообложением, которое достигается за счет минимизации или упразднения подоходного налога.

В чем же состоит привлекательность финансовой деятельности в оффшорных зонах, расположенных в различных частях мира.

1. Налог на прибыль отсутствует или не превышает 1–2% (также может заменяться ежегодным сбором). В различных странах размер ежегодного сбора колеблется в пределах 150–1000 долл. США и, что самое важное, не зависит от величины дохода оффшорной компании. Отсутствуют налоги на вывоз доходов (дивидендов, банковских процентов). Уровень налогообложения зависит от

того, является ли компания резидентной или нерезидентной по отношению к стране регистрации. Резидентной признается компания, созданная и зарегистрированная в соответствии с законами данной страны. Нерезидентной признается иностранная компания, зарегистрированная за пределами данной оффшорной юрисдикции. Резидентные и нерезидентные оффшорные компании уплачивают налоги на все доходы, полученные в стране своего местонахождения, однако резидентные компании имеют более широкие льготы относительно нерезидентных.

2. Процедура регистрации компании максимально упрощена, минимальный размер уставного капитала не определен, сведения о личности владельца (владельцев) компании не подлежат разглашению (исключение делается только при расследовании по уголовному делу в случае выявления фактов совершения мошеннических действий, торговли наркотиками, оружием и т.д.).

3. Компании могут свободно открывать счета в любой валюте в любых зарубежных банках, переводить и полу-

чать платежи в любой валюте без ограничений, т.е. отсутствуют ограничения на вывоз капитала.

4. Процедура управления компанией не слишком усложнена (зачастую управление осуществляется секретарской фирмой по доверенности владельца).

5. От компаний не требуется представление налоговых деклараций. Внешние аудиторы имеются не во всех оффшорных зонах, и счета фирм проверяются ими только по решению владельцев компании. Единственной формой отчетности является ежегодный финансовый отчет. В большинстве оффшорных зон нарушение налогового и таможенного законодательства не считается уголовно наказуемым преступлением.

Использование при проведении внешнеэкономических сделок оффшорных компаний позволяет аккумулировать основную часть дохода от операции в юрисдикции, где отсутствует налогообложение или его уровень очень низкий. Именно такие схемы называются оптимизацией налогообложения при проведении внешнеэкономических сделок.

Литература:

1. Федеральный закон от 22.07.2005 № 116-ФЗ (ред. от 25.12.2009) «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 08.07.2005).
2. Ларионова В.А. Финансово-правовой механизм оффшорных зон // Право и экономика. — 2007. — № 11. — С. 72–74.
3. Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ (ред. от 22.07.2008) «О валютном регулировании и валютном контроле» (принят ГД ФС РФ 21.11.2003).
4. Соболев М. Новые тенденции оффшоров // эж-ЮРИСТ. — 2009. — № 1–2. — С. 11–13.
5. Приказ Минфина РФ от 13.11.2007 № 108н (ред. от 02.02.2009) «Об утверждении Перечня государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (оффшорные зоны)» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 03.12.2007 № 10598).
6. Гринкевич Л.С. Налогообложение малого бизнеса в Российской Федерации / Л.С. Гринкевич, А.С. Дорошенко // Финансы и кредит. — 2010. — № 41. — С. 34–39.
7. Зубарева И.Е. Россия «оффшорная»: за и против // Ваш налоговый адвокат. — 2008. — № 10. — С. 25–26.
8. Козлов В. Квартет оффшорных государств // Расчет. — 2009. — № 4. — С. 28–29.
9. Коллини Г.С. Признание и налогообложение иностранных трастов в России / Г.С. Коллини, Д.А. Пенцов // Закон. — 2010. — № 10. — С. 35–49.
10. Ларионова В.А. Финансово-правовой механизм оффшорных зон // Право и экономика. — 2007. — № 11. — С. 72–74.
11. Семенихин В. Налогообложение доходов иностранных организаций / В. Семенихин // Аудит и налогообложение. — 2009. — № 3. — С. 15–19.
12. Соболев М. Новые тенденции оффшоров // эж-ЮРИСТ. — 2009. — № 1–2. — С. 11–13.
13. Федоров И.А. Налогообложение иностранных представительств / И.А. Федоров // Бухгалтерский учет. — 2010. — № 11. — С. 53–57.
14. Федосеева Г.Ю. К вопросу о понятии «внешнеэкономическая сделка» // Журнал российского права. — 2009. — № 12. — С. 37.
15. Фролова Т.С. Оффшоры. Как оптимизировать налогообложение? // Горячая линия бухгалтера. — 2008. — № 22. — С. 37–39.

О правовом регулировании финансовых правоотношений и финансовой политики

Трофимова Л.В., кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник
НИИ финансового права НУГНС Украины (г. Киев)

В статье рассматриваются проблемы правового регулирования финансовых отношений и финансовой политики, определяются направления усовершенствования в современных условиях. Международный вектор финансовой политики влияет на функционирование публичных финансов, обогащает развитие науки финансового права, имеет существенное значение при защите национальных интересов в достижении поставленных целей.

У статті розглядаються проблеми правового регулювання фінансових відносин і фінансової політики, визначаються напрямки удосконалення в сучасних умовах. Міжнародний вектор фінансової політики впливає на функціонування публічних фінансів, збагачує розвиток науки фінансового права, має суттєве значення при захисті національних інтересів у досягненні поставлених цілей.

This article describes the problems of legal regulation of financial relations and financial policies, the direction of improvement in current conditions are determined. The international vector of financial policy affects the functioning of public finances, and enriches the development of science finance law, has the substantial value for protecting the national interests in achieving these goals.

Keywords: financial policy, principle, tax agreement, international law, efficiency, finance, goal (aim, target), financial law.

Исходя из реализации внешнеэкономического курса Украины на евроинтеграцию, актуальным в финансовой политике остается определение направлений рецепции, гармонизации, трансформации, инкорпорации, имплементации международных и внутригосударственных норм согласно принципам европейского законодательства и международных стандартов с одновременным обеспечением гарантий национальной безопасности. Инструменты финансовой политики способны изменить ситуацию кризисной экономики к лучшему. Целью финансовой политики страны является регулирование финансовых отношений для обеспечения и достижения социально-экономического роста, макроэкономической стабилизации, эффективного финансирования страны. С помощью соблюдения принципов верховенства права, справедливости в налогообложении, добросовестного выполнения обязательств в международном праве; использования преференций и льгот; упрощения систем бухгалтерского, налогового, регистрационного учета и отчетности наряду с обеспечением гарантированной защиты налогоплательщиков от произвола государства можно достичь поставленной цели. Для гармонизации публичных и частных интересов в процессе реализации государственных функций и усовершенствования финансовой системы необходимо достичь качественного правового регулирования финансовой сферы. Оптимальное распределение валового внутреннего продукта, обеспечение эффективности публичных доходов и публичных расходов, модернизация финансового контроля, справедливое перераспределения фондов средств, стимулирование предпринимательства и инвестиций, развитие эмиссионного права и международного налогообложения, баланс разрешительных и запрещающих правил поведения, динамичное регулирование

финансовой политики позволят обновить финансовые правоотношения. Поэтому важно продолжить научные исследования в этом направлении.

Проблеме теоретических и практических аспектов формирования рациональной финансовой политики и построения оптимальной финансовой системы посвящали свои исследования отечественные и зарубежные ученые — юристы, экономисты, практики, ученые в области финансового и административного права. Среди них Н.Я. Азаров, Р.К. Арыкбаева, Буроменский М.В., Брезвин А.И., Бурак С.В., Варналий З.С., Воронова Л.К., Геец В.М., Грачева Е.Ю., Дрибноход Т.П., Запольский С.В., С. Иловайский, Карасева М.В., Козырин А.Н., Кучерявенко Р.А., Набиева М.П., Февраль И.А., Пепеляев С.Г., Г. Рау, Д. Рикардо, Соколовская А.М., Г.А. Тактарова, Тарангул Л.Л., Тихомиров Ю.А., Толстопятенко Г.П., Тропин З.В., Ярошенко Ф.О. и другие.

Правовая система Украины развивается, в основном, используя заимствования законодательства и судебной практики других стран без достаточного использования результатов отечественных научных исследований в соответствии с динамикой развития общественных процессов предложенному законодателем правовому регулированию. Основными формами деятельности государства в обществе являются: деятельность по осуществлению общегосударственного и местного руководства (Верховная и местные Советы), президентская деятельность, управленческая (исполнительно-распорядительная деятельность органов управления), судебная и прокурорская деятельность [1, с. 81]. Содержание финансовой политики включает: разработку научно обоснованных концепций развития финансов, которые формируются на основе изучения требований экономических законов, всестороннего

анализа состояния развития хозяйства, перспектив развития производственных сил и производственных отношений, потребностей населения [2, с. 5].

Реализация финансовой политики вместе с экономической в деятельности как отдельных субъектов так и государства в целом влияет на согласование социально-экономических интересов современного общества с развитием международного финансового рынка и при этом роль финансовой политики постоянно растет. Финансовая политика не стоит в стороне ни одного института финансового права, поскольку финансовая деятельность осуществляется различными методами. Например, влияние субъекта финансовой политики — президента на законодательный процесс достигается через президентское вето и президентские послания, содержащие предложения относительно состояния социально-экономического развития страны. Представительные органы выступают звеном, в котором формируется основная государственная линия — обязательная для других органов и граждан. Они являются одновременно основным форумом, на котором определяются интересы общества в целом [3, с. 87]. Становление и развитие практики обращения Президента Украины: с посланиями к народу и с ежегодными и внеочередными посланиями к Верховной Раде Украины о внутреннем и внешнем положении Украины в соответствии со ст.106 Конституции Украины требует научного осмысления и соответствующего анализа в целях обеспечения государственной независимости и национальной безопасности [4]. Предметом углубленного изучения и научного осмысления становятся ценности и жизненные обстоятельства, характер отношений и новых потребностей, формирование культурных реалий современности, расширение пространства самовыражения. Ежегодным (2011р.) посланием Президента Украины к Верховной Раде Украины «Модернизация Украины — наш стратегический выбор» определено, что в 2010 году начато формирование институционального базиса для осуществления стратегических экономических реформ и их основных приоритетов, сделан ряд практических системных шагов, которые начали комплексное реформирование социально-экономической системы и внедрения реформ должно происходить в три временных этапа: первый — краткосрочный, до конца 2010 года, — этап законодательного урегулирования хода реформ., второй — 2011—2012 гг, третий — 2013—2014 гг [5, с. 99]. Основными законодательными новациями является внедрение среднесрочного бюджетного планирования, развитие программно-целевого метода бюджетирования, совершенствования системы управления государственным долгом, усиление финансовой самостоятельности местных бюджетов, модернизация системы бухгалтерского учета в государственном секторе, внедрение европейской модели государственного внутреннего финансового контроля и повышения бюджетной дисциплины [5, с. 100]. В экспертном докладе, который подготовлен Национальным институтом стратегических исследований к Посланию Пре-

зидента Украины В. ЯНУКОВИЧА к Украинскому народу отмечается, что в фокусе нового курса — человек как уникальная личность и как гражданин, патриот своей Родины [6]. Одновременно с посланием Президента Украины к Верховной Раде Украины вносится Кабинетом Министров Украины ежегодный доклад об экономическом и социальном развитии Украины и разрабатываются необходимые законодательные акты, направленные на создание соответствующих условий для реализации предусмотренных в послании мероприятий, имея в виду, что проекты законов Украины, прилагаются к посланию, поэтому должны, согласно требованиям части второй статьи 93 Конституции Украины, рассматриваться вне очереди. Постановлением ВАК от 15.03.2000р. №4—04/3 «Об утверждении мероприятий ВАК Украины по реализации задач, указанных в Послании Президента Украины Верховной Раде Украины» с целью обеспечения научного сопровождения мероприятий, направленных на повышение уровня экономической и экологической безопасности государства предусмотрено обязать специализированные ученые советы давать оценки научных разработок и обеспечить совместно с министерствами координацию тематики диссертационных исследований докторантов и аспирантов по разработке актуальных проблем в области экономических, юридических и политических наук и государственного управления, определенных в Послании Президента Украины Верховной Раде Украины. Согласно ч.4 Указа Президента Украины от 02.04.2010р. №504/2010 «О Положении об Администрации Президента Украины» Администрация соответствию с возложенными на нее задачами: п.4) обеспечивает подготовку проектов посланий Президента Украины к народу, ежегодных и внеочередных посланий Президента Украины к Верховной Раде Украины о внутреннем и внешнем положении Украины, публикует такие послания; п.15) обеспечивает контроль за выполнением указов, распоряжений, поручений Президента Украины; п.23) выполняет другие функции для обеспечения осуществления Президентом Украины своих полномочий. А поэтому важным вопросом, по нашему мнению, остается установление постоянного контроля по выполнению поручений Президента Украины на основании, в частности, мониторинга информации по вопросам исполнительской дисциплины и сопровождения мероприятий по разработке актуальных проблем с дальнейшим внедрением выводов научных разработок.

По Конституции Украины (ст.9) положение о том, что действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства Украины, имеют чрезвычайно важное правовое и внешнеполитическое значение во вхождении в мировое сообщество [7]. Заключение договоров, противоречащих Конституции Украины, возможно только после внесения соответствующих изменений в Конституцию Украины, что свидетельствует об уважении к нормам международного права. Закон Украины «О действии международных договоров на

территории Украины» определяет, что заключенные надлежащим образом ратифицированные Украиной международные договоры являются неотъемлемой частью национального законодательства и применяются в порядке, предусмотренном для норм национального законодательства [8]. При этом ст.10 «международные договоры» ГК Украины устанавливает: действующий международный договор, который регулирует гражданские отношения, согласно на обязательность которого дано Верховной Радой Украины, являются частью национального гражданского законодательства Украины; если в действующем международном договоре Украины, заключенном в установленном законом порядке, содержатся другие правила чем те, которые установлены соответствующим актом гражданского законодательства, применяются правила международного договора Украины [9].

Проведя сравнительный анализ различных международных соглашений, следует отметить разную терминологию по налогам и особенностям налогообложения: 1) Конвенция между Правительством Украины и Правительством Республики Польша об избежании двойного налогообложения доходов и имущества и предотвращении уклонения от 12.01.93р. и национальный закон по разному определяют термин «роялти» и устанавливает ставку 5% и 15% по налогообложению дивидендов; устанавливается ставка 5% и 15% относительно налогообложения валовой суммы дивидендов; украинским налогом определяется: налог на прибыль (доходы) предприятий и подоходный налог с граждан Украины, иностранных граждан и лиц без гражданства, 2) Конвенция между Правительством Украины и Правительством Республики Словения об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и капитал от 21.03.2007р. Украинским налогом определяется: налог на прибыль предприятий и подоходный налог с физических лиц; устанавливается ставка 5% и 15% относительно налогообложения валовой суммы дивидендов; устанавливается ставка 5% и 10% относительно налогообложения роялти, 3) Конвенция между Правительством Украины и Правительством Республики Австрия об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество 20.05.99р. Украинским налогом определяется: налог на прибыль предприятий и подоходный налог с граждан; устанавливается ставка 5% относительно налогообложения валовой суммы роялти; устанавливается ставка 5% и 10% относительно налогообложения общей суммы дивидендов [10]. Исследование эффективности проведения финансовой политики в направлении достижения определенных результатов в зависимости от выбранных приоритетов на долгосрочную перспективу по финансированию процесса реализации государственных функций и развития финансовой системы, учитывая проблемы применения международных налоговых соглашений, позволяет сделать следующие выводы: целесообразно закрепить в Конституции Украины — основы финансовой системы; предусмотреть в

источниках формирования бюджета поступления за счет прогрессивного налогообложения физических лиц, учитывая социальные гарантии и компенсации; расширить базу налогообложения за счет увеличения объемов внешней торговли и справедливого подхода к налогообложению у источника выплаты; требуют пересмотра международных налоговых соглашений с целью разграничения налоговой юрисдикции, учитывая вступление в ЕС новых стран — членов (действуют налоговые соглашения времен СССР, неодинаковые (иногда дискриминационные) подходы к применению принципа устранения двойного налогообложения; необходимо согласовать полномочия, структуру и названия подразделений в органах государственной власти (министерствах — МФУ и Минэкономики (в одном департамент финансовой политики, а в другом таможенной и налоговой политики), центральных органах власти, комитетах законодательного органа — финансовой и банковской деятельности; налоговой и таможенной политики) как с целью устранения дублирования так и для обеспечения координации в работе; активизировать процесс заключения договоров о межгосударственном обмене информации по налоговым вопросам и финансовых сделок с целью предупреждения, выявления и пресечения уклонения от налогообложения (или двойного неналогообложения).

Высокие стандарты духовного и нравственного мышления, интеллектуального воспитания и правовой культуры, общественного сознания и уровня жизни, гражданской активности и государственного подхода к решению дел каждым лицом в обществе, адекватное реагирование органов власти на недобросовестных субъектов хозяйствования призваны создавать достаточные предпосылки для достижения цели построения успешного государства. Вместе с тем, в Украине на сегодня нет законодательного акта об основах построения финансовой политики (по разному понимаются ее составляющие: денежно-кредитная, денежная, валютно-курсовая, фискальная (бюджетная, налоговая, таможенная), эмиссионная, учетная) и принципов создания и формирования финансового рынка, отсутствует единый подход к определению сроков финансовая дисциплина, финансовая отчетность, финансовая политика, длительное время не пересматривались договора об устранении двойного налогообложения. Упрощение терминологии с одновременной ее унификацией должны способствовать эффективному финансовому менеджменту. По нашему мнению, в частности, финансовая политика как понятие является многомерной сложной юридической категорией, объединяющей объективно сложившуюся, целостную и относительно обособленную группу функционально взаимообусловленных и структурно связанных норм права, регламентирующих конкретно определенные общественные отношения, пронизывающих предмет финансового права в сочетании научных, образовательных, организационных, экономических мер призвана усовершенствовать финансовую систему и способствовать росту благосостояния в обще-

стве. Наиболее оптимальным, по нашему мнению, было бы определять финансовую отчетность как систему взаимосвязанных, обобщающих показателей финансового состояния и результатов деятельности субъекта, статистической информации за отчетный период, состоящей из данных бухгалтерского учета в объемах, по форме и способу, определенному законом. Сочетание политики реформ и финансовой стабилизации в государстве с активной политикой экономического роста являются составляющими экономической безопасности при защите национальных финансовых интересов. Вместе с тем в Украине нет закона об основах создания и формирования финансового рынка как предусмотрено Основным Законом. По нашему мнению, комплексное и многогранное понятие финансовый рынок включает в себя денежную, кредитную и инвестиционную составляющую, поэтому в Конституции Украины можно использовать более унифицированную (простую и понятную) категорию финансовый рынок, учитывая что международное сотрудничество широко использует термин глобальный финансовый рынок. Финансовый рынок как обобщенное понятие имеет свою структуру (субъект, объект, предмет, потребности, цели, средства) и характеризует урегулированную финансово — правовыми нормами систему отношений между государством и различными субъектами (внешний и внутренний аспект) благодаря финансовой деятельности государства в процессе формирования,

распределения и перераспределения, использования фондов денежных средств (активов), охватывающую всю экономику, управленческую и социальную сферу и отражает особенности развития страны в конкретный исторический период. С целью формирования правовой и, в частности, финансовой культуры в обществе (не только налогоплательщиков), обеспечения финансовой (а это не только бюджетной) дисциплины целесообразно: своевременно обнародовать нормативно-правовые акты и достижения науки, повысить ответственность законодателя за несоблюдение юридической техники; внедрить эффективную систему оперативных консультаций (письменные, устно непосредственно и по телефону) государственных и негосударственных органов и других объединений (в т.ч. функционирование центров налоговой помощи и волонтерское движение, распространение знаний через телевидение, прессу, радио, обновление литературы в библиотеках, введение в школах и на предприятиях (курсах повышения квалификации) дисциплины «Основы финансовых знаний и правовой культуры». Такие меры будут способствовать адаптации граждан в финансовом пространстве, использованию возможностей увеличения состояния, развития способности к прогнозированию экономических ситуаций, воспитанию законопослушных членов общества и организации общественного контроля по расходованию средств государственного и местного бюджета.

Литература:

1. Тихомиров Ю.А. Влада й управління у соціалістичному суспільстві. — М.: Юридична література, 1968. — 200 с. — 5—БЗ—3—68.
2. Финансовая политика России: учеб. пособие / под ред. Р.А.Набиева, Г.А.Тактарова, Р.К.Арыкбаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Финансы и статистика, 2008. — 400 с. :ил.. ISBN 978—5-279—03332—4.
3. Тихомиров Ю.А. Влада й управління у соціалістичному суспільстві. — М.: Юридична література, 1968. — 200 с. — 5—БЗ—3—68.
4. Конституція України Закон України від 28.06.1996р. № 254к/96-ВР / www.rada.gov.ua/zakon
5. Модернізація України — наш стратегічний вибір : Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. — К., 2011. — 416 с. / Електронна версія: www.president.gov.ua
6. Експертна доповідь, підготовлена Національним інститутом стратегічних досліджень до Послання Президента України В. ЯНУКОВИЧА до Українського народу. . «Україна XXI століття. Стратегія реформ і суспільної консолідації». 2010 рік. / www.niss.gov.ua/catalogue/33/
7. Коментар до Конституції України: науково-популярне видання. — К.: Інститут законодавства Верховної Ради України. — 1996. — 378 с.
8. Закон України «Про дію міжнародних договорів на території України» // www.rada.gov.ua
9. Цивільний кодекс України. — К.: Парламентське вид-во, 2004. — 352 с.
10. Міжнародні угоди і оподаткування / Держ. податк. адмін. України; упоряди.: Л.В.Трофімова [та ін.]. — К.: ДП «ІВЦ ДПА України», 2009. — 1232 с. — (Бібліотека журналу «Вісник податкової служби України»).

Секьюритарное право как система норм, регулирующих оборот ценных бумаг

Чиклаев Р.В., кандидат экономических наук, доцент
Пермский государственный университет

Правовая система современной России находится в состоянии существенного реформирования. Влияние на этот процесс оказывают как постоянные, объективные факторы (развитие экономики, появление новых типов общественных отношений, мировые тенденции), так и особые причины (руководящие установки органов управления страны, кризисные явления, необходимость в срочных мерах по нормализации отдельных хозяйственных процессов и др.).

Финансовый рынок после кризиса 2008 г. оказался сферой повышенного внимания со стороны как Правительства России, так и отечественных ученых. Стала явной потребность не только в разработке новых нормативных актов и реформировании действующей правовой системы, но и в создании устойчивой научно-теоретической базы для эффективного развития гражданского и других отраслей права. При этом актуализировались многие важные теоретические проблемы, потребовали внимания некоторые, казалось бы, забытые или уже решенные вопросы. К их числу можно отнести и комплекс вопросов о структурировании системы права. Традиционным, по крайней мере в континентально-правовой, в том числе российской доктрине, можно признать выделение базовых и комплексных отраслей, подотраслей, а также институтов и субинститутов права. Если в отношении базовых отраслей и институтов теоретическая определенность может считаться общепризнанной, то существование комплексных правовых отраслей и субинституциональных образований не раз подвергалось обоснованной критике.

Сугубо теоретический, на первый взгляд, характер этого вопроса проявляет свое значение в практике правотворчества и правоприменения. Так в ходе реформирования гражданского законодательства [1], в том числе его конкретных норм о ценных бумагах [2], вопросы определения роли и места норм о ценных бумагах и финансовых инструментах стали непосредственно влиять на построение, структуру новой системы норм и правовых актов о финансовом рынке. В свою очередь, новейшая судебная практика и новеллы процессуального законодательства [3] указывают на наличие устойчивых межотраслевых связей норм о ценных бумагах и корпоративно-финансовых отношениях. Есть основания утверждать, что динамика развития законодательства и правоприменительной практики к 2011 г. обусловили необходимость выделения системы юридических норм, определяющих правовой статус ценных бумаг, а также регулирующих их гражданский оборот, в отдельную совокупность с определением ее места, значения и характерных особенностей в национальной правовой системе.

Здесь считаем возможным сделать несколько уточнений-посылок. Во-первых, следует признать обоснованной критику известной в последнее время тенденции

искусственного порождения большого числа новообразованных правовых «отраслей», как правило, комплексных. Такая тенденция стала проявляться с начала 90-х гг. XX в. и была связана с интенсивным развитием российского законодательства в условиях реформирования экономической и политической систем страны. Можно в какой-то мере понять теоретиков, которые после долгого засилья в СССР единой идеологии и устойчивой системы нескольких базовых правовых отраслей (гражданского, уголовного, государственного права) нашли возможным на основе быстро (и притом не всегда качественно) написанных российских законов «сформировать» принципиально новые «отрасли» права: муниципальное, экологическое, банковское, инвестиционное и пр. Однако основания для выделения таких нормообразований именно в качестве правовых отраслей имелись далеко не всегда. Такая тенденция может привести к уже известному в юридическом мире парадоксу появления мелких и потому несерьезных «отраслей», например, «автомобильное право», «нефтяное право», «животноводческое право», вплоть до «банно-прачечного», «ассенизационного» и иных правовых образований, названия которых вызывают естественную насмешку. Безусловно, следовать таким тенденциям неправильно.

Во-вторых, общепризнанным считается такой критерий выделения отраслевых образований как наличие самостоятельного предмета и метода у отрасли права. Эта тенденция проявляется в усеченном варианте также при подразделении отраслей на внутриотраслевые и межотраслевые образования. Однако, как справедливо замечали некоторые ученые, с позиций формальной логики, критерий классификационного деления может быть единственным. Следовательно, два критерия — предмет и метод приводят к некоторому противоречию с базовыми основами научной философии. Определенный выход из положения ряд теоретиков видит в придании предмету ведущей, а методу — второстепенной роли в формировании отраслевых нормообразований [4, с. 354].

В-третьих, необходимо иметь в виду, что ни одна правовая отрасль, институт, или даже субинститут не лежат в пределах сугубо одной предметной области, не являются «чисто» гражданско-правовыми, уголовно-правовыми и т.п. Это положение признается большинством авторов и может считаться объективным, обусловленным многообразием общественных отношений, регулируемых правом. Так краткая и простая, на первый взгляд, норма ст. 148 Гражданского кодекса РФ [5] о восстановлении прав по именованным и ордерным ценным бумагам, закрепленная в законе сугубо материально-правового характера, не может быть реализована иначе, как через целую сово-

купность процессуально-правовых норм главы 34 Гражданского процессуального кодекса РФ [6].

Наконец, в-четвертых, в праве как в одной из высших форм развития человеческого разума, как нигде проявляются все сложности и многообразие способов формализации всегда идеального мыслительного процесса. В этом смысле особое значение приобретает семантический аспект — название нормативно-правовой совокупности и его значение. Специальные названия научно-правовых предметов и их содержательно-понятийный объем служат целям более эффективного познания предмета, его изучения в образовательном процессе и научного анализа в исследовательской работе. Название предмета, а в рассматриваемом случае — нормативной совокупности, должно отвечать таким требованиям как научная обоснованность появления и применения, понятность лексического значения, удобство вербального использования, соответствие языковым правилам.

Учитывая все вышесказанное, в целях установления легально-дефинитивной определенности, усовершенствования процессов научного познания, правотворчества и правоприменения, предлагается ввести в научный юридико-лингвистический оборот понятие «секьюритарного права» как совокупности правовых норм особого рода, регулирующих все стадии гражданского оборота ценных бумаг и сходных с ними по правовой природе финансовых инструментов.

Полагаем, что такое нововведение не лежит в той же области, что приведенные выше примеры «лишних» правовых отраслей, так как вызвано к жизни объективной потребностью обозначения устойчивой системы многообразных правоотношений. Введение такого понятия может оказать значительную практическую помощь в проведении научных исследований, составлении юридических документов, разработке новых правовых актов, а также будет способствовать углубленному пониманию правовой природы ценных бумаг, системы норм о ценных бумагах в российской правовой системе. Также это должно ускорить решение давно назревшей научной проблемы выработки новой, единой и непротиворечивой концепции правового регулирования оборота ценных бумаг как комплекса общественных отношений особого рода.

Также считаем нужным отметить, что задача обозначения секьюритарного права как нормативной совокупности, которая на первый взгляд могла показаться сугубо прикладной, топонимической, вызвала необходимость постановки и решения иного взаимосвязанного теоретического вопроса — о характеристике этой нормативной совокупности как отраслевого, внутриотраслевого или межотраслевого нормообразования. В этом аспекте предлагается, как минимум в порядке научной гипотезы, выдвинуть тезис о возможности оперирования таким понятием как «отраслеподобная совокупность» юридических норм. Это понятие можно признать в определенной степени условным, применяемым для удобства в исследовательских и познавательных целях в тех случаях, когда

соответствующая группа правовых норм обладает явными признаками предметного сходства, является весьма обширной, вбирает в себя нормы, относящиеся к различным известным правовым отраслям и институтам, но при этом признавать наличие самостоятельного предмета и специфического метода правового регулирования на данном этапе научной разработанности вопроса пока затруднительно.

Таким образом, секьюритарное право можно определить как обширную отраслеподобную совокупность правовых норм, наиболее близкую по составу к комплексному межотраслевому институту, а по содержанию — к подотрасли предпринимательского права (в случае признания наличия такового как комплексной отрасли права). Наибольшая часть норм секьюритарного права лежит в гражданско-правовой плоскости. Эта нормативная совокупность регулирует общественные отношения личного, корпоративного и финансового характера, возникающие между физическими, юридическими лицами, иными участниками гражданских отношений, при участии государства в лице уполномоченных органов в процессах контроля и регулирования таких отношений, по поводу гражданского оборота ценных бумаг и иных финансовых инструментов, включая выпуск (эмиссию, выдачу), обращение (переход прав) и прекращение (погашение) ценных бумаг и финансовых инструментов.

Название «секьюритарное право» происходит от англ. *securities* — аналог российской правовой категории ценных бумаг в законодательстве большинства развитых стран современного мира. Такое название представляется достаточно удобным, кратким, понятным большинству специалистов в области законодательства о ценных бумагах и финансовых рынках, входящим в допустимые рамки традиций языкового заимствования, а, кроме того, имеющим выраженный интернациональный характер, что особенно актуально в условиях тенденций унификации российской и основных мировых правовых систем, развития экономической и внешнеторговой интеграции.

Следуя основным принципам построения нормативных совокупностей можно охарактеризовать секьюритарное право в его проявлениях как системы норм, совокупности правоотношений, области законодательства, сферы научных знаний и исследований, учебной дисциплины, раздела правоприменительной практики.

Как система норм, секьюритарное право представляет собой совокупность однородных, взаимосвязанных и взаимоподчиненных правил поведения и установлений, регулирующих общественные отношения, направленные на порождение ценных бумаг и распоряжение ими (иными словами — отношения по выпуску и обращению, то есть гражданский оборот ценных бумаг).

Как совокупность правоотношений, секьюритарное право выступает в виде комплекса соответствующих отношений между участниками гражданского оборота (физическими и юридическими лицами), с участием, в установленных случаях, уполномоченных государственных органов, которые регулируются специальными право-

выми нормами: статусного, управомочивающего, регламентирующего, запретительного, ограничительного, компенсационного, стимулирующего характера.

В качестве области законодательства секьюритарное право объективировано в соответствующих законах и подзаконных нормативных актах, являющихся необходимым элементом российской нормативно-правовой системы. Федеральные законы, содержащие секьюритарно-правовые нормы, могут быть классифицированы на законы общего и специального регулирования. Подзаконные акты представляют собой инструментарий правового воздействия, имеющий более оперативный, частный и уточняющий характер.

Научно-исследовательский аспект секьюритарного права заключается в построении системы базовых принципов и методов научного познания, обеспечивающих поступательное развитие научно-правовой мысли и следующих ему процессов законотворчества и правоприменения в сфере реализации функции юридического управления оборотом ценных бумаг (общественно-гражданский аспект) и рынком ценных бумаг (публично-хозяйственный аспект).

В качестве учебной дисциплины секьюритарное право с различными вариантами обозначения согласно конкретным планам учебного процесса входит в компонентный

состав учебных предметов высших и средних специальных учебных заведений, а также программ дополнительного профессионального образования в целях подготовки специалистов по направлению «юриспруденция» и смежных предметных областей.

В правоприменительной практике секьюритарное право формирует массив актов правоприменения, прежде всего судебных постановлений общей, арбитражной, административной, конституционно-правовой юрисдикции, обеспечивая тем самым конкретно-практическую реализацию секьюритарных норм при разрешении жизненных коллизий в связи с правами на ценные бумаги, обеспечивая общий режим законности, правомерности и цивилизованный характер рыночных отношений.

С учетом вышесказанного, можно с большой долей уверенности предполагать, что концепция секьюритарного права является одним из важных и перспективных направлений научных исследований в цивилистике и смежных правовых областях. От степени развития этой нормативной совокупности и области научных исследований во многом зависит результат реализуемых в настоящее время реформ правовой системы страны, направленных на повышение эффективности экономики, финансового рынка, укрепление законности во всех сферах вещного оборота.

Литература:

1. КонсультантПлюс: Правовые новости. Специальный выпуск «Обзор проекта изменений Гражданского кодекса РФ (раздел I, II, III, VI, VII)». [Электронный ресурс. Режим доступа: www.consultant.ru, дата обращения: 15.03.2011 г.]
2. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ, №11, ноябрь, 2009.
3. Федеральный закон РФ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета, №133, 22.07.2009.
4. Теория гос-ва и права. Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М. Юристъ. 1997.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. №51-ФЗ (ред. от 07.02.2011 г.) // Российская газета, №238–239, 08.12.1994.
6. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 г. №138-ФЗ (ред. от 23.12.2010 г.) // Российская газета, №220, 20.11.2002.

8. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО

Законодательство Российской Федерации о предпринимательстве

Кутюков Д.В., аспирант

Современная гуманитарная академия (г. Москва)

Модернизация экономики на основе сочетания и развития различных масштабов предпринимательской деятельности является сегодня одним из важных условий достижения нового качества российской экономики и повышения благосостояния населения страны. Переход от централизованно-плановой к рыночной экономике существенно изменил характер и структуру экономических отношений, социально — правовой статус субъектов экономической деятельности и условия хозяйствования. Рыночные отношения, коренные изменения в экономической системе потребовали создания новой правовой основы хозяйственной деятельности, соответствующей экономической действительности. В этих условиях, с учетом осуществляемых радикальных экономических преобразований, формируется новая отрасль отечественного права — российское предпринимательское право.

В русском языке слово «предпринимательство» употребляется в двух общих значениях: характеризуя определенный вид деятельности и обозначая определенную общественную группу, занимающуюся этой деятельностью. Рыночные отношения, бурно развивающиеся в нашем государстве в последние два десятилетия, порождают у многих российских граждан естественное стремление иметь «свое дело», с помощью которого они приумножат свою собственность и благосостояние, реализуют свои идеи. Воспринимать предпринимательство в России следует как многообразное явление, воздействующее на государственную и общественную жизнь, обеспечивающее укрепление рыночных отношений, основанных на демократии и частной собственности. Гражданское законодательство Российской Федерации допускает осуществление предпринимательской деятельности в двух формах: в качестве индивидуального предпринимателя (ст. 23 ГК РФ), а также путем создания юридического лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами (ст. 18 ГК РФ).

Предпринимательство является главной опорой для рыночной экономики страны и именно поэтому государство, сохраняя в своих руках регулирующие функции, старается стимулировать развитие бизнеса, принимая решения поддерживающие предпринимателя. Всестороннее правовое регулирование предпринимательской деятельности и широкое изучение предпринимательского права

становятся важными факторами успеха проводимых в стране экономических реформ. Мировой опыт показывает, что при полноценной и эффективной работе руководителей государства и обеспечении нормального функционирования законов, страна будет процветать независимо от ее географического положения. Следовательно, экономические достижения, победы и поражения абсолютно всех стран определяются не только исключительно экономическими условиями страны (нефть, газ, и т.д.), но и конкретной политической и правовой стратегией их руководства в отношении к предпринимательству и предпринимателю, в связи с чем предпринимательская деятельность представляется ключевым элементом хозяйственного механизма, а предприниматель — одной из центральных фигур социально-экономической жизни общества. И как результат, чем больше возможностей у предпринимателя для расширения своей деятельности, тем более высокими являются темпы развития национальной экономики.

Легальное начало для современного российского предпринимательства было положено в 1991 г. со вступлением в силу Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Впервые термин предпринимательства был закреплен в Законе Верховного Совета СССР от 19 ноября 1986 года «Об индивидуальной трудовой деятельности» (утратил силу). Этот Закон допускал индивидуальную трудовую деятельность в сфере кустарно-ремесленных промыслов, бытового обслуживания населения, а также другие виды деятельности, основанные исключительно на личном труде граждан и членов их семей. Российский Закон от 25 декабря 1990 года № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (утратил силу) закрепил право граждан вести предпринимательскую деятельность как индивидуально, не применяя наемный труд, так и создавая предприятия с привлечением наемных работников. Граждане, не использующие наемный труд, регистрировались в качестве физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица. Таких граждан Гражданский кодекс Российской Федерации 1994 года называет индивидуальными предпринимателями.

В 90-е годы XX века в России начался переход от плановой экономики к рыночной, от одной экономической системы к другой. Придание предпринимательской де-

тельности законного статуса, многообразии форм собственности, в том числе возрождение частной собственности, появление различных организационно — правовых форм предпринимательской деятельности, возведение свободы договора в ранг принципов, в противовес директивному планированию, — все это потребовало изменения сложившейся ранее концепции. Основоположником современной школы хозяйственного (предпринимательского) права стал профессор В.С. Мартемьянов, в трудах которого нашли отражение отвечающие потребностям времени представления о предмете данной отрасли и ее системе, были разработаны основные институты [1, 37].

Конституция России, принятая в 1993 г., содержит необходимые критерии, в соответствии с которыми надлежит осуществлять правовое регулирование экономической и в том числе, предпринимательской деятельности и дает правовую основу для экономики российского государства. Из определения, данного предпринимательской деятельности в ст. 2 ГК РФ, следует выделить основные признаки: такие как систематичность, самостоятельность, рисковый характер, а также возможность ее осуществления только лицом, зарегистрированным в установленном порядке. Иная экономическая деятельность, не относящаяся к предпринимательской, представляет собой разумную деятельность человека, прямо не направленную на получение прибыли, но предполагающую использование его способностей и имущества для удовлетворения материальных потребностей и интересов [2, 34], например, трудовая деятельность, основу осуществления которой регламентирует ст. 37 Конституции РФ.

Принципами предпринимательского права являются его основополагающие начала. В качестве основных можно назвать следующие:

1. Принцип свободы предпринимательской деятельности — конституционно закреплен в ст. 8, 34, 35, 74, 75 и др., получил развитие в ГК РФ и других законодательных актах.

2. Принцип многообразия и юридического равенства форм собственности. Данный принцип конституционно закреплен в основном законе государства: ст. 8, 9, 34, 35 Конституции РФ.

3. Принцип единого экономического пространства, т.е. «свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств» на всей территории Российской Федерации, также относится к числу конституционных (ст. 8, 74 Конституции РФ).

4. Принцип свободы конкуренции и ограничения монополистической деятельности получает конституционное закрепление в статье 8 и статье 34 основного закона страны. Соблюдение данного принципа является необходимым условием для развития рыночной экономики и осуществления предпринимательской деятельности.

5. Принцип государственного регулирования предпринимательской деятельности, что имеет место в любом государстве.

6. Принцип законности, являющийся общеотраслевым и его соблюдение — это основа построения любого правового государства.

Закрепленные в основном законе конституционные принципы образуют основу правовой инфраструктуры современной экономики и способствуют эффективной защите участниками предпринимательской деятельности своих прав и свобод. Конституционные нормы, составляющие правовую базу предпринимательской деятельности, являются взаимодополняющими, представляющими ценность именно в единстве и согласованности. Реализация конституционных гарантий является основой и предполагает формирование нормативной правовой базы, конкретизирующей положения основного закона и обеспечивающей осуществление предпринимательской деятельности. В числе первоочередных задач правовой системы современной России стоит задача обеспечения юридической базы развития рыночной экономики.

Каждый предприниматель для осуществления своей деятельности имеет право требовать принятия такого законодательства, которое бы обеспечивало соблюдение принципов рыночной экономики, и пресекало бы применение органами власти актов и действий, приводящих к нарушению или ограничению экономических принципов и прав предпринимателей. Предпринимательство является той областью взаимодействия государства и экономики, в которой государство с помощью права регулирует отношения, возникающие при осуществлении предпринимательской деятельности, и именно в рамках данной деятельности воздействует на рыночную экономику, используя специфические средства, формы, в том числе правовые. Как следствие данного факта государство должно обеспечить для предпринимателей единую систему правового регулирования, форм и методов защиты предпринимательской деятельности в области гражданского, налогового, административного и других областей права, регулирующих или затрагивающих предпринимательскую деятельность.

Количество принятых в последние годы законодательных и правовых актов, регулирующих предпринимательскую деятельность (например, Закон РФ «О банках и банковской деятельности», Закон РФ «О рынке ценных бумаг», Закон РФ «О несостоятельности (банкротстве)», Федеральный закон «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» и другие) свидетельствует, прежде всего, о том, что развитию предпринимательства уделяется большое внимание. Как и другие отрасли российского законодательства, предпринимательское законодательство не является застывшим и окончательно оформившимся — оно постоянно развивается и совершенствуется. Его развитие и совершенствование происходит двумя путями: путем принятия новых нормативных правовых актов, регулирующих вопросы организации и осуществления предпринимательской деятельности, и путем внесения из-

менений и дополнений в действующие нормативные правовые акты. В числе основных направлений развития и совершенствования предпринимательского законодательства можно назвать следующие:

— устранение пробелов в действующем законодательстве, урегулирование на уровне федеральных законов тех видов предпринимательской деятельности, которые в настоящее время не регулируются специальными законами, но нуждаются в регулировании;

— обновление существующего нормативно-правового материала ввиду отставания действующего законодательства от практики вследствие изменения социально — политических и экономических условий, в расчете на которые они принимались;

— устранение противоречий и несогласованности, которые имеют место в действующем законодательстве и выявляются в процессе правоприменительной практики.

Одним из наиболее важных законодательных актов в области предпринимательской деятельности стал Гражданский кодекс Российской Федерации: часть I, принятая Государственной Думой 21 октября 1994 г., и введенная в действие, за исключением некоторых положений, с 1 января 1995 г., часть II ГК РФ, принятая Государственной Думой 22 декабря 1995 г. и введенная в действие с 1 марта 1996 г., часть III ГК РФ, принятая Государственной Думой 1 ноября 2001 г. и введенная в действие с 1 марта 2002 года. В части первой принятого Гражданского кодекса в предмет гражданского права включена предпринимательская деятельность и определен нормативно-правовой режим предпринимательства. Принятие первой части ГК РФ стало серьезным этапом развития нормативной базы о предпринимательской деятельности: более трехсот статей Гражданского кодекса закрепляют специальный режим только для случаев, когда хотя бы одной из сторон выступает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, однако нормы Гражданского кодекса относятся не ко всем, а только к горизонтальным отношениям, в которые вступают предприниматели между собой. Отношения же по вертикали, складывающиеся между предпринимателями и государством (в лице государственных органов), этим Законом не охватываются. За пределами гражданского законодательства остаются положения о государственном регулировании предпринимательской деятельности.... ГК РФ, выступая правовой основой предпринимательской деятельности, фактически не может охватить своим правовым регулированием всего многообразия предпринимательских отношений, поскольку нормы гражданского права главным образом отражают частноправовой подход субъектов указанных отношений, в то время как предпринимательская деятельность имеет значение для всего общества и государства в целом... [1, 57]. Как отмечает В.Ф. Попондопуло, данный Кодекс не отражает особенности правового регулирования предпринимательской деятельности и он неминуемо обрастет множеством специальных нормативных актов, предназначенных для регулирования предпринимательства, а при-

нятие Торгового Кодекса РФ позволило бы унифицировать законодательство о предпринимательстве.

Вопрос о кодификации предпринимательского права сегодня остро дискутируется, так как кодификация необходима для решения целого ряда публично-правовых вопросов по государственному регулированию экономики. В России предпринимательские отношения всегда регулировались гражданским правом, торговое право рассматривалось в качестве подотрасли права гражданского. Автор разделяет мнение ученых, считающих, что предпринимательство представляет собой специфическое явление нового общественно-хозяйственного порядка, и для его регулирования необходим особый механизм хозяйственно-правового регулирования — предпринимательские отношения требуют принятия соответствующего кодекса и регулирования в рамках специальной отрасли, поскольку объединить все в единый гражданский кодекс представляется малоэффективным и теоретически не обоснованным.

Академик Владимир Викторович Лаптев подчеркивает, что в современных условиях необходимо разработать и законодательно закрепить хозяйственно-правовой инструментальный государственный регулирования хозяйственной деятельности, что должно быть сделано путем издания Хозяйственного (предпринимательского) кодекса, определяющего основные положения правового регулирования хозяйственных отношений и по горизонтали, и по вертикали [3, 20—21], т.к. разрыв между публичными и частными нормами достиг пределов, затрудняющих правоприменение.

Новый Закон должен регулировать общественные отношения, возникающие в связи с осуществлением предпринимателями предпринимательской деятельности, определять основные правовые, экономические и социальные условия и гарантии, обеспечивающие свободу данной деятельности в РФ, обозначить обязанности предпринимателей, государственных органов и государства в сфере предпринимательской деятельности. Предпринимательский кодекс обязан будет ликвидировать размытость и неконкретность ряда формулировок, содержащихся в статьях действующего законодательства, определить ответственность за нарушение настоящего Закона.

В действующем на данный момент в России законодательстве отсутствуют принципы взаимодействия государства и бизнеса. Первым в их числе следовало бы назвать партнерство власти и предпринимательства в общих интересах, однако Конституция РФ не содержит на этот счет каких-либо указаний, а ГК РФ как закон, по преимуществу, торгового оборота ограничился запретом на произвольное вмешательство в частные дела. Все это ставит на повестку дня вопрос о законодательном построении системы предпринимательского права, в которой нашлось бы место для всех его элементов — частных и публичных, что и позволило бы избежать противоречий между ними и вовремя обнаруживать пробелы. Но такая система потребовала бы принятия акта типа Закона о предприниматель-

стве или Предпринимательского кодекса... [4, 39]. Следовательно, проблема модели отечественного частного права в современный период имеет важное теоретическое

и практическое значение, что и обуславливает ее актуальность. Решение такой фундаментальной проблемы невозможно без серьезных теоретических исследований.

Литература:

1. Российское предпринимательское право: учеб. / ответ. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. — М.: Проспект, 2009. — 1072 с.
2. Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под. ред. В.Д. Карповича. — М.: ЮРАЙТ-М, Новая Правовая культура, 2002. — 959 с.
3. Лаптев В.В. Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права // Предпринимательское право в XXI веке: преемственность и развитие. — М.: МЗ Пресс, 2002. С. 3–25
4. Предпринимательское право: Учебник /Под ред. Н.И.Косяковой. М.: РГГУ, 2008. — 757 с.
5. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12. 12. 1993. — Киров.: ОАО «Дом печати — ВЯТКА», изд. «ЮНВЕС», 2001. — 47 с.
6. Гражданский кодекс Российской Федерации (части первая, вторая и третья). — СПб.: Питер, 2005. — 528 с. — (Серия «Закон и комментарии»).
7. Закон РСФСР от 25.12.1990 № 445–1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (ред. от 30.11.1994); Утратил силу //www.consultant.ru/online/base
8. Федеральный закон «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации». — М.: Ось-89, 2007. — 32 с. (Федеральный закон).
9. Федеральный закон «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации» (ред. от 2 февраля 2006 г.) — М.: Омега-Л, 2006. — 16 с. (Законы Российской Федерации).
10. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т.1. — М.: Статут, 2003.

Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц

Николаев А.Р., аспирант

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

После внесения существенных изменений в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» с апреля 2009 года прошло более двух лет, но практика привлечения к субсидиарной ответственности «контролирующих должника лиц» по-прежнему не велика.

Пункт 4 ст. 10 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривает, что «Контролирующие должника лица солидарно несут субсидиарную ответственность по денежным обязательствам должника и (или) обязанностям по уплате обязательных платежей с момента приостановления расчетов с кредиторами по требованиям о возмещении вреда, причиненного имущественным правам кредиторов в результате исполнения указаний контролирующих должника лиц, или исполнения текущих обязательств при недостаточности его имущества, составляющего конкурсную массу».

Контролирующее должника лицо определяется как «лицо, имеющее либо имевшее в течение менее чем два года до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника, в том числе путем принуждения руководителя или членов органов уп-

равления должника либо оказания определяющего влияния на руководителя или членов органов управления должника иным образом (в частности, контролирующим должника лицом могут быть признаны члены ликвидационной комиссии, лицо, которое в силу полномочия, основанного на доверенности, нормативном правовом акте, специального полномочия могло совершать сделки от имени должника, лицо, которое имело право распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью)» (ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

Таким образом, в законе содержится открытый перечень лиц, которые могут признаны контролируемыми должника и, как следствие, нести субсидиарную ответственность.

Основанием для привлечения к гражданско-правовой ответственности является состав гражданского правонарушения: противоправное действие, вредный результат этого действия, причинная связь между действием и результатом, вина правонарушителя. [1]

Емельянцева В.П. пишет, что «В пункте 4 ст. 10 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»

правило о возможности привлечения к ответственности контролирующего должника лица сконструировано не совсем удачно, поскольку позволяет только установить, с какого момента такое лицо несет субсидиарную ответственность. Об обязательном наличии остальных условий ответственности (о противоправном характере действий, вине, причинной связи) можно опосредованно сделать вывод из оснований для освобождения контролирующего должника лица от субсидиарной ответственности.

Во-первых, это следует из положения о том, что арбитражный суд вправе уменьшить размер ответственности контролирующего должника лица, если будет установлено, что размер вреда, причиненного имущественным правам кредиторов по вине контролирующего должника лица, существенно меньше размера требований, подлежащих удовлетворению за счет контролирующего должника лица, привлеченного к субсидиарной ответственности по обязательствам должника (п. 4 (абз. 1) ст. 10 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»).

Во-вторых, контролирующее должника лицо не отвечает за вред, причиненный имущественным правам кредиторов, если докажет, что действовало добросовестно и разумно в интересах должника (п. 4 (абз. 2) ст. 10 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»). [2]

С таким утверждением можно согласиться лишь отчасти. Заслуживает внимание вывод Емельянцева В.П., что можно сделать опосредованный вывод о наличии таких элементов состава ответственности как вина и причинно-следственная связь, но приведенные нормы не позволяют утверждать об обязательности такого элемента состава гражданско-правовой ответственности как противоправность.

Очевидно, что необходимым условием будет являться недобросовестность и/или неразумность поведения указанных лиц в интересах должника, но это не означает противоправности. Напротив, лицо может действовать добросовестно, но не разумно (тогда как для освобождения от субсидиарной ответственности необходимо доказать добросовестность и разумность действий), и тогда оно будет нести субсидиарную ответственность. Например, если руководитель компании, находящейся на грани финансового краха, обратится к экстрасенсам за советом, и, следуя их рекомендациям, потеряет большую часть активов компании, то он, бесспорно, будет нести субсидиарную ответственность. Хотя такой руководитель и действовал добросовестно на благо своей компании, его действия не будут признаны разумными, поскольку современная наука не признает существования «сверхспособностей» у экстрасенсов.

Таким образом, полагаем, что в приведенных нормах не содержатся указаний на обязательное противоправное поведение контролирующих должника лиц, поэтому противоправность их поведения не будет являться элементом состава этого гражданского правонарушения.

Основанием для привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц является следующий состав гражданского правонарушения:

Вред, нанесенный имущественным правам кредиторов, т.е. уменьшение стоимости или размера имущества должника и (или) увеличение размера имущественных требований к должнику, а также иные последствия совершенных должником сделок или юридически значимых действий, приводящие к полной или частичной утрате возможности кредиторов получить удовлетворение своих требований по обязательствам должника за счет его имущества.

Причинно-следственная связь между исполнением должником указаний контролирующих должника лиц и вредом будет необходимым элементом состава, так как в п. 4 ст. 10 ФЗ «о несостоятельности (банкротстве)», говорится о вреде причиненном в результате исполнения указаний контролирующих должника лиц. Это подтверждается также и судебной практикой, так в Постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.07.2010 N 18АП-5608/2010 по делу N А76-45314/2009, суд, анализируя положения п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве, а также п. 3 ст. 56 ГК РФ, пришел к выводу о том, что необходимым условием для возложения субсидиарной ответственности по обязательствам должника на таких лиц является наличие причинно-следственной связи между использованием ответчиком своих прав и (или) возможностей в отношении должника и действиями должника, повлекшими его несостоятельность (банкротство), а также вины ответчика в банкротстве должника.

В гражданском праве нет единого мнения по вопросу вины. Наиболее распространены две теории вины: психическая и поведенческая. Согласно первой из них, вина определяется как психическое отношение лица к своему действию и его результату. Поведенческая теория вины определяет вину в зависимости от объективных факторов. В обосновании этой позиции приводится абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ: «лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства».

Нельзя не согласиться, что «Для оценки вины должника не имеют никакого правового значения индивидуальные качества должника и тем более его «Психические переживания» в связи с совершенным им правонарушением. Вместо этого используется абстрактная модель ожидаемого поведения в той или иной ситуаций разумного и добросовестного участника имущественного оборота». [3] Полагаем, что целесообразно использование именно поведенческой теории вины в гражданском праве.

Вина контролирующих должника лиц будет презюмироваться, так как согласно абзацу 2 п. 4. ст. 10 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», «Контролирующее должника лицо не отвечает за вред, причиненный имущественным правам кредиторов, если докажет, что действовало добросовестно и разумно в интересах должника». Таким образом, бремя опровержения недобросовестности и неразумности лежит на контролирующим должника

лице, а пока презумпция не опровергнута, лицо считается виновным и может нести субсидиарную ответственность по обязательствам должника.

Механизмы привлечения к такой ответственности пока не отработаны. Указание на дополнительную такую ответственности приводит многих авторов к обоснованному выводу, что до привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц, необходимо сформировать конкурсную массу и реализовать все имущество должника.

Так, Филиппов В.Е. указывает: «До предъявления требований к субъектам субсидиарной ответственности в рамках процедуры банкротства юридического лица также должна быть завершена продажа имущества юридического лица — должника и соответственно четко определен размер субсидиарной ответственности, исходя из разницы между определяемым на момент закрытия реестра размером требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, и размером удовлетворенных требований кредиторов на момент приостановления расчетов с кредиторами или исполнения текущих обязательств должника в связи с недостаточностью имущества должника, составляющего конкурсную массу (пункт 8 статьи 10 Закона о банкротстве)». [4]

Подобное утверждение находим и в другой работе: «Так, в рамках производства по делу о несостоятельности (банкротстве) должника — юридического лица (точнее — в рамках конкурсного производства) должна быть установлена недостаточность имущества обанкротившегося юридического лица для полного удовлетворения установленных арбитражным судом требований конкурсных кредиторов. Это значит, что должно быть завершено формирование конкурсной массы и после этого завершены расчеты должника (в лице конкурсного управляющего) с конкурсными кредиторами за счет наличного имущества должника». [5]

С такой позицией трудно не согласиться, ведь до реализации имущества должника, не будет определен размер субсидиарной ответственности. Полагаем, что данная проблема может привести к абсолютной нежизнеспособности новеллы законодательства. Реализация имущества должника может затянуться на достаточно долгое время за которое у контролирующего должника лица не останется имущества. Поэтому предлагаем следующее.

Перед реализацией практически всегда (за исключением некоторых случаев, которые для данного вопроса не будут иметь существенного значения) производится оценка имущества должника, и уже на данной стадии становится понятно достаточно ли имущества для покрытия всех обязательств должника.

Литература:

1. См.: Алексеев С.С. О составе гражданского правонарушения // Правоведение. 1958. № 1. С. 47–53; Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970. С. 5; Гражданское право. В 2-х томах. Т. II. Полумом 2/Под ред. Е.А. Суханова. Изд. 2-е перераб. и доп. М., 2004

Бесспорно, что имущество может быть продано гораздо выше оценочной цены, но как показывает практика, в среднем цена продажи ниже в 7,7 раза по сравнению со стартовой ценой. [6] Таким образом, возникает обоснованная необходимость привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности непосредственно после формирования конкурсной массы и оценки имущества, принадлежащего должнику. Это может быть реализовано путем подачи соответствующего ходатайства в Арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, который на основании такого ходатайства привлекал бы контролирующих должника лиц к участию в производстве по делу о несостоятельности.

При этом на отдельном судебном заседании подлежит проверке обоснованность признания конкретного лица контролирующим должника лицом, в связи с чем проверяется наличие всех элементов состава гражданско-правовой ответственности, с особенностями, указанными выше. Если будет установлен необходимый состав гражданско-правовой ответственности, то останется лишь установить размер субсидиарной ответственности контролирующего должника лица, Арбитражный суд уже на этом этапе может признать, что такое лицо будет нести субсидиарную ответственность.

Кроме того, целесообразно рассмотреть вопрос о принятии обеспечительных мер, например, в виде наложения ареста на имущество, контролирующего должника лица. Если Арбитражный суд признает, что указанное лицо является контролирующим должника лицом, то такое лицо подлежит привлечению к участию в деле о несостоятельности, чтобы по завершению реализации имущества (в течение которого, на имущество контролирующего должника лицо наложен арест), данное лицо было привлечено к субсидиарной ответственности.

Если установлен состав гражданско-правовой ответственности, тогда почему риск имущественных потерь должны нести кредиторы? Для контролирующего должника лица необходимо предусмотреть возможность внесения денежных средств на депозит суда, для избегания ареста имущества, также могут быть применены и иные обеспечительные меры.

Предложенный механизм является одним из многих возможных и приведенных в качестве примера. ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» сегодня не содержит подробно описанной процедуры привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности, наличие которой существенным образом бы помогло привлекать указанных лиц к субсидиарной ответственности, хотя возможно практика выработает более действенные средства в рамках существующих положений закона.

2. Емельянцева В.П. Субсидиарная ответственность по обязательствам страховой организации как средство защиты интересов кредиторов // СПС Консультант Плюс.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга Первая: Общие положения. М. 2006, С. 123
4. Филиппов В.Е. Привлечение недобросовестных лиц к ответственности за нарушения законодательства о банкротстве // СПС КонсультантПлюс. 2009.
5. Лукьянцев А.А., Буров В.С. О субсидиарной ответственности по обязательствам несостоятельного юридического лица // Законодательство и экономика. 2010. N 12. С. 36–38.
6. Казьмин Д. Банкроты. Дешево // Газета «Ведомости» 22.06.2011 Internet: http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/262576/bankroty_deshevo

Механизмы поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства

Уметбаева Ю.И., соискатель

Стерлитамакский филиал Башкирского государственного университета

Развитие малого и среднего предпринимательства является неотъемлемым элементом рыночной системы хозяйствования, соответствующей цели экономических реформ в России — созданию эффективной конкурентной экономики, обеспечивающей высокий уровень и качество жизни населения [1].

Как показывает практика развитых стран, именно малый и средний бизнес является ключевой «точкой роста» экономики страны и способен обеспечить развитие конкурентоспособной экономики. Это еще и база для реализации предпринимательской активности населения, основа для формирования и расширения среднего класса. Кроме того, предпринимательская сфера является мощным инструментом борьбы с безработицей, представляющим широкие возможности для самозанятости населения, что на сегодняшний день является особенно актуальным [2, с. 64].

Развитию малого и среднего бизнеса, совершенствованию его внешней среды и модернизации соответствующей инфраструктуры поддержки уделяется в последнее время большое внимание.

1 января 2008 года вступил в действие Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» [3]. Данный закон регулирует отношения, возникающие между юридическими лицами, физическими лицами, органами государственной власти РФ, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления в сфере развития малого и среднего предпринимательства, определяет понятия субъектов малого и среднего предпринимательства, инфраструктуры поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, виды и формы такой поддержки.

Вопросам поддержки малого и среднего предпринимательства (далее — МСП) в законе уделяется особое внимание. Под поддержкой субъектов малого и среднего предпринимательства понимается деятельность органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов РФ, органов мест-

ного самоуправления и функционирование инфраструктуры поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, направленные на реализацию мероприятий, предусмотренных федеральными, региональными и муниципальными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства.

Указанным законом предусмотрены общие формы поддержки: финансовая, имущественная, информационная, консультационная, поддержка в области подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников малого и среднего предпринимательства, которые осуществляются органами государственной власти и органами местного самоуправления, наделенными достаточно широкими полномочиями для собственного усмотрения в части условий и порядка предоставления поддержки.

Кроме того, закон выделяет особые виды поддержки в зависимости от отраслевой принадлежности субъекта малого и среднего предпринимательства (приоритетные направления предпринимательства): поддержка в области инноваций и промышленного производства, ремесленничества; поддержка субъектов МСП, осуществляющих внешнеэкономическую деятельность; поддержка субъектов МСП, осуществляющих сельскохозяйственную деятельность [4, с. 111].

Одной из приоритетных задач, названных в законе, является формирование и осуществление не только федеральных, а также региональных и муниципальных программ развития субъектов малого и среднего предпринимательства.

В Республике Башкортостан развитию и поддержке малого и среднего бизнеса также уделяется особое внимание.

В июне 2011 года общероссийская общественная организация малого и среднего предпринимательства «ОПОРА РОССИИ» опубликовала результаты исследования «Предпринимательский климат в России: индекс опоры 2010–2011». Целью исследования являлась всесторонняя оценка условий для развития малого и сред-

него предпринимательства в российских регионах и составление рейтинга регионов по интегральному показателю, характеризующему предпринимательский климат. В рейтинге 40 российских регионов по качеству условий для развития малого и среднего бизнеса Республика Башкортостан заняла 10 место [5].

Во исполнение положений ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» в Республике Башкортостан были приняты одноименные программы. В настоящее время действует Республиканская программа развития малого и среднего предпринимательства в Республике Башкортостан на 2010–2011 годы [1]. Целью программы является создание условий для развития малого и среднего предпринимательства в Республике Башкортостан на основе формирования эффективных механизмов его поддержки, повышения вклада МСП в решение экономических и социальных задач Республики.

В программе предусматривается реализация мероприятий по следующим направлениям:

а) финансовая поддержка субъектов малого и среднего предпринимательства и организаций инфраструктуры. Развитие прогрессивных финансовых механизмов поддержки субъектов МСП является одним из наиболее востребованных направлений содействия развитию бизнеса. В рамках финансовой поддержки предусматривается:

– субсидирование субъектов малого предпринимательства на начальной стадии становления бизнеса – поддержка начинающих;

– предоставление грантов (субсидий) на приобретение оборудования субъектам малого предпринимательства;

– субсидирование части ранее понесенных затрат субъектов малого и среднего предпринимательства и организаций инфраструктуры, в том числе субсидирование части процентной ставки, страховых взносов, лизинговых платежей, затрат по участию в выставочно-ярмарочных мероприятиях и др;

б) имущественная поддержка субъектов малого и среднего предпринимательства и организаций инфраструктуры. Основными задачами такого вида поддержки являются:

– регулярное пополнение информационных банков данных по неиспользуемым площадям государственного имущества (свободным, сдаваемым в аренду, предлагаемым к реализации и пр.);

– удовлетворение растущих потребностей субъектов МСП в нежилых помещениях, отвечающих современным и качественным технологическим и функциональным требованиям;

в) развитие инновационной и производственной сфер малого и среднего предпринимательства. В рамках данного направления предусмотрено обеспечение текущего финансирования деятельности действующих бизнес-инкубаторов [1].

Под бизнес-инкубатором на территории Республики Башкортостан понимается организация, созданная для поддержки субъектов малого предпринимательства на

ранней стадии их деятельности путем предоставления в аренду помещений и оказания консультационных, бухгалтерских, юридических услуг. В настоящее время на территории РБ осуществляют свою деятельность 3 бизнес-инкубатора, целью которых является создание максимально благоприятных условий для успешного начального развития малых предприятий [6].

г) нормативное правовое обеспечение развития малого и среднего предпринимательства. Мероприятия по совершенствованию нормативной правовой базы в области развития и поддержки МСП направлены на:

– анализ республиканской нормативной правовой базы, затрагивающей вопросы предпринимательства;

– внесение соответствующих изменений в республиканские нормативные правовые акты, способствующих более динамичному развитию субъектов малого и среднего предпринимательства в Республике Башкортостан;

– анализ нормативных правовых актов Российской Федерации в области предпринимательства и подготовку нормотворческих инициатив;

д) формирование эффективной системы информационной поддержки малого и среднего предпринимательства. Данного вида мероприятия направлены на:

– создание системы мероприятий в сфере информационного обеспечения субъектов малого и среднего предпринимательства;

– проведение просветительской работы в области финансовой грамотности начинающих и действующих предпринимателей через проведение «круглых столов», консультаций, конференций, широкого обсуждения проблематики в средствах массовой информации при активном участии предпринимательских объединений, кредитных организаций, образовательных учреждений, республиканских органов исполнительной власти и органов местного самоуправления; – освещение в средствах массовой информации вопросов поддержки субъектов МСП, развития предпринимательского движения, формирования положительного имиджа предпринимателя и повышения общественного мнения о предпринимательском сообществе [1].

Для обеспечения потребностей малых и средних предприятий, возникающих в процессе организации, ведения и расширения предпринимательской деятельности также формируется инфраструктура поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства.

Согласно ст. 15 ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» под инфраструктурой поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства понимается система коммерческих и некоммерческих организаций, которые создаются, осуществляют свою деятельность или привлекаются в качестве поставщиков (исполнителей, подрядчиков) в целях размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, услуг для государственных или муниципальных нужд при реализации федеральных, региональных и муниципальных программ развития

субъектов малого и среднего предпринимательства, обеспечивающих условия для создания субъектов малого и среднего предпринимательства, и оказания им поддержки.

Инфраструктура поддержки субъектов МСП на территории Республики Башкортостан представлена различными организациями. К ним относятся: Фонд развития и поддержки малого предпринимательства Республики Башкортостан, Башкирское региональное отделение малого и среднего предпринимательства ОПОРА РОССИИ, Торгово-промышленная палата Республики Башкортостан, Ассоциация организаций предпринимательства Республики Башкортостан, Центр микрофинансирования субъектов малого предпринимательства Республики Башкортостан и другие.

