

ЕВРАЗИЙСКАЯ № 4 (23) 2016 АДВОКАТУРА

Издается при содействии Ассоциации некоммерческих организаций – адвокатских образований «Гильдия российских адвокатов» и НОУ ОВО «Российская академия адвокатуры и нотариата»

Журнал основан в 2012 году.

Издается один раз в два месяца.

Журнал включен в перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук (Список Высшей аттестационной комиссии Минобрнауки РФ)

Редакционный совет

Председатель

МИРЗОЕВ Гасан Борисович – доктор юридических наук, профессор, адвокат, Заслуженный юрист Российской Федерации, Президент Гильдии российских адвокатов, ректор Российской академии адвокатуры и нотариата (Российская Федерация, г. Москва).

Заместитель председателя

ВОЛОДИНА Светлана Игоревна – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации (Российская Федерация, г. Москва).

Члены редакционного совета

АДИЛОВ Надир Адил оглы – доктор философии по юридическим наукам, Советник председателя Государственного агентства по обслуживанию граждан и социальным инновациям при Президенте Азербайджанской Республики, заведующий отделением национального законодательства и международного права Института по правам человека Национальной академии наук Азербайджана, заместитель председателя Конфедерации юристов Азербайджана (Азербайджанская Республика, г. Баку);

БИРЮКОВ Павел Николаевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права юридического факультета Воронежского государственного университета (Российская Федерация, г. Воронеж);

ВАН ЕРП Съеф – магистр права, профессор кафедры гражданского права и европейского частного права и заведующий департаментом частного права Маастрихтского университета, Президент Нидерландской ассоциации сравнительного права, член исполнительного комитета Европейского юридического института (Нидерланды, г. Маастрихт);

ВЛАСОВ Анатолий Александрович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (Университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации (Российская Федерация, г. Москва);

ВОРОНОВ Александр Алексеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Воронежского филиала Российского нового университета (Российская Федерация, г. Воронеж);

ВУЯДИНОВИЧ Драгика – доктор права, профессор кафедры теории, философии и социологии права юридического факультета университета г. Белград (Республика Сербия, г. Белград);

ГАЛОГАНОВ Алексей Павлович – доктор юридических наук, адвокат, вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, Президент Адвокатской палаты Московской области (Российская Федерация, г. Москва);

ГРУДЦЫНА Людмила Юрьевна – доктор юридических наук, доцент, адвокат, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации (Российская Федерация, г. Москва);

ЕГОРЫШЕВ Сергей Васильевич – доктор социологических наук, профессор, проректор по научной работе и практике Восточной экономико-юридической гуманитарной академии (Российская Федерация, г. Уфа);

ЖАНАБИЛОВ Нурлан Еркинович – доктор права, профессор, Почетный работник образования Казахстана, первый вице-президент Международного Союза (Содружества) адвокатов, Президент Международной ассоциации адвокатов «Азия Инюрколлегия» (Республика Казахстан, г. Астана);

ЗИНН Арндт – доктор права, профессор, руководитель Института экономического уголовного права и руководитель кафедры немецкого и европейского уголовного права и уголовного процесса, международного уголовного права и сравнительного правоведения Университета г. Оснабрюк, директор Центра европейских и международных исследований уголовного права (Федеративная Республика Германия, г. Оснабрюк);

КУДРЯВЦЕВ Владислав Леонидович – доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права (Российская Федерация, г. Москва);

ПОПЕЛЮШКО Василий Александрович – доктор юридических наук, профессор, адвокат, директор Института права им. И. Малиновского Национального университета «Острожская академия» (Украина, г. Острог);

РАГУЛИН Андрей Викторович – доктор юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права (Российская Федерация, г. Уфа);

РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович – доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса факультета государственного управления и права Восточно-Казахстанского государственного университета (Республика Казахстан, г. Усть-Каменогорск);

РОДРИГЕС Хосе Норонья – доктор права, адвокат, директор центра юридических и экономических наук, профессор права факультета экономики и управления Азорского университета (Республика Португалия, г. Понта Дельгада);

САНГАДЖИЕВ Бадма Владимирович – доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности Российского университета дружбы народов (Российская Федерация, г. Москва);

ХВАН Леонид Борисович – кандидат юридических наук, доцент, руководитель аналитической службы адвокатской фирмы «Азизов и партнеры» (Республика Узбекистан, г. Ташкент);

ШАГИЕВА Розалина Васильевна – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Российской таможенной академии (Российская Федерация, г. Люберцы);

ШАКИРОВ Тимур Равильевич – магистр права, правовой советник программы по Европе Международной комиссии юристов (Швейцария, г. Женева);

ЮРЬЕВ Сергей Сергеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат, профессор кафедры адвокатуры и правоохранительной деятельности Российской академии адвокатуры и нотариата (Российская Федерация, г. Москва);

ЯНГ Саймон Нгай ман – магистр права, профессор юридического факультета Университета Гонконга, адвокат (Гонконг).

Редакционная коллегия

Главный редактор

РАГУЛИН Андрей Викторович – доктор юридических наук, доцент.

Члены редакционной коллегии

КАУРАКОВА Мария Викторовна – кандидат юридических наук, заведующая отделом научных публикаций;

КУЛАГИН Александр Владимирович – руководитель редакционно-издательского центра ЕврАзНИИПП;

ПЕТРОВ Дмитрий Вячеславович – руководитель отдела новостей;

ПОЛЯНСКАЯ Вероника Владимировна – литературный редактор;

РАГУЛИНА Индира Тагировна – помощник главного редактора;

ФАРХУТДИНОВ Динар Инсурович – руководитель IT-отдела ЕврАзНИИПП.

Учредитель: АНО «Евразийский научно-исследовательский институт проблем права»

Свидетельство о регистрации средства массовой информации: ПИ № ФС77-50845 от 14.08.2012

Регистрирующий орган: Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

Адрес издателя (юридический): 450059, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20, оф.7

Адрес издателя (фактический): 450006, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Ленина, д. 102, оф. 24

Адрес редакции: 450006, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Ленина, д. 102, оф. 24

Адрес типографии: ФГУП «Издательство Известия» Управления делами Президента Российской Федерации, 127254, Российская Федерация, г. Москва, проезд Добролюбова, д. 6, стр.1

Сдано в печать: 30.08.2016. Формат 62x84 1/8. Усл. печ. л. 15. Тираж 500 экз. Свободная цена

Подписной индекс в Объединенном каталоге «Пресса России»: 41210

website: www.eurasian-advocacy.ru **e-mail:** eurasian-advocacy@mail.ru **тел.:** +7917-40-61-340

The journal is included in the list of the reviewed scientific publications in which the main scientific results the main scientific results of theses on competition of an academic degree of the candidate of science, on competition of an academic degree of the doctor of science have to be published

Editorial Council

Chairman

MIRZOEV Gasan Borisovich – LLD, professor, Deserved Lawyer of the Russian Federation, advocate, President of the Guild of Russian Advocates, rector of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Russian Federation, Moscow).

Vice-chairman

VOLODINA Svetlana Igorevna – PhD, associate professor, advocate, vice-president of the Federal Chamber of Advocates (Russian Federation, Moscow).

Members of the Editorial Council

ADILOV Nadir Adil oglu – PhD, Adviser to the chairman of the State agency on service of citizens and social innovations at the President of the Azerbaijan Republic, manager of the National legislation and the International law department of Institute on Human rights of National Academy of Sciences of Azerbaijan, Vice-chairman of Confederation of Lawyers of Azerbaijan (Azerbaijan Republic, Baku);

BIRJUKOV Pavel Nikolaevich – LLD, professor, head of the chair of International and European law of law faculty of the Voronezh state university (Russian Federation, Voronezh);

EGORYSHEV Sergey Vasilevich – LLD, professor, vice-rector of Eastern Law and Economy Humanitarian Academy (Russian Federation, Ufa);

GALOGANOV Alexei Pavlovich – LLD, advocate, vice-president of the Federal Chamber of Advocates, president of Advocacy chamber of Moscow area (Russian Federation, Moscow);

GRUDTSYNA Lyudmila Yurievna – LLD, associate professor, advocate, professor of the chair of Civil law of the faculty of Law of the Financial University under the Government of the Russian Federation (Russian Federation, Moscow);

HVAN Leonid Borisovich – PhD, associate professor, head of analytical service of law firm «Azizov and Partners» (Republic of Uzbekistan, Tashkent);

JURIEV Sergey Sergeyeovich – LLD, professor, advocate, professor of chair of advocacy and law-enforcement activity of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Russian Federation, Moscow);

KUDRYAVTSEV Vladislav Leonidovich – LLD, leading research associate of the Scientific Research Center of the Moscow Academy of Economy and Law (Russian Federation, Moscow);

POPELYUSHKO Vasily Aleksandrovich – LLD, professor, advocate, director of the Institute of Law of the National University «Ostrozhska Academy» (Ukraine, Ostrog);

RAGULIN Andrey Viktorovich – LLD, associate professor, advocate, head of the Center of Research of Problems of Organization and Activity of Advocacy of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law (Russian Federation, Ufa);

RAKHIMBERDIN Kuat Hazhumukhanovich – LLD, associate professor, head of the chair of criminal law and criminal procedure of the faculty of Public administration and Law of the East Kazakhstan State University (Republic of Kazakhstan, Ust-Kamenogorsk);

RODRIGUES José Noronha – PhD, advocate, Director of Center of Juridical and Economic Studies, professor of Law at Azores University (Portugal Republic, Açores, Ponta Delgada);

SANGADZHIYEV Badma Vladimirovich – LLD, professor, assistant of manager chair of judicial authority, law-enforcement and human rights activity of the Russian university of friendship of the people (Russian Federation, Moscow);

SHAGIYEVA Rozalina Vasilyevna – LLD, professor, professor of chair of the Theory and History of state and law of the Russian customs academy (Russian Federation, Lyubertsy);

SHAKIROV Timur Ravilyevich – LL.M., legal adviser of the program for Europe of International Commission of Jurists (Switzerland, Geneva);

SINN Arndt – PhD, professor, head of Institute of Economic criminal law and the head of chair of German and European criminal law and criminal trial, international criminal law and comparative jurisprudence of University of Osnabruck, director of Center of the European and international researches of criminal law (ZEIS) (Federative Republic of Germany, Osnabruck);

VAN ERP Sjef – LLM, professor of chair of Civil law and European private law and Head of the Private Law Department of Maastricht University, President of the Netherlands Comparative Law Association, Member of Executive Committee of European Law Institute (Netherlands, Maastricht);

VLASOV Anatoly Aleksandrovich – LLD, professor, professor of chair of International private and civil law of Moscow State Institute of International Relations (University) of Ministry of Foreign Affairs of Russian Federation (Russian Federation, Moscow);

VORONOV Alexander Alekseevich – LLD, professor, advocate, professor of chair of State Legal disciplines of Voronezh branch of Russian New University (Russian Federation, Voronezh);

VUJADINOVIC Dragica – PhD, professor at the Faculty of Law of University of Belgrade (Serbia Republic, Belgrade);

YOUNG Simon Ngai Man – LLM, advocate, professor of Faculty of Law of the University of Hong Kong (Hong Kong);

ZHANABILOV Nurlan Erkinovich – PhD, professor, honourable worker of education of Kazakhstan, First Vice-president of International Union (Commonwealth) of advocates, President of International association of advocates «Asia Injurkollegiya» (Republic of Kazakhstan, Astana).

Editorial Board

Editor-in-Chief

RAGULIN Andrey Viktorovich – LLD, associate professor.

Members of the Editorial Board

FARKHUTDINOV Dinar Insurovich – head of the IT Department of EvrAzNIIPP;

KAURAKOVA Maria Viktorovna – PhD, head of the Department of Scientific Publications;

KULAGIN Alexander Vladimirovich – head of the Publishing Center of EvrAzNIIPP;

PETROV Dmitry Vyacheslavovich – head of the News Department;

POLYANSKAYA Veronika Vladimirovna – copy editor;

RAGULINA Indira Tagirovna – assistant to the Editor-in-Chief.

Содержание

ПЕРСОНА

Институт адвокатуры должен укрепляться гарантиями адвокатской деятельности!
Интервью с доктором юридических наук, профессором Натальей Михайловной Чепурновой ...7

ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ

Бондаренко Ю.В.

Русская православная церковь и государство на пути к патриаршеству11

Макаров С.Ю.

Общая характеристика системы законодательного регулирования адвокатской деятельности и организации адвокатуры по Кодексу Юстиниана14

ПРОБЛЕМЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ АДВОКАТУРЫ

Бакаянова Н.М.

Адвокатура между традициями и идеологией рынка20

Киселев П.П.

Основные положения концепции адвокатского расследования26

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДВОКАТСКОЙ ПРАКТИКИ

Арутюнян М.С.

К вопросу о месте срока исковой давности в системе гражданско-правовых сроков35

Игбаева Г.Р., Шакирова З.Р.

Признаки приостановления трудового договора как его стадии38

Пурге А.Р.

Применение процедуры медиации для урегулирования разногласий, возникающих из семейных правоотношений: опыт и пути развития41

Рогов Н.С.

Участие юридических лиц в уголовном процессе в качестве потерпевшего50

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Серновец М.Н.

Тайны сторожевого контроля (часть первая)54

Авдеев М.Ю.

Содержание и сущность права на неприкосновенность частной жизни в Российской Федерации62

Пьянкова А.Ф.

Принцип баланса интересов в практике Европейского Суда по правам человека66

ПРАВОСУДИЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Алпатов Ю.М.

Зарубежный опыт построения судебной системы и судопроизводства по арбитражным и гражданским делам70

Сангаджиев Б.В.

Доступность правосудия и перспективы развития гражданского процессуального права на современном этапе73

Мартышкин В.Н.

Из дневника судьи: «Профессия юриста не терпит украшений...»76

Мартынюк Р.С.

Особенности функциональной природы органов конституционной юрисдикции80

Ямалетдинова Н.В.

Теоретические, методологические и организационные основы социального аудита правоохранительной деятельности88

Омаркадиева К.М-Х.

Органы надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в сфере производства и продажи ювелирных изделий92

Сафарьянов И.Ф.

Штраф как вид административного наказания98

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ

Мельников В.Ю.

Национальная идея в форме конституционной правовой идеологии?101

Канатов Т.К.

Актуальные проблемные вопросы дальнейшего совершенствования законодательства Республики Казахстан в сфере интеллектуальной собственности106

Фомин Е.М.

Правовая квалификация арендных отношений: опыт сравнительного правового исследования гражданского права России и Италии110

Азизов Р.Ф.

Правовое регулирование отношений в сети Интернет в романо-германской правовой семье (на примере Германии)116

Саницкий Д.И.

Становление и перспективы развития государственно-частного партнерства в Российской Федерации122

ПОЛИТИКА И ЭКОНОМИКА ЕВРАЗИИ

Морин А.В.

Миграционная политика Евросоюза: некоторые аспекты125

ОБМЕН ОПЫТОМ

Рубанов С.А., Зинковский М.А.

Договор поставки с вариативной спецификацией ...128

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ131

Contents

PERSONA

- The institute of advocacy profession has to become stronger guarantees of lawyer activity!*
Interview with the doctor of jurisprudence, professor Natalya Mikhailovna Chepurnova7

HISTORICAL EXPERIENCE

- Bondarenko Yu.V.**
The Russian Orthodox Church and the state on the way to the Patriarchate 11
- Makarov S.Yu.**
General characteristic of system of legislative regulation of advocate activity and organization of legal profession for Justinian's Code 14

PROBLEMS OF ORGANIZATION AND ADVOCACY PROFESSION FUNCTIONING

- Bakyanova N.M.**
Legal profession between tradition and ideology of the market20
- Kiselyov P.P.**
Basic provisions of the concept of advocate's investigation26

ACTUAL PROBLEMS OF ADVOCACY PRACTICE

- Arutyunyan M.S.**
The term of limitation of actions in the system of civil legal terms35
- Igbaeva G.R., Shakirova Z.R.**
Signs of suspension of the employment contract as his stage38
- Purge A.R.**
Application of procedure of mediation for settlement of the disagreements arising from family legal relationship: experience and ways of development41
- Rogov N.S.**
Participation of legal entities in criminal procedure as the victim50

HUMAN RIGHTS IN THE EURASIAN SPACE

- Sernovets M.N.**
Secrets of sentry control (part one)54
- Avdeev M.Yu.**
Contents and essence of the right for inviolability private life in the Russian Federation62
- Pyankova A.F.**
The principle of the balance of interests in the European Court of human rights' opinions66

JUSTICE AND LAW-ENFORCEMENT ACTIVITY IN THE EURASIAN SPACE

- Alpatov Yu.M.**
Foreign experience of creation of judicial system and legal proceedings on arbitration and civil cases70

Sangadzhiev B.V.

- Availability of justice and prospect of development of a civil procedural law at the present stage*73

Martyshkin V.N.

- From the diary of the judge: «The profession of the lawyer doesn't suffer jewelry...»*76

Martyniuk R.S.

- Special aspects of the functional nature of the bodies of the constitutional jurisdiction*80

Yamaletdinova N.V.

- Theoretical, methodological and organizational basis for social audit of law enforcement*88

Omarkadieva K.M-Kh.

- Supervisors of compliance with the Russian Federation on counteraction to legalization (laundering) of the law of criminal proceeds and financing of terrorism in the production and sale of jewelry*92

Safaryanov I.F.

- The penalty as a form of administrative punishment*98

ACTUAL PROBLEMS OF LAW SCIENCE AND PRACTICE

Melnikov V.Y.

- The national idea in the form of a constitutional legal ideology?*101

Kanatov T.K.

- Actual problematic issues of further improvement of the legislation of the Republic of Kazakhstan in the sphere of intellectual property*106

Fomin E.M.

- Legal classification of leasehold relationships: the experience of comparative law research of the civil law of Russia and Italy*110

Azizov R.F.

- Legal regulation of relations in the Internet in the Romano-Germanic legal family (the practice of Germany)*116

Sanitsky D.I.

- Formation and prospects of development of public-private partnership in the Russian Federation*122

POLICY AND ECONOMY OF EURASIA

Morin A.V.

- Migration policy of the European Union: some aspects*125

EXCHANGE OF EXPERIENCE

Rubanov S.A., Zinkovsky M.A.

- Contract of delivery with the variable specification*128

ABOUT THE AUTHORS131

ИНСТИТУТ АДВОКАТУРЫ ДОЛЖЕН УКРЕПЛЯТЬСЯ ГАРАНТИЯМИ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ!

Интервью с доктором юридических наук, профессором Натальей Михайловной Чепурновой

THE INSTITUTE OF ADVOCACY PROFESSION HAS TO BECOME STRONGER GUARANTEES OF LAWYER ACTIVITY!

Interview with the doctor of jurisprudence, professor Natalya Mikhailovna Chepurnova

Визитная карточка

Чепурнова Наталья Михайловна родилась 25 июня 1956 года в городе Новочеркасск Ростовской области. В 1978 году окончила Иркутский государственный университет по специальности «правоведение». Трудовую деятельность начала, обучаясь в университете, в 1977 году с должности заместителя секретаря комитета ВЛКСМ Иркутского госуниверситета. После окончания учебы вернулась в Новочеркасск, где продолжила трудовую деятельность. С 1978 по 1980 год проходила службу следователем в УВД г. Новочеркаска, с 1980 по 1982 год работала заведующим общим отделом исполкома городского совета народных депутатов Новочеркаска. С 1982 по 2001 г. – председатель Октябрьского районного суда Ростовской области, с 1993 по 2000 г. – член Совета судей, а с июня 1997 года по февраль 1999 года – председатель Совета судей Ростовской области. В 2001 году, имея стаж судебной работы более 20 лет, ушла в отставку. Судья в почетной отставке. В 2000–2002 гг. руководила Ростовским филиалом Академии правосудия и возглавляла в нем кафедру государственно-правовых дисциплин и конституционных основ судебной власти. С 2002 по 2006 г. – председатель коллегии адвокатов Ростовской области «Центр правовой помощи».

В 1994 году защитила кандидатскую диссертацию на тему «Конституционные основы правосудия в Российской Федерации», в 2000 году – докторскую диссертацию на тему «Судебная власть в Российской Федерации: вопросы теории и государственно-правовой практики».

С 1995 года осуществляет педагогическую деятельность. С 1995 по 2002 г. – доцент кафедры государственного (конституционного) права Ростовского государственного университета, с 2002 по 2006 г. – проректор по науке, заведующий кафедрой конституционного (государственного) права Донского юридического института (г. Ростов-на-Дону), с 2006 по 2014 г. – заведующий кафедрой конституционного и административного права Московского государственного университета экономики, статистики и информатики (МЭСИ). С 2014 года по настоящее время – директор программы центра экспериментальных образовательных программ, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Член Совета при Председателе Совета Федерации Федерального Собрания РФ по взаимодействию с институтами гражданского общества.

Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, ветеран труда. Награждена медалью «20 лет Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации», почетной грамотой Министерства образования и науки Российской Федерации.

– Здравствуйте, уважаемая Наталья Михайловна! Благодарю, что нашли время на интервью. Начнем с традиционного нашего вопроса. Прошу Вас рассказать, когда и по какой причине Вы пришли в юриспруденцию.

– Прежде всего позвольте поблагодарить Вас за предоставленную возможность изложить свое мнение по ряду вопросов, интересующих в настоящее время юридическую общественность.

Я юрист в первом поколении. Поступить на юридический факультет мечтала с 9 класса, на выбор повлияла школьная подруга. Мы с ней еще школьницами два года посещали «Школу юного юриста» на юридическом факультете Ростовско-

го государственного университета, знакомилась с профессией. Среднюю школу я окончила с золотой медалью, однако в Ростовский госуниверситет поступать не рискнула, так как в списках абитуриентов были в основном потомственные юристы, а в 1973 году платного набора в вузы не было, были только бюджетные места. Конкурс на юридические факультеты был 10–15 человек на место. Вот мы с подругой и решили поехать поступать в Иркутск, там был набор 200 человек, в два раза больше, чем в Ростове. В Иркутский государственный университет на специальность «правоведение» поступила после первого экзамена, написала сочинение на «отлично». На пять лет для получения

желанной профессии юриста осталась в Иркутске, за шесть тысяч километров от родного дома. Люблю свою профессию! Никогда не было мыслей о другом выборе.

– В докторской диссертации «Судебная власть в Российской Федерации: проблемы теории и государственно-правовой практики» Вы сформулировали тезис о необходимости создания сильной судебной власти как характерной черты правового государства. Как Вы полагаете, можно ли утверждать, что сегодня в России сильная судебная власть, и насколько характеристики этой власти приближают нас к созданию правового государства?

– В докторской диссертации характеристика судебной власти рассмотрена мною в контексте народовластия и ее правозащитной функции. Предметом защиты являются права и свободы человека и гражданина, Конституция РФ и закон как самостоятельные социальные ценности, основы конституционного строя, государственности в России. Такое функциональное значение обуславливает ее место в системе разделения властей и необходимость создания сильной самостоятельной судебной власти в механизме государства. К сожалению, не могу утвердительно ответить на Ваш вопрос и сказать, что состояние судебной власти в современной России приближает нас к созданию правового государства. Судебная власть в России не получила достойного места в механизме государства.

– Какие основные проблемы, на Ваш взгляд, стоят сегодня перед отечественной системой осуществления правосудия, и каковы способы их разрешения?

– В настоящее время, с одной стороны, имеет место расширение подсудности и сферы ответственности судебной власти, с другой – отсутствие должного уровня доверия со стороны граждан России к судебным органам и судьям, о чем свидетельствуют социологические опросы. Падение авторитета судебной власти обусловлено рядом факторов, к числу которых можно отнести кадровую политику и, как следствие, недостаточный уровень профессионализма и профессиональной культуры. Утрата легитимности судебной власти обусловлена переходом от выборного порядка наделения районных судей полномочиями к бюрократической процедуре их назначения. Проблемы имеются и в формировании резерва судебного корпуса. На практике правилом стало рекомендовать к назначению в судьи кандидатов из секретарей судебных заседаний и помощников судей, которые, выполняя вспомогательные функ-

ции в судопроизводстве, практически не имеют самостоятельной юридической практики и опыта принятия самостоятельных решений, тогда как для судьи это имеет определяющее значение. Сложившийся в России институт помощников судьи значительно отличается от его зарубежных аналогов. Необоснованной представляется имеющая место практика не рекомендовать к назначению судьями лиц, работающих адвокатами, тогда как в зарубежных государствах адвокаты рассматриваются как наиболее подготовленные к работе судьей практики, не обремененные нежелательным опытом работы в правоохранительных органах, реализующих репрессивные меры воздействия на граждан и в силу этого приобретающих правоохранительные, а не правозащитные профессиональные установки.

Падение авторитета суда стало следствием устранения с 2001 года в уголовном и с 2002 года в гражданском процессе из судопроизводства института народных заседателей – представителей народа, реализующих установленное статьей 32 Конституции России право граждан участвовать в отправлении правосудия.

В результате такой реформы судопроизводства судебная система стала закрытой бюрократизированной системой государственных органов, без участия народа в их формировании и функционировании, без народного контроля за их деятельностью и без получения достоверной информации об осуществлении правосудия по уголовным и гражданским делам, то есть отделенной от народа – носителя государственной власти. В 2000-х годах было много критики в адрес народных заседателей, однако этот институт судопроизводства обеспечивал связь суда с гражданами России, они участвовали в судебных процессах и приносили в суд народную мудрость, они предоставляли обществу (как бы банально это ни звучало) объективную информацию о работе суда. Заседатели могли отстоять профессиональную честь судей от необоснованных претензий граждан, не получивших удовлетворения своих интересов в суде. Как известно, в средствах массовой информации, откуда мы узнаем о работе судов, получает отражение прежде всего негативная информация, поскольку хорошая работа судьи является нормой его профессиональной деятельности. По моему мнению, конституционное назначение судебной власти – быть одним из условий построения правового государства – во многом зависит от кадровых и судопроизводственных аспектов функционирования судебной власти.

– Хотелось бы также задать вопрос о Вашей оценке функционирования института апелляции и кассации по уголовным делам в их современном виде.

– Есть основания полагать, что создание институтов апелляции и кассации по уголовным делам направлено на установление эффективного внутрисистемного судебного контроля за законностью и обоснованностью судебных актов, принимаемых судами первой инстанции. Однако, с моей точки зрения, существующий порядок их функционирования малоэффективен. И вот почему. Апелляционные и кассационные инстанции созданы в структуре существующих судебных органов, это создает организационные условия и способствует тому, чтобы судебную политику и правоприменительную практику в регионе формировало руководство суда субъекта федерации. В судах общей юрисдикции не стали создавать систему самостоятельных апелляционных и кассационных судебных органов, а пошли по пути формирования отдельных судебных составов. Едва ли такой порядок может обеспечить объективный эффективный внутренний судебный контроль, поскольку судьи областных, краевых, республиканских и иных судов субъектов федерации на практике сидят в одном здании, в одних кабинетах, они могут заседать в разных инстанциях, и в апелляционной, и в кассационной, и быть докладчиками по делу в порядке судебного надзора, советоваться друг с другом, вырабатывать единые подходы и мнения по рассматриваемым делам. При такой системе судоустройства апелляционных и кассационных инстанций в судах общей юрисдикции едва ли удастся преодолеть позицию председателя суда субъекта федерации по конкретному делу, так как у него достаточно процессуальных рычагов для отмены судебного акта, не соответствующего его мнению, и кадровых рычагов воздействия на «ослушавшегося» судью. В этой связи представляется более удачной система устройства апелляционных и кассационных инстанций и установление подсудности дел в судах арбитражной юрисдикции, где созданы самостоятельные апелляционные и кассационные судебные органы, территориальная подсудность которых охватывает несколько судебных округов и субъектов федерации, в которых действуют арбитражные суды. Такая система судоустройства позволяет обеспечить реальность судебной защиты, которая предусматривает не только своевременное рассмотрение дела и принятие законного и обоснованного судебного акта судом, но и организацию эффективного судебного контроля и

проверки их законности и обоснованности в порядке апелляции, кассации и надзора внутри судебной системы.

– Прошу Вас ответить еще на один вопрос, связанный с происходящими в России реформами системы осуществления правосудия. Каково Ваше отношение к современным подходам реформирования суда с участием присяжных заседателей?

– Мне импонируют современные подходы к реформированию института суда присяжных заседателей и уменьшение числа присяжных заседателей в судебных составах, расширение подсудности дел с их участием, введение института присяжных заседателей в районных и гарнизонных военных судах. Однако, полагаю, что наряду с развитием института присяжных заседателей с его функционированием в виде самостоятельной судебной коллегии, отделенной от профессионального судьи, необходимо восстановить институт заседателей, участвующих в судебном процессе в едином составе суда как равноправных его членов. Институт заседателей необходимо восстановить в районных судах по заявлению сторон, участвующих в деле, по широкому спектру уголовных и гражданских дел. Это позволит сделать реальным принцип транспарентности судопроизводства, открытыми процедуры рассмотрения дел, восстановит общественный народный контроль при осуществлении правосудия и судопроизводства по административным делам, будет формой реализации предусмотренного статьей 32 Конституции Российской Федерации права граждан на участие в управлении делами государства и отправлении правосудия в системе функционирования судебной власти наряду с институтом присяжных заседателей.

Расширение участия представителей народа в судебном процессе позволит восстановить доверие к судебной системе, сделает судопроизводство открытым для граждан, не участвующих в процессе. Практика существования суда присяжных заседателей, заимствованная из англосаксонской судебной системы в 90-х годах в России, оказалась достаточно затратной по временным и материальным ресурсам и малоэффективной. Едва ли можно признать введение этого института равнозначной заменой ликвидированному в российском судопроизводстве институту народных заседателей посредством исключения его из состава суда в принятых в 2001 году Уголовно-процессуальном и 2002 году Гражданском процессуальном кодексах Российской Федерации. Существовавший до этого времени в судопроизводстве России

институт народных заседателей действовал на основе сформировавшегося в континентальной правовой системе института шеффенов, то есть судей из народа, входивших в судебный состав с профессиональным судьей. Шеффены обладают равными процессуальными правами, участвуют в совещательной комнате в обсуждении всего блока вопросов, и факта, и права, допустимости и относимости доказательств, определении размера наказания. Такой единый состав суда в российском судопроизводстве обеспечивал легитимность судебной власти как одной из ветвей государственной власти, ее связь с народом, что крайне необходимо для современной судебной системы.

– События последних нескольких лет показывают, что в России назревает реформирование системы оказания юридической помощи, в первую очередь адвокатуры. Какие советы, направленные на совершенствование института отечественной адвокатуры, Вы бы дали лицам, которые будут отвечать за реализацию грядущей реформы?

– О работе адвоката и устройстве адвокатуры мне известно в разных ее проявлениях. Безусловно, это очень важный правозащитный институт в системе нашей государственности, он имеет самостоятельное функциональное значение, а не вспомогательную, обслуживающую функцию, как считают некоторые чиновники, лоббирующие ограничение прав адвокатов или ослабление гарантий их статуса.

В Конституции Российской Федерации прямо закреплено право каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ). Деятельность адвокатуры наряду с нотариатом является механизмом государственного гарантирования реализации этого права. В последнее время с адвокатскими образованиями стали конкурировать и претендовать на оказание юридической помощи и участие в судебных процессах разного рода юридические фирмы и правозащитные организации, однако отсутствие в них отлаженной системы отбора и аттестации кадров не позволяет обеспечить должный профессиональный уровень и квалификацию их юристов. Под сомнение ставятся вопросы о профессиональной адвокатской тайне. Это недопустимо. Институт адвокатуры должен укрепляться гарантиями адвокатской деятельности. Полагаю, что представителями сторон в судебных процессах должны быть адвокаты. Это является гарантией оказания квалифицированной юридической помощи, на это направлены процедуры

приобретения статуса адвоката, его корпоративной ответственности перед адвокатским сообществом. Представление интересов участников судебного процесса грамотным, профессионально подготовленным адвокатом – гарантия от судебной ошибки. В России необходимо укреплять и развивать институт адвокатуры. К сожалению, не все понимают необходимость этого.

– Расскажите, пожалуйста, об основных направлениях Вашей нынешней научной и преподавательской деятельности.

– Спектр моих научных исследований в последнее время значительно расширился. Наряду с исследованием конституционно-правовых проблем организации и функционирования судебной власти сферой моих научных интересов являются проблемы организации и функционирования механизма государства и местного самоуправления в России. Ряд исследований посвящен конституционно-правовым и административно-правовым проблемам функционирования институтов исполнительной власти в Российской Федерации. В связи с образовательной деятельностью по публичным отраслям права мною разработаны учебные пособия и учебно-методические комплексы по правовым основам административной ответственности и информационному праву, по муниципальному праву, которые изданы в издательстве «ЮНИТИ-ДАНА». Готовится учебное пособие по системе исполнительной власти в Российской Федерации. Безусловно, на изменение научных интересов повлияла работа в Институте государственной службы и управления Академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, где профильным направлением профессионального обучения и научных разработок является государственное и муниципальное управление.

– И, наконец, последнее. Что Вы пожелаете нашему журналу и его читателям?

– Вашему журналу желаю дальнейшего развития и приобретения популярности, интересных авторов, содержательных публикаций и заинтересованных читателей. Здоровья, благополучия, удачи и творческих успехов сотрудникам журнала, членам редколлегии, авторам и читателям.

– Большое спасибо Вам за беседу!

Беседовал доктор юридических наук, доцент, главный редактор журнала «Евразийская адвокатура»

А.В. Рагулин

Бондаренко Ю.В.

РУССКАЯ ПРАВОСЛАВНАЯ ЦЕРКОВЬ И ГОСУДАРСТВО НА ПУТИ К ПАТРИАРШЕСТВУ

Цель: Проследить изменения в характере государственно-церковных отношений в период образования Русского централизованного государства и укрепления самодержавия.

Методология: Методологическую основу исследования составляет комплекс общенаучных методов, таких как анализ, синтез, сравнение, абстрагирование, и специальных методов – исторический, системно-структурный, сравнительно-правовой.

Результаты: Прослеживаются особенности трансформации модели государственно-церковных отношений в период XV–XVI веков в контексте постепенной ликвидации самостоятельной роли церкви и непосредственного подчинения духовной власти государству.

Новизна/оригинальность/ценность: В статье отражен противоречивый характер изменений положения Русской православной церкви в государстве в период обретения ею автокефального статуса через призму взаимоотношений «Константинопольский патриархат – Русская православная церковь – Русское государство».

Ключевые слова: Русская православная церковь, патриаршество, государственно-церковные отношения, самодержавие.

Bondarenko Yu.V.

THE RUSSIAN ORTHODOX CHURCH AND THE STATE ON THE WAY TO THE PATRIARCHATE

Purpose: To trace the changing nature of Church-state relations during the formation of the centralized Russian state and the strengthening of the autocracy.

Methodology: The methodological basis of research is the complex of General scientific methods like analysis, synthesis, comparison, abstraction; and special methods – historical, systematic-structural, comparative legal.

Results: Established features of transformation of the model of Church-state relations in the period of XV–XVI centuries in the context of the gradual elimination of the independent role of the Church and immediate subjection of spiritual authority to the state.

Novelty/originality/value: The article presents the contradictory nature of changes in the position of the Russian Orthodox Church in the state in the period of gaining Autocephalous status of the relationship through the prism «of the Constantinople Patriarchate – the Russian Orthodox Church – Russian state».

Keywords: Russian Orthodox Church, the Patriarchate, Church-state relations, autocracy.

До XV века русская церковь иерархически была подчинена Константинопольской патриаршей церкви, что, прежде всего, предполагало прямое назначение киевских митрополитов Константинопольским патриархом. Но в 1448 году впервые митрополит Киевский и всея Руси был избран и посвящен самостоятельно Собором русских архиереев в Москве. Тем самым Русская православная церковь сделала важный шаг в обретении автокефального, то есть независимого от Константинопольского патриарха, статуса, что отвечало интересам светской и церковной властей.

Столь важные перемены в статусе русской церкви имели вполне предполагаемые последствия, отразившиеся на постепенном изменении характера государственно-церковных отношений. Обретение автокефального статуса означало лишь относительную каноническую независимость от Константинополя и возвышение в отношениях с иными поместными церквями. Что касается отношений с государственной властью, то здесь сложилась обратная ситуация. Москов-

ские князья отныне все более активно вмешивались в различные вопросы внутрицерковной жизни, указывая предметы соборных рассуждений, и притом такие, которые относились не только к сфере внешнего, но и внутреннего права церкви, нередко публикуя соборные постановления от своего собственного лица [6]. И в этом вопросе интересы церкви и государевой власти уже расходились.

Избрание нового митрополита произошло при прямом и определяющем участии великокняжеской власти, о чем сам Великий князь Василий Темный писал в послании Польскому королю: «Кто будет нам люб, тот и будет митрополитом всея Руси» [6]. Митрополитом стал епископ Рязанский и Муромский Иона. Фактически установившееся правило избрания первосвященнейших митрополитов Собором русских епископов с согласия великокняжеской власти найдет в недалеком будущем и свое должное правовое оформление – в 1459 году соответствующим решением Собора.

Необходимо принимать во внимание, что рассматриваемые нами события приходятся на период общей централизации государства, когда власть последовательно изживала феодальный сепаратизм по всем направлениям внутренней политики. Сохранение столь широкой автономии в административных, судебных, правовых вопросах крупнейшего феодала, коим являлась церковь, неизбежно должно было прийти в противоречие с интересами московских правителей, что явно прослеживается уже в первом общерусском Судебнике 1497 года.

Судебник 1497 года Ивана III вторгается в установившуюся церковную юрисдикцию, ограничивая сферу церковного суда – как по кругу лиц, так и по кругу дел. Это ощутимо отразилось на условиях союза, заключенного церковью и государством еще во времена издания первых княжеских церковных уставов, законодательно определивших положение церкви в системе государства, в частности, касающейся разграничения их полномочий и предметов ведения.

В правление Ивана IV (1533–1576) противоречия в отношениях между светской и духовной властями приобретают новое звучание. Судебник 1550 года устанавливает новые ограничения судебной юрисдикции церкви.

В условиях общей социальной напряженности, характеризовавшей весь XVI век, необходимость урегулировать основные вопросы взаимоотношений между государством и церковью приводит к созыву в 1551 г. церковно-земского собора, где обсуждаются все важнейшие аспекты как внутрицерковной жизни, так внешнего положения церкви. Итогом собора стало принятие уложения, получившего название «Стоглав» (собразно делению текста документа на 100 глав) и по сути закрепившего новый договор государства и церкви. Содержание уложения имеет многоплановый характер, охватывая своим вниманием не только вопросы внутрицерковного устройства и жизни духовных лиц, но и мирян, касаясь регулирования отношений семейного, гражданского, уголовно-правового характера.

Особое внимание уделяется вопросам церковного суда, его юрисдикции, судопроизводству, соотношению с судом светским и т. д. Им посвящен раздел, охватывающий 17 глав, где церковь старается утвердить неприкосновенность церковного суда и вводит в организацию его участия выборные элементы духовного и земского [2]. Стоглав отменил «несудимые» грамоты, сделав тем самым все монастыри и приходские причты подсудными своим епископам, а светским судам он запретил

судить духовных лиц. Собор пытается защитить церковь и от начинающихся попыток секуляризации церковного имущества. Таким образом церкви удалось отчасти отстоять свои интересы во многих вопросах.

Положения Стоглава отражают преимущественно компромиссный характер решений светской и духовной властей по многим аспектам, с одной стороны, разделяя их юрисдикцию, с другой – отражая их одновекторную направленность и стремление к гармоничному сосуществованию, что прослеживается в главе 62 Стоглава, где говорится, что величайшими благами, ниспосланными свыше, являются два «божьих дара»: священничество и царство, т. е. духовная и светская власть. Первая печется о божественном, вторая управляет и заботится о самих людях [3]. По сути, мы видим попытку определить сам принцип отношений церкви и государства в контексте достижения согласия и взаимодействия светской и церковной властей в духе первых княжеских церковных уставов, законодательно определивших положение церкви в государстве, о чем свидетельствуют прямые ссылки на Устав князя Владимира в последующей главе.

Достигнутое соглашение установило зыбкое равновесие. Однако в новых политических реалиях возвращение к изначальной модели государственно-церковных отношений, той самой «гармоничной симфонии властей», было уже невозможным. Как заметил один из основоположников науки отечественного церковного права Н.С. Суворов, «...стоглавый собор 1551 г. с наглядной ясностью представляют нам отношения между лицами духовной иерархии как членами собора и царем. Царь одинаково озабочен устройством и государственным, и церковным порядком, или, правильнее сказать, оба эти порядка сливаются в глазах царя в один церковно-государственный порядок» [5]. Да и могло ли быть иначе? Иван IV, занявший престол в 1533 году как Великий князь московский и всея Руси, в 1547 году уже венчался на царствие со всей пышностью и торжественностью обряда в Успенском соборе Московского кремля. Чин венчания на царство, составленный митрополитом Макарием, был проникнут мыслью о союзе церкви и государства и об Иване IV как о «богом возлюбленном и богом избранном» [4].

Новый титул монарха со всей ясностью отражал не только усиление централизованной власти, но и стремления и помыслы государя, чей взор был обращен в сторону византийского наследия, равно как и помыслы митрополита Московского Макария, имевшего большое влияние

на молодого царя и сыгравшего важную, если не определяющую, роль в решении этого вопроса. Интересы церкви и государства вновь слились воедино. Обращаясь к текстам различных документов XVI века, мы видим в них отражение представления о московских правителях как о покровителях вселенской православной церкви – преемниках византийских царей. Москва должна была стать третьим Римом, получив «историческую миссию быть единым христианским царством» после падения в 1453 году Константинополя, захваченного турками-османами [5].

Созвучная этой идее, постепенно вынашивается и мысль об обретении соответствующего царскому величию статуса – патриаршества – русской церковью, что будет реализовано уже в правление царя Федора Иоановича (1584–1598).

В мае 1589 года состоялось важное событие в истории России и Русской православной церкви. Митрополит Иова был посвящен в Патриаршее достоинство, о чем спустя три месяца была написана Уложенная грамота об учреждении в России Патриаршего Престола, посвящении первого российского Патриарха Иова, поставлении впредь патриархов Российским освященным собором и Государем и о новом составе русских епархий. Грамота была подписана самим царем, Константинопольским патриархом Иеремией, новым патриархом Иовом и освященным собором. Ее текст, по сути, официально скрепляет основы государственной идеологии: «...твое же, о благочестивый царю, Великое Российское царствие, Третьей Рим, благочестием всех превзыде, и вся благочестивая царствие в твое во едино собрася, и ты един под небесем христьянский царь...» [1]. Идея «Москва – третий Рим» получает новое звучание и свое официальное выражение в скреплении нового союза церкви и государства.

С учреждением в 1589 г. патриаршества Русская православная церковь обретает национальный характер. Отныне предстоятель русской церкви избирался собором русского духовенства, Константинопольский патриарх лишь извещался об избрании, что было подтверждено Константи-

нопольским собором высших восточных иерархов в 1590 году, и о чем была составлена грамота, направленная в Москву.

Данное событие стало одним из значимых достижений в политике русского государства XVI века и важнейшим событием в истории Русской православной церкви. Безусловно, новый статус дал церкви импульс к еще большему стремлению упрочить свои позиции и оказать еще большее влияние на государство. Однако события XV–XVI веков убедительно свидетельствуют о стремлении государства четко определить соотношение светской и духовной властей с позиции безоговорочного примата первой в контексте общей политики укрепления самодержавия, что не раз станет причиной конфликта церковных иерархов и царской власти.

Пристатейный библиографический список

1. Богданов А.П. Русские патриархи (1589–1700): в 2 т. Т. 1. М., 1999.
2. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д: Феникс, 1995.
3. Российское законодательство X–XX веков. Т. 2. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. М., 1985.
4. Русское православие: вехи истории / науч. ред. А.И. Клибанов. М., 1989.
5. Суворов Н.С. Учебник церковного права. Ярославль, 1898.
6. Цыпин В.А. Церковное право. М., 1996.

References (transliterated)

1. Bogdanov A.P. Russkie patriarhi (1589–1700): v 2 t. T. 1. M., 1999.
2. Vladimirsij-Budanov M.F. Obzor istorii russkogo prava. Rostov n/D: Feniks, 1995.
3. Rossijskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov. T. 2. Zakonodatel'stvo perioda obrazovanija i ukreplenija Russkogo centralizovannogo gosudarstva. M., 1985.
4. Russkoe pravoslavie: vehi istorii / nauch. red. A.I. Klibanov. M., 1989.
5. Suvorov N.S. Uchebnik cerkovnogo prava. Jaroslavl', 1898.
6. Cypin V.A. Cerkovnoe pravo. M., 1996.

Макаров С.Ю.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СИСТЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И ОРГАНИЗАЦИИ АДВОКАТУРЫ ПО КОДЕКСУ ЮСТИНИАНА

Цель: Осуществить исследование законодательного регулирования адвокатуры Поздней Римской империи в соответствии с нормами Кодекса Юстиниана.

Методология: Использовались историко-правовой и формально-юридический методы.

Результаты: В статье представлена систематизация норм Кодекса Юстиниана, в котором соединены воедино нормативные правила, относящиеся и к адвокатской деятельности (включая положительные условия для получения статуса адвоката и привилегии адвокатов), и к организации адвокатуры (например, установленное количество адвокатов в каждой части Римской империи, а также регулирование статуса и деятельности особой категории адвокатов Древнего Рима – адвокатов фиска). Благодаря всеохватывающему характеру самого законодательного акта предлагаемый обзор норм дает представление обо всем спектре законодательного регулирования различных аспектов адвокатуры Поздней Римской империи.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной и практической ценностью, поскольку является современной попыткой рассмотрения актуальной проблемы.

Ключевые слова: адвокат, Древний Рим, Кодекс Юстиниана, *Corpus juris civilis*, адвокат фиска, коллегии адвокатов, привилегии адвокатов, статус адвоката, вознаграждение адвоката.

Makarov S.Yu.

GENERAL CHARACTERISTIC OF SYSTEM OF LEGISLATIVE REGULATION OF ADVOCATE ACTIVITY AND ORGANIZATION OF LEGAL PROFESSION FOR JUSTINIAN'S CODE

Purpose: To carry out research of legislative regulation of legal profession of the late Roman Empire according to standards of the Code of Justinian.

Methodology: The historical-legal and formal-legal method were used.

Results: Systematization of standards of this act in which the standard rules relating and to lawyer activity are connected together (including positive conditions for obtaining the status of the lawyer and the privilege of lawyers), and to the organization of legal profession is presented in article (for example – assigned amount of lawyers in each part of the Roman Empire, and also regulation of the status and activity of special category of lawyers of Ancient Rome – lawyers of a fisk). Thanks to comprehensive character of the act - Justinian's Code – the offered review of norms gives an idea of all range of legislative regulation of various aspects of legal profession of the Late Roman Empire.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific and practical value as is modern attempt of consideration of an actual problem.

Keywords: advocate, Ancient Rome, Justinian's Code, *Corpus juris civilis*, lawyer fisk, Bar, privilege of lawyers, status of the lawyer, remuneration of the lawyer.

До настоящего времени нередко встречается мнение, что адвокатура – это свободная профессия. Это утверждение верно, но лишь для времени возникновения и существования адвокатуры в Древнем Риме периода Республики. За исключением обстоятельства, что еще в 204 г. до н.э. был принят легендарный закон Цинция, устанавливающий общие правила гонорара адвоката, во всех остальных аспектах адвокатская деятельность была поистине свободной профессией, так как для занятия ею не требовалось соблюдения каких-либо положительных условий (то есть условий допуска к профессии). Образно говоря, любой римлянин, считающий себя готовым к осуществлению защиты или представительства в судебном разбирательстве, мог выйти на Форум, обозначить себя как адвоката и оказывать соот-

ветствующую судебную юридическую помощь тем лицам, которые к нему обратятся. Имелось лишь несколько обстоятельств физического (слепота, глухота) и юридического характера (статус вольноотпущенника), которые препятствовали выступлению в суде в интересах широкого круга граждан.

Тем не менее, наступил момент, когда и такие положительные условия были законодательно установлены, и различные аспекты адвокатской деятельности и организации адвокатуры были законодательно урегулированы. Апогей законодательной активности в данном направлении пришелся на 460-е гг., период правления восточно-римского императора Льва I Великого (император Восточной Римской империи в 457–474 гг.), который сам или вместе со своим западно-рим-

ским соправителем Антемием издал несколько эдиктов, регулирующих и организацию адвокатуры, и (особенно) порядок и условия допущения к адвокатской деятельности. Справедливости ради нужно отметить, что многие иные императоры, особенно в III–IV вв., также уделяли значительное внимание законодательному регулированию сферы адвокатуры.

Спустя 50 лет после правления императора Льва I все установления римских императоров в отношении адвокатуры были наряду с иными законодательными положениями Римской империи систематизированы в Кодексе императора Юстиниана, ставшем частью знаменитого свода *Corpus juris civilis*.

В свете преобразования адвокатуры из свободной профессии в законодательно-урегулированную профессиональную деятельность необходимо отметить точность указания Е.В. Васильковского на то, что «было бы крайне утомительно и для нашей цели бесполезно следить за долгим процессом превращения свободной адвокатуры в организованную. Несравненно интереснее и целесообразнее сразу обратиться к окончательному результату этой двухвековой эволюции и рассмотреть адвокатуру в том виде, какой она имела по Юстиниановым кодексам, представляющим собою, так сказать, законодательную кристаллизацию всего предшествующего развития римского права» [1]. В связи с вышеизложенным именно материал кодификации Юстиниана имеет важнейшее значение для изучения истории адвокатуры Древнего Рима.

Однако совершенно справедливо замечание А. Стоянова о том, что «в кодексе Юстиниана находится твердая историческая опора для обычаев адвокатуры во многих государствах нового мира» [3]. Несомненно, в Римской империи были наработаны – и, соответственно, в итоговой форме зафиксированы в Кодексе Юстиниана – принципиальные требования к осуществлению адвокатской деятельности и основы организации адвокатуры, которые сохраняют свое значение вплоть до настоящего времени.

В связи с этим можно привести мнение наиболее известного исследователя эпохи Юстиниана Ш. Диля, который интуитивно точно определил суть важнейшего значения проведенной под руководством этого императора кодификации. «*Corpus juris civilis* есть последний продукт римской науки, высшее усилие концентрации права в борьбе против медленного распада его, чувствовавшегося уже с III века. Но в нем есть и нечто другое, и, быть может, еще более важное.

В «*Corpus juris civilis*» вложены существенные принципы права, действующего в современном обществе, и его изучение, скрытно продолжавшееся в первые века отдаленного Средневековья и с XI века получившее чрезвычайное развитие, внушило варварским народам Запада идею государства, основанного на праве. Именно этим отражением, проходящим через всю историю Запада, – чего, несмотря на необходимое критическое отношение, никогда не следует забывать, – воля Юстиниана довершила дело, наиболее плодотворное для прогресса человечества» [2].

Подобную точку зрения высказывал и известнейший русский византист Ф.И. Успенский: «Заслуга Юстиниана состоит, впрочем, не в творчестве, не в составлении новых законов, а в кодификации дошедшего до него римского права. При нем и при его содействии памятники римского права были собраны, проверены и сопоставлены между собой, и результаты юридической работы времени Юстиниана составили уже сами по себе драгоценный и незаменимый источник, из которого полной рукой черпали и средневековые ученые, и новейшие юристы. Римское право в кодексе Юстиниана стало универсальным правом всех культурных европейских народов, – в этом историческое и культурное значение вопроса о законодательной деятельности Юстиниана» [4]. Адвокатура Римской империи, регулирование которой в западных частях Римской империи сохранилось, несмотря на падение самой империи, стала прообразом адвокатуры Франции, которая в XIX веке, в свою очередь, в значительной степени стала прообразом присяжной адвокатуры в России. Уже этот историко-правовой ряд обосновывает важность изучения истории адвокатуры Поздней Римской империи на основании исследования ее законодательства.

В отличие от Дигест Кодекс Юстиниана не переведен еще на русский язык, в связи с чем настоящая статья является одним из первых опытов введения положений данного законодательного акта в современную науку адвокатуры.

В настоящей работе использован перевод Кодекса Юстиниана, осуществленный О.В. Ауоровым, Д.В. Зайцевым, Л.Л. Кофановым, Е.В. Ляпустиной, А.В. Мареем, Д.Ю. Полдниковым, В.В. Серовым, А.М. Сморгачевым, А.А. Шевченко.

Ознакомление с нормами Кодекса Юстиниана дает основания для обособления таких основных направлений законодательного регулирования, как: а) статус адвоката и б) организация адвокатуры.

Законодательное регулирование обоих ука-

занных направлений было новеллой правового регулирования императорского периода Римской истории, поскольку ранее, в период Республики, а также в период Ранней Империи (то есть эпохи принципата) допуск к адвокатской профессии являлся, как уже отмечалось выше, практически совершенно свободным, и при этом адвокаты не были никак объединены организационно. Римское законодательство периода Поздней Империи (то есть эпохи домината) обратилось к регулированию обоих направлений, и это регулирование оказалось довольно обстоятельным и подробным. Были предусмотрены положительные условия, необходимые для допуска к осуществлению адвокатской деятельности, и создано и оформлено сословие адвокатов как лиц, имеющих фактически монопольное право на оказание юридической помощи.

Законодательное регулирование статуса адвоката включает такие аспекты, как положительные условия, необходимые для допуска к осуществлению адвокатской деятельности, отрицательные условия, препятствующие допуску к осуществлению адвокатской деятельности, основания лишения статуса адвоката, привилегии и обременения, имеющиеся у носителей адвокатского звания, процессуальные требования к адвокатам, финансовые аспекты адвокатской деятельности.

Законодательное регулирование организации адвокатуры включает в себя такие аспекты, как выравнивание статуса адвокатов в различных префектурах, количественный состав штатных адвокатов в каждой префектуре, ранжирование адвокатов, регулирование статуса адвокатов фиска.

Следует отметить, что в законодательном регулировании вопросов адвокатуры существенно проявлялась административно-территориальная специфика Восточной Римской империи. Административно-территориально империя представляла собой две части – префектуру Иллирик и префектуру Восток, а также обособленную столицу, Константинополь (тоже руководимый префектом); кроме того, особый статус имел второй крупный город империи – Александрия Египетская. В то время как законодательное регулирование статуса адвоката было унифицированным для всех частей империи, законодательное регулирование организации адвокатуры различалось в отношении Иллирика, Востока, Константинополя и отчасти Александрии, и эдикты императоров были направлены на возможное выравнивание вопросов адвокатуры в различных частях империи.

Перед тем, как перейти к систематизации законодательного регулирования вопросов адво-

катуры в Кодексе Юстиниана, можно отметить еще персоналии императоров, обративших наибольшее внимание на эту сферу законодательного регулирования. В целом анализ норм Кодекса Юстиниана создает представление о том, что законодательное регулирование сферы адвокатуры было начато в III в. Общие положительные условия для поступления в адвокатуру были установлены при императоре Льве I Великом в 460-х гг., а условия для назначения адвокатов фиска – при императоре Анастасии I в 505 и 517 гг. Также Анастасием I в начале 500-х гг. были установлены многие привилегии и награды для адвокатов; кроме того, регулирование этой сферы ранее было начато императорами второй половины IV в. – Валентинианом I, Валентом, Грацианом, Феодосием I Великим и позднее, во второй четверти V в., внуками Феодосия I – императорами Феодосием II и Валентинианом III. Организационные основы адвокатуры, включая создание сословия адвокатов, в основном были оформлены в V в. в две стадии: сначала уже упомянутыми императорами Феодосием II и Валентинианом III в 420–450-е гг., затем – императором Львом I и его соправителем Антемием в 460–470-е гг. Получение вознаграждения адвокатами было в значительной степени урегулировано императорами Анастасием I и Юстином I.

С учетом вышеизложенного можно сформулировать следующую структуру законодательного регулирования адвокатской деятельности и организации адвокатуры в соответствии с нормами Кодекса императора Юстиниана (курсивом выделены непосредственно нормы Кодекса Юстиниана, цифры указывают книгу, титул, норму (императорскую конституцию) и, при необходимости, параграф нормы):

1. Законодательное регулирование статуса адвоката

1.1. Положительные условия, необходимые для получения статуса адвоката (для допуска к осуществлению адвокатской деятельности):

1.1.1. Общие условия для допуска к адвокатской деятельности:

1.1.1.1. *Наличие католического вероисповедания (1.4.15, 2.6.8);*

1.1.1.2. *Непринадлежность по статусу и имущественному положению к преторианской свите, то есть свите префекта претория (2.7.11);*

1.1.1.3. *Подтверждение учителями и знатоками права того, что они являются сведущими в праве (2.7.11);*

1.1.1.4. *Ревностное изучение законов в течение установленного времени (2.7.22);*

1.1.1.5. Установление преимущества сыновей адвокатов в получении статуса (2.7.11, 2.7.22);

1.1.1.6. Наделение лиц, облеченных почетом, правом вести практику в городе Рима (2.6.6);

1.1.1.7. Наделение вольноотпущенников правом вести адвокатскую практику (2.6.2);

1.1.1.8. Разрешение совмещения статусов куриала и адвоката (2.7.2);

1.1.2. Условия для осуществления деятельности в качестве адвоката фиска:

1.1.2.1. Назначение адвокатов фиска из числа первенствующих адвокатов (2.7.22);

1.1.2.2. Назначение адвокатов фиска сроком на два года (2.7.22);

1.1.2.3. Ограничение коллегии первенствующих адвокатов, из которых назначаются адвокаты фиска, количеством 40 (позднее 30) человек (2.7.22);

1.1.2.4. Ревностное изучение законов в течение установленного времени (2.7.22);

1.1.2.5. Установление преимущества сыновей адвокатов в получении этого статуса (2.7.22).

1.2. Отрицательные условия, препятствующие допуску к осуществлению адвокатской деятельности

1.2.1. Недопущение совмещения адвокатской деятельности и госслужбы (1.51.14pr);

1.2.2. Недопущение соединения деятельности адвоката и судьи в одном деле (2.6.6);

1.2.3. По истечении срока временного исключения из адвокатуры не считаются бесчестными (10.61.1).

1.3. Основания лишения статуса адвоката

1.3.1. Возможность запрещения ведения адвокатской практики по судебному решению (2.6.1);

1.3.2. Лишение адвокатов Константинополя статуса при нарушении обязанности проживать в городе – при непроживании в течение трех лет; позднее – если адвокат отсутствовал более двух лет без разрешения или более пяти лет с разрешением (2.7.26, 2.7.29).

1.4. Привилегии, имеющиеся у носителей адвокатского звания

1.4.1. Награждение почетными званиями и отличиями:

1.4.1.1. Награждение адвоката фиска по окончании двух лет исполнения обязанностей эксконсульским званием правителя провинции и предоставление ему возможности заниматься адвокатурой (2.7.13);

1.4.1.2. Сохранение за теми, кто был в списках адвокатов, звания светлейшего правителя (2.7.20);

1.4.1.3. Получение адвокатами фиска префектуры Востока вознаграждения в январские календы из рук императора наряду с членами императорского совета (2.7.23);

1.4.1.4. Зачисление сыновей адвокатов в коллегию светлейших трибунов и императорских секретарей (2.7.23);

1.4.1.5. Выплата адвокатам фиска ежегодно 60 фунтов золота, дарование им статуса светлейшего мужа преторианских трибунов и императорских секретарей на два лица (на самого адвоката и его одного человека), а также предоставление права ежегодно выдвигать двух людей на награждение (2.7.25);

1.4.2. Освобождение от повинностей:

1.4.2.1. Недопущение навязывания адвокатам должностей на провинциальном уровне (2.7.3);

1.4.2.2. Полное освобождение адвокатов от наложения любых обязанностей (2.7.6);

1.4.2.3. Освобождение адвокатов фиска от обязанностей императорских служащих (2.7.21);

1.4.2.4. Освобождение детей адвокатов фиска от обязанностей императорских служащих (2.7.21);

1.4.2.5. Привилегии для завершивших адвокатскую службу: освобождение одного дома от постоев, необременение закупками зерна или масла и надзором за работами, ни судебными защитами, ни попечительством продовольствия, ни повинностью отца города или куратора, ни командованием службой у ворот (10.56.0);

1.4.3. Особый процессуальный статус:

1.4.3.1. Право наказания адвокатов принадлежит лишь префекту претория (2.7.18);

1.4.3.2. Рассмотрение уголовных дел в отношении адвокатов фиска производится наместниками провинций (2.7.21, 2.7.24);

1.4.3.3. Рассмотрение гражданских дел в отношении адвокатов производится адвокатами фиска, то же самое – в отношении признания детей (2.7.23);

1.4.4. Особые наследственные права:

1.4.4.1. Наличие у адвокатов особых наследственных прав (2.7.4);

1.4.4.2. Возможность наследования жалованья умершего адвоката фиска за год (2.7.15-1);

1.4.4.3. Возможность наследования жалованья умершего адвоката фиска его наследниками (2.7.21);

1.4.4.4. Освобождение наследников адвоката фиска от повинностей государственных дел (2.7.21);

1.4.5. Иные привилегии:

1.4.5.1. Право лиц, облеченных почетом, вести практику в городе Рима (2.6.6.5);

1.4.5.2. Разрешение совмещения статусов куриала и адвоката (2.7.2);

1.4.5.3. Право после исполнения власти и обязанности управления провинцией вернуться к занятию адвокатской практикой (2.7.9).