В целях оптимизации мер поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства в сентябре 2010 г. Ассоциацией организаций предпринимательства РБ были выработаны предложения «По совершенствованию мер поддержки малого и среднего предпринимательства» [7]. Данные предложения включают в себя:

– повышение эффективности работы органов государственной власти и местного самоуправления в сфере поддержки предпринимательства через: совершенствование взаимоотношений государственных и муници-

пальных служащих с субъектами малого и среднего предпринимательства, повышение ответственности органов государственной власти и местного самоуправления в сфере поддержки предпринимательства, проведение мер по повышению заинтересованности органов государственной власти и местного самоуправления в сфере развития предпринимательства;

– устранение административных барьеров препятствующих развитию малого и среднего предпринимательства;

– совершенствование системы налогообложения малого и среднего предпринимательства, в частности снижение налогового бремени для субъектов МСП;

– развитие инфраструктурной поддержки предпринимательства;

– повышение доступности кредитов для субъектов МСП;

– совершенствование системы подготовки кадров для субъектов МСП, развитие молодёжного предпринимательства, реализация инновационного потенциала молодёжи и др.

Представляется, что учет данных предложений позволит улучшить меры поддержки малого и среднего бизнеса, что благоприятным образом скажется на бизнес-климате региона в частности и на взаимодействии бизнеса и власти в целом.

Литература:

1. Республиканская программа развития субъектов малого и среднего предпринимательства в Республике Башкортостан на 2010–2011 годы. Утверждена постановлением Правительства Республики Башкортостан от 03.03.2010 № 64 // Ведомости Государственного Собрания – Курултая, Президента и Правительства Республики Башкортостан. 08.04.2010. № 7 (325). Ст. 419.
2. Тормышева Т.А. Муниципальная программа поддержки предпринимательства: механизм формирования // Муниципальное хозяйство. 2009. № 3. С. 64–73.
3. Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4006.
4. Жукова С.М. Пути оптимизации поддержки малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации // Государство и право: теория и практика: материалы междунар. заоч. науч. конф. (г. Чита, апрель 2011 г.) / Под общ. ред. Г.Д. Ахметовой. – Чита, 2011. – С. 110–113.
5. Предпринимательский климат в России: индекс опоры 2010–2011. Результаты исследовательского проекта // <http://opora.ru/analysis/research/12167/>
6. Постановление Правительства Республики Башкортостан от 07.02.2011 № 29 «Об утверждении Порядка управления деятельностью бизнес-инкубаторов, созданных на территории Республики Башкортостан на условиях софинансирования за счет субсидий, выделенных из федерального бюджета» // Ведомости Государственного Собрания – Курултая, Президента и Правительства Республики Башкортостан. 02.06.2011. № 11 (353). Ст. 670
7. Предложения Ассоциации организаций предпринимательства Республики Башкортостан «По совершенствованию мер поддержки малого и среднего предпринимательства» <http://www.aop-rb.ru/offers/>

9. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Виртуальное наследство. Эпоха всемирной сети

Бондарь В.В., студент

Ставропольский Государственный Университет

Научный руководитель – Терещенко Е.А., кандидат юридических наук, доцент

18 июля 2008 года Президент Российской Федерации Д.А. Медведев подписал Указ №1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» [1], следствием которого стала разработка Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства совместно с Исследовательским центром частного права при Президенте РФ «Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации» [2]. 7 октября 2009 года решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства была одобрена «Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации». 13 ноября 2010 Высший Арбитражный Суд РФ опубликовал проект изменений в Гражданский Кодекс РФ [3]. Изменения касаются разделов I, III, IV Гражданского кодекса Российской Федерации. Дух как указа Президента РФ №1108, так и «Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации» достаточно либерален, однако данная концепция развития учитывает в основном проверенные временем, судебной практикой, теоретическими исследованиями потребности гражданского законодательства. Наше государство продолжает отказываться от экспериментов в области гражданского права. Так, одними из целей разработки «Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации» являются:

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

2. обеспечение стабильности гражданского законодательства Российской Федерации.

Суть проблемы развития гражданского права является не только в законодательном признании ряда уже существующих в обществе отношений, но и предсказание развития данных отношений, касающихся гражданско-правовой сферы. Как уже говорилось выше, предполагаемые изменения касаются общих положений, общей части обязательственного права, отдельных видов обязательств закрепленных в ГК РФ. В «Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации» так же предполагаются изменения, касающиеся вещных прав

в целом и права собственности в частности. Однако в данной области Концепция ограничивается изменением норм касающихся собственности на земельные участки и недвижимость. При этом в нашей стране, как и во всем мире, получает все большее распространение Всемирная Сеть Интернет, все больше пользователей интернета заводят электронную почту, электронные кошельки и т.п. По своей сути данные отношения носят характер гражданско-правовых отношений собственности. Мы понимаем всю спорность вопроса: являются ли аккаунты созданные в интернете собственностью гражданина или нет? В этой работе мы хотели бы привести аргументы за признание нового объекта собственности.

В XXI веке, всемирная сеть Интернет реальность для каждого из нас. Практически любой пользователь Интернета владеет «виртуальной собственностью» — например ящик электронной почты, доступ к которому (то есть пароль) имеет только сам пользователь лично. Более продвинутые пользователи всемирной сети имеют специальные аккаунты дающие определенные права в доступе к ограниченным ресурсам в интернете — например аккаунты на специализированных сайтах, аккаунты он-лайн игр. Третьим видом «виртуальной собственности» можно считать собственность, имеющую реальный денежный эквивалент, либо собственность, приносящую доход при правильном управлении — например интернет-кошельки (web-money, Яндекс-деньги) или сайты при управлении которым владелец получает доход. Общими характеристиками «виртуальной собственности» являются:

1. Пароль — секретная строка символов, предъявляемая пользователем веб-сервису для получения доступа к данным и программам. Пароль является средством защиты данных от несанкционированного доступа — по своей сути пароль является выражением правомочия владения.

2. Извлечение дохода из объекта виртуальной собственности — по своей сути это выражение правомочия пользования.

3. Изменение характеристик объекта виртуальной собственности во время владения и пользования — по своей сути правомочие распоряжение (данное правомочие

получит полное развитие только с легальным признанием «виртуальной собственности»).

В 2004 году Войниканис А.Е., Якушев М.В. в работе «Информация. Собственность. Интернет. Традиция и новеллы в современном праве» указывают на наличие в современном мире проблемы «сетевой собственности» — аналогичной понятию «виртуальной собственности» предложенной нами, с той лишь разницей, что «сетевая собственность» принадлежит коммерческим организациям. Так, особенно важными объектами «сетевой собственности» являются:

1. Уникальное доменное имя — способ размещения товарного знака в сети Интернет [4].

2. Интернет-сайт или интернет-портал как частный случай — «Каждый интернет-сайт содержит определенное дизайнерское решение, а также разнообразную текстовую, графическую, аудиовизуальную и иную информацию. Следовательно, практически каждый компонент интернет-сайта может являться объектом правовой охраны (в частности, авторским правом). Но сделки по поводу интернет-сайтов и иных сетевых ресурсов осуществляются не из-за того, что покупатель желает получить от продавца исключительные права на отдельные компоненты сайта. Напротив, практически всегда речь идет именно о сайте в целом, включая его информационное наполнение (которое, кстати, ни авторским правом, ни иными исключительными правами не охраняется). Налицо некий объект, обладающий безусловной материальной и потребительской стоимостью, который является предметом сделок в совокупности всех составляющих его компонентов.» [5. с. 107] Данная особенность сделок связанных с куплей-продажей интернет-сайтов равносильна и для интернет сайтов принадлежащих физическим лицам

Виртуальная собственность в нашей стране не так распространена, как, например, в Великобритании или США, однако это объективная реальность с которой необходимо считаться. Основой «собственности» в сети Интернет является конфиденциальный доступ к собственности владельца. Следовательно, после смерти собственника никто не имеет права получения доступа к данному аккаунту. Зачастую владелец электронного почтового ящика, аккаунта на специализированном сайте, электронного кошелька держит пароли необходимые для доступа к собственности в голове и никому их не разглашает. Постепенно в сети образуется большое количество «призрачных» аккаунтов, с которыми владелец сайта, игры, платежной системы волен поступать по своему усмотрению. Так, например, компания Mail.Ru готова предоставлять доступ наследников к виртуальному наследству, если наследодатель ничего не указал на этот счет в завещании, но каждый подобный случай рассматривается отдельно. Компания Яндекс согласно соглашению о конфиденциальности информации, заключенному с каждым из пользователей, никому не продает и не разглашает персональную информацию о пользователях. В случае смерти пользова-

теля Яндекс вправе передать персональную информацию о пользователе третьим лицам только тогда, когда этого требует российское или международное законодательство и/или органы власти с соблюдением законной процедуры. Член Общественной палаты РФ, председатель национального гражданского комитета по взаимодействию с правоохранительными, законодательными и судебными органами Александр Афоничев считает: «Администрация онлайн-сервисов не имеет права передавать пароли доступа к аккаунтам родственникам покойного. Это можно сравнить с передачей ключей от сейфа. Без завещания этого делать нельзя». Из приведенных фактов мы можем видеть то, насколько разнообразен подход к данному вопросу представителей компаний, обеспечивающих доступ к объектам виртуальной собственности и представителей государства. В связи с чем, предлагаем ввести в гражданское законодательство:

1. Понятие и классификацию объектов виртуальной собственности.

2. Установить порядок наследования объектов виртуальной собственности по закону.

Итак, объекты виртуальной собственности — имущество гражданина находящееся в пределах сети Интернет.

Классификация объектов виртуальной собственности:

1. Объекты, связанные с личностью гражданина — электронные почтовые ящики, аккаунты в социальных сетях.

2. Объекты, связанные с материальными благами — музыка, изображения, электронные кошельки.

3. Объекты, являющиеся ценностью для наследодателя, требующие определенного управления, либо специальных знаний для сохранения и преумножения ценности объекта — аккаунты он-лайн игр, сайты приносящие доход при управлении ими наследодателем.

Порядок наследования по закону должен отличаться от установленного общим правилом на данный момент. В частности:

1. Объекты собственности, связанные с личностью гражданина (электронные почтовые ящики, аккаунты в социальных сетях) должны быть предоставлены наследнику сроком в 30 дней для извлечения необходимой информации, после истечения установленного срока доступ к данным объектам собственности должен быть заблокирован (электронные ящики — заблокированы и удалены, аккаунты в социальных сетях заблокированы для комментирования, изменения и т.п.).

2. Объекты собственности, связанные с материальными благами (музыка, изображения, электронные кошельки) должны быть переданы наследникам без каких-либо ограничений по общему правилу.

3. Объекты собственности, являющиеся ценностью для наследодателя, либо требующие определенного управления, либо специальных знаний для сохранения и преумножения ценности объекта собственности (аккаунты он-лайн игр, сайты приносящие доход при управ-

лении ими наследодателем) — в связи с тем что данные объект собственности имеет ценность только для определенного круга лиц, либо требует специальных знаний, умений и способностей данные объекты собственности должны передаваться в доверительное управление наследникам имеющим подобную собственность даже если данный наследник не находится в первой очереди наследования. Доверительный управляющий таким объектом собственности не вправе распоряжаться им по своему усмотрению, для распоряжения необходимо согласие собс-

твенника. В случае если доверительный управляющий данным объектом собственности извлекает выгоду из управления, то доверительный управляющий должен предоставить не менее 1/2 дохода собственнику, либо выкупить данный объект собственности у наследника. В случае отсутствия среди наследников граждан соответствующих описанным выше критериям наследник по общему правилу вправе заключить по своему усмотрению договор доверительного управления с любым физическим или юридическим лицом.

Литература:

1. «Собрание законодательства РФ», 21.07.2008, N 29 (ч. 1), ст. 3482
2. «Вестник ВАС РФ», N 11, ноябрь, 2009
3. <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html>
4. п.2 ст.1484 Гражданского кодекса Российской Федерации
5. Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет. Традиции и новеллы в современном праве. М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. — 176

Обязательство в римском праве

Ершов И.И.

Аспирант МФЮА (г. Москва)

«Рим объединил весь мир. Этим исполнил он свою великую историческую задачу, сведя различные народы с друг другом... Он заложил фундамент для действительно мирового, общечеловеческого развития...»

Покровский И.А. «Роль римского права в правовой истории человечества и в современной юриспруденции»/ Юрьев, типография К. Маттисена, 1894 г./ СПС Гарант

Настоящее исследование направлено на раскрытие сущности гражданско-правового обязательства в римском частном праве. Данная статья имеет актуальность в связи с тем, что российское гражданское право основывается на положениях римского права.

Следует заметить, что современное гражданское право России представляет собой эволюцию положений римского права под влиянием права зарубежных государств, относящихся как к странам романо-германской правовой семьи, так и к системе общего права, дореволюционного права России и права России советского периода.

Тем не менее первоисточником для развития гражданского права как России так и других стран Европы (и не только Европы) является римское частное право. В связи с данным обстоятельством важно исследовать правовую природу обязательства в римском праве.

Латинское слово *obligation* в римском праве имеет несколько значений: *obligatio* называется право верителя (кредитора), требование; обязанность должника, долг; само правоотношение, из которого происходит это право

и эта обязанность, долговое отношение и факт установления этого правоотношения.

В Институциях Юстиниана приводится следующее определение обязательства: «это правовые пути, сила которых принуждает нас к исполнению в пользу какого-либо лица в соответствии с нормами нашей гражданской общины» [6, с. 251].

Что же такое «правовые пути», о которых упоминается в Институциях Юстиниана? Это определенная правовая связь, отношения между субъектами правовых отношений. Следует заметить, что «правовые пути» неразрывными связями соединяют стороны того или иного обязательства, следовательно, каждая сторона имеет одновременно и определенные права и определенные обязанности либо же только определенные права или определенные обязанности.

Теперь проанализируем в комплексе фразу «в соответствии с нормами нашей гражданской общины» и слово «правовые» в контексте словосочетания «правовые пути».

Очевидно, что связь, возникающая между субъектами обязательства, должна подчиняться определенным пра-

вилам. Но данные правила должен кто-то инициировать. По нашему мнению, эти правила устанавливаются либо сами люди (субъекты правоотношений) на ранних стадиях своего развития и в первое время существования государства, либо же государство.

На этапе существования такого института, как государство, оно и приобретает права на издание общеобязательных правил поведения либо же разрешает использование устоявшихся правил поведения, присутствующих в обществе. В свою очередь, общеобязательные правила поведения, являющиеся нормами — это источники (форма) права.

Так, характеризуя римское обязательственное право «в первые времена существования римского государства», Покровский И.А. отмечает: «Отличительной чертой этих... обязательств было то, что государство и государственная власть не принимали в них никакого участия: все было предоставлено частным средствам и частной инициативе; государство не требовало никаких форм для сделок, но и не вмешивалось в их исполнение» [4, с. 168].

Однако «в законах 12 таблиц мы находим уже несколько видов договоров, которые имеют уже гарантию государственной власти и потому являются, с этой стороны, обязательствами в нашем смысле слова» [4, с. 168].

Заслуживает замечания то обстоятельство, что римские юристы делали указание на нормы гражданской общины. При анализе обязательства в римском праве мы полагаем это несущественным, поскольку гражданская община идентична государству, когда мы определяем их как некий целостный субъект, обладающий правом на издание общеобязательных норм и правил.

Таким образом, римское право понимает обязательство следующим образом: это некая связь между субъектами отношений, подчиняемая силе действующих норм права, издаваемых государством (правовая связь).

Как указывает И.С.Розенталь «...сохранившееся в Институциях Юстиниана определение является отголоском старого национально-римского гражданского права» [6, с. 251].

В итоге, можно сделать вывод, что история обязательства в римском праве заключает в себе эволюцию от связывания «...неоплатного должника реальной веревкой или путами определенного веса...» к мнимому связыванию — правовым узам.

На это обстоятельство указывает и Покровский И.А.: «...юридическая природа этой связи в течение истории подверглась самому глубокому изменению. По нашим нынешним представлениям, должник связан обязательством только в том смысле, что, в случае неисполнения им своей обязанности, из его имущества будут взысканы возникшие для кредитора убытки (так называемый интерес — *id quod interest*). Самая личность должника остается свободной; за него отвечает только его имущество, вследствие чего и самое обязательство имеет характер некоего особого права кредитора к этому последнему. Но не такова была сущность обязательственной связи в древ-

ности, и история римского права дает нам наглядную картину совершившейся в этом отношении эволюции» [5, § 62 Главы 8].

Древнеримский юрист Юлий Павел (Павел) дает свое определение, отличающееся более точным юридическим анализом: «сущность обязательства не в том состоит, чтобы сделать какой-нибудь предмет нашим, или какой-нибудь сервитут нашим, но чтобы связать другого перед нами, дабы он дал что-нибудь или сделал или предоставил» [2, с.471].

Очевидно, что данные определения обязательства схожи, но Павел дает более подробную характеристику содержанию обязательства, он указывает на те действия, которые должно совершить лицо, именуемое должником в обязательстве (дать, сделать, предоставить) [6, с. 252]. Требуется одобрения позиция Покровского И.А. по данному вопросу: «Содержание обязательств может быть чрезвычайно разнообразно. Оно может состоять в обязанности передать кредитору какую-либо вещь (например, при купле-продаже) — *date*, в обязанности что-либо сделать или не делать — *facere* или *non facere* (построить дом, не препятствовать мне ловить рыбу в вашем пруду и т.п.), в обязанности возместить причиненный вред — *praestare*. Вообще все то, что возможно («*impossibilium nulla obligatio*» 626) и [с. 376] что не противно закону, может быть предметом обязательства. Обязательство есть та юридическая форма, посредством которой люди удовлетворяют свои самые разнообразные конкретные нужды, регулируя свои отношения» [5, § 62 Главы 8].

Профессор Киевского университета, доктор гражданского права Митюков К.А. считает, что «обязательство есть правоотношение между двумя или многими определенными лицами, в силу которого одно из них подчиняется юридической необходимости делать или не делать что-либо в пользу другого» [3, с. 143].

Позиция Митюкова К.А. аналогична приведенным выше определениям обязательства. Но есть одно важное обстоятельство, на которое не делает ссылку юристы периода римского права: Митюков К.А., анализируя подходы к пониманию обязательства в римском частном праве, указывает на относительный характер обязательственного правоотношения, то есть правоотношение возникает между определенными лицами, а не абстрактными субъектами. Полагаем это замечание логичным и необходимым в связи с тем, что при анализе определения обязательства понимание характера обязательственного правоотношения, отношений между субъектами обязательства позволяет лучше понять природу обязательства.

Аналогичный подход мы находим у классика российской цивилистики Покровского И.А.: «Обязательство есть, таким образом, отношение между двумя лицами; поэтому оно имеет и значение только для этих двух лиц; по отношению к посторонним лицам обязательство не имеет никакого действия» [4, с. 167].

Однако относительный характер обязательственного правоотношения во всех случаях мы не считаем абсо-

лютной закономерностью, в некоторых случаях обязательство может иметь и черты абсолютного правоотношения, одновременно не теряя относительного характера. По нашему мнению, наглядным примером может являться обязательство с участием третьих лиц, которые могут иметь права в отношении одной или обеих сторон обязательства, хотя, как мы полагаем, не являясь стороной обязательства, поскольку третье лицо находится за пределами правовых рамок обязательства.

Но в то же время связь третьего лица со сторонами обязательства обусловлена непосредственно самим обязательством, как гражданско-правовым отношением, которое при возникновении третьего лица приобретает смешанный характер, получая признаки как относительного отношения, так и признаки абсолютного отношения.

Рассмотрим вопрос о положении кредитора и должника в обязательственном правоотношении, какова степень свободы и какова ответственность при исполнении обязательства.

Следует согласиться с позицией Митюкова К.А., что «положение верителя (кредитора — прим. авт.) и должника (дебитора — прим. авт.) в обязательстве противоположно одно другому. Свобода и власть верителя в известном отношении расширяются обязательством, свобода и власть должника, напротив, стесняются» [3, с. 143].

Почему это происходит? Кредитор в обязательственном правоотношении приобретает право требования в отношении должника, должник обязан совершить определенные действия или воздержаться от совершения определенных действий, следовательно, свобода и власть должника ограничивается.

В свою очередь, по мнению Дождева Д.В. «правовая природа обязательства предполагает формальную свободу должника и ответственность, эквивалентную приобретенному кредитором праву» [2, с. 472]. Эта позиция требует одобрения по следующим причинам. Вступая в обязательственное правоотношение, лицо, приобретающее статус должника, по общему правилу по своей воле обременяет себя определенными обязанностями по отношению к иному лицу, именуемому кредитором, и данное обременение ограничивает в какой-то степени свободу должника. Но данное ограничение свободы произошло по его воле, а не в силу каких-либо иных обстоятельств, не связанных с волей должника, следовательно, должник в обязательственном правоотношении продолжает обладать свободой по отношению к исполнению вытекающих из обязательства обязанностей. В ином случае, отсутствие свободы должника означало бы изначально порочность обязательственного правоотношения.

Свобода должника имеет место еще и потому, что должник может отказаться от исполнения своих обязанностей по отношению к своему контрагенту, кредитору. По сути, наличие свободы при исполнении должником своих обязанностей обусловлено не природой обязательства, а человеческой природой, которая требует наличие свободы.

Таким образом, следует разделить два возможных состояния должника при исполнении обязательства: состояние долга и состояние ответственности.

Долг и ответственность должника взаимосвязаны. Ответственность должника в обязательственном правоотношении возникает в том случае, если должник, свободно выражая свою волю, не исполнил принятые им самим на себя обязанности в соответствии с условиями обязательства.

Фактически при возникновении ответственности должник теряет свою свободу в контексте обязательственного правоотношения, которой он обладал на стадии возникновения обязательственного правоотношения и на стадии дальнейшего исполнения обязательства. Анализируя ответственность должника, нельзя оперировать такими категориями, как «свобода», «свободное выражение воли», потому что должник в данном случае лишен возможности свободно выразить свою волю, начинает действовать принцип подчинения, принуждения должника к исполнению обязательства. Принуждение должника лишает его свободы действовать таким образом, каким он считает более целесообразным для него.

Дождев Д.В. полагает, что «с точки зрения права зависимое положение должника проявляется только в случае неисполнения и наступает вследствие обмана обоснованных ожиданий кредитора» [2, с. 472]. Нельзя согласиться с данным доводом в силу следующих обстоятельств.

По нашему мнению, зависимое положение должника от кредитора в обязательственном правоотношении имеет место не только в случае неисполнения обязательства, потому что зависимое положение должника обусловлено правовым статусом кредитора, обладающего правом требования, а также непосредственно природой обязательства. Профессор Варшавского университета Азревич Д.А. указывал на это обстоятельство: «...с точки зрения господства воли активная сторона обязательства, право требования, должна быть исходная; правом верителя определяется само существование обязанности должника» [1, с. 50].

Как уже отмечалось выше, лицо, являющееся в обязательственном правоотношении должником, вступает в обязательственное правоотношение, свободно изъявляя свою волю, это лицо понимает, какие обязанности на него возлагаются. Зависимое положение должника опосредовано именно данными обстоятельствами и оно присутствует всегда. Должник зависит от кредитора, потому что должник должен исполнить определенные обязанности по отношению к кредитору. Если должник действует добросовестно и знает, что при неисполнении своих обязанностей его ожидают неблагоприятные последствия,

А при неисполнении обязательства зависимое положение должника очевидно в большей степени, потому что для должника возникают неблагоприятные последствия, обусловленные его же действиями, то есть возникает ответственность, о чем мы уже говорили выше.

Литература:

1. Азаревич Д.И. Система римского права (университетский курс). Том 2, часть 1. — Варшава, типография Марии Земневич, 1888 г.// СПС Гарант.
2. Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В.С.Нерсесянца. — 2-е изд., изм. и доп. — М.: Норма, 2006. — 784 с.
3. Митюков К.А. Курс римского права (издание 3-е). — Киев, типография товарищества И.Н.Кушнерев и Ко, 1912// СПС Гарант.
4. Покровский И.А. Лекции по истории римского права. — 4-е изд. — Санкт-Петербург, 1911 г.// СПС Гарант.
5. Покровский И.А. История римского права. Серия: Классика российской цивилистики. — М.: Статут, 2004// <http://civil.consultant.ru/elib/books/25> (СПС Консультант Плюс).
6. Римское частное право: Учебник/ Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. — М.: Юристь, 1996. — 544 с.

Коммерческая концессия в гражданском обороте РФ – понятие и признаки

Забелин П.Е., аспирант

Современная гуманитарная академия (г. Воронеж)

Коммерческая концессия является одной из новых для российской практики технологий ведения бизнеса. Обладая специфичной правовой природой, коммерческая концессия предоставляет широкие возможности отечественным предпринимателям перенять деловой и управленческий опыт и технологии ведущих иностранных компаний, приемы, способы и методы ведения предпринимательской деятельности, разработанные в мировой экономике, с целью повышения уровня хозяйствования в России.

Появление данного общественно-экономического явления в сфере предпринимательской деятельности требует соответствующего правового регулирования. Но, несмотря на то, что коммерческая концессия фактически присутствует и достаточно успешно развивается в российской экономике, возникают трудности в регламентации посредством правовых норм связанных с ней отношений. В российском праве существует отдельное законодательство, посвящённое данным вопросам, но некоторые моменты всё же остаются неясными. Кроме того, не достаточно хорошо разработана и имеющаяся на данное время терминологическая база. Всё это в целом не способствует наилучшему пониманию коммерческой концессии — безусловно, сложного явления в отечественной экономике и праве.

Поэтому возникает необходимость пояснить, что собой представляет коммерческая концессия в целом. Далее, выявить характерные для коммерческой концессии признаки, дать определения используемым терминам, а так же определить, через их содержание, соотношение используемых понятий. Кроме того, необходимо отграничить понятие «коммерческая концессия» — как правоотношение, урегулированное нормами гражданского права от понятия «договор коммерческой концессии» — как гражданско-правовой сделки, способа реализации отношений коммерческой концессии на практике.

Коммерческую концессию можно рассматривать в следующих аспектах:

1) совокупность общественных отношений, возникающих в ходе осуществления предпринимательской деятельности определённым образом или способом — как социально-экономический институт;

2) двустороннюю гражданско-правовую сделку (основание возникновения правоотношения) — договор коммерческой концессии;

3) совокупность общественных отношений, урегулированных нормами гражданского права, возникающих между хозяйствующими субъектами в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности определённым способом — как конкретное гражданское правоотношение;

4) институт российского гражданского права — обособленная группа юридических норм, регулирующих однородные общественные отношения и входящих в соответствующую отрасль права.

По мнению многих авторов, коммерческая концессия является аналогом франчайзинга — особой формы организации бизнеса, распространённого в зарубежной предпринимательской практике. Например, по высказыванию Е.А. Черепановой «в том виде, который закреплен в ГК РФ, институт коммерческой концессии является аналогом франчайзинга, возникшего в англо-американской правовой системе и приспособленного к структуре российского гражданского законодательства» [1, с. 27].

По мнению Ф.Н. Филиной «следует быть готовым к тому, что в Гражданском кодексе РФ (гл. 54) франчайзинг получил название «коммерческая концессия», а его стороны — правообладатель и пользователь» [2, с. 8].

Как отметила О.А. Орлова «эффективность франчайзинга связана с идеей тиражирования по определенной

технологии (схеме) проверенных практикой концепций бизнеса. Этот способ предпринимательства предполагает создание широкой сети однородных предприятий (пользователей), связанных с главной фирмой (правообладателем) договором коммерческой концессии (или субконцессии), функционирующих под единым товарным знаком, принадлежащим правообладателю, и соблюдающих одинаковые условия, стиль, методы и формы продаж товаров или оказания услуг» [3].

В сущности, за непонятным термином «франчайзинг» (от французского «franchise» — льгота, привилегия и производного английского «franchising» — право, привилегия) скрывается простая рыночная схема. Компания довольно успешно ведёт свой бизнес, и со временем занимает достаточно прочные позиции на рынке. Постепенно она приобретает известность, а её торговая марка становится вполне узнаваемой. Одновременно с этим компания, при осуществлении предпринимательской деятельности разрабатывает новые технологии, приобретает и накапливает опыт успешного ведения бизнеса. Наряду с успешным ведением бизнеса, компания является правообладателем целого комплекса исключительных прав. Кроме того, многие производители специально используют различные маркетинговые и рекламные методы для того, чтобы их продукт стал более известным и узнаваемым. При этом наибольшее внимание уделяется средствам индивидуализации, таким как товарные знаки. Ведь именно от узнаваемости продукта во многом зависит успех бизнеса в целом. Высокая значимость коммерческого использования товарных знаков привела к тому, что торговля этими объектами стала самостоятельной сферой современных экономических отношений. Теперь права на бренды, выступают в качестве товаров наряду с материальными объектами. При этом передача прав на знаки осуществляется на основе договоров, одним из которых и является договор коммерческой концессии. Одним словом, механизм франчайзинга лучше всего работает в тех отраслях, которые на данный момент имеют наиболее высокую норму прибыли. Ведь сначала компания сама должна стать успешной и известной, и уже потом думать о развитии сети франчайзинга.

Добившись успеха и желая развиваться дальше, компания может выбрать несколько способов развития бизнеса. Самый простой, казалось бы, способ — открытие сети филиалов. Однако, чтобы расширить свое дело, необходим определённый объем денежных средств. Если пойти традиционным путем, можно взять кредит в банке. Есть и другое решение — предоставить, на определённых условиях, заинтересованной фирме право использовать пакет исключительных прав, принадлежащих компании-правообладателю, для использования в предпринимательской деятельности этой фирмы. Ведь, не каждой компании удаётся заработать имя самостоятельно. Тогда она имеет возможность использовать его в течении определённого времени, купив это право у более успешного предприятия. Правообладатель, предоставивший в пользование

свои исключительные права, получает от пользователя комиссионное вознаграждение в виде ежемесячных роялти или фиксированных платежей. В этом и заключается суть франчайзинга.

Все формы франчайзинга обладают одним схожим признаком. В концессии участвуют две стороны, одна из которых является владельцем известной торговой марки, а другая желает под этим брендом работать. Возможность подобной кооперации и сделала франчайзинг таким популярным видом бизнеса. Для крупных компаний коммерческая концессия является одним из эффективнейших способов развития бизнеса и продвижения собственной продукции в регионы. При этом франчайзер получает еще и дополнительный доход — плату за право работать под его маркой. Для франчайзи это хорошая возможность организовать собственное дело и сразу же занять достаточно прочное место на рынке товаров (услуг) с уже проверенной и известной конечному потребителю продукцией. Он получает готовый бизнес, завоевавший определенную нишу на рынке, зарекомендовавший себя с положительной стороны, опробованный всесторонне компанией. Таким образом, франчайзи получает гарантированно «хороший», надежный бизнес. Кроме того, франчайзер обучает сотрудников франчайзи методам работы и оказывает консультативную помощь в будущем. При этом он не несет значительных расходов на рекламу, а его деловая репутация «защищена» именем компании-франчайзера. Нередко фирма — получатель прав, приобретает еще и возможность привлекать дополнительные кредитные ресурсы. Словом, этот вид бизнеса выгоден для обеих сторон.

Коммерческая концессия, как экономическая категория, представляет совокупность общественных отношений, возникающих в области предпринимательской деятельности. Правоотношение выступает лишь как форма правового выражения существующего в реальности общественного отношения и отдельно от этого отношения существовать не может. Как отмечает М.Н. Марченко «в отечественных и зарубежных юридических исследованиях всегда особо акцентировалось и акцентируется внимание на том, что правоотношения сами по себе не порождают каких бы то ни было новых общественных отношений» [4, с. 585].

Возникнув естественным образом, явление — отдельно взятое общественное отношение — получает правовое выражение при одном условии. Это происходит в результате урегулирования правовыми нормами общественных отношений, после чего, они приобретают правовую форму и становятся правоотношениями. В полной мере это относится в частности и к гражданским правоотношениям, которые обладают своей спецификой. По мнению В.С. Ем «гражданские правоотношения — один из видов правоотношений. В силу этого им присущи как общие черты и признаки, характерные для всех правоотношений, так и специфические, обусловленные тем, что гражданские правоотношения возникают в результате гражданско-

правового регулирования имущественных и некоторых личных неимущественных отношений. Иначе говоря, специфические черты и признаки гражданских правоотношений предопределены особенностями самого гражданского права» [5, с. 91].

Таким образом, коммерческую концессию в качестве гражданского правоотношения следует понимать как общественное отношение, урегулированное нормами гражданского права, возникающее между субъектами по поводу комплекса исключительных прав в процессе осуществления предпринимательской деятельности.

Определяя специфику отечественной практики применения рассматриваемой правовой формы, следует отметить, что в России франчайзинг как один из развивающихся договорных инструментов предпринимательской деятельности, пока не имеет специального законодательного определения. Однако отдельные элементы правового механизма франчайзинга в российском законодательстве представлены в нормах гл. 54 ГК РФ, которая именуется «Договор коммерческой концессии». В соответствии со ст. 1027 ГК РФ по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау) [6].

Термины «коммерческая концессия» и «договор коммерческой концессии» не синонимы. Они соотносятся, соответственно, как родовое и видовое понятия. Термин «коммерческая концессия» гораздо шире по своему содержанию чем, например термин «договор коммерческой концессии».

Договор, в свою очередь, является юридическим фактом, необходимой предпосылкой, основанием возникновения правоотношения. Договор опосредует отношения коммерческой концессии, придавая им правовую форму, и тем самым, позволяет рассматривать её как конкретное правоотношение.

До настоящего времени, у авторов нет единого мнения при определении понятия «коммерческая концессия». В России по сложившейся практике делового оборота термин «франчайзинг» используется преимущественно для обозначения определенной системы организации рыночных отношений концессионного вида в целом, термин же «франшиза» — для определения договорных отношений между контрагентами при реализации этой системы отношений на практике [7, с. 400].

Ряд определений предлагает Ф.Н. Филина, по мнению которой «франчайзинг — это: 1) форма продолжительного делового сотрудничества, в процессе которого крупная компания-франшизодатель (правообладатель) представ-

ляет малоизвестной компании-франшизополучателю (пользователю) лицензию (франшизу) на производство продукции, торговлю товарами или предоставление услуг под торговой маркой правообладателя на ограниченной франшизной территории на сроки на условиях, определенных франшизным договором; 2) процесс создания, поддержания и развития франшизной системы франшизодателя посредством участия владельцев независимых франшизных предприятий франшизополучателей» [8, с. 9].

Интересно определение, предложенное С.А. Бобковым, который рассматривает коммерческую концессию, как способ осуществления предпринимательской деятельности, в рамках которого одна сторона — правообладатель, являющаяся профессиональным предпринимателем (коммерческой организацией, либо индивидуальным предпринимателем), предоставляет другой стороне — пользователю, также являющейся профессиональным предпринимателем, на условиях заключенного между ними договора право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащий правообладателю, обязательными элементами которого являются право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение и права на охраняемую коммерческую информацию, а факультативными элементами могут являться права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т.д., таким образом, правообладатель, по сути, предоставляет пользователю право использовать деловую репутацию и коммерческий опыт правообладателя [9, с. 21].

Другие источники определяют франчайзинг следующим образом:

1) Франчайзинг — это форма предпринимательства, основанная на системе взаимоотношений, закрепленных рядом соглашений, при которых одна сторона (франчайзер) предоставляет возмездное право действовать от своего имени (реализовывать товары) другой стороне (франчайзи), способствуя тем самым расширению рынка сбыта.

2) Франчайзинг (от англ. — «Franchise» привилегия, льгота, особое право): Право в сфере промышленной собственности и \ или авторского права, в рамках которого реализуется идеология деловых операций в сфере товарной продукции или услуги на внутреннем рынке, в том числе и для стран с развитой и \ или переходной экономикой, используя структуры и \ или персонал местной фирмы [10].

Таким образом, большинство авторов рассматривают коммерческую концессию (франчайзинг) как совокупность общественных отношений, систему организации рыночных отношений, форму ведения бизнеса, один из способов осуществления предпринимательской деятельности.

Любое явление обладает рядом отличительных, свойственных ему и характерных только для него признаков,

позволяющих говорить о его самостоятельности. Для того, чтобы дать конкретному понятию, соответствующее ему определение, необходимо выявить эти признаки. Коммерческая концессия не является исключением, и, в свою очередь, обладает рядом отличительных признаков, позволяющих говорить о её самостоятельном характере. В качестве таких характерных признаков можно выделить следующие:

1. Способ осуществления предпринимательской деятельности. В этом случае коммерческая концессия выступает как инструмент осуществления предпринимательской деятельности. Осуществление определённого вида предпринимательской деятельности возможно посредством использования определённых методов и способов, характерных для данного вида предпринимательской деятельности. В этом смысле коммерческая концессия не является исключением.

В соответствии со ст. 2 ГК РФ, в зависимости от источников получения прибыли, можно выделить следующие виды предпринимательской деятельности: пользование имуществом с извлечением из этого прибыли, продажа товаров, выполнение работ, оказание услуг. Следовательно, оказание услуг является одним из видов предпринимательской деятельности. В свою очередь оказание услуг, как одна из разновидностей предпринимательской деятельности, осуществляется различными способами, одним из которых, является коммерческая концессия. Как отмечает Е.Н. Васильева: «Помещение норм, регулирующих эти отношения (отношения коммерческой концессии — авт.) в той части ГК, которая посвящена в основном договорам об оказании услуг, нематериальный результат действия, которое должен совершить правообладатель, дает основание отнести его к родовой группе договоров об оказании услуг» [11, с. 232].

В рамках договора коммерческой концессии правообладатель предоставляет пользователю на возмездной основе право использовать в определенном объеме в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю (п. 1 ст. 1027 ГК). Речь идёт, именно о предоставлении, передаче объектов исключительных прав в пользование, а не в собственность. При этом право собственности на эти объекты не отчуждается, как, например, при договоре купли-продажи. В этом случае, можно говорить о предоставлении определённой услуги со стороны правообладателя, так как, правообладатель не утрачивает прав на передаваемые по договору объекты, и продолжает оставаться их собственником, получая от пользователя денежное вознаграждение за предоставленную услугу. Кроме того, франчайзинг предполагает постоянное техническое и консультационное содействие пользователю — услугу, которую правообладатель предоставляет по договору пользователю. Таким образом, поскольку в рамках коммерческой концессии одна из сторон (правообладатель) предоставляет в пользование принадлежащие ему исключительные права, следствием чего является нема-

териальный результат действия, которое должен совершить правообладатель, можно говорить о наличии оказания услуги. Поэтому коммерческую концессию, вполне обоснованно, можно рассматривать как способ осуществления предпринимательской деятельности связанной с оказанием услуг.

2. Наличие комплекса исключительных прав, принадлежащих правообладателю. К этим правам законом отнесены, в частности, права на товарный знак, знак обслуживания, на коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, и т.д. То есть, имеются в виду исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и, прежде всего те из них, которые направлены на индивидуализацию продукции (работ, услуг). Как заметил А.А. Иванов «среди этих исключительных прав не названа основная их разновидность — патентные права. Впрочем, поскольку перечень исключительных прав оставлен открытым, могут быть переданы и они» [12, с. 734].

Кроме того, можно предполагать, что перечень этих прав оставлен открытым далеко не случайно. Список исключительных прав со временем, по мере развития общественно-экономических отношений и в зависимости от потребности в их регламентации посредством правовых норм, будет дополняться новыми объектами исключительных прав, а так же не исключено, и изменяться (примером может служить исключение из состава объектов, входящих в передаваемый комплекс исключительных прав, фирменного наименования). Речь идёт о введении в действие с 1 января 2008 года четвертой части ГК РФ и связанных с этим изменениях произошедших в действующем законодательстве, а именно изменениях произошедших в главе 54 непосредственно посвящённой коммерческой концессии. В связи с этим изменился состав обязательных и факультативных элементов, а фирменное наименование, являющееся средством индивидуализации правообладателя, вообще был изъят из комплекса исключительных прав, передаваемых по договору. А между тем первоначально он выступал как обязательный элемент, передаваемый в составе комплекса исключительных прав без которого заключение договора было бы невозможным — в противном случае договор считался недействительным.

Как отмечает Е.Н. Васильева «применимо к коммерческой концессии, речь идет не просто об исключительных правах, а об их совокупности — комплексе. Представляется, что комплекс исключительных прав должен рассматриваться как единый объект договора, обладающий признаками неделимости, наряду с другими имущественными комплексами, например, предприятием» [13, с. 253].

В этом случае слово «комплекс» подчеркивает, что исключительные права передаются не сами по себе, а как единый объект, служащий для достижения цели коммерческой концессии. Именно наличие такой своеобразной комплексности является спецификой коммерческой концессии.

3. Предоставление в пользование комплекса исключительных прав является не только необходимым условием реализации отношений коммерческой концессии, но и главной обязанностью правообладателя. Согласно определению, содержащемуся в ст. 1027 ГК РФ, — «правообладатель обязуется предоставить пользователю комплекс исключительных прав». Эти обязанности включают в себя два рода действий. К первому относится предоставление информации о существе — форме и/или содержании охраняемых элементов объекта интеллектуальной собственности. Ко второму — разрешение на использование каждого из таких объектов. Кроме того, наряду с обязанностью передать пользователю информацию, правообладатель обязан проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением прав, в том числе — с использованием объектов этих прав.

4. Использование передаваемого комплекса исключительных прав в предпринимательской деятельности пользователя. Пользователь обязан реализовать в полном объеме полученные права. Он должен осуществлять предусмотренную договором хозяйственную деятельность в обусловленном масштабе и на обусловленном качественном уровне [14, с. 590].

Это означает не только то, что пользователь может использовать переданный ему пакет прав в своей предпринимательской деятельности, но и не выходить при этом за пределы использования предоставленных прав: по объему, сфере предпринимательства, территории, срока.

Таким образом, характерными признаками коммерческой концессии, являются:

- 1) способ осуществления предпринимательской деятельности;
- 2) наличие комплекса исключительных прав, принадлежащих правообладателю;
- 3) предоставление в пользование на определенных условиях комплекса исключительных прав;
- 4) использование передаваемого комплекса исключительных прав в предпринимательской деятельности пользователя.

Определение понятия должно быть ёмким и по возможности кратким, но вместе с тем достаточным для того, чтобы через содержание раскрыть подлинную суть явления. Чрезмерная детализация, при всех своих кажущихся плюсах, может иметь обратный, негативный эффект. Это может проявляться в перегруженности определения лишь на первый взгляд необходимой инфор-

мацией, что в конечном итоге, приводит к излишней объёмности, «размытости» определения в ущерб чёткому, вполне определённом и конкретному содержанию понятия. Принимая во внимание эти критерии представляется возможным пояснить смысл терминов, связанных с данным видом бизнеса:

Коммерческая концессия (франчайзинг) — способ осуществления предпринимательской деятельности, при котором одно лицо (правообладатель) предоставляет другому лицу (пользователю) на определённых условиях право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю.

Правообладатель (франчайзер, франшизодатель) — юридическое или физическое лицо (индивидуальный предприниматель), которому принадлежит комплекс исключительных прав, предоставляющее на определённый срок и на определённых условиях пользователю право, использовать этот комплекс при осуществлении предпринимательской деятельности.

Пользователь (франчайзи, франшизополучатель) — юридическое или физическое лицо (индивидуальный предприниматель), которому предоставляют право использовать в его предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю.

Франшиза — предоставляемое пользователю право, использовать в его предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю.

Существующее законодательство, посвящённое коммерческой концессии, требует дальнейшей доработки. Более активное использование коммерческой концессии сдерживается тем, что в российском законодательстве не регулируется весь комплекс отношений, характерных для института франчайзинга с учетом международной практики и законодательства зарубежных стран, а также отсутствием понятия «франчайзинг» в нормативно-правовой базе России. Наряду с этим, необходима разработка соответствующей терминологической базы. Всё это, в совокупности, будет способствовать наилучшему пониманию этого института, и думается, во многом облегчит регулирование отношений, связанных с коммерческой концессией, что на данное время представляет актуальную задачу.

Литература:

1. Черепанова Е.А. Франчайзинг в России: правовой аспект / Е.А. Черепанова — Екатеринбург: ИД Урал Юр Издат, 2005. — С. 27.
2. Филина Ф.Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности / Ф.Н. Филина. — М.: ГроссМедиа: РОСБУХ, 2008. — С. 8.
3. Орлова О.А. «Право и экономика», N 7, июль 2003 г. Цит. по электронной версии, приведенной в Справочной правовой системе «Гарант».
4. Марченко М.Н. Теория государства и права. Учебник / М.Н. Марченко. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. — С. 585.

5. Гражданское право: В 4 т.: Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. Е.А.Суханова. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — Т. 1. — С. 91.
6. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая, вторая, третья и четвертая. — М.: Проспект, 2008.
7. Гуцин В.В. Инвестиционное право: Учебник / В.В. Гуцин, А.А. Овчинников. — М.: Изд-во ЭКСМО, 2006. — С. 400.
8. Филина Ф.Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности / Ф.Н. Филина. — М.: ГроссМедиа: РОСБУХ, 2008. — С. 9.
9. Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / РГТЭУ. — Москва, 2004. — С. 21.
10. <http://www.fr-lib.ru>
11. Сосна С.А. Франчайзинг. Коммерческая концессия / С.А. Сосна, Е.Н. Васильева. — М.: ИКЦ Академкнига, 2005. — С. 232.
12. Гражданское право: В 3 т.: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — Т. 2. — С. 734.
13. Сосна С.А. Франчайзинг. Коммерческая концессия / С.А. Сосна, Е.Н. Васильева. — М.: ИКЦ Академкнига, 2005. — С. 253.
14. Гражданское право России: Часть вторая. Обязательственное право: Курс лекций / Под ред. О.Н. Садикова. — М., 1997. — С. 590.

Иерархическая структура национального (внутригосударственного) транспортного права РФ

Ильина С.В., ст.преподаватель; Мурзина А.С., студент
Комсомольский-на-Амуре государственный технический университет

Транспорт как отрасль материального производства не создает новых материальных ценностей и не увеличивает богатства общества.

Транспорт является связующим звеном экономики страны. Транспорт охватывает все виды общественного производства, распределения и обмена. Производством транспорта является деятельность территориальному перемещению груза и людей.

Отрасли права

В соответствии с **общей теорией права** основным элементом системы права является **отрасль права**, представляющая собой наиболее широкое объединение **правовых норм**, регулирующих **определенный вид общественных отношений**. Приоритетное положение отрасли в системе права определяется тем, что она отражает и регулирует наиболее важные, относительно обособленные группы общественных отношений, играющих существенную роль в организации общественной жизни.

Отрасли права — наиболее крупные элементы структуры права. Предмет и метод являются основаниями для деления права на отрасли. Если **предмет** — это общественные отношения, выделяющиеся своей однородностью, на которые воздействуют нормы конкретной отрасли права, то **метод** — это система регулятивного воздействия, которое характеризуется специфическими приемами регулирования.

Таким образом, образование отдельных отраслей права происходит не произвольно, а в результате обособления отдельной обособленной группы общественных отношений в отношении (предмета) и формирования особого регулятивного режима (метода).

Другими словами, предмет и метод представляют собой необходимые условия отграничения одной отрасли права от другой.

Место транспортного права в системе российского права

В правовой науке принято выделять базовые и комплексные отрасли права.

К **базовым** относятся **государственная, уголовная, гражданская, административная** и др. отрасли.

В то же время в правовой системе имеются **образования комплексного характера**, такие как: **транспортное, банковское, коммерческое, таможенное, природоохранительное право**.

Эти образования являются **комплексными**, поскольку нормы, в них входящие, не связаны единым методом и механизмом регулирования. Почти все они имеют прописку в основных отраслях (например: нормы транспортного права можно совершенно точно распределить по таким основным отраслям, как административное право, гражданское право, земельное право, процессуальное право).

С точки зрения принципов построения российской системы права, **транспортное право** не является самостоятельной отраслью, как, например, государственное, административное, гражданское, трудовое, уголовное право и т.д.

Следовательно, **транспортное право** — это **комплексная отрасль**, содержащая нормы, которые по своей природе являются административными, трудовыми, гражданскими и т.д., что объясняется спецификой регулируемых транспортным правом общественных отношений. Нормы, входящие в транспортное право, не связаны единым методом и механизмом регулирования, т.к. они почти все прописаны в основных отраслях права.

Система транспортного права

Особенностью транспортного права является то, что оно сочетает в себе властно-организационные отношения, регулируемые административным правом и имущественные отношения, регулируемые гражданским правом.

Следовательно, транспортное право регулирует разные по характеру отношения, которые возникают в процессе взаимоотношений транспортных предприятий с клиентурой.

Объединение норм различных отраслей в единый правовой комплекс транспортного права состоит в регулировании деятельности отдельных видов транспорта как **единой транспортной системы**.

Транспортное законодательство

Транспортное право — это совокупность норм права, а **транспортное законодательство** — это система (совокупность) нормативно-правовых актов регулирующих транспортные отношения.

Конституция РФ, как Основной закон государства, выступает юридической базой транспортного законодательства.

Особенности транспортного законодательства:

1) Транспортное законодательство является наиболее кодифицированным массивом нормативно-правовых актов в российском законодательстве. На всех видах транспорта приняты и действуют уставы и кодексы, регулирующие значительное количество отношений между перевозчиками и клиентами.

2) В транспортном законодательстве отражается особенность договоров заключенных транспортными предприятиями с большим кругом клиентуры (например, ограниченная ответственность перевозчика за нарушение договорных обязательств, предъявление претензий и исков к перевозчикам).

3) В транспортном законодательстве действует большое количество императивных норм (правила, которые не могут быть изменены по каким-либо иным условиям).

4) На транспортное законодательство оказывают влияние: законодательство в области международного транспорта, это влияние носит взаимный характер. Нормы транспортных конвенций подлежат обязательному применению в процессе функционирования международного транспорта, во взаимоотношениях стран, которые заключили соответствующий международный договор.

Источники права

В юридической науке, когда говорят об **источниках права**, имеют в виду формы, в которых выражена та или иная правовая норма.

Под источником транспортного права понимают обычно ту юридическую форму, в которой выражается правотворческая деятельность государства и с помощью которой воля законодателя становится обязательной для исполнения.

В результате правотворческой деятельности государства **норма** становится **юридической**. Следовательно, **источники права** это тоже результат этой правотворческой деятельности государства.

В результате правотворческой деятельности государство может либо формулировать, либо санкционировать какое-либо правило (модель поведения), т.е. норму.

Предмет транспортного права

Предметом транспортного права являются **общественные отношения**, связанные с транспортировкой грузов, пассажиров, багажа и возникающие у транспортных организаций и индивидуальных перевозчиков с клиентурой, а также между самими перевозчиками как одного, так и разных видов транспорта при осуществлении перевозочного процесса.

В системе транспортного права различают следующие **специальные части транспортного права**: морское право, внутреннее водное (речное) право, железнодорожное право, автомобильное (автотранспортное) право, воздушное право, космическое право.

Следовательно, транспортное право это комплексная отрасль, содержащая нормы различных отраслей находящихся в свою очередь в различных специальных частях права.

Отсюда можно сделать вывод о том, что подход к изучению транспортного права должен быть комплексным и системным с последовательным изучением элементов транспортного права, как единой иерархической структуры. Поэтому, на начальной стадии соприкосновения с такой отраслью права как транспортное право нередко возникают вопросы, связанные с отсутствием четкой структуризации данной отрасли. Хотя при более глубоком изучении данной отрасли видно, что это иерархическая система с уровнями вложенности по горизонтали и вертикали.

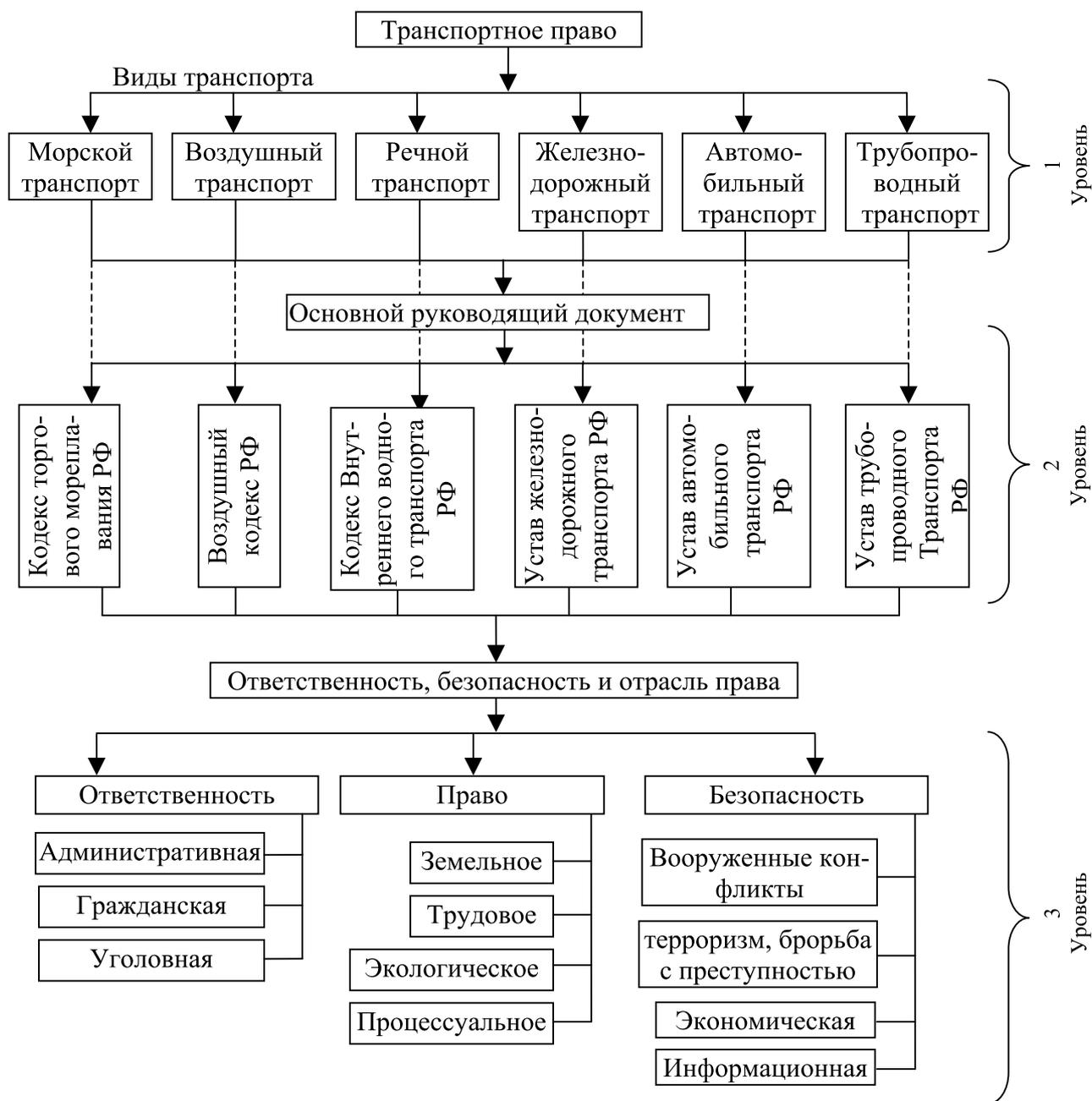


Рис. 1. Иерархическая структура внутригосударственного права

Иерархическая структура внутригосударственного транспортного права приведена на рис. 1.

На первом уровне данной иерархической структуры представлено деление транспорта по видам. На втором уровне приводятся основные, главные действующие документы, соответственно для каждого вида транспорта. На третьем уровне представлена зона ответствен-

ности, безопасности и совершаемых преступлений на транспорте.

При составлении данной структуры и написании статьи не рассматривался тот факт, что транспортное право является не только частью национального (внутригосударственного) российского права, но и частью международного права.

Литература:

1. Авраменко, И.М. Международное морское право: уч. пособие. / И.М. Авраменко. — 2-е изд., исправл. и доп. — М.: Рконсульт, 2003. — 496 с.
2. Анцелевич, Г.А. Международное морское право: Учебник / Г.А. Анцелевич. — Киев: Слово, 2004. — 400 с.
3. Гречуха, В.Н. Транспортное право Российской Федерации: уч. пособие. / В.Н. Гречуха. — Ч.1. — М.: МГИУ, 2002. — 348 с.

4. Гречуха, В.Н. Транспортное право Российской Федерации: уч. пособие. / В.Н. Гречуха. — Ч.2. — М.: МГИУ, 2002. — 303 с.
5. Гуцуляк, В.Н. Морское право: уч. пособие. / В.Н. Гуцуляк. — М.: РосКонсульт, 2000.
6. Егиазаров, В.А. Транспортное право: учебник для вузов. / В.А. Егиазаров. — 3-е изд., стер. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2005. — 544 с.
7. Ерпыльева, Н.Ю. Международное частное право: учеб. / Н.Ю. Ерпыльева. — М.: ТК Велби, Изд-во Проект, 2005. — 560 с.
8. Федощева, Н.Н. Международное право. Учебное пособие в схемах и определениях. — М.: Книжный мир, 2008 г. — 106 с.
9. Сиваков, О.В. Транспортное право: уч. пособие. / О.В. Сиваков [и др.]. — М.: Былина, 1999.
10. Спирин, И.В. Транспортное право: Учеб.пособие / И.В. Спирин. — М.: Транспорт, 2001. — 303 с.

Некоторые особенности внесения платы за жилое помещение и коммунальные платежи в жилищном праве РФ

Кицай Ю.А., аспирант

Научный руководитель – кандидат юридических наук, доцент Толстикова О.М.

Иркутский государственный университет

Нормы ст. 153 ЖК РФ являются новеллой жилищного законодательства. Впервые в единую статью сведены нормы об обязанностях по внесению платы за жилье и коммунальные услуги, возложенных на лиц, пользующихся жилыми помещениями по различным основаниям. В соответствии с ЖК РФ обязанность по внесению платы за жилое помещение и коммунальные услуги возникает у:

1) нанимателя жилого помещения по договору социального найма с момента заключения такого договора (в отношении платы за жилое помещение и коммунальные услуги);

2) арендатора жилого помещения государственного или муниципального жилищного фонда с момента заключения соответствующего договора аренды (в отношении арендной платы и оплаты коммунальных услуг);

3) нанимателя жилого помещения по договору найма жилого помещения государственного или муниципального жилищного фонда с момента заключения такого договора (в отношении платы за жилое помещение и коммунальные услуги);

4) члена жилищного кооператива с момента предоставления жилого помещения жилищным кооперативом (если член ЖК не выплатил полностью пай, то он обязан и вносить плату за жилое помещение, и оплачивать коммунальные услуги; если пай выплачен полностью — он обязан вносить только плату за коммунальные услуги);

5) собственника жилого помещения с момента возникновения права собственности на жилое помещение (в отношении платы за коммунальные услуги);

6) лица, принявшего от застройщика (лица, обеспечивающего строительство многоквартирного дома) после выдачи ему разрешения на ввод многоквартирного дома в эксплуатацию помещения в данном доме по переда-

точному акту или иному документу о передаче, с момента такой передачи.

ЖК РФ определяет структуру платы за жилое помещение и коммунальные услуги, вносимую лицами, пользующимися жилыми помещениями по различным основаниям. Плата, вносимая нанимателем жилого помещения по договору социального найма или по договору найма жилого помещения в государственном или муниципальном жилом фонде, включает в себя:

— плату за пользование жилым помещением (плата за наем);

— плату за содержание и ремонт жилого помещения, включающую в себя плату за услуги и работы по управлению многоквартирным домом, содержанию и текущему ремонту общего имущества в многоквартирном доме. Капитальный ремонт общего имущества в многоквартирном доме проводится за счет собственника жилищного фонда;

— плату за коммунальные услуги.

Плата, вносимая собственником жилого помещения в многоквартирном доме, включает в себя:

— плату за содержание и ремонт жилого помещения, включающую в себя плату за услуги и работы по управлению многоквартирным домом, содержанию, текущему и капитальному ремонту общего имущества в многоквартирном доме;

— плату за коммунальные услуги.

Собственники отдельных жилых домов самостоятельно несут расходы по их содержанию и ремонту. Поэтому плата таких лиц за жилье сводится исключительно к оплате коммунальных услуг.

Плата за коммунальные услуги включает в себя: плату за холодное и горячее водоснабжение, водоотведение, электроснабжение, газоснабжение (в том числе поставки бытового газа в баллонах), отопление (теплоснабжение, в

том числе поставки твердого топлива при наличии печного отопления).

Плата за жилое помещение и коммунальные услуги вносится ежемесячно до десятого числа месяца, следующего за истекшим месяцем, если иной срок не установлен договором управления многоквартирным домом либо решением общего собрания членов товарищества собственников жилья, жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива, созданного в целях удовлетворения потребностей граждан в жилье в соответствии с федеральным законом о таком кооперативе (далее — иной специализированный потребительский кооператив).

Плата за жилое помещение и коммунальные услуги вносится на основании платежных документов, представленных не позднее первого числа месяца, следующего за истекшим месяцем, если иной срок не установлен договором управления многоквартирным домом либо решением общего собрания членов товарищества собственников жилья, жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива.

Наниматели жилых помещений по договору социального найма и договору найма жилого помещения государственного или муниципального жилищного фонда вносят плату за пользование жилым помещением (плату за наем) наймодателю этого жилого помещения.

Наниматели жилых помещений по договору социального найма и договору найма жилых помещений государственного или муниципального жилищного фонда в многоквартирном доме, управление которым осуществляется управляющей организацией, вносят плату за содержание и ремонт жилого помещения, а также плату за коммунальные услуги этой управляющей организации. Если размер вносимой нанимателем жилого помещения платы меньше, чем размер платы, установленный договором управления, оставшаяся часть платы вносится наймодателем этого жилого помещения в согласованном с управляющей организацией порядке.

Члены товарищества собственников жилья либо жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива вносят обязательные платежи и (или) взносы, связанные с оплатой расходов на содержание, текущий и капитальный ремонт общего имущества в многоквартирном доме, а также с оплатой коммунальных услуг, в порядке, установленном органами управления товарищества собственников жилья либо органами управления жилищного кооператива или органами управления иного специализированного потребительского кооператива.

Не являющиеся членами товарищества собственников жилья либо жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива собственники помещений в многоквартирном доме, в котором созданы товарищество собственников жилья либо жилищный кооператив или иной специализированный потребительский кооператив, вносят плату за содержание

и ремонт общего имущества в многоквартирном доме и плату за коммунальные услуги в соответствии с договорами, заключенными с товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом. В случае заключения товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом либо в случае, предусмотренном частью 14 статьи 161 ЖК РФ, застройщиком договора управления многоквартирным домом плата за коммунальные услуги вносится. Управляющая организация, товарищество собственников жилья либо жилищный кооператив или иной специализированный потребительский кооператив, которые получают плату за коммунальные услуги, осуществляют расчеты за ресурсы, необходимые для предоставления коммунальных услуг, с лицами, с которыми такими управляющей организацией, товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом заключены договоры холодного и горячего водоснабжения, водоотведения, электроснабжения, газоснабжения (в том числе поставки бытового газа в баллонах), отопления (теплоснабжения, в том числе поставки твердого топлива при наличии печного отопления), в соответствии с требованиями, установленными Правительством Российской Федерации. На основании решения общего собрания членов товарищества собственников жилья либо жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива собственники помещений в многоквартирном доме и наниматели жилых помещений по договорам социального найма или договорам найма жилых помещений государственного либо муниципального жилищного фонда в данном доме могут вносить плату за все или некоторые коммунальные услуги (за исключением коммунальных услуг, потребляемых при использовании общего имущества в многоквартирном доме) ресурсоснабжающим организациям. При этом внесение платы за коммунальные услуги ресурсоснабжающим организациям признается выполнением собственниками помещений в многоквартирном доме и нанимателями жилых помещений по договорам социального найма или договорам найма жилых помещений государственного либо муниципального жилищного фонда в данном доме своих обязательств по внесению платы за коммунальные услуги перед товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом, которые отвечают перед такими собственниками и нанимателями за предоставление коммунальных услуг надлежащего качества.

Собственники помещений в многоквартирном доме, в котором не созданы товарищество собственников жилья либо жилищный кооператив или иной специализированный потребительский кооператив и управление которым осуществляется управляющей организацией, плату за жилое помещение и коммунальные услуги вносят

этой управляющей организации. На основании решения общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме собственники помещений в многоквартирном доме и наниматели жилых помещений по договорам социального найма или договорам найма жилых помещений государственного либо муниципального жилищного фонда в данном доме могут вносить плату за все или некоторые коммунальные услуги (за исключением коммунальных услуг, потребляемых при использовании общего имущества в многоквартирном доме) ресурсоснабжающим организациям. При этом внесение платы за коммунальные услуги ресурсоснабжающим организациям признается выполнением собственниками помещений в многоквартирном доме и нанимателями жилых помещений по договорам социального найма или договорам найма жилых помещений государственного либо муниципального жилищного фонда в данном доме своих обязательств по внесению платы за коммунальные услуги перед управляющей организацией, которая отвечает перед такими собственниками и нанимателями за предоставление коммунальных услуг надлежащего качества.

Собственники помещений в многоквартирном доме, осуществляющие непосредственное управление таким домом, вносят плату за жилое помещение и коммунальные услуги в соответствии с договорами, заключенными с лицами, осуществляющими соответствующие виды деятельности.

Собственники жилых домов оплачивают услуги и работы по их содержанию и ремонту, а также вносят плату за коммунальные услуги в соответствии с договорами, заключенными с лицами, осуществляющими соответствующие виды деятельности.

Собственники помещений в многоквартирном доме оплачивают услуги и работы по содержанию и ремонту этих помещений в соответствии с договорами, заключенными с лицами, осуществляющими соответствующие виды деятельности.

Неиспользование собственниками, нанимателями и иными лицами помещений не является основанием невнесения платы за жилое помещение и коммунальные услуги. При временном отсутствии граждан внесение платы за отдельные виды коммунальных услуг, рассчитываемой исходя из нормативов потребления, осуществля-

ется с учетом перерасчета платежей за период временного отсутствия граждан в порядке, утвержденном Правительством Российской Федерации.

Плата за коммунальные услуги, предоставляемые временным жильцам, вносится нанимателем жилого помещения в соответствии с дополнительным соглашением с наймодателем, заключенным на срок проживания временных жильцов.

Наймодатель, управляющая организация обязаны информировать в письменной форме соответственно нанимателей жилых помещений государственного и муниципального жилищных фондов и собственников жилых помещений в многоквартирном доме об изменении размера платы за жилое помещение и коммунальные услуги не позднее чем за тридцать дней до даты представления платежных документов, на основании которых будет вноситься плата за жилое помещение и коммунальные услуги в ином размере, если иной срок не установлен договором управления.

Лица, несвоевременно и (или) не полностью внесшие плату за жилое помещение и коммунальные услуги (должники), обязаны уплатить кредитору пени в размере одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации, действующей на момент оплаты, от не выплаченных в срок сумм за каждый день просрочки начиная со следующего дня после наступления установленного срока оплаты по день фактической выплаты включительно. Увеличение установленного в настоящей части размера пеней не допускается.