1.5. Обременения, имеющиеся у носителей адвокатского звания

1.5.1. Сохранение бремени обязанностей муниципального сенатора (10.32.35.1).

1.6. Процессуальные требования к адвокатам

1.6.1. Отсутствие адвоката не является основанием для пересмотра законченного разбирательства (2.6.4);

1.6.2. Требование к адвокатам воздерживаться от брани (2.6.6.1);

1.6.3. Недопущение затягивания адвокатами процесса (2.6.6.4);

1.6.4. Необходимость равного распределения именитых адвокатов между сторонами одного процесса (2.6.7);

1.6.5. Тайное содействие адвоката другой стороне как основание для пересмотра дела (2.7.1);

1.6.6. Недопустимость затягивания двумя адвокатами решения дела под предлогом ожидания третьего адвоката (2.7.19);

1.6.7. Возможность для бывшего адвоката фиска вести дела против фиска лишь при прекращении прежнего дела (2.8.2);

1.6.8. Запрет адвокату фиска скрывать выгоды фиска и выдвигать ложные обвинения против частных лиц (2.8.3);

1.6.9. Необходимость участия адвокатов фиска в рассмотрении дел управляющими делами частного императорского имущества и начальниками священной казны (2.8.4);

1.6.10. Обязательность принесения адвокатами клятвы на Евангелиях как условие начала разбирательства дела (2.10.2.58.2pr);

1.6.11. Запрещение адвокатам затягивать процесс под угрозой штрафа (2.10.3.1.13.9);

1.6.12. Обязанность адвоката довести процесс до конца, если только этому не воспрепятствует закон или правомерное основание (2.10.3.1.13.9);

1.6.13. Обязанность адвоката принести клятву вести только правые дела (2.10.3.1.13.9);

1.6.14. Запрещение осуществления адвокатской деятельности в воскресные дни (2.10.3.12.9.1);

1.6.15. Возможность судебного обжалования ущемления со стороны адвоката фиска (2.61.1);

1.6.16. Запоздалое обращение адвоката к отлагательной оговорке влечет штраф в 1 фунт золота (8.35.12);

1.6.17. Обязательность присутствия адвоката фиска при предъявлении заявления обвинителем (10.11.5pr).

1.7. Финансовые аспекты адвокатской деятельности

1.7.1. Гонорарные вопросы:

1.7.1.1. Недопущение назначения гонорара по выигрышу (2.6.5);

1.7.1.2. Необходимость одобрения тому, как велось дело, как условие выплаты гонорара (2.6.3);

1.7.1.3. Обозначение гонорара как дара клиента (2.6.6.2-3);

1.7.1.4. Обязательность выплаты гонорара клиентами, которые могут его дать, а если они не в состоянии этого сделать, то он выдается назначенными по делу судебными исполнителями (2.10.3.1.13.9);

1.7.1.5. Адвокату фиска за время процесса выплачивается не более 1/3 солида (12.25.4.4);

1.7.2. Вопросы вознаграждения от государства:

1.7.2.1. Обязанность выплаты жалованья адвокатам фиска (2.7.22);

1.7.2.2. Получение вознаграждения адвокатами фиска префектуры Востока в январские календы из рук императора наряду с членами императорского совета (2.7.23);

1.7.2.3. Выплата адвокатам фиска ежегодно 60 фунтов золота (2.7.25);

1.7.2.4. Выплата жалованья (адвокатам Константинополя) в размере 4.600 золотых (2.7.26).

2. Законодательное регулирование организации адвокатуры

2.1. Выравнивание статуса адвокатов в различных префектурах

2.1.1. Приравнивание адвокатов Константинополя (по привилегиям и льготам) к адвокатам префектуры Востока (2.7.5);

2.1.2. Приравнивание адвокатов префектуры Иллирик (по привилегиям и льготам) к адвокатам префектуры Востока (2.7.7).

2.2. Количественный состав штатных адвокатов в каждой префектуре

2.2.1. Ограничение количеством 150 адвокатов, выступающих перед судом префекта претория; адвокаты сверх 150 могут выступать в суде перед проконсулом, префектом августалов, правителем Востока, иными правителями провинций (2.7.11);

2.2.2. Ограничение количества адвокатов в префектуре числом 150 адвокатов (2.7.8);

2.2.3. Установление количества адвокатов в адвокатуре Александрии – 50, в официальном списке, члены которого будут выступать как перед префектом августалов, так и перед предводителем египетских границ, прочие – в других судах (2.7.13);

2.2.4. Установление количества адвокатов в префектуре Иллирика – 150 адвокатов, и порядок их пополнения (2.7.17);

2.2.5. Установление количества адвокатов в Константинополе (Феодот – Константинополь?) – 80 адвокатов (2.7.26).

2.3. Ранжирование адвокатов

2.3.1. В префектуре (Диоскор – Восток?) первые 64 адвоката имеют статус, следующий за двумя адвокатами фиска, и получают $\frac{1}{4}$ beneficia (2.7.15);

2.3.2. В префектуре Города (Юстиниан – Константинополь?) 15 адвокатов имеют первый ранг, позднее коллегия первенствующих составляют 30 адвокатов (2.7.16, 2.7.26).

2.4. Регулирование статуса адвокатов фиска

2.4.1. Адвокатами фиска назначаются два адвоката вместо ранее одного адвоката (2.7.10);

2.4.2. Адвокаты назначаются адвокатами фиска на два года вместо ранее одного года (2.7.12).

В завершение следует отметить, что совершенно справедливо вознесенное на пьедестал в XIX веке сравнение адвокатов и воинов также происходит из Кодекса Юстиниана, то есть имеет законодательную основу. В эдикте императоров Льва I и Антемия, датированном 469 г. и обращенном к префекту претория Иллирика Калликрату, указано: «Адвокаты, которые разрешают сомнительные случаи судебных тяжб и часто силой своей защиты в частных и публичных судебных делах исправляют ошибки и избавляют от бед, не меньше заботятся о человеческом роде, чем если бы спасали отечество и родителей от сражений и смертельных ран. Ведь Мы считаем, что за нашу империю воюют не только те, кто блистает мечами, щитами и медными панцирями, но также и адвокаты: ибо они воюют как патроны тяжб, которые, рассчитывая на свои славные речи, защищают надежду, жизнь и потомство тех, кто находится

в беде» (перевод Л.Л. Кофанова). Весьма примечательно, что законодательство Римской империи, кодифицированное при императоре Юстиниане Великом, столь подробно (можно даже сказать, практически досконально) регулируя все аспекты адвокатской деятельности и организации адвокатуры, так высоко оценивало деятельность адвокатов и ее значение для государства.

Пристатейный библиографический список

1. Васковский Е.В. Организация адвокатуры. Ч. 1. Очерк всеобщей истории адвокатуры. СПб.: Типография П.П. Сойкина, 1893. С. 63.
2. Диль Ш. Император Юстиниан и византийская цивилизация в VI веке. Минск: МФЦП, 2010. С. 269–270.
3. Стоянов А. История адвокатуры. Вып. 1. Древний мир: Египет, Индия, Евреи, Греки, Римляне. Харьков, 1869. С. 117.
4. Успенский Ф.И. История Византийской империи. Становление. Смута. Македонская династия. М.: АСТ: Астрель, 2011. С. 355.

References (transliterated)

1. Vas'kovskij E.V. Organizacija advokatury. Ch. 1. Oчерk vseobshhej istorii advokatury. SPb.: Tipografija P.P. Sojkina, 1893. S. 63.
2. Di' Sh. Imperator Justinian i vizantijskaja civilizacija v VI veke. Minsk: MFSP, 2010. S. 269–270.
3. Stojanov A. Istorija advokatury. Vyp. 1. Drevnij mir: Egipet, Indija, Evrei, Greki, Rimljane. Har'kov, 1869. S. 117.
4. Uspenskij F.I. Istorija Vizantijskoj imperii. Stanovlenie. Smuta. Makedonskaja dinastija. M.: AST: Astrel', 2011. S. 355.



ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

Мы рады представить вашему вниманию

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Деятельность нашего института направлена на разработку актуальных проблем юридической науки в евразийском правовом пространстве. Институт проводит фундаментальные и прикладные исследования в области государственно-правовых наук, международного права, адвокатуры и нотариата, социологии права, политологии, интерэкоправа, изучает закономерности правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности, разрабатывает на этой основе практические рекомендации, принимает участие в разработке законопроектов, содействует повышению профессионального уровня юристов, организует и участвует в проведении научных мероприятий, оказывает консультационные услуги в области права, а также редакционно-издательские услуги.

Приглашаем вас к сотрудничеству!

Контактная информация:

Website: www.eurasniipp.ru E-mail: info@eurasniipp.ru Телефон: +7-917-40-61-340

Бакаянова Н.М.

АДВОКАТУРА МЕЖДУ ТРАДИЦИЯМИ И ИДЕОЛОГИЕЙ РЫНКА

Цель: Анализ тенденций развития адвокатуры, актуальности принципов организации и деятельности адвокатуры, соотношения традиций адвокатуры с требованиями рынка юридических услуг.

Методология: Автором применялись формально-логический, историко-правовой, сравнительно-правовой, социологический методы.

Результаты: Статья посвящена трансформации адвокатской профессии и ее ценностей в современных условиях, изучению влияния рынка юридических услуг на развитие адвокатуры. Автор показывает, что фундаментальные основы адвокатской профессии свидетельствуют о ее некоммерческом характере. Особые требования к осуществлению адвокатской деятельности обеспечивают оптимальный вариант предоставления юридической помощи. Требования рынка формируют стандарты качества юридической помощи, но не принципы адвокатской деятельности.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья имеет высокую научную ценность и практическую значимость, поскольку является одной из первых попыток обосновать соответствие функциональных и организационных основ адвокатской профессии требованиям общества в сфере предоставления юридической помощи с учетом ситуации на рынке юридических услуг.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатская деятельность, традиции, юридическая помощь, реформа рынка юридических услуг.

Bakayanova N.M.

LEGAL PROFESSION BETWEEN TRADITION AND IDEOLOGY OF THE MARKET

Purpose: Analysis of tendencies of development of the legal profession, the relevance of the principles of organization and activity of advocacy, the ratio of the traditions of the legal profession with the requirements of the legal services market.

Methodology: The author applied formal logical, historical legal, comparative legal and sociological methods.

Results: The transformation of the legal profession and its values in modern conditions, the impact of the legal services market on the development of the legal profession are considered. The author insists that the fundamental basis of the legal profession are evidence of its non-commercial character. Special requirements to the practice of law provide the best option for legal assistance. Market demands set the standards for the quality of legal assistance, but not the principles of advocacy.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific value and the practical importance for development of the legal profession and preservation of traditions of the Bar

Keywords: Bar, lawyer activity, legal assistance, traditions, reform of the market of legal services.

Выдающийся французский адвокат Анри-Франсуа д'Агессо в своем выступлении «Речь о независимости адвоката» в 1693 году, обращаясь к адвокатам, сказал: «Вы поставлены во благо общества между смятением человеческих страстей и престолом правосудия: вы приносите к его подножию желанья и просьбы людей; именно через вас они получают решения и непреложные истины; вы также подотчетны и судьям, и вашим сторукам; и эта двойная обязанность является принципом всех ваших обязательств» [4].

В XIX столетии А.Ф. Кони отмечал: «Между защитником и тем, кто в тревоге и тоске от грозного надвинувшегося обвинения обращается к нему в надежде на помощь, устанавливается тесная связь доверия и искренности. Защитнику открываются тайники души, ему стараются разъяснить свою невиновность или объяснить свое падение и свой скрываемый от других позор такими подробно-

стями личной жизни и семейного быта, по отношению к которым слепая Фемида должна быть и глухою» [17].

Современные адвокаты и исследователи пишут о важности традиций адвокатуры, об адвокатской этике, о задачах и функциях адвокатуры, отдавая дань благородной профессии [14].

Тем не менее, в изменчивом мире в век скорости и высоких технологий адвокатура и представления о ней также подвержены изменениям. Все громче звучат голоса тех, для кого идеалы адвокатуры о независимости адвоката, его гуманной миссии, обеспечении защиты беднейшего из бедных – не более чем утопия. Те, кто стремятся вперед, увлеченные идеей прогресса, не склонны размышлять о достижениях адвокатов прошлого, но действуют прагматично, ориентированы на высокие материальные результаты и предлагают иное видение будущего адвокатской профессии.

Такой авторитетный правовед, как Ф. Стивен, указывает, что свободным должен быть не адвокат, свободной должна быть конкуренция. Адвокат, по его мнению, больше не служит праву в интересах всех, но руководим «невидимой рукой» рынка. Ф. Стивен называет профессию адвоката «последним бастионом, который оказывал сопротивление свободной конкуренции на рынке» [2]. Таким образом выводится постулат о том, что адвокат является продавцом специфических юридических услуг и действует, как и другие, в собственных интересах для увеличения своей прибыли, только в рамках правил своей профессии.

Привычным и традиционным для адвокатов представлением об их роли в общественной жизни противостоят новые взгляды на стандарты профессиональной деятельности, которые обуславливают и иной путь развития адвокатуры.

«Конец монополии адвокатов в консультировании, защите и правовом сопровождении сделок способствует включению этих услуг в капиталистические структуры, открывает свободную конкуренцию», что в итоге должно обеспечить потребителям лучшее качество юридических услуг по самой низкой цене. «В этой перспективе профессиональные организации передадут свою дисциплинарную и организационную независимость компаниям, в которых предоставляются юридические услуги» [12].

Американский исследователь П. Шлаг указывает, что независимость (или автономия) адвоката является мифом, который порождает у адвокатов чувство солидарности, способность мобилизовать свои силы и возможность противостоять конкурирующим силам. «По крайней мере, очевидным является то, что презумпция независимости и автономии профессии адвоката является мифом, который становится (по крайней мере, в США) все труднее поддерживать» [8]. В качестве обоснования автор пишет о том, что онтология этой независимости или автономии не очень глубока; что организация юридической профессии делает саму идею независимости и автономии анахронической; что эти категории принадлежат к уже значительно устаревшему культурному, экономическому и интеллектуальному миру [8].

Ф. Ховард в своей известной работе также демонстрирует возможность «жизни без адвокатов», подразумевая под этим уход от излишнего насаждения разнообразных законов и предлагая радикальную реформу юридической профессии [6].

Обращаясь к истокам, к истории адвокатуры, можно прийти к выводу о том, что всякий раз, когда адвокатура воспринималась, как нечто не

соответствующее духу времени, она затем возрождалась снова, как оптимальная форма защиты, представительства, предоставления правовой помощи, в том числе бесплатной.

Осмысливая события периода 1789–1799 гг. во Франции, в течение которого профессия адвоката была законодательно упразднена, следует согласиться с тем, что кризис позволил переосмыслить положение адвоката и его функции: статус адвоката и его профессиональная независимость, восстановленные в 1810 г., привнесли нечто новое в понимание роли адвокатуры в обществе [1].

Весьма поучительными являются процессы трансформации адвокатуры в 1917–1922 гг., в период становления советской власти, когда власть, ликвидировав адвокатуру, искала иные пути и институциональные формы защиты прав и свобод граждан [16, 24].

Точка зрения, что профессия адвоката потеряла свой статус «рупора общества» с упадком «юридического духа», является достаточно распространенной [7]. В ситуациях экономического кризиса общество склонно прислушиваться скорее к экономистам, чем к юристам, а всякое действие измеряется мерками экономической целесообразности.

Противостояние двух моделей будущего адвокатуры заставляет еще раз задуматься о том, кем же является адвокат: защищает права отдельного лица в интересах всего общества или отстаивает интересы отдельного лица против интересов общества, руководствуясь соображениями получения прибыли? А может, данная дилемма и не дилемма вовсе, и есть еще один вариант ответа: адвокат отстаивает интересы клиента, что соответствует интересам общества и при этом не противоречит идеологии рынка. Во всяком случае, очевиден тот факт, что в трудах правоведов все отчетливее ставится под сомнение потребность общества в классической адвокатуре, предлагаются изменения в организации юридической профессии, трансформация адвокатуры и адвокатской деятельности как таковых [3, 9–12].

Президент Федеральной палаты Российской Федерации Ю.С. Пилипенко, анализируя проблему адаптации профессии адвоката к требованиям рынка, отмечает: «Развитие финансового рынка, новых технологий и коммуникаций, рост иностранных инвестиций, увеличение числа межнациональных компаний и, как следствие, усложнение и увеличение регулятивных функций государства привели к тому, что современный бизнес не может успешно развиваться без юридической поддержки квалифицированных профессиона-

лов. В развитых странах основной объем правовых услуг приходится на юридическое сопровождение бизнеса. Расширяется их спектр, повышаются требования к их качеству – бизнес-адвокат должен обладать знаниями в области экономики, финансов, управления персоналом, маркетинга. Поэтому для обслуживания современных глобальных бизнес-проектов создаются крупные «квазиадвокатские объединения» со сложной и дорогостоящей инфраструктурой, значительным количеством персонала и «разделением труда», когда партнеры занимаются привлечением клиентов и менеджментом, а «рядовые» адвокаты – юридической практикой. Организация такого объединения, управление им, развитие его инфраструктуры, несомненно, требуют использования определенных элементов предпринимательства. Это объективная необходимость, вызванная стремлением адвокатов совершенствоваться в наиболее востребованной сфере правовой помощи и выдерживать конкуренцию со стороны крупных юридических фирм» [20, с. 4–5].

Адвокатура развивается вместе с обществом, институтом которого она является. Путь развития адвокатуры предполагает движение в том же направлении, в котором движется современная цивилизация. Однако стоит вспомнить о цикличности истории, о неизбежных возвращениях к прошлому, его несомненной связи с настоящим и будущим и в связи с этим не следовать радикальным взглядам как гарантирующим соответствие профессии ожиданиям со стороны общества.

Ничто не ново под луной, как писал Н.М. Карамзин, и подобные тенденции уже наблюдались в истории адвокатуры. Еще в начале XX века Е.В. Васьковский, известный российский и польский цивилист и процессуалист, адвокат и судья, отмечал: «Единственным стимулом, побуждающим наших адвокатов к деятельности, служит желание разбогатеть; единственной наградой за старательное исполнение профессиональных обязанностей является крупный заработок; единственная цель, к которой они могут стремиться, заключается в материальной выгоде» [15]. Эти размышления Е.В. Васьковского в работе «Будущее адвокатуры» (1893 г.) вполне созвучны современности.

Оплата труда адвоката является одним из основных условий договора о предоставлении правовой помощи, но это вовсе не предполагает «экономизма», то есть представления о мире, полностью построенном вокруг рынка. Как было точно замечено, «капитализация адвокатских объединений и привлечение спекулятивного ка-

питала явно выходят за разумные пределы. Адвокатская деятельность может быть достаточно доходной и без атрибутов чистого предпринимательства, введение которых способно поставить адвокатуру под удар как со стороны государства, так и со стороны бизнес-структур. Если у адвокатов возникает конфликт с государством или с клиентом, они всегда апеллируют к тому, что адвокатура – особый, сакральный вид деятельности. Как только их жизнь возвращается в спокойное русло, они начинают думать о том, чтобы зарабатывать деньги, используя инструменты предпринимательства. Но ни естественное желание хорошо зарабатывать, ни гигантские обороты крупнейших фирм не могут оправдать установку на предпринимательский характер адвокатской деятельности» [20, с. 6].

В Рекомендации № 21 (2000) от 25 октября 2000 г. Комитета министров Совета Европы «О свободе осуществления профессии адвоката» адвокатская деятельность рассматривается в тесной связи с культурным, социальным, политическим и историческим контекстом каждого общества. «В любом демократическом обществе адвокаты призваны играть важнейшую роль в деле отправления правосудия, в предотвращении и разрешении споров, а также в защите прав человека и основных свобод. В последнее десятилетие практика права значительно эволюционировала, и практикующие юристы вынуждены подходить к своей деятельности с более коммерческих позиций. Однако при этом они всегда должны оставаться представителями независимой профессии» [23].

В юридическом сообществе преобладание долга адвоката по защите клиента над соображениями выгоды порой рассматривается как некое лукавство. Так, например, отмечается, что «необходимо прекратить делать вид, что адвокаты оказывают юридическую помощь исключительно из гуманитарных соображений и не занимаются коммерческой деятельностью. В признании коммерческого характера деятельности по оказанию юридических услуг нет ничего постыдного, в конце концов, ничуть не менее важные (а по большому счету, пожалуй, даже более значимые для человека) медицинские услуги вполне успешно оказываются коммерческими организациями» [18].

Несомненный интерес вызывают случаи, когда аналогичное мнение высказывают адвокаты: «Пора перестать рассматривать вопросы реформирования адвокатуры только с традиционной позиции отношений «адвокат–гражданин» с ее устоявшимися легендами об адвокате – благо-

родном рыцаре и бессребренике. Пора перестать постоянно твердить о том, что адвокатская деятельность – не способ зарабатывания денег, а беззаветное служение обществу, что у адвокатов не существует клиентов (а следовательно, и понятия «клиентский сервис»), а есть только доверители» [19].

Безусловно, рынок, как определенный способ согласования деятельности участников общественного производства, оказывает влияние на разнообразные сферы жизни общества. Рынок юридических услуг ориентируется на успешного исполнителя таких услуг, предоставляет ему наиболее редкие ресурсы, что способствует их более эффективному использованию в масштабе всего общества. Адвокатура не формирует стандарты своей деятельности изолированно от спроса и потребностей, возникающих в обществе. Таким образом, рынок юридических услуг влияет на содержание и качество юридической помощи, в которой заинтересован клиент, способен влиять на способы осуществления юридической деятельности (например, онлайн-консультации), но, и это следует подчеркнуть, он не меняет принципы, на которых такая помощь предоставляется адвокатами.

Ведь если согласиться с тем, что адвокаты готовы отринуть ценности адвокатской профессии, её независимость и свободу, конфиденциальность и недопустимость конфликта интересов, подчиняясь только логике извлечения прибыли в ущерб общественному предназначению адвокатуры, то тогда мы не вправе говорить об адвокатах и адвокатуре ни с точки зрения теории адвокатуры, ни с позиции практики.

Независимость адвоката как основополагающий принцип адвокатской деятельности предполагает и его материальную независимость. Адвокаты не являются продавцами услуг, поскольку суть их деятельности – реализация задачи, возложенной на адвокатуру государством, причем на определенных условиях. Эти условия, закрепленные в национальном законодательстве, как раз и раскрывают особенности осуществления адвокатской деятельности и организации адвокатуры (самоуправление, этические требования, особый порядок привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности, гонорар как специфическая форма оплаты труда и другое).

Сохранение специфики адвокатской деятельности – это обязанность адвокатского сообщества, обладающего всеми необходимыми ресурсами, от традиций до законодательно урегулированных прав адвокатов, гарантий адвокатской деятельности для предоставления квалифицированной

юридической помощи. При этом, как пишет М.С. Шайхуллин, «актуальность развития традиций в адвокатуре и их трансляция новой плеяде адвокатов обусловлены важностью использования исторического опыта и навыков предыдущих поколений адвокатов, сформировавших положения о верности адвокатскому долгу, закону, государству и обществу. Подъем авторитета адвокатуры вряд ли возможен исключительно за счет совершенствования внутренней организации адвокатуры и ее правовых основ» [25, с. 54].

В связи с этим адвокаты должны переосмыслить фундаментальные ценности и принципы, составляющие основу профессии, в свете условий XIX столетия, но не отказаться от них, поскольку такой отказ будет равносильным разрушению института адвокатуры. Кроме того, если общество перестанет воспринимать адвокатов как защитников прав и свобод, оценивая их как предпринимателей, это будет свидетельством изменения отношения к правам и свободам в целом.

Адвокатура обращена к людям, адвокатская профессия является общественным служением. На долге и достоинстве, доверии и независимости базируются все социальные характеристики адвокатуры, которые, на наш взгляд, не отвергает логика рынка. Эта логика позволяет утверждать, что особые требования к осуществлению адвокатской деятельности (адвокатская тайна, дисциплинарная ответственность, недопустимость конфликта интересов, независимость адвоката, в том числе и от органов адвокатского самоуправления, обязанность повышения квалификации и др.) обуславливают особое наполнение адвокатской деятельности и предлагают оптимальный вариант взаимодействия между лицом, обратившимся за правовой помощью, и лицом, ее предоставляющим. Таким образом, принципы организации и деятельности адвокатуры должны обеспечивать преимущество адвокатов, а не рассматриваться как бремя и нечто не вполне актуальное.

В условиях появления новых тенденций адвокатской корпорации необходимо сформулировать приоритеты и цели современной адвокатуры, которые позволят адвокатской профессии продолжить движение вперед. В Украине внесение изменений в Конституцию усилило позиции местной адвокатуры: ст. 131-2 Основного закона устанавливает, что только адвокат осуществляет представительство другого лица в суде, а также защиту от обвинения. При этом допускается участие в судебном процессе в качестве представителей и лиц, не являющихся адвокатами:

1) по трудовым спорам;

- 2) по спорам о защите социальных прав;
- 3) по выборам и референдумам;
- 4) по малозначительным спорам;
- 5) при представительстве малолетних и несовершеннолетних лиц;
- 6) при представительстве лиц, которые признаны судом недееспособными и ограниченно дееспособными [21].

При этом реформы демонстрируют тенденцию к расширению содержания адвокатской деятельности, относя к ней медиацию, фидуциарную деятельность, деятельность в качестве эскроу-агента [22]. Появление новых видов адвокатской деятельности обусловлено потребностями общества. Именно поэтому следует согласиться с тем, что «само существование рынка, а не желание избавиться от него, должно определить стратегию дальнейшего развития адвокатуры» [13, с. 47].

Реформа адвокатуры должна проводиться, таким образом, комплексно не только с судебной реформой, но и с учетом особенностей развития рынка юридических услуг. Переформатирование рынка профессиональной юридической помощи не может быть безболезненным, поскольку, хотя и предполагает значительный переходный период, приводит к изменениям в деятельности юристов-предпринимателей. Системный подход к обеспечению права на получение квалифицированной юридической помощи требует принятия закона о юридической деятельности, который бы урегулировал дискуссионные вопросы осуществления юридической практики лицами, не являющимися адвокатами.

Обозначение глобальных проблем современной адвокатуры, исследование вопросов координации адвокатской деятельности с другими видами юридической деятельности должны способствовать формированию стратегии реформ. Дальнейшие исследования развития института адвокатуры позволят сформулировать основные направления достижения целей реформы и указать на необходимые ресурсы ее реализации.

Пристатейный библиографический список

1. Fitzsimmons Michael. *The Parisian Order of Barristers and the French Revolution*. Cambridge (Mas.) and London: Harvard University Press, 1987.
2. Frank H. Stephen. *Lawyers, Markets and Regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. P. 1.
3. Galbensi D. *Unbound: How Entrepreneurship is Dramatically Transforming Legal Services Today*. Royal Oak: Lumen Legal, 2009.
4. Henri-François d'Aguesseau. *L'indépendance de l'avocat // Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*. Nouvelle édition par M. Pardessus. Paris, 1819. P. 9.
5. Hervé Leuwers. *L'invention du barreau français, 1660–1830. La construction nationale d'un groupe professionnel*. Paris: Ed. EHESS, 2006.
6. Howard PK. *Life Without Lawyers*. New York, 2009.
7. Karpik Lucien. *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché XIII–XX siècle*. Paris: Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1995. P. 206–215.
8. *L'indépendance des avocats: Le long chemin d'une liberté / Sous L. Assier-Andrieu*. Editions Dalloz, 2015. P. 113.
9. Macfarlane J. *The New Lawyer*. Vancouver: UBC Press, 2008.
10. Regan Jr.M.C., Palmer T.H. *Supply Chains and Porous Boundaries: The Disaggregation of Legal Services*. Vol. 78. *Fordham L. Rev.*, 2137–2191. 2010.
11. Sako M. *Make-or-Buy Decisions in Legal Services: A Strategic Perspective // Law Firm Evolution: Brave New World or Business as Usual?* 2010. 21–23 March. Georgetown Center for the Study of the Legal Profession, Georgetown Law School, 2010.
12. Susskind Richard. *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. 2 éd. Oxford: Oxford University Press, 2010.
13. Wickers Th. *La grande transformation des avocats*. Paris: Dalloz, 2014.
14. Аракелян М.Р. *Институт адвокатуры в правозащитной системе Украины: теоретико-правовой аспект: монография*. Одесса: Фенікс, 2014.
15. Васильковский Е.В. *Будущее русской адвокатуры*. М., 2000. С. 11.
16. Клевцов А.В. *Становление и развитие российской адвокатуры в советский период (1917–1991). Историко-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук*. М., 2006.
17. Кони А.Ф. *Нравственное начало в уголовном процессе: собр. соч. Т. 4*. М., 1967. С. 54.
18. Латыев А.Н. *Ограниченная адвокатская монополия или относительная свобода судебного представительства // Закон*. 2012. № 9. С. 98.
19. Пепеляев С. *Рынок правовых услуг: контуры реформ // Новая адвокатская газета*. 2013. 3 июля. С. 98.
20. Пилипенко Ю.С. *Адвокатура и предпринимательство // Новая адвокатская газета*. 2011. № 12 (101). С. 4–6.
21. *Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 № 1401-VIII [Электронный ресурс]*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>.
22. *Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 27.04.2016 [Электронный ресурс]*. URL: <http://jrc.org.ua/upload/steps/bdc5610fac7309ca8a48f0c1a531de.pdf>.
23. *Рекомендация № R (2000) 21 Комитета министров Совета Европы государствам-членам «О свободе осуществления профессии адвоката» от 25 октября 2000 г. // Собрание международных документов «Права человека и судопроизводство»*. М., 2002.
24. Хаски Ю. *Российские адвокаты и Советское государство: Происхождение и развитие советской адвокатуры 1917–1939 / пер. с англ. Т. Морщакова*. М.: РАН: Ун-т гос-ва и права, 1993.
25. Шайхуллин М.С. *Сохранение и развитие традиций адвокатуры // Евразийская адвокатура*. 2013. № 2 (3). С. 49–55.

References (transliterated)

1. Fitzsimmons Michael. The Parisian Order of Barristers and the French Revolution. Cambridge (Mas.) and London: Harvard University Press, 1987.
2. Frank H. Stephen. Lawyers, Markets and Regulation. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. R. 1.
3. Galbensi D. Unbound: How Entrepreneurship is Dramatically Transforming Legal Services Today. Royal Oak: Lumen Legal, 2009.
4. Henri-François d'Aguesseau. L'indépendance de l'avocat // Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau. Nouvelle édition par M. Pardessus. Paris, 1819. R. 9.
5. Hervé Leuwers. L'invention du barreau français, 1660–1830. La construction nationale d'un groupe professionnel. Paris: Ed. EHESS, 2006.
6. Howard PK. Life Without Lawyers. New York, 2009.
7. Karpik Lucien. Les avocats. Entre l'État, le public et le marché XIII–XX siècle. Paris: Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1995. R. 206–215.
8. L'indépendance des avocats: Le long chemin d'une liberté / Sous L. Assier-Andrieu. Editions Dalloz, 2015. R. 113.
9. Macfarlane J. The New Lawyer. Vancouver: UBC Press, 2008.
10. Regan Jr.M.C., Palmer T.H. Supply Chains and Porous Boundaries: The Disaggregation of Legal Services. Vol. 78. Fordham L. Rev., 2137–2191. 2010.
11. Sako M. Make-or-Buy Decisions in Legal Services: A Strategic Perspective // Law Firm Evolution: Brave New World or Business as Usual? 2010. 21–23 March. Georgetown Center for the Study of the Legal Profession, Georgetown Law School, 2010.
12. Susskind Richard. The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services. 2 éd. Oxford: Oxford University Press, 2010.
13. Wickers Th. La grande transformation des avocats. Paris: Dalloz, 2014.
14. Arakeljan M.P. Institut advokatury v pravozashhitnoj sisteme Ukrainy: teoretiko-pravovoj aspekt: monografija. Odessa: Feniks, 2014.
15. Vas'kovskij E.V. Budushhee russkoj advokatury. M., 2000. S. 11.
16. Klevcov A.V. Stanovlenie i razvitie rossijskoj advokatury v sovetskij period (1917–1991). Istoriko-pravovoj aspekt: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006.
17. Koni A.F. Nrvstvennoe nachalo v ugovnom processe: sobr. soch. T. 4. M., 1967. S. 54.
18. Latyev A.N. Ogranichennaja advokatskaja monopolija ili odnositel'naja svoboda sudebnogo predstavitel'stva // Zakon. 2012. № 9. S. 98.
19. Pepeljaev S. Rynok pravovyh uslug: kontury reform // Novaja advokatskaja gazeta. 2013. 3 ijulja. S. 98.
20. Pilipenko Ju.S. Advokatura i predprinimatel'stvo // Novaja advokatskaja gazeta. 2011. № 12 (101). S. 4–6.
21. Pro vnesennja zmin do Konstitucii Ukraïni (shhodo pravosuddja): Zakon Ukraïni vid 02.06.2016 № 1401-VIII [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>.
22. Proekt Zakonu Ukraïni «Pro vnesennja zmin do Zakonu Ukraïni «Pro advokaturu ta advokats'ku dijal'nist'» vid 27.04.2016 [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://jrc.org.ua/upload/steps/bdc5610fac7309ca8aab48f0c1a531de.pdf>.
23. Rekomendacija № R (2000) 21 Komiteta ministrov Coveta Evropy gosudarstvam-chlenam «O svobode osushhestvlenija professii advokata» ot 25 oktjabrja 2000 g. // Sobranie mezhdunarodnyh dokumentov «Prava cheloveka i sudoproizvodstvo». M., 2002.
24. Haski Ju. Rossijskie advokaty i Sovetskoe gosudarstvo: Proishozhdenie i razvitie sovetskij advokatury 1917–1939 / per. s angl. T. Morshhakova. M.: RAN: Un-t gos-va i prava, 1993.
25. Shajhullin M.S. Sohranenie i razvitie tradicij advokatury // Evrazijskaja advokatura. 2013. № 2 (3). S. 49–55.



Уфимский центр судебных экспертиз

г. Уфа, ул. Адмирала Макарова, 26/1
Тел. (347) 233-38-69

С радостью сообщаем вам, что начал работу Уфимский центр судебных экспертиз, являющийся членом Палаты судебных экспертов Российской Федерации. Наш центр обладает уникальным оборудованием и современными методиками производства различных судебных экспертиз, что подтверждается Сертификатом соответствия требованиям системы добровольной сертификации негосударственных судебно-экспертных лабораторий. Все это позволяет в кратчайшие сроки проводить следующие виды экспертиз и исследований любой сложности: судебно-почерковедческая экспертиза, технико-криминалистическая экспертиза документов, экспертиза определения давности изготовления документов, судебно-трасологическая экспертиза, судебно-автотехническая экспертиза, исследование холодного оружия, экспертиза материалов, веществ, изделий, строительно-техническая экспертиза, исследование объектов с составлением отчета об оценке их стоимости, психофизиологическая экспертиза с использованием полиграфа, другие виды экспертиз и исследований.

Кроме того, проводятся устные и письменные консультации, экспертное сопровождение юридических и физических лиц по гражданским, уголовным и арбитражным делам.

Киселев П.П.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ КОНЦЕПЦИИ АДВОКАТСКОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Цель: Формулирование основных положений концепции адвокатского расследования.

Методология: Использовались сравнительно-правовой и формально-юридический методы.

Результаты: Статья представляет собой обобщение основных выводов и положений диссертационного исследования автора, основанного на оригинальной концепции адвокатского расследования как универсального средства правовой защиты и основного механизма реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи, осуществляемой путём самостоятельного и независимого собирания адвокатом доказательств, допускаемых для обоснования позиции доверителя при рассмотрении любого правового спора судебными, административными и иными уполномоченными органами и лицами.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку является одной из первых попыток комплексного изучения адвокатского расследования как отдельного вида адвокатской деятельности.

Ключевые слова: адвокат, адвокатское расследование, правовая защита, доказательства, правовой спор.

Kiselyov P.P.

BASIC PROVISIONS OF THE CONCEPT OF ADVOCATE'S INVESTIGATION

Purpose: Formulation of basic provisions of the concept of lawyer investigation.

Methodology: Historical and legal, comparative and legal and formally legal methods were used.

Results: Article represents generalization of the main conclusions and provisions of dissertation research of the author based on the original concept of lawyer investigation as a universal remedy of legal protection and the main mechanism of realization of a constitutional right on receiving the qualified legal aid which is carried out by independent and independent collecting by the lawyer of the proofs allowed for justification of a position of the principal by consideration of any legal dispute by judicial, administrative and other representatives to bodies and persons.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific value as is one of the first attempts to consider history of development of domestic legal profession through a prism of evolution of institute of the professional rights of the lawyer defender.

Keywords: lawyer, lawyer investigation, legal protection, proofs, legal dispute.

Конституция Российской Федерации провозглашает её демократическим правовым государством, действительное становление которого, как и формирование гражданского общества, – процесс длительный и сложный. Успехи в этом направлении зависят не только от развития экономики, совершенствования законодательства и модернизации правовых отношений, но и от готовности государства упорядочить их, обеспечить каждой личности защиту и конституционные гарантии, особое место среди которых занимает право на получение квалифицированной юридической помощи [1, 2].

Конституция РФ, наряду с государственной (ч. 1 ст. 45), в том числе судебной (ч. 1 ст. 46), защитой прав и свобод человека и гражданина, гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48), которое «является одним из основополагающих прав человека и гражданина и одновременно важнейшей гарантией соблюдения целого ряда иных

прав и свобод» [15]. Действительно, оно служит гарантией осуществления других закреплённых в Конституции РФ прав – на защиту своих прав и свобод всеми способами, не запрещёнными законом (ч. 2 ст. 45), на судебную защиту (ст. 46), на разбирательство дела судом на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123) – и находится во взаимосвязи с ними [8].

Субъектами оказания квалифицированной юридической помощи на постоянной профессиональной основе принято считать физических лиц, имеющих статус адвоката, нотариуса, патентного поверенного либо учёную степень кандидата или доктора юридических наук.

Федеральный закон РФ от 30 декабря 2008 года № 316-ФЗ «О патентных поверенных» определяет, что патентными поверенными признаются граждане, получившие в установленном законом порядке статус патентного поверенного и осуществляющие деятельность, связанную с правовой охраной результатов интеллектуальной дея-

тельности и средств индивидуализации, защитой интеллектуальных прав, приобретением исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, распоряжением такими правами (ч. 1 ст. 2).

Нотариат призван обеспечивать защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путём совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий (ст. 1, 35 «Основ законодательства РФ о нотариате» от 11 февраля 1993 года № 4462-1).

В отличие от нотариуса и патентного поверенного, пределы компетенции которых обусловлены специальным характером их деятельности, адвокат вправе оказывать любую юридическую помощь и совершать для этого любые действия, не запрещённые федеральным законом (п. 3 ст. 2, подп. 7 п. 3 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон об адвокатуре); п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката), в том числе участвуя в конституционном, гражданском, административном, уголовном (подп. 3-5 п. 2 ст. 2 Закона об адвокатуре) и иных видах юрисдикционного производства (подп. 5-10 п. 2 ст. 2 Закона об адвокатуре).

Так, в соответствии с требованиями статьи 53 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» представителями сторон, помимо представителей по должности, могут быть адвокаты или лица, имеющие учёную степень по юридической специальности, полномочия которых подтверждаются соответствующими документами. Согласно Федеральному закону от 27 декабря 2005 года № 196-ФЗ «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации» должностное лицо или гражданин, привлечённые к участию в парламентском расследовании, вправе воспользоваться услугами адвоката.

При рассмотрении гражданского дела суд назначает адвоката в качестве представителя в случае отсутствия такового у ответчика, место жительства которого неизвестно (ст. 50 ГПК РФ). Представителями граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, и организаций в арбитражном суде могут выступать адвокаты (ч. 3 ст. 59 АПК РФ). В части 5 ст. 54 Федерального закона «Об исполнительном производстве» адвокат упоминается в качестве представителя сторон исполнительного производства.

Представителями в суде по административным делам могут быть адвокаты (ч. 1 ст. 55 КАС

РФ). В предусмотренных частью 4 ст. 54 КАС РФ случаях суд назначает адвоката представителем административного ответчика. В качестве защитника или представителя к участию в производстве по уголовному делу и делу об административном правонарушении также допускается адвокат (ч. 2 ст. 49 УПК РФ, ч. 2 ст. 25.5 КоАП РФ).

На стадии исполнения приговора осуждённые для осуществления своих прав могут прибегнуть к юридической помощи адвокатов, о чём свидетельствуют уголовно-процессуальный (ч. 4 ст. 399 УПК РФ) и уголовно-исполнительный (ч. 8 ст. 12 УИК РФ) законы.

Конституционный Суд РФ также отмечает: «Закреплённое в статье 48 (ч. 2) Конституции РФ право пользоваться помощью адвоката (защитника) является одним из проявлений более общего права, гарантированного статьей 48 (ч. 1) Конституции РФ каждому человеку, – права на получение квалифицированной юридической помощи» [13].

Таким образом, основным субъектом реализации конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи выступает именно адвокат, что наиболее точно, в сравнении с приведёнными выше примерами, отражено в дефинитивной норме об адвокатской деятельности, которой названа «квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката, в целях защиты прав, свобод и интересов доверителей, а также обеспечения доступа к правосудию» (п. 1 ст. 1 Закона об адвокатуре).

Конституционный Суд РФ ранее разъяснял, что «государство обязано не только обеспечить подготовку квалифицированных юридических кадров, но и создать надлежащие условия гражданам для реализации конституционного права на защиту, а оказывающим юридическую помощь адвокатам – для эффективного осуществления их деятельности» [4].

В развитие заданной тенденции стандартизации отечественного рынка юридических услуг в государственную программу Российской Федерации «Юстиция» включён законопроект «О профессиональной юридической помощи в РФ» [14]. Принятие так называемого «закона об адвокатской монополии», направленного, в числе прочего, на оптимизацию процедуры допуска к профессии адвоката, запланировано на 2017 год.

Ввиду того, что адвокат выступает профессиональным представителем чужих интересов при рассмотрении правовых споров государственными

ми органами законодательной, исполнительной и судебной власти (в судебном и внесудебном производствах), а также иными органами и лицами (например, дисциплинарное производство), самыми результативными и потому основными его усилиями по защите доверителя следует признать соби́рание и представле́ние доказательств, ведь именно они (доказательства) являются основаниями как доводов и возражений (позиции) спорящих сторон, так и выводов юрисдикционного органа (лица) по существу дела.

К примеру, согласно части 1 ст. 62 КАС РФ лица, участвующие в деле, обязаны доказывать обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований или возражений, если иной порядок распределения обязанностей доказывания по административным делам не предусмотрен данным Кодексом.

Кодекс профессиональной этики адвоката в части 2 ст. 23 устанавливает, что квалификационная комиссия должна дать заключение по возбужденному дисциплинарному производству в том заседании, в котором состоялось разбирательство по существу, на основании непосредственного исследования доказательств, представленных участниками производства.

По определению части 1 ст. 55 ГПК РФ доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

При принятии решения арбитражный суд оценивает доказательства и доводы, приведённые лицами, участвующими в деле, в обоснование своих требований и возражений (ч. 1 ст. 168 АПК РФ).

Обязанность доказывания в рамках исполнительного производства уважительности причин неисполнения в добровольном порядке исполнительного документа возложена на должника, а не на судебного пристава-исполнителя [5]. Адвокат как представитель стороны исполнительного производства вправе представлять дополнительные материалы в силу части 1 ст. 50 Закона об исполнительном производстве.

Конституционный Суд РФ неоднократно указывал, что «необходимой гарантией справедливого разбирательства дела является равно предоставляемая сторонам реальная возможность довести свою позицию относительно всех аспектов дела до сведения суда...» [6] и «представить доказательства в её обоснование...» [9].

Итак, именно доказательства есть главный «инструмент» (средство) профессиональных манипуляций адвоката, значит, их самостоятельное соби́рание и представле́ние (способы защиты) составляют основное содержание оказываемой им юридической помощи, которая «не ограничена процессуальными и временными рамками его участия в деле» [7].

Следовательно, адвокатское расследование, даже осуществляемое не в рамках производства, виды которого перечислены в пункте 2 ст. 2 Закона об адвокатуре, не теряет своего особого правозащитного потенциала (результативности), в силу чего закономерно выделяется автором в качестве отдельного и необходимого вида адвокатской деятельности, поскольку по буквальному содержанию нынешних редакций пункта 2 ст. 2 и пункта 1 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат собирает доказательства только в качестве участника процессуальных отношений (юрисдикционного производства).

Парадокс исследуемой ситуации заключается в том, что процессуальное законодательство (кроме УПК РФ), к которому отсылает пункт 1 ст. 6 Закона об адвокатуре, закрепляет право участвующих в деле лиц на доказывание в форме представления доказательств, но не их соби́рания (см.: ч. 1 ст. 35, ч. 1 ст. 57 ГПК РФ, ч. 1 ст. 25.1, ч. 5 ст. 25.5 КоАП РФ, ч. 1 ст. 41 АПК РФ и т. д.). То есть внепроцессуальное соби́рание доказательств как самостоятельная деятельность адвоката не облечено ни в одну из форм (видов) адвокатской деятельности, зафиксированных в пункте 2 ст. 2 Закона об адвокатуре.

Получается, что полномочия адвоката на соби́рание доказательств могут быть реализованы самостоятельно, на основании юридически «самодостаточных» норм, выраженных в подпунктах 1–5 п. 3 ст. 6 специального Закона об адвокатуре, применение которых, вопреки его пункту 1 ст. 6, не находится в бланкетной зависимости от процессуального законодательства. Иное истолкование данных законоположений ограничивает доступ неопределённого круга лиц, находящихся под юрисдикцией Российской Федерации, к возможностям адвокатского расследования как формы квалифицированной юридической помощи, универсальное (неограниченное) право на которую имеет каждый вне зависимости от процессуального статуса, поскольку указанное конституционное право «не может быть ограничено ни при каких обстоятельствах» [11].

Поэтому предлагается включить в пункт 2 ст. 2 Закона об адвокатуре дополнительный под-

пункт (11) следующего содержания: «Оказывая юридическую помощь, адвокат осуществляет адвокатское расследование – собирание доказательств вне процессуальных правоотношений в порядке, установленном подпунктами 1–5 пункта 3 статьи 6 настоящего Федерального закона».

Бланкетность пункта 1 ст. 6 Закона об адвокатуре формально ограничивает право адвоката с процессуальным статусом представителя или защитника на самостоятельное собирание доказательств, поскольку процессуальные законы (кроме УПК РФ) это право прямо не регламентируют, в связи с чем целесообразно изложить данный пункт в следующей редакции: «Полномочия адвоката, участвующего в качестве представителя в конституционном, гражданском и административном судопроизводстве, представителя или защитника в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях, наряду с данной статьей и статьей 61 настоящего Федерального закона, регламентируются соответствующим процессуальным законодательством Российской Федерации в части, не противоречащей законодательству об адвокатской деятельности и адвокатуре», что согласуется с принципом приоритета специальных норм адвокатского права перед процессуальным законодательством.

Предлагаемая редакция норм об адвокатском расследовании в части собирания доказательств делает его действительно параллельным, осуществляемым частным порядком не внутри, а вне публичного юрисдикционного процесса, и не являющимся частью государственного расследования. В целях проверки научной прочности данного вывода и для объективности, всесторонности и полноты исследования стоит заметить, что патентный поверенный и нотариус тоже используют в своей деятельности доказательства, но в пределах профессиональной специализации.

Так, согласно частям 5, 6 ст. 4 Закона о патентных поверенных, «при получении материалов дела, являющегося частью поручения, от доверителя, заказчика патентный поверенный обязан подтвердить их получение, а в случае прекращения своей деятельности либо по требованию доверителя, заказчика или по истечении срока действия договора или доверенности обязан возвратить материалы дела, являющегося частью поручения, если иное не предусмотрено договором», то есть самостоятельного собирания сведений для оказания юридической помощи патентный поверенный не осуществляет.

В соответствии с пунктом 3 ст. 15 Основ законодательства РФ о нотариате (Основ) «нотариус имеет право истребовать от физических и юридических лиц сведения и документы (в том числе содержащие персональные данные), необходимые для совершения нотариальных действий», одним из которых в пункте 18 ст. 35 Основ названо «обеспечение доказательств», заключающееся в том, что «по просьбе заинтересованных лиц нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае возникновения дела в суде или административном органе, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным» (ст. 102 Основ).

В порядке обеспечения доказательств нотариус допрашивает свидетелей, производит осмотр письменных и вещественных доказательств, назначает экспертизу, руководствуясь соответствующими нормами гражданского процессуального законодательства (п. 1, 2 ст. 103 Основ). Совершение нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации, согласно позиции Конституционного Суда РФ, «гарантирует доказательственную силу и публичное признание нотариально оформленных документов» [12].

Тем не менее, необходимо заметить, что документы и иные сведения могут быть истребованы нотариусом только в целях совершения нотариальных действий, а обеспечение доказательств заключается главным образом лишь в фиксации предоставляемой ему информации и тоже в рамках нотариального действия.

То есть «нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае возникновения дела в суде или административном органе» (ст. 102 Основ), но самостоятельно их в указанных юрисдикционных формах не использует, поскольку в силу закона не является представителем обратившихся к нему граждан и юридических лиц, защиту прав и интересов которых он призван обеспечивать исключительно «путём совершения нотариальных действий» (п. 1 ст. 1, ст. 35 Основ). По окончании производства по обеспечению доказательств заинтересованному лицу выдаётся по одному экземпляру каждого документа, составленного в порядке обеспечения доказательств. По экземпляру остаётся в делах нотариуса [3].

В этом отношении полномочия адвоката по доказыванию более универсальны, он вправе собирать доказательства для представления во всех видах судебного и внесудебного производства и в защиту любых лиц вне зависимости от их процес-

суального статуса, что позволяет уверенно рассматривать адвокатское расследование как основной механизм реализации конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи.

Напротив, ограничение юрисдикционного поля для осуществления адвокатского расследования по конкретному делу есть прямое нарушение конституционного права на получение юридической помощи, поскольку нарушение любого из прав адвоката ведёт к снижению качества оказываемых им услуг, квалифицированность которых при этом неизбежно умалается. Участие адвоката в таких условиях нельзя признать обеспеченным в объёме, соответствующем Конституции РФ, что должно приводить к отмене принятого юрисдикционного решения.

Идея адвокатского расследования как универсального средства правовой защиты, осуществляемого в любой юридической сфере и в интересах любых лиц вне зависимости от их процессуального и иного правового положения, неразрывно связана с особым статусом самого адвоката – профессионального и независимого советника по правовым вопросам.

Законом об адвокатуре зафиксировано, что адвокатура «является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления» (п. 1 ст. 3), а если верить пункту 3 ст. 3 Закона, то «в целях содействия адвокатской деятельности органы государственной власти обеспечивают гарантии независимости адвокатуры». Это значит, что адвокат может и должен свободно противопоставлять себя любым официальным стремлениям публичных структур, если они вступают в разрез с правовыми интересами защищаемого им лица.

Независимость адвоката – чрезвычайно важное условие для выполнения возложенных на него профессиональных функций, а в особенности для самостоятельного и независимого расследования юридического дела, поскольку, собирая доказательства, адвокат проявляет особую инициативу, предполагающую отсутствие какого-либо неоправданного или незаконного давления со стороны государства и полную защищённость от преследования за эту инициативу.

Итак, основные положения авторской концепции адвокатского расследования сформулированы следующим образом:

1. Полномочия адвоката по доказыванию универсальны, он вправе собирать доказательства для представления во всех видах производства по

юридическим делам и в защиту любых лиц вне зависимости от их процессуального статуса, что позволяет рассматривать адвокатское расследование как основной механизм реализации конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи.

2. Собираемые и представленные адвокатом доказательства образуют основное содержание оказываемой им юридической помощи, поэтому адвокатское расследование, осуществляемое не в рамках производства, виды которого перечислены в пункте 2 ст. 2 Закона об адвокатуре, не теряет своего особого правозащитного потенциала, в силу чего закономерно выделяется автором в качестве отдельного и необходимого вида адвокатской деятельности, поскольку по буквальному содержанию нынешних редакций пункта 2 ст. 2 и пункта 1 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат собирает доказательства только в качестве участника процессуальных отношений, а внепроцессуальное соби́рание доказательств как самостоятельная деятельность адвоката не облечено ни в одну из форм (видов) адвокатской деятельности, зафиксированных в пункте 2 ст. 2 Закона об адвокатуре.

То есть полномочия адвоката на соби́рание доказательств установлены специальным Законом об адвокатуре, но их реализация в силу его бланкетного пункта 1 ст. 6 регламентируется процессуальным законодательством, не предусматривающим (кроме УПК РФ) непосредственно право участвующих в деле лиц на соби́рание доказательств, чем ограничивается их доступ к возможностям адвокатского расследования как формы квалифицированной юридической помощи, право на которую не может быть ограничено ни при каких обстоятельствах. Поэтому предлагается дополнить пункт 2 ст. 2 Закона об адвокатуре подпунктом следующего содержания: «Оказывая юридическую помощь, адвокат осуществляет адвокатское расследование – соби́рание доказательств вне процессуальных правоотношений в порядке, установленном подпунктами 1–5 пункта 3 статьи 6 и статьей 61 настоящего Федерального закона».

3. Поскольку действие права на получение квалифицированной юридической помощи в пределах юрисдикции Российской Федерации не ограничено по кругу лиц, в том числе не зависит от наличия у них процессуального статуса и в этом смысле является универсальным, постольку и соби́рание адвокатом сведений для оказания такой помощи не зависит от процессуальных норм, следовательно, собранные вне процессуальной формы указанные сведения тоже обладают свой-

ством универсальности, проявляемой в общей допустимости к доказыванию в любом юрисдикционном производстве, в котором имеет место их представление.

4. В силу конституционных принципов равноправия всех перед законом и судом и состязательности сторон судопроизводства собираемые адвокатом сведения обладают равной юридической силой с собираемыми субъектами государственного расследования доказательствами, которые процессуальными законами наделены определённой универсальностью ввиду преюдициального значения устанавливаемых ими обстоятельств для различных видов отечественного судопроизводства, соответственно и средства адвокатского расследования обладают универсальной процессуальной допустимостью во всех видах судопроизводства. При этом внесудебный порядок признания их недопустимыми противоречит статьям 19 (ч. 1, 2) и 123 (ч. 3) Конституции РФ, что обусловило предложение по внесению изменений в часть 2 ст. 88 УПК РФ путём исключения прокурора, следователя, дознавателя из числа субъектов, наделённых полномочием по признанию доказательств недопустимыми.

5. Декларативный характер и низкая степень детализации правового регулирования адвокатского расследования обусловлены презумпцией невиновности, но оправданы только при её неукоснительном соблюдении, а детальная конкретизация порядка собирания доказательств субъектами государственного расследования не свойственна аналогичной деятельности адвоката, что продиктовано её частным характером и конфиденциальностью адвокатского делопроизводства (досье).

6. Положения КоАП РФ и УИК РФ неконституционны в той мере, в которой они не предусматривают обязательное участие адвоката в производстве по делу об административном правонарушении и при исполнении уголовного наказания, не обеспечивая реальную возможность довести посредством собирания и представления доказательств до сведения субъекта рассмотрения и разрешения дела позицию лица, привлекаемого к допускающей задержание или арест ответственности, тем самым нарушают право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное частью 2 ст. 48 Конституции РФ каждому задержанному и заключённому под стражу. В связи с чем предлагается внести в КоАП РФ и УИК РФ нормы об обязательном участии адвоката по аналогии с тем, как это установлено уголовно-процессуальным (ст. 51 УПК РФ),

гражданским процессуальным (ст. 50 ГПК РФ) и административно-процессуальным (ч. 4 ст. 54 КАС РФ) законами.

7. Подпункт 3 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, устанавливающий права адвоката собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, и пункт 1 этой же статьи, предусматривающий регламентацию полномочий адвоката соответствующим процессуальным законодательством, противоречат части 1 ст. 48 Конституции РФ в той мере, в какой эти положения в их взаимосвязи ставят реализацию права адвоката на собирание доказательств в зависимость от его процессуального статуса. Бланкетность пункта 1 ст. 6 Закона об адвокатуре формально ограничивает право адвоката с процессуальным статусом представителя или защитника на самостоятельное собирание доказательств, поскольку процессуальные законы (кроме УПК РФ) это субъективное право прямо не регламентируют, в связи с чем целесообразно изложить данный пункт в следующей редакции: «Полномочия адвоката, участвующего в качестве представителя в конституционном, гражданском и административном судопроизводстве, представителя или защитника в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях, наряду с данной статьей и статьей 61 настоящего Федерального закона, регламентируются соответствующим процессуальным законодательством РФ в части, не противоречащей законодательству об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ», что согласуется с принципом приоритета специальных норм адвокатского права перед процессуальным законодательством.

8. В рамках модернизации адвокатского права предлагается в подпункте 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре слово «сведения» заменить на слово «доказательства», а подпункты 2 и 3 объединить в один, сформулировав его так: «собирать, а в случае участия в качестве представителя в конституционном, гражданском и административном судопроизводстве, представителя или защитника в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях – собирать и представлять предметы, документы и иные доказательства, в том числе опрашивать лиц с их согласия, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, рассмотрение и разрешение которого затрагивает или может затронуть права, свободы и интересы доверителя».

9. Законы, содержащие процессуальные нормы, кроме УПК РФ, не предусматривают порядок собирания адвокатом доказательств, универсальная допустимость которых должна признаваться и в уголовном судопроизводстве, в связи с тем, что адвокат не облакает собранные им доказательства в уголовно-процессуальную форму ввиду отсутствия законодательной регламентации таковой, что исключает их досудебную недопустимость, как и в иных видах отечественного юрисдикционного производства.

10. Из положений частей 1, 2 ст. 48 Конституции РФ вытекает необходимость обеспечения права каждого на защиту в любой момент уголовного преследования, осуществляемого в любых его формах, в том числе посредством гласного проведения оперативно-розыскных мероприятий, что не регулируется процессуальным законом, а параллельное такому преследованию адвокатское расследование основывается на предписаниях Конституции РФ (ч. 1 ст. 48) и адвокатского права (п. 3 ст. 6, ст. 61 Закона об адвокатуре). При этом правовая регламентация гласной оперативно-розыскной деятельности, направленной на конкретное лицо, формально не исключает деятельного присутствия на его стороне адвоката, поэтому действия последнего, в том числе собирание доказательств, в этом случае нуждаются в нормативном обосновании, в качестве которого не может выступать процессуальный закон в силу внепроцессуального характера обозначенных правоотношений. Следовательно, в юридической практике возможно адвокатское расследование как форма защиты от уголовного (изобличающего в преступлении) преследования, осуществляемое за рамками уголовного судопроизводства.

11. Внепроцессуальной составляющей адвокатского расследования продиктована необходимость изменения положений уголовно-процессуального закона, устанавливающих порядок привлечения специалиста к доказыванию только путём участия последнего в процессуальных действиях, что формально блокирует возможность получения адвокатом заключения специалиста вне процессуальных рамок. В связи с этим новая редакция части 1 ст. 58 УПК РФ должна предполагать участие специалиста в доказывании в форме внепроцессуальной подготовки заключения по инициативе адвоката.

12. Деятельность государственных органов, должностных лиц, уполномоченных возбуждать и рассматривать дела об административных, налоговых, уголовных правонарушениях, производить административное, предварительное (уго-

ловное), парламентское расследование, по сути, является «государственным обвинением» или «государственным преследованием», поскольку направлена на изобличение виновных в совершении указанных правонарушений лиц, привлечение их к ответственности, назначение и исполнение наказания, а собирание субъектами этой деятельности и судом сведений, в том числе результатов проверки, проведённой в ходе осуществления государственного и муниципального контроля (надзора), – «государственным расследованием», так как данные сведения касаются ранее неизвестных фактов, собираются, оформляются, хранятся, представляются и исследуются в установленном законом порядке профессионалами, действующими в официальном качестве, не имеющими личной заинтересованности в исходе дела, то есть являются доказательствами – основаниями разрешения любого правового спора.

13. Положения части 1 ст. 26.6 КоАП РФ и частей 1, 2 ст. 81 УПК РФ требуют корректировки таким образом, чтобы содержащиеся в них определения понятия «вещественных доказательств» не носили исключительно обвинительного значения, а предусматривали бы возможность самостоятельного собирания, хранения, представления этого вида доказательств и адвокатом независимо от процессуальных решений и действий субъектов государственного расследования. Так, в части 1 ст. 81 УПК РФ целесообразно выделить отдельный пункт о вещественных доказательствах, собранных адвокатом, а часть 2 ст. 81 УПК РФ изложить в следующей редакции: «Предметы, указанные в части первой настоящей статьи, собранные дознавателем, следователем и судом, осматриваются, признаются вещественными доказательствами и приобщаются к уголовному делу, о чём выносится соответствующее постановление. Собранные адвокатом вещественные доказательства приобщаются к уголовному делу в случае их представления. Порядок хранения приобщённых к уголовному делу вещественных доказательств устанавливается настоящей статьей и статьей 82 настоящего Кодекса».