Наймодатель жилого помещения, управляющая организация, иное юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, которым в соответствии с настоящим Кодексом вносится плата за жилое помещение и коммунальные услуги, а также их представитель вправе осуществлять расчеты с нанимателями жилых помещений государственного и муниципального жилищных фондов и собственниками жилых помещений и взимать плату за жилое помещение и коммунальные услуги при участии платежных агентов, осуществляющих деятельность по приему платежей физических лиц, а также банковских платежных агентов, осуществляющих деятельность в соответствии с законодательством о банках и банковской деятельности.

Необходим ли договор при применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ)?

Кузьмина К.Б., аспирант

Астраханский государственный университет

Обязательственные правоотношения, устанавливающие юридически обязательные взаимосвязи участников, возникают из заключенных ими договоров либо

по другим основаниям, предусмотренным законом (ст.3 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан). Иначе говоря, основаниями воз-

никновения обязательств являются различные юридические факты, среди которых главное место занимают договоры. Обязательства по осуществлению ВРТ являются договорными обязательствами, то есть они определяется не только законом, но и соглашением лиц, участвующих в обязательстве, которое оформляется договором. Также обязательства могут возникать из договоров, не предусмотренных законодательством, но не противоречащих ему.

Наряду с гражданско-правовыми договорами, существуют договоры, которые используются за пределами указанной отрасли. Все они являются соглашениями, направленными на возникновение набора прав и обязанностей, которые составляют в совокупности правоотношение, порожденное соглашением.

Договоры о применении ВРТ относятся к системе гражданско-правовых договоров, регулируемых нормами гражданского права, хотя в ГК РФ не содержится норм, специально посвященных данным договорам. Именно поэтому данные договоры по своей сути являются непоименованными договорами. К ним применяются нормы о наиболее сходном с конкретным договором виде или типе договоров — договор возмездного оказания услуг (Глава 39 ГК РФ) — в чем проявляется практическое значение типизации договорных обязательств и общие положения обязательственного (договорного) права, т.е. правило об аналогии закона, а при невозможности этого — аналогия права.

Семейный кодекс говорит только о письменном согласии лиц, состоящих в браке на имплантацию эмбриона, и не предусматривает заключение каких либо договоров между участниками данного процесса, хотя и не запрещает их. Заключение таких договоров, на наш взгляд просто необходимо, поскольку вопросы, связанные с ВРТ могут быть разрешены посредством договора, на основе действующего семейного кодекса. Договор с пациентом — не только требование п. 11 Правил предоставления платных медицинских услуг населению, а важный документ при рассмотрении конфликтной ситуации. Причем со стороны пациента (потребителя) заключение договора — это право (так, например, что касается суррогатного материнства, СК напрямую не предписывает заключение договора), а со стороны медицинского учреждения (исполнителя) — это обязанность со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Еще одним аргументом в пользу заключения договора является устранение неопределенности взаимоотношений между пациентом и медицинским учреждением, которая может повлечь имущественные потери организации. Такие потери все же возможны и при заключенном договоре, если не исполнены или ненадлежащим образом исполнены обязательства обеих сторон. Чтобы говорить об их надлежащем исполнении, необходимо в каждом конкретном случае знать и иметь возможность продемонстрировать объем и характер этих обязательств по договору.

В отношениях по оказанию медицинских услуг идея письменного их оформления не находит массового при-

знания по ряду причин. Прежде всего, принято полагать, что бумажная деятельность может приостановить медицинскую. Кроме того, считается, что вероятных неожиданностей при оказании медицинской помощи предусмотреть в договоре невозможно; пациент же все равно не в состоянии постичь информацию в том объеме, в котором ее необходимо ему предоставить в связи с оказанием медицинской помощи [6].

Однако на наш взгляд, пользы от такого договора для обеих его сторон значительно больше чем вреда. При правильно составленном договоре обе стороны могут рассчитывать на исполнение условий контрагентом в их пользу. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения каких-либо условий, сторона может сослаться на договор. В случае устного соглашения такую договоренность трудно доказать.

На наш взгляд, оказание медицинских услуг по применению ВРТ нуждается в письменном оформлении. При грамотно составленном договоре об оказании ВРТ преимущества письменной формы над устной является очевидным и предпочтительнее для обеих сторон.

На данном этапе развития рыночных отношений не удивительно внедрение типовых форм договора и при исполнении медицинских услуг. Имеется в виду договор присоединения, который получил широкое распространение в сфере услуг (например, образовательных). Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (п.1 ст.428 ГК РФ). Данное требование исключает возможность для сторон в договоре изменять установленные в этом договоре какие-либо условия. Типовой договор разрабатывается отдельно для каждого вида медицинской услуги и содержит специфику, объем и содержание конкретной услуги в данной организации. В таком договоре обязательно должны содержаться все необходимые условия и перечень этих условий должен быть закрытым и одинаковым для всех получателей медицинских услуг. Помимо этого, договор обязательно должен содержать информацию о том, каким образом будет оказана услуга и меры надлежащего ее оказания, а также момент начала и завершения услуги. Сторона, пожелавшая присоединиться к такому договору, оплачивает услугу и, тем самым, соглашается со всеми условиями договора или отказывается присоединиться к нему.

На сегодняшний день не существует единой формы договора на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона. На наш взгляд, не лишним будет создание и утверждение типовой формы договора об оказании услуг по осуществлению ВРТ в приложении к Приказу №67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия». Таким образом, все услуги по осуществлению ВРТ будут проводиться на основании установленного законом ти-

пового договора, который будет содержать в себе все необходимые условия и поможет избежать многих проблем для обеих сторон в случае возникновения конфликтных ситуаций.

На наш взгляд, для договоров, регулирующих столь сложные и деликатные отношения просто необходимо установить жесткую конструкцию — типовую форму, которая была бы обязательна для всех правоотношений по осуществлению искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона, но в то же время не лишала стороны свободы выбора отдельных условий. Форма должна четко регламентировать самые основные и обязательные ус-

ловия договора. В первую очередь, это необходимо для наиболее слабой стороны в данных правоотношениях — пациента (потребителя). Типовая форма договора поможет ему лучше ориентироваться в данной сфере медицинских услуг.

Только в случае заключения грамотно составленного договора можно проследить за правильным выполнением оказанной медицинской услуги, а в случае необходимости, привлечь к ответственности сторону, нарушившую условия соглашения. Конечно, в случае нарушения прав одной из сторон на помощь приходит закон, однако на наш взгляд важность договора трудно переоценить.

Литература:

1. «Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан» от 22.07.1993 № 5487-1 (в ред. ФЗ от 18.10.2007 № 230-ФЗ) // «Ведомости СНД и ВС РФ», 19.08.1993, № 33, ст. 1318.
2. Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (в ред. ФЗ от 24.04.2008 № 49-ФЗ) // «СЗ РФ», 05.12.1994, № 32, ст. 3301.
3. Постановление Правительства РФ от 13.01.1996 № 27 «Об утверждении правил предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями» // «СЗ РФ», № 3, 15.01.1996, ст. 194.
4. Приказ Министерства здравоохранения от 26.02.2003 № 67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия» // «Российская газета» № 84 06.05.2003.
5. Никитин Е. Бесплодие. Что предлагает медицина? Правовые аспекты. М., 2008. С. 97–98.

Правовые особенности содержания договора страхования имущества

Сергеева Ю.С., преподаватель

Академия труда и социальных отношений (г. Москва)

Ключевые слова: договор имущественного страхования, предмет договора имущественного страхования, имущество, имущественный интерес.

В гражданском законодательстве определение предмета любого договора является одним из важнейших аспектов правового регулирования этого договора. Сам по себе предмет договора определяет его правовую природу и дает основную характеристику. Обозначая предмет гражданско-правового договора как одно из его существенных условий российское гражданское право предоставляет возможность определения обособленности того или иного договора.

Договор имущественного страхования обладает особенностями правовой природы, связанные, прежде всего, с двойственностью правового регулирования отношений, возникающих при заключении такого рода договоров, а именно, с одной стороны договор имущественного страхования является следствием выражения воли его сторон, отношения возникающие в результате заключения договора страхования имущества регулируются посредством диспозитивного метода, т.е. речь идет, прежде всего, о применении норм гражданского законодательства. С другой стороны, правовое регулирование возникших отношений, связанных с защитой и сохранением имущества

или имущественного интереса будет осуществляться путем применения норм страхового права, которые являются императивными. Таким образом, двойственность правового регулирования отношений, возникающих в результате заключения договора имущественного страхования, выражает особенность самого договора.

В соответствии с п.1. ст. 942 ГК РФ существенными условиями договора имущественного страхования являются условия:

- 1) об определенном имуществе либо ином неимущественном интересе, являющемся объектом страхования;
- 2) о характере события, на случай наступления которого осуществляется страхование (страхового случая);
- 3) о размере страховой суммы;
- 4) о сроке действия договора.

Необходимо отметить, что особенной чертой договора имущественного страхования является, в первую очередь, его предмет. Как было отмечено выше, отношения, возникающие в момент заключения договора имущественного страхования, связаны с интересом в сохранении имущества. То есть, основываясь на содержании п. 2 ст. 929

Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) можно отметить, что законодательно установлено два возможных варианта предмета договора имущественного страхования — имущество и иные имущественные (страховые) интересы. Также необходимо отметить тот факт, что имущество не может быть предметом договора имущественного страхования без наличия интереса в сохранении этого имущества, о чем говорит норма, указанная в п. 1 ст. 930 ГК РФ. С одной стороны, страховой интерес при страховании имущества направлен на получение страхового возмещения (позитивный интерес), с другой стороны, страховой интерес состоит в том, чтобы страховой случай не наступил (негативный интерес). В страховании имущества, в отличие от личного страхования, страховой интерес приобретает юридическое значение, поскольку его отсутствие влечет недействительность договора, причем такой интерес должен быть субъективным, являясь интересом определенного лица (либо определяемого лица — в случае страхования «за счет кого следует»), в пользу которого застраховано имущество (страхователя или выгодоприобретателя).

Возникает вопрос — каким образом законодатель устанавливает связь в предмете договора имущественного страхования, коим выступает имущество, между самим имуществом и интересом в сохранении этого имущества? Получается, что ответом на заданный вопрос будет являться тот факт, что страхователь или выгодоприобретатель, имеющие намерение заключить договор страхования имущества таким образом подтверждают свой интерес в сохранении застрахованного имущества. Безусловно, на практике, страховщик при страховании того или иного вида имущества может потребовать от страхователя или выгодоприобретателя дополнительные сведения, доказывающие наличие у него интереса в сохранении застрахованного имущества.

Некоторые ученые-юристы высказывают мнение, что «предметом договора страхования имущества является не само имущество, а определенный имущественный (страховой) интерес в нем, основанный либо на законе, либо на ином правовом акте» [1, с. 269]. Но, на мой взгляд, имущество в совокупности со страховым интересом является предметом договора имущественного страхования, так как страховой интерес является производным от наличия данного имущества и наличия желания сохранить его у страхователя или выгодоприобретателя, т.е. не имея имущества не будет и интереса в его сохранении, что непосредственно подтверждается нормами п. 1 и п. 2 ст. 930 ГК РФ.

В соответствии с абзацем вторым п. 1 ст. 432 ГК РФ к существенным условиям договора относится условия о его предмете. Как уже было отмечено выше, в силу ст. 929 и п. 1 ст. 930 ГК РФ предметом договора страхования имущества может выступать имущество и имущественный интерес, вызванные желанием сохранить имущество в целостности и сохранности. Однако, п. 1 ст. 942 ГК РФ определил, что предметом договора имущественного стра-

хования может выступать определенное имущество или иной имущественный интерес, являющийся объектом страхования. Исходя из того, что понятие «объект» уже, чем понятие «предмет», законодательно верно отмечено, что определенное имущество или иной имущественный интерес является именно объектом страхования. То есть законодатель отдельно выделил категорию «страхование», в которой договор имущественного страхования выступает как способ урегулирования отношений, возникающих между страховщиком и страхователем (выгодоприобретателем).

Различия в понятиях «объект» и «предмет» при изучении правового характера предмета договора имущественного страхования приводят к следующему: если объектом страхования является в силу п. 1 ст. 942 ГК РФ определенное имущество либо иной имущественный интерес, то предметом страхования будут выступать отношения по защите этого имущества от утраты или гибели. Однако, в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ существенным условием договора имущественного страхования будет являться условие о страховом интересе, являющимся объектом страхования.

Особенным является условие договора имущественного страхования о характере страхового случая. Гражданским законодательством четко регламентирован порядок действий страхователя или выгодоприобретателя в случае наступления страхового случая по договору страхования имущества. Зачастую на практике страховщик, устанавливая правила страхования, устанавливает определенный срок (от 3-х до 30 дней), в течение которого страхователь (выгодоприобретатель) обязуется уведомить страховщика о наступлении страхового случая. П. 2 ст. 961 ГК РФ предоставляет страховщику право на отказ в выплате страхового возмещения страхователю (выгодоприобретателю) при нарушении установленного срока, если не будет доказано, что страховщик знал о наступившем страховом случае либо, что отсутствие информации влечет за собой отказ в осуществлении выплаты страхового возмещения. Страховщик может своевременно узнать о наступлении страхового случая и из других источников (например, из средств массовой информации), причем процессуальная обязанность по представлению доказательств для установления данного факта будет лежать на страхователе (выгодоприобретателе). Гражданский кодекс также установил перечень оснований, наличие которых, освобождает страховщика от выплаты страхового возмещения и страховой суммы. Данные основания можно охарактеризовать как обстоятельства непреодолимой силы, а также к ним относятся действия органов государственной власти, направленные на изъятие или уничтожение застрахованного имущества (ст. 964 ГК РФ).

При заключении договора имущественного страхования одним из его условий также является определение размера страховой суммы. В силу п. 1 ст. 947 ГК РФ страховой суммой является сумма, в пределах которой страховщик обязуется выплатить страховое возмещение. При

имущественном страховании страховая сумма играет только роль предела, выше которого не должно подниматься фактически уплачиваемое страховое вознаграждение.

Правило, установленное п. 2 ст. 947 ГК РФ, предупреждает возможность обогащения страхователя (выгодоприобретателя) за счет наступившего страхового случая, т.е. страховая сумма не должна превышать действительную стоимость имущества при его страховании. По мнению В.И. Серебровского «Если при имущественном страховании страховая сумма играет роль предела для выплаты страхового вознаграждения, то, в свою очередь, пределом для страховой суммы является стоимость страхового интереса (страховая оценка)» [2, с. 349].

Необходимо отметить, что гражданское законодательство не предусматривает возможности оспаривания размера страховой суммы страховщиком в судебном порядке, только лишь в том случае, если им будет доказано, что страхователь ввел в заблуждение при установлении размера страховой суммы (ст. 948 ГК РФ). Также еще одним способом защиты страховщика от неправомерных действий при установлении размера страховой суммы со стороны страхователя является положение ст. 945 ГК РФ, предусматривающей право страховщика на оценку страхового риска, т.е. право на экспертизу при необходимости страхуемого имущества. Важным является тот факт, что

гражданское законодательство таким образом не ущемляет в правах страхователя, т.к. он может отказаться от заключения договора имущественного страхования при несогласии с размером страховой суммы.

Срок действия договора имущественного страхования зависит, в первую очередь, от вида предмета договора имущественного страхования. Если речь идет о недвижимости, то зачастую, на практике, договор страхования недвижимого имущества будет заключен на долгий срок. Что же касается движимого имущества, то по общему правилу средняя продолжительность договора страхования, например, автомобиля, составляет один год. Определение срока действия договора имущественного страхования позволяет определить на какое время у страховщика возникает обязательство по возмещению вреда, причиненного объекту страхования.

В заключение, хотелось бы отметить, что при установлении соглашения сторон относительно условий договора имущественного страхования, необходимо законодательно установить менее диспозитивные нормы, в частности, в рамках установления размера страховой суммы, что зачастую приводит на практике к негативным последствиям и причиной для обращения в суд со стороны страховщика. Также необходимо отметить некоторые неточности при раскрытии понятий «предмет» и «объект» договора имущественного страхования.

Литература:

1. В.С. Белых. Страхование в России: учеб. пособие. — М.: Норма, 2009.
2. Советское гражданское право. Учебник для юридических вузов. т. 2. — М., Госюриздат, 1951.

10. АРБИТРАЖНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Арбитражное процессуальное право в системе частного и публичного права

Пименова Е.Н., кандидат юридических наук, преподаватель
Саратовская государственная академия права

В современной юридической литературе широко распространена позиция, что арбитражное процессуальное право представляет собой типичную отрасль публичного права. [2] Отсюда можно сделать выводы относительно специфики метода регулирования (преобладание императивного), и правовых средств защиты права в арбитражном суде. Вопрос принадлежности арбитражного процессуального права к системе публичного либо частного права актуален в связи с развитием частноправовых средств защиты права, а также применительно к общему направлению развития арбитражного правосудия в России в свете реформы АПК РФ 2009–2011 годов.

2010 год стал, фактически, поворотным моментом для отечественного правосудия. ВАС РФ признал универсальность арбитражной процессуальной формы защиты права как для физических, так и для юридических лиц. [7] Таким образом, необходимо постоянно совершенствовать процессуальные средства защиты физических лиц в арбитражном процессе, что невозможно без определенной понятийной и доктринальной основы, которую, представляется, возможно выработать исключительно в ходе определения места арбитражного процессуального права в системе «частное право-публичное право». По нашему мнению, следует согласиться с точкой зрения С.С. Алексеева о том, что публичное и частное право — это не отрасли, а целые сферы, зоны права (суперотрасли). Причем, такое деление права не столько классификационное, сколько концептуального порядка. Оно касается самих основ права, его места и роли в жизни людей, его определяющих ценностей. [1, 436–446] Принятие этой позиции подчеркивает базовое значение развития доктрины дуализма права как в сфере науки, так и юридической практики.

Главная социальная роль системы арбитражных судов заключается в достижении согласия в сфере экономических и связанных с ними отношений. Безусловно, правопорядок в указанной сфере подвержен влиянию множества внеправовых факторов. Изменение хозяйственных условий деятельности предпринимателей, равно как и колебания их собственного правосознания, в равной мере определяют уровень ценности арбитражного процессуального права и системы юрисдикционных органов в сфере экономического правосудия. Соци-

альная роль самой системы арбитражного процессуального права заключается в обеспечении единства защиты нарушенного права, целостности и единообразия деятельности системы арбитражных судов в Российской Федерации в сфере применения материально-правовых норм.

Однако вопрос разграничения частного и публичного права представляет собой актуальную проблему юридической науки, и на современном этапе, дискуссии относительно критериев отнесения каждой конкретной отрасли права к праву частному или публичному не прекращаются в теории права и отраслевых юридических науках. В литературе по гражданскому и арбитражному процессу много десятилетий не упоминалось о публичном и частном праве, но разрабатывались вопросы соотношения государственных и личных интересов в судебной защите, о сочетании императивного и диспозитивного в гражданско-процессуальном регулировании правосудия, то есть по существу разрабатывались вопросы дуализма права. Дело в том, что исследование сущности гражданского процессуального права неразрывно связано с изучением публичных и частных элементов.

Современная правовая наука отмечает развитие процессов публизации и приватизации как основных факторов подвижности границ между частным и публичным правом. [2, 31]

Публизация частного права представляет собой процесс вторжения публичного права в область частного. Исторически, публизация была связана с тем, что таким образом государство было способно гарантировать само применение частного права, гарантировать частные права субъектов. Указанная тенденция заключается в использовании в сфере правового регулирования формы обязательного контракта. Приватизация публичного права представляет собой использование в сфере публично-правовых отношений норм частного права, договорного регулирования, критериев экономической целесообразности.

Нормы частного права имеют значение в деле защиты публичных интересов. Всякое право может быть сведено к публичному интересу, если взять не изолированное отношение, а всю совокупность однородных отношений, тот или иной юридический институт. Нужно отметить, что для анализа норм частного и публичного права нельзя исполь-

зовать лишь один критерий для разграничения или сопоставления, необходимо использование одновременно нескольких категорий. [6,7] При предметном сопоставлении категорий частного и публичного права, юристы утверждали, что «проблема соотношения двух правовых систем и, соответственно, отношения между категориями этих систем не есть межотраслевая проблема». [8,46] Таким образом, необходимо учитывать не только соотношение правовых категорий, относящихся к двум отраслям, но и те категории, которые имеют отношение к системам права. Проанализировав существующие теории, мы приходим к выводу, что отнесение конкретной отрасли права к сфере частного либо публичного должно основываться не только на критерии предмета правового регулирования и опосредованных в праве интересов, но и метода, и механизма правового регулирования. Современная политическая система строится на приоритете частных интересов. Их взаимоотношение олицетворяет интерес общества, в целом, отражая интересы государства.

Отнесение процессуального права к той или иной сфере в чистом виде, по нашему мнению, не представляется возможным. Однако, разграничение права на частное и публичное выражает специфику реализации правовых институтов. Выделение частных и публичных элементов в структуре комплексных отраслей права носит прагматический характер, позволяя понять какие именно интересы защищаются теми или иными правовыми нормами, и в каком объеме. В современной юридической доктрине вопросы соотношения частного и публичного права служат инструментом для раскрытия основного предмета исследования. [5, 59]

И.М. Зайцев утверждает, что публичное и частное право относительно самостоятельны и в известном смысле противопоставлены друг другу. Анализируя разграничение частного и публичного права И.М. Зайцев утверждает, что не следует абсолютизировать это различие — в конечном счете в каждой отрасли права, в том числе и в гражданско-процессуальном праве, присутствуют и взаимодействуют оба названных начала, их соотношение подчинено закону диалектики единства и борьбы противоположностей и проявляется прежде всего в целевых установках, принципах и каждом процессуальном институте гражданского судопроизводства. В установке на правильное и быстрое отправление правосудия заложено стремление наиболее эффективно обеспечить интересы заинтересованных лиц. Принципы законности и судебной истины, публично-правовые константы ни в какой мере не противостоят принципам диспозитивности и состязательности, и все принципы в совокупности нацелены на удовлетворение как интересов отдельных личностей, так и общества в целом. В гражданских процессуальных правоотношениях взаимодействуют суд, субъект публичного права и граждане, имеющие в гражданском процессе личные интересы. [3, 27–28]. Представляется, приве-

денные положения справедливы в вопросе соотношения частных и публичных начал относительно арбитражного процессуального права.

Практическое значение дуализма права в западных странах выражается в существовании специальных административных судов, [9, 211–216]² а также внесудебных органов, рассматривающих споры по поводу публичных нрав, причем полномочия последних как квазисудебных органов подтверждаются практикой Европейского суда по правам человека.

Так, по делу *Ле Конт, Ван Левен и Де Мейер против Бельгии* ЕСПЧ указал, что судом является орган, отвечающий таким требованиям, как независимость по отношению к исполнительной власти и к сторонам процесса, продолжительность мандата членов суда, гарантии судебной процедуры. Исходя из этого, ЕСПЧ признал судом Апелляционный Совет Ордена врачей, рассматривавший жалобу заявителей на решение Совета Ордена врачей провинции Восточная Фландрия о лишении их права заниматься врачебной практикой в течение определенного времени за нарушение норм профессиональной этики. [4, 340]

В отечественной практике дуализм права нашел отражение только лишь относительно отграничения квазисудебных органов и судебной системы. Исключительно частноправовые по своей материальной природе споры рассматриваются в третейских судах.

Рассмотрев арбитражное процессуальное право с точки зрения всех представленных критериев можно сделать вывод о его комплексном характере: публично-правовые начала судопроизводства и процессуальной формы сочетаются с частноправовыми чертами. Такой статус арбитражного процессуального права позволяет сделать вывод о том, что система права опосредует как частные, так и публичные интересы, установление приоритета определенных интересов в достаточной степени является искусственным и не соответствует категории эффективности арбитражного судопроизводства. По нашему мнению, соотношение частных и публичных элементов в составе арбитражного процессуального права иллюстрирует непростую ситуацию относительно сочетания частных и публичных интересов и свидетельствует о том, что баланс должен быть найден индивидуально в каждой проблемной области, сообразно критериям задач и принципов арбитражного судопроизводства.

Представляется, что именно принадлежность правоотношений к частноправовым, либо публично-правовым должна стать основой для дифференциации видов производств в арбитражном процессуальном праве в будущем. Мы придерживаемся позиции о том, что дифференцировать производства в арбитражном процессе целесообразно в зависимости от применимого права на частноправовые и публично-правовые, что в целом позволит оптимизировать процесс защиты права.

Литература:

1. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. 2-е изд., М.: НОРМА, 2002.
2. Газье А., Талапина Э.В. Публичное право Франции и России: пересечения и параллели. // Правоведение. 2003. №3.
3. Зайцев И.М. Соотношение публично-правового и частноправового в Гражданском процессуальном кодексе // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвуз. сб. науч. трудов / Под ред. В.В. Яркова и др. Екатеринбург: Гуманитарный ун-т, 1998. С. 27–28.
4. Европейский суд по правам человека: Избранные решения. М. 2000.Т.1. С. 340.
5. Новикова Е.В. О соотношении публично-правового и частноправового начал в современном экологическом законодательстве // Государство и право. 2000. №3.
6. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917, С. 7.
7. Постановление Президиума ВАС РФ от 20.04.2010 №17095/09 по делу №А40–19/09-ОТ-13 // ЭБД «Консультант+», версия от 26.01.2011
8. Усенко Е.Т. Соотношение категорий международного и национального (внутригосударственного) права // Советское государство и право. 1983. №10. С. 46.
9. Саватье Р. Теория обязательств. М. 1972 С. 211–216.

13. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Понятие и содержание принципа приоритета семейного воспитания в семейном праве России

Голикова С.В., старший преподаватель
Академия труда и социальных отношений (г. Севастополь, Украина)

Важную роль в жизни каждого человека, общества и государства играет семья. По мнению выдающегося педагога П.Ф. Лесгафта: «Именно во время семейного периода жизни ребенка складывается его тип, усваиваются им обычаи и привычки данной местности и семьи, и поэтому этот период имеет большое влияние на жизнь человека и оставляет почти неизгладимый след на всем его будущем существовании...» [1, с. 3].

Семья — одно из старейших социальных образований. Исторический опыт человечества уже в эпоху античности зафиксировал идею социальной обусловленности становления и жизнедеятельности каждого человека. В Древнем Риме о новорожденном говорили как о «чистой доске», на которой пишут воспитатели. Древнегреческие философы рассуждали о человеке как о некоем центре многих концентрических кругов. Ближайший круг — это семья: родители, дети; следующий круг включает в себя близких и дальних родственников; третий круг — сограждане и, наконец, четвертый круг — человечество [2, с. 82]. При всей условности такой образной схемы в ней заключена глубокая мысль. Человек неразрывно связан с другими людьми, обществом. Эти связи, выступая в качестве условий и обстановки его жизни и деятельности, формируют его духовный мир, поведение. И важнейшее место здесь занимает семья. Образно говоря, семью можно считать начальной формой групповой жизни людей, так как именно здесь закладывается и формируется умение жить в обществе [3, с. 293]. По сравнению с другими социальными группами семья занимает во многих отношениях совершенно особое положение. Все остальные социальные группы можно считать «изобретениями» культуры, сфера их существования — общественная жизнь; сфера же семьи в первую очередь — личная жизнь.

В связи с отсутствием в СК РФ определения семьи и различным толкованием ее природы и характерных черт в ряде отраслей права, предлагаемые в научной литературе определения семьи не всегда однозначны. Еще в дореволюционной литературе, посвященной вопросам семьи и брака, семья рассматривалась как «союз лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих... В основе семьи лежит физиологический момент, стремление к удовлетворению половой потребности. Этим определяется элементарный состав семьи, предполагающий соединение

мужчины и женщины» [4, с. 406]. Н.Г. Юркевич рассматривал брак как механизм равного сотрудничества супругов для удовлетворения определенной совокупности потребностей и считал отношения «муж — жена» центральными в семье [5, с. 109]. — Так и получается, если считать детей чем-то лишним в семье, внешним по отношению к ее функции — потреблению бытовых благ и биологическому воспроизводству.

В отличие от приведенных суждений, Г.К. Матвеев, например, рассматривал семью «как основанное на браке или родстве объединение лиц, связанных между собой взаимными личными и имущественными правами и обязанностями, взаимной моральной и материальной общностью и поддержкой, рождением и воспитанием потомства, ведением общего хозяйства» [6, с. 47]. С.А. Муратова определяет семью следующим образом: «Семья — это объединение, как правило, совместно проживающих лиц, связанных взаимными правами и обязанностями, возникающими из брака, родства, усыновления или иной формы устройства детей на воспитание в семью» [7, с. 38]. И.М. Кузнецова рассматривает семью (в юридическом смысле) как «круг лиц, связанных личными неимущественными и имущественными правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание в семью» [8, с. 10], а по мнению А.М. Нечаевой, «у семьи есть свои отличительные особенности, как правило, общность совместно проживающих лиц, объединенных правами и обязанностями, предусмотренными семейным законодательством» [9, с. 10].

Обобщая различные точки зрения на понятие «семья», как представляется, нельзя согласиться с теми авторами, которые понимают под ним только «союз лиц, связанных браком и родством» — (В противном случае как же быть с семьями, которые усыновляют детей?), а также с понятием семьи как союза лиц, обладающего определенными характерными чертами [10, с. 43] (семья может и не представлять собой союз лиц (например, мать и малолетний ребенок)). В этой связи можно дать следующее определение семьи: семья — это исторически определенная организованная социальная общность, основанная на браке, рождении детей, усыновлении, иных формах принятия детей на воспитание в условиях семьи, цель которой заботиться друг о друге.

Семья — наиболее распространенный вид социальной группы, основная ячейка общества, в которой рождается, формируется, развивается и большую часть времени в течение жизни находится человек. Для исследования процессов, происходящих в семье, очень важен анализ ее функций, то есть способов проявления активности, жизнедеятельности семьи и ее членов [11, с. 88]. В научной литературе существуют различные подходы к выделению основных функций семьи.

В социологии традиционно семья рассматривается как социальная группа, члены которой связаны узами родства, брака или усыновления и живут совместно, сотрудничая экономически и заботясь о детях [12, с. 293]. Причем, при определении понятия «семья» социологи обычно делают акцент на том, что она выполняет в обществе функции воспроизводства и воспитания новых поколений [13, с. 72]. Так, еще в советское время профессор А.Г. Харчев, семью определял как обладающую исторически определенной организацией малую социальную группу, члены которой связаны брачными или родственными отношениями, общностью быта и взаимной моральной ответственностью и социальная необходимость которой обусловлена потребностью общества в физическом и духовном воспроизводстве населения [14, с. 57]. Если общество хочет сохранить себя, оно должно производить новых членов. Сексуальные побуждения не обязательно решают эту задачу, поскольку многие люди понимают, что могут удовлетворять свои сексуальные потребности и без воспроизведения. Поэтому общества обычно стимулируют своих граждан к деторождению. Так, например, 27 июня 1936 г. было принято Постановление ЦИК и СНК СССР «О запрещении аборт, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводе» [15], которым устанавливалась уголовная ответственность за производство незаконных абортов, предусматривалось увеличение материальной помощи государством роженицам, установление государственной помощи многодетным, увеличение оплачиваемых отпусков по беременности и родам, усиление уголовного наказания за неплатеж алиментов, а также были установлены новые правила исчисления размера алиментов на детей.

На современном этапе развития российского государства также принимаются меры по стимулированию репродуктивной функции семьи. Примером тому могут служить Указ Президента РФ от 9 октября 2007 г. № 1351 «Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года» [16]. В Послании Президента РФ Федеральному Собранию в целях увеличения количества семей с тремя и более детьми предусматривается: «создание режима наибольшего благоприятствования». Для этого Правительству РФ совместно с регионами поручено «проработать порядок пре-

доставления бесплатных земельных участков под строительство жилого дома или дачи при рождении третьего и последующего ребенка» [17].

Семья включает в себя всю систему общественных отношений — брачных и родственных, правовых и социальных, хозяйственно — бытовых и экономических, нравственных и этических, психологических и эмоциональных. Благодаря этому семья как социальная общность является первичным элементом, опосредующим связь личности с обществом: она формирует у ребенка представление о социальных связях и включает в них его с рождения. Отсюда следующая важнейшая функция семьи — социализация личности, передача культурного наследия новым поколениям. Социализация личности представляет собой процесс ее формирования в определенных социальных условиях, процесс усвоения человеком социального опыта, в ходе которого он преобразует социальные нормы в собственные ценности и ориентации, избирательно вводит в свою систему поведения те нормы поведения, нормы морали и убеждения, которые приняты в обществе или группе [18, с. 92]. Дети, рождаясь, не сразу осваивают культуру своего общества, поэтому каждое новое поколение подвергает общество периодическому «нашествию варваров». Вырастить из детей «правильных взрослых» — насущная потребность общества. Посредством процесса социализации дети вовлекаются в жизнь своего общества, и именно семья обычно выполняет роль главного передатчика культурных норм. Семья выполняет посреднические функции в процессе социализации, связывая индивида с «большим» миром. Потребность человека в детях, их воспитании и социализации придает смысл самой человеческой жизни.