14. Положения части 3 ст. 17 Конституции РФ, пункта 3 ст. 2, подпункта 7 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, пункта 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката в их системном единстве формируют презумпцию наличия в адвокатском праве как совокупности норм об адвокатской деятельности субъективного права адвоката собирать доказательства всеми не запрещёнными федеральными законами способами, оправдывающую предложения по введению в законодатель-

ное пространство новых адвокатских полномочий, призванных способствовать равноправию и состязательности сторон правового спора, среди которых отдельно выделяются:

– право на адвокатскую очную ставку – одновременный опрос двух и более лиц с их согласия с целью устранения противоречий между ранее данными объяснениями;

– право самостоятельно направлять доверителя на медицинское освидетельствование (экспертизу) путём выдачи письменного направления без решения об этом субъекта государственного расследования в случае его отказа направить лицо на медицинское освидетельствование (экспертизу) или в отсутствие объективной возможности своевременно обратиться к органу (лицу), уполномоченному решать вопрос о назначении медицинского освидетельствования (экспертизы). В этом случае составленное заключение врача (эксперта) направляется непосредственно адвокату;

– право производить осмотр местности и помещений, предполагающее возможность изъятия вещественных доказательств;

– право наравне с субъектами государственного расследования получать информацию, доступ к которой ограничен федеральными законами. Федеральным законом от 2 июня 2016 года № 160-ФЗ Закон об адвокатуре дополнен статьёй 61, суть которой сводится к тому, что адвокат вправе направлять в органы государственной власти, органы местного самоуправления, общественные объединения и иные организации в порядке, установленном Законом об адвокатуре, официальное обращение по входящим в компетенцию указанных органов и организаций вопросам о предоставлении справок, характеристик и иных документов, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи (п. 1).

В силу пункта 4 ст. 61 Закона об адвокатуре в предоставлении адвокату запрошенных сведений может быть отказано только в случае, если субъект, получивший адвокатский запрос, не располагает запрошенными сведениями, или нарушены требования к форме, порядку оформления и направления адвокатского запроса, либо запрошенные сведения отнесены законом к информации с ограниченным доступом.

Данные нововведения нуждаются в официальном нормативном толковании ввиду их явной правовой и, как следствие, организационной неопределённости, препятствующей системному единству, с одной стороны – подпункта 3 п. 4 ст. 61 Закона об адвокатуре, предусматривающего возможность легального отказа в предостав-

лении адвокату запрошенной им информации с ограниченным доступом, а с другой – бланкетного пункта 6 ст. 61 Закона об адвокатуре, смысл которого не исключает так называемый особый порядок предоставления сведений и по адвокатскому запросу, рассматриваемому в этом случае в соответствии с требованиями, установленными законодательством РФ для соответствующей категории сведений, и статьи 13.14 КоАП РФ, диспозиция которой запрещает адвокату лишь разглашение такой информации, но не доступ к ней.

Обязанность адвоката сохранять в тайне указанные сведения юридически обоснованна, если она корреспондирует праву на их собирание. Поэтому отмена ограничения на доступ адвоката к информационной тайне (врачебная, банковская, коммерческая, налоговая, нотариальная и т. д.), открытой для субъектов государственного расследования, представляется рациональным способом устранения выявленной правовой коллизии.

Однако установлением административной ответственности адвокатов законодатель не ограничился и Федеральным законом от 2 июня 2016 года № 160-ФЗ дополнил пункт 2 ст. 17 Закона об адвокатуре подпунктом 21, предусматривающим возможность прекращения статуса адвоката в случае незаконного использования и (или) разглашения информации, связанной с оказанием им квалифицированной юридической помощи доверителю, либо систематического несоблюдения требований к адвокатскому запросу.

Логическое толкование приведённой нормы выявляет легальную возможность использования адвокатом информации, полученной посредством адвокатского запроса, то есть в результате реализации субъективного права на самостоятельное собирание доказательств.

Выработанная позиция об осуществлении адвокатских полномочий, как в процессуальном, так и во внепроцессуальном режиме, лежит в основе идеи автора о необходимости обеспечения каждому лицу его конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе в форме адвокатского расследования как универсального средства правовой защиты, осуществляемого путём самостоятельного и независимого собирания адвокатом доказательств, допускаемых для обоснования позиции доверителя при рассмотрении и разрешении любого правового спора государственными органами законодательной, исполнительной и судебной власти, а также иными уполномоченными органами и лицами в установленном законом порядке.

Пристатейный библиографический список

1. Автономов А.С. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учеб. М.: ТК Велби: Проспект, 2006.
2. Бенъяминова З.Я. Конституционно-правовое обеспечение института адвокатуры в сфере защиты прав человека: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.
3. Методические рекомендации по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами РФ, утв. Приказом Минюста РФ от 15.03.2000 № 91 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
4. Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 года № 439-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. Обобщение судебной практики Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) по спорам, связанным с применением Федерального закона «Об исполнительном производстве».
6. Определение Конституционного Суда РФ от 4 ноября 2004 года № 430-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 года № 128-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
8. Постановление Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 года № 14-П [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
9. Постановление Конституционного Суда РФ от 19 июля 2011 года № 17-П [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
10. Постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 года № 18-П [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
11. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 1996 года № 8-П [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 года № 15-П [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
13. Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 года № 2-П [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
14. Приложение № 3 к государственной программе РФ «Юстиция», утв. Постановлением Правительства РФ от 15 апреля 2014 года № 312 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
15. Рагулин А.В. Профессиональные права адвоката-защитника, обусловленные гарантиями независимости адвоката: проблемы законодательной регламентации и практической реализации: монография. М.: Евразийский НИИ проблем права, 2011.

References (transliterated)

1. Avtonomov A.S. Konstitucionnoe (gosudarstvennoe) pravo zarubezhnyh stran: ucheb. M.: TK Velbi: Prospekt, 2006.
2. Ben'jaminova Z.Ja. Konstitucionno-pravovoe obespechenie instituta advokatury v sfere zashhity prav cheloveka: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2008.
3. Metodicheskie rekomendacii po soversheniju otdel'nyh vidov notarial'nyh dejstvij notariusami RF, utv. Prikazom Minjusta RF ot 15.03.2000 № 91 [Jelektronnyj resurs]. Do-stup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
4. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 8 nojabrja 2005 goda № 439-O [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
5. Obobshhenie sudebnoj praktiki Arbitrazhnogo suda Respubliki Saha (Jakutija) po sporam, svjazannym s primeneniem Federal'nogo zakona «Ob ispolnitel'nom proizvodstve».
6. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 4 nojabrja 2004 goda № 430-O [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
7. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 6 ijulja 2000 goda № 128-O [Jelektronnyj re-surs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
8. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 25 oktjabrja 2001 goda № 14-P [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
9. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 19 ijulja 2011 goda № 17-P [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
10. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 8 dekabrja 2003 goda № 18-P [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
11. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 27 marta 1996 goda № 8-P [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
12. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 19 maja 1998 goda № 15-P [Jelektronnyj re-surs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
13. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 28 janvarja 1997 goda № 2-P [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
14. Prilozhenie № 3 k gosudarstvennoj programme RF «Justicija», utv. Postanovleniem Pravitel'stva RF ot 15 aprelja 2014 goda № 312 [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
15. Ragulin A.V. Professional'nye prava advokata-zashhitnika, obuslovlennye garantijami nezavisimosti advokata: problemy zakonodatel'noj reglamentacii i prakticheskoj reali-zacii: monografija. M.: Evrazijskij NII problem prava, 2011.

Арутюнян М.С.

К ВОПРОСУ О МЕСТЕ СРОКА ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СРОКОВ

Цель: Комплексное изучение положений гражданского законодательства, научных теорий в целях выявления сущности и значения, места срока исковой давности в системе гражданско-правовых сроков, формулирование обобщений, выводов и предложений, способствующих совершенствованию института исковой давности.

Методология: Автором применялись историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический методы познания правовых явлений.

Результаты: В представленном исследовании анализируется правовое и процессуальное значение срока исковой давности, определяется специфика данного института по сравнению с иными сроками, имеющими гражданско-правовую природу.

Новизна/оригинальность/ценность: Положения исследования способны послужить основанием для дальнейшего изучения срока исковой давности с позиции правовых сроков и, по мнению автора, вносят определенный вклад в гражданско-правовую науку.

Ключевые слова: срок, классификация сроков, исковая давность, юридический факт.

Arutyunyan M.S.

THE TERM OF LIMITATION OF ACTIONS IN THE SYSTEM OF CIVIL LEGAL TERMS

Purpose: Complex study of positions of civil legislation, scientific theories for the exposure of essence and value, places of term of limitation of actions in the system of civil legal terms, formulation of generalizations, conclusions and suggestions, assisting perfection of institute of limitation of actions.

Methodology: Historical-legal methods, comparatively-legal, formally legal methods were used.

Results: The right and judicial value of term of limitation of actions is analysed in the presented research, the specific of this institute is determined as compared to another terms having civil legal nature.

Novelty/originality/value: Research positions are able to serve founding for the further study of term of limitation of actions from position of legal terms, and in opinion of author bring in a certain contribution to positions of civil legal science.

Keywords: term, classification of terms, limitation of actions, legal fact.

В ходе реформирования гражданского законодательства России существенным изменениям подверглись нормы об исковой давности. При этом само определение исковой давности, содержащееся в ст. 195 ГК РФ, не изменилось, под исковой давностью по-прежнему понимается срок для защиты права по иску лица, право которого нарушено.

В большинстве развитых систем права институт исковой давности рассматривается как в материальном, так и в процессуальном аспектах. Применительно к законодательству России исковая давность выступает прежде всего в качестве института гражданского права, т. е. относится к материальному праву. В то же время в юрисдикциях англосаксонской правовой семьи исковая давность относится к процессуальным отраслям права.

Необходимость и значимость исковой давности обусловлены рядом причин, в числе которых можно указать на функцию обеспечения устойчивости правового порядка, повышения эффективности механизма охраны и защиты прав участников отношений.

Традиционно в цивилистике периоды и моменты времени, с наступлением которых связаны юридические последствия, рассматриваются в качестве сроков. Основное правовое значение сроков, по нашему мнению, заключается в стимулировании участников гражданского оборота к добросовестному поведению, своевременному исполнению обязанностей.

Юридическое понимание категории «срок» обусловлено объективной сущностью течения времени, происходящего независимо и помимо воли субъектов. В юриспруденции сроки относят к числу юридических фактов – явлений окружающей действительности, с наступлением которых связано возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Существование гражданских прав, возможность их осуществления и защиты непосредственно зависят от времени. Гражданский кодекс Российской Федерации увязывает возможность приобретения, изменения или прекращения гражданских прав, их защиты и восстановления, а также необходимость исполнения обязанностей со временем.

Достаточно часто и обоснованно срок относят к юридическим фактам – событиям. Полагаем, объективность течения срока бесспорно объективна, однако сущность юридических сроков далеко не так однозначна, как это может показаться на первый взгляд.

Достаточно часто ученые обращают внимание, что установление момента начала течения срока и его окончания, а часто и всего периода срока, в рамках которого субъект обладает особым статусом (имеет право или обязанность), осуществляется по воле лиц [1, 2]. В этой связи возникает необходимость разграничение категорий «срок» и «юридически значимый срок или юридический срок». По мнению ряда исследователей, сущность юридических сроков, их природа не тождественны срокам.

Как мы уже отмечали, юридические сроки устанавливаются волей лиц, что является субъективным, волевым действием, независимо от личности устанавливающего срок лица, будь то орган власти, сторона сделки и т. д. На этом основании можно говорить о том, что срок как юридическая категория имеет дуалистическую природу: по сущности срок объективное понятие, а по форме установления – субъективное [3].

Отметим, что действующее гражданское законодательство не содержит легального понятия «срок», что должно стать основанием для соответствующих теоретических исследований и последующей законодательной работы. Полагаем, отсутствие в действующей редакции ГК РФ понятия «срок» негативно влияет на развитие концептуальных исследований о существовании, восстановлении и защите прав не только в гражданско-правовом аспекте, но и применительно к иным отраслям права, а также на практике.

Традиционное для цивилистики понятие «срок» в наиболее обобщенном виде сводится к тому, что под ним понимается момент или период времени, с наступлением которого связано возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Законодатель ограничился закреплением в рамках ст. 190 ГК РФ способов исчисления сроков. При этом способы исчисления сроков, закрепленные данной нормой, не соответствуют моменту определения окончания сроков, предусмотренных ст. 192 ГК РФ. В частности, п. 2 ст. 192 ГК РФ предусматривает возможность исчисления срока кварталами года, а абз. 2. п. 3 ст. 192 ГК РФ устанавливает возможность определения срока днями, хотя в ст. 190 ГК РФ таких способов исчисления не предусмотрено.

Сроки принято классифицировать по различным основаниям. В числе основных классификаций можно отметить деление сроков на императивные (обладающие обязательной юридической силой) и диспозитивные (определяемые в отсутствие конкретных законных предписаний субъектами отношений по своему усмотрению). В качестве примера императивного срока часто приводят срок принятия наследства, предусмотренный ст. 1154 ГК РФ. Сроки исполнения обязанностей и существования прав, устанавливаемые субъектами договоров, являются диспозитивными. Законодатель предусматривает возможность сочетания императивных и диспозитивных сроков, позволяя сторонам отношений устанавливать диспозитивные сроки в отношениях, на которые не установлен императивный срок.

Следующим основанием для классификации сроков на виды можно указать последствия наступления срока. В данную группу входят порождающие (правообразующие), правоизменяющие и прекращающие сроки. В теории гражданского права отмечается, что сроки как таковые не могут порождать, изменять или прекращать права. Таким эффектом обладают события, связанные с наступлением сроков [3, с. 254].

Примером порождающего срока может служить приобретательная давность, предусмотренная ст. 234 ГК РФ, в результате наступления которой лицо может приобрести право собственности на вещь.

Проиллюстрировать правоизменяющий срок целесообразно переходом на заказчика риска случайной гибели изготовленной вещи в порядке, установленном п. 7 ст. 720 ГК РФ.

Одним из прекращающих сроков является срок действия доверенности, истечение которого прекращает полномочия поверенного на совершение действий от имени доверителя.

В зависимости от степени определенности сроки могут быть определенные (абсолютно-определенные, относительно-определенные) и неопределенные. Установление абсолютно-определенного срока осуществляется путем указания конкретной календарной даты. Относительно-определенный срок устанавливается путем указания на событие, относительно которого известно, что оно наступит, но не известно, когда, к примеру, после окончания университета и т. п. Неопределенные сроки могут формализовываться моментом возникновения, разумным сроком, нормально необходимым сроком или вообще не указываться.

Определенным юридическим значением обладает деление сроков на общие, специальные и

частные. Общие сроки распространяют свое юридическое действие на большие группы общественных отношений, объединенных в один институт. Примером такого общего срока может служить содержание п. 1 ст. 196 ГК РФ (общий срок исковой давности, подлежащий применению во всех случаях, за исключением отдельных видов требований).

Специальными являются сроки, предусмотренные для отдельных ситуаций, характерных для отдельных типов отношений. Ст. 197 ГК РФ устанавливает специальные виды сроков исковой давности.

К частным срокам могут быть отнесены такие, которые конкретизируют общий срок, применяемый в отдельном правоотношении. В качестве примера приведем периоды поставки товаров, которые вправе согласовать стороны договора.

Наиболее часто сроки исковой давности, как с практических, так и с теоретических позиций, сравнивают со сроками осуществления и защиты прав. В этой связи представляется необходимым выявить отличие указанных видов сроков с исковой давностью.

Сроки осуществления прав представляют собой периоды времени, в рамках которых управомоченное лицо имеет возможность реализовать принадлежащие ему права. К срокам осуществления прав могут быть отнесены сроки существования прав, гарантийные сроки, претензионные сроки, а также сроки для защиты прав (к которым, в частности, и относят исковую давность).

Основное различие, по нашему мнению, исковой давности заключается в том, что ее установление основано на предположении о нарушении субъективного права лица в целях реализации им механизма восстановления (возмещения) нарушенного права. То есть исковая давность применяется для оспаривания прав. Кроме того, сфера и порядок применения срока исковой давности имеют процессуальную природу. Пункт 2 ст. 199 ГК РФ устанавливает возможность суда применить срок исковой давности по заявлению стороны в споре.

Остальные же сроки, с которыми проводится сравнение, рассчитаны на нормальный, правомерный имущественный оборот. Применение этих сроков законодателем порождает соответ-

ствующие права субъекта, осуществление (неосуществление) которых происходит волей носителя прав.

Срок исковой давности часто сравнивают с пресекательными сроками, устанавливаемыми в целях побуждения субъекта к осуществлению принадлежащих прав под угрозой их прекращения. Результатом действия пресекательного срока является прекращение субъективного права из-за бездействия его обладателя по его реализации.

В отличие от этого срока исковая давность представляет собой период времени, исчисляемый с момента нарушения прав субъекта третьим лицом, которое происходит помимо либо вопреки воле правообладателя. Основное же отличие исковой давности от правопрекращающего срока сводится, по нашему мнению, к тому, что независимо от истечения срока исковой давности субъективное право лица не прекращается. Утрачивается лишь возможность восстановления права в материальном аспекте, то есть право на возмещение вреда, причиненного правонарушением.

Необходимо отметить, что классификации сроков на виды имеют достаточно условный характер, каждая их группа имеет схожие черты, что и порождает похожесть самих сроков. Принципиальное же разграничение следует делать на основании правовой сущности, природы и назначения сроков. В связи с этим срок исковой давности является специальным видом гражданско-правового срока для защиты права лица по иску.

Пристатейный библиографический список

1. Грибанов В.П. Советское гражданское право. М.: Юрлит, 1979.
2. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1958.
3. Сергеев А.П. Сроки осуществления и защиты гражданских прав. СПб.: НЕВА, 1996.

References (transliterated)

1. Gribanov V.P. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. M.: Jurlit, 1979.
2. Krasavchikov O.A. Juridicheskie fakty v sovetskom grazhdanskom prave. M.: Jurid. lit., 1958.
3. Sergeev A.P. Sroki osushhestvleniya i zashchity grazhdanskih prav. SPb.: NEVA, 1996.

Игбаева Г.Р., Шакирова З.Р.

ПРИЗНАКИ ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА КАК ЕГО СТАДИИ

Цель: Выявить признаки стадии приостановления трудового договора.

Методология: Использовались частно-научные методы познания: формально-юридический, системного анализа и другие.

Результаты: Несмотря на то, что законодатель не говорит напрямую о стадии приостановления трудового договора, анализ норм Трудового кодекса позволил выявить ее характеристики, связанные с временным характером, продолжающимся действием трудового договора, сохранением рабочего места за работником, приостановлением выполнения трудовых обязанностей в этот период.

Новизна/оригинальность/ценность: Определены и раскрыты признаки, характеристики приостановления трудового договора.

Ключевые слова: трудовой договор, приостановление трудового договора, права и обязанности, работник, работодатель, трудовое отношение, прекращение трудового отношения, трудовое законодательство.

Igbaeva G.R., Shakirova Z.R.

SIGNS OF SUSPENSION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT AS HIS STAGE

Purpose: To identify the signs of a stage of suspension of the employment contract.

Methodology: Authors used a special scientific cognition methods: formal legal, system analysis and others.

Results: Despite of the fact that the legislator does not speak directly about the stage of suspension of the employment contract, the analysis of the Labour code allows to identify its characteristics, which are connected with the temporary nature, the ongoing action of the employment contract, continued employment for an employee, the suspension of performance of labour duties in this period.

Novelty/originality/value: In article defined and explained the signs, characteristics of stage of suspension of the employment contract .

Keywords: employment contract, suspension of employment contract, rights and duties, employee, employer, employment relationship, termination of labor relations, employment law.

Отсутствие законодательного закрепления в ТК РФ права на приостановление трудового договора является значительной проблемой в теории трудового права, порождая определенные сложности правоприменения. В научной среде высказываются различные мнения на данный счет. Преобладающей является позиция, в соответствии с которой стадия приостановления трудового договора не нуждается в юридическом закреплении, поскольку приостановление является составной частью прекращения трудового договора.

Другие исследователи (Л.Ю. Бугров, М.А. Драчук) [1, 2] соглашаются с необходимостью выделения такой стадии трудовых отношений. В обоснование своего мнения они ссылаются на то, что данная стадия является одной из важных правовых гарантий работника, с помощью которой он сможет сохранить рабочее место, вернуться после перерыва, к тому же приостановление служит основанием для социально-обеспечительных платежей, чаще всего обусловленных потерей обычно заработка.

В научной среде высказывается мысль о необходимости дополнить законодательно закреплен-

ные основания изменения трудового договора, предусмотрев приостановление трудового договора, наряду с переводом, изменением определенных сторонами условий трудового договора, изменением собственника имущества и отстранением от работы. При этом отмечается, что «приостановление – это основание изменения трудового договора, и в качестве правоизменяющего факта оно должно быть установлено ТК РФ» [4].

Подчеркивая важность данной стадии, следует отметить, что о ней можно говорить при освобождении участников трудовых правоотношений от выполнения возложенных на них прав и обязанностей, к которым можно отнести отстранение работника от работы, предоставление работнику ежегодного оплачиваемого отпуска, исполнение работником государственных и общественных обязанностей, приостановление работником работы при задержке заработной платы и т. д. Во всех этих случаях трудовой договор временно приостанавливает свое действие в отношении сторон и третьих лиц. Но по истечении срока его приостановления заключенный трудовой договор действует в полном объеме [3].

На сегодняшний день понятие данной стадии законодательно не закреплено, но можно утверждать, что приостановление как основание изменения трудового договора имеет два признака, связанных с тем, что, во-первых, трудовая функция, соответственно, трудовые обязанности, не реализуется, и, во-вторых, с продолжением трудового отношения, поскольку трудовой договор не расторгается. Данная стадия получила юридическое признание после того, как Федеральный закон от 28.02.2008 № 13-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс РФ» включил в ТК РФ главу 54.1 «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров». Приостановление было выделено в отдельную статью 348.4 ТК РФ.

В данной сфере стадия приостановления имеет большое значение, поскольку на этой стадии спортсмен не прекращает деятельность в своем клубе, а приостанавливает, сохраняя свое рабочее место.

На основании вышесказанного можно выделить следующие особенности приостановления трудового договора:

- действует в отношении сторон и третьих лиц;
- приостанавливает осуществление сторонами трудового договора прав и обязанностей, установленных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, а также осуществление прав и обязанностей, вытекающих из условий коллективного договора, соглашений, трудового договора, за отдельными исключениями;
- течение срока действия трудового договора не прерывается, и по истечении срока его приостановления заключенный трудовой договор действует в полном объеме.

Представляется, что рассматриваемая стадия носит временный характер, несмотря на то, что законодательно сроки для приостановления трудового договора не определены.

Еще одной отличительной чертой данной стадии является то, что работодатель обязан сохранить за работником его рабочее место после вступления в силу условий, предусматривающих приостановление, а также компенсировать отсутствие дохода по причинам, связанным с незаконными действиями работодателя, в случае приостановления договорных отношений.

Например, ч. 1 ст. 375 ТК РФ определяет, что работнику, освобожденному от работы в организации или у индивидуального предпринимателя в связи с избранием его на выборную должность

в выборный орган первичной профсоюзной организации, после окончания срока его полномочий предоставляется прежняя работа (должность), а при ее отсутствии с письменного согласия работника – другая равноценная работа (должность) у того же работодателя. Можно предположить, что на период приостановления действия трудового договора работник не будет получать от работодателя среднюю заработную плату, а будет получать различные страховые выплаты (например, из средств Фонда социального страхования РФ).

Принимая во внимание особенности стадии приостановления трудового договора, можно выявить, что законодатель говорит о ней в таких нормах ТК РФ, как повышение квалификации с отрывом от производства (ст. 187 ТК РФ); «замораживание» трудового договора на период ученичества, в состоянии которого находится работник данной организации (ст. 198 ТК РФ); освобождение от работы беременной женщины до решения вопроса о предоставлении ей другой работы, исключающей воздействие вредных производственных факторов (ст. 254 ТК РФ); выполнение государственных и общественных обязанностей (ст. 165 ТК РФ); временная нетрудоспособность (ст. 183 ТК РФ); простой не по вине работников (ч. 2 ст. 72.2 ТК РФ); простой работников, не участвующих в забастовке (ч. 4 ст. 416 ТК РФ); обычное соглашение сторон. Непосредственно о приостановлении (или приостановке) работы идет речь в ст. 72.2, 73, 142, 217 ТК РФ. В приведенных статьях приостановка работы влечет приостановление трудового договора, несмотря на то, что законодатель не говорит об этом напрямую. Необходимо ещё раз отметить, что по истечении срока его приостановления заключенный трудовой договор действует в полном объеме.

Что касается приостановления специального права, законодатель выделяет две группы обстоятельств:

1) ст. 3.8 КоАП предусматривает в качестве вида административного наказания лишение ранее предоставленного лицу специального права на срок от одного месяца до трех лет;

2) приостановление действия специального права возможно не в качестве наказания за совершение работником административного правонарушения, а при наступлении иных обстоятельств, не связанных с виновными действиями работника. Соответственно, в том случае, если это влечет невозможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору, и работника невозможно перевести с его согласия на другую работу, а период приостановления (лишения)

специального права не превышает двух месяцев, такой работник подлежит отстранению от работы на этот срок [5].

Подчеркивая важность данной стадии, нужно сказать, что она применяется при самозащите работника. Например, согласно ст. 142 ТК РФ работодатель несет ответственность за нарушение прав и свобод работника, и в случае задержки заработной платы более чем на 15 дней работник вправе известить работодателя в письменной форме о приостановлении своей работы вплоть до выплаты задержанной денежной суммы. Но при этом необходимо учесть, что данная статья предусматривает и исключения, в силу которых работник не может приостановить работу в связи с невыплатой заработной платы. Также хотелось бы отметить, что ч. 4 данной статьи определяет, что после того, как работодатель уведомит работника о его готовности выплатить ему заработную плату, работник обязан прекратить приостановление работы и приступить к работе не позднее следующего дня после получения данного уведомления. Если же работник не выполнит возложенную на него обязанность, его действия следует рассматривать как отсутствие на рабочем месте без уважительных причин.

Отсутствие юридического закрепления понятия стадии приостановления трудового договора является ключевой проблемой в теории трудового права, решение которой видится в упорядочивании представлений о подобных юридических фактах и дополнении главы 12 ТК РФ соответствующей статьей, содержащей дефиницию понятия и примерный перечень конкретных случаев приостановления трудового договора, с перечисле-

нием основных прав, обязанностей и гарантий сторон трудового договора на период его приостановления.

Пристатейный библиографический список

1. Бугров Л.Ю. Приостановление трудового договора // Российский юридический журнал. 2009. № 1. С. 112.
2. Драчук М.А. Приостановление действия трудового договора (в соотношении с правилами о времени отдыха и дисциплине труда) // Вестник Пермского университета. 2010. Вып. 1 (7). С. 69.
3. Игбаева Г.Р. Трудовое право: учеб.-метод. пособ. Уфа: УЮИ МВД России, 2014.
4. Избиенова Т.А., Целищев А.А. Приостановление трудового договора как механизм обеспечения стабильности трудовых отношений // Трудовое право. 2009. № 8. С. 86.
5. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право. М.: Велби: Проспект, 2004. С. 169.

References (transliterated)

1. Bugrov L.Ju. Priostanovlenie trudovogo dogovora // Rossijskij juridicheskij zhurnal. 2009. № 1. S. 112.
2. Drachuk M.A. Priostanovlenie dejstvija trudovogo dogovora (v sootnoshenii s pravilami o vremeni ottyha i discipline truda) // Vestnik Permskogo universiteta. 2010. Vyp. 1 (7). S. 69.
3. Igbaeva G.R. Trudovoe pravo: ucheb.-metod. pob. Ufa: UJuI MVD Rossii, 2014.
4. Izbienova T.A., Celishhev A.A. Priostanovlenie trudovogo dogovora kak mehanizm obespechenija stabil'nosti trudovyh otnoshenij // Trudovoe pravo. 2009. № 8. S. 86.
5. Trudovye prava v sisteme prav cheloveka. Individual'noe trudovoe pravo. M.: Velbi: Prospekt, 2004. S. 169.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Пурге А.Р.

ПРИМЕНЕНИЕ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ ДЛЯ УРЕГУЛИРОВАНИЯ РАЗНОГЛАСИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ СЕМЕЙНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ: ОПЫТ И ПУТИ РАЗВИТИЯ

Цель: Исследование становления и развития института медиации в разных регионах РФ как способа обеспечения гарантий прав граждан на судебную защиту в разумные сроки с целью выявления тенденций применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров, возникающих из семейных правоотношений, с участием в качестве посредника независимого лица (медиатора).

Методология: Использовался формально-юридический метод.

Результаты: В статье дается характеристика медиации, целью которой является создание правовых условий для применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица (медиатора), а также содействие развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, гармонизации социальных отношений. Автором представлен анализ становления медиации в разных регионах Российской Федерации. Сделан вывод о том, что семейная медиация как мирная процедура урегулирования конфликта играет важную роль в защите прав ребенка. Рассмотрены семейные правоотношения, в которых невозможно применение процедуры медиации. Проанализированы материалы юридической практики по исследуемой теме. Автором выявлены и представлены проблемные аспекты применения процедуры медиации, а также предложения по развитию применения института медиации в семейных правоотношениях в Российской Федерации.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку является одной из немногих попыток рассмотреть применение процедуры медиации для урегулирования споров, возникающих из семейных правоотношений, в Российской Федерации в целом и в субъектах РФ в частности.

Ключевые слова: семейные правоотношения, альтернативное правосудие, процедура медиации, посредник (медиатор).

Purge A.R.

APPLICATION OF PROCEDURE OF MEDIATION FOR SETTLEMENT OF THE DISAGREEMENTS ARISING FROM FAMILY LEGAL RELATIONSHIP: EXPERIENCE AND WAYS OF DEVELOPMENT

Purpose: Research of formation and development of institute of mediation in different regions of the Russian Federation as method of providing a guarantee of the rights of the citizens to judicial protection in reasonable time for the purpose of identification of a tendency of application in the Russian Federation of alternative procedure of dispute settlement arising from family legal relationship with participation as the intermediary of the impartial person (mediator).

Methodology: Formally-legal method was used.

Results: In article the characteristic of mediation by the purpose of which is given creation of legal conditions for application in the Russian Federation of alternative procedure of settlement of disputes with participation as the intermediary of the independent person (mediator), and also assistance to development of partner business relations and to formation of ethics of a business conduct, harmonization of the social relations is. The author has submitted the analysis of formation of mediation in different regions of the Russian Federation. The conclusion is drawn that family mediation as peaceful procedure of settlement of the conflict plays an important role in protection of the rights of the child. Family legal relationship in which mediation procedure application is impossible are considered. Materials of legal practice on the studied subject are analysed. The author has revealed and presented problem aspects of application of procedure of mediation, and also the offer on development of application of institute of mediation in family legal relationship in the Russian Federation.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific value as is one of the few attempts to consider application of procedure of mediation for dispute settlement, arising from family legal relationship in the Russian Federation in general and in territorial subjects of the Russian Federation in particular.

Keywords: family legal relationship, alternative justice, mediation procedure, intermediary (mediator).

Медиацию принято рассматривать как альтернативное правосудие, которое, к сожалению, среди граждан нашей страны не находит должной поддержки. Несмотря на то, что Федеральный за-

кон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» действует уже несколько лет, большинство гражданско-право-

вых споров по-прежнему разрешается в судах. Одной из причин такого положения является низкий уровень информированности граждан о медиации. Вместе с тем, медиация является важнейшим фактором формирования институтов гражданского общества, в рамках которых реализуются такие ценности, как свобода волеизъявления граждан, а также приоритет мирных способов разрешения конфликтов над принудительным.

Важное значение медиации в разрешении споров отмечается судебским сообществом. Так, в постановлении VIII Всероссийского съезда судей от 19 декабря 2012 г. говорится о развитии примирительных процедур, в том числе посредничества (медиации), как одном из приоритетных направлений совершенствования существующих механизмов урегулирования споров и защиты нарушенных прав граждан. По мнению судей, это позволит повысить качество правосудия и обеспечить надежные гарантии прав граждан на судебную защиту в разумные сроки [9].

Исследователями отмечаются различия в процессе становления медиации в разных регионах страны. Так, в сфере практического применения медиации выделяют несколько очевидных лидеров (Санкт-Петербург, Новосибирск, Москва, Екатеринбург и Ростов-на-Дону), которые имеют успешную историю развития альтернативных способов разрешения споров, сформированную при активной поддержке судебского сообщества, и профессионализма медиаторов еще до принятия и введения в действие Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ [2]. В Приморском крае, как и в большинстве других неподготовленных регионов страны, медиация не получила широкого распространения и после создания необходимой правовой базы. И если в сфере разрешения экономических споров медиация получает определенное развитие, в том числе благодаря открытию в Арбитражном суде Приморского края кабинета медиации с подготовленными специалистами (медиаторами) [14], то для популяризации медиации в сфере гражданско-правовых споров требуются дополнительные усилия.

Согласно статье 1 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» его целью явилось создание правовых условий для применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица (медиатора), а также содействие развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового

оборота, гармонизации социальных отношений. Законом регулируются отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, а также спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений.

Существует мнение, что поскольку процедура медиации не может применяться к спорам, которые затрагивают или могут затронуть права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре, то не ясна ее цель по отношению к семейным спорам, где в основном затрагиваются интересы детей [4]. С указанным доводом сложно согласиться, поскольку детальное исследование вопросов семейной медиации позволяет утверждать, что эффективное медиативное соглашение, отвечающее интересам ребенка, способно в максимальной степени обеспечить защиту его прав и законных интересов. Благодаря тому, что медиация наряду с предметной имеет и эмоциональную составляющую, родители, как стороны медиативного соглашения, могут максимально сфокусироваться на индивидуальных потребностях и чувствах своих детей и выстроить приемлемую схему дальнейших взаимоотношений [5].

Применение альтернативных способов разрешения споров имеет особую актуальность в целом комплексе семейно-правовых отношений. Как отмечено в Справке о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за период с 2013 по 2014 год», медиация используется участниками брачно-семейных отношений в спорах о расторжении брака, разделе совместно нажитого имущества супругов, о признании брачного договора недействительным, об определении места жительства ребенка, об определении порядка общения с ребенком, об оспаривании отцовства, о возврате ребенка [20].

Стоит отметить, что чаще всего процедура медиации возникает уже после обращения граждан в суд. Как правило, именно в рамках гражданского судопроизводства спорящие стороны узнают об альтернативных способах разрешения спора. Согласно ст. 150 ГПК РФ уже на стадии подготовки дела к судебному разбирательству судья принимает меры по заключению сторонами мирового соглашения, в том числе по результатам проведения процедуры медиации, которую стороны вправе проводить на любой стадии судебного разбирательства. Кроме того, начало рассмотрения дела по существу также предполагает выяснение судом желания сторон прибегнуть к

процедуре медиации в разрешении возникшего спора (ст. 172 ГПК). В соответствии с действующим гражданским процессуальным законодательством по ходатайству обеих сторон в случае принятия ими решения о проведении процедуры медиации суд может отложить разбирательство дела на срок, не превышающий 60 дней. Однако, как показывает судебная практика, в среднем судебное разбирательство откладывалось на период от нескольких дней до нескольких недель. Существует также практика объявления перерывов в судебном заседании от одного до трех часов для общения сторон с медиатором. Верховным Судом РФ приводятся данные о некоторых делах, разбирательство по которым неоднократно откладывалось судами, поскольку дела относились к наиболее сложным категориям споров, таким как определение места жительства ребенка и порядка осуществления прав родителем, проживающим отдельно от ребенка, раздел совместно нажитого имущества супругов. При этом во всех случаях процедуры медиации были завершены успешно, заключенные сторонами медиативные соглашения были утверждены судом в качестве мировых соглашений [20].

Вместе с тем, представляется целесообразным направить дополнительные усилия на эффективное развитие так называемой досудебной медиации, которая особенно актуальна в разрешении споров, возникающих из семейных правоотношений. Стоит отметить, что в некоторых европейских странах медиация довольно активно применяется в разрешении семейных разногласий, поскольку судебное разбирательство требует значительных материальных затрат, а медиация является удобной альтернативой для урегулирования споров [22]. Как отмечает А.А. Соловьев, «процедуры внесудебного и досудебного урегулирования споров путем обращения к посреднику получили широкое закрепление в ряде французских нормативных правовых актов» [19]. Также в ряде зарубежных стран досудебные альтернативные способы разрешения семейно-правовых споров являются обязательными. В нашей стране медиация в разрешении споров может быть исключительно добровольной. По мнению Е.А. Борисовой, «добровольная медиация является более продуктивной, поскольку осознанно воспринимается обществом, понимающим преимущества такой процедуры» [2].

Как было отмечено выше, семейная медиация как мирная процедура урегулирования конфликта играет важную роль в защите прав ребенка. Так, применение медиации в разрешении семей-

ных споров о детях предполагает, как правило, достижение компромисса по таким вопросам, как проживание детей с конкретным родителем после развода, участие в воспитании детей того из родителей, который после развода будет проживать отдельно, выполнение родителями обязанностей по содержанию детей. Кроме того, по мнению Е.Г. Куропацкой, семейная медиация может рассматриваться и как профилактика нарушения прав ребенка в случае, когда ее результатом становится примирение родителей и принятие ими решения о сохранении супружеских отношений [7].

Следует признать, что и в крепких семьях родители не всегда достигают согласия в вопросах воспитания детей. Разрешение указанных разногласий между супругами также может стать предметом медиативного соглашения, что следует отнести к еще одной возможной профилактической мере нарушения прав и законных интересов детей.

Учитывая интересы и права детей, невозможно представить применение медиации в таких спорах, как лишение (ст. 69 СК РФ) или ограничение родительских прав (ст. 77 СК РФ). Таким образом, медиация возможна не в любых делах, возникающих из семейных правоотношений. Семейную медиацию следует рассматривать исключительно как способ разрешения конфликта, направленный на достижение максимально приемлемого компромисса для всех его участников и позволяющий обеспечить защиту прав и законных интересов детей.

Наряду со становлением семейной медиации в нашей стране все большую актуальность приобретает вопрос развития международной семейной медиации, направленной, прежде всего, на возможное снижение напряженности при разрешении семейных споров в интернациональных браках. В настоящее время широко обсуждается вопрос существования медиации в трансграничных семейных спорах. Под трансграничной семейной медиацией понимается медиация в таких международных семейных делах, которые касаются вопросов родительской ответственности, исполнения судебных решений о проживании детей и других. Одной из причин, препятствующих более активному развитию трансграничной семейной медиации, является проблема утверждения медиативных соглашений с точки зрения их дальнейшего признания и исполнения на территории другого государства [3]. Решение обозначенной проблемы возможно исключительно путем укрепления межгосударственных отношений

в целом, а также заключения соответствующих международных соглашений.

Значительное количество семейно-правовых споров, затрагивающих интересы несовершеннолетних детей, связано с их алиментным содержанием. Согласно нормам семейного законодательства взыскание алиментов в судебном порядке возможно лишь в случае отсутствия алиментного соглашения между сторонами. Алиментное соглашение является наиболее приемлемым способом разрешения спора об алиментном содержании в добровольном внесудебном порядке. В соответствии с ч. 1 ст. 100 Семейного кодекса РФ соглашение об уплате алиментов должно заключаться в письменной форме с обязательным нотариальным удостоверением. Нотариус выступает своеобразным гарантом реализации прав и интересов субъектов алиментных правоотношений. Не случайно в последнее время широко обсуждается вопрос о применении медиативных технологий в деятельности нотариуса, использовании его потенциала в посредничестве при урегулировании правовых конфликтов. Интересная позиция высказана Д.С. Ксенофоновой, по мнению которой применение процедуры медиации в целях урегулирования алиментно-правового спора занимает промежуточное положение между добровольным и принудительным разрешением конфликта, при этом использование медиативных технологий и средств в деятельности нотариуса размывает существующие границы [6]. Заключение алиментного соглашения предполагает отсутствие спора между сторонами, однако достижение подобного компромисса нередко требует значительных усилий. По мнению О.В. Романовской, использование возможностей нотариуса как медиатора и примирителя может предотвратить эскалацию конфликта [17]. В спорной ситуации посредническая деятельность нотариуса способна не только сблизить позиции сторон, но и избавить их от длительной процедуры судебного разбирательства.

Но все же большинство споров об алиментном обеспечении разрешается в судах. По общему правилу, обращение в суд с соответствующим иском не исключает применение примирительных процедур, в том числе посредством медиации. При этом стоит отметить, что в материалах судебной практики можно встретить как положительный, так и отрицательный опыт внедрения медиации в рамках разрешения споров о взыскании алиментов. Например, в ходе рассмотрения дела по иску Р. к Д. об установлении отцовства и взыскании алиментов судом было предложено

урегулировать спор с участием медиатора, но стороны настаивали на рассмотрении дела судом, кроме того, ответчиком было заявлено ходатайство о назначении судебно-генетической экспертизы. Другой пример. Гражданка Г. обратилась с иском о взыскании с гражданина Г. алиментов на содержание несовершеннолетнего ребенка в твердой денежной сумме. Судом сторонам был разъяснен порядок разрешения данного спора с помощью процедуры медиации, о проведении которой стороны в дальнейшем заключили соглашение. Результатом проведенной процедуры явилось заключенное сторонами медиативное соглашение, которое было утверждено судом как мировое соглашение. Решением, принятым сторонами с участием медиатора, были учтены финансовые возможности ответчика, а также фактические потребности несовершеннолетнего ребенка. Таким образом, в ходе проведенных переговоров с участием профессионального медиатора сторонами было выработано решение, в наибольшей степени отвечающее интересам ребенка и его развитию. Приведенный пример позволяет утверждать, что процедура медиации по делам о взыскании алиментов способна дать положительные результаты [15].

Взыскание алиментов на несовершеннолетних детей является, как правило, основной причиной принудительного установления отцовства в судебном порядке. Однако родительские обязанности не исчерпываются необходимостью содержать детей материально, к тому же взыскиваемые суммы могут быть ничтожно малы либо отсутствовать совсем, поскольку взыскание невозможно в силу отсутствия заработка или иного дохода у отца ребенка. При этом основания для осуществления родительских прав у лица уже возникли. Складывающаяся ситуация не всегда отвечает интересам ребенка, что противоречит одному из основополагающих принципов семейного права. Преодоление такой ситуации видится в том, что судья даже при наличии доказательств, с достоверностью подтверждающих происхождение ребенка от данного лица, должен выносить судебное решение об установлении отцовства исключительно в интересах ребенка. В семейном законодательстве необходимо закрепить норму, согласно которой достаточным юридическим основанием для взыскания алиментов будет являться факт биологического происхождения ребенка от определенного лица, а правовым последствием такого юридического факта целесообразно считать наступление не родительских прав, а только обязанности по содержанию несовершеннолетне-

го ребенка. Представляется также возможным в данном случае применять процедуру медиации, при которой стороны, не доводя решение вопроса о содержании несовершеннолетнего ребенка до суда, смогут урегулировать его на основе добровольного согласия при помощи посредника.

Как показывает существующая судебная практика, к достаточно распространенной категории гражданских дел относятся также споры по делам о взыскании алиментов в пользу бывших супругов. Сказанное свидетельствует, во-первых, о том, что немало людей после расторжения брака испытывают острую необходимость в дополнительном содержании; во-вторых, что бывшие супруги, несмотря на возможность самостоятельного решения вопроса по содержанию путем заключения алиментного соглашения, предпочитают судебный способ урегулирования проблемы. При этом из содержания судебных постановлений следует, что с решениями судов по урегулированию таких споров зачастую не согласны обе стороны, как истец, так и ответчик. В то же время соглашение могло бы позволить разрешить целый ряд вопросов между бывшими супругами путем взаимных уступок и дополнительных уточнений. В случае же отсутствия заключенного между бывшими супругами алиментного соглашения о предоставлении содержания у сторон сохраняется возможность самостоятельного урегулирования вопросов алиментного содержания путем заключения медиативного и (или) мирового соглашения, утвержденного судом. Однако, как показывает анализ сложившейся судебной практики, такая возможность используется сторонами лишь в редких случаях. К сожалению, многие участники семейно-правовых отношений не доверяют друг другу и медиаторам, а следовательно, избегают заключения медиативных соглашений.

Между тем согласно закону медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда, может быть утверждено судом в качестве мирового соглашения, которое имеет те же правовые последствия, что и решение суда, а именно: в случае отказа стороны от добровольного исполнения его условий оно подлежит принудительному исполнению [20]. Изложенное позволяет говорить о недостаточной осведомленности граждан о преимуществах указанного альтернативного способа разрешения споров, а также о необходимости более активного развития в стране примирительных процедур, как в рамках гражданского судопроизводства, так и вне суда. Очевидно, что развитие алиментных

правоотношений (основание, порядок, размер, особенности выплат) находится в зависимости от отсутствия либо наличия конфликта между их участниками. Так, отсутствие спора предполагает заключение нотариального соглашения об уплате алиментов, а наличие спора, как правило, порождает судебный порядок взыскания. Именно в рамках судебных процедур требуется выработать определенный механизм, позволяющий сторонам выйти на диалог и самостоятельно выработать некое компромиссное решение. В этой связи следует не только развивать создание кабинетов медиации в помещениях судов, но и изменить процессуальный порядок разрешения таких споров, сделав досудебное обращение к медиатору обязательным. Реализация указанного механизма позволит сократить число семейно-правовых дел указанной категории в судах, а сторонам достичь исполнимого и приемлемого для обеих сторон результата.

К наиболее распространенным спорам, возникающим из семейных правоотношений, относятся споры о разделе совместного имущества супругов. Несмотря на то, что законом закреплено право супругов на самостоятельное решение своих имущественных вопросов (заключение брачного договора или соглашения о разделе имущества), большинство супружеских пар предпочитают передавать споры в суд. Раздел общего имущества супругов относится к одной из самых непростых категорий споров [18]. В числе проблем регулирования имущественных отношений супругов необходимо отметить воздействие двух отраслевых правовых систем – семейного и гражданского права. Соотношение между ними – актуальный вопрос, который не всегда правильно определяется судами и влечет неверное разрешение спора. Суды не всегда учитывают приоритетное значение норм именно семейного законодательства в регулировании семейных правоотношений, не всегда применяют разъяснения Верховного Суда Российской Федерации, изложенные в Постановлении Пленума от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака», а также правоприменительную практику. При этом не в полной мере учитывают, что положения Гражданского кодекса РФ применяются в части, не противоречащей СК РФ [21].

Как показывает судебная практика, при рассмотрении дел о разделе имущества между супругами (бывшими супругами) судами часто допускаются нарушения норм материального права, связанные с неверным толкованием и неверным

их применением, а также норм гражданского процессуального законодательства: неправильное определение обстоятельств, подлежащих доказыванию; неверное распределение между сторонами бремени доказывания; разрешаются вопросы о правах третьих лиц, не привлеченных к участию в деле; не дается в судебных постановлениях оценка доводам сторон о вложении личных средств в супружеское имущество (от реализации имущества, приобретенного до брака, в порядке дара, наследования, по иным безвозмездным сделкам, после фактического прекращения брачных правоотношений и т. д.). Вместе с тем, право на общее имущество принадлежит обоим супругам независимо от того, кем из них и на имя кого из них приобретено имущество (внесены денежные средства), выдан правоустанавливающий документ. Любой из супругов в случае спора не обязан доказывать факт общности имущества, если оно нажито в период брака, поскольку в силу закона (п. 1 ст. 34 СК РФ) существует презумпция об отнесении указанного имущества к совместной собственности супругов. Можно выделить несколько основных пунктов, характеризующих раздел общего совместного имущества супругов в судебном порядке.

Во-первых, суды всегда придерживаются принципа равенства долей. Крайне редко суд отступает от этого принципа и увеличивает долю одного из супругов. Для того чтобы суд признал обстоятельства основанием для увеличения доли одного из супругов, должны быть представлены необходимые и достаточные доказательства: нахождение на попечении ребенка-инвалида, а не просто наличие ребенка, либо инвалидность супруга, с которым остался ребенок; приобретение имущества до брака либо получение имущества в качестве дара одним из супругов.

Во-вторых, суды могут присудить имущество одной стороне с выплатой компенсации доли в денежном выражении другой стороне только с согласия этой (второй) стороны на получение компенсации. Исключения составляют случаи, когда неделимое имущество находится в пользовании одного из супругов, а также если доля в этом имуществе несоизмеримо мала. На неделимое имущество без согласия на компенсацию устанавливается общая долевая собственность (за редчайшими исключениями).

В-третьих, при определении стоимости имущества суды руководствуются только его рыночной стоимостью на момент рассмотрения дела. Поэтому всегда проводится оценочная экспертиза спорного имущества. Необязательно прово-

дить оценку имущества, на которое устанавливается общая долевая собственность (недвижимость, например), или имущества, которое делится в натуре.

В-четвертых, судебные расходы (госпошлина, экспертиза) в полном объеме возлагаются на проигравшую сторону. Как показывает практика, суды нередко при разделе имущества супругов ошибочно присуждают взыскание с них государственной пошлины в равных долях [10].

В-пятых, долги делятся только в тех случаях, когда есть доказательства, что долги потрачены на общие интересы семьи и возникли во время брака. Кроме того, несмотря на прямое указание ч. 3 ст. 39 СК РФ, что общие долги супругов при разделе общего имущества распределяются между супругами пропорционально присужденным им долям, реальный раздел долгов вызывает немало сложностей. В силу гражданского законодательства ответственность, возникшую из договорного обязательства, может нести лишь лицо, выступающее в качестве стороны обязательства. Перевод долга возможен лишь с согласия кредитора. Как показывает судебная практика, раздел долга между супругами выглядит как взыскание с супруга-ответчика по делу необходимых сумм в пользу супруга-должника по кредитному обязательству, а не в пользу кредитора по такому обязательству. В этой связи при обращении в суд с иском о разделе долга между супругами следует требовать присуждения части долга в пользу супруга-должника по кредитному обязательству в твердой денежной сумме.

Медиативное соглашение в разрешении имущественного спора между супругами (бывшими супругами) может стать отличной альтернативой сложившейся судебной практике. Нахождение приемлемого компромисса путем переговоров при посредничестве медиатора способно обеспечить интересы не только супругов (бывших супругов), но и детей, а также других заинтересованных лиц.

К сожалению, медиативное соглашение нередко используется гражданами в корыстных целях. Например, супруги Б., воспользовавшись Федеральным законом РФ от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», обратились к своему знакомому З., выступившему в роли медиатора, и заключили медиативное соглашение о разделе совместно нажитого имущества в период брака. Однако у одного из супругов были кредитные обязательства перед СКПК «М-рий», подтвержденные судеб-

ным решением. В результате суд усмотрел в действиях супругов Б. наличие злоупотребления своим правом (ст. 10 ГК РФ). Исходя из изложенного, суд пришел к выводу, что медиативное соглашение между супругами Б. является недействительным, поскольку нарушает права кредитора СКПК «М-рий» [16].

По другому медиативному соглашению о разделе совместно нажитого имущества, заключенному при аналогичных обстоятельствах, суд указал на нарушение принципа добросовестности медиативного соглашения, в результате чего обоснованно не признал такое соглашение доказательством, подтверждающим право собственности одного из супругов на спорное имущество [1].

Представляется, что возможные злоупотребления – это лишь исключение из правил, поскольку медиация является по-настоящему удобным способом урегулирования целого комплекса проблем, возникших из семейных правоотношений, в одном медиативном соглашении. Подтверждением сказанному может служить нижеприведенный пример.

Истец Ф1 обратился в суд с исковым заявлением к Ф2 о разделе совместно нажитого имущества. В судебном заседании стороны просили утвердить мировое соглашение, в основу которого легло медиативное соглашение. Поскольку медиативное соглашение достигнуто в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение в суд, стороны договорились об утверждении соглашения в качестве мирового соглашения. Поскольку судом не было установлено обстоятельств, противоречащих закону или нарушающих права и законные интересы других лиц, суд вынес определение об утверждении мирового соглашения и прекратил производство по делу [11].

Медиативное соглашение, заключенное после обращения в суд, позволяет также согласовать вопрос о распределении и взыскании судебных расходов. Например, судебным определением утверждено мировое медиативное соглашение, включающее пункт следующего содержания: «Понесенные сторонами судебные расходы по делу остаются на сторонах и возмещению не подлежат» [12].

Суды утверждают мировые соглашения (в том числе и основанные на медиативном соглашении), только если это не противоречит закону или не нарушает права и законные интересы других лиц. Суды проверяют добровольность медиативного соглашения, заключенного по результатам проведения процедуры медиации, непосредственность

участия сторон в процедуре медиации и выработке условий медиативного соглашения, содействие медиатора. Сторонам разъясняется, что в соответствии с ч. 3 ст. 173, абз. 5 ст. 220, ст. 221 ГПК РФ при утверждении мирового соглашения одновременно прекращается производство по делу, а повторное обращение в суд по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается. Суды, как правило, в определении об утверждении мирового соглашения указывают, что медиативное соглашение заключено сторонами добровольно после соответствующих разъяснений и консультаций медиатора, содержание заключенных соглашений сторонам понятно, как и понятны последствия заключения мирового соглашения и утверждения его судом; условия заключенного соглашения исполнимы обеими сторонами и отвечают их интересам; права и законные интересы других лиц не нарушены [13]. Таким образом, суды выступают гарантом того, что медиативное соглашение сторонами заключено на условиях, не противоречащих закону, совершено в интересах сторон и направлено на урегулирование возникшего между ними спора, а выполнение сторонами условий мирового соглашения не нарушит права и охраняемые законом интересы других лиц.

Практика подтверждает, что судебные решения, принятые в рамках принудительного разрешения семейно-правовых споров, не способны удовлетворить потребности обеих сторон в полном объеме. Стоит отметить, что в материалах судебной практики можно встретить случаи, когда исковые требования признаются ответчиками в полном объеме, и такие признания принимаются судом, стороны заключают мировые соглашения, которые утверждаются судом. Как следствие, гражданские дела прекращаются без применения принуждения. Сказанное подтверждает то обстоятельство, что нередко суды задействуются в ситуациях, когда совершенно очевидно стороны могут договориться самостоятельно. Это является очевидным свидетельством необходимости активного развития в стране внесудебных процедур урегулирования споров и, прежде всего, семейной медиации. К сожалению, посреднические процедуры, такие как медиация, не имеют сегодня широкого распространения при разрешении большинства семейно-правовых споров. В этой связи представляется необходимым повышать общую правовую грамотность граждан, создавать кабинеты медиации в зданиях судов, широко информировать о преимуществах внесудебных способов разрешения семейно-правовых споров, а для раз-

решения отдельных из них ввести обязательный досудебный порядок урегулирования. Взаимодействие посреднических процедур и судебного разбирательства позволит решать не только материально-правовые, но и процессуально-правовые вопросы, обеспечивая при этом гарантии защиты прав и законных интересов сторон. Развитие правового механизма, стимулирующего альтернативные способы разрешения семейно-правовых споров, способно в определенной степени повлиять и на решение такой острой проблемы, как повышение добровольной исполнимости достигнутых договоренностей.

Пристатейный библиографический список

1. Апелляционное определение от 3 июля 2014 г. по делу № 33-8912/2014. Верховный Суд Республики Татарстан (Республика Татарстан) [Электронный ресурс]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/1Y3n0vHVWkx8/>.
2. Борисова Е.А. Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник МГУ. Право. 2011. № 5. С. 18-30.
3. Венялайнен М. Медиация и юридическая помощь в трансграничных семейных спорах // Семейное и жилищное право. 2014. № 1. С. 33-38.
4. Елисеева А.А. Институт медиации в условиях инновационного развития российского общества // Журнал российского права. 2011. № 9 (177). С. 34-39.
5. Костина О.В., Овсянникова Е.А., Долженко Н.И., Савельева И.В. Семейная медиация как одно из ведущих направлений государственной семейной политики // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2014. № 10 (53).
6. Ксенофонтова Д.С. Нотариальное удостоверение соглашения об уплате алиментов как правовая гарантия осуществления и защиты прав и интересов субъектов алиментного правоотношения // Нотариус. 2014. № 4. С. 19-22.
7. Куропацкая Е.Г. Медиация как способ защиты прав ребенка в Российской Федерации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 8. С. 70-74.
8. Минкина Н.И. Медиация в России: правовые основы становления и развития // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2013. № 32. С. 62-64.
9. О состоянии судебной системы Российской Федерации и основных направлениях ее развития: постановление Совета судей РФ от 19.12.2012 // Вестник Высшей квалификационной коллегии судей РФ. 2013. № 1 (35).
10. Обзор судебной практики Приморского краевого суда по рассмотрению гражданских дел в кассационном и надзорном порядке во 2 полугодии 2010 года [Электронный ресурс]. URL: http://kraevoy.prm.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=154.
11. Определение от 29 февраля 2016 г. по делу № 2-809/2016. Ленинский районный суд г. Астрахани (Астраханская область) [Электронный ресурс]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/bJl8awHiHcLP/>.
12. Определение № 2-643/2014 2-643/2014~М-712/2014 М-712/2014 от 31 октября 2014 г. по делу № 2-643/2014. Старооскольский районный суд (Белгородская область) [Электронный ресурс]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/XJ3LpySIp7x4/>.
13. Определение № 2-1211/2014 2-1211/2014-М-740/2014 М-740/2014 от 19 марта 2014 г. по делу № 2-1211/2014. Октябрьский районный суд г. Белгорода (Белгородская область) [Электронный ресурс]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/z4ZwJgxdHDJp/>.
14. Официальный сайт Арбитражного суда Приморского края [Электронный ресурс]. URL: <http://primkraj.arbitr.ru>.
15. Пурге А.Р. Правовое регулирование суррогатного материнства как метода вспомогательных репродуктивных технологий: дис. ... канд. юрид. наук. Душанбе, 2015.
16. Решение от 20 августа 2013 г. Дело № 2-680 (2013). Красноармейский городской суд (Саратовская область) [Электронный ресурс]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/K7ZZgBVZtkVX/>.
17. Романовская О.В. Российский нотариат и современные проблемы семейного права // Нотариус. 2015. № 4. С. 23-27.
18. Свиричева Н.А. Медиация в семейных правоотношениях // Официальный сайт Привокзального районного суда г. Тулы [Электронный ресурс]. URL: usd.tula.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=3&did=281.
19. Соловьев А.А. Процедуры судебного примирения в Гражданском процессуальном кодексе Французской Республики // Закон. 2015. № 3. С. 150-155.
20. Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за период с 2013 по 2014 год» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.04.2015) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 6.
21. Справка по результатам обобщения судебной практики по делам о разделе имущества супругов (бывших супругов), рассмотренным Амурским областным судом в порядке кассационного и надзорного судопроизводства в 2009 году [Электронный ресурс]. URL: <http://www.oblsud.tsl.ru>.
22. Энтрингер Ф. Развитие со страховкой // Медиация и право. 2010. № 1. С. 33-34.

References (transliterated)

1. Apelljacionnoe opredelenie ot 3 ijulja 2014 g. po delu № 33-8912/2014. Verhov-nyj Sud Respubliki Tatarstan (Respublika Tatarstan) [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/1Y3n0vHVWkx8/>.
2. Borisova E.A. Rossijskaja procedura mediacii: koncepcija razvitija // Vestnik MGU. Pravo. 2011. № 5. S. 18-30.
3. Venjalajnen M. Mediacija i juridicheskaja pomoshh' v transgranichnyh semejnyh sporah // Semejnoe i zhilishhnoe pravo. 2014. № 1. S. 33-38.
4. Eliseeva A.A. Institut mediacii v uslovijah innovacionnogo razvitija rossij-skogo obshhestva // Zhurnal rossijskogo prava. 2011. № 9 (177). S. 34-39.

5. Kostina O.V., Ovsjanikova E.A., Dolzhenko N.I., Savel'eva I.V. Semejnaja me-diacija kak odno iz vedushhijh napravlenij gosudarstvennoj semejnoj politiki // Nauka i obrazovanie: hozjajstvo i jekonomika; predprinimatel'stvo; pravo i upravlenie. 2014. № 10 (53).

6. Ksenofontova D.S. Notarial'noe udostoverenie soglasheniya ob uplate alimentov kak pravovaja garantija osushhestvleniya i zashhity prav i interesov sub#ektov ali-mentnogo pravootnosheniya // Notarius. 2014. № 4. S. 19–22.

7. Kuropackaja E.G. Mediacija kak sposob zashhity prav rebenka v Rossijskoj Fede-racii // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. 2015. № 8. S. 70–74.