Воспитание детей — главная функция семьи. Семья создает личность, дает изначальный опыт умения жить, который позволяет человеку легко войти в сложную жизнь. Она не имеет эквивалента: ничто, никогда не заменит ребенку тепло домашнего очага, родительской любви [19, с. 9]. Но в то же время следует заметить, что семья никогда не выступала единственным и самостоятельным агентом социализации, а всегда выполняла эту функцию как составная часть некоего более широкого целого и вместе с ним. Как институт социализации семья, осуществляет так называемый первичный уход. В ней нормативные основы сочетаются с возможностью тончайших душевных взаимовлияний и длительным индивидуальным взаимодействием. Затем подключаются дошкольные учреждения, школы, досуговые коллективы. Поэтому становится понятным, почему в семейном законодательстве РФ говорится о приоритете семейного воспитания детей: именно семейное воспитание дает возможность осуществить индивидуальный подход к каждому ребенку с учетом его личностных, психических, физических, национальных и иных особенностей. Однако это не единственный фактор, обеспечивающий действенность, силу, стойкость семейного воспитания. В научной литературе можно найти обосно-

вание еще двух факторов: 1) постоянство и длительность воспитательных воздействий матери, отца, других членов семьи в самых разнообразных жизненных ситуациях, их повторяемость изо дня в день; 2) наличие объективных возможностей для включения детей в бытовую, хозяйственную, воспитательную деятельность семьи [20, с. 59].

Чтобы дополнить характеристику уникальности семейного воспитания, важно отметить, что, будучи малой группой, своего рода «микрокосмом», семья наиболее полно соответствует постоянным требованиям ребенка к социальной жизни и поэтапного расширения его кругозора и опыта. При этом следует учесть, что семья не однородная, а дифференцированная социальная группа. В ней представлены различные по возрасту (старшие и младшие члены семьи), полу (мужчины и женщины), а подчас и профессии (мама — музыкант, папа — врач, бабушка — педагог, дедушка — биолог) «подсистемы». Это позволяет ребенку наиболее широко проявлять свои возможности, быстрее и полнее реализовать потребности [21, с. 95].

В то же время следует заметить, что качественные изменения в жизни российского государства, начавшиеся с перестройки, внедрение рыночных отношений, как и всякие другие социальные «встряски» (войны, революции, различные реформы) спровоцировали патологические процессы, охватившие значительную часть общества. Его деградация, массовое обнищание, беспрецедентный рост алкоголизма и наркомании обусловили несостоятельность семьи и выполнение ее функции воспитания подрастающего поколения [22, с. 202]. Значительное число детей, оставшихся без попечения родителей, не являются сиротами. Они приобретают этот правовой статус при живых родителях, которые, пренебрегая своими обязанностями, не обеспечивают детей необходимым питанием, одеждой, не обеспечивают получение ребенком образования. Таким образом, можно говорить о том, что семейное воспитание не всегда бывает «качественным». Некоторые родители не хотят, иные не могут в силу педагогической безграмотности, другие не придают должного значения процессу семейного воспитания. Следовательно, каждая семья обладает только ей присущим воспитательным потенциалом.

В научной литературе предпринимаются попытки отразить степень неисполнения семьей ее основных функций в ее типологических характеристиках. Предлагаемых критериев и принципов типологизации семьи достаточно много. Так, в зависимости от форм брака выделяют моногамную семью, состоящую из двух партнеров и полигамную семью, в которой один из супругов имеет несколько брачных партнеров; в зависимости от числа поколений в семье: сложные — в них совместно проживает несколько поколений родственников, простые — однопоколенные семьи, прежде всего — супружеские пары с не состоящими в браке детьми (нуклеарные семьи) — это основная ячейка воспроизводства населения; от «детности» выделяют семьи бездетные, одноплетные, двухдетные и многодетные. Также выделяются полная семья — семья

с обоими супругами; неполная — если отсутствует один из супругов. По экономическому признаку семьи делятся на высокообеспеченные, малообеспеченные, бедные, зависящие от пособий [23, с. 30].

Характер внутрисемейных отношений используется теоретиками для выделения таких типов семьи как эгалитарная — семья, основанная на равенстве супругов или авторитарная — базируется на экономическом господстве одного из партнеров [24, с. 9]. В зависимости от стиля воспитательного воздействия родителей на детей различают семьи благополучные и неблагополучные. Причем понятие о благополучии (неблагополучии) семьи относится к весьма относительным, его критерии зиждутся на субъективных основаниях. Несомненно, неблагополучная семья — это та семья, где родители (и дети) страдают алкоголизмом, наркоманией, нигде не работают, семью материально не обеспечивают, совершают уголовно наказуемые деяния, жестоко обращаются с детьми и т.п. [25, с. 93]. Между тем одним из важнейших личных прав ребенка, закрепленных непосредственно в семейном законодательстве РФ является право жить и воспитываться в семье своих родителей (п. 2 ст. 54 СК РФ). На случай, когда ребенок лишен родительского попечения, он подлежит передаче на воспитание (ст. 123 СК РФ). Органы опеки и попечительства должны отдавать предпочтение семейным формам устройства детей: усыновлению (удочерению), опеке (попечительству), приемной семье либо (в случаях, предусмотренных законами субъектов Российской Федерации) — патронатной семьей, и лишь при отсутствии такой возможности — передавать детей на воспитание организациям для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (ст. 155.1 СК РФ). «Ступенькой» же к устройству ребенка, оставшегося по тем или иным причинам без попечения родителей, в семью может служить норма ст. 155.2 СК РФ, посвященная такой форме помощи ребенку без оформления его постоянного проживания в семье, которая получила название — наставничество (гостевой режим, семья выходного дня). Суть указанной формы в том, что в выходные, праздничные или каникулярные дни ребенок, на правах гостя, посещает и кратковременно проживает в семье наставника. Такая форма помогает ребенку выйти за рамки, созданные системой воспитательного учреждения, прочувствовать как функционирует семья: понять функции членов семьи, получить навыки ведения хозяйства и общения с взрослыми и другими детьми в семейном кругу. В то же время следует отметить, что такая форма, по мнению специалистов, может быть полезна только для детей старшего возраста, которые способны осознанно воспринимать ситуацию — она дает бесценный опыт жизни в семье, общение и поддержку доброжелательных взрослых. Но для ребенка до 11–12 лет, мечтающего о семье, папе и маме, возвращение в детский дом может стать тяжелой травмой. Таким образом, обобщая выше сказанное можно сделать следующий вывод: устройство в семью рассматривается как единственная и исчерпывающая мера госу-

дарственной политики, позволяющая достичь конечного результата — предотвратить рост социального сиротства. Поэтому формы семейного воспитания, как видно, являются основными законодательно закрепленными фор-

мами, посредством которых достигается реализация принципа приоритетности семейного воспитания в отношении несовершеннолетних, лишённых по тем или иным причинам родительского попечения.

Литература:

1. Лесгафт П.Ф. Семейное воспитание ребенка и его значение. — М., 1991.
2. Социология: учебник. / Н.Ф. Осипова, В.Д. Водник, Г.П. Климова и др.; Под ред. Н.Ф. Осиповой. — К., 2007.
3. Волков Ю.Г., Добренъков В.И., Нечипуренко В.Н., Попов А.В. Социология: учебник. / Под ред. Ю.Г. Волкова. — М., 2007.
4. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М.: СПАРК, 1995.
5. Юркевич Н.Г. Советская семья. Функции и условия стабильности. — Минск, 1970.
6. Матвеев Г.К. Советское семейное право. — М., 1985.
7. Муратова С.А. Семейное право: Учебник. / И.В. Ершова, В.Л. Слесарев. — М.: Эксмо, 2006.
8. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. / Под ред. И.М. Кузнецовой. — М., 1996.
9. Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций. — М., 2002.
10. Рясенцев В.А. Семейное право. — М., 1971.
11. Социология: учебник. / Н.Ф. Осипова, В.Д. Водник, Г.П. Климова и др.; Под ред. Н.Ф. Осиповой. — К., 2007.
12. Волков Ю.Г., Добренъков В.И., Нечипуренко В.Н., Попов, А.В. Социология: учебник. / Под ред. Ю.Г. Волкова. — М.: Гардарики, 2007.
13. Антонов А.И., Сорокин С.А. Судьба семьи в России XXI века. — М., 2000.
14. Харчев А.Г. Брак и семья в СССР. Опыт социологического исследования. — М., 1964.
15. СЗ РФ. 1936. №34. Ст. 309.
16. СЗ РФ. 2007. №42. Ст. 5009.
17. Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации. // Российская газета. 2010. 1 дек.
18. Столяренко Л.Д. Основы психологии. — Ростов на Дону: Феникс, 2000.
19. Спицын Н.П., Печерский М.С., Чарый Б.М. Семья: тысяча проблем воспитания. — Пермь, 1988.
20. Маркова Г.А., Зверев С., Ганичева А. Семейная педагогика и домашнее воспитание. — М., 2000.
21. Социология: учебник. / Н.Ф. Осипова, В.Д. Водник, Г.П. Климова и др.; Под ред. Н.Ф. Осиповой. — К., 2007.
22. Нечаева А.М. Россия и ее дети (ребенок, закон, государство). — М., 2000.
23. Дементьева И.Ф. Современная российская семья: трудности и надежды. // Педагогика. 1996. №6.
24. Этносоциальные аспекты изучения семьи у народов зарубежной Европы. / Отв. ред. О.А. Ганцкая, М.С. Кашуба, С.А. Токарев. — М., 1987.
25. Нечаева А.М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. — М., 2007.

14. ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЛЕСНОЕ, ВОДНОЕ И ВОЗДУХООХРАННОЕ ПРАВО

Совершенствование нормативно-правовой базы с целью дальнейшего внедрения комплекса мер по обеспечению безопасности населения и территорий в условиях чрезвычайных ситуаций природного характера

Асанова Н.А., кандидат экономических наук, доцент; Ляшева Т.Я., старший преподаватель Академия маркетинга и социально-информационных технологий (г. Краснодар) филиал в г. Новороссийске

Конституция РФ декларирует необходимость обеспечения безопасности населения исходя из его прав на охрану здоровья и на благоприятную окружающую среду. Указанное право, прежде всего, реализуется ограничениями правомочий владения, пользования и распоряжения природными ресурсами (если это наносит ущерб окружающей природной среде и нарушает права и законные интересы иных лиц; вменением в обязанность каждого сохранять природную окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам.

В Водном Кодексе Российской Федерации (ст. 67) указано, что в соответствии с законодательством в области охраны окружающей среды и законодательством по защите населения от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера зонами экологического бедствия, зонами чрезвычайных ситуаций могут объявляться водные объекты и речные бассейны, в которых в результате техногенных и природных явлений происходят изменения, представляющие угрозу здоровью или жизни человека, объектам животного и растительного мира, другим объектам окружающей среды.

При этом собственник водного объекта обязан осуществлять меры по предотвращению негативного воздействия вод и ликвидации его последствий. Меры по предотвращению негативного воздействия вод и ликвидации его последствий в отношении водных объектов, находящихся в федеральной собственности, собственности субъектов Российской Федерации, собственности муниципальных образований, осуществляются исполнительными органами государственной власти или органами местного самоуправления в пределах их полномочий.

Границы территорий, подверженных затоплению и подтоплению, и режим осуществления хозяйственной и иной деятельности на этих территориях в зависимости от частоты их затопления и подтопления устанавливаются в соответствии с законодательством о градостроительной деятельности.

На территориях, подверженных затоплению, размещение новых поселений, кладбищ, скотомогильников

и строительство капитальных зданий, строений, сооружений без проведения специальных защитных мероприятий по предотвращению негативного воздействия вод запрещаются.

Закон «Об охране окружающей природной среды» (ст. 11) предусматривает право каждого гражданина на охрану здоровья от неблагоприятного воздействия окружающей природной среды, вызванного хозяйственной или иной деятельностью, авариями, катастрофами, стихийными бедствиями. Это право обеспечивается:

- социальным и государственным страхованием граждан, образованием государственных и общественных резервных и иных фондов помощи;
- организацией медицинского обслуживания населения;
- возмещением в судебном или административном порядке вреда, причиненного здоровью граждан в результате загрязнения окружающей природной среды и иных вредных воздействий на нее, в том числе последствий аварий и катастроф.

Законодательством установлена ответственность предприятий, учреждений и организаций за вред, причиненный государству путем загрязнения природных объектов.

Закон «О недрах» предусматривает возмещение вреда, причиненного государству в результате деятельности недропользователя, которая привела к порче месторождения и создала условия, частично или полностью исключающие возможность дальнейшего пользования недрами (ст. 51). «Основы лесного законодательства» предусматривают возмещение ущерба за вред, причиненный лесному фонду (ст. 82), Федеральный закон «О животном мире» предусматривает возмещение нанесенного ущерба (ст. 56).

Законом «Об охране окружающей природной среды» (ст. 88) обязанность возмещения вреда, причиненного организациями, предприятиями, гражданами, деятельность которых связана с повышенной опасностью, природной среде, а также третьим лицам, — возложена на эти предприятия, организации, граждан. Порядок опре-

деления масштабов ущерба, причиненного окружающей природной среде, законодательством не определен.

Законами «Об охране окружающей природной среды» (ст. 87), «О животном мире» (ст. 56) установлено, что ущерб определяется в соответствии с утвержденными таксами и методиками, а при их отсутствии — по фактическим затратам на восстановление нарушенного состояния окружающей природной среды с учетом понесенных убытков, в том числе упущенной выгоды. Согласно Закону «Об охране атмосферного воздуха», вред, причиненный атмосферному воздуху, определяется в размерах и порядке, устанавливаемых законодательством (ст. 56). Согласно Закону «О недрах», размер вреда определяется федеральным органом управления государственным фондом недр (ст. 51), а согласно Лесному кодексу Российской Федерации — соответствующими органами государственной власти субъектов Федерации.

В соответствии с Федеральным законом от 21.07.97 г. № 117-ФЗ «О безопасности гидротехнических сооружений» (ст. 15) предусматривается финансовое обеспечение безопасности гидротехнических сооружений. Так риск гражданской ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью физических лиц, имуществу физических и юридических лиц в результате аварии гидротехнического сооружения, подлежит обязательному страхованию на время строительства и эксплуатации данного гидротехнического сооружения.

При этом страхователем риска гражданской ответственности за причинение вреда является собственник гидротехнического сооружения или эксплуатирующая организация. Условия и порядок обязательного страхования риска гражданской ответственности за вред, причиненный в результате аварии гидротехнического сооружения, регулируются федеральным законом.

Вред, причиненный жизни, здоровью физических лиц, имуществу физических и юридических лиц в результате нарушения законодательства о безопасности гидротехнических сооружений (ст. 16), подлежит возмещению физическим или юридическим лицом, причинившим такой вред, в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации.

Собственник гидротехнического сооружения, а также эксплуатирующая организация в случае, если гидротехническое сооружение находится в государственной или муниципальной собственности, обязаны иметь финансовое обеспечение гражданской ответственности (ст. 17). Финансовое обеспечение гражданской ответственности в случае возмещения вреда, причиненного в результате аварии гидротехнического сооружения (за исключением обстоятельств вследствие непреодолимой силы), осуществляется за счет средств собственника гидротехнического сооружения или эксплуатирующей организации, а также за счет страховой суммы, определенной договором страхования риска гражданской ответственности.

В случае, если затраты, необходимые для возмещения вреда, причиненного в результате аварии гидротехничес-

кого сооружения, превышают сумму финансового обеспечения гражданской ответственности, определенного в соответствии со ст. 17 настоящего Федерального закона, порядок возмещения вреда устанавливает Правительство Российской Федерации.

В соответствии с Законом «Об охране окружающей природной среды» строительство объектов должно осуществляться по проектам, имеющим положительное заключение государственной экологической экспертизы, а при размещении предприятий, сооружений и иных объектов должны выполняться требования по учету ближайших и отдаленных экологических, экономических, демографических, нравственных последствий деятельности указанных объектов при приоритете охраны здоровья человека и благосостояния населения.

Несмотря на требования законодательства, гарантии практического возмещения ущерба в должной мере, как и прежде, отсутствуют. Еще в резолюции Комитета по экологии и природным ресурсам Верховного Совета РФ от 16.07.92 г. отмечалось, что вся тяжесть экономической ответственности по ликвидации последствий крупных аварий и катастроф ложится на государство, тогда как непосредственные виновники — ведомства, предприятия, иные юридические лица — несут в основном моральную ответственность, что никоим образом не побуждает их к серьезному отношению к вопросам обеспечения безопасности, снижения степени риска, проведения превентивной работы в этой области.

Отмеченная ситуация сохранилась. Доказательством этого служит то, что некоторые хозяйствующие субъекты начинают разработку дорогостоящих, масштабных проектов, представляющих реальную опасность для населения и территорий, без каких-либо гарантий возмещения ущерба от возможных чрезвычайных ситуаций.

Законодательство Российской Федерации в сфере чрезвычайных ситуаций, основываясь на Конституции, включает в себя совокупность федеральных законов, правовых нормативных актов высших органов власти, законов и нормативных правовых актов субъектов Федерации в сферах безопасности, защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций, связанных между собой иерархией и соподчиненностью, взаимодействующих и регламентирующих общественные отношения применительно к отраслям права, функциям и сферам государственного управления.

При этом возникают принципиальные организационно-правовые вопросы разграничения предметов ведения между Федерацией и субъектами, разграничения предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации; разделения объектов, в отношении которых либо с помощью которых реализуются властные полномочия (форма собственности, природные ресурсы, финансы). Предметы ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации — это закрепленные в Конституции Россий-

ской Федерации сферы общественных отношений, по которым органы государственной власти каждого уровня наделяются соответствующими полномочиями.

В совместном ведении Российской Федерации и субъектов в соответствии с Федеральным законом «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» находятся вопросы владения, пользования и распоряжения природными ресурсами; природопользование, охрана окружающей среды и обеспечение экологической безопасности; осуществление мер по борьбе с катастрофами, стихийными бедствиями, эпидемиями, ликвидация их последствий; земельное, водное, лесное законодательство; законодательство о недрах, об охране окружающей среды.

При наличии пробелов в федеральном законодательстве по вопросам защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, при необходимости конкретизации его предписаний или при принятии решений по вопросам самостоятельной компетенции субъектов Российской Федерации целесообразна разработка законодательных актов на уровне субъектов Российской Федерации.

Однако некоторыми субъектами Федерации превышаются установленные на федеральном уровне пределы правового регулирования. Это выражается в установлении субъектами Федерации за собой права приостановления действия законов и иных актов Российской Федерации, если они противоречат конституции (уставу) или законам субъектов Российской Федерации; в приостановлении действия актов федеральных органов исполнительной власти, противоречащих законодательству или интересам населения субъекта Федерации, высказанным на референдуме; в объявлении природных ресурсов собственностью субъекта Федерации; в определении порядка разграничения государственной собственности, режима природопользования, осуществления мер по борьбе с катастрофами, стихийными бедствиями до принятия соответствующего федерального закона.

Отмеченные особенности формирования законодательства находят отражение при разработке организационно-правовых основ мероприятий по защите от чрезвычайных ситуаций. В соответствии с изложенным, организационно-правовые основы безопасности — это нормы, содержащиеся в нормативных правовых актах, регулирующие правоотношения в сфере чрезвычайных ситуаций и устанавливающие принципы организации и функционирования системы безопасности.

Федеральный Закон «О безопасности» определяет систему безопасности и ее функции, устанавливает порядок организации и финансирования органов обеспечения безопасности контроля и надзора за законностью их деятельности. В ст. 12 Закона называются виды безопасности: государственная, общественная, экологическая, экономическая, оборонная, информационная. Иные виды безопасности устанавливаются специальными нормативными правовыми актами.

Основными направлениями повышения безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций являются совершенствование нормативно-правового обеспечения, определяющего, в частности, экономические механизмы регулирования природопользования и охраны окружающей природной среды; установление пределов ответственности за результаты хозяйственной деятельности; оценка хозяйственной емкости локальных и региональных систем. Предупреждение и ликвидация чрезвычайных ситуаций, управление в области охраны окружающей природной среды и природопользования рассматриваются как основные направления политики в сфере обеспечения безопасности.

Закон «Об охране окружающей природной среды» призван способствовать обеспечению безопасности мерами организационного, правового, и экономического воздействия. Устанавливается преобладающая роль деятельности по обеспечению безопасности и формулируется основная цель разработки и применения экономического и организационно-правового механизмов обеспечения безопасности. Как дальнейшее развитие норм о безопасности, содержащихся в Законе, следует рассматривать Федеральный закон «Об экологической экспертизе», содержит презумпцию потенциальной экологической опасности любой намечаемой хозяйственной и иной деятельности (ст. 3). Этим признается отсутствие абсолютно безопасных технологий, производств, видов хозяйственной и иной деятельности и необходимость перехода к допустимым уровням потенциальной опасности.

Определенные выводы о становлении новых видов безопасности позволяют сделать анализ законопроектов, разрабатываемых в сфере безопасности. На основе результатов проведенного анализа законодательства о безопасности, защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций (включая проекты ряда федеральных законов) и практики организации работ, под безопасностью будем понимать состояние защищенности жизненно важных интересов объектов — населения, территорий от угроз, создаваемых природными объектами при осуществлении антропогенной деятельности (в результате аварий, катастроф, длительной хозяйственной и иной деятельности), а также вследствие природных явлений и стихийных бедствий. В практической деятельности ряда ведомств под безопасностью понимают — состояние потенциального источника опасности, при котором за счет применения комплекса мер правового, организационного, экологического, экономического и иного характера, исключается или сводится к минимуму его неблагоприятное воздействие на жизненно важные интересы населения и территорий.

В результате осуществления комплекса мер по нейтрализации угрозы со стороны природного объекта (т.е. разработка превентивных мер по защите населения и территорий от воздействия природного объекта) вероятность реализации угрозы и величина ожидаемого ущерба должны быть снижены до оптимальных значений.

16. ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫЕ ОРГАНЫ

От практики использования специальных помещений оперативными аппаратами органов внутренних дел к их месту в теории ОРД

Малыгин С.С., кандидат юридических наук, доцент
Уральский институт коммерции и права

Живая практика деятельности органов и подразделений, ведущих негласную борьбу с преступностью, не зная временных и государственных границ, активно использовала для достижения этой цели разнообразную палитру специальных сил, приемов и средств, которая сегодня объединена в систему теории оперативно-розыскной деятельности.

Среди специальных средств особое место с незапамятных времен отводилось *специальным помещениям*.

Так, с именем родоначальника французской тайной полиции (Сюрте) — Эжена Франсуа Видока связано применение такого оперативного средства, как *квартиры-ловушки*¹. Упоминаются они и в документах российской уголовной полиции конца XIX — начала XX в.

Применение квартир-ловушек как средства выявления лиц, совершающих преступления, заключается в заблаговременной и скрытой подготовке таких помещений в местах наиболее вероятного их появления либо совершения преступлений для оперативного получения информации через конфиденциальных сотрудников или посредством скрытой аудиовидеозаписи, а также последующего внезапного задержания. Использование такой ловушки — своеобразный оперативный эксперимент, который состоит в искусственном создании условий, способствующих проявлению намерений проверяемого (разрабатываемого) лица и необходимому контролю за его поведением. Это помогает выявить его подлинные цели, сообщников и другие обстоятельства, подлежащие документированию. Сегодня квартиры-ловушки могут быть использованы и как средство технического обеспечения такого оперативно-розыскного мероприятия как оперативный эксперимент.

К истокам оперативно-розыскного искусства уходят начала применения конспиративных квартир — специальных помещений для негласных встреч с источниками

информации². Значительное внимание подбору и использованию их уделялось в ведомственных нормативных актах (наставлениях, инструкциях) и учебных пособиях по оперативной работе органов внутренних дел.

Криминализация общества, в частности активизация преступников, переходящих от пассивной мимикрии к активному наступлению, вынуждает аппараты криминальной полиции и подразделения собственной безопасности других ведомств, наделенных Законом оперативно-розыскными функциями, прибегать к использованию и конспиративных помещений нового назначения — *квартир-убежищ*. Помещения подобного типа необходимы и для «временного помещения в безопасное место» лиц, подлежащих государственной защите, для укрытия, в случае необходимости, граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, а также при наличии угрозы жизни и здоровью субъектов уголовного процесса и их близких родственников³.

Порядок обеспечения защиты судей и должностных лиц правоохранительных органов силами органами внутренних дел (в том числе с использованием безопасных мест) с 1995 года регламентировался Временной инструкцией, утвержденной приказом МВД России № 483. В соответствии с этим нормативным актом до создания специальных подразделений в решении задач безопасности защищаемых лиц должны участвовать все службы и подразделения органов внутренних дел в пределах своей компетенции⁴.

Несмотря на актуальность проблемы реализации упомянутых государственных программ обеспечения безопасности, в реальной практике деятельности служб собственной безопасности правоохранительных органов, помещений такой направленности насчитывается единицы. Об этом можно судить уже по отсутствию соответствующей графы в привычных отчетах об оперативных

¹ Торвальд Ю. Сто лет криминалистики. — М., 1984.

² См.: например, Якимов И.Н. Современное розыскное искусство // Административный вестник... — 1925, № 5.

³ См.: ст. 2, 5, 8, 12 Федерального закона РФ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» от 20.04.1995 г. № 45-ФЗ (в ред. от 29.08.2004 № 122-ФЗ); ст. 12 Федерального закона РФ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» от 8.08.2004 г. № 119-ФЗ (в ред. от 29.12.2004 г. № 199-ФЗ), а также ст. 18 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 26.12.2008 г. № 293-ФЗ) — далее — Закон об ОРД.

⁴ См.: Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. В.В. Николюка, В.В. Кальницкого и А.Е. Чечетина. Омск, 1999. — С. 72—73.

показателях. Насущную потребность в таких «местах» некоторые органы — субъекты физической защиты до настоящего времени пытаются решить (в ущерб принципам оперативно-розыскной деятельности) за счет использования тех же конспиративных квартир или иных мест, что едва ли соответствует задачам безопасности.

Сегодня такую миссию, но по более широкому «кругу лиц», обеспечивает относительно «молодая» служба МВД России — Управление по обеспечению безопасности лиц, подлежащих государственной защите (УОГЗ), в состав которого входит Центр по обеспечению безопасности с полномочиями оперативного реагирования на обращения, заявления и информацию лиц, включенных в программу защиты¹.

Участников программы, наравне с личной охраной и иными мерами, «временно перемещают в безопасное место — в другой район или даже в другой город»². Только в 2009 году такая мера безопасности применялась в 130 случаях.

Очевидно, что такие «места» должны подбираться заблаговременно и использоваться по мере необходимости либо консервироваться до времени возникновения надобности.

Отдельно следует сказать о помещениях, которые используются для решения задач оперативного характера временно. Например, это могут быть места размещения

стационарных постов оперативного наблюдения и т.п. И пусть их нельзя отнести, в полном смысле этого понятия, к собственным средствам органов, осуществляющих ОРД, тем не менее, они таковыми являются.

Федеральный закон №144 «Об оперативно-розыскной деятельности», установив за органами, ее осуществляющими, право использования в целях решения задач борьбы с преступностью по договору или устному соглашению служебных помещений предприятий, учреждений, организаций, а также жилых и нежилых помещений частных лиц³, создал легитимные условия для их применения в практике.

Так активное применение специальных помещений в разных формах и на различных этапах совершенствования оперативно-розыскной практики, являлось эмпирической предпосылкой закрепления указанного содержательного компонента средств ОРД в ее теории. Проследим логику такого предложения.

Вступление в силу положений упомянутого Закона в 1995 году привело к коренному пересмотру не только действовавшей до этого правовой основы ОРД, но и сложившейся к этому времени совокупности элементов теории оперативно-розыскной деятельности ОВД «как логически взаимосвязанной и взаимообусловленной системы категорий, понятий и принципов, интерпретирующих ее сущность и генезис»⁴ (основатели теории А.Г. Лекарь,

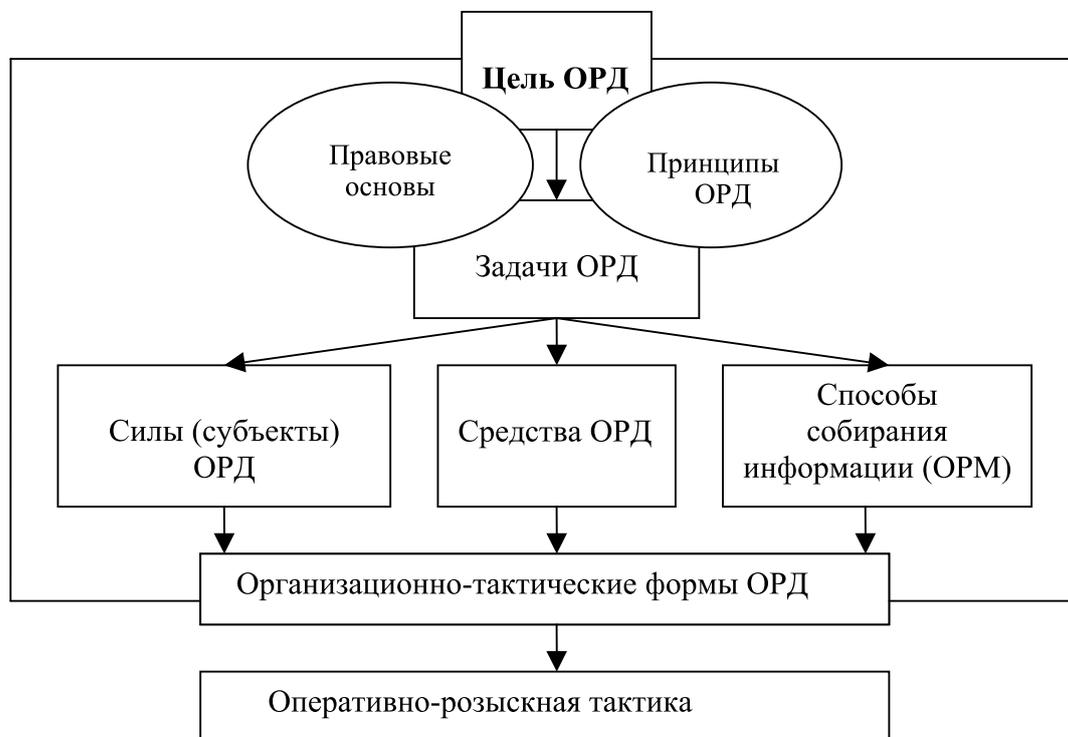


Рис. 1.

¹ См. Указ Президента РФ № 1316 от 6.09.2008 г. «О некоторых вопросах Министерства внутренних дел Российской Федерации».

² См.: Зимин О. Лучшая защита — ликвидация угрозы/ Милиция. 2010. № 2. — С.61.

³ См. п. 3 ст. 15 Закона об ОРД.

⁴ Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная энциклопедия. М., 2004. — С.305.

В.Н. Олейник, Г.К. Синилов, В.А. Лукашов, Д.В. Гребельский и др.). К упомянутым элементам названной системы относились (а многими относятся и в настоящее время¹) такие сущностные категории (компоненты) как силы, средства, методы и формы ОРД ОВД.

Основываясь на этом, в практике преподавания Общей части курса ОРД активно использовалась следующая (неполная²) система категорий теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел³ (рис. 1).

Однако практика оперативно-розыскной деятельности не может стоять на месте, а действующие положения закона реализуются в ежедневной кропотливой работе оперативных служб по решению задач борьбы с преступностью, ожидая научно-обоснованных рекомендаций от теории ОРД.

В настоящий период теория ОРД находится в действительно переходном состоянии научного знания об оперативно-розыскной практике всех субъектов ОРД⁴ от неполного и разрозненного к единому и более полному⁵. Очевидно, что условия, в которых сегодня действуют органы внутренних дел, вынуждают ученых-юристов и практиков оперативных служб искать новые пути совершенствования организационных принципов и форм, средств и методов оперативно-розыскной деятельности, иногда пересматривая прежние⁶. Однако, по нашему мнению, это не должно разрушать сложившуюся систему теории ОРД, их содержащую.

Так, если такие системообразующие категории ОРД, известные изучающим азы по первым учебникам об основах оперативно-розыскной деятельности⁷, как «силы», «методы» и «формы», достаточно быстро были идентифицированы в научных публикациях с обновленными элементами теории ОРД, такими как «субъекты» (ст. 15 и 17 Закона), «оперативно-розыскные мероприятия» (ст. 6 Закона) и «документирование» (ст. 10 Закона), то адаптации такой категории как «средства» место в новой теории отводится весьма скромное (ч.3 ст.6. Закона), либо не отводится совсем.

В проанализированных авторами положениях современных монументальных учебников по курсу ОРД, таких

как «Основы оперативно-розыскной деятельности» под ред. С.В. Степашина (М., 1999), под ред. В.Б. Рушайло (учебник для юридических вузов, изд. 4-е, стереотипное, М., 2002) вообще не содержится упоминания о такой категории теории ОРД. Учебники «Оперативно-розыскная деятельность» под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова и А.Ю. Шумилова (М., 2004) и «Теория оперативно-розыскной деятельности» под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова (М., 2009) содержат главы, посвященные только такому виду средств ОРД, как специальное техническое обеспечение оперативно-розыскных мероприятий.

Так в кратком учебном курсе ОРД под редакцией этих уважаемых корифеев теории ОРД под исследуемой категорией понимаются информационные, технические, программные и иные предметы и продукты специального назначения, а также служебно-розыскные собаки⁸.

В интересной авторской работе В.Ю. Голубовского к средствам ОРД относятся оперативная техника, оперативный учет и розыскные собаки⁹.