8. Minkina N.I. Mediacija v Rossii: pravovye osnovy stanovleniya i razvitiya // Vestnik Altajskoj akademii jekonomiki i prava. 2013. № 32. S. 62–64.

9. O sostojanii sudebnoj sistemy Rossijskoj Federacii i osnovnyh napravlenij ee razvitiya: postanovlenie Soveta sudej RF ot 19.12.2012 // Vestnik Vysshej kva-lifikacionnoj kollegii sudej RF. 2013. № 1 (35).

10. Obzor sudebnoj praktiki Primorskogo kraevogo suda po rassmotreniju grazhdanskih del v kassacionnom i nadzornom porjadke vo 2 polugodii 2010 goda [Jelektronnyj resurs]. URL: http://kraevoy.prm.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=154.

11. Opredelenie ot 29 fevralja 2016 g. po delu № 2-809/2016. Leninskij rajon-nyj sud g. Astrahani (Astrahanskaja oblast') [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/bJl8awHiHcLP/>.

12. Opredelenie № 2-643/2014 2-643/2014~M-712/2014 M-712/2014 ot 31 oktjabrja 2014 g. po delu № 2-643/2014. Starooskol'skij rajonnyj sud (Belgorodskaja oblast') [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/XJ3L-pySIp7x4/>.

13. Opredelenie № 2-1211/2014 2-1211/2014~M-740/2014 M-740/2014 ot 19 marta 2014 g. po delu № 2-1211/2014.

Oktjabr'skij rajonnyj sud g. Belgoroda (Belgorodskaja oblast') [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/z4ZwJgxdHDJp/>.

14. Oficial'nyj sayt Arbitrazhnogo suda Primorskogo kraja [Jelektronnyj re-surs]. URL: <http://primkray.arbitr.ru>.

15. Purge A.R. Pravovoe regulirovanie surrogatnogo materinstva kak metoda vspomogatel'nyh reproduktivnyh tehnologij: dis. ... kand. jurid. nauk. Dushanbe, 2015.

16. Reshenie ot 20 avgusta 2013 g. Delo № 2-680 (2013). Krasnoarmejskij gorodskoj sud (Saratovskaja oblast') [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/K7ZZgBVZtkVX/>.

17. Romanovskaja O.V. Rossijskij notariat i sovremennye problemy semejnogo prava // Notarius. 2015. № 4. S. 23–27.

18. Svireneva N.A. Mediacija v semejnyh pravootnoshenijah // Oficial'nyj sayt Privokzal'nogo rajonnogo suda g. Tuly [Jelektronnyj resurs]. URL: usd.tula.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=3&did=281.

19. Solov'ev A.A. Procedury sudebnogo primireniya v Grazhdanskom processual'nom kodekse Francuzskoj Respubliki // Zakon. 2015. № 3. S. 150–155.

20. Spravka o praktike primeneniya sudami Federal'nogo zakona ot 27 ijulja 2010 g. № 193-FZ «Ob al'ternativnoj procedure uregulirovaniya sporov s uchastiem posred-nika (procedure mediacii)» za period s 2013 po 2014 god» (utv. Prezidiumom Verhovnogo Suda RF 01.04.2015) // Bjulleten' Verhovnogo Suda RF. 2015. № 6.

21. Spravka po rezul'tatam obobshheniya sudebnoj praktiki po delam o razdele imushhestva suprugov (byvshih suprugov), rassmotrennym Amurskim oblastnym sudom v porjadke kassacionnogo i nadzornogo sudoproizvodstva v 2009 godu [Jelektronnyj re-surs]. URL: <http://www.oblsud.tsl.ru>.

22. Jentringer F. Razvitie so strahovkoj // Mediacija i pravo. 2010. № 1. S. 33–34.

«Найдем Адвоката»
не юридическая фирма

Мы – бесплатный сервис по подбору юристов и адвокатов необходимой Вам специализации во всех регионах России и мира.

Подбор юристов и адвокатов осуществляется бесплатно и в течение 1 часа.

С нами работает более 1700 тщательно отобранных узкоспециализированных юристов и адвокатов в более чем 50 странах мира.

За два года работы Проекта мы помогли более чем 3000 клиентов, которым были подобраны юристы и адвокаты, решившие их проблемы.

Вам или Вашим близким нужен юрист или адвокат? Тогда отправьте заявку на сайте naidemadvokata.ru или позвоните нам по номеру: 8 (800) 775-07-20 (звонок по России бесплатный).



НАЙДЕМ АДВОКАТА

Рогов Н.С.

УЧАСТИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ В КАЧЕСТВЕ ПОТЕРПЕВШЕГО

Цель: Анализ участия юридического лица в качестве потерпевшего в уголовном процессе. Выявление особенностей и закономерностей участия именно юридических лиц. Определение существующих проблем и предложение возможных путей их решения.

Методология: Использовались общенаучные методы: анализ, синтез, индукция и дедукция, а также частнонаучные: сравнительно-правовой и формально-юридический методы.

Результаты: Участие юридических лиц в уголовном процессе, в том числе в качестве потерпевшего, имеет ряд теоретических и практических вопросов. Автор настоящей статьи, проанализировав законодательство РФ, включая как Уголовно-процессуальный кодекс РФ, так и Гражданский кодекс РФ, содержащий ряд положений касательно юридических лиц, а также практические материалы, выявил ряд ключевых вопросов, возникающих при участии юридических лиц в уголовном процессе в качестве потерпевшего.

Новизна/оригинальность/ценность: Автор настоящей статьи одним из первых комплексно рассматривает проблемы участия юридических лиц в качестве потерпевших в уголовном процессе, в то время как в большинстве научных работ и статей вопросы участия юридических лиц либо не рассматриваются, либо рассматриваются тождественно с участием физических лиц.

Ключевые слова: потерпевший, юридическое лицо, уголовный процесс, процессуальное правопреемство, реорганизация, ликвидация, правовой статус.

Rogov N.S.

PARTICIPATION OF LEGAL ENTITIES IN CRIMINAL PROCEDURE AS THE VICTIM

Purpose: Research and analysis of the participation of the legal entity as a victim in the criminal procedure. Identification of characteristics and patterns of participation of the legal entities. Detection of the existing problems and offer possible solutions.

Methodology: Scientific methods of analysis, synthesis, induction and deduction, and also comparative legal and formally legal methods were used.

Results: Institute of the participation of legal entities in criminal procedure, including as a victim, has a number of theoretical and practical issues. The author of this article, after analyzing the legislation of the Russian Federation, including the criminal procedure code of the Russian Federation and the civil code of the Russian Federation, containing a number of provisions regarding legal persons, as well as practice materials, identified a number of key issues arising from the participation of legal entities in criminal proceedings as a victim.

Novelty/originality/value: The author of this article is one of the first to comprehensively consider the problems of participation of legal entities as victims in the criminal process, as in most scientific works and articles on this issue of participation of legal persons either not considered, or considered identical with individuals.

Keywords: the victim, a legal entity (person), criminal procedure, procedural succession, reorganization, liquidation, legal status.

Политические и экономические изменения в России в конце XX века привели к существенному росту числа организаций и юридических лиц, что, в свою очередь, привело к интеграции таких лиц в жизнь современного общества.

Уголовный процесс не отстает от современных тенденций, так, в действующем Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации, в отличие от предшественников, впервые юридическое лицо появляется как участник уголовного процесса.

Юридические лица в соответствии с УПК РФ могут выступать в уголовном процессе в качестве потерпевшего, гражданского истца (ст. 44 УПК

РФ), гражданского ответчика (ст. 54 УПК РФ) и залогодателя (ст. 106 УПК РФ). В настоящей статье автор рассмотрит некоторые вопросы, связанные с участием юридических лиц в уголовном процессе в качестве потерпевшего.

Согласно ст. 42 УПК РФ потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. Решение о признании потерпевшим принимается незамедлительно с момента возбуждения уголовного дела и оформляется постановлением дознавателя, следователя,

судьи или определением суда. Если на момент возбуждения уголовного дела отсутствуют сведения о лице, которому преступлением причинен вред, решение о признании потерпевшим принимается незамедлительно после получения данных об этом лице.

В силу ч. 1 ст. 48 Гражданского кодекса Российской Федерации юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Некоторыми учеными и исследователями в связи с тем, что в УПК РФ используются как понятие «юридическое лицо» (ст. 42, 44, 54 УПК РФ), так и понятие «организация» (ст. 6 УПК РФ), поднимается вопрос о соотношении этих понятий [4]. Однако автор настоящей статьи не видит существенной теоретической и практической проблемы в указанном вопросе. Так, по мнению автора, данные понятия, исходя из систематического толкования, следует считать равнозначными, а использование различных терминов – лишь следствие слабой юридической техники законодателя. Кроме того, с практической точки зрения указанный вопрос также не приводит к каким-либо трудностям, так как случаев, при которых организации было отказано в признании ее потерпевшим в связи с тем, что она не является юридическим лицом, на практике найти не удалось.

Однако существует ряд практических и теоретических вопросов, которые широко обсуждаются в науке и часто встречаются на практике.

Во-первых, актуальным вопросом является понимание категории юридического лица в уголовном процессе. Так, в уголовном процессе можно наблюдать формирование небезупречной концепции, в соответствии с которой юридическое лицо рассматривается не в качестве обособленного субъекта уголовного процесса, а в качестве самостоятельного и недееспособного лица, нуждающегося обязательно в представителе. Формирование такой концепции в первую очередь связано с буквальным толкованием ч. 9 ст. 42 УПК РФ, согласно которой в случае признания потерпевшим юридического лица его права осуществляет представитель.

Вместе с тем, в гражданском законодательстве и цивилистической науке, а также судебной практике по гражданским и арбитражным спорам наиболее серьезное обоснование и широкое распространение получила кардинально отличающаяся от приведенной выше концепция.

Юридические лица, согласно данной концепции, трактуются как полноценные, автономные участники общественных отношений, приобретающие права и исполняющие обязанности посредством действий своих органов и / или работников. Следствием неверного понимания властными субъектами уголовного процесса сущности юридического лица является целый спектр допустимых в правоприменительной деятельности ошибок [1].

К таким ошибкам можно отнести: признание потерпевшим не юридического лица, а руководителя постоянно действующего исполнительного органа или представителя, кем было непосредственно подписано заявление о возбуждении уголовного дела или заявление о признании юридического лица потерпевшим; признание юридического лица в ходе предварительного расследования несколько раз потерпевшим в связи с участием разных представителей на различных этапах производства и др.

Во-вторых, любопытным является следующее: согласно ч. 1 ст. 45 УПК РФ представителями потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя могут быть адвокаты, а представителями гражданского истца, являющегося юридическим лицом, – также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации представлять его интересы. Кроме того, в силу ч. 1 ст. 55 УПК РФ представителями гражданского ответчика могут быть адвокаты, а представителями гражданского ответчика, являющегося юридическим лицом, – также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации представлять его интересы.

Таким образом, при систематическом толковании указанных выше положений ч. 9 ст. 42, ч. 1 ст. 45 и ч. 1 ст. 55 УПК РФ получается, что представителем юридического лица – потерпевшего может быть только адвокат, а юридического лица – гражданского истца либо гражданского ответчика – иные лица, правомочные представлять его, такие как исполнительные органы, уполномоченные законным образом работники и др. Очевидно, что данное суждение является неверным, а в какой-то мере даже ограничивает юридические лица в реализации своих прав и обязанностей.

Следовательно, необходимо законодательно решить данный вопрос, чтобы юридические лица независимого от своего процессуального положения, будь то потерпевший, гражданский истец или гражданский ответчик, имели право реализовывать процессуальные права и обязанности не только посредством адвоката, но и через свои ис-

полнительные органы, а в определенных случаях и через работников.

Неясным до конца на практике остается вопрос процессуального оформления правового статуса физического лица, действующего от имени юридического лица, признанного потерпевшим.

Встречается несколько вариантов такого оформления. Первый – когда лицо допрашивается в качестве представителя юридического лица – потерпевшего.

Второй вариант предусматривает, что лица, проводящие указанное процессуальное действие, допрашивают представителей юридического лица просто в качестве свидетелей, несмотря на то, что вопросы задаются касательно хозяйственной деятельности потерпевшего, а зачастую показания таких «свидетелей» отождествляют с позицией самого потерпевшего.

Третьим, наиболее правильным с точки зрения автора настоящей статьи, является вариант, при котором протокол допроса представителя юридического лица – потерпевшего оформляется следующим образом: допрашиваемым указывается юридическое лицо в лице физического лица, являющегося в силу уставных документов, должностного положения исполнительным органом, имеющим право действовать без доверенности, либо иного лица, надлежащим образом уполномоченного действовать от его имени.

Актуальным также является вопрос процессуального правопреемства в уголовном процессе. Дело в том, что в отличие от арбитражного и гражданского процессуального права уголовный процесс не содержит положений о процессуальном правопреемстве, за исключением ч. 8 ст. 42 УПК РФ, в силу которой по уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась смерть лица, права потерпевшего, предусмотренные настоящей статьей, переходят к одному из его близких родственников и (или) близких лиц, а при их отсутствии или невозможности их участия в уголовном судопроизводстве – к одному из родственников.

Однако какие-либо положения, регулирующие процессуальное правопреемство юридических лиц, как потерпевших, так и гражданских истцов и гражданских ответчиков, отсутствуют, несмотря на то, что, по данным статистики, общее количество юридических лиц, образованных путем реорганизации и которые на данный момент осуществляют свою хозяйственную деятельность, составляет 74036 [5]. То есть на практике ситуации, при которых юридические лица осуществляют реорганизацию, по которой все права и обязан-

ности в порядке универсального правопреемства формально переходят к другому юридическому лицу, не редкость.

Некоторые ученые и исследователи полагают, что в таких ситуациях должны использоваться положения Гражданского процессуального кодекса РФ о правопреемстве [3]. Однако с указанной позицией сложно согласиться. Так, в соответствии с положениями ст. 44 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в случаях выбытия одной из сторон в спорном или установленном решением суда правоотношении (смерть гражданина, реорганизация юридического лица, уступка требования, перевод долга и другие случаи перемены лиц в обязательствах) суд допускает замену этой стороны ее правопреемником. Следовательно, единственным субъектом, уполномоченным допускать замену соответствующей стороны правопреемником, является суд. В уголовном процессе помимо суда такими полномочиями должны быть наделены должностные лица, государственные органы, осуществляющие предварительное расследование по уголовному делу.

Настоящий вопрос должен быть законодательно урегулирован внесением соответствующих поправок о процессуальном правопреемстве в рамках уголовного процесса, причем законодателю необходимо учесть специфику уголовного процесса, включив должностных лиц и государственные органы, осуществляющие предварительное расследование по уголовному делу, в перечень субъектов, наделенных полномочиями осуществления процессуального правопреемства.

По нашему мнению, также возможен вариант, при котором единственным субъектом, осуществляющим процессуальное правопреемство, будет суд, однако должностные лица и государственные органы на стадии предварительного расследования должны быть наделены полномочиями по вынесению вопроса о процессуальном правопреемстве перед судом.

Так или иначе, законодательное решение данного вопроса может окончательно решить проблемы, возникающие на различных стадиях уголовного процесса в ходе реорганизации юридических лиц, при которой возможна как смена фирменного наименования, так и смена организационно-правовой формы юридического лица.

Интересным остается вопрос процессуального правопреемства при ликвидации юридического лица.

Согласно ч. 1 ст. 61 Гражданского кодекса РФ ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода в порядке универсального

правопреемства его прав и обязанностей к другим лицам.

Следовательно, опираясь на положения ГК РФ, в уголовном процессе при ликвидации юридического лица, в отличие, например, от смерти физического лица, процессуального правопреемства не происходит.

Однако на практике указанный вопрос решается не столь однозначно. Так, существуют случаи, при которых по ликвидации юридического лица, которое являлось потерпевшим, лица, осуществляющие производство по уголовному делу, признавали потерпевшими учредителей такого юридического лица, а в некоторых случаях даже единоличный исполнительный орган юридического лица – генерального директора [2].

Представляется, что осуществление правопреемства при ликвидации юридического лица в адрес учредителей такого лица или исполнительных органов неправильно, более того, приводит к прямому противоречию законодательства, а именно ст. 61 Гражданского кодекса РФ.

Как указывалось выше, при ликвидации переход прав и обязанностей к третьим лицам не осуществляется. В случае если учредители или исполнительные органы приобретут процессуальный статус потерпевшего, возможны ситуации, при которых они как потерпевшие (или как гражданские истцы) могут получить денежные выплаты от осужденного лица. Следовательно, при таких условиях учредители или исполнительные органы ликвидированного юридического лица фактически приобретут права этого лица, что, как указывалось выше, при ликвидации юридического лица происходить не должно.

Пока указанный вопрос прямо не урегулирован нормами уголовно-процессуального законодательства, лицам, осуществляющим производство по уголовным делам, следует руководствоваться положениями Гражданского кодекса РФ о ликвидации юридических лиц, а значит не осуществлять процессуальное правопреемство в адрес учредителей или исполнительных органов юридического лица по его ликвидации.

Таким образом, при участии юридических лиц в уголовном процессе в качестве потерпев-

шего возникает ряд вопросов, которые требуют глубокого теоретического исследования, а некоторые из них – законодательного решения, что позволит качественно улучшить правовое положение юридических лиц в уголовном процессе. Представляется необходимым внесение поправок в Уголовно-процессуальный кодекс РФ, которые бы четко определяли и регламентировали порядок действий уполномоченных органов и должностных лиц, осуществляющих производство по делу, при реорганизации, а также ликвидации юридических лиц в процессе уголовного судопроизводства.

Пристатейный библиографический список

1. Абдрахманов М.Х. Процедура признания юридических лиц потерпевшими и гражданскими истцами в уголовном процессе // Вестник Томского государственного университета. 2008. № 310. С. 105–109.
2. Закон. Форум прокуроров и следователей [Электронный ресурс]. URL: <http://law.vl.ru/forum/viewtopic.php?f=9&t=8628>.
3. Мельников С.А. Представительство в современном российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2002.
4. Синенко С.А. Любая ли организация может быть признана потерпевшей от преступления? // ВЭПС. 2012. № 1 С. 238–241.
5. Статистика юридических лиц [Электронный ресурс]. URL: http://www.vestnik-gosreg.ru/info_ul/?tab=commonAll.

References (transliterated)

1. Abdrahmanov M.H. Procedura priznanija juridicheskikh lic poterpevshimi i grazhdanskimi istcami v ugodovnom processe // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. 2008. № 310. S. 105–109.
2. Zakon. Forum prokurorov i sledovatelej [Elektronnyj resurs]. URL: <http://law.vl.ru/forum/viewtopic.php?f=9&t=8628>.
3. Mel'nikov S.A. Predstavitel'stvo v sovremennom rossijskom ugodovnom processe: dis. ... kand. jurid. nauk. Izhevsk, 2002.
4. Sinenko S.A. Ljubaja li organizacija mozhet byt' priznana poterpevshej ot prestuplenija? // VJePS. 2012. № 1 S. 238–241.
5. Statistika juridicheskikh lic [Elektronnyj resurs]. URL: http://www.vestnik-gosreg.ru/info_ul/?tab=commonAll.

Серновец М.Н.

ТАЙНЫ СТОРОЖЕВОГО КОНТРОЛЯ (ЧАСТЬ ПЕРВАЯ)

Цель: Исследование правовых проблем феномена сторожевого контроля в России.

Методология: Автором использовались формально-юридический метод, метод включенного наблюдения, метод изучения документов.

Результаты: В статье раскрыта сущность сторожевого контроля в России, выявлены проблемные вопросы процессуально-правовой регламентации данного явления и осуществления судебного и прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью, подвергнута анализу судебная практика по рассмотренной проблеме, предложены тактические приемы, которые имеет право применять адвокат-защитник.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной и практической ценностью, поскольку содержит обоснованные и актуальные выводы и предложения.

Ключевые слова: сторожевой контроль, оперативно-розыскная деятельность, розыск, прокурорский надзор, судебный контроль, адвокат-защитник, незаконное лишение свободы, права человека.

Sernovets M.N.

SECRETS OF SENTRY CONTROL (PART ONE)

Purpose: Research of legal problems of a phenomenon of sentry control in Russia.

Methodology: The author used a formal-legal method, method of the included supervision, a method of studying of documents.

Results: In article the essence of sentry control in Russia is opened, problematic issues of a procedural and legal regulation of this phenomenon and implementation of judicial and public prosecutor's supervision behind operational search activity are revealed, jurisprudence on the considered problem is subjected to the analysis, policy strokes which has the right to apply the lawyer defender are offered.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific and practical value as contains valid and actual conclusions and offers.

Keywords: sentry control, operational search activity, search, public prosecutor's supervision, judicial control, lawyer defender, illegal imprisonment, human rights.

1. Вступление

Первоначальная редакция статьи о «сторожевом контроле» была написана в конце 2014 года, что называется «по горячим следам», после некоторой ажитации в публичном пространстве. В тот период СМИ, Интернет и даже некоторые федеральные каналы массово стали публиковать сообщения о странных задержаниях наших сограждан в аэропортах при попытке вылететь за границу, а некоторых даже по пути следования от дома до вокзала или аэропорта, откуда их дальнейший путь опять-таки лежал за пределы Родины. Граждане, с которыми происходили «странности», как правило, были хорошо известны в правозащитных кругах. Более того, все они планировали либо принять участие в работе международных правозащитных организаций, либо выступить с докладом или прочитать в американском или европейском университете лекции о нарушении прав и свобод граждан в Российской Федерации.

Забегая немного вперед, скажу, что все случаи, о которых я писала в 2014 году, были связаны с так называемым «сторожевым контролем». В дальнейшем я буду употреблять термин «сто-

рожевой контроль», однако не могу обойтись без указания, что он «так называемый».

«Сторожевой контроль» появился в моей жизни в начале 2012 года, с тех пор мой интерес к нему не только не увядает, а напротив – цветёт буйным цветом. События, ставшие достоянием публики в 2014 году, и личная адвокатская практика последних лет этот интерес только подогрели, так как показали влияние этого явления на административно-правовую и уголовно-правовую сферы в части контроля и преследования граждан. «Сторожевой контроль» доказывает, что в отношении граждан в стране существует бесконтрольный и безнадзорный сыск. Обратной стороной, его реверсом, являются санкционированные государством нарушения прав и свобод граждан со стороны правоприменителей при полном отсутствии надзора со стороны органов прокуратуры, ведомственного контроля, как и иных средств правовой защиты, включая судебную.

Набрав за четыре года достаточное количество материала о «сторожевом контроле», признаю ошибочность некоторых моих более ранних, 2014 года, умозаключений. Поэтому нынешняя

редакция статьи будет информативно наполнена всеми известными мне сведениями и фактами о «сторожевом контроле» и вместе с тем может содержать иные комментарии и выводы, в том числе разительно отличные от тех, что делались мной ранее. Надеюсь, что моё исследование по вопросу существования и применения «сторожевого контроля» будет достоянием целевой аудитории – адвокатов и юристов, которые в своей практической деятельности смогут использовать полученную информацию и знания при защите прав клиентов и доверителей. Также рассчитываю, что опасность «сторожевого контроля» и высокая степень его влияния на фальсификацию, в первую очередь, уголовных дел также станут понятны к концу повествования.

По ходу изложения я буду ставить «Зарубки», которые помогут проследить за логикой моих рассуждений и будут полезны в формировании выводов и тезисов этого исследования. Также на конкретных примерах я проиллюстрирую способы, к которым в настоящее время прибегают правоприменители для снижения рисков своей ответственности, которую они должны были бы понести за нарушение прав и свобод граждан, но которая для них по-прежнему не наступает в силу корпоративных интересов или неких договорённостей о допустимости нарушения прав и свобод граждан, находящихся глубоко под... вопросами «национальной безопасности».

2. Начало

Вопрос, что за «зверь» «сторожевой контроль», вызывает мой живой интерес с марта 2012 года, когда в международном аэропорту Домодедово при возвращении в страну при прохождении пограничного контроля пропал один из моих клиентов – В. Законных оснований для его задержания и, тем более, розыска не было: он не был даже свидетелем по уголовному делу, но он был очень нужен некоторым сотрудникам силовых структур по их личным, как я считаю, криминальным делам. Движимые собственными интересами, они и выставили личные данные В. на «сторожевой контроль». Задержание В. вызвало в СМИ много шума, система стала защищаться всеми способами, поэтому я стала обладателем бесценных документов, в числе которых также был лист этого самого «сторожевого контроля», который стал поводом и основанием для задержания В., также содержавший указание «явок и паролей», к которым следует прибегать, когда В. будет задержан. Впоследствии для придания «сторожевому контролю» некоторой легитимности правоохранителями были «состряпаны» (сфальсифицированы)

и другие документы в попытке отнести «сторожевой контроль» к одному из видов оперативно-розыскной деятельности, что также дало для анализа интересный материал.

Не буду пока вдаваться в подробности задержания В., вызвавшего мой живой интерес к «сторожевому контролю», только скажу, что, ступив на российскую землю, В. бесследно пропал. Пропал он почти на сутки, в течение которых три адвоката, обладающие нешуточными знаниями в области оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса, искали его у всех силовиков Москвы и области. Однако найти его нам никак не удавалось, В. бесследно исчез. Потом стало ясно, кто и как его похитил, как и где лишил свободы, права на защиту, а затем насильно удерживал в различных подразделениях полиции, применяя нецивилизованные способы «общения», перевоза от места к месту, чтобы спрятать от адвокатов, как и то, почему и как такое вообще стало возможным в этом «правовом государстве». Все соображения на этот счёт будут даны позднее, как и примеры из практики последних дней, по-прежнему иллюстрирующие существование «сторожевого контроля», успешно продолжающего работать на правоприменителей и остающегося недоступным для надзора, контроля и судебной защиты.

Заинтересовавшись темой «сторожевого контроля», я стала искать о нём информацию, чтобы понять законность его существования и правовую природу. В 2012 году я смогла найти только один документ, из которого можно было получить о нём какую-то информацию. Но какой это был документ (!) – Постановление Европейского Суда по правам человека от 21 июня 2011 г. по «Делу «Шимоволос (Shimovolos) против России», жалоба № 30194/09.

Зарубка 1. В стране отсутствует более-менее подробная и систематизированная информация о «сторожевом контроле».

3. Фактологическое. Гражданин Шимоволос

Немного о гр. Шимоволосе, так как сведения о его личности, как и краткая предыстория его обращения в Европейский Суд, играют важную роль в нашем повествовании. Сергей Михайлович Шимоволос с 1991 года занимается правозащитной деятельностью, в том числе оказывает помощь в случаях преследования по политическим мотивам в Нижегородской области; по защите права на мирные собрания и демонстрации, свободы слова и т. п. Участвовал в организации и проведении публичных акций, общественного контроля за выборами и референдумами, с 2005 г. – ис-

следователь и эксперт Московской Хельсинкской группы. Более подробную информацию о нём можно получить на сайте Московской Хельсинкской группы [4].

Так вот, в один из дней далекого 2007 года он приобрел билет на поезд, чтобы доехать до Самары для участия в оппозиционном мероприятии «Марш несогласных». На всем протяжении его следования от Нижнего Новгорода до Самары сотрудники милиции трижды проверяли его документы, спрашивали о цели поездки, в том числе везет ли он экстремистскую литературу. Последний раз такая проверка состоялась в Самаре сразу после того, как он сошел с поезда. Его тут же доставили в отделение милиции по мотивам необходимости проверить его фамилию по лицейской базе данных. Милиционеры угрожали применить силу в случае его отказа проследовать с ними в отделение, поэтому в отделение милиции он пришёл, что называется, своими ногами, но не по своей воле. В милиции на него был составлен протокол о доставлении с использованием стандартного шаблона «Протокол о доставлении лица, совершившего административное правонарушение». Фраза «совершившего административное правонарушение» была вычеркнута сотрудником милиции, заполнявшим шаблон. При этом в протоколе указывалось, что он был доставлен в отделение милиции и задержан на основании информации, содержащейся в полученных лицейскими телексах. В милиции ему задавали вопросы о цели поездки, его знакомых. В тот же день, 13 мая 2007 года, гр. Шимоволоса из милиции отпустили.

В рапорте сотрудник милиции, сопровождавший гр. Шимоволоса, указал, что он получил информацию от своего руководства о том, что гр. Шимоволос намеревается участвовать в мероприятии оппозиции и может взять с собой экстремистскую литературу. Эта информация стала основанием для задержания гр. Шимоволоса и доставления в милицию в целях предотвращения совершения с его стороны административных правонарушений и преступлений. Сотрудник милиции также указал, что предупредил гр. Шимоволоса о том, что в случае его отказа повиниться – проследовать вместе в отделение милиции, к нему (Шимоволосу) будет применена сила. В отделении милиции, как пояснил милиционер, он опрашивал гр. Шимоволоса, задавая вопросы относительно цели его поездки; досмотру задержанный не подвергался, так как у него не было багажа [2].

Зарубка 2. Гр. Шимоволос приобрел билет на поезд, затем он был задержан, доставлен в отде-

ление милиции; там на него был составлен протокол о доставлении лица, совершившего административное правонарушение. В милиции он опрашивался, однако не досматривался по причине отсутствия вещей.

4. Правовые позиции Европейского Суда

Вскоре после описанных событий гр. Шимоволос начал в российских судах разбирательства: в частности, он пытался оспорить законность и обоснованность телексов, в которых содержалось требование остановить его для проверки документов и опроса; также он жаловался на предположительно незаконное задержание и содержание под стражей в течение часа в отделении милиции в Самаре. Он утверждал, что все вышеуказанные действия нарушили его право на неприкосновенность личной жизни и право на свободу и безопасность, препятствовали его правозащитной деятельности. Также гр. Шимоволос обжаловал решение о внесении его личных данных в базу данных «сторожевой контроль» после того, как в предыдущих судах милицейские чины в обоснование законности своих действий представили свидетельства его существования и применения в отношении этого гражданина.

Позиции национальных судов были предсказуемы. Законности и справедливости г-н Шимоволос там не нашёл, поэтому и обратился в Европейский суд по правам человека (далее – Европейский Суд, ЕСПЧ, Суд).

Хочу сказать Сергею Шимоволосу большое человеческое и профессиональное спасибо за его гражданскую позицию по судебному разбирательству и за обращение в Европейский Суд.

В ходе коммуникации жалобы гр. Шимоволоса российские власти представили в Европейский Суд документы, обосновывающие его задержание, и поведали о существовании трёх приказов МВД России, имеющих гриф «для служебного пользования» («ДСП»), на основании которых действовали милиционеры:

Первый – это Приказ МВД России от 01.12.1999 № 980 «О мерах по совершенствованию автоматической информационной системы, используемой подразделениями внутренних дел на транспорте», который предусматривает создание и установление программной базы данных под кодовым названием «Розыск-Магистраль».

Зарубка 3. Целями приказа являются выявление лиц, подозреваемых в совершении преступлений, чьи имена внесены в список разыскиваемых лиц. Эта база подлежала объединению с базами компаний железной дороги и авиакомпаний, чтобы всякий раз, когда любое из лиц, фигуриру-

ющих в списке, приобретает билет на поезд или самолет, в милицию направлялось автоматическое уведомление, позволяя милиции задержать данное лицо.

Второй – Приказ МВД России от 22.12.1999 № 1070 «Об установке программной базы данных «Розыск-Магистраль» в подразделениях внутренних дел на транспорте». База данных должна была быть установлена в первой половине 2000 года.

Зарубка 4. В приложении к приказу определяется процедура его исполнения. В частности, там указывалось, что в базу данных должны включаться следующие лица: 1) лица, разыскиваемые Интерполом; 2) иностранные граждане и лица без гражданства, чьи имена были включены в перечень разыскиваемых лиц в связи с совершением преступлений на территории Российской Федерации; 3) иностранные граждане, которым ограничен въезд в Российскую Федерацию; 4) лица, подозреваемые в следующих серьезных или особо серьезных правонарушениях: нелегальная перевозка оружия, боеприпасов или взрывчатых веществ, нелегальная перевозка антиквариата или его контрабандный вывоз из Российской Федерации, умышленное убийство, террористические акты, перевозка наркотиков, финансовые преступления; 5) лидеры этнических сообществ, лидеры и активные члены организованных преступных группировок.

Третьим является Приказ МВД от 14.04.2005 № 47 «О некоторых мерах по усилению борьбы с экстремизмом». В рамках базы данных «Розыск-Магистраль» должна была быть создана база данных о потенциальных экстремистах (номер этого приказа указывается согласно переводу постановления по делу Г.А. Николаева. В настоящее время имеется информация, что номер приказа «047», стоящий перед цифрами «0», обозначал его «секретность». В документах МВД указывается номер «47» или «047». Речь идет об одном и том же Приказе от 14.04.2005).

Зарубка 5. Это база о тех, кого государство считает потенциальными экстремистами.

Этой базе и было присвоено кодовое название «Сторожевой контроль». Мы же в дальнейшем для ясности понимания будем применять эту терминологию относительно действия каждого из этих приказов, как и совокупности их. Сведения об этих приказах, как и об их использовании, далее будут именоваться Приказы МВД. Этому есть практическое объяснение – отсутствие прокурорского надзора, ведомственного контроля за их применением и судебной защиты, как показала практика, позволяет правоприменителям без

всяких рисков и опасений использовать их. Кстати, сами же правоприменители используют термин «сторожевой контроль» как обобщающий их любые действия в рамках Приказов МВД.

Европейский Суд признал, что действиями сотрудников милиции в отношении гр. Шимоволоса по внесению его личных данных в базу «сторожевой контроль» с последующим задержанием и лишением свободы были нарушены пункт 1 статьи 5 («незаконное лишение свободы») и статья 8 («вмешательство в личную жизнь») Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года (далее – Конвенция). Признание ЕСПЧ нарушений этих статей Конвенции «поглощало» признание нарушений статьи 2 протокола № 4 к Конвенции.

Следует обратить особое внимание, что ни один из этих Приказов МВД опубликован не был, все они имели гриф «для служебного пользования», несмотря на то, что являлись нормативными актами федерального органа исполнительной власти – Министерства внутренних дел РФ и подлежали государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ. При этом перед регистрацией в Минюсте каждый из Приказов МВД должен был пройти правовую экспертизу на соответствие Конституции Российской Федерации и федеральным законам, чего, по всей видимости, сделано не было.

5. Если нельзя, но очень хочется, то можно

Не могу не озвучить позицию властей Российской Федерации, которую представил в Европейском Суде Уполномоченный Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека Г.О. Матюшкин (далее – Уполномоченный). Так вот, власти утверждали, что, во-первых, внесение имени в базу данных «сторожевой контроль», как и проверки личности и опросы, которым в связи с этим подвергался гр. Шимоволос во время его поездки в Самару, не были вмешательством в его личную жизнь. Заявитель, как пояснили власти, направлялся в Самару в связи со своей профессиональной и общественной деятельностью, и вопросы по поводу его личной жизни ему не задавались.

Во-вторых, власти признали, что приказы МВД, регулирующие создание и ведение базы данных «сторожевой контроль», не были опубликованы, поскольку являлись конфиденциальными.

Кроме того, власти решили «поиграть» (мне это напомнило играющего со взрослыми в прятки малыша, который ручонками закрывает глаза и считает, что это делает его для них невидимым): они отказались представить в Европейский Суд

экземпляры этих приказов, как и изложить порядок работы базы данных, и утверждали, что Приказы соответствуют национальному законодательству, а именно законам о милиции, об оперативно-розыскной деятельности, о противодействии экстремистской деятельности, положения которых в совокупности, как они считали, наделяют милицию полномочиями проверять документы, подтверждающие личность, и задавать вопросы. Эти положения законов, по мнению властей, говорили о законности действий в отношении гр. Шимоволоса. И, конечно же, власти не могли обойтись без того, чтобы не упомянуть о том, что ведение конфиденциальных баз данных милиции преследует законную цель защиты национальной безопасности.

Как можно видеть, уже в те времена создание гр. Шимоволосом Общества российско-чеченской дружбы, как и его деятельность во главе Нижегородского правозащитного союза, признавались экстремистской деятельностью, что и стало причиной его задержания. Оно и понятно, гр. Шимоволос отправлялся в Самару, чтобы расследовать воспрепятствование со стороны местных властей осуществлению права граждан на мирные собрания в этом городе. Настоящий экстремист!

Среди объяснений со стороны властей было и такое: гр. Шимоволос был задержан и опрошен для того, чтобы удостовериться, что его расследование не нарушит права и свободы других лиц и не поставит под угрозу национальную безопасность. Поэтому, как считали власти, принятые в отношении заявителя меры были «необходимыми в демократическом обществе».

Что ещё интересного можно узнать из Постановления Суда?

Это то, что в мотивировочной части Европейский Суд указал, что в ходе разбирательства российские власти представили письменные показания под присягой сотрудника Волго-Вятского управления внутренних дел на транспорте, который сообщил, что решение о внесении имени физических лиц в базу данных «сторожевой контроль» принимается Министерством внутренних дел или его региональным подразделением на основании конфиденциальной информации.

Зарубка 6. Решение о выставлении личных данных в базу «сторожевой контроль» принимается на уровне МВД России или его региональных подразделений (в ГУ МВД субъектов РФ).

6. О приоритетах

Уполномоченный в ходе разбирательства дела заявил о приоритетах России в вопросах национальной безопасности перед вопросами со-

блюдения прав граждан. Европейский Суд же подчеркнул, что в вопросах «сторожевого контроля» лицо не способно предвидеть, когда власти прибегнут к секретному наблюдению. Гражданин из-за этого не может изменить свое поведение, поэтому очевидны риски произвольности. Именно поэтому Суд посчитал, что существенное значение имеют ясные, подробные правила применения секретных мер по наблюдению, и указал на необходимость наличия ясного законодательства, чтобы граждане получали адекватное указание на условия и обстоятельства, при которых власти уполномочены использовать любые меры тайного наблюдения и сбора данных.

Также Суд обратил внимание на отсутствие общественного контроля и рисков злоупотреблений, которые присущи любой системе тайного наблюдения, и указал на необходимость законодательного закрепления следующих минимальных гарантий во избежание злоупотреблений: указание характера, пределов и длительности возможных мероприятий; основания для издания распоряжения об их применении; органы, уполномоченные разрешать их осуществление; а также вид средства правовой защиты.

Зарубка 7. «Сторожевой контроль» несёт повышенные риски злоупотреблений и нарушения прав граждан со стороны властей.

7. Законное–1. Вспоминая Конституцию

Очевидно, что Приказы МВД уже в то время нарушали не только конвенционные, но и конституционные гарантии и права граждан, но, несмотря на это, существовали с ведома властей.

Конституция Российской Федерации наравне с Конвенцией гарантирует гражданам России право на свободу и личную неприкосновенность (статья 22), как и право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну (статья 23). Опять же Конституция, провозглашая свою высшую юридическую силу, прямое действие и применение на всей территории страны, обязывает власти официально публиковать законы и нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, как и указывает, что таковые не подлежат применению, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения (часть 3 статья 15).

Напомню, что Конституция была принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года и до сего времени не подвергалась никаким изменениям в части ограничения прав и свобод человека и гражданина (глава 2).

При этом два Приказа МВД были изданы в конце 1999 года, один – в 2005 году, то есть со дня

принятия они находились в прямом противоречии не только с положениями Конвенции, но и с нормами Конституции страны.

Зарубка 8. Власти заявляют, что «сторожевой контроль» относится к конфиденциальной информации. Так ли это? Что такое «конфиденциальная информация», информация «для служебного пользования»? Может ли «сторожевой контроль» относиться к конфиденциальной информации?

Не углубляясь в детали, в этой части повествования пока ограничусь положениями статьи 7 Закона о государственной тайне, согласно которым к государственной тайне и засекречиванию не могут относиться сведения (среди прочих) о фактах нарушения прав и свобод человека и гражданина; о фактах нарушения законности органами государственной власти и их должностными лицами.

Зарубка 9. Факты о нарушении прав и свобод человека и гражданина, как и о нарушении законности, не могут составлять государственную тайну, как и не могут подлежать засекречиванию. Могут ли такие факты относиться к конфиденциальной или иной информации ограниченного доступа?

8. Постоянство – признак мастерства или упорное пренебрежение к правам граждан?

Возвращаясь к обстоятельствам задержаний граждан в 2014 году, которые людям несведущим показались странными, никем и ничем необъяснимыми. Так вот, в СМИ информация прогремела, как внезапно обрушившийся, но быстро прошедший, не оставивший после себя практически никаких следов ливень. Эха в виде комментариев официальных лиц не было. Среди тех, чьи планы на выезд за границу были нарушены, практически не нашлось желающих посетить прокурора и, тем более, суды, чтобы разобраться, понять и получить ответы на два извечно русских вопроса «Кто виноват?» и «Что делать?». Причина понятна: результат заранее предreshён – «проигрыш» заявителя-гражданина, чего зря тратить время, силы и деньги.

В первой редакции статьи я постаралась обобщить случаи тех дней и дала их описание, исходя из общего сценария, по которому развивались события: у сотрудников пограничного контроля ФСБ находились какие-то непонятные, известные только им одним веские причины для задержания гражданина при прохождении паспортного контроля, признания его паспорта недействительным с последующим недопущением его вылета за границу планируемыми рейсом. Повторюсь, так как считаю это важным, что все

граждане, о которых шла речь, собирались принять участие в международных встречах, конференциях и иных мероприятиях, связанных с правозащитой [1]. В одних случаях бдительное око сотрудника пограничного контроля ФСБ вдруг усматривало что-то неладное с паспортом, ранее многократно побывавшим в «употреблении», так как он неоднократно предъявлялся в зонах пограничного контроля ФСБ. В других – при прохождении пограничного контроля некоторые сограждане начинали совершать неадекватные действия, внося диссонанс в работу спецслужб. Читающий хронику задержаний в зонах пограничного контроля поневоле начинал думать, что обделённые в повседневной жизни вниманием представителей силовых структур россияне при каждом удобном случае пытались лишней раз напомнить о своём существовании и хоть как-то обратить на себя их внимание. Делали они это столь изоощрённо, что сотрудники пограничного контроля не догадывались об истинных причинах и мотивах такого поведения. В свою очередь, силовики, введенные в заблуждение таким неадекватным поведением сограждан, из желания быть вежливыми и стараясь никого не обидеть (мы знаем, у этих парней горячие сердца), были не в состоянии оказать должное сопротивление и соглашались на длительное, незапланированное, как это могло показаться на первый взгляд, общение с ними.

Один из первых на моей памяти случаев, привлёкших повышенное внимание СМИ, произошёл 5 июня 2014 г. с директором Института региональной прессы А. Шароградской. Отмечу, что, не являясь участвовавшим в деле адвокатом, допускаю некоторую неправильность восприятия мной со стороны ситуации с А. Шароградской. Она была задержана в аэропорту Пулково, откуда собиралась вылететь в Хельсинки, а затем в США для чтения лекций. В результате непонятных причин и действий со стороны силовиков её поездка в этот день была сорвана, у нее были изъяты некоторые вещи и документы, в том числе электронные носители информации и компьютер. Озвученные через СМИ комментарии представителей ФСБ и таможенных органов, на мой взгляд, мягко говоря, более чем странные, если не сказать больше [5].

Несколькими месяцами позже «неприятности» произошли с представителями коренных малочисленных народов Севера, которые должны были принять участие в международной конференции ООН. Опять же уважаемый человек, директор Центра содействия коренным малочисленным народам Севера Р. Суляндзига в зоне

пограничного контроля предъявил сотруднику пограничного контроля ФСБ недействительный паспорт. Поясню, по версии силовиков, перед предъявлением паспорта сотруднику погранконтроля г-н Суляндзига зачем-то вырвал одну из его страниц. Согласитесь, сотрудник пограничного контроля далеко не первый, кому Р. Суляндзига, находясь в международном аэропорту, должен был предъявить свой паспорт [2].

Одновременно с этим «странности» произошли и с некоторыми из его коллег, следовавших для участия в той же конференции ООН. В разных частях страны на них были совершены нападения. Без сомнения, в отношении них действовали члены банды «похитителей заграничных паспортов», так как у многих из них в результате нападения были похищены именно заграничные паспорта, без которых, как вы понимаете, нельзя было пересечь государственную границу и вылететь за рубеж для участия в конференции ООН.

Правды ради, пытаюсь сохранить взгляд стороннего наблюдателя на проблему «сторожевого контроля», отмечу и плюсы, которые появились для некоторых граждан. Например, повышенное внимание к ним и нарочитая вежливость со стороны сотрудников пограничного контроля. Скажем так: день ото дня увеличивается число сограждан, которым «повезло», и их стали связывать «крепкие» отношения с представителями различных силовых структур. Признаем, эти отношения зарождались не сразу и больше напоминают брак «по-восточному» из разряда «стерпится – слюбится» – недолгие ухаживания людей в погоне, совместная жизнь, скрепленная печатью суда, организованная за счет государства поездка в места, охраняемые высоким забором и вышками с автоматчиками. Зато сколько внимания при возвращении на родину со стороны сотрудников пограничного контроля ФСБ, ищущих повод и причину подольше пообщаться с вами, приветливо улыбающихся, вечно кому-то звонящих и о чём-то спрашивающих. О таких чудесах неоднократно на своих страницах в Фейсбуке рассказывали участницы группы «Pussy Riot» Н. Толоконникова и М. Алёхина [7]. Они обратили внимание на повышенный к себе интерес со стороны «мальчика в погонах» при въездах в страну. Разочарую их, вряд ли эти «мальчики», да и «девочки», знают об их известности благодаря пляскам в храме Христа Спасителя с цветными балаклавами на головах, тем более о нынешнем их участии в правозащитной деятельности. Даже если кто-то и знает, то интерес к девушкам вызван иными причинами: при проверке их паспортов эти «мальчики» ви-

дят сведения о наличии так называемого «сторожевого контроля», после чего звонят инициатору контроля, чтобы доложить ситуацию и спросить, надо ли задерживать «милых дам».

В качестве ещё одного примера использования «сторожевого контроля» приведу историю задержания активиста казачьего движения В. Мелихова. Это произошло 29 мая 2015 г., то есть через год после событий, о которых я писала в первой редакции этой статьи. В этот день он должен был вылететь в Мюнхен, откуда собирался поехать в австрийский город Лиенц на освящение часовни, построенной на казачьем кладбище города. Однако его отъезд был сорван по причине недействительности заграничного паспорта (версия, озвученная сотрудниками пограничной службы). Для самого же В. Мелихова стало полной неожиданностью, когда сотрудники пограничного контроля ФСБ, которым он передал свой паспорт, после некоторых манипуляций с ним недосчитались в паспорте одной страницы. В случившемся Мелихов обвинил сотрудников пограничной службы, заявив, что его паспорт испортили именно они, что было бесспорной правдой. Вот только к административной ответственности за порчу паспорта был привлечен Мелихов, а не сотрудники ФСБ. Вот как в своем интервью «Радио Свобода» В. Мелихов рассказывал о происшедшем с ним: «Как любой пассажир, выезжающий в другую страну, я приехал в аэропорт Домодедово, предоставил паспорт для получения билета на том месте, где сдается багаж. Паспорт проверили, выдали билет, я сдал багаж и пошел на паспортный контроль. Прихожу туда, отдаю паспорт, как делал это сто раз, тем более что буквально пару недель назад был в Мюнхене, и этот паспорт у меня в этой же сумке и лежал. Пограничник его посмотрел, потом звонок телефонный в его будку, он слушал, что ему говорят, не произнося ни одного слова. После того, как он трубку положил, обратился ко мне и сказал: «Подождите». Через некоторое время подошли два человека, забрали мой паспорт без объяснения причин, почему они его забирают, и сказали, чтобы я ждал. На посту я ждал около получаса, может, больше. Потом подошли опять эти двое и попросили пройти с ними в служебное помещение. Еще полчаса они меня там держали, я постучался в кабинет и говорю, что у меня уже рейс, я могу опоздать. Тогда выходит человек, разворачивает паспорт и говорит: «Владимир Петрович, мы вас не можем выпустить. Потому что у вас паспорт в ненадлежащем состоянии. Вот, видите, у вас страницы нету». Я понял, что это провокация, я не стал его брать. Говорю:

«Вы же понимаете, что паспорт не мог быть мной испорчен, тем более так филигранно, как вы мне показывали». Там буквально бритвой по краешку вырезано. «Вы составьте тогда какой-то документ для меня, что вы не пропускаете меня к самолету по причине, что в паспорте вырезана страница, то есть обоснуйте». Потом я говорю: «Где ваш руководитель погранпоста, с кем я мог бы поговорить и попробовать разобраться с этой ситуацией?». Потому что буквально две недели назад я по этому паспорту летал, и никаких проблем не было. Но мало того, я этот паспорт предоставлял пять минут назад, когда приобретал билет, и никаких искажений в этом паспорте не было, а человек, который выдавал билет, проверял этот паспорт. И третье, как можно проверять, там 17 страниц или 20, сколько их там есть, целый час? Паспорт был вне моего обзора в течение часа...» [6].

В. Мелихова я знаю лично много лет, поэтому заявляю: с большей вероятностью по учётам силовых структур он отнесён к числу экстремистов (в нынешнем понимании властями этого слова) как глубоко порядочный и честный человек, интересующийся вопросами истории, в частности коллаборационизма в Великой Отечественной войне и участия казаков (а не нынешних ряженых) в борьбе с большевиками в период Гражданской войны.

О «сторожевом контроле», его существовании и применении до сего времени я слышала и в течение этого, 2016 года, от следователей и оперативных сотрудников полиции и ФСБ, которые без этого механизма контроля за гражданами и их задержаний не представляют свою ежедневную работу.

Зарубка 10. Приведенные примеры описываемых событий периода 2014–2015 годов свидетельствуют о существовании «сторожевого контроля» и в настоящее время.

Пристатейный библиографический список

1. <https://openrussia.org/post/view/280/>.
2. Постановление Европейского суда по правам человека, дело «Шимоволос (Shimovolos) против Российской Федерации». Страсбург, 21 июня 2011 года (жалоба № 30194/09).
3. Представители малых народов РФ не могут выехать на конференцию ООН в США: им портят паспорта и режут шины [Электронный ресурс]. URL: http://www.newsru.com/russia/22sep2014/ne_pustili.html.
4. Сайт Московской Хельсинской группы [Электронный ресурс]. URL: <http://www.mhg.ru/regperson/B9D156B>.
5. Серновец М. «Сторожевой контроль» и его жертвы [Электронный ресурс]. URL: <http://www.newtimes.ru/articles/detail/83241>.
6. Торочешникова М. Новые враги народа [Электронный ресурс]. URL: <http://www.svoboda.org/content/article/27055422.html>
7. www.facebook.com/tolokno?fref=ts.
8. www.facebook.com/profile.php?id=1599267404&fref=ts.

References (transliterated)

1. <https://openrussia.org/post/vieshh/280/>.
2. Postanovlenie Evropejskogo suda po pravam cheloveka, delo «Shimovolos (Shimovolos) protiv Rossijskoj Federacii». Strasburg, 21 ijunja 2011 goda (zhaloba № 30194/09).
3. Predstaviteli malyh narodov RF ne mogut vyehat' na konferenciju OON v SShA: im portjat pasporta i rezhut shiny [Jelektronnyj resurs]. URL: http://shhshhshh.neshh-sru.com/russia/22sep2014/ne_pustili.html.
4. Sajt Moskovskoj Hel'sinskoj grupy [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://shhshhshh.mhg.ru/regperson/B9D156B>.
5. Sernovec M. «Storozhevoj kontrol'» i ego zhertvy [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://shhshhshh.neshh-times.ru/articles/detail/83241>.
6. Torocheshnikova M. Novye vragi naroda [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://shhshhshh.svoboda.org/content/article/27055422.html>
7. shhshhshh.facebook.com/tolokno?fref=ts.
8. shhshhshh.facebook.com/profile.php?id=1599267404&fref=ts.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Авдеев М.Ю.

СОДЕРЖАНИЕ И СУЩНОСТЬ ПРАВА НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Цель: Исследование содержания и сущности права на неприкосновенность частной жизни в Российской Федерации.

Методология: Использовались историко-правовой и формально-юридический методы.

Результаты: Развитие Конституции в России в части регулирования права на неприкосновенность частной жизни было противоречивым: от полного отрицания до закрепления права на тайну переписки и, в конце концов, признания права на охрану личной жизни. Но в отсутствие непосредственного действия норм Основного закона оно выхолащивалось при реализации в отраслевом законодательстве. Следует отметить, что в истории российской юриспруденции право на охрану личной жизни гораздо ранее было признано наукой, чем нашло своё нормативное закрепление.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку является одной из первых попыток рассмотреть содержание и сущность права на неприкосновенность частной жизни в Российской Федерации.

Ключевые слова: частная жизнь, конституционное право, неприкосновенность, права человека, право на личную и семейную тайну, приватность, свобода, государство, закон.

Avdeev M.Yu.

CONTENTS AND ESSENCE OF THE RIGHT FOR INVIOABILITY PRIVATE LIFE IN THE RUSSIAN FEDERATION

Purpose: Research of contents and essence of the right for inviolability private life in the Russian Federation.

Methodology: Historical and legal and formally legal methods were used.

Results: Development of the Constitution in Russia regarding regulation of the right for personal privacy was contradictory: from a complete negation before fixing of the right for secret of correspondence and eventually before recognition of the right for protection of private life. But in the absence of direct action of standards of the Basic Law it was emasculated at realization in the industry legislation. It should be noted that in the history of the Russian law the right for protection of private life much was recognized earlier as science, than found the standard fixing.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific value as is one of the first attempts to consider contents and essence of the right for personal privacy in the Russian Federation.

Keywords: private life, constitutional right, inviolability, human rights, right for personal and family secret, privacy, freedom, state, law.

Значение права на неприкосновенность частной жизни очень хорошо понимал А.С. Пушкин. «Мысль, что кто-нибудь нас с тобой подслушивает, приводит меня в бешенство... Без политической свободы жить очень можно; без семейственной неприкосновенности невозможно: каторга не в пример лучше», – пишет Пушкин жене, узнав о том, что их переписка просматривается Третьим отделением. Пушкина приводила в бешенство мысль, что написанное жене «попалось полиции»; «без тайны нет семейственной жизни», – считал он [16].

При Николае I политическим контролем и политическим сыском занималось Третье отделение собственной его императорского величества канцелярии, а с 1880 г. – Охранное отделение департамента полиции. Власти понимали, что это хоть и полезное занятие, но не требующее огласки. После убийства Александра II наследник

престола особым указом разрешил министру внутренних дел «в целях высшей государственной охраны вскрывать корреспонденцию помимо порядка, установленного судебными уставами». При этом вновь назначенный министр внутренних дел при вступлении в должность вскрывал пакет, знакомился с царским указом и тут же опечатывал своей печатью для дальнейшего хранения. Перлюстрацией в России занимались 40–50 человек, им запрещалось просматривать письма императора и министра внутренних дел.

В апреле 1918 г. В.И. Ленин отметил, что «социализм без почты, телеграфа, машин – пустейшая фраза» [8]. Тогда же власти расширили политический сыск. Руководство всей работой по его организации сосредоточивалось в ЦК РКП(б). По утверждению Ю.И. Стецовского, в 1918 г. возникли три канала закрытой информации: партийно-советский, военный и через чекистские

организации [17]. 22 июня 1918 г. по поручению В.И. Ленина секретарь Совнаркома РСФСР Н. Горбунов предложил экономической секции Управления военного контроля, которая занималась перлюстрацией международной переписки, «энергично продолжать... деятельность и доставлять соответствующие сведения секретными пакетами на мое имя, а также завязать сношения с ВЧК».

Данные, привлёкшие внимание цензора, направлялись в соответствующие отделы ОГПУ. Принимаемые меры маскировались формальными предложениями. К концу 1920-х гг. была создана мощная конспиративная система тотального сбора политической информации [4].

Конституция 1936 г. гласила: «Неприкосновенность жилища граждан и тайна переписки охраняется законом». При этом подчеркивалось: «Важнейшей принципиальной особенностью основных прав граждан СССР является их реальность, которая обеспечивается советским социалистическим общественным строем» [19]. В жизни же эта «реальность» означала политический контроль. Большое место в контроле над человеком отводилось деятельности по использованию осведомителей. Многим предлагалось купить свою жизнь или жизнь близких, приняв на себя функции тайных агентов. Большое значение придавалось информации, компрометирующей высших руководителей. В их кабинетах, квартирах и на дачах устанавливались подслушивающие устройства. Тайный сбор сведений для досье был обычной практикой и поддерживался членами политбюро [9, 10, 11].

После войны в СССР началась кампания по раскрытию псевдонимов, послужившая своеобразным запалом к вспышке национализма и самоизоляции, которая утонула после смерти Сталина. Эта кампания также является примером последствий разглашения конфиденциальных сведений.

Тем не менее, в конечном итоге это вторжение в частную жизнь стало проблемой и для самих руководителей. В постановлении ЦК КПСС от 4 декабря 1952 г. «О положении в МГБ» предлагалось «решительно покончить с бесконтрольностью в деятельности органов Министерства госбезопасности и поставить их работу под систематический и постоянный контроль партии» [5].

В 1953 г. вину за нарушение пределов частной жизни ввалили на Л. Берия. В постановлении пленума «О преступных антипартийных и антигосударственных действиях Берии» указывалось, что Берия установил «порядок обязательных до-

кладов его агентов о том, где бывают руководители партии и правительства, с кем встречаются, были организованы прослушивание и запись их телефонных разговоров и т. д.» [5].

Впрочем, положение мало изменилось и в последующем. Так, в воспоминаниях Н.С. Хрущева говорится, что, когда в 1968 г. его вызвали в ЦК и потребовали рукопись воспоминаний, он высказал возмущение тем, что «... в нарушение Конституции утыкали всю дачу подслушивающими устройствами... Сортир и тот не забыли...» [18].

Безусловно, власти не выпускали из поля зрения и рядовых граждан. Еще глава КГБ СССР В. Крючков в 1990 г. призывал всех честных граждан информировать органы о посягательствах на «социалистический государственный строй». Механизм осуществления прослушки и записи разговоров подробно описан в монографии Ю.И. Стецовского «Право на свободу и личную неприкосновенность. Нормы и действительность», изданной в 2000 г. Официально же считалось, что «в СССР не может формироваться каких-либо досье (дел), содержащих информацию о личности и деятельности граждан, поскольку это противоречит сущности демократических прав и свобод. Нельзя согласиться даже с мыслью о возможности формирования государственными органами в СССР подобных фондов» [12].

Проблема была не только в существовании таких досье, делавших частную жизнь прозрачной. Гражданин не знал, заведено ли на него досье, а если и знал, то не мог ознакомиться с содержащейся в нем информацией. Не были доступны и нормативно-правовые акты, относившиеся к этой сфере [9, 10, 11].

Режим не оставлял места для автономии частной жизни и безопасности человека. Не было закона, регламентировавшего порядок проверки гражданином собранных о нем сведений. Были слабые попытки исключить из учетных документов пункты, не имеющие юридического значения: о национальности, членстве в КПСС, ВЛКСМ, социальном происхождении и т. д. Но власти резко прекращали подобные дискуссии. Так, в июне 1955 г. ЦК КПСС постановил: «Запретить государственным, общественным организациям вносить изменения или дополнения в утвержденные настоящим постановлением личный листок по учету кадров и анкету».

Тем не менее, официально советские законы не предусматривали заполнение учетных документов и сбор характеристик. Закон не разрешал использовать фонозапись, электронику и т. д. для тайной слежки. Сталин и другие генсеки не реша-

лись рассекретить эту практику в Конституции и законах [9, 10, 11].

При решении проблем оперативно-розыскной деятельности в ход шли ссылки на опыт США и других государств [7].

Приоритет личных интересов вызвал потребность в развитии и стабильности института прав человека. В советское время и в правовой науке, и в правоприменительной практике, и в реальной жизни на проблемы отдельной личности чаще всего внимания не обращали. Юристы в научных трудах рассматривали правовое положение абстрактной личности. Развитому же гражданскому обществу присуще признание и защита прав и свобод конкретного человека в самых различных сферах его жизнедеятельности. Особенность гражданского общества в том и состоит, чтобы работа всех его структурных элементов в той или иной мере была направлена на удовлетворение и защиту прав и интересов отдельного человека [14]. Такой подход не является чем-то кардинально новым для стран с так называемой персонцентристской системой ценностей [13].

Конституция Российской Федерации значительно шире и полнее, чем предыдущая Конституция РСФСР, отразила и закрепила различные аспекты права на информацию (ст. 29). Одновременно Конституция подтвердила право граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст. 23). Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения. Сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются (ст. 24). Предписания Конституции позволяют сделать вывод о приоритетности принципа неприкосновенности частной жизни по отношению к принципу, гарантирующему право на получение информации. Правда, охрана сферы частной жизни является для российского права сферой относительно новой [15].

Для России включение в Конституцию статьи, провозглашающей, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, стало огромным шагом вперед.

Р. Давид писал: «Пытаться ограничить юридическую науку пределами одного государства... это значит ограничить свои возможности познания и деятельности» [1].