А.Ю. Шумилов определяет средства ОРД как элемент содержания ОРД, как предметы материального мира, применяемые для достижения целей и решения задач оперативно-розыскной деятельности, включая оперативную и специальную технику, транспорт и иные средства, документы оперативного прикрытия, информационные системы, вещества, вооружение, животных и т.п.¹⁰

Авторы учебного пособия (под ред. А.Е. Четина) предлагают более объемный перечень упомянутых средств ОРД¹¹.

Столь неоднозначный подход к трактовке понятия и содержанию одного из основных элементов сложившейся теории оперативно-розыскной деятельности, с одной стороны, вызывает озабоченность в сохранении ее преемственности и развитии, а с другой (несмотря на то, что попытки уточнения состава средств ОРД уже предпринимались¹², но дальнейшего развития не получили) — дает возможность предложить расширение «горизонтов» современного содержания категории «средства ОРД», за

¹ См.: например, Г.К. Синилов и И.А. Климов Перспективы развития теории ОРД. М., 1997; В.И. Елинский Методология теории ОРД (по материалам органов внутренних дел). М., 1999; В.М. Атамажитов и В.Г. Бобров О законодательном регулировании ОРД. М., 2003.

² Схема именно неполная, поскольку требует доработки связей между ее элементами. Кроме того, авторы не включили в систему категории оперативно-розыскной тактики.

³ См.: Малыгин С.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: комплекс учебно-методических материалов для слушателей сокращенных сроков обучения. Екатеринбург, 2000, — С. 24.

⁴ Здесь авторы вполне солидарны с мнением о многосубъектности Закона от 12.08.1995 г., позволяющем осуществлять различные модификации ОРД (См.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон Об оперативно-розыскной деятельности: Комментарий — М., 1997, - С. 12, 94—98; Захарцев С.И. К вопросу о содержании науки ОРД// Следователь. 2009, № 3. — С. 59).

⁵ См.: Шумилов А.Ю. Указ. соч. — С. 306.

⁶ См.: Климов И.А. Оперативно-розыскная деятельность как процесс познания. М., 1994. — С. 4.

⁷ См.: например, Лекарь А.Г. Основы оперативно-розыскной деятельности. М., 1966; Лукашов В.А. Введение в курс оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. Киев, 1976.

⁸ См.: Горяинов К.К., Овчинский В.С., Синилов Г.К. Теория оперативно-розыскной деятельности: краткий учебный курс. М., 2006, — С. 61.

⁹ См.: Оперативно-розыскная деятельность: словарь-справочник // автор-составитель В. Ю. Голубовский. СПб, 2001, — С. 142.

¹⁰ См.: Шумилов А.Ю. Указ. соч. — С.292—293.

¹¹ Основы оперативно-розыскной деятельности: учебное пособие/ под ред. А.Е. Четина. Барнаул, 2003, — С.161—177.

¹² См.: Малыгин С.С., Четин А.Е. Основы оперативно-розыскной деятельности: Авторский курс лекций. Екатеринбург, 2001, — С. 185—186; Воронцов А.В. К вопросу о классификации средств оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел//ОРП, 2009, № 2, — С. 13.

счет такого ее самостоятельного компонента, каким являются *специальные помещения*.

По нашему мнению это, позволит привести действующий Закон в соответствие с теорией оперативно-розыс-

кной науки, которая на основе практики конкретизирует и трансформирует научные положения и выводы в правовые нормы, обязательные для исполнения субъектами оперативно-розыскной деятельности.

17. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Проблемы отграничения хищения предметов, имеющих особую ценность, от разбоя

Бакрадзе А.А., кандидат юридических наук, доцент
Академия экономической безопасности МВД России (г. Москва)

Хищение предметов, имеющих особую ценность, должно квалифицироваться одинаково независимо от способа хищения [1, с. 453]. Однако прямое указание в законе (ч. 1 ст. 164 УК) на то, что предусмотренное в ней деяние влечет ответственность «независимо от способа хищения», не означает, что оно может быть совершено любым, не предусмотренным в законе способом. Во-первых, это противоречило бы принципу законности, а во-вторых, систематическое толкование, предполагающее уяснение смысла данной нормы путем установления ее связи с другими нормами уголовного права, ограничивающими понятие хищения определенными способами, приводит к выводу, что это преступление может быть совершено лишь теми способами, которые указаны в уголовном законе применительно к хищению обычного имущества [4, с. 207].

Существующие сегодня в науке решения по рассматриваемой проблеме можно было бы обозначить тремя способами.

1. Можно было бы дополнить рассматриваемую норму указанием на соответствующие способы совершения предусмотренного ею преступления в таком виде, в каком это было сделано в ст. 93¹ УК 1960 г., предусматривающей ответственность за хищение «независимо от способа» его совершения. Но после этих слов законодатель не ставил точку, а в скобках указывал номера статей, где раскрывались эти способы. Будь принято это и другие, ранее высказанные предложения, ч. 1 ст. 164 УК 1996 г. выглядела бы таким образом: «Хищение культурных ценностей, независимо от способа хищения (ст. 158–162), наказывается...».

2. Можно поступить по-другому. Достаточно дополнить понятие хищения, изложенное в примечании 1 к ст. 158 УК, несколькими словами, чтобы также устранить всякую почву для споров относительно способов совершения любого хищения, в том числе и предусмотренного ч. 1 ст. 164 УК: «Под хищением в статьях настоящего Кодекса понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие указанными в законе способами и обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившее ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества» [4, с. 207].

3. Существует и другой способ коррекции уголовного закона. Например, нынешний уголовный закон не охва-

тывает случаи, когда вымогаются культурные ценности, да и возможно приобретение права на них путем обмана или злоупотребления доверием. В этой связи, вероятно, можно было бы исключить из Уголовного кодекса РФ 1996 г. ст. 164 УК, усилив в главе 21 УК уголовную ответственность за преступления в отношении культурных ценностей, за счет закрепления квалифицирующего признака «в отношении культурных ценностей» в соответствующих статьях УК (ст. 158–163, 167, 168 УК). При таком подходе будет учитываться влияние способа совершения преступления на его характер и степень общественной опасности, будут исключаться ситуации, когда хищение «обычного» имущества наказывается строже, чем хищение культурных ценностей. Например, если хищение обычного имущества совершенное путем разбоя, с незаконным проникновением в жилище, помещение или иное хранилище в соответствии с ч. 3 ст. 162 УК наказывается лишением свободы от семи до двенадцати лет со штрафом в размере до одного миллиона рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до пяти лет либо без такового с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового, то за это же деяние, совершенное в отношении культурных ценностей, согласно ч. 1 ст. 164 УК, предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от шести до десяти лет со штрафом в размере до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до трех лет либо без такового с ограничением свободы на срок до одного года либо без такового.

Пытаясь разрешить данную проблему, одни авторы предлагают квалифицировать деяние в подобных случаях по совокупности преступлений [4, с. 247]. Однако совершенно очевидно, что это не выход из положения, поскольку он противоречит принципу справедливости [3, с. 95].

Другие ученые, по сути, используют тот же метод, что и законодатель, конструируя модели усовершенствования рассматриваемой нормы закона, путем добавления в ст. 164 УК нескольких квалифицирующих признаков [6, с. 20]. Получается, что, решая одну проблему, авторы лишь порождают другую.

На наш взгляд, более приемлемым здесь всё же видится другой подход. По правилам совокупности, если

преступление предусмотрено общей и специальной нормами, совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по специальной норме (ч. 3 ст. 17 УК). В диспозиции ч. 1 ст. 164 УК предусмотрена ответственность за хищение предметов... *независимо от способа хищения*. По нашему мнению, данная оговорка является излишней по следующим основаниям. Во-первых, также как и статья 164 УК, статьи 221, 226 и 229 УК выделены законодателем в отдельные составы по специальному предмету преступления. При этом диспозиции названных статей не содержат указания на возможность совершения этих преступлений независимо от способа хищения, поскольку это итак подразумевается. Во-вторых, наличие этой оговорки в диспозиции ст. 164 УК безоговорочно превращает её в специальную норму по отношению ко всем остальным формам хищения, то есть не оставляет правоприменителю выбора в случае конкуренции норм, как, например, в вышеприведённом примере с ч. 3 ст. 162 УК и ч. 1 ст. 164 УК.

Общее правило для квалификации преступления при конкуренции части и целого состоит в том, что всегда должна применяться та норма, которая охватывает с наибольшей полнотой все фактические признаки совершённого деяния. Она имеет преимущество перед нормой, предусматривающей лишь часть того, что совершил преступник [2, с. 226].

В данном случае, ч. 3 ст. 162 УК имеет приоритет над ч. 1 ст. 164 УК по способу совершения преступления — незаконному проникновению в жилище, помещение либо иное хранилище, тогда как ч. 1 ст. 164 УК, напротив, имеет приоритет по предмету преступления — предметы или документы, имеющие ... культурную ценность. На наш взгляд, поскольку норма, предусмотренная ч. 1 ст. 164 УК может быть элементом преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 162 УК, а обратное исключается в силу мягкости санкции ч. 1 ст. 164 УК, то, в данном случае, более точной и справедливой будет квалификация по ч. 3 ст. 162 УК. Кроме того, как известно разбой посягает на два непосредственных объекта, при этом лишь один из них (конкретная форма собственности) напрямую имеет отношение к хищению. В зависимости от предмета посягательства, его уголовно-правовая охрана может и должна осуществляться по ст. 164 УК, однако другой объект — здоровье конкретного человека — потерпевшего от разбойного нападения, как бы «выпадает» за пределы её объективной стороны. Другими словами, разбой не только форма хищения, но и нападение с применением насилия, опасного для жизни или здоровья и т.д.

Разбой при наличии особо квалифицирующих признаков, предусмотренных ч. 3, а также ч. 4 ст. 162 УК, также будет иметь приоритет над ч. 1 ст. 164 УК. В этом случае, содеянное следует квалифицировать по ч. 4 ст. 162 УК, разумеется, с описанием способа совершения преступления, в том числе, предусмотренного ч. 3 ст. 162 УК.

В том случае, если совершается хищение предметов ... имеющих ... культурную ценность при наличии квалифи-

цирующих признаков, предусмотренных ч. 2 ст. 164 УК, а также особо квалифицирующих признаков, предусмотренных ч.ч. 3, 4 ст. 162 УК, содеянное следует квалифицировать по ч. 2 ст. 164 УК. Однако, возможна ситуация, при которой одновременно путём разбойного нападения совершается хищение предметов ... имеющих ... культурную ценность, например, повлекшее их уничтожение (ч. 2 ст. 164 УК), и причиняется тяжкий вред здоровью потерпевшего (п. «в» ч. 4 ст. 162 УК) при отсутствии каких-либо других особо квалифицирующих признаков разбоя. При этом за счёт штрафа (до одного миллиона рублей) санкция ч. 4 ст. 162 УК строже, чем аналогичная санкция, предусмотренная ч. 2 ст. 164 УК (до пятидесяти тысяч рублей). Как быть в этой ситуации? Одна норма предусматривает ответственность за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (п. «в» ч. 4 ст. 162 УК), другая — за уничтожение, порчу ... предметов, имеющих особую ценность (п. «в» ч. 2 ст. 164 УК). Совокупность по этим статьям исключается, поскольку в этом случае лицо будет нести двойную уголовную ответственность за разбой. На первый взгляд, очевидно, что при такой ситуации имеются все формальные основания перейти на ч. 4 ст. 162 УК. При этом выравнивание штрафов, вероятно, напротив, позволило бы квалифицировать содеянное по ч. 2 ст. 164 УК, однако не решило бы проблему. Дело в том, что ст. 164 УК в целом не предусматривает ответственность за причинение тяжкого вреда здоровью, в том числе исходя из санкции её первой части, предусматривающей наказание в виде лишения свободы на срок от шести до десяти лет. А указание в ч. 2 ст. 164 УК на то, что ответственность устанавливается за *то же деяние*: ..., — не оставляет в этом никаких сомнений. Из этого следует, что и в том, и в другом случае, какой-либо одной нормы для квалификации явно недостаточно. Из сложившейся ситуации есть два выхода. Первый — квалифицировать содеянное по совокупности преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 4 ст. 162 УК и соответствующей частью ст. 243 УК. Второй — квалифицировать содеянное по совокупности преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 2 ст. 164 УК и соответствующим пункту и части ст. 111 УК. Действующее законодательство позволяет считать более предпочтительным второй вариант, поскольку объективная сторона ст. 243 УК не сопряжена с хищением, отличается от ст. 164 УК по предмету и не охватывает порчу имущества как способ совершения преступления.

Вряд ли следует поддержать предложение о включении квалифицирующего признака «в отношении культурных ценностей» в соответствующие статьи УК (ст. 158—163, 167, 168 УК) с одновременным исключением из Уголовного кодекса РФ 1996 г. ст. 164 УК. Подобная практика, на наш взгляд, во-первых, приведёт к нагромождению закона частными случаями совершения того или иного преступления в зависимости от предмета посягательства, к тому же редко встречающимися, а, во-вторых, потребует ужесточения санкций вышеуказанных статей, что никак

5. Приговор Симоновского районного суда г. Москвы от 24.05.2010 г. по уголовному делу №1–94/2010 г. (259838).
6. Резван А.П., Сенцов А.С. Уголовно-правовые меры борьбы с хищениями предметов, имеющих особую ценность. Волгоград, 1999.
7. Уголовное право. Особенная часть. Т. 1 / Под ред. Л.Д. Гаухмана и С.В. Максимова. М., 1999.
8. ФЗ РФ от 7.03.2011 г. №26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» из ряда статей уголовного кодекса, в том числе предусмотренных 21-ой главой УК, исключен нижний предел наказания в виде лишения свободы.
9. Филаненко А.Ю. Хищение чужого имущества: уголовно-правовой и криминологический аспекты.

Уголовная ответственность: понятие и пределы

Дорогин Д.А., аспирант

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

«Проблема уголовной ответственности до сих пор остается, пожалуй, самой острой и дискуссионной темой уголовной юриспруденции» [14, с. 42]. Изучением различных аспектов указанной проблематики занимались многие известные ученые-юристы, однако несмотря на обилие работ, посвященных данной теме, в научных кругах так и не удалось достичь единства мнений по наиболее важным вопросам уголовной ответственности и различных её аспектов. Пионтковский А.А. писал: «Всё уголовное право и уголовный процесс занимают различные стороны решения вопроса об уголовной ответственности. Тем не менее само понятие уголовной ответственности оказалось недостаточно изученным в теории уголовного права» [15, с. 40]. Данный тезис до сегодняшнего дня не утратил своего значения.

Решение проблемы пределов уголовной ответственности (т.е. определения моментов возникновения и прекращения таковой) напрямую зависит от того, что тот или иной учёный понимает под самой уголовной ответственностью, поэтому для начала следует затронуть именно этот аспект.

Более верной видится позиция, признающая лишь ретроспективную сущность уголовной ответственности: «юридическая ответственность, с тех пор, как она возникла, всегда было ответственностью за прошлое, за совершенное противоправное деяние. Иначе можно прийти к неприемлемому выводу, что лицо, не совершившее преступление, уже несёт правовую ответственность. Ни научные соображения, ни тем более интересы практики не дают основания для пересмотра взгляда на юридическую ответственность как последствие правонарушения» [18, с. 43].

Как представляется, наиболее близким к истине определением уголовной ответственности является дефиниция, предложенная И.П. Лесниченко: «Уголовная ответственность выражается в осуждении от имени Российской Федерации по приговору суда лица, совершившего преступление, и претерпевание им неблагоприятных последствий совершённого преступления, определённых на основании

настоящего Кодекса в приговоре суда» [12, с. 16].

Под уголовной ответственностью следует понимать принудительное претерпевание лицом, совершившим преступление, на основании обвинительного приговора суда как акта официального государственного порицания такого лица и совершённого им деяния неблагоприятных для себя последствий, предусмотренных уголовным законом за совершение преступления.

Стоит также подчеркнуть, что исполнение в принудительном порядке не исполненной ранее добровольно обязанности уголовной ответственностью не является [8, с. 317–318].

Реализация правовых норм возможна как в правоотношениях, так и вне их. В результате преступления возникает правоотношение, т.е. правовая связь между субъектами (государством и преступником), которые до того не были связаны конкретными правами и обязанностями [22, с. 59]. Вне правоотношений уголовно-правовое регулирование связано с реализацией абсолютных прав и всеобщих юридических обязанностей, предусмотренных уголовным законом [23, с. 223]. Реализация уголовной ответственности возможна только в рамках уголовного правоотношения [2, с. 107].

Уголовное правоотношение — это общественное отношение, возникающее из факта совершения преступления, между государством в лице его уполномоченных органов и лицом, совершившим преступление, направленное на реализацию взаимных прав и обязанностей и урегулированное нормами уголовного закона.

По вопросу момента возникновения уголовной ответственности единство мнений в науке отсутствует. Так, ряд ученых считает, что уголовная ответственность возникает с момента совершения преступления. Сторонниками данного мнения, к примеру, являются М.П. Карпушин и В.И. Курляндский [9, с. 21]. С этим предположением можно согласиться, если понимать уголовную ответственность как обязанность лица отчитаться за свои действия перед государством (а именно на этих позициях стоят данные ав-

торы), которая, безусловно, появляется сразу после совершения посягательства на охраняемые уголовным законом общественные отношения. Но поскольку ответственность как обязанность рассматриваться не может, с подобной точкой зрения сложно согласиться.

Другое мнение состоит в том, что уголовная ответственность возникает с момента привлечения лица в качестве обвиняемого. Сторонник этой точки зрения Я.М. Брагинин отмечает, что совершение преступления является основанием, но не моментом возникновения уголовного правоотношения и уголовной ответственности. В качестве главного аргумента учёный приводит тот факт, что именно с момента привлечения лица в качестве обвиняемого начинается применение мер принуждения [3, с. 25]. Вряд ли можно согласиться с такой позицией, т.к., во-первых, меры процессуального принуждения не являются уголовной ответственностью, о чём ещё будет сказано отдельно, а, во-вторых, даже если допустить, что это не так, потому что принудительные меры могут применяться и к подозреваемому.

К сожалению, судебная практика и некоторые учёные, исходя из смысла ст.ст. 299, 300 УК, тем не менее, считают моментом привлечения к уголовной ответственности момент привлечения в качестве обвиняемого. Так, в решении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР по делу У. сказано, что «датой привлечения лица к уголовной ответственности является день вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого» [5, с. 10].

«Уголовная ответственность начинается с момента вынесения обвинительного приговора» [7, с. 44], — пишет Н.И. Загородников. Он приводит следующий аргумент. Именно в приговоре суда происходит определение субъектов уголовного правоотношения, их прав и обязанностей. Однако автор допускает некоторые неточности. Если приговор будет изменён или вовсе отменён, содержание прав и обязанностей субъектов уголовного правоотношения будут другими, либо уголовная ответственность вообще не возникнет. По истечении же времени, предоставленного сторонам на обжалование приговора, последний вступает в законную силу. После этого момента уже можно говорить о всём вышперечисленном, т.к. приговор именно с этого момента презюмируется истинным и становится обязательным к исполнению и на всей территории Российской Федерации.

Также недопустимо смешение уголовного правоотношения как такового и его констатации судом, сопряжённой с определением конкретных прав и обязанностей, из него вытекающих. Отношения между лицом, совершившим преступление, и государством существуют объективно и возникают в момент совершения преступления. В самом деле, суд в обвинительном приговоре не создаёт вину лица в совершении преступления, но лишь констатирует её объективное наличие [15, с. 44].

В полной мере последовательной представляется точка зрения, нашедшая наиболее широкое распростра-

нение в уголовно-правовой доктрине, согласно которой моментом возникновения уголовной ответственности является вступление в законную силу обвинительного приговора суда [2, с. 106].

А.В. Кладков отмечал: «Основание уголовной ответственности возникает с момента совершения общественно опасного деяния, содержащего состав преступления. Но для ее возложения на конкретное лицо нужен юридический документ — вступивший в силу обвинительный приговор суда» [20, с. 57]. Данная позиция обосновывается, помимо озвученных, следующими аргументами.

Суд именно в обвинительном приговоре возлагает на виновного уголовную ответственность; вынесение же оправдательного приговора предотвращает её, указывает на отсутствие оснований уголовной ответственности [7, с. 45]. Исходя из изложенного, можно заключить, что до вступления в силу обвинительного приговора суда уголовная ответственность невозможна.

По смыслу ст. 78 УК сроки давности исчисляются до вступления в силу приговора суда, значит, законодатель сам называет момент возникновения уголовной ответственности. Если бы она возникала раньше, срок давности не продолжался бы до вступления в силу приговора, т.е. уже как бы после привлечения к уголовной ответственности [17, с. 22].

Эта же позиция подтверждается также и анализом смысла ч. 4 ст. 90 УК. Уголовный закон готовит о направлении материалов для привлечения к уголовной ответственности. Уголовное дело уже было ранее возбуждено, лицо привлекалось в качестве обвиняемого, однако было освобождено от уголовной ответственности. В данном случае материалы направляются в суд, который постановит обвинительный приговор, чем привлечёт лицо к уголовной ответственности [1, с. 64].

С.Н. Братусь считает, что уголовная ответственность возникает с момента начала отбытия лицом наказания по приговору суда [4, с. 113]. С позиции автора (который рассматривает уголовную ответственность как претерпевание лицом негативных последствий) данное утверждение верно, но с ним нельзя полностью согласиться, если трактовать уголовную ответственность шире, т.е. включать в её содержание порицание лица, совершившего преступление, от имени государства, что видится необходимым.

Момент прекращения уголовной ответственности, а равно и уголовного правоотношения, связывается в научной литературе с полной реализацией уголовной ответственности. Общеизвестно, что это имеет место при отбытии наказания либо окончательном освобождении лица от наказания по различным основаниям [10, с. 8–9]. Однако существует также и исключение: если уголовная ответственность реализуется только как порицание, т.е. постановляется обвинительный приговор с освобождением от наказания, момент её прекращения совпадёт с моментом её возникновения; им будет являться момент вступления в силу обвинительного приговора суда [13, с. 173–174].

Расхождения наступают только по вопросу, включается ли в содержание уголовной ответственности судимость. Если на этот вопрос ответить отрицательно, момент прекращения уголовной ответственности следует признать момент отбытия наказания [19, с. 54], в противном случае — момент погашения или снятия судимости [6, с. 22].

Аргументы, лежащие в основании первой позиции, следующие. «После отбытия наказания государство не вправе считать лицо преступником и подвергать его каким-либо дополнительным мерам ответственности за совершённое в прошлом преступление» [11, с. 74]. Апелляция к философскому праву государства применять те или иные меры в отношении виновного, равно как и выражение «считать лицо преступником» носят явно неюридический характер, в связи с чем приняты быть не могут.

«Судимость не есть наказание, а представляет собой последствие отбытия наказания. Судимость есть поэтому не процесс отбытия уголовной ответственности, а её следствие» [15, с. 44]. Хотя автор и не отождествлял уголовную ответственность с наказанием, в приведённом тезисе он допускает известную непоследовательность, т.к. остаётся непонятным, почему уголовная ответственность, не сводимая только к наказанию, не может включать в себя его правовое последствие — судимость.

Как результат уголовной ответственности, а не как её часть, рассматривает судимость и В.Д. Филимонов. «Судимость по своему содержанию — не лишение и не огра-

ничение прав осуждённого. Права на совершение нового преступления у него нет, поэтому возможную повышенную ответственность за совершение им нового преступления нельзя представить в виде лишения или ограничения его прав или свобод. Но если судимость — не лишение и не ограничение прав и свобод, то она и не может рассматриваться в качестве составной части уголовной ответственности» [21, с. 109]. Как уже отмечалось, уголовная ответственность не сводится только к мерам принуждения. Кроме того, наказание является одной из форм реализации уголовной ответственности. Правовым последствием реального отбывания наказания и только его выступает судимость [16, п. 5], не могущая существовать вне такового. В связи с этим становится очевидным, что судимость — нечто, имманентно присущее наказанию в случае его реального отбывания. Изложенное не позволяет согласиться и с приведённой точкой зрения В.Д. Филимонова.

Убедительным представляется мнение, в соответствии с которым судимость — это часть негативных последствий, которые лицо обязано претерпеть в соответствии с приговором, а, значит, и часть уголовной ответственности [7, с. 46].

«Установление точных пределов уголовной ответственности является неременным условием правильного применения норм уголовного закона и в конечном итоге важным средством гарантии социалистической законности и незыблемости прав советских граждан» [7, с. 46].

Литература:

1. Ашин А.А., Лошенкова Е.В. Общие вопросы ответственности в уголовном праве. Владимир, 2008;
2. Баулин Ю.В. Уголовная ответственность: понятие, виды и пределы // Российское уголовное право: традиции, современность, будущее. Материалы научной конференции, посвященной памяти профессора М.Д. Шаргородского (к столетию со дня рождения). СПб. 2005;
3. Брайнин Я.М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. М., 1963;
4. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). М., 1976;
5. Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1973. № 11;
6. Жовнир С. О понятии уголовной ответственности // Уголовное право. 2006. № 3;
7. Загородников Н.И. О пределах уголовной ответственности // Советское государство и право. 1967. № 7;
8. Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961;
9. Карпушин М.П., Курляндский В.И. Уголовная ответственность и состав преступления. М., 1974;
10. Келина С.Г. Теоретические проблемы освобождения от уголовной ответственности. Автореф. ... дисс. докт. юрид. наук. М., 1976;
11. Криволапов Г.Г. Уголовная ответственность как правовое последствие совершенного преступления // Труды Московской высшей школы милиции МВД СССР. Вып. 2. М., 1978;
12. Лесниченко И.П. Уголовная ответственность: понятие и проблемы реализации. Автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2005;
13. Огурцов Н.А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Рязань, 1976;
14. Павлухин А.Н., Чистяков А.А. Уголовная ответственность как научная категория российской правовой доктрины. Генезис, состояние, перспективы. М., 2003;
15. Пионтковский А.А. О понятии уголовной ответственности // Советское государство и право. 1967. № 12;
16. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18.03.1970 № 4 «Об исчислении срока погашения судимости»;
17. Ретюнских И.С. Уголовная ответственность и её реализация. Воронеж, 1983;
18. Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971;
19. Тащилин М., Годило Н. Уголовная ответственность и формы её реализации // Уголовное право. 2004. № 4;

20. Уголовное право. Общая часть. Под редакцией Здравомыслова Б.В., Красикова Ю.А., Рагога А.И. М., 1992;
21. Филимонов В.Д. Уголовная ответственность по российскому законодательству. М., 2008;
22. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974;
23. Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976.

Новый закон об уголовном наказании

Мингалимова М.Ф., аспирант

Казанский федеральный (Приволжский) университет

В соответствии с Федеральным законом от 7 марта 2011 года N 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» в действующий уголовный кодекс нашей страны внесены значительные изменения, касающиеся вопроса назначения наказания.

Настоящий Федеральный закон вступил в силу в день его официального опубликования — 11 марта 2011 года. Новое регулирование вопроса назначения наказания вызывает серьезные нарекания, как с точки зрения законодательной идеи, так и со стороны его практического применения.

Суть изменений, внесенных в уголовный кодекс, сводится к следующему. Во-первых, из ряда составов преступлений исключаются нижние пределы санкций в виде лишения свободы. Среди подобных статей нельзя не отметить причинение вреда здоровью, побои, клевета, кража, мошенничество, грабеж, вымогательство, разбой (за исключением особо квалифицированного состава и с проникновением в помещение), угон автомобиля, незаконное предпринимательство, фальшивомонетничество, уклонение от уплаты налогов, хулиганство, нарушение ПДД, служебный подлог, дезертирство и др. Данная мера призвана обеспечить более дифференцированный подход при выборе сроков и размеров лишения свободы.

Во-вторых, по некоторым категориям преступлений вводятся наказания, не связанные с лишением свободы (штраф в качестве основного наказания, исправительные работы). В-третьих, в 115 составах преступлений исключен нижний предел наказаний в виде исправительных работ и ареста.

С точки зрения законодательной инициативы и политики гуманизации, проводимой Президентом РФ Медведевым Д.А. совместно с Правительством страны, закон, внесший указанные изменения, должен пойти на благо наших граждан и нести за собой только положительные перспективы. Однако, внося изменения в действующий кодекс, законодатель не определил, что же делать с гражданами, которые на момент вступления в силу закона от 7 марта 2011 года уже были осуждены по статьям, претерпевшим затем изменения. Этот вопрос имеет существенное значение, так как осужденные к реальным срокам лишения свободы и отбывающие наказание в исправительных колониях должны иметь те же права, что и лица, находящиеся под уголовным преследованием и не дошедшие до этапа осуждения.

Значимость поднятой проблемы наглядно можно проследить на примере практического применения тех самых изменений, затронувших уголовный кодекс, о которых мы говорили выше.

За более чем 3 месяца действия названного закона, т.е. с момента его официального опубликования и до июня 2011 года включительно, Кировским районным судом г. Казани РТ рассмотрено 30 ходатайств осужденных лиц к реальному лишению свободы, желающих в соответствии со ст. 10 УК РФ снизить назначенные им сроки наказания. Анализ содержания ходатайств показал, что все без исключения лица указанной категории ссылаются в своих обращениях к суду на издание нового уголовного закона, имеющего обратную силу, что, по их мнению, должно повлечь за собой обязательное смягчение наказания.

В соответствии со статьей 10 УК РФ уголовный закон, устраняющий преступность деяния, смягчающий наказание или иным образом улучшающий положение лица, совершившего преступление, имеет обратную силу, т.е. распространяется на лиц, совершивших соответствующие деяния до вступления такого закона в силу, в том числе на лиц, отбывающих наказание или отбывших наказание, но имеющих судимость. Исходя из смысла данной статьи, если наказание по статье будет снижено уже после осуждения виновного, то в этом случае суд при обращении лица с ходатайством подобного характера должен смягчить назначенное предыдущим судом наказание.

Изучение судебных решений по вышеуказанным ходатайствам осужденных о снижении срока в соответствии с законом от 7 марта 2011 года показал, что не все правоприменители придерживаются единого мнения по данному вопросу. Так, 19.04.2011 Кировским районным судом г. Казани рассмотрено ходатайство осужденного П. по п.п. «а,г» ч.2 ст. 161, ч.5 ст. 74, 70 УК РФ к лишению свободы на срок 4 года. В ходе судебного заседания осужденный П. доводы обращения о необходимости снижения срока наказания поддержал. Согласно тексту постановления суд 1 инстанции пришел к выводу об обоснованности поставленного в ходатайстве вопроса и снизил наказание до 3-х лет 11 месяцев. Однако уже на следующий день, то есть 20.04.2011, под председательством другого судьи того же суда рассмотрено ходатайство осужденного Т. по п.п. «а,г» ч.2 ст. 161, ч.1 ст. 162, ч.3 ст. 69 УК РФ к лишению свободы на срок 3 года 6 месяцев. Результат

рассмотрения обращения гр. Т. при сходных статьях противоположен решению того же суда от 19.04.2011: в снижении наказания отказано. Один суд, доводы осужденных аналогичны друг другу, а решения разные.

Из рассмотренных судом за указанный период 30 ходатайств о снижении наказания районным судом удовлетворено лишь 12. Судебная коллегия Верховного суда Республики Татарстан, пересмотрев по кассационным жалобам осужденных 12 постановлений суда, снизили срок только 3 осужденным. Таким образом, суды республики удовлетворили 15 ходатайств, т.е. половину из поступивших обращений осужденных в связи с мартовскими поправками, внесенными в уголовный кодекс. Остальные обращения граждан о смягчении наказания вследствие издания нового уголовного закона судами были отклонены. Мотивация подобных решений в описательно-мотивировочной части постановления, как правило, отсутствует. Суд 1 инстанции ограничиваются фразой: «В части снижения наказания оснований суд не усматривает». Кассационная инстанция, отказывая в удовлетворении жалоб на постановления судей о невозможности снижения наказания, ссылается на то, что первоначальный состав суда, выносивший обвинительный приговор, уже определил наказание в соответствии с содеянным, что «говорит о снисхождении, проявленном судом»¹ и нецелесообразности дальнейшего снижения. [1. Кассационное определение ВС РТ от 27.05.2011 по делу №22–3394].

Таким образом, при равных условиях и равных правах, предоставленных Конституцией РФ гражданам нашей страны, только шести осужденным служители Фемиды сочли возможным снизить наказание от 1 до 6 месяцев. При этом то, насколько снижается наказание также остается на усмотрение каждого судьи. Ущемление прав 50% граждан, обратившихся в суд, налицо. Но как же так? Почему судьи одного и того же суда трактуют закон по-разному? У осужденного, получившего копию постановления суда, возникнет закономерный вопрос: почему же соседу из камеры наказание снизили, а ему, человеку, осужденному по той же статье, имеющему на бумаге те же права, суд отказал. Ответ на этот вопрос весьма прост. Отсутствие четкой единообразной политики, пробелы в действующем законодательстве, требующие немедленного восполнения порождают правовой нигилизм в обществе, и как следствие недовольство у граждан деятельностью судов.

Применение положений нового закона, улучшающего положение осужденных, является не только прерогативой суда 1 инстанции. Судебной коллегией Верховного Суда Республики Татарстан в кассационном порядке по жалобе осужденного и его адвоката пересмотрен приговор по уголовному делу №22–2939 в отношении гр. М., осужденного Кировским районным судом г. Казани за разбойное нападение по ч.2 ст. 162 УК РФ к 5 годам лишения свободы. Согласно тексту кассационного определения с учетом внесенных изменений ФЗ №26 в уголовный ко-

декс, а также наличия смягчающих обстоятельств и роли осужденного в совершении преступления судебная коллегия сочла возможным назначить гр. М. более мягкое наказание, чем назначено судом 1 инстанции, снизив срок лишения свободы гр. М., не признавшего свою вину, до 3-х лет 6 месяцев, что очевидно является несправедливым.