Западные исследователи права на приватность, когда они хотят описать те последствия, которыми грозит массовое нарушение неприкос-

новенности частной сферы, обычно вспоминают Оруэлла и его «1984 год». Нам нет необходимости прибегать к литературным аллюзиям, поскольку у нас есть свой опыт реальной жизни в тоталитарном государстве, более для нас убедительный, чем литературный источник, потому что это наш собственный опыт. Десятки людей, получивших срок за «антисоветскую агитацию и пропаганду» на основании одних лишь дневников, частных писем или высказываний в дружеском кругу. Открытые голосования в поддержку или в осуждение человека, призванные засвидетельствовать его «преданность делу партии и правительства». Персональные дела, кончавшиеся увольнением с работы. Позорные медицинские справки о невозможности иметь детей, требовавшиеся для освобождения от «налога на холостяков». Не говорю уж о сплошной перлюстрации корреспонденции, поступающей из-за границы, и о постоянном страхе того, что твой телефон прослушивается. Все это – нарушения неприкосновенности частной жизни. При этом последняя советская конституция, Конституция 1977 г., содержала специальную норму о том, что «личная жизнь граждан, тайна переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений охраняются законом» [9, 10, 11].

Живя в обществе, где любое требование духовной независимости подавлялось как посягательство на основы государственного строя, и где человек постоянно испытывал ощущение, очень точно выраженное в одной из песен Галича: «Вот стою я перед вами, словно голенький», мы постоянно имели возможность убедиться в том, насколько тесно неприкосновенность частной жизни связана с политической свободой.

Сейчас положение вещей изменилось. Новая Конституция уже не ограничивается расплывчатым указанием на то, что личная жизнь «охраняется законом», а четко закрепляет за человеком «право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени» (статья 23). Эта формулировка означает, что человек сам может активно защищать свое право, независимо от того, охраняется оно или нет каким-то опосредующим законом [2, 3, 6].

Пристатейный библиографический список

1. Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С. 33.
2. Дунаева М.С. Основания и пределы уголовно-процессуального вмешательства в частную жизнь

граждан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2002.

3. Захарцев С.И. Прослушивание телефонных переговоров в оперативно-розыскной деятельности и уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002.

4. Иванский В.П. Проблемы гармонизации национальных законов в сфере защиты трансграничных персональных данных // Вестник РУДН. 1998. Вып. 1.

5. Известия ЦК КПСС. 1991. № 2. С. 204.

6. Исхаков Э.С. Личная жизнь (философско-этический анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1981.

7. Королёв Г.А. Виды юрисдикции государств, применяемые для привлечения к уголовной ответственности должностных лиц за совершенные международные преступления // Представительная власть – XXI век. 2015. № 3.

8. Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 36. С. 272.

9. Маркоменко В. Информационное общество и проблемы его безопасности // Федерализм. 1997. № 4.

10. Матузов Н.И. Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: СЮИ, 1972.

11. Матузов Н.И. Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966.

12. Новоселов В.И. Правовое положение граждан в советском государственном управлении. Саратов, 1976. С. 206.

13. Оболонский А.В. Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994.

14. Орлова О.В. Гражданское общество и личность: политико-правовые аспекты. М.: Академический правовой университет, 2005.

15. Петров С.М., Грудцына Л.Ю. Власть и гражданское общество в России: взаимодействие и противостояние // Административное и муниципальное право. 2012. № 1. С. 25.

16. Пушкин А.С. Полн. собр. соч.: в 10 т. Т. 10. М., 1966. С. 485.

17. Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность. Нормы и действительность. М.: Дело, 2000. С. 389.

18. Хрущев Н.С. Воспоминания. М., 1993. С. 241.

19. Юридический словарь. М., 1953. С. 420.

References (transliterated)

1. David R. Osnovnye pravovye sistemy sovremenosti (sravnitel'noe pravo). M., 1967. S. 33.

2. Dunaeva M.S. Osnovaniya i predely ugovolno-processual'nogo vmeshatel'stva v chastnuju zhizn' grazhdan: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Irkutsk, 2002.

3. Zaharcev S.I. Proslushivanie telefonnyh peregovorov v operativno-rozysknoj dejatel'nosti i ugovolnom processe: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. SPb., 2002.

4. Ivanskij V.P. Problemy garmonizacii nacional'nyh zakonov v sfere zashhity transgranichnyh personal'nyh dannyh // Vestnik RUDN. 1998. Vyp. 1.

5. Izvestija CK KPSS. 1991. № 2. S. 204.

6. Ishakov Je.S. Lichnaja zhizn' (filosofsko-jeticheskij analiz): avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Saratov, 1981.

7. Korol'ov G.A. Vidy jurisdicii gosudarstv, primenjaemye dlja privlechenija k ugovolnoj otvetstvennosti dolzhnostnyh lic za sovershennye mezhdunarodnye prestuplenija // Predstavitel'naja vlast' – NHI vek. 2015. № 3.

8. Lenin V.I. Poln. sobr. soch. T. 36. S. 272.

9. Markomenko V. Informacionnoe obshhestvo i problemy ego bezopasnosti // Federalizm. 1997. № 4.

10. Matuzov N.I. Lichnost'. Pravo. Demokratija. Teoreticheskie problemy sub#ektivnogo prava. Saratov: SJuI, 1972.

11. Matuzov N.I. Sub#ektivnye prava grazhdan SSSR. Saratov, 1966.

12. Novoselov V.I. Pravovoe polozhenie grazhdan v sovetskom gosudarstvennom upravlenii. Saratov, 1976. S. 206.

13. Obolonskij A.V. Drama rossijskoj politicheskoj istorii: sistema protiv lichnosti. M., 1994.

14. Orlova O.V. Grazhdanskoe obshhestvo i lichnost': politiko-pravovye aspekty. M.: Akademicheskij pravovoj universitet, 2005.

15. Petrov S.M., Grudcyna L.Ju. Vlast' i grazhdanskoe obshhestvo v Rossii: vzaimodejstvie i protivostojanie // Administrativnoe i municipal'noe pravo. 2012. № 1. S. 25.

16. Pushkin A.S. Poln. sobr. soch.: v 10 t. T. 10. M., 1966. S. 485.

17. Stecovskij Ju.I. Pravo na svobodu i lichnuju neprikosnovennost'. Normy i dejstvitel'nost'. M.: Delo, 2000. S. 389.

18. Hrushhev N.S. Vospominanija. M., 1993. S. 241.

19. Juridicheskij slovar'. M., 1953. S. 420.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Пьянкова А.Ф.

ПРИНЦИП БАЛАНСА ИНТЕРЕСОВ В ПРАКТИКЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Цель: Проанализировать практику Европейского Суда по правам человека на предмет применения принципа баланса интересов.

Методология: Использовались формально-юридический метод и общелогические методы научного познания.

Результаты: Под балансом интересов предлагается понимать такое состояние правоотношения, в котором права и обязанности сторон соразмерны, и стороны имеют равные возможности для реализации своих законных интересов.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку в ней представлена одна из первых попыток составить обзор практики Европейского Суда по правам человека.

Ключевые слова: баланс интересов, Европейский Суд по правам человека, защита прав человека.

Pyanikova A.F.

THE PRINCIPLE OF THE BALANCE OF INTERESTS IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' OPINIONS

Purpose: Analysis of European Court of Human Rights' practice of using the principle of balance of interests.

Methods: A methodological basis of this study is the dialectical method and a set of universal methods of scientific knowledge (system research methods, structural-functional analysis, methods of analysis and synthesis, induction and deduction, abstraction) and private-scientific methods of legal research: formal legal.

Results: The author concludes that the balance of interests is such a state of a legal relation, in which rights and duties of its parties are proportional and they have equal capacities for realizing their legal interests.

Novelty/originality/value: Article possesses the high scientific value as is one of the first attempts to analyze the European Court of Human Rights' practice of using the principle of balance of interests.

Keywords: the balance of interests, European Court of Human Rights, human rights' protection.

Одной из метаидей, лежащих в основе большинства правовых позиций Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ, Европейский Суд), является идея баланса интересов. По данным справочно-правовой системы «Консультант-Плюс» на 15.09.2015, словосочетание «баланс интересов» встречается в актах ЕСПЧ более трехсот раз.

Понятие «баланс интересов» нередко используется в юридической литературе [2, 8], однако общепринятое его понимание пока не утвердилось. Считаем, что под балансом интересов следует понимать такое состояние правоотношения, в котором права и обязанности сторон соразмерны, и стороны имеют равные возможности для реализации своих законных интересов [7].

Есть все основания рассматривать баланс интересов в качестве принципа гражданского права. Так, О.А. Кузнецова полагает, что баланс имущественных интересов является императивом принципа равенства участников гражданских правоотношений [4], а Ю.Г. Богатина считает необходимость установления баланса между интересами субъектов коммерческой деятельности

принципом, которым руководствуются и российская судебная практика, и иностранные правоприменители [1].

Основа для обеспечения баланса интересов заложена в законодательстве. Правовые нормы для того и принимаются, чтобы разграничивать противоположно направленные интересы. Однако этих абстрактных предписаний недостаточно, индивидуализировать их необходимо в процессе правоприменения. Именно поэтому большое значение в процессе обеспечения баланса интересов имеет деятельность судебных органов.

Европейский Суд как своего рода высшая национальная инстанция уподобляет свое правосудие Фемиде, которая с закрытыми глазами пытается найти «справедливый баланс» между интересами, столкнувшимися в каждом конкретном деле. ЕСПЧ проверяет, был ли достигнут этот справедливый баланс национальными судами. Баланс он отыскивает как между частными, так и между частными и публичными интересами. В данной статье рассмотрим лишь баланс частных интересов по делам, связанным с защитой семейных прав, а также права собственности.

Защита семейных прав

Участниками семейных правоотношений являются, прежде всего, члены семьи, к каковым Семейный кодекс Российской Федерации относит супругов, детей и родителей. Кроме того, субъектами семейного права могут быть усыновители и усыновленные, а также другие родственники в случаях, предусмотренных законом. Особенностью семейных правоотношений является, в первую очередь, их лично-доверительный характер. При его утрате правоотношение нередко распадается (расторжение брака, лишение родительских прав).

Регулирование семейных правоотношений основывается на принципе обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи (п. 3 ст. 1 СК РФ). Последние являются слабой стороной семейного правоотношения. Поэтому при обеспечении баланса интересов в семейном правоотношении также следует исходить из приоритета интересов несовершеннолетних и нетрудоспособных.

Как отметил ЕСПЧ, «статья 8 Конвенции требует от национальных властей соблюдения строгого баланса между интересами ребенка и интересами родителей, и в процессе соотнесения этих интересов приоритетом являются интересы ребенка, которые в зависимости от их характера и значения могут перевешивать интересы родителей. В частности, родитель может быть лишен прав, предоставляемых статьей 8 Конвенции, в случае наличия угрозы здоровью и развитию ребенка» (Постановление по делу «Рытченко (Rytchenko) против Российской Федерации»).

Любопытный пример нахождения баланса между интересами родителя как собственника имущества и интересами несовершеннолетних детей представляет дело Манчини против Италии. Национальным властям пришлось устанавливать баланс между правом заявителя на полностью беспрепятственное пользование своим имуществом и правом его детей, в отношении которых у него имелись родительские обязанности, проживать в семейном доме с родителем, в попечительство которого они были отданы, пока не будет найдено подходящее альтернативное решение проблемы. То обстоятельство, что заявитель не смог какое-то время пользоваться своей собственностью, является вмешательством в осуществление им права на беспрепятственное пользование своим имуществом. Судебные решения, в результате которых имели место задержки в освобождении дома от жильцов, были вынесены

на основе действующего законодательства; эти решения обосновывались необходимостью защитить интересы несовершеннолетних детей. Таким образом, право собственности заявителя по данному делу было ограничено интересами его несовершеннолетних детей.

Значительную сложность представляет обеспечение баланса интересов при разделе совместно нажитого супругами имущества. Оно должно быть распределено не просто равным образом, но справедливо. По делу Денисова и Моисеева против Российской Федерации ЕСПЧ указал, что «для достижения необходимого баланса интересов судам, рассматривающим требования об освобождении доли имущества, нажитого в браке, от конфискации, надлежало определить долю каждого из супругов, исходя из общего количества совместной собственности, и так, чтобы доля каждого из супругов состояла из имущества, которое подлежит и не подлежит конфискации».

В деле «Мило (Milhau) против Франции» ЕСПЧ счел, что «прекращение брака создало неравенство в материальных обстоятельствах бывших супругов, которое надлежало компенсировать выплатой компенсаторного финансового обеспечения бывшей супруге заявителя. Несмотря на наличие значительной и разнообразной собственности у заявителя, национальные суды постановили, чтобы компенсаторная выплата приняла форму предоставления виллы, которой он владел отдельно». В связи с этим, по мнению ЕСПЧ, баланс интересов национальными судами обеспечен не был.

Таким образом, при обеспечении баланса интересов в семейных правоотношениях Европейский суд исходит из приоритета интересов несовершеннолетних и необходимости справедливого раздела имущества супругов.

Защита права собственности и других вещных прав

В вещных правоотношениях собственнику противостоит неограниченное число лиц, не являющихся собственниками (абсолютные правоотношения). Следовательно, в таких правоотношениях проблема баланса интересов выступает, в первую очередь, как проблема соотношения интересов собственника и иных участников оборота (в том числе субъектов ограниченных вещных прав). Как правило, это соотношение именуют балансом частных интересов (интересов собственника) и публичных интересов (интересов третьих лиц и общества в целом).

Думается, проблема баланса интересов в вещных абсолютных правоотношениях во многом

сводится к проблеме справедливых ограничений права собственности.

По меткому замечанию В.П. Камышанского, «равновесие между внешней свободой собственника и интересами общества как единого целого не может быть обеспечено за счет неподвижного законодательства. Границы этого равновесия постоянно меняются с учетом непрерывно изменяющихся условий жизни» [3]. Именно поэтому правоприменительная практика (национальные суды и ЕСПЧ как своего рода последняя «надзорная инстанция») имеет столь существенное значение для обеспечения баланса интересов по таким делам.

Таким образом, принцип баланса интересов тесно связан с принципом неприкосновенности собственности, который предполагает, «с одной стороны, правовые возможности собственника по отношению к своему имуществу, с другой стороны, обязанность всех третьих лиц воздерживаться от каких-либо посягательств на имущество собственника» [4]. В связи с этим Европейский суд по правам человека в каждом случае проверяет, был ли достигнут «справедливый баланс» между общественными интересами и правом на уважение собственности.

Так, по делу *Иан против Германии* ЕСПЧ надлежало рассмотреть справедливость изъятия имущества у заявителей, которые приобрели его по закону, принятому в период существования ГДР. Европейский Суд счел, что «оспариваемые по делу меры государства осуществлялись «в интересах общества», а именно: они имели целью исправить последствия действия Закона Модрова, который власти Германии считали несправедливым... В тех условиях, даже если заявители и приобрели формальный титул на собственность, они не могли быть уверены в том, что их правовое положение в этом смысле прочно сохранится... С учетом «внезапной удачи», которая позволила заявителям извлечь выгоду в результате действия Закона Модрова на основе правил, применявшихся в ГДР к наследникам земельных участков, приобретенных в ходе земельной реформы, следует считать, что изъятие земель, проведенное без выплаты какой-либо компенсации, не было непропорциональной мерой... В уникальном контексте воссоединения Германии отсутствие какой-либо компенсации за землю не нарушило «справедливый баланс», который надлежит соблюдать между охраной права собственности и всеобщими интересами».

Рассмотренное дело наглядно демонстрирует, что, хотя в общем случае изъятие имущества без

какой-либо компенсации противоречит статье 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, в конкретном деле баланс интересов может быть иным. Весы Фемиды могут склониться в пользу защиты интересов общества.

В общем случае, как высказался Европейский Суд в постановлении по делу *Компании «Эф-статии и Микаилидис»*, «в тех случаях, когда государством проводится отчуждение имущества человека, должен быть установлен порядок, позволяющий осуществить всеобъемлющую оценку последствий акта отчуждения имущества», а именно определен размер присуждаемой компенсации согласно стоимости отчуждаемой собственности, установлены конкретные лица, имеющие право на получение компенсации, и разрешен любой другой вопрос, касающийся акта отчуждения имущества. Поэтому если государство «требует от владельцев имущества, затронутого отчуждением, дополнительного обращения в суды с исками, чтобы иметь возможность получить компенсацию, правильно увязанную с ценой отчужденного имущества, оно нарушает справедливый баланс между личными правами человека и требованиями всеобщего интереса».

Кроме того, баланс интересов может быть нарушен ввиду отсутствия правовой определенности. В частности, по делу *Педурару против Румынии* отсутствие последовательности в положениях законодательства и противоречия в практике Верховного суда привели к тому, что заявитель оказался не в состоянии восстановиться в правах собственности на все его недвижимое имущество, несмотря на то, что вступившим в законную силу судебным решением государству было предписано вернуть ему это имущество. Следовательно, «государство не выполнило свое обязательство защищать право заявителя на эффективное пользование его имуществом и тем самым не соблюло «справедливый баланс» между требованиями блюсти общественный интерес и необходимостью защищать право заявителя на беспрепятственное пользование своим имуществом».

В рамках вещных правоотношений можно говорить не только об абсолютных, но и об относительных правовых связях: отношения между участниками общей собственности, между собственником и субъектом ограниченного вещного права и т. д.

Так, по делу *Аллард против Швеции* Европейский Суд констатировал нарушение баланса интересов в связи с отношениями общей долевой собственности. Заявительница, ее мать и их бли-

жайшие родственники владели землей на праве общей собственности с другими членами их семьи. В 1988 году заявительница получила разрешение на строительство дома, который должным образом был возведен на участке земли. В это время большая часть совместных собственников предъявила в суд иск к заявительнице, преследуя цель получить разрешение на снос дома в связи с тем, что он был построен без их согласия. Интересы других собственников, по мнению ЕСПЧ, не могут считаться большими, поскольку дом использовался исключительно заявительницей и ближайшими ее родственниками и не находился в пределах видимости участков земли, используемых другими собственниками. Несмотря на то, что сложности, возникшие у заявительницы, в большей степени были результатом семейного конфликта, не последнюю роль в котором играла она, принятые меры не обеспечили соблюдение справедливого баланса интересов общества и личности, в связи с чем она понесла чрезмерное бремя.

Исследование практики Европейского Суда по правам человека позволяет сделать вывод о том, что обеспечение баланса интересов является одной из значимых целей вершимоного им правосудия. В каждом деле он проверяет, был ли достигнут справедливый баланс между интересами, столкнувшимися в конкретном деле, выступая своего рода высшей наднациональной надзорной инстанцией, проверяя правильность обеспечения баланса интересов национальными судами. Европейский Суд применяет положения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, учитывая индивидуальные обстоятельства конкретного дела.

Пристатейный библиографический список

1. Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010.

2. Зинковский М.А. Договор поставки товара от производителя в торговые сети: баланс интересов сторон // Налоги (газета). 2009. № 9 (611). С. 20–23.

3. Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2000.

4. Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006.

5. Курдиновский В.И. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. Одесса: Экономическая типография, 1899.

6. Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007.

7. Пьянкова А.Ф. Концепция баланса интересов и ее место в гражданском праве России // Вестник ПГУ. Юридические науки. 2014. № 2. С. 117–130.

8. Шичанин А.В., Гривков О.Д. Залог как способ обеспечения обязательств и баланс интересов участников гражданских правоотношений // Адвокат. 2004. № 9. С. 37–38.

References (transliterated)

1. Bogatina Ju.G. Ogovorka o publicnom porjadke v mezhdunarodnom chastnom prave: teoreticheskie problemy i sovremennaja praktika. M.: Statut, 2010.

2. Zinkovskij M.A. Dogovor postavki tovara ot proizvoditelja v trgovoye seti: balans interesov storon // Nalogi (gazeta). 2009. № 9 (611). S. 20–23.

3. Kamyshanskij V.P. Pravo sobstvennosti: predely i ogranichenija. M.: JuNITI-DANA: Zakon i pravo, 2000.

4. Kuznecova O.A. Normy-principy rossijskogo grazhdanskogo prava. M.: Statut, 2006.

5. Kurdinovskij V.I. Kucheniju o legal'nyh ogranichenijah prava sobstvennosti na nedvizhimost' v Rossii. Odessa: Jekonomicheskaja tipografija, 1899.

6. Mikrjukov V.A. Ogranichenija i obremeneniya grazhdanskih prav. M.: Statut, 2007.

7. P'jankova A.F. Koncepcija balansa interesov i ee mesto v grazhdanskom prave Rossii // Vestnik PGU. Juridicheskie nauki. 2014. № 2. S. 117–130.

8. Shichanin A.V., Grivkov O.D. Zalog kak sposob obespechenija objazatel'stv i balans interesov uchastnikov grazhdanskih pravootnoshenij // Advokat. 2004. № 9. S. 37–38.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Правосудие и правоохранительная деятельность в евразийском пространстве

Алпатов Ю.М.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ ПОСТРОЕНИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ И СУДОПРОИЗВОДСТВА ПО АРБИТРАЖНЫМ И ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

Цель: Исследование зарубежного опыта построения судебной системы и судопроизводства по арбитражным и гражданским делам.

Методология: Использовались историко-правовой и формально-юридический методы.

Результаты: Важным принципом деятельности органов правосудия, зафиксированным в нормах международного права, является максимальная доступность судов для граждан, то есть устранение по возможности любых препятствий для обращения в суды простых людей. Принцип доступности гражданских и арбитражных судов для граждан можно найти в Конституции Российской Федерации в лучшем случае лишь в неявном, подразумеваемом виде, хотя он жизненно важен для того, чтобы граждане стали уважительно относиться к судам и судьям.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку содержит научно-обоснованные выводы, значимые для развития отечественной системы осуществления правосудия.

Ключевые слова: доступность правосудия, гражданское судопроизводство, арбитражный процесс, судья, права человека, международное право, закон.

Alpatov Yu.M.

FOREIGN EXPERIENCE OF CREATION OF JUDICIAL SYSTEM AND LEGAL PROCEEDINGS ON ARBITRATION AND CIVIL CASES

Purpose: Research of foreign experience of creation of judicial system and legal proceedings on arbitration and civil cases.

Methodology: Historical and legal and formally legal methods were used.

Results: The important principle of activity of judicial bodies recorded in rules of international law is the maximum availability of courts to citizens, that is elimination whenever possible of any obstacles for the appeal to courts of simple people. The principle of availability of civil and arbitration courts to citizens can be found in the Constitution of the Russian Federation at best only in an implicit, implied look though it is vital in order that citizens began to treat with respect courts and judges.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific value as contains scientifically based conclusions, significant for development of domestic system of implementation of justice.

Keywords: availability of justice, civil legal proceedings, arbitration process, judge, human rights, international law, law.

Всеобщая доступность правосудия по арбитражным и гражданским делам означает, что не может существовать специальных судов для особых категорий лиц. Основная масса дел должна рассматриваться в пределах разумных сроков, то есть без чрезмерного затягивания. И, что самое главное, всеобщая доступность требует развитой системы финансовой поддержки, которая давала бы возможность малоимущим гражданам нанимать адвокатов и иметь на своей стороне квалифицированную защиту и помощь в суде [4].

С нашей точки зрения, соотношение российского и западного опыта содержит определенную долю иронии. В западных странах, например в Канаде, уголовные дела обычно проходят через суд ускоренными темпами – в пределах нескольких месяцев, тогда как гражданские дела, особенно те, где фигурируют внушительные суммы денег, могут длиться годами, пока в судебном разбира-

тельстве не будет поставлена точка. В России ситуация противоположная. Задержки по гражданским делам и, как я полагаю, по коммерческим делам представляют собой меньшую проблему, чем задержки по уголовным делам. Средний срок досудебной подготовки и судебного разбирательства по гражданским и коммерческим спорам в России намного меньше, чем в Канаде и США. В то же время для России характерно наличие определенного числа уголовных дел, по которым следствие и судебное разбирательство ведется более года, а иногда два или три года, что было бы нетерпимым в Северной Америке. Несколько лет назад решением Верховного Суда Канады провинция Онтарио фактически была принуждена закрыть около 47 тысяч дел, поскольку по ним истек восьмимесячный срок, в пределах которого должно было начаться судебное разбирательство – срок, признанный Судом как разумная

норма. Более долгое ожидание суда было расценено как нарушение «права предстать перед судом в пределах разумного срока», закрепленного в Хартии прав и свобод Канады (R.V. Askov, 1990). Тот факт, что в России слишком большое число обвиняемых вынуждено дожидаться суда в местах предварительного заключения, причем в тех труднопереносимых условиях, которыми «славятся» СИЗО, предстает в этом свете вопиющей несправедливостью [7].

Встречается три разновидности судов: судья по делам несовершеннолетних, суд по делам несовершеннолетних, суд ассизов по делам несовершеннолетних. Каждый из них выступает в качестве суда первой инстанции по определенной законом категории дел [5].

Во Франции действует также система административной юстиции [14]. Напомним, что она является трехуровневой и включает: административные суды первой инстанции, административные апелляционные суды и Государственный Совет Франции, выступающий в качестве суда первой и жалобной инстанции. Внутри этой системы также действует несколько специализированных административных трибуналов.

В целях разрешения коллизий подсудности и других спорных вопросов во Франции сформирован Трибунал по конфликтам. В состав этого органа входят по три члена Кассационного Суда и Государственного Совета и два заместителя председателя, которые кооптируют в состав еще двух членов. С 1963 по 1981 г. существовали также суды по делам о государственной безопасности [9–12].

Председательствует в трибунале министр юстиции, реально руководит работой вице-председатель.

Судебную систему Франции дополняет в части осуществления полномочий конституционного контроля Конституционный Совет Франции (статьи 56–63 Конституции) – орган квазисудебного типа. Во Франции существует еще один орган – Высокая палата правосудия, который часто относят к судебной системе. Однако этот орган, как и Конституционный Совет, не является ее частью. Высокая палата правосудия создана для осуществления процедуры отстранения Президента Франции от должности (статьи 67–68). Кроме того, Высокая палата правосудия – «спящий орган», поскольку ни разу с момента своего учреждения не действовал.

Специализированные суды (первой и второй инстанций) дополняют и федеральную судебную систему США. В этой стране в качестве специализированных судов первой инстанции действуют:

Суд по вопросам внешней или международной торговли, Претензионный суд (рассматривает претензии финансового характера к федеральному правительству), Налоговый суд, суды по делам о банкротстве, военные суды [13]. В качестве судов второй инстанции действуют Апелляционный суд по делам ветеранов и Военный апелляционный суд. Функционируют еще два суда, но, в отличие от перечисленных выше, их деятельность носит временный характер: Суд по прослушиванию телефонных переговоров (связан с деятельностью внешней разведки), Чрезвычайный апелляционный суд по вопросам энергетики. Отметим, что в отличие от Франции и некоторых других стран, где военные суды могут образовываться только во время войны, в США в качестве относительно самостоятельной подсистемы существуют федеральные военные (военно-полевые) суды и Военный апелляционный суд, решения которого могут быть обжалованы в Верховный Суд США [1–3, 8].

Самостоятельной частью как внешне, так и внутренне специализированных судебных систем являются морские и адмиралтейские суды (относятся к категории специализированных судов по гражданским делам), существующие по традиции в странах, имеющих островное положение или ведущих активную морскую торговлю, либо по территории которых протекают крупные судоходные реки (Дунай, Рейн, Рона и Луара и др.). Во Франции, Италии, странах Балтии эти суды не включаются в государственную судебную систему. В Великобритании, США, Канаде эти суды составляют автономную специализированную подсистему. Автономное положение данных органов обычно объясняется ярко выраженной специфической правовой природой споров, рассматриваемых этими судами и связанных как с морским или речным плаванием, так и с обоими видами перевозок по воде.

Необходимо обратить внимание на особенности организации судебной власти в федерациях. В процессе развития государственности сформировалось два основных подхода к этой проблеме. Исторически первой организационной моделью стала американская, или децентрализованная. Ее сущность заключается в существовании дуалистической судебной системы: федеральной и систем субъектов федерации – штатов.

Обязательной предпосылкой успешного функционирования такой судебной системы является достаточно четкое разграничение компетенции федерации и ее субъектов, что и дает возможность действовать на одной и той же территории двум видам судов. Например, в США к

компетенции федеральных судов отнесены следующие группы вопросов:

а) связанные с применением федерального законодательства;

б) связанные с применением международных договоров США, а также все дела, касающиеся послов, других официальных представителей и консулов; между гражданами одного штата, претендующими на земли другого штата;

в) между штатом или гражданами оно и иностранными государствами, гражданами или подданными;

г) все дела адмиралтейской и морской юрисдикции;

д) дела, одной из сторон в которых выступают США, либо споры между штатами, или споры между штатом и гражданином другого штата, а также споры между гражданами различных штатов (раздел 2 статьи III Конституции США) [5].

Помимо описанных выше государственных судебных систем, во многих странах существуют негосударственные и квазисудебные учреждения, которые в той или иной мере реализуют полномочия судебной власти.

Речь идет о таких широко распространенных институтах, как общественные суды – суды отдельных территориальных или профессиональных сообществ – товарищеские суды, суды народа или сельские суды, суды офицерской чести, комитеты по этике и т. п. С другой стороны, часто встречаются квазисудебные учреждения, способствующие разрешению гражданских споров, такие как медиаторы, консилиаторы, арбитры, третейские судьи и т. п. В последние годы набирает силу так называемое «восстановительное правосудие» [5].

Обычно эти учреждения, хотя государство и признает за ними право на осуществление незначительных или малозначительных объемов судебной власти, не входят в государственные судебные системы [6].

К категории негосударственных судебных учреждений могут быть отнесены и религиозные суды. Напомним, что на более ранних этапах развития эти суды являлись единственными государственными судами: светская юстиция в Европе появилась значительно позже и долго сосуществовала с религиозной. Религиозные суды до сих пор занимают довольно существенное место в жизни клерикальных и, тем более, теократических государств.

Пристатейный библиографический список

1. Dran M. Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques. P., 1968. P. 60–94.
2. Estoup P. La Justice Française. Acteurs, fonctionnement et medias. P., 1989.
3. Rassat M.-L. La Justice en France. P., 1985.
4. Абросимова Е.Б. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. М.: Институт права и публичной политики, 2002.
5. Автономов А.С. Правовая антология политики. К построению системы категорий. М., 1999.
6. Алпатов Ю.М. Реформирование городского самоуправления в России конца XX века // Законодательство и экономика. 2007. № 7. С. 102.
7. Алпатов Ю.М. Участие населения в осуществлении местного самоуправления в Москве и Санкт-Петербурге // Адвокат. 2007. № 12. С. 8.
8. Боботов С.В. Правосудие во Франции. М., 1994.
9. Брэбан Г. Административное право Франции. М., 1978. С. 349–377.
10. Брэбан Г. Общие сведения об административном праве Франции. Доп. изд. М., 1995.
11. Брэбан Г. Правосудие во Франции. М., 1996.
12. Брэбан Г. Структура и роль Государственного совета Франции. М., 1993.
13. Мидор Д.Д. Американские суды. Сент-Пол, Миннесота, 1991. С. 25–26.
14. Шарвен Р. Юстиция во Франции. М., 1978.

References (transliterated)

1. Dran M. Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques. P., 1968. P. 60–94.
2. Estoup P. La Justice Française. Acteurs, fonctionnement et medias. P., 1989.
3. Rassat M.-L. La Justice en France. P., 1985.
4. Abrosimova E.B. Sudebnaja vlast' v Rossijskoj Federacii: sistema i principy. M.: Institut prava i publichnoj politiki, 2002.
5. Avtonomov A.S. Pravovaja antologija politiki. K postroeniju sistemy kategorij. M., 1999.
6. Alpatov Ju.M. Reformirovanie gorodskogo samoupravlenija v Rossii konca XX veka // Zakonodatel'stvo i jekonomika. 2007. № 7. S. 102.
7. Alpatov Ju.M. Uchastie naselenija v osushhestvlenii mestnogo samoupravlenija v Moskve i Sankt-Peterburge // Advokat. 2007. № 12. S. 8.
8. Bobotov S.V. Pravosudie vo Francii. M., 1994.
9. Brjeban G. Administrativnoe pravo Francii. M., 1978. S. 349–377.
10. Brjeban G. Obshhie svedenija ob administrativnom prave Francii. Dop. izd. M., 1995.
11. Brjeban G. Pravosudie vo Francii. M., 1996.
12. Brjeban G. Struktura i rol' Gosudarstvennogo soveta Francii. M., 1993.
13. Midor D.D. Amerikanskije sudy. Sent-Pol, Minnesota, 1991. S. 25–26.
14. Sharven R. Justicija vo Francii. M., 1978.

Сангаджиев Б.В.

ДОСТУПНОСТЬ ПРАВОСУДИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Цель: Анализ ряда тенденций развития правосудия и гражданского процессуального права в России.

Методология: Автором применялись формально-логический и сравнительно-правовой методы.

Результаты: Для обеспечения доступности правосудия, в том числе создания надлежащих условий для защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, требуется строительство, реконструкция или приобретение административных зданий судов, создание условий для инвалидов и несовершеннолетних, формирование зон свободного доступа в здания судов, создание комнат ожидания для граждан, санитарных комнат и мест общественного питания.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья имеет высокую научную ценность и практическую значимость.

Ключевые слова: гражданский процесс, судопроизводство, судебная власть, гражданское процессуальное право, судебная реформа, права человека, суд.

Sangadzhiyev B.V.

AVAILABILITY OF JUSTICE AND PROSPECT OF DEVELOPMENT OF A CIVIL PROCEDURAL LAW AT THE PRESENT STAGE

Purpose: The analysis of a number of tendencies of development of justice and a civil procedural law in Russia.

Methodology: The author applied formal and logical and comparative and legal methods.

Results: Ensuring availability of justice, including, creations of proper conditions for protection of the rights and legitimate interests of citizens and legal entities, requires construction, reconstruction or acquisition of office buildings of courts, creation of conditions for disabled people and minors, forming of zones of an open entry to buildings of the courts, creation of rooms of expectation for citizens, sanitary rooms and places of public catering.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific value and the practical importance.

Keywords: civil process, legal proceedings, judicial authority, civil procedural law, judicial reform, human rights, court.

Цель судебной реформы – обеспечить каждому заинтересованному лицу реальную возможность в случае возникновения спора или предъявления обвинения по уголовному делу защитить свои права, свободы или охраняемые законом интересы в суде, т. е. реализовать свое право на судебную защиту, основанное на Конституции РФ и нормах международного права, которое включает в себя право на беспрепятственное, без каких-либо ограничений, обращение в суд, на справедливое рассмотрение дела в разумный срок беспристрастным, независимым и законным составом суда, а также на исполнение судебного решения, вступившего в законную силу [2].

Обращаясь к Концепции судебной реформы, принятой Постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г., следует отметить, что в этом году она отмечает свое 25-летие. Значимым событием в рамках проводимой реформы было признание суверенитета Российской Федерации, объявление ее демократическим правовым государством, которое основано на принципе разде-

ления властей (п. 13 Декларации о государственном суверенитете РСФСР от 2 июня 1990 г.).

В рамках Концепции была провозглашена необходимость существенных преобразований в сфере уголовного, уголовно-процессуального законодательного регулирования организации правоохранительной и судебной деятельности.

Федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России на 2002–2006 гг.», утвержденная Постановлением Правительства Российской Федерации от 20 ноября 2001 г. № 805, явилась документом, который сориентировал ход дальнейшей реформы, но не на развитие судебной системы, а лишь на обеспечение ее функционирования. Хотя это явилось незначительным шагом вперед, однако все же перемены были направлены на оптимизацию структуры судебной системы и ее звеньев.

Целью судебной реформы в узком смысле остается создание суда скорого и справедливого, а главное – доступного. Нельзя не согласиться с А.П. Гуськовой, полагающей, что важным в ре-

формировании судебной деятельности остается вопрос об общественном контроле, поскольку судебная и правоохранительная система должна быть прозрачной, а их деятельность – доступной для контроля со стороны гражданского общества [1]. Однако на современном этапе развития судебной системы институт народного заседателя, который перестал существовать с принятием нового Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации, фактически потерял свою актуальность и изжил себя. Сегодня народные заседатели не участвуют в рассмотрении и разрешении дел.

Обеспечение открытости судебной власти, в том числе подотчетности и контроля со стороны общества, реализация антикоррупционной политики должны осуществляться путем принятия следующих мер:

- формирование информационных ресурсов правовой базы и банков данных судебных решений и судебной практики арбитражных судов и судов общей юрисдикции;

- обеспечение открытого доступа к правовой базе и указанным банкам данных при условии соблюдения необходимого баланса между потребностью граждан, общества и государства в свободном обмене информацией и необходимыми ограничениями на распространение информации;

- учет общественного мнения о работе судов на основе регулярного общественного мониторинга ее качества.

В рамках задачи обеспечения открытости и прозрачности правосудия приоритетным направлением модернизации инфраструктуры судов является информатизационное обеспечение деятельности судебной системы, в том числе:

- создание электронного архива, формирование информационно-коммуникационной системы Конституционного Суда Российской Федерации и электронной специализированной общедоступной библиотеки Конституционного Суда Российской Федерации;

- реализация проекта электронного обеспечения правосудия в системе арбитражных судов;

- создание информационно-коммуникационной системы Верховного Суда Российской Федерации, интегрированной с информационной системой судов общей юрисдикции «Государственная автоматизированная система Российской Федерации «Правосудие»;

- введение информационной системы судов общей юрисдикции «Государственная автоматизированная система Российской Федерации

«Правосудие»;

- формирование необходимой телекоммуникационной инфраструктуры для обеспечения эффективного взаимодействия арбитражных судов, судов общей юрисдикции и системы Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации.

Обеспечение открытости правосудия потребует значительных финансовых затрат, в частности для создания систем по размещению необходимой информации (прежде всего текстов судебных решений) в сети Интернет, обеспечения свободного доступа в залы судебных заседаний.

Качественное осуществление правосудия невозможно в условиях нехватки площадей для размещения судейского корпуса, аппарата суда, залов судебных заседаний. Требования к проектированию зданий судов должны быть также обусловлены стоящей перед судами задачей обеспечения права на открытое судебное разбирательство. Залы судебных заседаний обязательно должны иметь соответствующие места для посетителей и представителей средств массовой информации. В большинстве случаев залы суда не способны вместить до десяти участников процесса. Лица, желающие посетить судебные слушания, не должны подвергаться каким-либо сложным процедурам допуска в такие залы. Возможность посещения суда не может ставиться в зависимость от процессуального статуса лица. Кроме того, в целях обеспечения прозрачности судебной системы и независимости судей при вынесении судебного акта предполагается закрепление процедуры, препятствующей оказанию воздействия (давления) на судью в связи с рассматриваемым им делом.

Как уже отмечалось выше, направления реформирования судебной системы в России определялись Федеральной целевой программой «Развитие судебной системы России» на 2002–2006 годы [4] и Концепцией федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы [5].

Реализация основных целей, обозначенных в Концепции 2006 г., – повышение авторитета правосудия, его открытости и прозрачности – невозможно без правовой определенности, единообразия судебной практики. Достичь этого можно, только если структура судов общей юрисдикции будет сориентирована на решение данной задачи. Сегодня в самой структуре судебной власти отсутствуют механизмы, направленные на выработку единообразной судебной практики. Она представлена путем толкования, а вернее, детализации

ей тех лаконичных правовых формул, которые изложены в законе. Анализ сложившейся ситуации свидетельствует, что ни один из существующих сегодня факторов не является определяющим. В результате нет субъекта, ответственного за то, что происходит с эволюцией судебной практики, а она происходит стихийно. Рассмотрим основных участников этого процесса [3].

Потенциально наиболее сильным участником, определяющим, в каком направлении пойдет эволюция уголовного процесса, является Верховный Суд РФ. Факультативный метод управления судебной практикой, прекрасно зарекомендовавший себя в советский период, сегодня не срабатывает. Имеется в виду опубликование принятых решений в «Бюллетене Верховного Суда РФ». Отчасти это надо связывать с повышением темпа судебной деятельности и нарастанием ее сложности. Теперь уже не всегда по единичному случаю можно найти «соломоново решение». Кроме того, падение авторитета судебной власти проявляется внутри системы, отношение к вышестоящим судам уже далеко не напоминает то уважение, которое было в СССР. Формальное отсутствие обязанности руководствоваться решением вышестоящего суда усугубляет ситуацию [3].

Отдельно надо отметить стиль разъяснений Верховным Судом РФ сложных процессуальных вопросов, когда распространяются письма без выходных данных, т. е. официально не существующие. Получается, что в этом случае Верховный Суд уходит от ответственности? Очевидно, что такой способ управления судебной практикой не согласуется с теми полномочиями, которые предоставлены высшей судебной инстанции, и должен быть признан неприемлемым.

Следует констатировать, что как минимум в отношении уголовного судопроизводства, а как максимум по всем делам, подсудным судам общей юрисдикции (ведь рассмотренная пробле-

ма не отраслевая, а исходит из несовершенства структуры судебной власти), процесс формирования судебной практики не является контролируемым. Формирование судебной практики должно представлять ритмичную, ежедневно воспроизводящуюся деятельность. Без решения этого вопроса бессмысленно приступать к последующей реализации судебной реформы.

Пристатейный библиографический список

1. Гуськова А.П. По итогам судебно-правовой реформы // Российский судья. 2007. № 3. С. 15.
2. Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006. С. 1.
3. Поздняков М.Л. Судебная реформа: пациент скорее жив, чем мертв? // Адвокат. 2006. № 12. С. 21.
4. Постановление Правительства РФ от 20.11.2001 № 805 «О Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы на 2002–2006 годы» // Собрание законодательства РФ. 2001. 3 декабря. № 49. Ст. 4623.
5. Распоряжение Правительства РФ от 04.08.2006 № 1082-р «О Концепции Федеральной целевой программы «Развитие судебной системы» на 2007–2011 годы» // Собрание законодательства РФ. 2006. 14 августа. № 33. Ст. 3652.

References (transliterated)

1. Gus'kova A.P. Po itogam sudebno-pravovoj reformy // Rossijskij sud'ja. 2007. № 3. S. 15.
2. Zhujkov V.M. Sudebnaja reforma: problemy dostupa k pravosudiju. M.: Statut, 2006. S. 1.
3. Pozdnjakov M.L. Sudebnaja reforma: pacient skoree zhiv, chem mertv? // Advokat. 2006. № 12. S. 21.
4. Postanovlenie Pravitel'stva RF ot 20.11.2001 № 805 «O Federal'noj celevoj programme «Razvitie sudebnoj sistemy na 2002–2006 gody» // Sobranie zakonodatel'stva RF. 2001. 3 dekabrja. № 49. St. 4623.
5. Rasporjazhenie Pravitel'stva RF ot 04.08.2006 № 1082-r «O koncepcii Federal'noj celevoj programmy «Razvitie sudebnoj sistemy» na 2007–2011 gody» // Sobra-nie zakonodatel'stva RF. 2006. 14 avgusta. № 33. St. 3652.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Мартышкин В.Н.

ИЗ ДНЕВНИКА СУДЬИ: «ПРОФЕССИЯ ЮРИСТА НЕ ТЕРПИТ УКРАШЕНИЙ...»

Цель: Рассмотрение ряда этико-правовых вопросов юридической деятельности.

Методология: Использовались такие методы познания, как формально-юридический, исторический, метод включенного наблюдения.

Результаты: Автор на примере своего опыта становления специалиста-юриста рассмотрел некоторые этико-правовые основы юридической деятельности.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает определенной практической ценностью.

Ключевые слова: право, юридическое образование, юридическая этика.

Martyshkin V.N.

FROM THE DIARY OF THE JUDGE: «THE PROFESSION OF THE LAWYER DOESN'T SUFFER JEWELRY...»

Purpose: Consideration of a number of ethic and legal questions of legal activity.

Methodology: Such methods of knowledge as legallistic, historical, a method of the included supervision were used.

Results: The author, on the example of the experience of formation as expert - the lawyer covered some ethic and legal basics of legal activity.

Novelty/originality/value: Article has a certain practical value.

Keywords: legal, legal education, legal ethics.

Случай – поразительная вещь! Удивительно, какие порой находки и встречи, словно знак судьбы, встряхивают вдруг человека, заставляют его неожиданно пересмотреть даже закостенелые взгляды в отношении собственной фамилии и оказывают влияние на выбор будущей профессии. Именно так произошло со мной в далекие 70-е годы, которые ныне почему-то называют «застойными». Судьба подарила мне встречи с удивительными людьми. О двоих из них, кардинально повлиявших на выбор мной профессии, я хочу рассказать. Это встреча в период службы в армии с артистом кино В.С. Высоцким, а после демобилизации – с В.П. Малковым, «самым спортивным деканом Казанского университета», как его отреккомендовал человек из легенды, профессор А.Т. Бажанов [2]. Доктором юридических наук, профессором, заслуженным деятелем науки РФ Виктором Павловичем Малковым опубликовано 275 научных и учебно-методических работ и 15 монографий, более 100 учебников и пособий, подготовлено 70 кандидатов юридических наук и 11 докторов юридических наук [5]. Впрочем, обо всем по порядку...

Летом 1970 года ученики Пестречинской средней школы № 1 Республики Татарстан помогали рабочим при прокладке теплотрассы к дому-музею В.И. Ленина в селе Кокушкино. Там находилось родовое имение Ульяновых. Я с одноклассником Геннадием Сергеевым в траншее обнаружил старинную находку – пуговицу. Как впоследствии нам сообщили сотрудники музея, это была пуговица с тужурки первокурсника юридического

факультета императорского Казанского университета Владимира Ульянова [7]. Он проживал в родовом имении с 1887 по 1888 г. Этот счастливый «амулет» впервые заставил задуматься о будущей профессии юриста. Я серьезно занялся спортом, выполнил норматив перворазрядника по лыжным гонкам, затем был призван в армию (1972–1974).

На День Советской армии в 1973 г. в нашу образцовую сержантскую школу Московского военного округа командование пригласило артиста кино В.С. Высоцкого. Он рассказал курсантам, что его отец-фронтовик вышел в отставку, будучи гвардии полковником. Его дед, тоже Владимир Семенович Высоцкий, а также друг детства А.Б. Утевский, с которым В. Высоцкий проживал в Москве на Большом Каретном, – по образованию юристы. Заканчивая свой творческий вечер, Высоцкий по просьбе командира части вручил ценные подарки наиболее отличившимся военнослужащим. Передавая мне в руки облегченные гоночные лыжи, Высоцкий напутствовал: «Пожелаю сержанту Мартышкину, как минимум, выполнить норматив кандидата мастера спорта СССР». Одновременно он поинтересовался моими планами на «гражданке». Я признался, что по примеру деда Высоцкого и его школьного друга намерен получить высшее юридическое образование, однако стесняюсь неблагозвучной фамилии, которая едва ли украсит профессию юриста. «Запомни, сержант, профессия юриста не терпит украшений, – заявил Высоцкий. – Не фамилия украшает человека, а он её своими добрыми де-

лами и правильными поступками». Перебирая струны гитары, он исполнил четверостишие из собственной песни: «У меня было сорок фамилий, у меня было семь паспортов, меня семьдесят женщин любили, у меня было двести врагов».

После демобилизации в ноябре 1974 года я держал на «рабфаке» (подготовительное отделение Казанского университета) ответ перед приемной комиссией. Когда, как мне показалось, я успешно справился с каверзными правовыми вопросами, прозвучал вопрос дополнительный, как приговор: «Вы член КПСС?... Кандидат?... Жаль... К тому же фамилия у вас, молодой человек, неудобнопроизносимая для юриста, – сокрушался один из членов приемной комиссии. – А ну как станете судьей (словно в воду смотрел). Можете такое представить: «Провозглашает приговор именем РСФСР судья Мартышкин»? Курам на смех...» [4].

На этом закончилось моё первое «хождение» в университет. Но мир не без добрых людей... Вслед за мной из аудитории вышел профессор А.Т. Бажанов. Он поддержал меня добрым словом, а узнав, что я лыжник, посоветовал «не раскисать» и повторить «заход» на юрфак на следующий год. По секрету сообщил, что декан факультета В.П. Малков любит спортсменов, он в прошлом чемпион по лыжным гонкам городских студенческих соревнований и при этом отлично учился (получал на старших курсах КГУ именную стипендию им. В.М. Молотова).

Поэтому, несмотря на то, что по месту работы в Пестречинском лесничестве Лаишевского лесхоза мне выдали направление на отделение журналистики, экзамены в 1975 г. я сдавал на дневное отделение факультета «Ильича», как тогда абитуриенты называли юридический факультет Казанского университета. На собеседовании профессор Малков по-отечески поинтересовался, представляю ли я, какими качествами обязан обладать юрист, чтобы быть полезным государству и людям. Я, в свою очередь, привел слова из сочинения гимназиста Симбирской гимназии Александра Ульянова (брата В.И. Ленина): «Чтобы быть полезным обществу и государству, человеку надо иметь: честность, любовь к труду, твердость характера, ум, знания» [8]. Профессор остался доволен ответом: «Примечательно, что независимо от выбора профессии на первое место в служении обществу и государству поставлена честность».

Служить высоким правовым и нравственным идеалам – жизненное кредо юриста Малкова. Первый декан юридического факультета профессор А.Т. Бажанов своевременно разглядел в юном Викторе Малкове будущего ученого: «Очень спо-

собный, даровитый студент» [1]. Нравственные принципы и правовые постулаты твердо усваивают ученики В.П. Малкова...

Вспоминает выпускница юрфака КГУ (1966–1971) А.И. Егорова, ныне судья Верховного Суда Республики Мордовия, почетный работник судебной системы: «Люда Крылова – студентка-инвалид (без одной ноги) – на последнем курсе вышла замуж. И вот незадача, прямо с госэкзаменов её увезли в роддом. ГЭК поручила комиссии принять у неё в родильном доме государственный экзамен. Когда комиссия, которую возглавил В.П. Малков, вместе со старостой курса А.И. Егоровой вошли в больничную палату, роженица кормила дитя. Виктор Павлович, обладающий большим чувством юмора, вначале поздравил студентку-мату с рождением ребенка, затем сообщил ей: «К Вам прибыли члены ГЭК для приема госэкзамена по уголовному праву. Мы привезли с собой живую «шпаргалку», – и показал на Егорову, – берите билет, готовьтесь, а мы выйдем»... «Виктор Павлович, – подала голос «мамочка», – разве Вы нас этому учили? Честности... Советские юристы своих учителей на экзаменах за дверь не выставляют». Затем, взяв в руки билет и посмотрев на спящего ребенка, подумала и произнесла: «Любишь, Люда, с горки кататься, люби и саночки возить». Экзаменуемая на «отлично» ответила на все поставленные вопросы, без предварительной подготовки и без шпаргалки рассказала все, чему учил её В.П. Малков.

Будучи растроган отличным ответом и поведением выпускницы перед членами ГЭК, председатель комиссии украдкой вытер свои влажные от слез глаза. Человеческие эмоции не были чужды и такому сильному человеку, как Виктор Павлович Малков.

Многие выпускники юрфака стремились подражать профессору в его желании формировать правовую культуру и идеологию служения Отечеству, в приемах владения ораторским искусством и коммуникацией. Малков хорошо усвоил один из тезисов «Правил высшего красноречия» законотворца М.М. Сперанского (1772–1839): «Умение писать или говорить непонятно есть нелепость, превосходящая все меры нелепостей» [10].

Предметность спора и конкретность научных суждений, новизна мыслей – это визитная карточка ученого-практика Малкова. Про таких, как он, юрист А.Ф. Кони писал: «Вся его жизнь прошла на службе правовым и нравственным интересам русского народа» [9]. Эти слова должны быть девизом каждого порядочного юриста. Это и ответ начинающему юристу на вопрос, с кого делать

жизнь и кому следует подражать в хорошем понимании этого слова.

Виктор Павлович всегда отличался способностью мобилизовать, сплотить команду единомышленников. Он личность, обладающая неуёмной энергией, юношеским задором, что способствовало формированию в Казанском университете и на факультете славных традиций, среди которых: ежегодная Ленинская эстафета, в которой юристы традиционно являются лидерами; посвящение в первокурсники в доме-музее Ульяновых в с. Кокушкино; празднование Дня юрфака на Лысой горе в верховье Волги; лыжная гонка «патрулей» и т. д. Декан Малков создал на факультете условия, где раскрывались способности студентов, они отлично учились и добивались серьезных результатов в спорте, а сам Малков успевал всюду...

Вспоминаю март 1978 г. Озеро Лебяжье. Республиканские соревнования – гонка Татарстана на 50 км. Среди стартовавших – 120 сильнейших лыжников из всех вузов республики. На марафонской дистанции я выполнил кандидатский норматив мастера спорта. Лучшей наградой мне было поздравление от «самого спортивного декана Казанского университета» В.П. Малкова и заслуженного работника физической культуры и спорта РФ тренера Ю.В. Козлова. Оба педагога искренне радовались, что я выполнил «наказ», данный мне еще в 1973 г. Владимиром Высоцким в армии. Поэтому, когда весной 1979 г. в составе студенческого актива я встречал в Казани Владимира Семеновича, он справедливо посчитал себя причастным к этому спортивному успеху, поскольку из его рук я получил «классные, скользкие лыжи». Он же был первым, кто дал мне вводную в профессию юриста. Казанский университет В.С. Высоцкий считал «страной вечной юности, где учится талантливая молодежь». В отличие от октября 1977 г., когда Высоцкий давал концерты в течение недели, последнее его пребывание в Казани было скоротечно. После единственного выступления в молодежном центре он почувствовал недомогание. Тогда же Высоцкого спросили: «Какой бы вопрос вы задали себе на творческом вечере?». Он ответил: «Вопрос, на который хотел бы получить ответ: сколько мне еще отмерено годов, месяцев, дней?». В.П. Малков, скупой на похвалу, с уважением и пониманием относился к творчеству Высоцкого.

Всегда и во всем ученый и романтик Виктор Малков поддерживал и помогал талантливым студентам. Он приветствовал мое обучение на факультете общественных профессий (ФОП) по специальности «Журналистика», поддерживал литературную студию «ARS», которую вели чле-

ны Союза писателей СССР Геннадий Паушкин и Николай Беляев. Студийцы-юристы печатались в общеуниверситетской газете «Ленинец» (ныне «Казанский университет»), республиканских «Комсомолец Татарии», «Вечерняя Казань», выступали на республиканском радио. Однажды меня пригласили в Москву в телестудию «Останкино», где вместе с певцом А. Новиковым и киноактрисой Н. Варлей я принял участие в передаче М. Кожухова «Сделай шаг». Наталье Варлей понравились мои вирши, напечатанные в сборнике стихов казанских студентов. На титульном листе она написала: «С пожеланием добра и творчества. Н. Варлей».

Виктору Павловичу Малкову 8 октября 2016 года исполнится 85 лет. Он молод душой и до сей поры неравнодушен к стихам о Казани. Вот одно из моих, которое Учителю нравится. Пусть добро, которое делает людям профессор В.П. Малков, возвращается ему сторицей!

Казань

Облетают деревья,
Остывает вода.
Я прощаюсь с Казанью
Навсегда, навсегда.

Вспоминаю все чаще
Этот город и Вас.
Тенью лиственной чащи
День окатывал нас.

Чей-то голос печальный
Ветер с Волги к нам нес,
И шумело ночами
Твое сено волос.

Облетели деревья,
И остыла вода.
Я простился с Казанью
Навсегда, навсегда [6].

Пристатейный библиографический список

1. Багаутдинов Ф.Н. Даровитый студент, ставший известным ученым // Научный Татарстан. 2011. № 4. С. 218.
2. Багаутдинов Ф.Н. Университет. Юрфак. Бажанов. Казань, 2007. С. 8.
3. Высоцкий В. Соч.: в 2 т. Екатеринбург, 1994. Т. 1. С. 34.
4. Курышев Г.А., Баргова Т.С., Литюшкин В.И., Мартышкин В.Н. Верховный Суд Республики Мордовия. Саранск, 2008. С. 238.

5. Малков В.П. Избранные труды. Соч.: в 3 т. Казань, 2011. Т. 1. С. 8.
6. Мартышкин В.Н. А судьи кто? Поэты // Судья. 2009. № 3–4. С. 36.
7. Мартышкин В.Н. Из дневника воспоминаний. Саранск–Казань: узы дружбы / под ред. Т.С. Барговой. Саранск, 2005. С. 106–111.
8. Мартышкин В.Н. Патриотизм – доминирующий вектор национальной правовой политики современной России // Юридическая наука. 2015. № 3. С. 20.
9. Мартышкин В.Н. Перед судом все равны // Судья. 2009. № 3–4. С. 16.
10. Сперанский М.М. О коренных законах государства. М., 2015. С. 21.

References (transliterated)

1. Bagautdinov F.N. Darovityj student, stavshij izvestnym uchenym // Nauchnyj Tatarstan. 2011. № 4. S. 218.
2. Bagautdinov F.N. Universitet. Jurfak. Bazhanov. Kazan', 2007. S. 8.
3. Vysockij V. Soch.: v 2 t. Ekaterinburg, 1994. T. 1. S. 34.
4. Kuryshev G.A., Bargova T.S., Litjushkin V.I., Martyshekin V.N. Verhovnyj Sud Respubliki Mordovija. Saransk, 2008. S. 238.
5. Malkov V.P. Izbrannye trudy. Soch.: v 3 t. Kazan', 2011. T. 1. S. 8.
6. Martyshekin V.N. A sud'i kto? Pojety // Sud'ja. 2009. № 3–4. S. 36.
7. Martyshekin V.N. Iz dnevnika vospominanij. Saransk–Kazan': uzy družby / pod red. T.S. Bargovoj. Saransk, 2005. S. 106–111.
8. Martyshekin V.N. Patriotizm – dominirujushhij vektor nacional'noj pravovoj politiki sovremennoj Rossii // Juridicheskaja nauka. 2015. № 3. S. 20.
9. Martyshekin V.N. Pered sudom vse ravny // Sud'ja. 2009. № 3–4. S. 16.
10. Speranskij M.M. O korennyh zakonah gosudarstva. M., 2015. S. 21.

Московская городская коллегия адвокатов «Московская гильдия адвокатов и юристов»

Moscow city Bar Collegium's «Moscow Guild of lawyer and legal advisers»

осуществляет квалифицированную юридическую помощь по следующим направлениям:

- правовое обслуживание бизнеса (представление интересов предпринимателей в арбитражных судах всех инстанций; защита чести, достоинства и деловой репутации; защита права собственности, владения; арендные отношения с федеральными и муниципальными органами власти; претензионное производство; досудебное урегулирование споров на этапе переговоров; правовое сопровождение антикризисных процедур);
- уголовное право, ведение уголовных дел различной категории, защита на предварительном расследовании и в суде (более 100 успешно проведенных дел: прекращение на стадии расследования, условное осуждение, мировые соглашения), защита прав потерпевших от преступлений; условно-досрочное освобождение (неоднократно добивались положительных результатов);
- гражданское право (бракоразводные процессы, раздел имущества, определение порядка общения с ребенком; признание права собственности на квартиру, долю в квартире, выселение; споры с ТСЖ; споры со страховыми компаниями (ОСАГО, КАСКО)).

Вы можете обратиться к нам по адресу:

Юридический адрес: 115404, Россия, г. Москва, ул. Бирюлевская, д. 5, корп. 2, оф. 402.

Адрес для корреспонденции: 121601, г. Москва, Филевский бул., д. 37, оф. 88.

Телефоны: +7(926) 189-50-90, +7(903) 125-28-55

Веб-сайт коллегии: www.mos-guild.com

Мартынюк Р.С.

ОСОБЕННОСТИ ФУНКЦИОНАЛЬНОЙ ПРИРОДЫ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЮРИСДИКЦИИ

Цель: Обоснование идеи выделения контрольной ветви государственной власти, исследование особенностей функциональной природы органов конституционной юрисдикции, их отличий от судов общей юрисдикции; анализ сущностных различий интерпретационных актов органов специализированного конституционного контроля и прецедентных судебных решений.

Методология: В статье использованы сравнительно-правовой и формально-юридический методы исследования.

Результаты: В данной работе исследованы отличительные черты функциональной природы органов конституционной юрисдикции, указывающие, в частности, на принципиальные различия между специализированным конституционным нормоконтролем и правосудием.

Новизна/оригинальность/ценность: Научная и практическая ценность статьи отражена в анализе особенностей функциональной природы органов конституционной юрисдикции, а также сущностных отличий актов органов специализированного конституционного контроля как от прецедентных решений высших судов стран общего права, так и нормативных актов.

Ключевые слова: контрольная власть, специализированный конституционный контроль, правосудие, функциональная природа органов конституционной юрисдикции, акты, правовые позиции органов специализированного конституционного контроля.

Martyniuk R.S.

SPECIAL ASPECTS OF THE FUNCTIONAL NATURE OF THE BODIES OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Purpose: Substantiating the idea of separation of the control branch of the state power, investigation of the distinctive features of the functional nature of the bodies of the constitutional jurisdiction, their difference from the courts of general jurisdiction; research fundamental differences of the interpretative acts of the bodies of the specialized constitutional control and precedential court decisions.

Methodology: The comparative legal and formal-legal research methods are applied in this article.

Results: Distinctive features of the functional nature of the bodies of the constitutional jurisdiction specifying fundamental differences between specialized constitutional regulatory control and justice have been investigated in this article.

Novelty/originality/value: Research and practical value of the article is reflected in the analysis of the distinctive features of the functional nature of the bodies of the constitutional jurisdiction as well as in the analysis of the essential differences of the acts of the bodies of specialized constitutional control both from the precedential decisions of the supreme courts of the common-law countries and from the regulations.

Keywords: supervising authority, specialized constitutional control, justice, functional nature of the bodies of the constitutional jurisdiction, acts, legal views of the bodies of specialized constitutional control.

Правовая форма организации и деятельности государственной власти требует существования органа специализированного конституционного контроля, уполномоченного принимать окончательные по своему характеру решения о конституционности актов других высших органов государственной власти. Отсутствие такой контрольной инстанции чревато опаснейшими превышениями органами государственной власти границ их конституционной компетенции [17, с. 346, 347]. До появления на европейском континенте конституционных судов деятельность органов законодательной и исполнительной властей неизбежно являла бесконтрольной, как только определенный властвующий субъект чувствовал себя достаточно сильным, чтобы решиться игнорировать формальные конституционные ограничения.

Появление и дальнейшее развитие института конституционного правосудия повлекли тенденцию к пересмотру устоявшейся концепции о триаде властей. Упомянутая тенденция имеет объективное основание. Буквальное восприятие идеи Ш.-Л. Монтескье о структурно-функциональной дифференциации государственной власти на ее законодательную, исполнительную и судебную ветви на современном этапе развития республиканской государственности характеризует только классическую президентскую республику, которая является «архаичной» и, по сути, исчезающей формой правления. Очевидно, что организация современного демократического, правового государства предполагает существование не только органов законодательной, исполнительной и судебной властей. Такие составляющие

являются «традиционными» для современной республиканской организации государственной власти с самого начала ее возникновения. Единая и целостная государственная власть осуществляется, прежде всего, органами, которые определяются как органы законодательной, исполнительной и судебной власти. Эти органы и воплощают соответствующие три основные функции государственной власти. Однако приведенными функциями государственно-властная деятельность не исчерпывается, поэтому не исключается возможность научного определения других функций государственной власти кроме определенных трех основных [14, с. 292].

Принимая во внимание стремительное развитие и усложнение структуры механизма современного государства, формирование новых функционально ориентированных отраслей власти представляется неизбежным [10, с. 117]. Неудивительно, что попытка выделения и обоснования особенной функциональной природы контрольной власти стала характерной чертой развития современной государственно-правовой теории [8, с. 9]. Тенденция выделения контрольной власти отражается в содержании конституционного законодательства многих стран. Это содержание свидетельствует не о выделении обособленных контрольных органов в рамках отдельной «классической» ветви государственной власти, а о формировании фактически самостоятельной ветви власти, равностатусной трем другим (законодательной, исполнительной и судебной). Процесс выделения контрольной власти, однако, в различных государственно-правовых системах обнаруживает существенные различия. Во многих странах идея о самостоятельной контрольной ветви власти остается собственно идеей, в других эта идея приобрела более или менее целостное концептуальное оформление и конституционно-правовое выражение.

В основе идеи выделения контрольной ветви власти лежит осознание организационной и функциональной специфики органов, которые ее олицетворяют. Эти органы не устанавливают общих правил поведения, не уполномочены на управленческие действия, а также не осуществляют правосудие по делам, подведомственным судам общей юрисдикции. Объектом деятельности органов контрольной власти являются акты и действия других органов государственной власти, а предметом – конституционность или законность актов и действий подконтрольных субъектов.

Специализированные контрольно-надзорные органы занимают обособленное положение

в структуре государственного аппарата: они не являются структурной составляющей одной из традиционных ветвей власти, не подчинены какому-либо органу государственной власти, поскольку в противном случае не смогли бы осуществлять свои полномочия в отношении тех, кому подчинены. Функциональная специализация контрольно-надзорных органов обуславливает и другую специфику организации их системы: эти органы действуют также совершенно независимо друг от друга, между большинством из них вообще отсутствуют какие-либо элементы подчинения. Независимость контрольно-надзорных органов как друг от друга, так и от органов, которые формируют их, является важной гарантией самой возможности осуществления беспристрастного и эффективного контроля за деятельностью подконтрольных субъектов.

Выделение самостоятельной контрольной ветви власти обусловлено вескими причинами. Реальный суверенитет народа предполагает, что народ через своих представителей не только создает законы, организует их исполнение, решает правовые споры, но и осуществляет контроль за всеми этими процессами. В частности, появление органов специализированного конституционного контроля отражает факт недостаточности неспециализированных форм конституционного контроля и, прежде всего, парламентского контроля главой государства и исполнительными органами, а также необходимость введения контроля за самим парламентом, деятельность которого находится под активным влиянием политических партий [11, с. 35]. Функциональное предназначение органа конституционной юрисдикции заключается в том, чтобы компенсировать недостаточность собственных полномочий других органов государственной власти при необходимости восстановления нарушенного в результате их деятельности баланса властей. Следовательно, наличие более или менее развитой системы специализированных контрольно-надзорных органов является обязательным атрибутом механизма современного правового государства.

Структурно-функциональная обособленность контрольной власти, ее независимость от других ветвей власти позволяет осуществлять специализированный контроль всеми органами и должностными лицами государственного аппарата. Особенно это касается специализированных органов конституционной юрисдикции, которые концентрируют и олицетворяют в себе признаки контрольной власти. Функциональная природа органов специализированного конституционного

контроля отражает саму сущность контрольной власти со всеми ее необходимыми атрибутами. Имея специализированный предмет контроля и реализуя свою функцию через особый механизм защиты конституции, конституционные суды и подобные им органы образуют высшую (специализированную) форму конституционного контроля [7, с. 8].

Функциональная специализация и имеющаяся конституционно-правовая регламентация статуса органов конституционной юрисдикции вызывают в профессиональной среде интеллектуальные усилия, направленные на осмысление самобытной природы этих органов и обоснование их самостоятельности, в частности, в отношении судов общей юрисдикции. Как следствие, в науке конституционного права вопрос о принадлежности или непринадлежности конституционных судов и подобных им органов к судебной власти, а следовательно, об их функциональной природе, стал, скорее, предметом дискуссии, а не научной догмы. Такая дискуссия может только приветствоваться: адекватное теоретическое обоснование функциональной природы, принципов организации и форм деятельности органов конституционной юрисдикции помогает лучше понять их роль в механизме современного государства, выработать необходимые юридические гарантии их независимого статуса, в конце концов, определить оптимальные формы конституционно-правовой организации органов специализированного конституционного контроля, достичь максимального функционального эффекта в их деятельности.

Очевидно, что органы специализированного конституционного контроля обладают определенной спецификой, которая отличает их от обычных судов (в том числе и таких специальных, как, например, административные суды) и от политических высших органов государства (президент, парламент, правительство), что находит отражение в природе органов конституционной юрисдикции, которая, по мнению многих исследователей, носит двоякий характер. В специальной литературе утверждается, в частности, что органы, специализированно осуществляющие конституционный контроль, «не в полной мере соответствуют представлению о судах как о традиционных органах судебной власти, осуществляющих правосудие» [19, с. 26]; указывается, что орган конституционного контроля – это «не суд, но все-таки достаточно похожий на него орган» [2, с. 594]. Показательно, что некоторые авторы, воспринимая, пусть с оговорками, точку зрения на органы конституционной юрисдикции

как элемент судебной власти [6, с. 31], указывают на доктринально-нормативную природу актов этих органов [4, с. 14]. Сочетание доктринальных и нормативных начал в актах конституционного суда дает исследователям основание рассматривать его как нечто «большее, чем суд» и называть «квазиправотворцем» [6, с. 31].

Различия в теоретических подходах осмысления функциональной природы органов конституционного контроля обуславливают особенности национальной конституционно-правовой регламентации их статуса.

Конституционные суды – органы государственной власти, деятельность которых осуществляется в процессуальных формах, которые сближают их с судами общей юрисдикции [18, с. 173]. Этим внешним признаком почти исчерпывается сходство органов конституционной юрисдикции с общими судами. Однако на основании этого вторичного критерия во многих новейших конституциях соответствующие органы рассматриваются как один из элементов судебной власти, и регламентация их статуса в структуре конституции не выделяется, положения о них включены в раздел конституции, посвященный судебной власти. Такой подход прослеживается в Основных законах Азербайджана, Армении, Грузии, Кыргызстана, Словакии, России, Таджикистана, Узбекистана, Чехии и др. Конституция Азербайджана 1995 г. (ст. 125), например, включая орган конституционной юрисдикции в перечень субъектов, осуществляющих «судебную власть... посредством правосудия», закрепляет также положение о том, что «судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, уголовного судопроизводства и других форм, предусмотренных законом». Конституция Грузии 1995 г. (ст. 82) указывает, что «судебная власть осуществляется посредством конституционного контроля, правосудия и в установленных законом иных формах». Конституция Эстонии 1992 г. возлагает функцию конституционного контроля на Государственный Суд – высший судебный орган страны. В Кыргызстане в составе Верховного суда действует Конституционная палата – орган, осуществляющий конституционный контроль.

Отнесенность в конституционном тексте органа конституционной юрисдикции к судебной власти свидетельствует, однако, о вполне формальной связи органов специализированного конституционного контроля с судами общей юрисдикции. Отсутствие реальных функциональных взаимосвязей между конституционным судом и общими судами, которые бы давали достаточное основа-

ние считать все упомянутые органы элементами единой целостной судебной системы, отчетливо прослеживается в содержании нормативных положений, которыми определяется компетенция органа конституционного контроля.

Законодательство ряда стран, хотя и включает органы, осуществляющие конституционное правосудие, в состав судебной системы, наделяет их при этом принципиальной автономией по отношению к другим судам. Так, например, Конституция Украины 1996 г. в разделе VIII «Правосудие» (ст. 124) отмечает, что судопроизводство в Украине осуществляется Конституционным Судом Украины и судами общей юрисдикции. Вместе с тем, институту конституционного правосудия Основной закон Украины посвящает отдельный раздел XIII под соответствующим названием «Конституционный Суд Украины». Тенденция выделения контрольной ветви власти, олицетворенной органами конституционной юрисдикции, прослеживается и в содержании новейших основных законов таких стран Центральной и Восточной Европы, как Македония, Молдова, Словения, Хорватия.

В конституциях многих стран (Болгария, Венгрия, Испания, Италия, Казахстан, Литва, Польша, Франция и др.) органы специализированного конституционного контроля рассматриваются вполне обособленным элементом государственного механизма. В частности, отчетливо проведено структурно-функциональное разграничение между общими судами и органом конституционной юрисдикции в Конституции Литвы 1992 г.: главе, посвященной правосудию вообще (под названием «Суд»), здесь предшествует глава «Конституционный Суд». Примечательны и другие положения упомянутой Конституции. Указывая, что «правосудие в Литовской Республике осуществляется судами», к последним Основной закон Литвы (ст. 109, 111) относит «Верховный Суд Литвы, Апелляционный суд Литвы, окружные и апилинковые суды». Конституционный Суд, как видим, в этот список не попадает. В Конституции Болгарии 1991 г. прослеживается схожий подход: помещая регламентацию судостройства и статуса органа конституционной юрисдикции в различные главы (шестая и восьмая соответственно), Конституция (ст. 119) специально подчеркивает, что «правосудие осуществляется Верховным кассационным судом, Верховным административным судом, апелляционными, окружными, военными и районными судами». Конституционный Суд в перечне, как и в предыдущем случае, не упоминается.

В Основном законе Польши 1997 г. статус общих судов и органа конституционной юрисдикции определяется в едином разделе VIII. Однако само название упомянутого раздела – «Суды и трибуналы» – указывает на четкое различие составителями Конституции институтов правосудия и конституционного нормоконтроля. Ст. 175 Конституции указывает, что «отправление правосудия в Республике Польша осуществляют Верховный Суд, общие суды, административные суды, а также военные суды».

Тенденция выделения контрольной ветви власти четко прослеживалась и в первичной редакции Конституции Республики Беларусь 1994 г. Эта редакция содержала специальный раздел под названием «Государственный контроль и надзор», который начинался с главы «Конституционный Суд Республики Беларусь». К системе высших контрольно-надзорных органов, кроме Конституционного Суда, Основной закон Беларуси относил Прокуратуру и Контрольную палату.

Важно отметить, что осуществляемый органами конституционной юрисдикции контроль по характеру и содержанию является конституционным и лишь по форме – судебным. К тому же внешнее сходство конституционного правосудия с формой правосудия, которая применяется в судах общей юрисдикции, является лишь частичным [16, с. 27]. Фактически специализированный конституционный контроль, олицетворяемый органами конституционной юрисдикции, не проявляет функциональной тождественности с правосудием, которое осуществляют суды общей юрисдикции. С этой позиции органы конституционной юрисдикции могут быть определены как квазисудебные органы. Представляется верной точка зрения, что органы конституционной юстиции «не совсем суды», в том смысле, что их отнесение к органам судебной власти весьма условно, и «попытки выделения соответствующей подсистемы судебной системы или ветви судебной власти наталкиваются на непреодолимые смысловые проблемы, обусловленные правовой природой нормоконтроля» [12, с. 26].

Действительно, органы специализированного конституционного контроля – это органы государственной власти, которые принимают правовые решения в соответствии с формализованной процедурой, проявляющей определенную общность с обычным судопроизводством. В то же время они являются органами политическими с точки зрения порядка своего формирования, часто состава, а самое важное – по характеру дел, которые ими рассматриваются. Предмет этих дел – кон-

ституционно-правовые вопросы, которые всегда имеют политический смысл и значение. Конституция является основным законом государства, и ключевой предмет конституционно-правового регулирования – государственно-политические отношения властвования. Итак, поскольку любой конституционно-правовой вопрос прямо или, по крайней мере, косвенно касается организации государственной, то есть политической власти, он в этом смысле слова является политическим.

Вместе с тем, только в данном смысле возможно говорить о политическом характере органов конституционной юрисдикции. Они не являются такими политическими органами, как другие высшие конституционные органы государства, непосредственно участвующие в политическом процессе, в принятии политических решений или в осуществлении политического по содержанию контроля. Подобный характер органов специализированного конституционного контроля противоречил бы самому их функциональному предназначению в государственно-правовой системе и поэтому прямо запрещается законодательством многих стран. Для минимизации политических факторов в деятельности соответствующих органов применяется, в частности, правило «связанной инициативы», особый порядок их формирования и нормативные ограничения предмета их деятельности (органы конституционной юрисдикции принимают к рассмотрению только те дела, которые касаются конституционно урегулированных вопросов). В своих актах органы конституционной юрисдикции часто подчеркивают, что политика находится вне сферы их контроля, а принцип политической целесообразности не может быть критерием рассмотрения дел.

Определение органов специализированного конституционного контроля как внеполитических и максимально дистанцированных от реального политического процесса, вместе с тем, не отрицает того очевидного факта, что в силу особенностей юридических характеристик своих актов упомянутые органы определяющим образом влияют на всю систему координат государственно-правовой жизни страны. По сути, роль органов конституционной юрисдикции в государственном механизме определяется юридическими характеристиками самой конституции. Чаще всего объектом интерпретационной деятельности соответствующих органов выступают нормы основного закона государства. Конституция имеет высшую юридическую силу. Принцип верховенства конституции требует, чтобы законы и другие нормативно-правовые акты принимались исключительно на ос-

нове конституции и отвечали ей. Учитывая квазинормативную природу правовых позиций органа конституционной юрисдикции, следует считать, что приведенный принцип в полной мере распространяется и на его интерпретационные акты. Последние, однако, не только основываются на положениях основного закона, но и «принимают» на себя юридические характеристики конституционных норм, которые они толкуют [13, с 51] и вместе с которыми применяются. Упомянутое обстоятельство обуславливает высшую юридическую силу актов органов конституционной юрисдикции и императивную значимость сформулированных в этих актах правовых позиций для остальных высших органов государства.

Фактически применение норм конституции в конституционно-правовых отношениях не может осуществляться без учета или, тем более, вопреки правовым позициям органа конституционной юрисдикции. Сама процедура конституционного контроля завершается исполнением решений конституционного суда другими органами государственной власти. Таким образом, осуществляя «негативное правотворчество» и интерпретационную деятельность, органы конституционной юрисдикции непосредственно влияют на правоприменительную практику и опосредованно – на процесс нормотворчества подконтрольных им субъектов. В этом отражается определяющая черта функциональной природы органов специализированного конституционного контроля и их компетенционных взаимосвязей с «политическими» органами государственной власти.

На структурно-функциональную автономию единственного органа конституционной юрисдикции в отношении общих судов указывает, кроме прочего, тот факт, что орган специализированного конституционного контроля не пребывает в таких системных компетенционных связях с общими судами, как, например, высший орган в системе общих судов, и в этом отношении орган конституционной юрисдикции сложно назвать элементом судебной системы. Поэтому то обстоятельство, что регламентация конституционно-правового статуса соответствующего органа, как это часто отражено в содержании конституционных текстов, частично осуществлена в разделе о судебной власти, ни в коей мере не должно рассматриваться как свидетельство функциональной сопряженности деятельности органа конституционной юрисдикции с деятельностью судов общей юрисдикции.

Функциональная самобытность органов специализированного конституционного контроля

отражена в природе принимаемых ими актов. По ряду своих характеристик эти акты обнаруживают сходство с судебными прецедентами. Такое сходство, однако, не дает оснований отождествлять акты органов специализированного конституционного контроля с прецедентными решениями высших судов стран общего права. Важно, в частности, обратить внимание на тот факт, что органы конституционной юрисдикции принимают свои акты всегда в связи с необходимостью толкования норм позитивного права. Упомянутая интерпретация имеет место даже тогда, когда основанием принятия акта является проверка соответствия конституции норм законодательства, и принятое органом конституционного контроля решение не оформляется в специальный акт толкования. Фактически толкованием конституции сопровождается рассмотрение конституционным судом любого дела. В этом смысле любой акт конституционного правосудия – интерпретационный. Отсюда и определение в специальной литературе соответствующих актов как интерпретационных. Появление интерпретационного акта невозможно без предшествующей ему нормы позитивного права, образующей объект его толкования. Прецедентные решения, вместо того, обнаруживают лишь частичную обусловленность нормами позитивного права. Более того, такая обусловленность может отсутствовать вообще. Прецедентное решение появляется совсем не обязательно как результат судебного толкования норм законодательства. Его появление может вызвать объективная необходимость правового решения ситуации, не урегулированной нормами позитивного права.

В странах общего права признание за судами правотворческой роли фактически определяет постоянную и жесткую зависимость законодательства от прецедентов. Такая зависимость сохраняется даже в случае принятия закона, который иначе регулирует общественные отношения, предварительно регулируемые прецедентным правом. Аннулирование законом определенных прецедентов означает лишь то, что на суды возлагается задача создать новые прецеденты взамен тех, действие которых было прекращено законом. Подобная относительная значимость законодательства в механизме правового регулирования невозможна в странах, где функцию конституционного правосудия олицетворяют органы конституционной юрисдикции.

Функциональная природа судебной власти раскрывается в определенных процессуальных формах защиты прав физических и юридических лиц. В процессе осуществления общего право-

судия косвенно обеспечивается правовая охрана конституции. Поэтому соответствующие прецедентные решения всегда связаны с попытками судебной защиты нарушенного субъективного права. Такие попытки являются непосредственной причиной появления прецедента, а конституционный нормоконтроль, который осуществляется в процессе выработки прецедентного решения, является объективно необходимым, но только технически-вспомогательным средством решения вопроса о защите права физического или юридического лица. К тому же в странах общего права судебная защита субъективного права сопровождается конституционным нормоконтролем далеко не всегда.

Функциональное предназначение органов специализированного конституционного контроля – обеспечение верховенства конституции в национальной правовой системе путем оценки конституционности норм законодательства и интерпретационной деятельности.

Основания осуществления специализированного конституционного нормоконтроля не исчерпываются случаями нарушения неконституционными актами основных (конституционных) прав человека и гражданина, поэтому акты конституционного правосудия могут быть совсем не связанными с потребностями защиты субъективного права. Фактически даже в национальных правовых системах, которым известен институт индивидуальной конституционной жалобы, защита прав физического лица может рассматриваться только как опосредованный, а не непосредственный результат «негативного правотворчества» органов специализированного конституционного контроля: предметом соответствующего конституционного производства остается проверка конституционности норм права.

Существенно и то, что прецедентные решения являются обязательными к применению только судебными органами, в то время как акты органов конституционной юрисдикции обязательны для всех субъектов, чьи правоотношения охватываются сферой действия этих актов. К тому же акты органов конституционной юрисдикции, в отличие от решений судов общей юрисдикции, имеют окончательный характер и не могут быть обжалованы.

В юридической науке общепринятым является понимание актов органов конституционной юрисдикции как разновидности интерпретационных актов. Интерпретационный акт конституционного правосудия применяется исключительно вместе с нормативным актом – объектом

его толкования, является «тенью» норм, которые он толкует, «воспринимает» на себя их юридическую силу и разделяет их «юридическую судьбу». В то же время акты органов специализированного конституционного контроля обладают существенной спецификой, которая принципиально отличает их от других видов интерпретационных актов. Эта специфика заключается в том, что в структуре актов органов конституционной юрисдикции имеются доктринально-нормативные элементы, известные как правовые позиции упомянутых органов. Будучи выражением высших конституционных ценностей, правовые позиции органа конституционной юрисдикции проявляют доктринально-нормативную природу [6, с. 31, 32] и являются своеобразными основополагающими источниками права. Однажды сформулированная в соответствующем акте правовая позиция приобретает общенормативное значение и в дальнейшем может неоднократно применяться вне связи с обстоятельствами дела, по поводу которого конституционным судом было принято решение [9, с. 8, 14]. Создаваемое совокупностью правовых позиций органа конституционной юрисдикции своеобразное «право принципов» формирует, по сути, официальную государственно-правовую доктрину и потому должно образовывать, вместе с конституцией государства, нормативную основу национальной системы права [3, с. 166, 170].

Поскольку правовая позиция конституционного суда выражает доктринальный уровень правовой компетентности, ее юридическая сила, представляется, не может зависеть от сохранения юридической силы самого интерпретационного акта, в котором она сформулирована. Принципы права, непосредственно сформулированные органом конституционной юрисдикции в его актах или вытекающие из общего смысла его правовых позиций, являются специфическими источниками права. Не вызывая правоотношений непосредственно, они одновременно имеют высшую юридическую силу и императивное значение для субъектов, наделенных нормотворческими и правоприменительными полномочиями. Упомянутый вид правотворчества выступает как объективное следствие, а не непосредственная цель реализации органом конституционной юрисдикции его функции обеспечения верховенства основного закона.

Вместе с тем, несмотря на наличие в структуре актов органов конституционной юрисдикции доктринально-нормативных элементов, вряд ли возможно найти серьезные аргументы отождествления правовой природы этих актов с норматив-

ными актами. Интерпретационные акты органов специализированного конституционного контроля принципиально отличаются от нормативных актов, поскольку эти органы не осуществляют правотворческой функции в ее классическом проявлении. Если, например, закон устанавливает общеобязательные правила поведения (модели общественных отношений), то интерпретационный акт органа конституционного контроля только обнаруживает их путем толкования нормативного акта. Акт конституционного правосудия создает правовые последствия только в связи с реализацией правовых норм, толкование которых вызывает его появление, и не обладает собственной практической значимостью. Акты органов специализированного конституционного нормоконтроля, таким образом, нельзя рассматривать как средство непосредственного правового регулирования, поскольку они выполняют в отношении такого регулирования опосредованную роль [15, с. 100]. И хотя правовые позиции органов конституционной юрисдикции «вплотную приближаются к понятию «источник права» [1], непосредственное правовое регулирование выходит за пределы компетенции этих органов. Органы конституционного контроля могут только преодолевать правовые пробелы, интерпретируя более общие по содержанию конституционные положения (например, нормы-принципы), которые регулируют соответствующие правоотношения косвенно [5, с. 76]. Поэтому акты конституционного правосудия, несмотря на то, что они содержат доктринально-нормативные элементы, остаются по своей природе интерпретационными.

Пристатейный библиографический список

1. Абдрасулов Е. Правообразование и правопреемство в нормативных постановлениях Конституционного совета РК [Электронный ресурс]. URL: <http://www.zakon.kz>.
2. Авакьян С. Конституционное право России: Учебный курс: в 2 т. М.: Юрист, 2005. Т. 2.
3. Бержель Жан-Луи. Общая теория права. М.: NOTA BENE, 2000.
4. Бондарь Н. Акты конституционного правосудия как источники права: их нормативно-доктринальная природа // Национальная государственность и европейские интеграционные процессы: в 2 т. Т. 1. Национальное законодательство и его гармонизация с правом Европейского Союза: сб. науч. тр. Минск, 2008. С. 14–26.
5. Бондарь Н. Конституционные пробелы и конфликты как отражение социальных противоречий: в контексте практики Конституционного Суда РФ // Экономический вестник Ростовского государственного университета. 2010. Т. 8. № 1. С. 70–79.

6. Бондарь Н. Конституционный Суд России: не «квазисуд», а больше, чем суд // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С. 28–34.
7. Воеводина Т. Конституционный Суд Российской Федерации как гарант реализации принципа «системы сдержек и противовесов» в системе разделения властей Российской Федерации // Вестник Российской правовой академии. 2009. № 3. С. 7–12.
8. Денисов С. Формирование контрольной ветви власти и ограничение коррупции // Государство и право. 2002. № 3. С. 9–16.
9. Кажлаев С. Генезис правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2007. № 3. С. 8–14.
10. Керимов А. Современное государство: вопросы теории. М.: Норма, 2008.
11. Клишас А. Конституционная юстиция в зарубежных странах. М.: Междунар. отношения, 2004.
12. Ливеровский А., Петров М. Органы конституционного нормоконтроля как «квазисуды» // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С. 23–28.
13. Саликов М. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие и система // Правоведение. 2003. № 5. С. 49–59.
14. Шаповал В. Принцип разделения властей и эволюция конституционных статусов Президента Украины и кабинета министров Украины // Конституционные преобразования в Украине: история, теория и практика: монография / под ред. М.Ф. Орзиха. К.: Юринком Интер, 2013.
15. Шаповал В. Сучасний конституціоналізм: Монографія. К.: Салком, Юрінком Інтер, 2005.
16. Шаповал В. Суцностні характеристики конституційного контролю // Право України. 2005. № 3. С. 23–27.
17. Эсмен А. Общія основанія конституційного права. СПб., 1898.
18. Юдин Ю. Модели конституционного правосудия // Сравнительное конституционное право: монография / под ред. А.И. Ковлера, В.Е. Чиркина, Ю.А. Юдина. М.: Манускрипт, 1996.
3. Berzhel' Zhan-Lui. Obshhaja teorija prava. M.: NOTA BENE, 2000.
4. Bondar' N. Akty konstitucionnogo pravosudija kak istochniki prava: ih normativno-doktrinal'naja priroda // Nacional'naja gosudarstvennost' i evropejskie integracionnye processy: v 2 t. T. 1. Nacional'noe zakonodatel'stvo i ego garmonizacija s pravom Evropejskogo Sojuza: sb. nauch. tr. Minsk, 2008. S. 14–26.
5. Bondar' N. Konstitucionnyye probely i konflikty kak otrazhenie social'nyh protivorechij: v kontekste praktiki Konstitucionnogo Suda RF // Jekonomicheskij vestnik Rostovskogo gosudarstvennogo universiteta. 2010. T. 8. № 1. S. 70–79.
6. Bondar' N. Konstitucionnyj Sud Rossii: ne «kva-zisud», a bol'she, chem sud // Zhurnal konstitucionnogo pravosudija. 2010. № 3. S. 28–34.
7. Voevodina T. Konstitucionnyj Sud Rossijskoj Federacii kak garant realizacii principa «sistemy sderzhkek i protivovesov» v sisteme razdelenija vlastej Rossijskoj Federacii // Vestnik Rossijskoj pravovoj akademii. 2009. № 3. S. 7–12.
8. Denisov S. Formirovanie kontrol'noj vetvi vlasti i ogranichenie korrupcii // Gosudarstvo i pravo. 2002. № 3. S. 9–16.
9. Kazhlaev S. Genезis pravovyh pozicij Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii // Zhurnal rossijskogo prava. 2007. № 3. S. 8–14.
10. Kerimov A. Sovremennoe gosudarstvo: voprosy teorii. M.: Norma, 2008.
11. Klishas A. Konstitucionnaja justicija v zarubezhnyh stranah. M.: Mezhdunar. otnoshenija, 2004.
12. Liverovskij A., Petrov M. Organy konstitucionnogo normokontrolja kak «kvazisudy» // Zhurnal konstitucionnogo pravosudija. 2010. № 3. S. 23–28.
13. Salikov M. Pravovye pozicii Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii: ponjatje i sistema // Pravovedenie. 2003. № 5. S. 49–59.
14. Shapoval V. Princip razdelenija vlastej i jevoljucija konstitucionnyh statusov Prezidenta Ukrainy i kabineta ministrov Ukrainy // Konstitucionnye preobrazovanija v Ukraine: istorija, teorija i praktika: monografija / pod red. M.F. Orziha. K.: Jurinkom Inter, 2013.
15. Shapoval V. Suchasnij konstitucionalizm: Monografija. K.: Salkom, Jurinkom Inter, 2005.
16. Shapoval V. Sushhnostnye harakteristiki konstitucionnogo kontrolja // Pravo Ukrainy. 2005. № 3. S. 23–27.
17. Jesmen A. Obshhija osnovanija konstitucionnogo prava. SPb., 1898.
18. Judin Ju. Modeli konstitucionnogo pravosudija // Sravnitel'noe konstitucionnoe pravo: monografija / pod red. A.I. Kovlera, V.E. Chirkina, Ju.A. Judina. M.: Manuskript, 1996.

References (transliterated)

1. Abdrasulov E. Pravoobrazovanie i pravopreobrazovanie v normativnyh postanovlenijah Konstitucionnogo soveta RK [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://www.zakon.kz>.
2. Avak'jan S. Konstitucionnoe pravo Rossii: Uchebnyj kurs: v 2 t. M.: Jurist#, 2005. T. 2.

Ямалетдинова Н.В.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ, МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ОСНОВЫ СОЦИАЛЬНОГО АУДИТА ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Цель: Определить основы социального аудита деятельности правоохранительных органов.

Методология: Использовались частно-научные методы познания: формально-юридический, сравнительно-правовой, исторический, системного анализа и другие.

Результаты: Выявлены принципы и функции социального аудита правоохранительной деятельности, определено значение социального аудита в системе контроля над правоохранительной деятельностью.

Новизна/оригинальность/ценность: Приводится краткий анализ феномена социального аудита правоохранительной деятельности, определяются его принципы, функции и назначение.

Ключевые слова: аудит, социальный аудит, правоохранительная деятельность, органы внутренних дел, ведомственный контроль.

Yamaletdinova N.V.

THEORETICAL, METHODOLOGICAL AND ORGANIZATIONAL BASIS FOR SOCIAL AUDIT OF LAW ENFORCEMENT

Purpose: Determine the basis of social audit of law enforcement.

Methodology: Formal-legal, comparative legal, system analysis methods were used.

Results: The article reveals the basis of social audit of law enforcement, determined value of the social auditing of law enforcement monitoring system.

Novelty/originality/value: A brief analysis of the phenomenon of social audit of law enforcement, determined by its principles and functions and purpose.

Keywords: audit, social audit, law enforcement, police, departmental control.

Для социальной экономики на новой стадии развития человечества, которая получила название «постиндустриальное общество», в системе общественных отношений должно быть характерно возведение человека во главу угла и отказ от политики экономического детерминизма [1]. Эти и ряд других особенностей социэкономике [3] имеют большое значение для определения методологических основ социального аудита. Более того, теория социэкономике может служить методологической основой для создания и развития национальных моделей социального аудита в РФ, в том числе и аудита правоохранительной деятельности. В настоящее время этот вид аудита может являться не только инструментом управления, но и представлять собой способ диагностирования общественных отношений. Специфика его заключается в природе и характере объекта аудита, которые определяют использование тех или иных форм и методов его проведения.

Методологической базой социального аудита правоохранительной деятельности может стать Концепция российской модели социального аудита, разработанная в Академии труда и социальных отношений в 2007 г. Основу ее определяют социэкономические отношения, которые, по мнению разработчиков Концепции, являются совокупностью отношений в обществе на той ста-

дии его развития, когда социальный фактор становится решающим условием воспроизводства человеческих ресурсов, имеющим своей целью устойчивое и долговременное развитие этого общества.

Предметом социального аудита названы «... социэкономические отношения, формирующие систему социэкономике, где центральным субъектом является сам человек, а решающая роль принадлежит факторам, определяющим процесс воспроизводства человеческих ресурсов» [4]. Это те общественные отношения (экономические, экологические, социальные, правовые, политические, управленческие), которые в своей совокупности формируют процесс воспроизводства человеческих ресурсов.

Предметом социального аудита правоохранительной деятельности должна быть своевременная, полная и объективная информация, получаемая путем анализа и сопоставления требований нормативно-правовой базы, регулирующей работу правоохранительной структуры, с показателями оперативно-служебной деятельности, поступающими со всех уровней ее социэкономического обследования [6].

Основной целью данного вида социального аудита является повышение эффективности управления социальными отношениями в правоох-

ранительной структуре путем социального диалога на основе независимого и объективного аудиторского обследования социоэкономических отношений [5]. Правильно поставленная цель влияет на выбор средств, с помощью которых она может быть достигнута. Средства должны быть адекватны цели. При определении средств важное значение имеет тот путь, который ведет к достижению максимальных результатов при наименьших затратах. Итогом любой целенаправленной деятельности является достигнутый результат. Аудиторы должны стремиться к сближению цели и результатов контроля, в то же время конечный результат зависит и от других факторов, проявляющих себя в ходе контроля.

Социальный аудит, как и любой социальный процесс, должен строиться на определенных научных закономерностях (принципах). Принципы социального аудита правоохранительной деятельности – это основные научные идеи, являющиеся теоретическими основами организации контроля со стороны институтов гражданского общества за деятельностью правоохранительной системы и обеспечивающие ее прозрачность и эффективность. К числу таких принципов относятся:

1. Принцип законности, который выражается в том, что основной целью правоохранительных органов является поддержание и укрепление законности и правопорядка в стране. Социальный аудит правоохранительной деятельности должен основываться на обоснованных и четко выверенных требованиях законов и иных нормативных правовых актов. Руководители правоохранительных структур, контрольных органов и их должностные лица должны не только проверять соблюдение законодательства подконтрольными им подразделениями, но и сами строго выполнять нормативные требования, действовать в пределах предоставленных им служебных полномочий.

2. Принцип гласности, который состоит в доведении результатов социального аудита до его заказчиков и заинтересованных лиц. Это может сыграть существенную роль в борьбе с коррупцией и злоупотреблением служебным положением должностными лицами правоохранительных органов. Данный принцип должен реализовываться применительно к специфике работы правоохранительных структур, т. е. с учетом соблюдения режима секретности. Принцип гласности не должен вступать в противоречие с требованиями достоверности, предъявляемыми к информации об их деятельности.

3. Принцип объективности и непредвзятости должен обеспечиваться высокой квалификацией,

добросовестностью и принципиальностью контролирующих лиц и органов, а также наличием объективных научно обоснованных критериев оценки работы служб и подразделений правоохранительных органов. Реализация данного принципа обеспечивается также за счет деятельности специальных контрольных аппаратов (сотрудников), не заинтересованных в результатах проверки и не зависящих от руководителей проверяемых ими подразделений.

4. Принцип всесторонности заключается в том, что аудит должен быть глубоким, охватывать наиболее важные вопросы, решение которых позволяет исследовать организацию деятельности всего подразделения в динамике за достаточно длительный период. Это позволит не только фиксировать лежащие на поверхности факты, но и вскрывать глубокие причины тех или иных социальных явлений в правоохранительном коллективе, обнаруживать как положительный, так и отрицательный опыт.

5. Принцип действенности обеспечивается эффективными мерами, направленными на устранение обнаруженных недостатков и дальнейшее совершенствование деятельности проверяемых органов и конкретных исполнителей. Аудит не может ограничиваться только выявлением фактического положения дел, в его задачу должна входить и практическая помощь проверяемому подразделению и его сотрудникам.

6. Принцип конкретности состоит в том, что контролирующий должен разобраться с каждым мероприятием, предусмотренным планом проверки в отдельности, определить качество выполняемой работы, а если она не выполнена, то установить виновных и причины этого, принять меры к устранению этих причин. По каждому невыполненному мероприятию должен быть установлен новый срок выполнения, чтобы иметь возможность в будущем провести дополнительную проверку.

7. Принцип комплексности аудита вытекает из сложности оперативно-служебной деятельности правоохранительных структур, широты и разветвленности связей как между подразделениями и службами отдельных правоохранительных органов, так и между различными органами.

В контексте рассматриваемой тематики можно сделать вывод, что действия по осуществлению социального аудита правоохранительной деятельности могут считаться эффективными лишь в том случае, если при этом учтены следующие его функции:

– организационная, в процессе реализации которой совершенствуется организация трудовых и социальных процессов в правоохранительной структуре;

– ориентационная, направленная на достижение повышенного внимания исполнителей и руководителей к решению тех или иных насущных проблем;

– побудительная, способствующая изменению к лучшему отношения исполнителей к своим служебным обязанностям;

– диагностическая, вскрывающая причины и условия, следствием которых явились те или иные недостатки в работе проверяемого органа.

Перечень этих функций не является исчерпывающим. По мере развития практики этого вида аудита их перечень и содержание будут расширяться и уточняться.

Существует объективная непосредственная заинтересованность в социальном аудите руководителей правоохранительных органов России и их территориальных подразделений, так как он позволяет:

– осознать, что инвестиции правоохранительных органов в человеческий капитал могут быть самыми эффективными с точки зрения достижения основных целей, стоящих перед конкретными структурами, потому что социальная составляющая начинает все в большей степени обуславливать управленческую функцию деятельности правоохранительной системы;

– более эффективно управлять человеческими ресурсами, являющимися решающим фактором в достижении задач, поставленных перед правоохранительной системой обществом и государством в лице его руководителей, путем минимизации социальных рисков, кадрового аудита, аудита управления персоналом, подготовки и переподготовки кадров, выполнения социальных гарантий и т. д.;

– использовать прозрачность результатов объективного аудиторского обследования в борьбе с правонарушениями и преступлениями в среде сотрудников, протекционизмом, предупреждения коррупции и т. п.;

– доказать реальную социальную ответственность правоохранительной системы перед обществом;

– добиться равноправного диалога между отдельными гражданами и сотрудниками правоохранительных органов, в котором используются результаты независимого социального аудита, что дает обществу возможность на основе аналитических результатов достичь социального консенсуса всех заинтересованных сторон;

– усилить влияние на процесс сближения российской правоохранительной системы с требованиями, принятыми в мировом сообществе в отношении правоохранительной деятельности и защиты прав граждан при ее осуществлении.

Заинтересованность органов государственной власти и местного самоуправления в применении системы социального аудита в отношении правоохранительной деятельности может быть выражена в том, что они имеют возможность:

– получить своевременную и объективную информацию о правоохранительной деятельности;

– вскрыть латентные формы социальной напряженности в отношениях граждан и сотрудников правоохранительной системы и своевременно принять необходимые меры;

– более эффективно регулировать социоэкономические отношения в сфере правоохранительной деятельности через механизмы системы социального партнерства;

– использовать социальный аудит как инструмент налаживания сотрудничества между правоохранительными органами и институтами гражданского общества [2] и др.

Осуществление социального аудита позволит государству выступать в качестве координатора социоэкономических отношений между правоохранительной системой и институтами гражданского общества, тем самым придавая более гибкий характер системе регулирования отношений в социальной сфере. Исходя из потенциальных возможностей социального аудита правоохранительной деятельности, можно сделать вывод, что он может выступать в качестве эффективного инструмента социального партнерства, который даст возможность осуществлять равноправный диалог между субъектами на основе достоверных результатов добровольного, независимого и объективного аудиторского обследования.

Пристатейный библиографический список

1. Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. М.: Академия, 1999. С. 53.
2. Игбаева Г.Р., Сайфуллин Э.В. Развитие механизма участия граждан в охране общественного порядка как элемент совершенствования системы государственного управления // Актуальные проблемы права и государства в XXI в. 2015. № 7–5. С. 189–194.
3. Игбаева Г.Р., Шакирова З.Р. Пробелы государственного управления этнонациональными процессами в современной России и пути их решения // Евразийская интеграция – диалог исследователей и экспертов: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции. 2016. С. 212–221.

4. Концепция российской модели социального аудита // Академия труда и социальных отношений [Электронный ресурс]. URL: <http://www/cheit/ru/2010/8-10/s-audit-810/html>.

5. Фёфелов В.В., Ямалетдинова Н.В. Внутренний социальный аудит правоохранительной деятельности: сущность, цели, задачи // Вестник ВЮИ ФСИН России. 2012. № 3. С. 142.

6. Ямалетдинова Н.В. Внутренний социальный аудит как элемент ведомственного контроля над деятельностью органов внутренних дел // Евразийская адвокатура. 2016. № 2 (21). С. 72

References (transliterated)

1. Bell D. Grjadushhee postindustrial'noe obshchestvo. М.: Akademija, 1999. S. 53.

2. Igbaeva G.R., Sajfullin Je.V. Razvitie mehanizma uchastija grazhdan v ohrane obshhestvennogo porjadka

как jelement sovershenstvovaniya sistemy gosudarstvennogo upravlenija // Aktual'nye problemy prava i gosudarstva v XXI v. 2015. № 7–5. S. 189–194.

3. Igbaeva G.R., Shakirova Z.R. Probely gosudarstvennogo upravlenija jetnonacional'nymi processami v sovremennoj Rossii i puti ih reshenija // Evrazijskaja integracija – dialog issledovatelej i jekspertov: sbornik statej po materialam Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii. 2016. S. 212–221.

4. Koncepcija rossijskoj modeli social'nogo audita // Akademija truda i social'nyh otnoshenij [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://www/cheit/ru/2010/8-10/s-audit-810/html>.

5. Fefelov V.V., Jamaletdinova N.V. Vnutrennij social'nyj audit pravoohranitel'noj dejatel'nosti: sushhnost', celi, zadachi // Vestnik VJuI FSIN Rossii. 2012. № 3. S. 142.

6. Jamaletdinova N.V. Vnutrennij social'nyj audit как jelement vedomstvennogo kontrolja nad dejatel'nost'ju organov vnutrennih del // Evrazijskaja advokatura. 2016. № 2 (21). С. 72.

«Новая адвокатская газета» – корпоративное издание нового типа, появление которого обусловлено коренными переменами, произошедшими в адвокатском сообществе России после принятия Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Являясь органом Федеральной палаты адвокатов РФ, издание не преследует цель выступать в роли указующего или направляющего перста, представляя интересы той или иной части корпорации или группы лиц, а позиционирует себя как выразитель интересов всей российской адвокатуры. Принципиальное значение при этом имеет закрепленная Законом организация адвокатского сообщества, основанная на обязательном членстве каждого адвоката в адвокатской палате субъекта Федерации, являющейся в свою очередь членом ФПА РФ. Рассматривая в качестве высших ценностей адвокатского сообщества заложенные в Законе принципы независимости, самоуправления, корпоративности и равноправия адвокатов, газета оценивает события государственной и общественной жизни и действия тех или иных лиц с точки зрения соответствия данным принципам. Выступая органом корпорации юристов-профессионалов, газета рассматривает профессионализм как главное качество адвоката и уделяет первостепенное внимание проблемам учебы и практического опыта коллег в различных отраслях права.

Основными направлениями издания являются:

- оперативное информирование о деятельности и решениях ФПА;
- освещение взаимоотношений адвокатуры с государственными и общественными институтами;
- освещение корпоративной жизни адвокатских палат;
- рассказ о созданных адвокатами прецедентах в национальной и международной судебной практике, публикация наиболее интересных решений судов;
- ответы на вопросы, волнующие адвокатов и адвокатские образования;
- взаимодействие с информационными изданиями адвокатских палат;
- поддержка общественно значимых инициатив адвокатов и адвокатских образований;
- информирование о наиболее важных событиях из жизни иностранной адвокатуры, о сотрудничестве российских и зарубежных адвокатских образований и адвокатов.

Адрес редакции: 119002, г. Москва, пер. Сивцев Вражек, д. 43

Тел.: (495) 787-28-35 Тел./факс: (495) 787-28-36

E-mail: advgazeta@mail.ru, press@advpalata.com



Омаркадиева К.М-Х.

ОРГАНЫ НАДЗОРА ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ЛЕГАЛИЗАЦИИ (ОТМЫВАНИЮ) ДОХОДОВ, ПОЛУЧЕННЫХ ПРЕСТУПНЫМ ПУТЕМ, И ФИНАНСИРОВАНИЮ ТЕРРОРИЗМА В СФЕРЕ ПРОИЗВОДСТВА И ПРОДАЖИ ЮВЕЛИРНЫХ ИЗДЕЛИЙ

Цель: Рассмотрение и изучение органов надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в сфере производства и продажи ювелирных изделий.

Методология: Использовались сравнительно-правовой и формально-юридический методы исследования, а также методы анализа, синтеза, индукции и дедукции.

Результаты: Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» направлен на защиту прав и законных интересов граждан, общества и государства. Создается механизм по выявлению и предупреждению легализации преступных доходов в ювелирной сфере, где контрольно-надзорные функции за исполнением данного законодательства возложены на государственные инспекции пробирного надзора и органы прокуратуры. В ювелирной сфере законодатель установил меры, направленные на противодействие легализации преступных доходов, к которым относятся: организация и осуществление внутреннего контроля, обязательный контроль, запрет на информирование клиентов и иных лиц о принимаемых мерах противодействия легализации (отмыванию) доходов.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку проблемы надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в сфере производства и продажи ювелирных изделий не рассматривались.

Ключевые слова: прокуратура, Пробирная палата, внутренний контроль, правила внутреннего контроля, обязательный контроль, административная ответственность.

Omarkadieva K.M-Kh.

SUPERVISORS OF COMPLIANCE WITH THE RUSSIAN FEDERATION ON COUNTERACTION TO LEGALIZATION (LAUNDERING) OF THE LAW OF CRIMINAL PROCEEDS AND FINANCING OF TERRORISM IN THE PRODUCTION AND SALE OF JEWELRY

Purpose: Review and study supervision of compliance with the Russian legislation on counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime and financing of terrorism in the production and sale of jewelry.

Methodology: We used a comparative legal and formal-legal research methods and methods of analysis, synthesis, induction and deduction.

Results: The Federal law from 07.08.2001 № 115-FZ «About counteraction to legalization (laundering) of incomes obtained in a criminal way and financing of terrorism» aimed at protecting the rights and legitimate interests of citizens, society and the state. It creates a mechanism to detect and prevent money laundering in the jewelery sector, where control and monitoring functions over the implementation of this law are assigned to the State Inspectorate Assay Office and the prosecution authorities. This mechanism includes the organization of internal control, the development of internal control, obligatory control. In the field of jewelry legislator has established measures aimed at combating money laundering, which include: organization and implementation of internal controls, mandatory supervision, the ban on informing clients and other persons on the measures taken to counter the legalization (laundering) of proceeds.

Novelty/originality/value: The article has a high scientific value, because the problems of supervision over compliance with the Russian Federation on counteraction to legalization (laundering) incomes, obtained by criminal ways, and financing terrorism in the field of jewelry production and sales are not considered yet.

Keywords: Prosecutor's office, assay office, internal control, the rules of internal control, obligatory control, administrative responsibility.

Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» направлен на защиту прав и законных интересов граждан, общества и

государства путем создания правового механизма противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма [3].

В деятельности по выявлению и предупреждению легализации преступных доходов в ювелирной сфере участвует ряд государственных органов, таких как Федеральная служба по финансовому мониторингу – Росфинмониторинг, Российская государственная пробирная палата при Министерстве финансов РФ, однако надзор за исполнением законодательства о легализации преступных доходов в сфере производства и продажи ювелирных изделий осуществляют государственные инспекции пробирного надзора и органы прокуратуры. Статьей 14 Федерального закона № ФЗ-115 «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» Генеральный прокурор Российской Федерации и подчиненные ему прокуроры наделены функцией надзора за его исполнением. При осуществлении надзора за исполнением закона о легализации преступных доходов органы прокуратуры не подменяют иные государственные органы. Органы прокуратуры проверяют законность деятельности органов государственного контроля, а также подконтрольных им организаций, если возникает соответствующая необходимость.

Приказом Генерального прокурора РФ от 19 января 2010 г. № 11 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» прокурорам поручено обеспечить эффективную систему надзора за исполнением законов о противодействии легализации (отмыванию) преступных доходов и финансированию терроризма. Органы прокуратуры постоянно обмениваются информацией о состоянии законности в рассматриваемой сфере с Росфинмониторингом и его межрегиональными управлениями.

Прокурорский надзор за исполнением законодательства о противодействии (легализации) преступных доходов в ювелирной сфере включает в себя надзор за соблюдением исполнения законодательства государственными (контролирующими) органами, руководителями организаций и индивидуальными предпринимателями, соответствием законам правовых актов, издаваемых органами и должностными лицами. Проверки исполнения законов проводятся на основании поступившей в органы прокуратуры информации о фактах нарушения законов, требующих принятия мер прокурором.

В ювелирной сфере законодатель установил следующие меры, направленные на противодействие легализации преступных доходов:

- организация и осуществление внутреннего контроля;
- обязательный контроль;
- запрет на информирование клиентов и иных лиц о принимаемых мерах противодействия легализации (отмыванию) доходов.

Рассмотрим более подробно внутренний и обязательный контроль.

Внутренний контроль – деятельность организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом, по выявлению операций, подлежащих обязательному контролю, и иных операций с денежными средствами или иным имуществом, связанных с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма. Правила внутреннего контроля должны содержать порядок документального фиксирования информации, критерии выявления и признаки необычных сделок, обеспечения конфиденциальности информации, ее хранения и использования, квалификационные требования к ответственному лицу, к подготовке и обучению кадров. При изменении в законодательстве нужно своевременно вносить изменения в правила внутреннего контроля. Если правила не соответствуют закону, и это выясняется в ходе проверки соответствующими органами, организация привлекается к штрафу.

Прокурор при проведении проверки в части исполнения требований закона о разработке организациями правил внутреннего контроля предусматривает выяснение и изучение ряда обстоятельств. В первую очередь он проверяет, подписаны ли правила руководителем ювелирной компании или индивидуальным предпринимателем. Правила внутреннего контроля в ювелирной сфере согласованию в Росфинмониторинге и (или) Пробирной палате не подлежат. Их просто нужно утвердить руководителю организации. Раньше правила внутреннего контроля нужно было согласовывать с инспекциями пробирного надзора, и штамп «согласовано» означал, что документ более или менее соответствует законодательству [2]. Прокурор устанавливает факт наличия или отсутствия в правилах определенных действий по выявлению и документальному фиксированию операций, подлежащих обязательному контролю, подозрительных операций, определяет, имеются ли положения, предусматривающие форму сообщения об операции при выявлении признаков операций, подлежащих обязательному контролю, утверждённую руководителем организации. Кроме того, прокурор проверяет, докладывается ли руководству органи-

зации о выявлении подозрительных операций и сделок, подлежащих обязательному контролю, для решения вопроса о направлении сообщений о таких сделках в Росфинмониторинг, предусмотрена ли в правилах идентификация клиентов, разработана ли анкета клиента, учитываются ли наиболее распространенные способы легализации преступных доходов в ювелирной сфере, предусмотрен ли порядок обучения сотрудников организации в сфере противодействия легализации преступных доходов, назначено ли руководителем компании специальное должностное лицо, ответственное за соблюдение правил внутреннего контроля, и его соответствие квалификационным требованиям [1].

Обязательный контроль вменяет организации, осуществляющей скупку, куплю-продажу драгоценных металлов и драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий, обязанность до приема на обслуживание идентифицировать клиента. Идентификация включает в себя комплекс мер, направленных на письменное фиксирование данных в отношении покупателя ювелирного изделия. Для физических лиц это установление фамилии, имени, отчества, гражданства, даты рождения, реквизитов документа, удостоверяющего личность, данных миграционной карты, документа, подтверждающего право иностранного гражданина или лица без гражданства на пребывание (проживание) в Российской Федерации, адрес места жительства (регистрации) или места пребывания, идентификационный номер налогоплательщика (при его наличии), а в отношении юридических лиц – наименование, идентификационный номер налогоплательщика или код иностранной организации, государственный регистрационный номер, место государственной регистрации и адрес местонахождения.

Обязательному контролю подлежат операции с денежными средствами или иным имуществом, если сумма, на которую они совершаются, равна или превышает 600 тыс. руб. либо равна сумме в иностранной валюте, эквивалентной 600 тыс. руб. Кроме того, в течение трех дней, следующих за днем совершения операции, продавец ювелирных изделий обязан представить в уполномоченный орган сведения о виде операции и основаниях ее совершения, дате совершения операции, сведения, необходимые для идентификации физического и (или) юридического лица.

Проверка исполнения требований закона о выявлении операций, подпадающих под обязательный контроль, и подозрительных операций предполагает изучение направленных в Росфин-

мониторинг сообщений о них, в процессе которого прокурор оценивает правильность отнесения операции к указанным категориям, полноту фиксации сведений об операции. Необходимым условием проверки является оценка прокурором правильности оформления сообщений, соблюдения порядка передачи сообщений в Росфинмониторинг, наличия защиты информации, соблюдения требований закона о неинформировании клиента о реализованных процедурах обязательного и внутреннего контроля. Прокурор проверяет соблюдение предусмотренных законом сроков направления информации в Росфинмониторинг [1]. Прокурор, выявив укрываемую операцию, подлежащую обязательному контролю или в отношении которой возникло подозрение о том, что она связана с легализацией преступных доходов, должен потребовать от организации направить соответствующее сообщение в Росфинмониторинг.

По результатам проверки при выявлении нарушений прокурор применяет соответствующие меры реагирования: вносит представление, направляет предостережение, выносит постановление о возбуждении дела об административном правонарушении или направлении соответствующих материалов в следственный орган для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных нарушений.

Необходимо отметить, что существует пороговая сумма, до которой идентификация может не проводиться. Если физическое лицо приобретает ювелирные изделия на сумму, не превышающую 40 тыс. руб., либо сумму в иностранной валюте, эквивалентную 40 тыс. руб., при расчетах наличными средствами, а также при расчетах юридическими и (или) физическими лицами персональными электронными средствами платежа для совершения покупки ювелирных изделий в розницу на сумму, не превышающую 100 тыс. руб., либо сумму в иностранной валюте, эквивалентную 100 тыс. руб., идентификация клиента владельцем не проводится.

В соответствии с п. 11 ст. 7 Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ ювелирная организация (магазин, ИП) имеет право отказать в продаже клиенту соответствующего товара, если возникают подозрения, что операция совершается в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. Кроме того, п. 12 той же статьи закона устанавливает, что отказ от выполнения операций не является основанием для возникновения гражданско-правовой ответственности

организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом, за нарушение условий соответствующих договоров. То есть если покупатель не предоставляет свой паспорт для проведения продавцом идентификации, продавец имеет полное право отказать ему в продаже ювелирного изделия без каких-либо негативных для себя последствий. Некоторые правозащитники считают, что положение данной статьи противоречит нормам Гражданского кодекса и Закона «О защите прав потребителей», и потому продавцы ювелирных изделий будут не исполнять Федеральный закон № ФЗ-115 по юридическим причинам. По их мнению, в соответствии с российским законодательством покупка ювелирного изделия не требует лицензии, не подлежит государственной регистрации и является обычной сделкой, соответственно, продавец просто не сможет отказать покупателю в продаже изделия, если тот отказывается от процедуры идентификации. А если покупателю все-таки откажут, то он сразу же получит право подать в суд на ювелирный магазин, ссылаясь на Конституцию, ГК, Федеральные законы «О защите прав потребителей» и «О персональных данных». Так, Конституционным Судом РФ была рассмотрена жалоба гражданина А.Д. Кухтенкова, который оспаривает конституционность подпункта «а» пункта 2 статьи 3 Федерального закона от 3 июня 2009 года № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами», которым пункт 1.1 статьи 7 Федерального закона от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» был изложен в новой редакции. Как следует из представленных материалов, решением Тушинского районного суда города Москвы от 23 сентября 2014 года было отказано в удовлетворении исковых требований А.Д. Кухтенкова о понуждении ООО «ЗолотоТорг» заключить публичный договор о продаже ювелирного изделия без идентификации потребителя. Конституционный Суд РФ пояснил, что возможно установление федеральным законодателем в порядке реализации возложенных на него конституционных полномочий определенных требований в целях обеспечения защиты конституционно значимых ценностей, в том числе в контексте взятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств, и определил отказать

в принятии к рассмотрению жалобы, поскольку она не отвечает требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», в соответствии с которыми жалоба в Конституционный Суд Российской Федерации признается допустимой.

Гражданский кодекс РФ устанавливает правила заключения публичного договора и соответствующие последствия при отказе от заключения такового. Договор купли-продажи ювелирных изделий не выделен в отдельную группу договоров как, например, договор купли-продажи недвижимости. Но Закон о легализации преступных доходов является специальным законом, который выделяет определенные требования к указанным в законе сделкам, куда относятся и сделки с ювелирными изделиями. Конечно, почему законодатель считает, что финансирование терроризма и легализация преступных доходов может осуществляться через куплю-продажу ювелирных изделий, остается не до конца ясным. Ведь приобретенное ювелирное изделие сразу теряет первоначальную цену, хотя внесение в перечень ломбардов и пунктов скупки можно объяснить, так как оно препятствует сбыту полученных преступным путем ценностей.

Прокурорский надзор за исполнением требований закона об идентификации клиентов проверяет факт наличия у ювелирной компании и (или) ИП необходимых для идентификации документов и сведений, являются ли документы действительными на момент предъявления, обеспечено ли соответствующее хранение данных в течение пяти лет. Необходимо обратить особое внимание на выявление фактов уклонения клиентов организаций от идентификации. В этом случае прокурор выясняет, воспользовалась ли организация в соответствии с п. 1.1 ст. 7 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» правом отказать в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, по которой не представлены документы, необходимые для фиксации информации.

При проведении прокурорской проверки необходимо выяснить, имеет ли место формальный подход ювелирной организации при анкетировании. Например, прокурор может позвонить по указанному в анкете телефону клиента либо обратиться к клиенту по указанному адресу лично. При проведении проверки прокурор истребует и изучает дела с анкетами (досье) клиентов; правила внутреннего контроля, разработанные в ор-

ганизации; приказы о назначении специальных должностных лиц, ответственных за соблюдение правил внутреннего контроля и программ его осуществления; должностные инструкции участников системы внутреннего контроля; отчеты и сообщения организаций в Росфинмониторинг о сделках, подлежащих обязательному контролю, и подозрительных сделках; финансово-бухгалтерскую документацию со сведениями о финансовых операциях и сделках [1].

Органы прокуратуры при осуществлении надзора за исполнением «антиотмывочного» законодательства чаще всего проводят проверки при поддержке инспекций пробирного надзора, и уровень таких проверок обычно очень высок. По результатам проведения таких совместных проверок зачастую выносятся постановления о возбуждении административного дела, которые в дальнейшем передаются в суды.

Постановлением Правительства РФ от 1 октября 2015 г. № 1052 «О ведении специального учета юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, осуществляющих операции с драгоценными металлами и драгоценными камнями» закреплен порядок оформления деятельности по производству и продаже ювелирных изделий. Он заключается в том, что необходимо в первую очередь зарегистрировать юридическое лицо либо ИП и встать на специальный учет в Российской государственной пробирной палате при Минфине РФ через государственные инспекции пробирного надзора. Постановка на специальный учет осуществляется при подаче в уполномоченный орган непосредственно или заказным письмом с уведомлением о вручении либо в форме электронного документа в порядке, определяемом Министерством финансов РФ, заявления о постановке на специальный учет в произвольной форме, подписанного руководителем юридического лица или индивидуальным предпринимателем, и карты специального учета по форме, утверждаемой Министерством финансов Российской Федерации. Постановление Правительства РФ от 6 мая 2016 г. № 394 «Об опробовании, анализе и клеймении ювелирных и других изделий из драгоценных металлов» в соответствии с Федеральным законом «О драгоценных металлах и драгоценных камнях» и в целях защиты прав потребителей ювелирных и других бытовых изделий из драгоценных металлов, прав изготовителей этих изделий от недобросовестной конкуренции, а также в целях защиты интересов государства устанавливает опробование и клеймение государственным пробирным клеймом всех

изготавливаемых на территории Российской Федерации и ввезенных в РФ для продажи ювелирных изделий из драгоценных металлов. Опробование и клеймение ювелирных изделий из драгоценных металлов в Российской Федерации осуществляется Российской государственной пробирной палатой при Министерстве финансов Российской Федерации, образованной в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 2 февраля 1998 г. № 106. Помимо вышеуказанных функций, федеральное казенное учреждение «Российская государственная пробирная палата при Министерстве финансов Российской Федерации» (ФКУ «Пробирная палата России») осуществляет контроль за исполнением организациями, осуществляющими операции с драгоценными металлами и драгоценными камнями, требований законодательства Российской Федерации о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (ст. 5 Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма») в части фиксирования, хранения и представления информации, а также за организацией внутреннего контроля. Приказом Минфина РФ от 21 июня 2005 г. № 76н «Об утверждении Положения о порядке осуществления органами федерального пробирного надзора контроля за исполнением организациями, осуществляющими скупку, куплю-продажу драгоценных металлов, драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий, требований законодательства Российской Федерации о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» установлен порядок осуществления органами федерального пробирного надзора контроля за исполнением организациями, осуществляющими скупку, куплю-продажу драгоценных металлов, драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий, требований законодательства РФ о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма. Проверки указанных организаций проводятся на основании распоряжений (приказов), подписанных руководителем Пробирной палаты России или его заместителем, если проверка проводится Пробирной палатой России, либо начальником госинспекции или его заместителем, если проверка проводится госинспекцией. Контроль за устранением обнаруженных нарушений может осуществляться путем

проведения повторной проверки. Кроме того, следует отметить, что предложения о привлечении к ответственности за данные нарушения Пробирная палата России направляет в Федеральную службу по финансовому мониторингу.