Рассматривая вопрос о смягчении наказания, в какой-то степени можно и согласиться с судьями, отказывающими в снижении сроков наказания. Ведь судья, изначально вынесший обвинительный приговор и назначивший соответствующее наказание, взвесил все «за» и «против», учел все правовые аспекты и назначил справедливое наказание виновному лицу. Но если бы все судьи придерживались единого мнения по затронутой проблеме, тогда бы и не было нарушения принципа равенства граждан перед правосудием, а жалобы осужденных были бы беспочвенными. С учетом данных обстоятельств, полагаю, что вышестоящие суды во избежание появления подобных жалоб граждан должны в незамедлительном порядке дать разъяснение нижестоящим судам в части необходимости смягчения наказания вследствие издания Федерального закона от 7 марта 2011 года.

Касаясь текста нового уголовного закона, нельзя не затронуть очередное глобальное изменение, которое отразится, в первую очередь, на судьбах граждан. Это вопрос о сохранении испытательного срока и условно-досрочного освобождения, решение по которому после 7 марта текущего года предоставлено на усмотрение суда даже в том случае, если ранее осужденное лицо совершило в период условного срока или в период УДО умышленное преступление, относящееся к категории средней тяжести.

Напомним, ранее до внесенных поправок в соответствии с частью 5 статьи 74 УК РФ в случае совершения условно осужденным в течение испытательного срока умышленного преступления средней тяжести суд обязан был отменить условное осуждение и назначить виновному наказание по правилам ст. 70 УК РФ.

Единого мнения по данному вопросу у правоприменителей в настоящее время нет. Часть считает, что человек, вставший на путь преступной деятельности, рано или поздно вновь совершит преступление, а кто-то наоборот придерживается пути необходимости сохранения условного срока, а значит сохранения свободы. Суды, несмотря на незначительный срок, прошедший после вступления в силу закона от 7 марта 2011 года, активно пользуются новыми изменениями. К примеру, за полтора месяца действия нового закона Кировским районным судом г. Казани РТ и мировыми судьями района условный срок сохранен 3 лицам, совершившим умышленные преступления средней тяжести в период условно-досрочного освобождения и испытательного срока. Во всех случаях государственные обвинители настаивали на назначении реального лишения свободы. Однако суд, продолжая либеральную политику в части назначения меры уголовно-правового воздействия, основываясь на условиях особого порядка рассмотрения уголовного дела и полном признании вины, все же

избирали позицию сохранения свободы виновным лицам. К примеру, приговором того же суда г. Казани осужден гр. Ц. по ст. 166 ч.1 УК РФ к реальному лишению свободы. В декабре 2010 года гр. Ц. освобожден из исправительной колонии условно-досрочно. Спустя 2 месяца он вновь совершает умышленное преступление средней тяжести, направленное против собственности, в период условно-досрочного освобождения. В этом случае мотивация в части избрания наказания, связанного с изоляцией от общества, у стороны обвинения проста: «Должных выводов не сделал, на путь исправления не встал, склонен к совершению умышленных преступлений». Указанные фразы носят устрашающий, негативный характер. Но, думается, что человек, уже побывавший в местах лишения свободы, и совершивший вновь уголовно-наказуемое деяние своим

поведением исправления не достиг. Однако, суд, сохраняя условное осуждение, позицию государственного обвинителя не поддержал.

Явная несправедливость наказания порождает безусловное негодование прокуроров, обладающих обширным спектром полномочий. Но акты прокурорского реагирования в виде апелляционных и кассационных представлений являются нецелесообразным ввиду их бесперспективности. В случае их вероятного отклонения позиция прокурора, занятая по уголовному делу, будет признана противоречащей закону. С целью уменьшения чрезмерно частого судебского усмотрения полагаю, что и в данном случае крайне необходимы разъяснения Верховного суда РФ для установления единой политики по затронутому вопросу.

Литература:

1. Кассационное определение ВС РФ от 27.05.2011 по делу №22—3394

21. ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Возможные пути совершенствования деятельности предварительного следствия

Аккулев А.Ш., кандидат юридических наук, доцент
Евразийский гуманитарный институт (г. Астана)

В настоящее время, в соответствии с Указом Главы государства №1039 от 17 августа 2010 года «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан», в стране проводится эксперимент, суть которого заключается в том, что следственные и оперативные подразделения объединены в одно единое подразделение. Это по замыслу разработчиков должно повысить эффективность предварительного расследования и уровень защищенности законных прав и свобод граждан, попавших в орбиту уголовного преследования. Между тем анализ деятельности аналогичных органов в США, Франции, ФРГ показывает, что на стадии до судебного разбирательства по уголовному делу законодатели этих стран пытаются:

1) избежать излишней «громоздкости» ведения расследования (отсутствует деление на дознание и предварительное следствие, дается возможность прокурору руководствуясь принципом целесообразности сразу решить вопрос по существу без привлечения к уголовной ответственности, в том числе используются институты «упрощенного ведения расследования» и «сделки о признании вины»);

2) отделить орган дознание от самого следствия;

3) передать под контроль суда максимальное число следственных и оперативных мероприятий;

4) насколько это возможно сделать само следствие независимым от прокурорского воздействия.

Исходя из имеющегося опыта этих стран и собственного понимания сути вопроса, на наш взгляд, представляется целесообразным исключить объединение Следственного комитета и Комитета криминальной полиции в один орган, поскольку:

— у них разные задачи (следствие — качественное, объективное и своевременное расследование; оперативные подразделения — раскрытие, розыск, задержание преступников);

— на практике следствие подпадет под влияние оперативных работников, поскольку основной задачей МВД является раскрытие преступлений. В целом, как будет организована работа этих подразделений на местах и какие приоритеты они будут выставлять, будет зависеть от того, кто конкретно будет руководить ими — оперативный работник, или следователь, что совершенно не верно, так как не будет системного подхода, и при этом, этот руково-

дитель будет подчинен начальнику органа дознания (тем более в военизированных условиях, т.е. не будет самостоятелен);

— само по себе нахождение следствия в органах дознания на практике приводит к тому, что оно полностью подконтрольно органу дознания, будучи административно подчинено ему (назначения, получение очередного звания, получение поощрения и взысканий и т.д.) и, следовательно, вынуждено в первую очередь выполнять главную задачу — «раскрываемость преступлений» и не секрет, что здесь уже не до объективности и гарантии защиты прав граждан;

— относительно довода о том, что объединение следователей и оперативников приведет к улучшению взаимодействия, оперативности и повышению солидарной ответственности не выдерживает никакой критики. Известно, что работа на основном, низовом уровне выстроена, апробирована десятилетиями и навряд ли поменяется и менять ее вообще не целесообразно. Так, у начальника низового подразделения будут заместители, которые будут отвечать один за следствие, другой за оперативную работу, как и до этого следователь будет давать задание «оперу», результат будет подшиваться в дело. Сроки будут давить на следователя, опер всегда отпишется, дело в суд будет отправлять следователь и конечный спрос будет всегда со следователя. В случае возникновения конфликта между ними есть начальник органа дознания, который, как правило, выходец из оперативных работников и может продавить следствие. Ориентировать же всех работников на проведение как оперативных, так и следственных мероприятий — практически невыполнимая задача. Этим сотрудникам надо будет заводить агентуру, заниматься розыскными мероприятиями, оформлять соответствующие оперативные документы и параллельно осуществлять следствие, направлять уголовные дела в суд.

В связи с чем, мы полагаем возможным два пути решения этого вопроса.

Первый — следственные подразделения вывести из состава всех органов уголовного преследования и дознания в отдельный, самостоятельный государственный орган (например, Агентство по расследованию), передав полномочия по ведению расследования по всем категориям уголовных дел:

Плюсы:

1) выведет следствие из административного подчинения органов уголовного преследования и дознания, сделает их административно независимыми, что очень важно (учитывая ментальность общества), это позволит в свою очередь сделать их реально процессуально независимыми (например, в США следствие осуществляет суд — органы дознания, прокуратура осуществляет лишь поиск источников информации, с помощью которых доказательства формируются на стадии судебного разбирательства; в ФРГ следствие осуществляет судья-дознатель, обязанности которого выполняет участковый судья — полиция и прокуратура собирают информацию, выдвигают обвинение и предоставляют на судебное следствие; во Франции следствие осуществляет судебный следователь, назначаемый Президентом страны, входящий в состав суда);

2) независимость следователя позволит более объективно расследовать все обстоятельства дела;

3) исключит деление следствия на дознание и предварительное расследование. На наш взгляд, не вполне логично и целесообразно деление расследование уголовных дел на две формы: предварительное расследование и дознание. В обоих случаях имеются потерпевшие и обвиняемые (их права и интересы), которые в принципе должны на одинаково высоком уровне охраняться законом. Поскольку такое деление произошло из-за различной степени опасности посягательств, при которой менее опасные посягательства, как правило, не представляющие большой сложности в расследовании в целях экономии времени и избежания необоснованных процессуальных издержек было решено рассматривать в более короткие сроки в форме дознания. Между тем, процессуальное положение лиц, ведущих предварительное следствие и дознание существенно различается, и говорить о процессуальной независимости дознателя не приходится. Хотя и те, и другие занимаются расследованием преступлений. В связи с чем полагали бы возможным рассмотреть вопрос об упразднении института «штатного дознания» с передачей расследования всех преступлений в следствие, сохранив различия сроков их рассмотрения и некоторые особенности расследования. При этом считаем необходимым полномочия по ведению дознания из органов, не наделенных правом ведения предварительного расследования, также передать в следствие. Думается, что за органами дознания следует оставить право (обязанность) выявлять, оформлять, регистрировать и передавать материалы в Агентство по расследованию, а также полагать желательным оставить за ними полномочия по расследованию дел в упрощенном порядке, расширив перечень оснований, по которым возможно проведение этого расследования;

5) передача материалов в другой орган существенным образом дисциплинирует органы дознания, которые будут вынуждены более качественно обрабатывать первичный материал (результаты этой деятельности можно будет

взять в качестве одного из критериев оценки их деятельности);

6) позволит создать «костяк» следственных работников, повысить их профессиональный уровень, существенно снизить «вымываемость» кадров (в настоящее время средний трудовой стаж следственных работников МВД в низовых подразделениях составляет не более 2 лет).

7) в общем, сохранит существующий, привычный порядок расследований, не приведет к путанице, не понадобится много дополнительного времени на отработку механизма расследования.

Минусы:

1) на начальном этапе возникнут естественные противоречия между государственными органами, которые могут повлечь на местах трения и «волокуту» (например, такое наблюдалось на первоначальном этапе деятельности СИЗО в МЮ после их передачи из МВД, когда СИЗО перестали принимать арестованных без оформления должных документов, что в итоге привело только к значительному повышению уровня защищенности прав задержанных);

2) не уменьшает «громоздкости» ведения расследования по уголовным делам, поскольку, в общем, все этапы расследования сохраняются: дознание (сбор первичных материалов), само предварительное расследование и судебное разбирательство, с проведением судебного следствия. Вместе с тем, учитывая, что в большинстве случаев продление сроков следствия происходит из-за экспертиз, можно отработать вариант получения следствием справки специалиста, с назначением соответствующей экспертизы, результаты которой будут направлены уже непосредственно в суд, для принятия им решения;

3) на практике при существующей роли прокуратуры сохранится зависимость следствия от прокуратуры и, по сути, превратит следствие в тот же орган обвинения (уголовного преследования), хотя следствие должно быть максимально независимым и объективным в своих выводах;

4) сохранится негативное влияние выводов следствия на решения, принимаемые судом. Сегодня, не смотря на то, что суд проводит судебное следствие, имеет право собирать доказательства, все равно, он не просто вынужден основываться на доказательствах собранных следствием, привязан к ним, более того суд вынужден «действовать» в рамках этих доказательств, имеющих исключительно обвинительный уклон (зачастую в ходе следствия все «лишнее отсекается», доказательства вызывающие сомнения не акцентируются, замалчиваются, проводится работа с обвиняемым, свидетелями, потерпевшим, адвокатом и пр.);

5) в системе органов государственного управления появится еще один, по сути репрессивный орган, что неоднозначно будет воспринято обществом.

Второй вариант — передать полномочия по проведению следствия по всем категориям дел непосредственно

суду (например, специальному судье-следователю, входящему в состав суда и наделенному полномочием принимать решение по делу), оставив за органами уголовного преследования и дознания сбор всей возможной информации и проведения дознания в упрощенном порядке с последующим предоставлением его результатов суду для принятия решения. При этом какого-либо смешения функций не произойдет, поскольку и сейчас суд наделен полномочием по проведению судебного следствия и, более того, на основании него он должен принять решение.

Плюсы:

1) существенное упрощение процедур и временных рамок проведения досудебного разбирательства (экспертизы можно назначать непосредственно в суде, на стадии дознания ограничившись справкой специалиста);

2) независимость расследования не только от органов уголовного преследования и дознания, но и прокуратуры;

3) необходимость передачи первичных материалов сразу в суд, для проведения расследования и в последующем принятии им решения, еще больше дисциплинирует органы уголовного расследования и дознания, которые будут вынуждены максимально полно отрабатывать первичный материал и задания судьи (результаты этой деятельности можно будет взять в качестве критерия оценки их деятельности);

4) возможность организации реальной состязательности сторон, когда прокурор вынужден будет отстаивать в суде все собранные дознанием доказательства, а защита будет иметь действительную возможность опровергать эти доказательства. В связи с чем, следствие станет более объективным, всесторонним и полным;

5) в настоящее время следствие выступает на стороне дознания, прокуратуры единым фронтом, будучи также органом обвинения (уголовного преследования). Отсюда взаимозависимость и корпоративность этих органов, нежелание признавать свои ошибки, например, когда лицо привлекают по одной статье и не найдя в ходе следствия доказательств, перекавалифицируют на другой состав, лишь бы привлечь к ответственности, а если в отношении лица была избрана мера пресечения — арест, то тогда в отношении него принципиально «всемирно» предпринимаются все меры по недопущению выхода его на свободу. Практика изобилует такими примерами, каждый следователь подтвердит это. И это ментальность, которую при сложившемся положении вещей невозможно сломать;

6) доказательная база будет формироваться непосредственно в ходе судебного разбирательства и судья не будет психологически, как сейчас, привязан к имеющимся в материалах доказательствам и более того не сможет провести судебное разбирательство лишь бы как (есть же доказательства, что копаться, сориться с прокурором), вынужденный сам собирать доказательства и персонально отвечать за качество расследования;

7) непосредственный, первоначальный сбор судьею доказательств по делу (как сейчас на предварительном

следствие, неоднократное, личное общение с участниками процесса) заставит его «изнутри проникнуться» всеми обстоятельствами дела, сделать собственные выводы о личности преступника, что, несомненно, повысит объективность принимаемого им решения и личную ответственность за принятое решение;

8) вызовет положительную реакцию у общества.

Минусы:

1) встанет вопрос об увеличении штатной численности судов (с другой стороны произойдет сокращение штатной численности следователей и дознавателей в органах уголовного преследования);

2) потребуются существенная корректировка действующего законодательства;

3) понадобится какое-то время для налаживания всех механизмов проведения такого расследования;

На наш взгляд, предпочтительнее, с точки зрения более полной и эффективной защиты прав граждан, вариант передачи следствия непосредственно суду. При этом, считаем нецелесообразным образовывать при суде некое следственное подразделение (например, в виде Комитета при Верховном Суде), поскольку фактически это ничего не изменит процедурно, не приведет к упрощению следствия, и главное это будет следователь, который также будет формировать доказательную базу для суда (суд также волей, неволей будет зависеть от выработанного им решения, мнения), и не будет принимать непосредственного решения по делу (размытая ответственность).

В случае передачи полномочий по проведению следствия Агентству по расследованию или суду необходимо:

1) полномочия по проведению всех следственных мероприятий делегировать только следователю, суду;

2) исключить выдачу санкций на проведение необходимых следственных и оперативных мероприятий прокурором, только судом. Во всех развитых странах мероприятия, так или иначе, посягающие на конституционные права граждан санкционирует суд (например, избрание меры пресечения, обыск, выемка, изъятие корреспонденции, не говоря уже о проведении оперативно-розыскных мероприятий);

3) исключить из органов уголовного преследования и дознания право на возбуждение уголовного дела (оставив это право по делам, по которым проводится упрощенный порядок проведения следствия), только следователю, суду. В настоящее время эти органы в целях улучшения показателей своей деятельности зачастую возбуждают уголовные дела, не имея на то достаточных оснований, не редки случаи возбуждения уголовных дел из корыстных побуждений, дальнейшая судьба этих дел оперативные аппараты, как правило, мало интересуют, поскольку ими занимаются и ответственны за них дознание и следствие;

4) отказаться от возвращения судами (на стадии главного судебного разбирательства) уголовных дел на дополнительное расследование, это есть не что иное как завуалированная форма содействия судебной системы органам

уголовного преследования, для восполнения пробелов в доказательственной базе. Дополнительное расследование, как правило, является «вторым шансом» для выигрыша дела стороной обвинения, но не защиты, поскольку в режиме следствия эта сторона весьма ограничена в своих возможностях и скорее является объектом правоприменения, чем его полноценным субъектом. Поэтому полагаем необходимым в целях полноценной, а не декларативной реализации принципов презумпции невиновности и равенства сторон в уголовном процессе, полностью отказаться от этого устаревшего и скомпрометировавшего себя института. При этом вполне возможно оставить эту процессуальную возможность на стадии предварительного слушания дела.

б) для обеспечения реального равенства сторон на досудебных стадиях необходимо усилить правовой статус адвокатов. Следует запретить уголовное, гражданско-правовое и административное преследование адвокатов за действия, осуществляемые в соответствии с законом, профессиональными обязанностями и этическими нормами. Запретить вторжение в сферу адвокатской тайны посредством методов, используемых в правоохранительной деятельности, гарантировав неприкосновенность переписки, документации, телефонных переговоров, служебных помещений и жилища адвокатов. Необходимо прямо предусмотреть в законе запрет на привлечение адвокатов для сотрудничества на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими правоохранительную деятельность, а также отказаться от практики ограничения допуска адвокатов к делам, имеющим «гриф секретности». В последнем случае вполне достаточно обязывать адвокатов хранить полученную ими при производстве по делу информацию в тайне, согласно порядку, определенному в законодательстве;

б) в целом, необходимо ускорить легализацию и принятие Закона о детективной деятельности. В настоящее время различными частными организациями ведется эта работа негласно, что приводит к нарушению прав граждан, с другой стороны легализация этой деятельности позволит гражданам (адвокатам), с соблюдением установленных процедур, параллельно вести сбор доказательственной базы по уголовным делам. Что, на наш взгляд, только лишь со-

здаст положительную конкуренцию органам уголовного преследования и реальную базу для состязательности сторон в ходе судебного разбирательства.

При этом полагаем целесообразным детально прописать основания и полномочия прокурора по прекращению уголовного преследования до передачи материалов в следствие, расширить основания применения упрощенного порядка ведения следствия и внедрить так называемый институт «сделки признания вины».

Также нам представляется неверным деление деятельности по получению информации, необходимой для раскрытия и расследования преступлений, на оперативно-розыскную и уголовно-процессуальную, поскольку существенное число мероприятий, затрагивающих права и свободы граждан, регламентируется в секретных ведомственных приказах. Закон об Оперативной розыскной деятельности, который в большей степени является рамочным, определяет перечень этих мероприятий, круг субъектов наделенных полномочиями по проведению ОРД, не расписывает детально процедуры и правил их проведения. На наш взгляд государство использует этот законодательный акт как ширму, за которой прячется механизм, способный необоснованно вторгаться в частную жизнь граждан. Конечно, следует подумать о целесообразности полного рассекречивания всех правил проведения ОРМ, но вместе с тем думается необходимым уточнить в уголовно-процессуальном кодексе весь список действий, необходимых правоохранительным органам для расследования преступлений, в том числе и оперативно-розыскные мероприятия, и четко урегулировать общий порядок их производства, гарантирующий неукоснительное соблюдение прав человека, неприменение этих действий без достаточных к тому оснований, а также восстановление прав граждан, нарушенных в результате неоправданного и незаконного использования этих мер. Вполне возможно назвать все эти средства и способы доказывания единым термином — «следственные действия», под которыми понимать как гласные, так и негласные способы получения информации. При этом считаем, что все оперативные мероприятия должен в обязательном порядке санкционировать суд, а прокурор только лишь обосновывать необходимость их проведения.

Смертная казнь в США: тенденция отмены

Чиркова Е.С., аспирант

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

Тема смертной казни везде и всегда занимала особое место в общественном сознании. Квашиш В.Е. говорит о смертной казни не только как инструменте уголовной политики, но и как о социокультурном феномене, а отношение к ней — индикатор: «Отношение к этой мере наказания — вопрос нравственной доминанты каждого

человека; отношение к ней общества — индикатор господствующих в нем нравов и унастроений, показатель того, насколько оно прониклось идеями справедливости, гуманизма и цивилизованности» [1]. На сегодняшний день в связи с глубокими мировыми процессами интеграции и глобализации, правовое положение личности не может

оставаться в статике. Фундаментальные права признаются в законодательстве большинства государств. Но на пути к абсолютному признанию права на жизнь, запрещению смертной казни постоянно приводят в исполнение смертные приговоры большое количество стран. Проблема смертной казни неотделима от общей концепции прав человека и несовместима с ней, так как казнь попирает его права и, прежде всего, попирает его право на жизнь. Смертная казнь противоречит международно-правовым стандартам в области прав человека, нарушает общепризнанную норму о праве на жизнь. Установление запрета на применение смертной казни в современном международном праве связано с утверждением в качестве основного принципа уважения прав и основных свобод человека и общим признанием абсолютного права на жизнь. Норма о запрете на смертную казнь уже признана многими государствами — членами ООН, Совета Европы, Европейского союза, ОБСЕ, Организации американских государств и др.

Впервые юридическое признание право на жизнь получило в Декларации независимости Соединенных Штатов Америки 1776 г.: «Мы считаем очевидными следующие истины: все люди сотворены равными, и все они одарены своим Создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежит: жизнь,...» [3, с. 331]. Конституция США (принята 17 сентября 1787 г. и знаменовала собой образование в мире нового государства — Соединенные Штаты Америки) не содержит стандартного выделения главы или раздела о правах и свободах человека. Право на жизнь закреплено в V поправке: «... никто не должен лишаться жизни...» [3, с. 351]. Право на жизнь как стержневое конституционное право признаётся Конституцией США, но в то же время в 34 штатах этой страны на сегодняшний день не отменена смертная казнь. Например, Конституция штата Калифорния (штат США) в статье 1 раздела 27 говорится: «... Смертная казнь, предусмотренная такими законами, не будет представлять собой или рассматриваться как применение жестоких или необычных наказаний по смыслу Статьи 1 Раздела 6, а также подобное наказание за преступления не будет считаться противоречащим другим положениям настоящей Конституции» [6].

Американское уголовное законодательство (федеральное и штатов) не содержит определения наказания. Понятие «система наказаний» в американской уголовно-правовой доктрине не разработано, следовательно, о системе наказаний США можно говорить весьма условно. Козочкин И.Д. выделяет следующие основные виды наказаний [2, с. 252]: смертная казнь, тюремное заключение, probation и штраф. Проанализируем применение, на сегодняшний день, смертной казни как высшей меры наказания в США.

Нельзя сказать, что отношение к смертной казни в США — однозначно. Хотя большая часть населения Америки за применение смертной казни, всё же в последнее время все меньше выносятся смертельных приговоров,

некоторые штаты отменяют смертную казнь, например, штат Иллинойс, который стал шестнадцатым штатом США, окончательно отменившим смертную казнь с 2011 г. Газета.ru информирует, что данное «решение было принято 32 голосами против 25» [5]. С 2000 года в Иллинойсе действовал мораторий на приведение высшей меры наказания в исполнение, и только в январе 2011 года губернатор Пэт Куинн подписал закон, окончательно запрещающий казнить людей.

О том, как эволюционирует в США отношение к смертной казни, рассказал «Российской газете» исполнительный директор вашингтонского Центра информации о смертной казни Ричард Дитер [8]. Он отметил, что в последние годы количество случаев применения смертной казни в США снижается, так как присяжным нередко предлагается альтернатива в виде пожизненного заключения без права на досрочное освобождение. Р. Дитер объясняет данную тенденцию распространением информации о судебных ошибках. Именно судебные ошибки приводятся как аргумент сторонниками отмены смертной казни. Например, Саидов А.Х. в статье «Возможно ли общество без смертной казни?» пишет: «До тех пор пока смертная казнь сохраняется, нельзя избежать риска исполнения неверно вынесенного приговора» [4, с. 146]. Ричард Дитер на основании американского опыта относительно применения «высшей меры» в заключении констатировал, что изменение действующей системы США затруднительно, «хотя бы потому, что требуется решение самих штатов», но отказ от смертной казни — это гораздо лучше. Штаты, в которых применяется и в которых отменена смертная казнь представлены в Таблице 1.

Из приведённой таблицы видно, что менее половины штатов США отменили смертную казнь. Первая отмена смертной казни была в 1846 г. в штате Мичиган. Из данных таблицы 1 составим график тенденции отмены смертной казни штатами США с 1846 г. по 2011 г. (рис. 1), из которого ярко будет видно: в XIX в. и XX в. штаты США, отменившие смертную казнь прибавлялись через большие промежутки времени. Так, например, после отмены смертной казни в 1853 г. штатом Винконсин следующий штат, отменивший высшую меру наказания, стал в 1887 г. штат Мэн (между этими отменами прошло 34 года), после 24 летнего перерыва штат Миннесота отменила смертную казнь в 1911 г., и дальше последовала самая большая пауза в 37 лет, которая прервалась отменой смертной казни в 1948 г. штатом Гавайи.

Итак, США, являясь прогрессивной правовой страной, страной, первой закрепившей право на жизнь, до сих пор назначает и применяет высшую меру наказания. По мнению Квашис В.Е.: «Этот институт издавна стал неотъемлемым элементом не только правовой системы США, но и американской культуры в целом» [1]. International Amnesty назвала пятёрку «стран-палачей» в 2010 году, которые расположились следующим образом (по убыванию в количестве применения смертной казни): Китай, Иран, Северная Корея, Йемен, США. По информации

Таблица 1
Штаты, применяющие или отменившие смертную казнь

Название штата	Смертная казнь применяется	Смертная казнь отменена	Год отмены смертной казни
Айдахо	+		
Айова		+	с 1965 г.
Алабама	+		
Аляска		+	с 1957 г.
Аризона	+		
Арканзас	+		
Вайоминг	+		
Вашингтон	+		
Вермонт		+	с 1964 г.
Виргиния	+		
Висконсин		+	с 1853 г.
Гавайи		+	с 1948 г.
Делавэр	+		
Джорджия	+		
Западная Виргиния		+	с 1965 г.
Иллинойс		+	с 2011 г.
Индиана	+		
Калифорния	+		
Канзас	+		
Кентукки	+		
Колорадо	+		
Коннектикут	+		
Луизиана	+		
Массачусетс		+	с 1984 г.
Миннесота		+	с 1911 г.
Миссисипи	+		
Миссури	+		
Мичиган		+	с 1846 г.
Монтана	+		
Мэн		+	с 1887 г.
Мэриленд	+		
Небраска	+		
Невада	+		
Нью-Гэмпшир	+		
Нью-Джерси		+	с 2007 г.
Нью-Йорк		+	с 2007 г.
Нью-Мексико		+	с 2009 г.
Огайо	+		
Оклахома	+		
Орегон	+		
Пенсильвания	+		
Род-Айленд		+	с 1984 г.
Северная Дакота		+	с 1973 г.
Северная Каролина	+		
Теннеси	+		
Техас	+		
Флорида	+		
Южная Дакота	+		
Южная Каролина	+		
Юта	+		
Федеральный округ Колумбия		+	

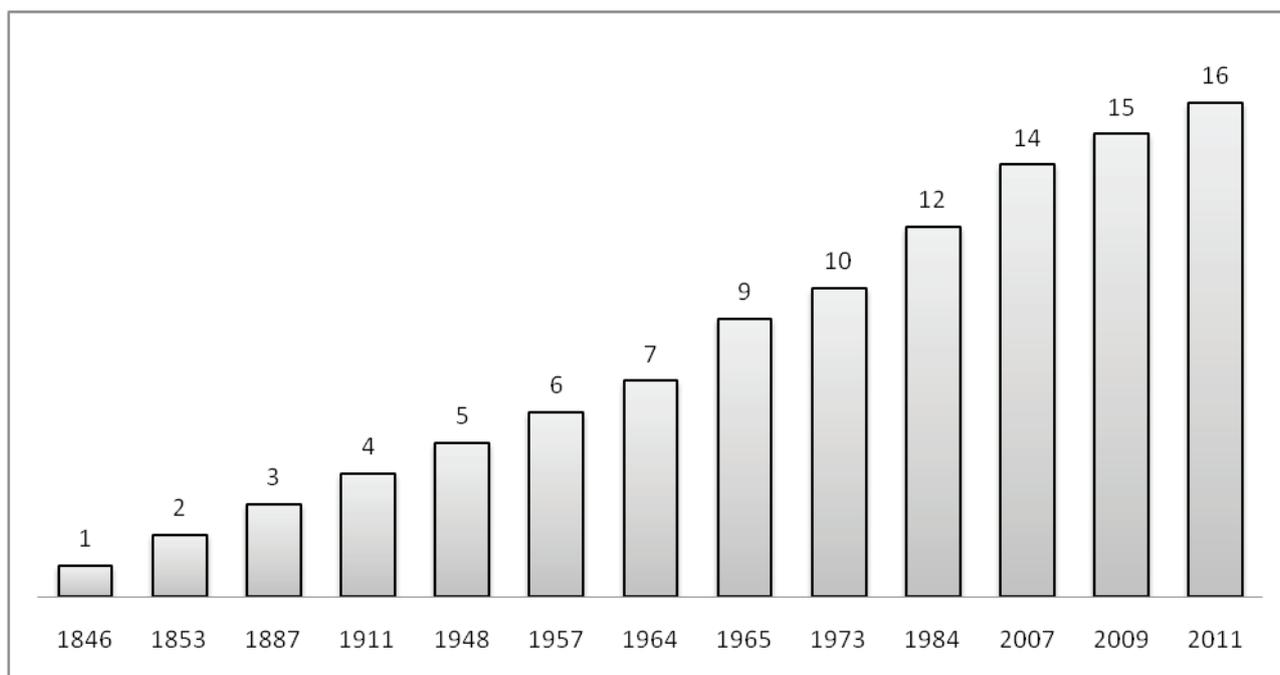


Рис. 1. Тенденция отмены смертной казни штатами США с 1846 г. по 2011 г.

«Международной Амнистии» в США в 2010 году вынесли не менее 110 смертных приговоров. При этом в середине 1990-х годов их число было примерно в три раза выше [7]. Проявляется положительная тенденция к уменьшению

вынесения смертной казни. Отмена смертной казни в штате Иллинойс в 2011 г. служит ещё одним важным кирпичиком в борьбе за соблюдение неотъемлемого права на жизнь в мире.

Литература:

1. Квашиш В.Е. Смертная казнь. Мировые тенденции, проблемы и перспективы // Юрайт, 2008 // СПС КонсультантПлюс.
2. Козочкин И.Д. Уголовное право США : успехи и проблемы реформирования. — СПб. : Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. — 478 с.
3. Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия : учеб. пособие / [сост. сб., пер., авт. введ. и вступ. ст. В.В. Маклаков]. — 7-е изд., перераб. и доп. — М. : ВолтерсКлувер, 2010. — 656 с.
4. Саидов А.Х. Возможно ли общество без смертной казни? // Право и политика, 2005, № 11 (71). С. 146.
5. В штате Иллинойс отменена смертная казнь // Газета.ру. Новости. [электронный ресурс] — Режим доступа. — URL:http://www.gazeta.ru/news/lastnews/2011/01/12/p_1651462.shtml.
6. Конституция штата Калифорния (штат США) // Официальный сайт законодательной информации Калифорнии. [электронный ресурс] — Режим доступа. — URL:<http://translate.google.ru/translate?hl=ru&langpair=en%7Cru&u=http://www.leginfo.ca.gov/const-toc.html>
7. Смертная казнь в 2010 году: за последнее десятилетие стран-палачей осталось гораздо меньше // AmnestyInternational. [электронный ресурс] — Режим доступа. — URL:<http://amnesty.org.ru/node/1804>.
8. Цена ошибки. Расходы на смертный приговор достигают десяти миллионов долларов // Российская газета. Федеральный выпуск №5039 (215) 16.11.2009. [электронный ресурс] — Режим доступа. — URL:<http://www.rg.ru/2009/11/15/diter-poln.html>.

Научное издание

ПРАВО: ИСТОРИЯ, ТЕОРИЯ, ПРАКТИКА

Международная заочная научная конференция
г. Санкт-Петербург, июль 2011 г.

Материалы печатаются в авторской редакции

Дизайн обложки: *Е.А. Шишков*

Верстка: *П.Я. Бурьянов*

Подписано в печать 24.07.2011. Формат 60x90¹/₈.
Гарнитура «Литературная». Бумага офсетная.
Усл. печ. л. 16,63. Уч.-изд. л. 11,93. Тираж 300 экз.

Отпечатано в типографии издательско-полиграфической фирмы «Реноме»
192007, г. Санкт-Петербург, наб. Обводного канала, 40