Обобщая вышеизложенное, мы приходим к тому, что законодатель ввел жесткий контроль в сфере продажи ювелирных изделий. Требуется обязательная идентификация клиента, если сумма сделки по ювелирному изделию достигает или превышает указанную в законе. Контроль за выполнением всех требований закона о легализации возложен на ряд государственных органов, однако в силу прямого указания статьи 14 данного Федерального закона надзор за его исполнением осуществляет прокуратура. Для того чтобы надзор показал свои положительные результаты, прокурору необходимо в совершенстве знать законодательство в данной сфере, своевременно реагировать на сигналы о нарушениях законодательства, взаимодействовать с контролирующими органами. Кроме того, нужно проводить систематиче-

ский анализ эффективности используемых мер реагирования и совершенствовать эти меры.

Пристатейный библиографический список

1. Жубрин Р.В. Прокурорский надзор за исполнением законов о противодействии легализации преступных доходов // Законность. 2010. № 9. С. 22–25.
2. Смыслов П.А. Финмониторинг и ПОД/ФТ: просто о сложном – для ювелиров и не только. Ростов н/Д, 2016.
3. Спектор А.А. Противодействие легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем // Образование и право. 2010. № 3. С. 104–114.

References (transliterated)

1. Zhubrin R.V. Prokurorskij nadzor za ispolneniem zakonov o protivodejstvii legalizacii prestupnyh dohodov // Zakonnost'. 2010. № 9. S. 22–25.
2. Smyslov P.A. Finmonitoring i POD/FT: prosto o slozhnom – dlja juvelirov i ne tol'ko. Rostov n/D, 2016.
3. Spektor A.A. Protivodejstvie legalizacii (otmyvaniju) dohodov, poluchennyh prestupnym putem // Obrazovanie i pravo. 2010. № 3. S. 104–114.

EURASIAN LEGAL PORTAL

ЕВРАЗИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОРТАЛ

Наш портал состоит из следующих разделов:

- ✓ Законопроекты
- ✓ Принятые законы
- ✓ Судебная практика
- ✓ Пресс-релизы
- ✓ Юридические статьи
- ✓ Юридические вузы
- ✓ Юридическая школа в лицах
- ✓ Новости
- ✓ Наши партнеры
- ✓ Институт законодательства
- ✓ Бесплатная юридическая консультация

www.eurasialegal.info

Целями проекта являются:

1. Создание информативной актуальной научной базы в области права для успешного ориентирования в современном юридическом мире.

2. Свободный обмен теоретическими и практическими знаниями в области права в рамках Содружества Независимых государств (СНГ).

Наша задача заключается в постоянном усовершенствовании портала, предоставлении полной и достоверной информации пользователям, внедрении новых актуальных проектов, интересных юридических источников и привлечении к развитию проекта профессиональных юристов для взаимовыгодного сотрудничества.

Сафарьянов И.Ф.
ШТРАФ КАК ВИД АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ

Цель: Определить особенности административного штрафа как вида административного наказания.

Методология: Использовались частно-научные методы познания: формально-юридический, сравнительно-правовой, исторический, системного анализа и другие.

Результаты: Определены отличительные черты административного штрафа как вида административного наказания, уделяется внимание проблеме наложения штрафа на денежные средства, предлагаются направления совершенствования законодательства.

Новизна/оригинальность/ценность: В статье раскрываются особенности назначения и исполнения административного штрафа за административные правонарушения.

Ключевые слова: административный штраф, ответственность, наказание.

Safaryanov I.F.
THE PENALTY AS A FORM OF ADMINISTRATIVE PUNISHMENT

Purpose: To determine the peculiarities of the administrative penalty as a form of administrative punishment.

Methodology: Author used a special scientific cognition methods: formal legal, comparative legal, historical, system analysis and others.

Results: In article was identified all distinctive features of the administrative penalty as a form of administrative punishment.

Novelty/originality/value: The peculiarities of appointment and execution of administrative penalty for administrative offenses.

Keywords: administrative fine, responsibility, punishment.

Наказание в виде административного штрафа чаще всего используется в борьбе с административными правонарушениями и с неправомерными действиями вообще. Штраф как мера воздействия, помимо превентивных и ряда иных свойств, весьма интересен еще одним качеством, не связанным с карательным воздействием: он является источником дохода. Штрафы, особенно за нарушения таможенных, налоговых, валютных [3] правил, правил дорожного движения, торговли [4], являются важным источником пополнения консолидированного бюджета.

В учебной литературе штраф, взимаемый административными органами, признается первым из ныне известных административных наказаний [5]. Штраф известен со времен древнерусского государства, эпохи существования Русской Правды (Сборника правовых норм русского права). В силу того, что Русская Правда не разграничивала уголовные преступления и административные проступки, неуплата штрафа признавалась преступным деянием. Следует отметить, что штраф обладал и фискальным характером, являясь средством пополнения государственной казны. Таким образом, нормы Русской Правды, регламентирующие штрафы, стали основой возникновения административного штрафа и, вследствие этого, разграничения преступлений и административных правонарушений.

Под административным штрафом понимают меру административного принуждения. Административный штраф обусловлен административно-властным взысканием у лица, совершившего административное правонарушение, денежной суммы, т. е. выражается в юридически обязательном, одностороннем, принудительном характере действий государственных органов и их должностных лиц и, соответственно, имеет публично-правовой смысл. По своей сути административный штраф является вполне допускаемой формой ограничения прав человека и гражданина, так как такое вмешательство создается непосредственно государством в соответствии с федеральным законом в интересах государственной безопасности, территориальной целостности или общественного спокойствия с целью предотвращения противоправных действий, охраны здоровья или нравственности и защиты прав и свобод граждан.

Административный штраф обладает родовыми признаками административного наказания. Государственный характер данной меры обусловлен содержанием ее в административном законодательстве, являющемся по своей сути публично-правовой волей государства. Анализ административно-правовых санкций, применяемых за совершение административных правонарушений, позволяет сделать вывод о большой распространен-

ности данной административной меры. К тому же наиболее существенным для целей осознания административного штрафа как меры административной ответственности является то, с какими правовыми реалиями сопряжена реализация содержательных перспектив рассматриваемой меры. Негативный характер случаев, излагаемых в самом законе с точки зрения материальной позиции приемлемости применения административного штрафа, придает ему смысл конечной реакции государства на нарушения административно-правовых положений. По числу случаев, изложенных в статьях Особенной части КоАП РФ, административный штраф за совершенные административные правонарушения считается самой применяемой мерой административной ответственности [1].

Закрепленная в законе мера, как и ее связь с административно-деликтным деянием, не показывает суть административного штрафа как меры административной ответственности. Как и другие виды административных наказаний, административный штраф применим с учетом общих принципов административной ответственности и, в частности, принципа вины, без которой отсутствует состав административного правонарушения, и, соответственно, юридическая ответственность не только не представляется возможной, но и становится бессмысленной. Вместе с тем, штраф как мера административного наказания, применяемая исключительно индивидуально, разделяется законодателем в зависимости от того, в каком качестве гражданин выступал при совершении административного проступка. С учетом того, что гражданин, должностное лицо или юридическое лицо является субъектом административной ответственности, в статьях Особенной части КоАП РФ и правоприменителем в конкретной ситуации определяются как размер, так и условия назначения административного штрафа. Исходя из этого, административный штраф имеет фиксированную, установленную КоАП РФ денежную сумму и взимается принудительно в случае совершения административного правонарушения.

Административный штраф за совершенное правонарушение назначается в качестве основного административного наказания. Так, наложение штрафа говорит о решении вопроса об административной ответственности гражданина, допустившего правонарушение, и не подразумевает каких-либо других негативных последствий. Применение же наравне с такой мерой любого другого административного наказания как дополнительного не касается собственно реализа-

ции административного штрафа, а лишь увеличивает наказательное воздействие на гражданина, допустившего административный проступок. Тем самым достаточность административно-наказательного вмешательства в правовой статус лица, допустившего административное правонарушение, исключает правовое осуществление административного штрафа в совокупности с каким-либо другим основным административным наказанием. Не представляется соизмеримым применение наравне с административным штрафом как основным административным наказанием, например, такой меры, как конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения (например, ст. 8.17, 8.19, 8.20 и 13.2 КоАП РФ) или административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства (ч. 2 ст. 18.1 и ч. 2 ст. 18.4 КоАП РФ), присоединяемой здесь законом в качестве только дополнительной санкции. Это положение не отвечает общим принципам применения основных и дополнительных санкций, основанных на началах справедливости, соразмерности, индивидуализации ответственности, избирательного воздействия на правонарушителя, экономии наказательных мер, на строгом соотношении их тяжести в соответствии с общими положениями системы наказаний. Таким образом, исходя из природы и сущности административного наказания как меры ответственности, дополнительное наказание не может быть более тяжелым, чем основное, и не может быть подобным ему. В соответствии с этим еще более не ясно, почему федеральный законодатель принял решение, что в данных обстоятельствах санкция в виде административного штрафа представляется, как для субъекта ответственности, так и объективно, более жесткой, чем, например, административное выдворение за пределы Российской Федерации. С точки зрения всеобщей системы административных наказаний, в основу которой заложена степень их относительной жесткости, административные штрафы при поддержании условия, удовлетворяющего в то же время фискальные потребности непосредственно государства, могут и должны законодательно формироваться как основное и дополнительное административное наказание. Так, считаем необходимым также внести изменения в статьи Особенной части КоАП РФ с тем, чтобы в определенных правовых ситуациях гарантировать административному штрафу необходимое соответствие и согласованность с взаимозависимыми административными санкциями. Мы зна-

ем, что в системе административных наказаний административный штраф выступает вторым наказанием после предупреждения, а стало быть, может составить ему конкуренцию.

Важным показателем, отмечающим характер административного штрафа как меры административной ответственности, выступает процессуальный порядок его осуществления. Действующий КоАП РФ устанавливает полномочия налагать административный штраф как на физические, так и на юридические лица, за большим кругом административно-юрисдикционных органов. В таком случае установленный федеральным законом административный (внесудебный) порядок наложения административного наказания в виде административного штрафа представляется отчасти несопоставимым с требованиями Конституции РФ о неприемлемости лишения любого лица собственного имущества иначе как по решению суда (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ). Более категоричной позиции придерживается, в частности, В.Д. Сорокин, рассматривая юридическую природу денег как объекта административного штрафа. Суть вопроса в том, что из принятой гражданским законодательством вещной природы денег следуют общие для всех имущественных предметов отношения собственности, и отсюда деньги как таковые могут обозначаться объектом различных форм собственности. Конституционные гарантии применительно к любым ситуациям изъятия имущества (например, конфискации) должны в той же мере распространяться и на случаи отчуждения денежных средств у лица с помощью наложения административного штрафа [2, 6]. Таким образом, исследователь приходит к заключению о возможности лишь судебного порядка наложения административного штрафа.

Отсюда следует, что процессуальные гарантии применения административного штрафа как денежного взыскания, направленного на такой специфичный объект собственности, как деньги, в отношении физических лиц должны быть в любом случае наиболее серьезными, чем в отношении юридических лиц. Различный порядок взыскания административного штрафа с физических и юридических лиц нацелен не на то, чтобы поставить их в неравные условия в сфере имущественных отношений, а на то, чтобы не позволить вмешаться в права личности, так как применение данного административного наказания относится

к оценке характера и степени ограничения зависимых (личных) прав и свобод гражданина, что реализуется именно на стадии его назначения. Это положение может быть разрешено лишь посредством судебного разбирательства, где стороны пользуются такими же возможностями по отстаиванию своих прав, где характер, сама процедура и предъявляемые к ней требования позволяют объективно и всесторонне с большим вниманием и осмотрительностью разрешить дело по существу.

Пристатейный библиографический список

1. Ахметшин Р.А. К вопросу об организации работы специальных приемников для содержания лиц, подвергнутых административному аресту // Актуальные проблемы права и государства в XXI веке. 2016. № 8–2. С. 213–218.
2. Дугенец А.С. Административная ответственность в российском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 18–19.
3. Игнатьева С.В., Игбаева Г.Р. Правовая природа валютных правоотношений // Банковское право. 2004. № 4. С. 59–63.
4. Лысенко Е.С. К вопросу об организационно-правовой форме предпринимательской деятельности // Евразийская адвокатура. 2016. № 3 (22). С. 118–120.
5. Максимов И.В. Административные наказания [Электронный ресурс]. URL: <http://world-books.biz/pravo-administrativnoe/administrativnyie-nakazaniya.html>.
6. Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс (макроуровень). СПб., 2003. С. 511–512.

References (transliterated)

1. Ahmetshin R.A. K voprosu ob organizacii raboty special'nyh priemnikov dlja soderzhaniya lic, podvergnutyh administrativnomu arestu // Aktual'nye problemy prava i gosudarstva v XXI veke. 2016. № 8–2. S. 213–218.
2. Dugenech A.S. Administrativnaja otvetstvennost' v rossijskom prave: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. M., 2005. S. 18–19.
3. Ignat'eva S.V., Igbaeva G.R. Pravovaja priroda valjutnyh pravootnoshenij // Bankovskoe pravo. 2004. № 4. S. 59–63.
4. Lysenko E.S. K voprosu ob organizacionno-pravovoj forme predprinimatel'skoj dejatel'nosti // Evrazijskaja advokatura. 2016. № 3 (22). S. 118–120.
5. Maksimov I.V. Administrativnye nakazaniya [Elektronnyj resurs]. URL: <http://world-books.biz/pravo-administrativnoe/administrativnyie-nakazaniya.html>.
6. Sorokin V.D. Pravovoe regulirovanie: predmet, metod, process (makrouroven'). SPb., 2003. S. 511–512.

Мельников В.Ю.

НАЦИОНАЛЬНАЯ ИДЕЯ В ФОРМЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ ПРАВОВОЙ ИДЕОЛОГИИ?

Цель: Исследование актуальных и важных проблем, возникающих с необходимостью формирования государственной правовой идеологии в форме конституционной правовой идеологии, стоящей на защите прав и свобод человека и гражданина.

Методология: Использовались историко-правовой и формально-юридический методы.

Результаты: В статье обосновывается необходимость формирования государственной правовой идеологии в форме конституционной правовой идеологии, стоящей на защите прав и свобод человека и гражданина. Главным ориентиром для формирования российской конституционной правовой идеологии должны стать права, свободы и законные интересы граждан Российской Федерации, что непосредственно вытекает из системного толкования статей 2 и 13 Конституции Российской Федерации, определяющих права и свободы личности высшей ценностью и гарантирующих идеологическую свободу всем и каждому. Четко определенная конституционная правовая идеология, сосредоточенная на соблюдении и реализации прав, свобод и законных интересов граждан России, будет способствовать стабильности в государстве и обществе, выступать важным инструментом государственного строительства, гарантией обеспечения устойчивости правовой системы, единообразной правоприменительной практики.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку является одной из первых попыток рассмотреть необходимость формирования государственной правовой идеологии в форме конституционной правовой идеологии, стоящей на защите прав и свобод человека и гражданина.

Ключевые слова: конституционная правовая идеология, обеспечение прав и свобод человека.

Melnikov V.Y.

THE NATIONAL IDEA IN THE FORM OF A CONSTITUTIONAL LEGAL IDEOLOGY?

Purpose: Study on relevant and important issues arising from the necessity of formation state of legal ideology in the form of a constitutional legal ideology, standing on the protection of the rights and freedoms of man and citizen.

Methodology: Historical-legal and formally-legal method was used.

Results: The work substantiates the necessity of formation state of legal ideology in the form of a constitutional legal ideology, standing on the protection of the rights and freedoms of man and citizen. The main point of reference for the formation of the Russian constitutional legal ideology should become the rights, freedoms and legitimate interests of citizens of the Russian Federation, which directly follows from a systematic interpretation of articles 2 and 13 of the Constitution of the Russian Federation regulating the rights and freedoms of the individual a Supreme value and guaranteeing the ideological freedom and all. Clearly defined constitutional and legal ideology, with its focus on respecting and implementing the rights, freedoms and legitimate interests of citizens of Russia, will promote stability in the state and the society, to be important tool of state-building, to safeguard the stability of the legal system, unified law enforcement practice.

Novelty/originality/value: The article possesses high scientific value as is one of the first attempts to consider the necessity of formation state of legal ideology in the form of a constitutional legal ideology, standing on the protection of the rights and freedoms of man and citizen.

Keywords: ideology, legal ideology, human rights and freedoms.

Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека как высшей ценности являются конституционной обязанностью государства (статья 2 Конституции РФ). Конституционные права и свободы человека, являясь непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность публичной власти.

Положения главы 2 Конституции РФ об основных правах и свободах человека являются продуктом исторического развития. Они определяют

содержание конституционного статуса человека. Нормы главы 2 Конституции РФ имеют приоритетные направления по защите прав человека, вовлекаемого в орбиту уголовного судопроизводства в качестве подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля и иных участников уголовного судопроизводства. Как следует из взаимосвязанных положений статей 10, 17 (ч. 1 и 2) и 18 Конституции РФ, этой обязанностью обусловлена деятельность органов государственной власти, в том числе судебной, призванной гаран-

тировать неотъемлемость и неотчуждаемость основных прав и свобод человека и гражданина.

По мнению В.И. Лафитского, конституционные права и свободы являются одним из факторов, сдерживающих Россию от деспотизма, а на современном этапе развития данный вопрос является чрезвычайно актуальным, как и необходимость повышения уровня гарантированности правового положения личности [4].

Большинство конституций зарубежных стран (Франции, США, Индонезии, Японии и др.) регулируют права и свободы человека и гражданина, допуская их ограничения законами. К примеру, Конституция Республики Индонезия 1945 г. устанавливает, что ограничение прав и свобод личности возможно законом в исключительных целях, которые отличаются от Конституции РФ указанием на религиозные ценности (ст. 281) [1].

Однако встречается и иной подход к механизму ограничения конституционных прав и свобод человека. Так, в Основном законе ФРГ 1949 г. допустимые ограничения законом конкретного права указаны в каждой статье, его гарантирующей. При этом статья 19 Основного закона ФРГ содержит требования к законам, ограничивающим конституционные права: 1) только в случае, прямо указанном в Основном законе; 2) закон должен носить общий характер, а не относиться к конкретному случаю; 3) в законе должно быть названо ограничиваемое основное право с указанием статьи; 4) существо содержания основного права ни в коем случае не должно быть затронуто. Данный механизм ограничения конституционных прав и свобод личности в большей мере гарантирует защиту от необоснованного ограничения, «связывает» законодателя и предупреждает возможные коллизии между конституцией и законами [2].

Федеральный орган конституционного контроля при проверке конституционности ограничений прав и свобод отметил, что Конституция РФ требует безусловного соблюдения предусмотренных ею гарантий личности и исходит из необходимости обеспечения справедливости соответствующих ограничений, их соразмерности защищаемым конституционным ценностям [11].

В соответствии со ст. 21 Конституции РФ государство обязано охранять достоинство личности во всех сферах, чем утверждается приоритет человека и его прав (ч. 2 ст. 17, ст. 18 Конституции РФ). Из этого следует, что личность в ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои пра-

ва всеми не запрещенными законом способами (ч. 2 ст. 45 Конституции РФ).

Конституционные установления о защите прав и свобод человека определяют наиболее принципиальные положения, характеризующие уровень законности и демократичности процедур правового регулирования прав личности при осуществлении правосудия.

Поскольку Конституция РФ должна обеспечивать закрепляемые ею основы конституционного строя, она устанавливает границы признаваемых прав [15]. Основные права, предоставляемые и реализуемые в рамках данного правового порядка, не должны подрывать основы этого порядка. Некоторые варианты поведения, не гарантируемые или даже напрямую запрещаемые конституцией, не приобретают характер юридических возможностей. В литературе такие границы «признаваемой и защищаемой конституцией свободы индивидов» получили название пределов основных прав [3].

Для реализации конституционных прав и свобод человека не всегда достаточно наличия только общих политических, экономических, социальных и юридических гарантий. Каждый человек, отстаивающий свое право всеми законными способами, участвует в осуществлении идеи свободы, равенства и справедливости [16].

Содержанием прав и свобод человека всегда являются определенные интересы, потому что наделение правом означает возможность удовлетворения интересов, обеспеченную государством [8]. Не каждая конституционная свобода человека есть одновременно и его право. В качестве субъективных прав оформляются лишь наиболее важные, существенные, с точки зрения государства, общественно значимые интересы [7].

Порой конституционные принципы могут вступать в коллизию с интересами государства, общества, человека. Например, в соответствии со статьей 13 Конституции РФ «никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной». Многие исследователи считают, что данный принцип не соответствует интересам государства с точки зрения оптимальной системы управления обществом. Другие считают, что Конституция РФ, декларируя идеологическое и политическое многообразие, не устанавливает запрета на существование общей национальной идеи, которая может стать предметом идеологии политических и гражданских институтов [14]. Обосновывают мнение, что

«идеология российского конституционализма как государственная исходит из положений Конституции РФ, потому что в основе этой идеологии лежат идеологические, т. е. определяющие, в рамках конституционного процесса, интересы государственной власти ценности: власть народа и для народа, федерализм, верховенство права, верховенство прав человека и гражданина, вне-религиозная государственность, которые и определяют систему ценностей рассматриваемой идеологии, где системообразующей и интегрирующей ценностью выступает конституционная государственность» [12].

С.В. Хачаян отмечает, что запрет на обязательную идеологию обоснован, и никакие интересы государства не должны вести к его пересмотру. Для наличия стройной системы права, четко функционирующего механизма правового регулирования, национальной безопасности централизованная власть с принудительной иерархией ценностей и идеалов предпочтительней идеи политической свободы и самоопределения каждого человека в вопросах нравственности и политической культуры. В интересах каждого человека, как показывает опыт СССР, сохранение свободы слова и политического плюрализма, гарантирующего невозможность установления тоталитарного режима [13].

Поскольку конституционные нормы носят учредительный характер, определяют ключевые принципы построения и функционирования государства и его политической системы, их содержание всегда контролируется государственным аппаратом. Полного отсутствия противоречий между позитивным и естественным конституционным правом не достигают даже самые развитые демократические государства. Н.М. Коркунов отмечает: «Законы могут и расходиться с народным правосознанием, могут и противоречить ему. В государствах, население которых состоит из различных, еще не объединенных совместной политической жизнью национальностей, такое противоречие какому-нибудь из существующих в государстве народных правосознаний является даже необходимостью» [5].

Следует отметить, что идеологическое многообразие как одна из основ конституционного строя Российской Федерации не только пронизывает все сферы общественной жизни, ряд прав и свобод человека и гражданина, но и тесно связано с иными основами конституционного строя Российской Федерации.

Какова роль человека в современном обществе, государстве? Какова роль конституционной

идеологии в современном обществе? Нужна ли такая идеология государству, обществу, личности?

Россиянам никто не объяснил, какое общество они строят. Если социально ориентированное, то почему такой разрыв между богатыми и бедными? Власть должна принять такие меры, чтобы многим олигархам, чиновникам ничего не оставалось, как быть патриотичными. Продолжая непатриотичную социально-экономическую политику, мы уподобимся библейскому дому на песке. А дом должен стоять на камнях. Наши краеугольные камни: патриотизм, ответственность государства и бизнеса перед народом, социальная справедливость и народность.

В России всё чаще звучит вопрос: а почему нам всё время что-то и кто-то мешает? Почему буксует демократия, не идут реформы, падает экономический рост? Кто виноват? Почему мы перестали производить нобелевских лауреатов? Почему наша высшая школа так скромно смотрится в мировых рейтингах? Может быть, испытания, которые Россия преодолевает в последние годы, – санкции, антисанкции, противостояние с Западом – посланы нам для того, чтобы мы устояли в своём образе жизни, сохранили в себе веру, чтобы не были размыты понятия добра и зла?

Как справедливо отмечает К.М. Исаева, в теории и на практике до сих пор существует ряд спорных неразрешенных вопросов как в сфере конституционно-правового регулирования идеологического многообразия, так и в области реализации данного конституционного принципа на практике. В юридической науке отсутствует единый подход к проблеме существования государственной идеологии в Российской Федерации. Очевидно, что обязательной только государственной идеологии в условиях провозглашенного идеологического многообразия быть не может, но дискуссионным остается вопрос о возможности существования в условиях идеологического многообразия и, соответственно, в условиях свободной и равной конкуренции идей, концепций, теорий в обществе, конституционной правовой идеологии [6].

Как известно, идеология является неотъемлемым атрибутом каждого государства, несмотря на отсутствие нормативного закрепления положений об этом в основных законах в одних странах (Соединенные Штаты Америки, Российская Федерация) и установление обязательной государственной идеологии в других (Северная Корея, Куба). Государство не может жить без ясной идеологии, как человек не может жить без души. В экономике любого государства, например, при-

сутствует элемент планирования, сама «мохнатая рука рынка», как считают либералы, ничего не определяет.

В соответствии с ч. 2 ст. 13 Конституции Российской Федерации никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной. Главы 1, 2 и 9 «Основы конституционного строя», «Права и свободы человека и гражданина», «Конституционные поправки и пересмотр Конституции» не могут быть изменены парламентом, а только путем пересмотра всей Конституции РФ. В этом случае по решению не менее 3/5 от общего числа депутатов Госдумы и Совета Федерации созывается Конституционное Собрание.

По мнению автора, в России допустимо существование обязательной конституционной идеологии государства, функционирующей в рамках правового поля, не нарушающей прав, свобод и законных интересов других лиц и направленной на реализацию нужд и потребностей многонационального народа Российской Федерации. Она может быть не только основой национальной идеи, но должна служить средством объединения социальных групп и индивидов для решения общенациональных целей и задач. Проводником вышеуказанных идеологических воззрений, существующих в обществе, являются органы государственной власти. Это выражается в деятельности политических партий при выдвижении своих сторонников в различные органы государственной власти и органы местного самоуправления, прежде всего, путем активного участия в избирательных кампаниях.

Положения части 2 статьи 13 Конституции Российской Федерации не только не отрицают возможности существования консолидирующей идеологии, но и, напротив, задают систему координат, в рамках которой могут существовать различные типы идеологий до тех пор, пока не выйдут за правовые пределы их осуществления. Запрет не относится к конституционной правовой идеологии в силу общегосударственной природы и общеобязательного характера самой Конституции Российской Федерации. Существование той или иной идеологии возможно лишь в рамках конституционно закрепленной правовой идеологии, сущность которой заключается в соблюдении баланса конституционных ценностей, интересов общества, государства и личности.

Главным ориентиром для формирования российской конституционной правовой идеологии должны стать права, свободы и законные интересы граждан Российской Федерации, что

непосредственно вытекает из системного толкования статей 2 и 13 Конституции Российской Федерации, определяющих права и свободы личности высшей ценностью и гарантирующих идеологическую свободу всем и каждому.

Конституционная правовая идеология должна быть направлена на обеспечение преемственности государственной власти, а также оказывать влияние на концепцию реализации тех или иных функций государства. Соответственно, четко определенная конституционная правовая идеология, сосредоточенная на соблюдении и реализации прав, свобод и законных интересов граждан России, будет способствовать стабильности в государстве и обществе, выступать важным инструментом государственного строительства, гарантией обеспечения устойчивости правовой системы, единообразной правоприменительной практики и др.

Таким образом, конституционная правовая идеология – система конституционных ценностей, основанная на признании личности, ее прав и свобод высшей ценностью и признающая за ней право на идеологическое многообразие, защиту интересов государства. Это вытекающие из смысла и содержания норм Конституции Российской Федерации воззрения, идеи, представления о базовых основах существования, взаимодействия и развития общества и государства в условиях становления правового, демократического государства.

Пристатейный библиографический список

1. Конституции государств Азии: в 3 т. / под ред. Т.Я. Хабриевой. М.: Норма, 2010. Т. 3. С. 59–60, 168.
2. Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия: учеб. пособ. / сост., пер., авт. введ. и вступ. ст. В.В. Маклаков. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 121.
3. Конституционные права и свободы человека и гражданина. М., 2005. С. 309–310.
4. Лафитский В.И. Сумерки права: семь грехов правотворчества // Адвокат. 2006. № 2. С. 79–86.
5. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / сост., автор вступ. ст., коммент. А.Н. Медушевский. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 387.
6. Исаева К.М. Идеологическое многообразие как основа конституционного строя РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2015. С. 3.
7. Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 64.
8. Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 85.

9. Овчинников А.И. Идеалы и ценности российской государственности в правовой политике современной России // Юрист-Правовед. 2012. № 1. С. 10–13.

10. Овчинников А.И. Идеология российской государственности в контексте модернизации: базовые ценности и приоритеты // Северокавказский юридический вестник. 2012. № 1. С. 20–25.

11. Постановление Конституционного Суда РФ от 19.03.2003 № 3-П «По делу о проверке конституционности положений Уголовного кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также пунктов 1–8 постановления Государственной Думы от 26.05.2000 «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» в связи с запросом Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы и жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2003. № 14. Ст. 1302.

12. Поярков С.Ю. Ценностные основания идеологии российского конституционализма // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 6. С. 18–20.

13. Хачанян С.В. Конституционные коллизии в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2015. С. 62–63.

14. Хорунжий С.Н. Конституционная идеология как элемент правовой среды // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 10. С. 3–6.

15. Шайо А. Самозащита конституционного государства // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2004. № 2. С. 3.

16. Яшин С.В. Защита законных интересов личности в досудебном производстве по уголовным делам: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 49–50.

4. Lafitskij V.I. Sumerki prava: sem' grehov pravotvorchestva // Advokat. 2006. № 2. S. 79–86.

5. Korkunov N. M. Lekcii po obshhej teorii prava / sost., avtor vstup. st., komment. A.N. Medushevskij. M.: Rossijskaja politicheskaja jenciklopedija (ROSSPJeN), 2010. S. 387.

6. Isaeva K.M. Ideologicheskoe mnogoobrazie kak osnova konstitucionnogo stroja RF: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Mahachkala, 2015. S. 3.

7. Malein N.S. Pravonarushenie: ponjatie, prichiny, otvetstvennost'. M., 1985. S. 64.

8. Matuzov N.I. Pravovaja sistema i lichnost'. Saratov, 1987. S. 85.

9. Ovchinnikov A.I. Idealy i cennosti rossijskoj gosudarstvennosti v pravovoj politike sovremennoj Rossii // Jurist-Pravoved. 2012. № 1. S. 10–13.

10. Ovchinnikov A.I. Ideologija rossijskoj gosudarstvennosti v kontekste modernizacii: bazovye cennosti i priorityty // Severokavkazskij juridicheskij vestnik. 2012. № 1. S. 20–25.

11. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 19.03.2003 № 3-P «Po delu o proverke konstitucionnosti polozhenij Ugolovnogo kodeksa Rossijskoj Federacii, reglamentirujushhij pravovye posledstvija sudimosti lica, neodnokratnosti i recidiva prestuplenij, a takzhe punktov 1–8 postanovlenija Gosudarstvennoj Dmy ot 26.05.2000 «Ob ob#javlenii amnistii v svjazi s 55-letiem Pobedy v Velikoj Otechestvennoj vojne 1941–1945 godov» v svjazi s zaprosom Ostankinskogo mezhmunicipal'nogo (rajonnogo) suda goroda Moskvy i zhalobami rjada grazhdan» // SZ RF. 2003. № 14. St. 1302.

12. Pojarkov S.Ju. Cennostnye osnovanija ideologii rossijskogo konstitucionalizma // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. 2013. № 6. S. 18–20.

13. Hachanjan S.V. Konstitucionnye kollizii v Rossijskoj Federacii: dis. ... kand. jurid. nauk. Rostov n/D, 2015. S. 62–63.

14. Horunzhij S.N. Konstitucionnaja ideologija kak jelement pravovoj sredy // Gosudarstvennaja vlast' i mestnoe samoupravlenie. 2014. № 10. S. 3–6.

15. Shajo A. Samozashhita konstitucionnogo gosudarstva // Konstitucionnoe pravo: vostochnoevropejskoe obozrenie. 2004. № 2. S. 3.

16. Jashin S.V. Zashhita zakonnyh interesov lichnosti v dosudebnom proizvodstve po ugovolnym delam: dis. ... kand. jurid. nauk. SPb., 2004. S. 49–50.

References (transliterated)

1. Konstitucii gosudarstv Azii: v 3 t. / pod red. T.Ja. Habrievoj. M.: Norma, 2010. T. 3. S. 59–60, 168.

2. Konstitucii zarubezhnyh gosudarstv: Velikobritanija, Francija, Germanija, Italija, Soedinennye Shtaty Ameriki, Japonija, Braziliija: ucheb. posob. / sost., per., avt. vved. i vstup. st. V.V. Maklakov. 7-e izd., pererab. i dop. M.: Volters Kluver, 2010. S. 121.

3. Konstitucionnye prava i svobody cheloveka i grazhdanina. M., 2005. S. 309–310.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Канатов Т.К.

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ДАЛЬНЕЙШЕГО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**

Цель: Исследование актуальных проблемных вопросов совершенствования законодательства Республики Казахстан в сфере интеллектуальной собственности.

Методология: Использовались системно-структурные, конкретно-социологические, историко-правовые, социально-правовые, сравнительно-правовые, статистические методы.

Результаты: В работе подробно описаны проблемы охраны и защиты интеллектуальной собственности, вопросы управления интеллектуальной собственностью и их гражданско-правовое регулирование.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку является одной из первых попыток рассмотреть актуальные проблемные вопросы совершенствования законодательства Республики Казахстан в сфере интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, авторское право, патент, охрана, защита, инновация, законодательство.

Kanatov T.K.

**ACTUAL PROBLEMATIC ISSUES OF FURTHER IMPROVEMENT OF THE LEGISLATION OF THE
REPUBLIC OF KAZAKHSTAN IN THE SPHERE OF INTELLECTUAL PROPERTY**

Purpose: Of the Study the current problem issues of improving the legislation of the Republic of Kazakhstan in the sphere of intellectual property.

Methodology: We used a system-structural, specific sociological, historical, and legal, socio-legal, and comparative legal, statistical methods.

Results: The article describes in detail the problems of protection of intellectual property, management of intellectual property and their civil-law regulation.

Novelty/originality/value: Article possesses high scientific value as is one of the first attempts to consider the topical problems of improving the legislation of the Republic of Kazakhstan in the sphere of intellectual property.

Keywords: intellectual property, copyright, patent, security, protection, innovation, legislation.

Мировой опыт свидетельствует, что независимость и устойчивый экономический рост можно обеспечить только при развитой высокоинтеллектуальной индустрии. Все развитые страны имеют приблизительно сопоставимые рыночные механизмы и законодательства, которые, тем не менее, не являются гарантом технологического превосходства. Необходимым и достаточным условием для достижения успеха является наличие всей совокупности рыночных инструментов, в том числе эффективной системы патентной защиты интеллектуальной собственности, в сочетании с научными школами и современными технологиями [6, с. 8–9].

В Казахстане осуществляется государственная поддержка инновационной деятельности с помощью институтов развития: функционируют Инвестиционный фонд Казахстана, Банк развития Казахстана, Национальный инновационный фонд, Центр маркетинговых и аналитических исследований и Центр инжиниринга и трансферта технологий, создан ряд технологических парков и бизнес-инкубаторов, в том числе и ТОО «Центр

коммерциализации технологии» при МОН РК. Совокупность инструментов этой системы служит реализационным комплексом по внедрению результатов научно-технической деятельности, защищенных национальными патентами, в инновационное – активное производство с последующим выходом инновационной продукции на рынки товаров и услуг. Данный комплекс должен стать ключевой цепочкой создания стоимости, в которой Национальная патентная система надежно и эффективно конвертирует совокупность научно-технических идей в систему управляемых прав на объекты интеллектуальной собственности.

В соответствии с «Концепцией охраны прав интеллектуальной собственности», одобренной постановлением Правительства Республики Казахстан № 1249 от 26.09.2001, системе охраны интеллектуальной собственности придается огромное значение. В Концепции говорится: «Имеются все основания полагать, что XXI век станет эрой интеллектуальной экономики, в развитии которой ключевую роль будет иметь творческая деятельность и надежная система ее правовой ох-

раны. Республика Казахстан как полноправный участник международного культурного и научно-технического обмена, являясь членом Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (ВОИС), должна обеспечить соблюдение прав на интеллектуальную собственность, как казахстанских, так и иностранных правообладателей, на уровне, отвечающем принятым мировым стандартам» [1, с. 19].

По поручению Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева и согласно разработанным в связи с этим актам Правительства Республики Казахстан на 2014 год необходимо внести в Мажилис Парламента республики пакет законопроектов по вопросам поддержки исследований и инноваций, а также коммерциализации научных разработок.

Глава государства поставил задачу внедрения наукоемкой модели экономики, преследующую цель увеличить до 70 % долю несырьевой продукции в казахстанском экспортном потенциале.

Создание новых высокотехнологических отраслей экономики потребует роста финансирования науки до уровня не ниже 3 % от ВВП. Важно в два раза снизить энергоемкость валового внутреннего продукта. К 2050 году малый и средний бизнес будет производить не менее 50 % объема ВВП Казахстана вместо нынешних 20 %. Производительность труда надо увеличить в 5 раз, с нынешних 24,5 тысяч до 126 тысяч долларов.

Создание наукоёмкой экономики – это, прежде всего, повышение потенциала казахстанской науки. По данному направлению следует совершенствовать законодательство по венчурному финансированию, защите интеллектуальной собственности, поддержке исследований и инноваций, а также коммерциализации научных разработок. Привлечение зарубежных инвестиций надо всецело использовать для трансферта в нашу страну знаний и новых технологий. Необходимо создавать совместно с иностранными компаниями проектные и инжиниринговые центры [4].

Как видим, необходимо обозначить сферу интеллектуальной собственности шире, с учетом реалий времени.

Сегодня многие страны демонстрируют успешное развитие, которое основано на новой модели инновационной системы с применением новых подходов распространения инноваций – модель «тройной спирали» (Triple Helix Model). Данная модель обоснована в середине 1990-х годов Генри Ицковицем (профессором Стэнфордского университета), начиная с 2000 г. она стала внедряться в экономическую практику развитых

стран как основа формирования региональных кластеров и генерирования инноваций, как модель организации национальных инновационных систем.

Модель тройной спирали предполагает наличие трех институтов – университета, бизнеса и государства, которые стремятся к сотрудничеству, и при этом инновационная составляющая происходит из данного взаимодействия, а не по инициативе государства.

Основной тезис тройной спирали заключается в том, что в системе инновационного развития доминирующее положение начинают занимать университеты, ответственные за создание нового знания, которые выступают в качестве локомотива инновационного развития [8].

Лидирующая роль университета подразумевает смену его миссии. Данный процесс выражается в появлении у университетов новой функции – предпринимательства, инкубации и создания компаний. Характерной чертой университетов нового поколения является участие молодежи – студентов, докторантов, научных сотрудников – в научно-исследовательской и инновационной работе вуза. Молодые исследователи, продолжая научную работу в своем университете, помогают в открытии новых фирм. Процесс обучения студентов не является только академическим, происходит передача знаний, практических навыков по осуществлению предпринимательской деятельности [2].

Главное отличие предпринимательского университета от обычного – это большой удельный вес исследовательского бюджета в общих доходах университета. Университет должен зарабатывать на науке, формируя критическую массу интеллектуальной собственности, т. е. патенты, знания и разработки, что позволяет говорить о наличии предпринимательской функции.

Как результат стратегического партнерства университетов с промышленными предприятиями на базе высших учебных заведений сегодня создаются университетские технопарки. К основным задачам таких технопарков относятся коммерциализация имеющихся научных разработок, стимулирование научной деятельности преподавателей и сотрудников вуза, а также применение научного потенциала вуза для решения практических задач.

Функцию перераспределения потенциальных экономических и социальных благ от создаваемых технопарков по регионам выполняют сетевые технопарки. Благодаря сетевой структуре у технопарка увеличиваются возможности, расши-

ряется спектр предоставляемых им услуг, улучшаются значения показателей эффективности его деятельности. Кроме того, благодаря сетевой структуре технопарк получает возможность обеспечить свое физическое присутствие в значимых для развития технопарка крупных городах [5]. В этом направлении сегодня в Казахстане уже делаются некоторые шаги. В сфере интеграции образования, науки и инноваций прорывом является Назарбаев Университет, который в ближайшем будущем станет Центром образовательного и научного кластера в Центральной Азии и среди стран СНГ. На сегодняшний день в Университете функционируют центры энергетических исследований и наук о жизни, международный междисциплинарный инструментальный центр. Такие университеты, как ЕНУ им. Л.Н. Гумилева, КазНТУ им. К.И. Сатпаева, КазНАУ, КБТУ, КарГТУ, имеют потенциал стать университетами нового поколения, которые будут сочетать в себе функции как образовательные, исследовательские, так и предпринимательские. Но при этом необходимо продумать механизмы трансформации. Так, например, в Швеции процесс перехода к предпринимательским университетам начался с 1980-х гг. Во всех университетах страны была создана система практического предпринимательского образования, т. е. в качестве преподавателей были привлечены состоявшиеся предприниматели.

Еще одна проблема, которую необходимо решить, – это востребованность научных результатов, их превращение в современные технологии и конкурентоспособные товары. Сегодня доля казахстанской наукоемкой продукции на мировом рынке практически равна нулю. В то время как данный показатель эффективности научно-технической и инновационной деятельности стран Европейского союза составляет 35 %, США – 25 %, Японии – 11 %, Сингапура – 7 %, Южной Кореи – 4 %, Китая – 2 %. Причиной такого положения является отсутствие заинтересованности бизнеса в развитии и внедрении результатов отечественной науки в производство [3].

В связи с этим необходима ориентация научных исследований на потребности экономики, а также выработка эффективных механизмов коммерциализации результатов научной и научно-технической деятельности, развитие бизнеса в сфере научно-инновационной деятельности, производства и выпуска конкурентоспособной высокотехнологичной продукции, укрепление кадрового потенциала науки.

Еще один важный институт в тройной спирали – это бизнес, представляющий собой неотъем-

лемый компонент инновационного процесса в современной экономике. Пока еще инновационная активность отечественных предприятий по сравнению с технологически развитыми странами находится на низком уровне (по данным Агентства РК по статистике – менее 5 %). Количество предприятий, имеющих инновации, составляет не более 400 единиц.

Для перехода на инновационный путь развития необходимы инновационные предприниматели, которые при поддержке государства смогут обеспечить производство и распространение инноваций. Сегодня отечественный бизнес восприимчив к инновациям по параметру привлечения нового, высокотехнологичного оборудования. Покупка зарубежного оборудования более выгодна предприятиям, обновление происходит за счет заимствования зарубежных технологий, не всегда современных. Но следует помнить, что развитие инновационной деятельности только на базе покупки зарубежного оборудования чревато сохранением технологического отставания [7].

Необходимо продумать механизмы взаимодействия бизнеса и науки, коммерциализации знаний, включая их трансферт в новые области применения. Например, в развитых странах общей тенденцией является достижение высокого уровня финансирования инноваций частным сектором экономики. В странах-лидерах, например в США, частный сектор обеспечивает до 75 % расходов на исследования и разработки, а на долю ста крупнейших международных корпораций приходится 90 % этой суммы.

На современном этапе развития в Казахстане существуют и развиваются только «двойные», а не «тройные спирали» отношений. Складываются следующие виды таких видимых парных связей:

1. Государство – сырьевые отрасли промышленности. Имея высокие доходы, данные отрасли конкурируют на международных рынках.

2. Государство – остальной бизнес. Те предприятия, которые в состоянии выйти на инновационный рынок для создания импортозамещающей продукции, предъявляют спрос преимущественно на импортное оборудование.

3. Наука – бизнес. Это взаимодействие пока еще остается недостаточно развитым.

«Двойные спирали» в новых условиях рыночных отношений сохраняют устойчивые технологические «ловушки», поскольку в них заинтересованы все участники инновационного процесса. Государство, в целом отвечающее за успешный переход к новым технологическим траекториям, не может преодолеть такие «ловушки» из-за того,

что в его взаимодействии с другими участниками по-прежнему доминируют вертикальные отношения, не отвечающие современным инновационным требованиям.

Сегодня требуется проведение системных реформ, которые позволят сделать государство партнером науки и бизнеса.

Отдельно необходимо остановиться на коммерциализации технологий. Коммерциализация технологий представляет собой процесс превращения идеи в готовый коммерческий продукт при тесном взаимодействии ученых и специалистов в области коммерциализации с производителями и инвесторами.

В технологически развитых странах (США, Германия, Израиль, Япония) создана система успешной коммерциализации научных разработок, которая развивается благодаря государственной политике в области инновационной деятельности. Налоговая и таможенная система, законодательное обеспечение добросовестной конкуренции, охраны и защиты прав на интеллектуальную собственность создают у всех участников инновационного процесса – ученых и разработчиков, производителей и инвесторов – высокие мотивации в быстром использовании результатов научных исследований и разработок или, как сейчас говорят, введении интеллектуальной собственности в экономический оборот [9].

В законах РК «О Науке» и «О государственной поддержке индустриально-инновационной деятельности» впервые введено понятие «коммерциализация технологий», а также изложены основные, но все-таки опять недостаточные, нормативные правовые механизмы коммерциализации.

По сложности коммерциализации научных разработок отрасли можно условно разделить на:

– имеющие предпосылки для коммерциализации (информационные технологии, электронная промышленность, медицина, товары народного потребления, пищевая промышленность);

– где коммерциализация научных разработок является крайне сложной задачей (металлургия, химическая промышленность, нефтегазовая промышленность).

Появление системы коммерциализации технологий в Казахстане позволит прямо или косвенно решить задачи социально-экономического характера, такие как повышение конкурентоспособности экономики и создание новых рабочих мест. В развитие инновационной экономики свой вклад должны внести казахстанские ученые, особенно это важно в тех областях науки и техники, где они занимают ведущие позиции в мире.

Казахстан должен мобилизовать материальные и человеческие ресурсы, необходимые для выстраивания инновационной экономики XXI века, которая отвечает национальным интересам нашей страны [10].

Пристатейный библиографический список

1. Абишева З.С. Проблемы коммерциализации научных разработок // Деловая неделя. 2013. № 36 (1061).
2. Жиланкозова Г. Интеллектуальная собственность: права, защита, осуществление // Внешнеэкономическая деятельность в Казахстане. 2000. № 10.
3. Кресс В., Грачев В. Научно-образовательный потенциал как фактор экономического развития // Экономист. 2000. № 3.
4. Кондратьев Н.Д. Избранные сочинения. М.: Экономика, 1993.
5. Об одобрении Концепции охраны прав интеллектуальной собственности: Постановление Правительства Республики Казахстан от 26.09.2001 № 1249 // САПП Республики Казахстан. 2001. № 21.
6. Омурзаков Т.К. Тройная спираль: сближая науку, производство и государство: проблемы и пути решения // Мегapolis. 2013. С. 1.
7. Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 17 января 2014 года.
8. Сурин А.В., Молчанова О.П. Инновационный менеджмент. М.: Инфра-М, 2009.
9. Уколов В.Ф. Инновационный менеджмент в государственной сфере и бизнесе. М.: Экономика, 2009.
10. Фархутдинов Р.А. Инновационный менеджмент. П.: Питер, 2010.

References (transliterated)

1. Abisheva Z.S. Problemy kommercializacii nauchnyh razrabotok // Delovaja nedelja. 2013. № 36 (1061).
2. Zhilankozova G. Intellektual'naja sobstvennost': prava, zashhita, osushhestvlenie // Vneshnejekonomicheskaja dejatel'nost' v Kazahstane. 2000. № 10.
3. Kress V., Grachev V. Nauchno-obrazovatel'nyj potencial kak faktor jekonomicheskogo razvitija // Jekonomist. 2000. № 3.
4. Kondrat'ev N.D. Izbrannye sochinenija. M.: Jekonomika, 1993.
5. Ob odobrenii Konceptcii ohrany prav intellektual'noj sobstvennosti: Postanovlenie Pravitel'stva Respubliki Kazahstan ot 26.09.2001 № 1249 // SAPP Respubliki Kazahstan. 2001. № 21.
6. Omurzakov T.K. Trojnaja spiral': sblizhaja nauku, proizvodstvo i gosudarstvo: problemy i puti reshenija // Megapolis. 2013. S. 1.
7. Poslanie Prezidenta Respubliki Kazahstan N. Nazarbaeva narodu Kazahstana ot 17 janvarja 2014 goda.
8. Surin A.V., Molchanova O.P. Innovacionnyj menedzhment. M.: Infra-M, 2009.
9. Ukolov V.F. Innovacionnyj menedzhment v gosudarstvennoj sfere i biznese. M.: Jekonomika, 2009.
10. Farhutdinov R.A. Innovacionnyj menedzhment. P.: Piter, 2010.

Фомин Е.М.

ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ АРЕНДНЫХ ОТНОШЕНИЙ: ОПЫТ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА РОССИИ И ИТАЛИИ

Цель: Изучение арендных отношений в гражданском праве Италии, страны – «правопреемницы» Древнего Рима, и их сравнительно-правовой анализ с положениями ГК РФ.

Методология: Применялись историко-правовой, формально-логический методы, сравнительно-правовой анализ.

Результаты: Подтверждено и обосновано, что арендные отношения есть отношения обязательственные. Проведен детальный анализ структуры владения арендатора и средств защиты его владения. Сделаны следующие выводы: арендатор не является самостоятельным владельцем, а является держателем вещи (опосредованное владение), несмотря на отсутствие законодательного закрепления в праве РФ правомочия держания. «Право следования» должно закрепляться сторонами в договоре на основании их волеизъявления, как это имеет место в праве Италии. Посессорная защита факта владения является необходимым условием, обеспечивающим реализацию прав арендатора.

Новизна/оригинальность/ценность: В статье рассмотрены доктринальные и законодательные положения касательно природы арендных отношений по праву Италии и России, ранее не подвергавшиеся детальному исследованию.

Ключевые слова: договор аренды, гражданский кодекс Италии, посессорная защита, владение (держание)

Fomin E.M.

LEGAL CLASSIFICATION OF LEASEHOLD RELATIONSHIPS: THE EXPERIENCE OF COMPARATIVE LAW RESEARCH OF THE CIVIL LAW OF RUSSIA AND ITALY

Purpose: Analysis of leasehold relationships in the civil law of Italy, successor of the Ancient Rome, and comparative legal research with the provisions of the Civil Code of the Russian Federation.

Methodology: Historical and legal comparative method, Aristotelian method, comparative legal research.

Results: The work confirms and proves that leasehold relationships are legally binding ones. A detailed analysis of the lessee's possession pattern and possession protection means is made. The following conclusions are made: lessee is not an independent owner but is a holder of an item (mediated possession), despite of the lack of legislative framework of legal faculty of holding in the Russian law. The «resale right» must be stipulated by the parties in an agreement based on their will, as it is provided for in the Italian law. Possessory protection of the fact of possession is a necessary condition ensuring execution of the lessee's rights.

Novelty/originality/value: The article deals with doctrinal and statutory provisions pertaining to the nature of leasehold relationships under Italian and Russian law.

Keywords: lease contract, civil code of Italy, possessor protection, possession (contenance)

В ГК Италии раздел об аренде содержится в книге 4 «Об обязательствах», аналогичное место занимает договор аренды и в ГК России. Однако отведение аренде места в системе обязательственных отношений не лишило ее вещно-правовых элементов и свойств, которые договор аренды приобретал в течение всего срока правовой эволюции.

Следует согласиться, что классический древнеримский принцип *emptio tollit locatum*, указывающий на исключительно обязательственную природу арендных отношений, уступил место прочно укрепившемуся в континентальном гражданском праве принципу *emptio non tollit locatum*.

К примеру, статья 1599 ГК Италии прямо указывает, что договор сдачи внаём может быть противопоставлен третьему лицу, т. е. покупателю,

если имеет удостоверенную дату, предшествующую дате продажи объекта. В силу статьи 1600 ГК Италии, если аренда не имеет удостоверенной даты, но держание арендатора предшествует продаже, покупатель не обязан соблюдать аренду, кроме как на период, соответствующий установленному для аренды на неопределенное время.

Данное обстоятельство дает повод характеризовать право арендатора как абсолютное. Тезис об абсолютном характере права пользования арендатора находит свое подтверждение также в теории защиты права владельца вещи, сочетающейся с защитой прав арендатора и его правопреемников, учитывая хотя бы иск о восстановлении в правах (о восстановлении владения) в силу статьи 1168 ГК Италии, который прямо дозволен, в том числе и держателю вещи.

Отечественный дореволюционный ученый В.А. Умов, фундаментально исследовавший договор найма по римскому праву, справедливо отмечал: «Существо найма состоит не в установлении для нанимателя права на известную вещь, а в известной совокупности действий, которыми устанавливается для нанимателя известное пользование в размере, определенном договором. Сама вещь на втором месте» [15, с. 11].

В поддержку обязательственной природы арендных отношений уместно говорить о тезисе, согласно которому право пользования арендованным благом реализуется только через выполнение арендодателем обязательства, принятого как основное, – «предоставить в пользование» арендатору благо каждодневно и в каждый отдельный момент, а значит через выполнение единого и длящегося обязательства [18, с. 87].

Вместе с тем, дискуссия о природе арендных отношений вышла за пределы спора только о вещных или обязательственных правах. В итальянской доктрине принято выделять реальное право пользования (*diritto reale di godimento*), то есть пользование вещного свойства, и личное право пользования (*diritto personale di godimento*), основанное на субъективном праве. Арендные отношения, как уже было отмечено, имеют свою собственную специфику. В этой связи в Италии, учитывая юридическую реальность, высказываются о третьем самостоятельном виде права пользования. Тем самым делаются попытки преодолеть вечный спор о природе права арендатора, квалифицируя его как обязательственное право, обладающее характером как незамедлительности, так и абсолютности [19, с. 120].

В России также встречаются схожие мнения. По мнению В.В. Витрянского, «обременение нового собственника сданного в аренду имущества правами арендатора, а также наделение последнего вещно-правовой защитой представляют собой лишь результат использования законодателем отдельных элементов вещных правоотношений для регулирования договора аренды, в целом сохраняющего свою обязательственно-правовую природу» [4, с. 77]. Следовательно, можно утверждать, что арендные отношения являются самостоятельным, единственным в своем роде типом (разновидностью) обязательственных правоотношений.

Вместе с тем, нельзя не отметить, что в российской цивилистике имеет развитие еще одна теория, согласно которой арендные отношения следует считать смешанными. По мнению К. Кавелина, для найма характерно совмещение прав

вещных и обязательственных, поскольку одна и та же «реальная вещь» находится в обладании одного лица и становится «предметом употребления» других лиц [10, с. 64]. Часть складывающихся в гражданском обороте правовых связей отвечает вещным или обязательственным признакам, размышляет М.И. Брагинский, и все же едва ли не большинство гражданских правоотношений является смешанными «вещно-обязательственными» [2, с. 160]. О.С. Иоффе, к примеру, считал, что деление на абсолютные и относительные правоотношения носит в высшей степени условный характер [9, с. 75]. Е.В. Вавилин считает, что арендные отношения представляют собою совокупность вещных и обязательственных отношений [3, с. 60]. Нельзя не отметить, что на основе приведенной выше теории высказывалась точка зрения, согласно которой определять арендные правоотношения как смешанные (вещно-обязательственные) неверно, поскольку арендные правоотношения представляют особое правовое состояние [12, с. 95]. Исключительность же правового состояния, по мнению К.Л. Токоевой, заключается в том, что в аренде следует видеть две группы разных (но не смешанных) правоотношений. Во-первых, это обязательства по поводу предоставления объекта аренды, обязательства по уплате арендной платы, являющиеся исключительно обязательственными; во-вторых, правоотношения в связи с обладанием вещью [12, с. 95]. В основе этой позиции также лежит следующее высказывание М.М. Агаркова: «Различие абсолютных и относительных правоотношений является различием именно правоотношений, а не институтов. В пределах одного и того же института могут быть правоотношения как абсолютные, так и относительные. Так, например, институт имущественного найма охватывает как вещные правомочия, так и чисто обязательственные...» [1, с. 211].

Но все вышеприведенные точки зрения фактически констатируют юридическую реальность, закрепленную в нормах, ее внешнее проявление и особенности оборота, в силу которых арендные отношения обогатились вещными свойствами.

По своей природе найм имущества есть пользование вещью большей частью физическое: это предполагает известное физическое же отношение к вещи, делающее доступным пользование. Это физическое отношение к вещи, сходное с таковым же в вещных правах [15, с. 11], и является предпосылкой к развитию теорий, в силу которых имущественный найм либо относят к вещным правам, либо видят в нем смешанные отношения или вовсе иное правовое состояние.

В дореволюционной России наниматель приобретал на нанятое имущество отдельное владение [6, с. 333], то есть иное по своему содержанию и природе, нежели имеет собственник имущества. Такого подхода строго придерживалась практика кассационного департамента правительствующего сената. Так, правительствующий сенат признавал невозможным иск о восстановлении нарушенного владения между арендатором и собственником, потому что ввиду несамостоятельности владения арендатора и зависимости его от владения собственника нельзя выяснить и установить факт владения без проверки прав на таковое [6, с. 13]. В деле Реш. 1878 № 160 был высказан вывод, что «арендатор владеет арендуемой землею не от своего имени, а от имени собственника, представителем которого он и является в исках в восстановлении нарушенного владения, посему таковые иски арендатора к собственнику допускаемы быть не могут, по сим основаниям представляется невозможным и иск арендатора к арендатору, если оба арендатора арендуют имение, принадлежащее тому же собственнику» [6, с. 13].

Таким образом, приведенные решения показывают, что в дореволюционной России далеко не всякое владение защищалось владельческим иском, а только владение, проникнутое характером самостоятельности [6, с. 14]. Арендатор же не имел такого самостоятельного владения, его владение имело другую природу, свойство и не могло приравниваться к владению собственника.

Вместе с тем, как верно отметил И.П. Кожокар, «современное право защищает любое владение, в том числе и держание. В странах, допускающих особую владельческую защиту, она представляется любому владению (держанию)» [11].

В статье 1168 ГК Италии сказано, что каждый, кто был насильно или тайно лишен владения, может в течение года с момента лишения требовать против виновника восстановления того же владения. Такое действие также отдается тем, кто имеет право держания вещью, кроме случаев, когда оказываются услуги или гостеприимство.

Таким образом, право на восстановление владения отдается также и держателям вещи, в том числе и нанимателям.

Вместе с тем, следует подчеркнуть, что в силу статьи 1168 ГК Италии объектом защиты выступает любое фактическое владение, а при таких обстоятельствах иск нанимателя к собственнику следует квалифицировать как посессорный, где защищается фактическое владение (держание),

и в таком случае доказывать основание владения не представляется необходимым, достаточно доказать факт произвольного нарушения владения.

В России, согласно статье 305 ГК РФ, право на защиту владения принадлежит лицу, хотя не являющемуся собственником, но владеющему имуществом на праве пожизненного наследуемого владения, хозяйственного ведения, оперативного управления либо по иному основанию, предусмотренному законом или договором. Это лицо имеет право на защиту его владения также против собственника. В отличие от ГК Италии статья 305 ГК РФ защищает исключительно титульное владение. Следовательно, если при иске нанимателя к любому третьему лицу в защиту своего владения действия нанимателя можно квалифицировать как действия от имени собственника, то иск к собственнику по смыслу 305 Кодекса может иметь место только тогда, когда истцом по такому требованию выступает не лицо, которое прямо связано с собственником договорными правоотношениями, а иное лицо, к примеру субарендатор, поскольку субарендатор держит вещь от имени арендатора, и для субарендатора арендодателем выступает арендатор по первоначальному договору. Следует согласиться с С.А. Сеницыным, утверждавшим, что по смыслу статьи 305 ГК РФ характер и юридическая природа исков о защите титульного владения, направленных против собственника, предопределены двумя ситуациями: 1) когда собственник и титульный владелец связаны договором; 2) когда основанием возникновения титульного владения не является непосредственно договор с собственником (владение субарендатора, субкомиссионера, субподрядчика) [13]. В этой связи только в последнем случае можно говорить о применении статьи 305 ГК РФ в отношении собственника, в первом же случае речь можно вести о требовании исполнения обязательства в натуре, а не о вещном требовании.

Таким образом, предоставление арендатору вещных способов защиты его владения не следует расценивать как атрибут вещного свойства аренды, ибо арендатор в случае с исками против лиц, нарушивших его владение (держание), действует от имени собственника, защищая владение собственника и, как следствие, свое держание. В случае же с иском нанимателя к собственнику такой иск должен квалифицироваться либо как посессорный иск, либо как иск в порядке ст. 398 ГК РФ.

Другим атрибутом арендного правоотношения является так называемое право следования. По римскому праву купля-продажа прекращала найм. Однако такое положение дел, очевидно, не

устраивало арендатора, который в любой момент мог лишиться своего права пользоваться вещью, что делало его лицом беззащитным по отношению к собственнику. В этой связи уже в римском праве стали предусматриваться механизмы защиты арендатора. Обычно стороны специально предусматривали ответственность за несохранение договора, так что в случае продажи вещи арендодатель был обязан уступить арендатору свои иски из купли покупателю [7]. По Гражданскому уложению Итальянского Королевства 1865 года, если хозяин не выговорил себе право уничтожить договор найма в случае продажи отданной в найм вещи, то покупатель обязывается сохранить договор найма, если он был заключен прежде покупки и явствует из публичного акта или частного документа с обозначением времени его совершения (статья 1597) [8, с. 403]. А если у покупателя есть право выгнать нанимателя, то сделать это он может, прежде уведомив нанимателя в срок, принятый местными обычаями. Арендатор сельскохозяйственной земли должен быть предупрежден за год вперед (статья 1600) [8, с. 404]. Статьей 1599 действующего в Италии Гражданского кодекса предусматривается, что договор сдачи внаём может быть противопоставлен третьему лицу – покупателю, если имеет удостоверенную дату, предшествующую дате продажи объекта. Однако такое правило не применяется к договорам сдачи внаём движимого имущества, не зарегистрированным в государственных реестрах, если покупатель получил во владение объект добросовестно. Если же договор найма не имеет удостоверенной даты, но держание (*detenzione*) арендатора предшествует продаже, покупатель не обязан соблюдать аренду, кроме как на период, соответствующий установленному для аренды на неопределенное время (статья 1600 ГК Италии) [8, с. 404]. В силу статьи 1601 ГК Италии, если арендатор был выселен покупателем, поскольку договор сдачи внаём не имел удостоверенной даты, предшествующей продаже, арендодатель обязан возместить ему убытки. При этом статьей 1603 ГК Италии закрепляется следующее правило. Если сторонами согласовано, что договор аренды может быть расторгнут в случае отчуждения арендованного имущества, покупатель, который хочет воспользоваться таким правом, обязан уведомить нанимателя в отведенные законом сроки, а наниматель вправе требовать уплаты ему убытков [8, с. 404].

Таким образом, по итальянскому гражданскому праву совершенно четко прослеживается последовательность законодателя и преемствен-

ность правовых эпох и традиций, когда от древнеримских источников права до современного кодекса договор аренды сохраняет и подчеркивает свою обязательственную правовую природу, поскольку «право следования» не является императивно установленным кодексом условием арендного отношения. Наделение арендных отношений «правом следования» было обусловлено, прежде всего, защитой слабой стороны в обязательстве, а именно арендатора, когда последний мог быть выгнан собственником в любой момент. В то же время предоставление безусловного «права следования» в абсолютно любых арендных отношениях ставит собственника имущества в положение слабой стороны. Закрепление в итальянском кодексе норм, позволяющих сторонам самостоятельно установить или отказаться от «права следования», безусловно, является позитивным условием и характерным признаком развитого правопорядка, поскольку при таких условиях возможно обеспечить и соблюсти баланс интересов сторон.

Против семи статей итальянского кодекса «посвящённых праву следования», ГК РФ имеет только одну статью 617, состоящую из трех небольших абзацев. В силу названной статьи переход права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления, пожизненного наследуемого владения) на сданное в аренду имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора аренды.

Таким образом, норма отечественного гражданского кодекса императивным образом сохраняет арендный договор в силе при смене собственника объекта аренды и не предоставляет сторонам даже права самостоятельно определить судьбу арендного правоотношения при отчуждении арендованного имущества, что не отвечает природе отношений.

В дореволюционной России отчуждение вещи прекращало найм, так как он не может быть обязательным для не участвующего в нем приобретателя [16]. Однако, как совершенно четко было подмечено Г.Ф. Шершеневичем, «жизнь противится этому логическому заключению, опасаясь за интересы арендаторов и квартирантов, которые при таком последовательном проведении юридических начал могут быть во всякое время лишены крова и насиженного гнезда, земли, обработанной тщательным трудом» [16, с. 399]. Первыми шагами на пути к защите арендатора было включение в устав гражданского судопроизводства норм, которыми устанавливалось исключение из общего правила. Процессуальными нормами предусматривалось, что при продаже имущества с публич-

ных торгов арендные договоры сохраняют силу, если были заключены до получения повестки и до обращения на него взыскания [6, с. 334]. Также на защиту арендатора встала судебная практика, которая стала устойчиво придерживаться положений, что арендный договор и при отчуждении вещи сохраняет свою силу до назначенного в нем срока, был он или не был известен приобретателю (кас. реш. 1875 № 144) [16, с. 399].

Советский период уже строго и безальтернативно определил за арендой право следования, что не стало предметом изменений при составлении действующего гражданского кодекса.

Такой подход не видится оправданным с точки зрения природы отношений, однако обеспечивает защиту арендатора от возможных злоупотреблений арендодателя. На первый взгляд, проблема могла бы быть решена установлением законной неустойки, которую арендатор вправе был бы взыскать с арендодателя в случае досрочного прекращения арендного договора, вызванного отчуждением арендуемой вещи. Предложенное как раз обеспечивало бы защиту арендатора, что, в свою очередь, одновременно могло бы послужить отказу от «права следования». Следует отметить, что ранее высказывались подобные предложения [16]. Вместе с тем, сохранение за арендатором прав пользоваться и владеть (держат) имуществом при смене собственника является, очевидно, куда более эффективным способом защиты, нежели наделение его правом требования неустойки или иными другими способами защиты своего права. Другое дело, что стороны должны быть наделены правом самостоятельно определять последствия отчуждения нанятого имущества и последствия прекращения обязательства в связи с отчуждением вещи (выплата неустойки, предоставление другого имущества, аналогичного по своим характеристикам, взамен отчужденного и т. д.).

Таким образом, про гражданскому праву Италии нельзя говорить о вещном характере аренды, поскольку установление «права следования» может быть отрегулировано посредством волеизъявлений сторон, что при вещных отношениях исключается. Отсутствие в ГК РФ у сторон возможности отказаться от «права следования» представляет собою юридическую фикцию. Однако следует признать, что отечественный оборот еще не готов к либерализации, и наличие в кодексе норм, позволяющих сторонам отказаться от «права следования», не сможет в полной мере обеспечить главную цель – защиту арендатора при нынешней правовой порядочности участников оборота.

Еще одно препятствие на пути квалификации аренды как вещного права – закрытый перечень вещных прав (*numerus clausus*). В этой связи уместно обратить внимание, что в Италии некоторые ученые высказываются о сохранении установленных пределов *numerus clausus*, поскольку при помощи этого перечня в случае договоров *inter pares* (не между равными) получится защитить более слабого контрагента, учитывая возможность исключить ситуацию, когда частная автономия превалирует и реализуется в новых договорных схемах, созданных для регулирования интересов по пользованию различными благами, что в результате может привести к привилегиям и более выгодному положению более сильной стороны [19].

Таким образом, несмотря на различные точки зрения, следует констатировать, что арендные отношения и по праву Италии, и по праву России являются обязательственными правоотношениями. Следует согласиться с Е.А. Сухановым, что реализация вещного права не зависит от действий других лиц [14], в то время как в арендных отношениях реализация прав владения (держания) и пользования напрямую зависит от сторон и в особенности от арендодателя. Действия арендодателя не исчерпываются одним актом – передать вещь и права пользования и владения (держания) ею; такое действие, а точнее бездействие (не мешать пользоваться), подлежит выполнению ежедневно и в каждый отдельный момент.

Наличие у арендатора вещных средств защиты владения не может рассматриваться как признак (свойство) вещности арендных отношений, поскольку арендатор фактически является представителем собственника и защищает владение собственника и собственное владение (держание), позволяющее реализовать правомочие пользования. В случае же с иском нанимателя к собственнику такой иск должен квалифицироваться либо как посессорный, либо как иск в порядке ст. 398 ГК РФ.

Несмотря на то, что российское гражданское законодательство и доктрина не разделяют право держания и право владения, держание фактически предопределено структурой владения арендатора по праву России, в том числе по той причине, что вещные иски дозволены арендатору (как представителю арендодателя), когда арендные отношения есть только обязательственные отношения.

Так называемое «право следования» по гражданскому праву Италии не является императивно закрепленным законодателем. Данное, во-первых,

существенно отличает арендные правоотношения от вещных, когда право следования невозможно установить или отказаться от него по обязательству, а во-вторых, несет в себе доктринальную особенность, отличающую подход итальянского гражданского права от гражданского права России, в котором право следования является безусловным и императивно установленным, что видится ошибочным.

Пристатейный библиографический список

1. Обязательство по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 211.
2. Брагинский М.И. Договорное право. Общие положения. Кн. 1. М.: Статут, 2001. С. 160.
3. Вавилин Е.В. Содержание договора аренды // Вестник СГАП. 2011. № 3. С. 60–64.
4. Витрянский В.В. Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда зданий, сооружений и предприятий. М.: Статут, 2000. С. 77.
5. Гуляев А.М. Иски о восстановлении нарушенного владения в практике гражданского кассационного департамента правительствующего сената. СПб.: Юрид. кн. маг. И.И. Зубкова, 1911. С. 13.
6. Гуляев А.М. Русское Гражданское право. Обзор Гражданского законодательства и проекта гражданского уложения. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. С. 333.
7. Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / под. ред. В.С. Нерсисянца. М.: Норма, 1996. С. 525.
8. Зарудный С.И. Гражданское уложение Итальянского королевства и русские гражданские законы: в 2 ч. Ч. 1. СПб., 1869. С. 403.
9. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. С. 75.
10. Кавелин К. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1879. С. 64.
11. Кожокар И.Г. Институт фактического владения в гражданском праве РФ // Гражданское право. 2015. № 1. С. 39–42.
12. Кокоева Л.Т. Основные проблемы гражданско-правового регулирования арендных отношений: дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2004. С. 95.
13. Синицын А.С. Защита титульного владения не собственника: опыт российского и германского права. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
14. Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право / отв. ред. В.С. Ем. М.: Статут, 2008. С. 290.
15. Умов В.А. Договор найма имущества по Римскому праву и новейшим иностранным законодательствам. Ч. I. М.: Унив. тип. (Катков и К), 1872. С. 11.
16. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань: Имп. ун-т, 1894. С. 399.
17. Thon Augusto. Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto. Padova: Cedam, 1939. P. 291.

18. Barassi L. La teoria generale delle obbligazioni. Milano: Giuffe, 1946. P. 87.

19. Trimarchi M. La locazione. Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013. P. 120.

References (transliterated)

1. Objazatel'stvo po sovetskomu grazhdanskomu pravu // Agarkov M.M. Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu. T. 1. M., 2002. S. 211.
2. Braginskij M.I. Dogovornoe pravo. Obshhie polozhenija. Kn. 1. M.: Statut, 2001. S. 160.
3. Vavilin E.V. Soderzhanie dogovora arendy // Vestnik SGAP. 2011. № 3. S. 60–64.
4. Vitrijanskij V.V. Dogovor arendy i ego vidy: prokat, frahtovanie na vremja, arenda zdaniy, sooruzhenij i pred-prijatij. M.: Statut, 2000. S. 77.
5. Guljaev A.M. Iski o vosstanovlenii narushennogo vladenija v praktike grazhdanskogo kassacionnogo departamenta pravitel'stvujushhego senata. SPb.: Jurid. kn. mag. I.I. Zubkova, 1911. S. 13.
6. Guljaev A.M. Russkoe Grazhdanskoe pravo. Obzor Grazhdanskogo zakonodatel'stva i proekta grazhdanskogo ulozhenija. SPb.: Tip. M.M. Stasjulevicha, 1911. S. 333.
7. Dozhdev D.V. Rimskoe chastnoe pravo: uchebnik dlja vuzov / pod. red. V.S. Nersesjanca. M.: Norma, 1996. S. 525.
8. Zarudnyj S.I. Grazhdanskoe ulozhenie Ital'janskogo korolevstva i russkie grazhdanskije zakony: v 2 ch. Ch. 1. SPb., 1869. S. 403.
9. Ioffe O.S. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. L.: Izd-vo Leningr. un-ta, 1958. S. 75.
10. Kavelin K. Prava i objazannosti po imushhestvam i objazatel'stvam. SPb.: Tipografija M.M. Stasjulevicha, 1879. S. 64.
11. Kozhokar' I.G. Institut fakticheskogo vladenija v grazhdanskom prave RF // Grazhdanskoe pravo. 2015. № 1. S. 39–42.
12. Kokoeva L.T. Osnovnye problemy grazhdansko-pravovogo regulirovanija arendnyh otnoshenij: dis. ... d-ra jurid. nauk. Saratov, 2004. S. 95.
13. Sinicyn A.S. Zashhita titul'nogo vladenija nesobstvennika: opyt rossijskogo i germanskogo prava. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
14. Suhanov E.A. Grazhdanskoe pravo Rossii – chastnoe pravo / отв. ред. V.S. Em. M.: Statut, 2008. S. 290.
15. Umov V.A. Dogovor najma imushhestv po Rimskom pravu i novejsim inostrannym zakonodatel'stvam. Ch. I. M.: Univ. tip. (Katkov i K), 1872. S. 11.
16. Shershenevich G.F. Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava. Kazan': Imp. un-t, 1894. S. 399.
17. Thon Augusto. Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto. Padova: Cedam, 1939. P. 291.
18. Barassi L. La teoria generale delle obbligazioni. Milano: Giuffe, 1946. P. 87.
19. Trimarchi M. La locazione. Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013. P. 120.

Азизов Р.Ф.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ В РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬЕ (НА ПРИМЕРЕ ГЕРМАНИИ)

Цель: Рассмотрение основных правовых актов и правоприменительной практики Германии в области регулирования отношений в сети Интернет.

Методология: Использовались формально-юридический и сравнительно-правовой методы.

Результаты: Показано, что германский законодатель уделяет большое внимание регламентации таких вопросов, как особенности интернет-архитектуры, ответственность информационных посредников, проблеме идентификации пользователей, скорости и простоты операций с информацией в условиях глобальной информационно-телекоммуникационной сети. В характерном для романо-германских правовых систем направлении правового регулирования отношений в сети Интернет Германии в большей степени близка инфраструктурная модель правового регулирования. Отдельные инфраструктурные элементы в их статике и динамике получают прямое закрепление в законодательстве и разработку на уровне практики.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает высокой научной и практической ценностью, поскольку является современной попыткой рассмотрения актуальной юридической проблемы.

Ключевые слова: юрисдикция, информационные технологии, Интернет, доменная зона, электронное право, электронная торговля, информационная безопасность, киберпреступность, спам, социальные сети, информационный посредник.

Azizov R.F.

LEGAL REGULATION OF RELATIONS IN THE INTERNET IN THE ROMANO-GERMANIC LEGAL FAMILY (THE PRACTICE OF GERMANY)

Purpose: Consideration of the main legal acts and law-enforcement practice of Germany in the field of regulation of the relations on the Internet.

Methodology: Formal legal and comparative and legal methods were used.

Results: It is shown that the German legislator pays much attention to a regulation of such questions as features of Internet architecture, responsibility of information intermediaries, a problem of identification of users, speed and simplicity of operations with information in the conditions of global information and telecommunication network. In peculiar the direction of legal regulation of the relations on the Internet, Germany the infrastructure model of legal regulation is more close to the romano-German legal systems. Separate infrastructure elements in their statics and dynamics receive direct fixing in the legislation and development at the level of practice.

Novelty/originality/value: Article has the high scientific and practical value as is modern attempt of consideration of an urgent legal problem.

Keywords: jurisdiction, information technologies, Internet, domain zone, electronic right, electronic trading, information security, cybercrime, spam, social networks, information intermediary.

В условиях WEB2.0, когда в интернет-отношениях активно участвуют информационные посредники и «рядовые» пользователи, рассредоточенные по всем странам мира (а нередко и публикующие заметки во время путешествий, то есть за пределами государства своего гражданства) и генерирующие огромный массив общедоступного контента, проблема определения юрисдикции и выбора правильного «теста» становится особенно актуальной [5]. Анализ немецкого законодательства и судебной практики по вопросам правового регулирования отношений в сети Интернет показывает, что в Германии Интернет, хотя в целом и рассматривается как особое информационное пространство, не подвергается правовому регулированию так, как если бы

в нем существовала отдельная и обладающая существенными особенностями система общественных отношений. Безусловно, многие системные проблемы правового регулирования отношений в сети Интернет уже получили детальное освещение как в законодательстве, так и в судебной практике ФРГ, однако какого-либо одного акта, который рассматривал бы проблемы правового регулирования сети Интернет системно, нет. Это, в частности, приводит к судебной практике, которая может содержать несколько различных, подчас противоречащих друг другу решений.

Скорость и простота операций с информацией находят свое принципиальное отражение в законодательстве и практике о защите интеллектуальной собственности. В этом смысле особый

интерес представляют случаи, когда данные факторы развития правового регулирования отношений в сети Интернет напрямую обусловлены особенностями интернет-архитектуры.

На сегодняшний день значительная часть нормативных правовых актов Германии общего характера уже нашла свои практические интерпретации в связи с данными вопросами, которые в целом соответствуют общеевропейскому духу. Известно немало судебных решений, которые разрешают спорные вопросы, обусловленные особенностями конкретных видов технологических решений, интенсифицирующих данные факторы и сопутствующие им системные правовые проблемы сети Интернет.

Долгое время особый общественный интерес и озабоченность правообладателей вызывали так называемые пиринговые файлообменные сети – технологические средства обмена информацией (файлами, которые могут содержать, например, кинофильмы, в том числе их нелегальные копии), которые основаны на протоколе, позволяющем каждому из пользователей не только пассивно загружать информацию в память локального компьютера, но и активно «раздавать» части информации для загрузки. В такой ситуации каждый пользователь как бы выступает в качестве сервера, и, с юридической точки зрения, получается, что «виновным» в распространении нелегального контента оказывается каждый из участников данной сети.

В немецкой практике уже был дан ответ на наиболее интересный случай ответственности пользователей пиринговой сети, а именно ответственности родителей за действия, совершенные в данной сети их детьми. Так, 15.11.2012 Федеральный Суд Германии принял решение, в котором нашел свое отражение подход, определяющий условия ответственности родителей за действия детей, совершенные в отношении охраняемых объектов авторского права в сети Интернет с использованием пиринговых файлообменных сетей.

Обстоятельства данного дела (I ZR 74/12 – Morpheus) [6] заключались в том, что 13-летний сын ответчика использовал домашнее соединение для того, чтобы «бесплатно» загрузить около 1200 нелегальных копий посредством пиринговых приложений Morpheus и Bearshare. Родители получили уведомление, предписывающее подписать декларацию о прекращении совершения нарушений и выплатить расходы на юристов, а также компенсацию. Родители подписали декларацию, но отказались выплатить компенсацию, в связи с чем региональный суд обязал родителей

выплатить около 5000 евро в качестве такой компенсации. Апелляцию вышестоящая инстанция не удовлетворила.

Примечательность данного дела в контексте системных проблем правового регулирования сети Интернет выходит за рамки отраслевой специфики, поскольку данное дело отражает еще одну системную проблему правового регулирования сети Интернет, а именно проблему идентификации пользователей.

Заключение суда в данном деле было довольно интересным. С одной стороны, родители несут ответственность за нарушение интеллектуальных прав в Интернете, совершенное их детьми, с другой стороны, условием этого является то, что родители осуществляют в полной мере свои обязанности по воспитанию. В данном случае это означает, что родители предприняли все возможные меры для того, чтобы объяснить ребенку риски и опасности, в том числе юридические, связанные с использованием сети Интернет. Как дополнительно отметил Федеральный суд, какая-либо обязанность осуществлять мониторинг деятельности своего ребенка в Интернете у них отсутствует. Исходя из обстоятельств дела, Федеральный суд установил, что в данном случае родители выполнили все свои обязанности, и отклонил предъявленные к ним требования.

С другой стороны, это означает, что ответственность за данный деликт возлагается на самого ребенка непосредственно, но этот вопрос уже выходит за пределы рассмотрения данной проблематики в свете темы настоящей работы.

Что же касается непосредственно тематики настоящей работы, то рассмотренное дело позволяет проследить связь, как минимум, между двумя системными проблемами правового регулирования сети Интернет – информационными посредниками (в роли которых, собственно, выступают в данном случае... родители) и идентификацией пользователей. Каждая из этих проблем вытекает из совокупности факторов, определяющих развитие сети Интернет.

Фактор трансграничности отношений, по результатам анализа немецкого законодательства и практики, раскрывается в двух традиционных аспектах. Во-первых, это проблемы определения юрисдикции. Во-вторых, оборот персональных данных. Первая из проблем обладает национальной спецификой, вторая укладывается в общую канву правового регулирования трансграничной передачи персональных данных, которая в целом соответствует и принятому в Российской Федерации подходу.

Вместе с тем, интересный ответ на вытекающий из фактора трансграничности отношений вопрос о критериях определения юрисдикции в части персональных данных был дан в относительно недавних одностипных делах, рассмотренных окончательно 14.02.2013 в Административном Суде Шлезвига (номера дел 8 В 60/12 и 8 В 61/1). Поводом к судебному разбирательству послужили требования, которые получили компании «Facebook», зарегистрированные, соответственно, в США и Ирландии, от Независимого государственного центра защиты данных в Шлезвиг-Гольштейне. Суть требований заключалась в том, чтобы немецким пользователям социальной сети Facebook была предоставлена возможность зарегистрировать анонимные учетные записи, и чтобы были разблокированы ранее заблокированные учетные записи тех немецких пользователей, которые ввели «ненастоящие» имя и фамилию (что предусматривается правилами Facebook).

В рамках указанных решений Административный суд Шлезвига постановил, что американская и ирландская компании Facebook не должны следовать предписаниям Независимого государственного центра защиты данных в Шлезвиг-Гольштейне, поскольку данные предписания основаны на немецком законодательстве о защите персональных данных. Соответственно, ирландская и американская компании Facebook должны следовать своему законодательству о персональных данных, которое и подлежит применению в данном случае, поскольку обработка персональных данных (и это важный момент для определения юрисдикции!) технически осуществляется соответствующими зарубежными компаниями, а не немецкой дочерней компанией Facebook. При этом суд сослался на Директиву ЕС 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета от 24.10.1995 о защите персональных данных.

Более того, интересный вывод был сделан судом в данном деле и по вопросу, находящемуся на пересечении проблем правового регулирования отношений в сети Интернет и корпоративного права: немецкая компания Facebook (Facebook GmbH), зарегистрированная в Гамбурге, не может рассматриваться как дочернее предприятие Facebook для целей обработки персональных данных, поскольку оно нацелено, в соответствии с доказательствами, представленными суду, исключительно на маркетинг и корпоративные действия.

Как и в других случаях, относящихся к исследованию законодательства и практики иных европейских стран, проблема идентификации

пользователей также раскрывается на общеевропейском и национальном уровне.

При этом одним из ключевых институтов, который затрагивается данной системной проблемой правового регулирования отношений в сети Интернет, является институт электронной подписи, впервые разработанный для коммерческих отношений и получающий особую актуальность применительно именно к этой области человеческой деятельности.

Особым примером здесь могут послужить судебные решения, которые касаются спама. Общие нормы Закона Германии против недобросовестной конкуренции определяют, что отправка объявления по электронной почте без предварительного получения прямого согласия пользователя запрещается. Вопрос только в том, что считать таким прямым согласием пользователя.

Эта норма, к слову, для немецкого права представляет собой имплементацию на уровне национального законодательства соответствующих директив Европейского Союза. Вопрос о том, как получить согласие пользователя, по сути, и есть вопрос о том, как пользователя идентифицировать.

В частности, известно Решение Федерального Верховного Суда Германии от 10.02.2011 I ZR 164/09 [7], согласно которому рекламодатель может опираться на процедуру «двойного формального согласия» («double opt-in»), предполагающую в контексте Интернета следующее: получатель рекламы проставляет «галочку» (или, например, «крестик» либо иную отметку) в соответствующей онлайн-форме или заполняет иную процедуру для регистрации на получение рекламы. После этого он получает сообщение электронной почты, в котором должен пройти по направленной ему ссылке для завершения процедуры дачи согласия на получение рекламы.

Считается, что такая процедура снижает риск того, что согласие на получение рекламы дало третье лицо, поскольку требуется доступ к указанному при начале регистрации адресу электронной почты. Соответственно получение сообщения с адреса электронной почты, которое свидетельствует о подтверждении услуги, является тем самым доказательством факта получения согласия, бремя доказывания которого возлагается на рекламодателя (а данное правило о требовании согласия и бремени доказывания закреплено, например, и в России – на уровне Федерального закона Российской Федерации от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»).

Разумеется, данный подход сам по себе будет легальным, если подтверждение согласия на

получение рекламы, которое впоследствии направляется пользователю, само по себе уже не будет рассматриваться как несанкционированное сообщение, направленное по сетям электросвязи, даже если исходить из того, что фактическим инициатором данного сообщения был пользователь, который поставил «галочку» или иную подобную отметку в соответствующей онлайн-форме рекламодателя.

В то же самое время Высший Региональный Суд Мюнхена в Решении от 27.10.2012 по делу № 29 U 1682/12 постановил, что такое подтверждение согласия на получение рекламы, которое приходит к пользователю на втором этапе аутентификации, само по себе является несанкционированным сообщением, направляемым по сетям электросвязи, т. е. попросту говоря, спамом.

На данный момент немецкие юристы озадачены тем, что считать надлежащей идентификацией пользователя (а ведь именно такие ситуации в большей степени и характеризуют современный «массовый» трансграничный Интернет, в отличие от тех ситуаций, на урегулирование которых направлены нормы об электронной подписи), и предложенные к анализу дела как раз демонстрируют принципиальную незавершенность в проработке данного вопроса.

Проблема определения юрисдикции в правовой системе ФРГ наиболее ярко также проявляется на примерах из судебной практики. На сегодняшний день немецкие суды столкнулись уже с несколькими случаями, в которых было непросто установить их юрисдикцию, что было обусловлено инфраструктурными и архитектурными особенностями сети Интернет формата «Web 2.0».

Так, характерным примером является решение по делу, получившему название «Seven Days in Moscow» («Семь дней в Москве»), которое рассматривалось Федеральным Верховным Судом в марте 2011 г. Аргументация, использованная в данном судебном решении, развивает аргументацию, которая применялась по аналогичным делам ранее.

Фабула дела была такова. Истец, постоянно проживающий в Германии, подал иск против ответчика, постоянно проживающего в США, в один из немецких судов с требованием о наложении судебного запрета в отношении одной из публикаций ответчика, сделанной им в сети Интернет. Ответчик в своей публикации описывал внешность и образ жизни истца в онлайн-журнале. И истец, и ответчик родились в России, затем случилось так, что они встретились на одном из мероприятий в Москве, после чего ответчик вернулся домой в

США и написал в сети Интернет заметку об истце. Важным фактом (подчеркивающим, заметим, особенности интернет-архитектуры и ее возможности) является то, что статья была написана на русском языке с использованием кириллицы. В то же самое время владельцем интернет-сайта, на котором был размещен спорный контент, была компания, зарегистрированная в ФРГ.

В итоге Федеральный Верховный Суд отказал в признании «международной юрисдикции». Как было отмечено в аргументации, дело носило «международный», но при этом «неевропейский» характер. Суд установил, что один лишь факт того, что истец имел доступ к интернет-сайту из Германии, а равно и то, что некоторые коллеги истца также могли из Германии ознакомиться с этим сайтом, не является основанием для возникновения международной юрисдикции.

Более того, суд отметил, что если статья написана с использованием зарубежного языка и шрифта, причем о событиях, случившихся за рубежом, и нацелена в большей степени на зарубежную аудиторию, отсутствует необходимая связь с национальной юрисдикцией, и немецкие суды не могут принять такой спор к рассмотрению. Суд при этом подверг критике взгляд, согласно которому местом причинения вреда следует считать в таком случае место жительства истца, поскольку это открыло бы возможность для признания юрисдикции немецких судов в отношении любых заявлений, сделанных через Интернет по всему миру [1, 3].

Однако с учетом последней практики в отношении требований о соблюдении персональных данных, обращенных к компании «Facebook», нельзя констатировать полное сохранение данного подхода, а равно единство практики и критериев по вопросу об определении юрисдикции.

Отдельно следует отметить, что Германия относится к числу тех стран, в которых рассматривались первые судебные дела относительно ответственности информационных посредников. Самым громким из этих дел является дело против директора немецкого филиала американского интернет-провайдера «CompuServe» Феликса Цомма (Решение Мюнхенского суда от 17.11.1999).

Феликс Цомм на момент возникновения спорных правоотношений был управляющим директором немецкой компании «CompuServe», которая представляла собой 100 % дочернюю компанию одноименной американской компании – интернет-провайдера. Основная деятельность немецкой «CompuServe» заключалась в предоставлении локального соединения по модему поль-

зователям из Германии к ресурсам компании, размещенным в США (как к собственному контенту компании, так и выходу посредством ее сети в Интернет).

В конце 1995 года немецкая полиция выявила 282 новостных группы сети Usenet, которые были связаны с данной компанией и предположительно содержали изображения насилия, детской порнографии и зоофилии. Спорный контент был размещен на серверах «CompuServe» в США. Компания заблокировала доступ к большинству из данных новостных групп для своих подписчиков по всему миру, а затем предложила к загрузке программное обеспечение, содержащее средства «родительского контроля», которым могли пользоваться подписчики услуги в отношении незаблокированных новостных групп. Вместе с тем, даже в таких условиях 12 новостных групп из числа незаблокированных стали основанием для возбуждения уголовного дела.

По результатам расследования и судебных слушаний судья пришел к следующим выводам:

– обвиняемый вместе с «CompuServe» (США) обеспечил общественный доступ к материалам, содержащим насилие, детскую порнографию и зоофилию, что противоречит абз. 3 ст. 184 Уголовного кодекса ФРГ;

– при этом «CompuServe» (США) имело возможность технически заблокировать соответствующие новостные группы;

– «CompuServe» (США), не заблокировав или восстановив доступ к спорным группам, действовала по своей воле, полностью осознавая содержание новостных групп, руководствуясь мотивом получения коммерческой выгоды. Это же касается и директора компании;

– наличие инструментов «родительского контроля» не имеет никакого значения для рассмотрения дела, поскольку распространение данного контента среди взрослых также преследуется;

– обвиняемый является соучастником, поскольку немецкий филиал американской компании обеспечивал доступ немецких подписчиков к сети США и участвовал в распределении прибыли американской компании;

– обвиняемый при этом не мог опираться на положения «безопасной гавани» (по сути, именно так их по аналогии и можно охарактеризовать), установленные статьей 5 Закона об оказании телекоммуникационных услуг, которая ограничивает ответственность интернет-провайдеров, поскольку: а) с технической точки зрения, немецкая компания сама по себе не является информационным посредником – интернет-провайдером, который

может использовать такую защиту, а собственно интернет-провайдером является американская компания, поэтому не действует параграф 3 данной статьи; б) американская компания при этом имела доступ к блокировке контента, поэтому не действует параграф 2 данной статьи. Указанные параграфы предусматривают соответствующее разделение ответственности информационных посредников разного уровня по аналогии с современными правилами.

Любопытно, что в дополнение к этому особыми основаниями для вынесения приговора послужили игры «Doom», «Heretic» и «Wolfenstein 3D», которые были доступны в сети «CompuServe», поскольку на тот момент они были включены в список материалов, причиняющих вред детям, согласно соответствующему акту [2, 4].

Современные правила об ответственности информационных посредников в Германии в целом соответствуют общемировой практике, отраженной и в последних изменениях законодательства Российской Федерации.

Пожалуй, в свойственной романо-германским правовым системам направлении правового регулирования отношений в сети Интернет Германии в большей степени близка инфраструктурная модель правового регулирования. Это подтверждается тем, что отдельные инфраструктурные элементы в их статике и динамике получают прямое закрепление в законодательстве и разработку на уровне практики. Сюда относится, например, спам, но еще одним любопытным репрезентативным примером будет отношение к доменным именам.

Так, недавно в Германии актуальным был вопрос о том, может ли иностранное лицо использовать доменное имя, расположенное в национальной доменной зоне «.de», т. е. Deutschland. Любопытно, что в Германии регулирование доменных имен в большей степени возводится к основным гражданским правам, в данном случае – к праву на имя, нежели чем к международному регулированию на уровне сообщества, а именно ICANN.

Так, в соответствии с немецким правом носитель определенного имени (компания или физическое лицо) имеют преимущественное право использовать данное имя в качестве доменного, за исключением тех случаев, когда одинаковое имя принадлежит нескольким лицам. В таких случаях, условно говоря, «прав тот, кто зарегистрировался первым». Относительно недавнее решение Федерального Верховного Суда (от 13.12.2012, I ZR 150/11), которое в целом касалось ответственности

администратора доменного имени, относящегося к национальной доменной зоне «.de», содержало интересные аргументы и по вопросу относительно возможности зарубежного лица (компании) использовать национальный домен, например, в случае, если оно первым (по отношению к национальному лицу) его зарегистрировало. По логике, то же должно применяться и к физическим лицам.

Суд постановил, что данные принципы применяются не только к национальным, но и к зарубежным компаниям, однако при соблюдении условия, что у компании есть какой-либо законный интерес в использовании данного доменного имени (для международной практики примечательно, что данное решение отмечает возможность наличия законного интереса, связанного с доменным именем как элементом сетевой инфраструктуры). Примером демонстрации такого интереса может быть наличие контента на немецком языке.

Отличительной чертой позитивного права, нацеленного на правовое регулирование отношений в сети Интернет, в Германии является имплементация модели инфраструктурных элементов, что выражается в наличии различных разрозненных специальных норм. Однако какой-либо системный акт, рассматривающий проблемы правового регулирования отношений в сети Интернет в целом, на данный момент отсутствует.

Остальные «модальности правового регулирования» отношений в сети Интернет развиты в Германии в гораздо меньшей степени, чем позитивное право и судебная практика (в той степени, в которой таковая может рассматриваться как источник права).

Пристатейный библиографический список

1. BGH, NJW 2011, 2059.
2. German CompuServe Case // QuickLinks [Электронный ресурс]. URL: <http://www.qlinks.net/comdocs/somm.html>.
3. Jaeger-Fine D., Internet Jurisdiction: A Survey of German Scholarship and Cases // Social Science Research Network [Электронный ресурс]. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309575.

Network [Электронный ресурс]. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309575.

4. Sieber U. Commentary on the Conclusion of Proceedings in the «CompuServe Case» // TKRnewsletter [Электронный ресурс]. URL: <http://www.digital-law.net/somm/commentary.html>.

5. Азизов Р.Ф. Правовое регулирование отношений в сети «Интернет» (на примере США) // Ученые труды академии адвокатуры и нотариата. 2014. № 3. С. 128–135.

6. Решение Федерального Суда Германии от 15.11.2012 I ZR 74/12 – Morpheus // Der Bundesgreichtshof [Электронный ресурс]. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=62207&linked=pm>.

7. Решение Федерального Верховного Суда Германии от 10.02.2011 I ZR 164/09 // Telemedicus. Recht der Informationsgesellschaft, [Электронный ресурс]. URL: <http://www.telemedicus.info/urteile/Wettbewerbsrecht/Werbung/1298-BGH-Az-I-ZR-16409-Double-opt-in-Verfahren.html>.

References (transliterated)

1. BGH, NJW 2011, 2059.
2. German CompuServe Case // QuickLinks [Elektronnyj resurs]. URL: <http://www.qlinks.net/comdocs/somm.html>.
3. Jaeger-Fine D., Internet Jurisdiction: A Survey of German Scholarship and Cases // Social Science Research Network [Elektronnyj resurs]. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309575.
4. Sieber U. Commentary on the Conclusion of Proceedings in the «CompuServe Case» // TKRnewsletter [Elektronnyj resurs]. URL: <http://www.digital-law.net/somm/commentary.html>.
5. Azizov R.F. Pravovoe regulirovanie otnoshenij v seti «Internet» (na primere SShA) // Uchenye trudy akademii advokatury i notariata. 2014. № 3. S. 128–135.
6. Reshenie Federal'nogo Suda Germanii ot 15.11.2012 I ZR 74/12 – Morpheus // Der Bundesgreichtshof [Elektronnyj resurs]. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=62207&linked=pm>.
7. Reshenie Federal'nogo Verhovnogo Suda Germanii ot 10.02.2011 I ZR 164/09 // Telemedicus. Recht der Informationsgesellschaft, [Elektronnyj resurs]. URL: <http://www.telemedicus.info/urteile/Wettbewerbsrecht/Werbung/1298-BGH-Az-I-ZR-16409-Double-opt-in-Verfahren.html>.

Саницкий Д.И.

СТАНОВЛЕНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Цель: Исследование становления и перспектив развития государственно-частного партнёрства в Российской Федерации

Методология: Автором использовались формально-юридический метод, метод ретроспективного анализа.

Результаты: В статье рассмотрены финансово-правовой институт государственно-частного партнёрства, его возникновение, развитие на территории России, особенности адаптации под современные реалии.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает определенной научной и практической ценностью, поскольку содержит обоснованные и актуальные выводы и предложения.

Ключевые слова: государственно-частное партнёрство, право, правовые гарантии, экономические формации, формы партнёрства.

Sanitsky D.I.

FORMATION AND PROSPECTS OF DEVELOPMENT OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN THE RUSSIAN FEDERATION

Purpose: Research of formation and prospects of development of public-private partnership in the Russian Federation.

Methodology: The author used a formal- method, a method of the retrospective analysis.

Results: In article consideration of a number of questions about financial and legal institute of public-private partnership, its emergence, development in the territory of Russia, features of adaptation under modern realities is carried out.

Novelty/originality/value: Article has a certain scientific and practical value as contains valid and actual conclusions and offers.

Keywords: public-private partnership, right, legal guarantees, economic formations, partnership forms.

Основной экономической причиной появления государственно-частного партнёрства (ГЧП) в России и заимствования механизмов его обеспечения и реализации из зарубежных правовых систем стало возникновение дефицита бюджетных средств, которые необходимы для осуществления основных функций по обеспечению (созданию) инфраструктуры. В современных реалиях области применения различных форм ГЧП стремительно распространяются, в результате чего развиваются и сами формы партнёрств.

Следует отметить, что правовые проекты ГЧП не только позволяют решать многие капиталоемкие внутриэкономические задачи, но и облегчают выход на мировые рынки капиталов, стимулируют привлечение иностранных инвестиций в реальный сектор экономики.

Так, еще более десяти лет тому назад в отчете Всемирного банка о мировом развитии отмечалось, что далеко не очевидна роль государства в качестве единственного поставщика общественных благ, и оно может и должно допустить к участию в этом процессе частные структуры. Функции же государства перемещаются в область адресной защиты наиболее уязвимых слоев населения [4].

На наш взгляд, с развитием ГЧП связано принципиально новое, совершенное качество реализации суверенных функций государства. С ростом уровня жизни, выравниванием курса развития государства как правового, подьемом образовательного и культурного уровня населения изменяется и правовой характер реализации традиционных публичных товаров и услуг.

Государство должно выступать гарантом правовой реализации обязательных в каждом конкретном проекте объемов властных функций в партнерских отношениях с частным бизнесом и одновременно существовать как субъект гражданского права, опирающегося на принципы равенства сторон, нерушимости условий контрактов и ответственности по принятым обязательствам. В таких распространенных формах ГЧП, как концессии и соглашения о разделе продукции, права государства, представляющего интересы всего общества, сужены быть не могут [1, 5].

В ряде зарубежных стран законодательно закреплены и четко прописаны конкретные сферы и виды деятельности, а также отрасли экономики, представляющие публичный интерес. На практике всегда в его сферу входят такие важнейшие

социальные услуги, как коммунальное обслуживание населения, общественно необходимые работы, строительство и содержание объектов экономической и социальной инфраструктуры.

Примером конструктивного перераспределения функций и полномочий между государством и частным сектором служит развернувшееся во многих странах реформирование естественных монополий. Концессии и соглашения о разделе продукции позволяют, не утрачивая суверенного контроля со стороны государства, привлекать немалые частные капиталы в весьма дорогие проекты [7].

Необходимо указать и на тот факт, что, несмотря на большое видовое разветвление ГЧП, существуют некоторые характерные (индивидуально-обязательные) черты, позволяющие выделить партнерство в самостоятельную экономическую правовую категорию, сутью которой является кооперация государственных и частных структур, специально создаваемая для достижения тех или иных целей и опирающаяся на соответствующие договоренности сторон.

По нашему мнению, ГЧП может стать полноценной заменой приватизации, она позволяет и реализовать инициативный потенциал частного предпринимательства и сохранить контрольные функции государства в социально значимых секторах экономики, при этом право собственности сохраняется за государством.

В правовом научном мире на современном этапе развития нет единого мнения о том, в какой законодательной форме должно быть оформлено государственно-частное партнерство.

Так, в странах, которые признаны лидерами по степени развития ГЧП, единого закона нет, основные принципы его заложены в различные законодательные акты и нормы гражданского права. Примерами могут служить Франция, Англия, Уэльс, Япония, Австралия. В других же государствах, например в Германии, Бразилии, Греции, Египте, Анголе и ряде стран Восточной Европы, приняты отдельные законы о ГЧП [3].

В Российской Федерации экономика все активнее применяет ГЧП в масштабных и капиталоемких проектах, теоретические принципы ГЧП постепенно находят свое отражение в деловых и научных периодических изданиях, заложены в федеральной «Стратегии 2020» и ряде других государственных документов (в том числе региональных), регламентирующих направление социально-экономического развития нашей страны на среднесрочную перспективу.

За последние несколько лет государством осуществлен ряд важных шагов по развитию ГЧП (создание Банка Развития и Российской венчурной компании, усиление роли государственных корпораций и институтов развития в части внедрения принципов ГЧП, наблюдаются определенные положительные сдвиги в развитии теоретического и нормативного аппарата ГЧП и т. д.) [6].

Наиболее распространена в Российской Федерации модель ГЧП в форме BOT (Build Operate Transfer – Строительство, Управление, Передача, а также ее вариации – BOOT, BLOT/ BOLT), когда инфраструктурный объект создается за счет стороны-концессионера, которая после завершения строительства получает право эксплуатации сооруженного объекта в течение срока, достаточного для окупаемости вложенных средств. По истечении данного срока (как правило, через 20–30 лет, а иногда и более) объект передается государству [2].

Исследователи финансово-правовой сферы отмечают тот факт, что в России имеется большой потенциал для развития многих форм ГЧП, но для его реализации необходимо решить принципиальные вопросы, как законодательные, так и финансовые.

С 1 января 2016 года вступил в силу закон «Об основах государственно-частного партнерства» № 224-ФЗ, который учитывает имеющийся законодательный опыт, а также дополняет его необходимыми понятиями, расширяя область применения ГЧП. Принятие этого закона представляется более чем своевременным.

Данный нормативно-правовой акт, при условии, что закон досконально проработан, дает правовые гарантии, чтобы создать понятную и непротиворечивую законодательную систему, которая позволит расширить практику сотрудничества государства и бизнеса.

Существует и иной фактор, сдерживающий развитие ГЧП в России, – отсутствие механизмов эффективного финансирования. Несмотря на наличие средств, к сожалению, частные компании не спешат вкладывать их в долгосрочные проекты, не имеющие политической составляющей. И причины кроются не только в высокой стоимости заемных денег и нежелании банков кредитовать на длительные сроки, а и в опасениях предпринимателей принимать участие в реализации сложных долгосрочных проектов из-за сомнений в сохранении политической, правовой и финансовой стабильности в краткосрочной перспективе.

Исходя из сущности данного финансово-правового явления, все проекты ГЧП рассчитаны на длительные сроки, 30–40 лет. Это период глобального технологического цикла развития, в идеале совпадающий с горизонтами стратегического инвестирования.

Именно из-за данного факта позволить себе участие в ГЧП сейчас могут по большей части крупные инвестиционные фонды, связанные с государством (в том числе неформально).

Следует обратить внимание на тот факт, что если не будет налажена система финансирования крупных соглашений, то даже при отладке законодательства ГЧП в России будет в основном существовать в виде реализации отдельных уникальных проектов. Главное, что эти проекты, по своей сути, не могут являться частно-государственным партнерством, и смысла в них не будет.

На наш взгляд, практика привлечения частного капитала к решению как глобальных (создание особых экономических зон, строительство федеральных транспортных коммуникаций и т. п.), так и региональных инфраструктурных проектов (строительство и эксплуатация зданий для учебных заведений и объектов здравоохранения, создание инфраструктуры спортивного и культурного назначения и т. п.), будет расширяться.

По результатам правового анализа финансовой сущности ГЧП следует отметить, что успешное перспективное развитие схемы государственного и частного партнерства, по мнению многих экспертов, может разрешить важнейшую социальную задачу и поднять уровень жизни российских граждан.

Пристатейный библиографический список

1. Варнавский В.Г. Концептуальные экономические и правовые основы концессионной деятельности [Электронный ресурс]. URL: www.irex.ru/press/pub/polemika.
2. Воротников А.М., Королев В.А. О развитии государственно-частного партнерства в российских регионах // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2010. № 2 (43) (июль).
3. Гагарин П.А. Государственно-частное партнерство: проблемы и перспективы развития // Финансовая газета. 2013. № 14 (11 апреля).
4. Государство в меняющемся мире. Отчет ВБ о мировом развитии в 1997 г. М., 1997.
5. Государство и бизнес: институциональные аспекты. М.: ИМЭМО РАН, 2009.
6. Дерябина М. Государственно-частное партнерство: теория и практика [Электронный ресурс]. URL: <http://institutiones.com/general/1079-gosudarstvenno-chastnoe-partnerstvo.html>.
7. Йескомб Э.Р. Государственно-частное партнерство: Основные принципы финансирования. М., 2015.

References (transliterated)

1. Varnavskij V.G. Konceptual'nye jekonomicheskie i pravovye osnovy koncessionnoj dejatel'nosti [Jelektronnyj resurs]. URL: www.irex.ru/press/pub/polemika.
2. Vorotnikov A.M., Korolev V.A. O razvitii gosudarstvenno-chastnogo partnerstva v rossijskih regionah // Nedvizhimost' i investicii. Pravovoe regulirovanie. 2010. № 2 (43) (ijul').
3. Gagarin P.A. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo: problemy i perspektivy razvitija // Finansovaja gazeta. 2013. № 14 (11 aprelja).
4. Gosudarstvo v menjajushhemsja mire. Otchet VB o mirovom razvitii v 1997 g. M., 1997.
5. Gosudarstvo i biznes: institucional'nye aspekty. M.: IMJeMO RAN, 2009.
6. Derjabina M. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo: teorija i praktika [Jelektronnyj resurs]. URL: <http://institutiones.com/general/1079-gosudarstvenno-chastnoe-partnerstvo.html>.
7. Jeskomb Je.R. Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo: Osnovnye principy finansirovanija. M., 2015.



ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Морин А.В.

МИГРАЦИОННАЯ ПОЛИТИКА ЕВРОСОЮЗА: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ

Цель: Определить некоторые особенности миграционной политики Евросоюза.

Методология: Использовались частно-научные методы познания: формально-юридический, сравнительно-правовой, исторический, системного анализа и другие.

Результаты: Определены отличительные особенности миграционной политики Евросоюза, основные направления взаимодействия государств-участников, направленные на уменьшение потоков миграции. Автор обращает внимание на несостоятельность проводимой в Европе политики мультикультурализма, приводит статистические данные относительно масштабов иммиграции в Европу в 2016 году, указывает на основные направления взаимодействия государств в реализации миграционной политики.

Новизна/оригинальность/ценность: Статья имеет научную и практическую ценность, поскольку в ней приводятся актуальные сведения о ряде современных аспектов деятельности Евросоюза в области миграционной политики.

Ключевые слова: миграция населения, мигранты, иммиграция, Евросоюз.

Morin A.V.

MIGRATION POLICY OF THE EUROPEAN UNION: SOME ASPECTS

Purpose: To define some features of migration policy of the European Union.

Methodology: Private and scientific methods of knowledge were used: legalistic, comparative and legal, historical, system analysis and others.

Results: The distinctive features of migration policy of the European Union, the main directions of interaction of the State Parties directed to reduction of streams of migration are defined. The author pays attention to insolvency, the multiculturalism policy pursued in Europe, brings statistical data on immigration scales into Europe in 2016, points to the main directions of interaction of the states in realization of migration policy.

Novelty/originality/value: Article has the scientific and practical value as actual data on a row modern aspects of activity of the European Union in the field of migration policy are provided in it.

Keywords: population shift, migrants, immigration, European Union.

Миграция, будучи объективно существующим социальным явлением, оказывала и продолжает оказывать существенное влияние на политическую жизнь Европы, несмотря на то, что отдельные государства неоднократно пересматривали свои позиции относительно увеличения либо уменьшения ее объемов, а также интеллектуальной ее составляющей [1, 3, 4, 5].

С середины прошлого столетия и по настоящее время заметное влияние на формирование указанной политики оказывают: богатое колониальное прошлое ряда развитых государств Европы, периодически возникающая и экономически обусловленная потребность в неквалифицированной рабочей силе, проводимая на территории Евросоюза политика открытости границ, установление единой мультикультурной интеграционной модели развития, повышенное внимание к угрозам национальной безопасности (прежде всего террористического плана) и т. д.

Рассматривая интеграционную составляющую, отметим, что в связи с переходом к мультикультурной от популярной ранее ассимиляционной модели интеграции мигрантов Европа

столкнулась с множеством серьезных проблем. В условиях, когда в европейские страны стало мигрировать большое количество людей из разных уголков мира, в каждом из принимающих государств сформировалась собственная специфика переселяющихся меньшинств в силу разнообразных, в том числе и исторических, причин. Так, во Францию, например, устремились представители Северной Африки (Марокко, Алжира и Туниса), а также выходцы из ее бывших колоний, расположенных к югу от Сахары. В Германию направились выходцы из Турции и стран бывшей Югославии. В Испанию – из Марокко, а также из бывших испанских колоний – стран Латинской Америки, а в Британию – выходцы из Южной Азии (Индии, Пакистана, Бангладеша) и Африки (ЮАР, Нигерии и Ганы).

Показателен тот факт, что сформированная нормативно-правовая и культурная основа достижения единства на практике привела к созданию конгломерата изолированных и замкнутых анклавов трудовых мигрантов, отказывающихся интегрироваться в европейское общество, соблюдать законы принимающей их страны, считаться

с ее социокультурными ценностями и образом жизни [2]. Итогом стало исключительно потребительское отношение мигрантов из стран Азии и Африки к странам Европы и рассмотрение последних исключительно с позиции возможности удачного трудоустройства. Параллельно с указанной тенденцией в среде мигрантов возникло мнение о том, что политика мультикультурализма в ЕС представляет собой некоторую контрибуцию колониальным народам, своеобразное право на вседозволенность [6]. Недопонимание же необходимости интеграции в общество принимающей страны и банальная безграмотность вызвали враждебное отношение приезжих к коренному населению, а имевшие место факты гибели от полицейской пули или дубинки мигрантов, преступивших закон, были восприняты как акты насилия исключительно в отношении исламского населения.

2015–2016 годы стали переломными для Европейского Союза в плане смены политических ориентиров в сторону резкого ограничения миграционных потоков и противостояния нелегальной миграции. Интересным в этой связи представляется анализ попыток наднационального регулирования создавшейся в ЕС проблемы. Так, в ноябре 2015 года в столице Мальты состоялись встречи представителей более чем 40 европейских и африканских стран в целях поиска путей выхода из миграционного кризиса, порожденного резким наплывом мигрантов в Европу (плано-вый саммит ЕС–Африка и экстренное заседание глав государств и правительств Евросоюза).

Главным результатом встреч в Валлетте стало принятие Евросоюзом и государствами Африки совместного плана действий по борьбе с миграционным кризисом до конца 2016 года, который сосредоточен на борьбе с коренными причинами миграции и нелегальными перевозчиками, усилении сотрудничества между странами в вопросе легальной миграции и защиты перемещенных лиц, а также на возвращении на родину мигрантов, которые не нуждаются в международной защите и не имеют права находиться в ЕС.

Вторым более-менее значимым решением саммитов стало учреждение целевого фонда для Африки объемом €1,8 млрд. Указанная сумма должна быть выделена на реализацию проектов по улучшению жизни потенциальных мигрантов, укреплению пограничного контроля и созданию «перехватывающих» лагерей беженцев в транзитных странах миграционного потока.

Знаковым представляется и состоявшийся в ноябре 2015 года саммит ЕС–Турция, на кото-

ром стороны согласовали предоставление Анкаре помощи в €3 млрд для беженцев, из которых 500 млн были предоставлены Еврокомиссией и 2,5 млрд – странами-членами из своих бюджетов. Однако уже в марте 2016 года на очередном саммите в Брюсселе, торгуясь, турецкие власти открыто требовали не только увеличения объемов выделяемых средств, но и членства в Евросоюзе.

По состоянию на конец мая 2016 года с начала текущего года в страны Евросоюза мигрировало уже более чем 200 тыс. человек, причем 197 тыс. прибыло по морю, остальные по земле. Катастрофически растет, подтверждая прошлогодние опасения, уровень смертности среди мигрантов, пытающихся попасть в Европу морским путем (количество умерших / пропавших без вести на сегодняшний момент оценивается уже в 2861 человек). Первыми нарастающий миграционный поток, ввиду особенностей своего территориального положения, встречают Греция – 157,9 тыс. человек, Италия – 55,5 тыс., Болгария – 3,5 тыс. и Испания – 1,4 тыс. (объемы иных стран на фоне обозначенных цифр представляются крайне незначительными). Далее мигранты через страны транзита – Югославию, Сербию, Хорватию и Словению – устремляются уже во Францию, Германию, Финляндию и т. д., разбредаясь по всей Европе.

Корень проблем европейских государств, связанных с резко возросшим потоком мигрантов, видится, прежде всего, в отсутствии должного уровня их взаимодействия в политическом и экономическом плане с государствами-поставщиками мигрантов. Отсутствие же должного участия к регулируемым (переменным) факторам миграции населения, имеющим место в развивающихся странах, на наш взгляд, рано или поздно должно было привести к ситуации, которая складывается в настоящий момент на территории Евросоюза.

Пристатейный библиографический список

1. Законодательство и политика в области интеграции иммигрантов: Сборник законодательства, политики и практики 19 государств в области интеграции иммигрантов. Международная организация по миграции: Перев. с англ. М., 2011.
2. Игбаева Г.Р., Шакирова З.Р. Пробелы государственного управления этнонациональными процессами в современной России и пути их решения // Евразийская интеграция – диалог исследователей и экспертов: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции. 2016. С. 212–221.
3. Ионцев В.А. Миграционная политика буржуазных государств. М., 1980.

4. Лялина А.В. Опыт наднациональной политики интеграции мигрантов ЕС // Балтийский регион. 2014. № 2 (20).

5. Морин А.В. Иммиграционная политика Великобритании // Актуальные проблемы права и государства в XXI веке: материалы Международной научно-практической конференции. Уфа, 2015.

6. Царёва Е.Ю. Особенности миграционной политики Италии на современном этапе: автореферат дис. ... канд. полит. наук. М., 2015.

References (transliterated)

1. Zakonodatel'stvo i politika v oblasti integracii imigrantov: Sbornik zakonodatel'stva, politiki i praktiki 19 gosudarstv v oblasti integracii immigrantov. Mezhdunarodnaja organizacija po migracii: Perv. s angl. M., 2011.

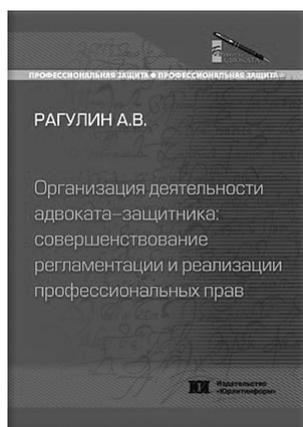
2. Igbaeva G.R., Shakirova Z.R. Probely gosudarstvennogo upravlenija jetnonacional'nymi processami v sovremennoj Rossii i puti ih reshenija // Evrazijskaja integracija – dialog issledovatelej i jekspertov: sbornik statej po materialam Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii. 2016. S. 212–221.

3. Ioncev V.A. Migracionnaja politika burzhuaznyh gosudarstv. M., 1980.

4. Ljalina A.V. Opyt nadnacional'noj politiki integracii migrantov ES // Baltijskij region. 2014. № 2 (20).

5. Morin A.V. Immigracionnaja politika Velikobritanii // Aktual'nye problemy prava i gosudarstva v XXI veke: materialy Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii. Ufa, 2015.

6. Carjova E.Ju. Osobennosti migracionnoj politiki Italii na sovremennom jetape: avtoreferat dis. ... kand. polit. nauk. M., 2015.



Рагулин А.В. Организация деятельности адвоката-защитника: совершенствование регламентации и реализации профессиональных прав. – М.: Юрлитинформ, 2013. ISBN 978-5-4396-0467-8.

В монографии на основе проведения теоретического, ретроспективного и сравнительно-правового анализа обосновывается концепция существования в российском праве института профессиональных прав адвоката-защитника. Особое внимание в работе уделяется рассмотрению вопросов регламентации и реализации статусных профессиональных прав адвоката-защитника. На основе проведенного исследования автором формулируется ряд выводов и предложений, которые могут быть учтены и использованы как в научно-практической деятельности, так и при реформировании отечественного законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и иного законодательства.

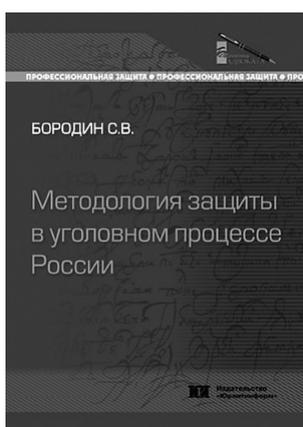
Подробная информация о работе на веб-сайте издательства «Юрлитинформ»: www.urlit.ru



Мельниченко Р.Г. Дисциплинарная ответственность присяжной адвокатуры. – М.: Юрлитинформ, 2013. ISBN 978-5-4396-0431-9.

Работа содержит исследование периода расцвета российской адвокатуры, адвокатуры присяжной. В этом периоде «препарируется» нерв присяжных поверенных – институт дисциплинарной ответственности. На основе отчетов советов присяжных поверенных и научных работ этого времени (1866–1916 гг.) читателю предлагается ответить на вопрос: за что и как наказывали риторическую и интеллектуальную элиту того времени? Работа предназначена для современных российских адвокатов, историков-правоведов, изучающих период судебных реформ 1864 г., и всем тем, кому интересны нравы погибшей цивилизации – Российской империи конца IX – начала XX века.

Подробная информация о работе на веб-сайте издательства «Юрлитинформ»: www.urlit.ru



Бородин С.В. Методология защиты в уголовном процессе России. – М.: Юркомпани, 2013. ISBN 978-5-4396-0434-0

В монографии впервые исследованы методологические основы профессиональной защиты по уголовным делам. В работе представлен авторский подход по определению методики профессиональной защиты по уголовным делам, разработаны стандарты профессиональной защиты, которые могут быть использованы как законодателем для разработки стандартов адвокатской деятельности, так и практикующими адвокатами, участвующими в судебных разбирательствах по уголовным делам. Монография предназначена для научных работников, преподавателей, судей и адвокатов, а также для специалистов в области уголовного процесса, криминалистики и теории адвокатской деятельности.

Подробная информация о работе на веб-сайте издательства «Юрлитинформ»: www.urlit.ru

Рубанов С.А., Зинковский М.А.

ДОГОВОР ПОСТАВКИ С ВАРИАТИВНОЙ СПЕЦИФИКАЦИЕЙ

Цель: Исследование предпринимательского договора поставки с вариативной спецификацией.

Методология: Использовались формально-юридические методы научного исследования.

Результаты: В статье проанализирована конструкция договора поставки с использованием вариативной спецификации. Отмечено, что названный договор имеет как положительные, так и отрицательные стороны. Достоинством спецификации является оперативность, простота, максимальная детализация предмета сделки по принципу «здесь и сейчас». Недостатком вариативной спецификации является постоянная путаница и противоречие со смежными приложениями (инвойс, товарная накладная, счет-фактура, техническое задание, акт приема-передачи товара).

Новизна/оригинальность/ценность: Статья обладает практической ценностью, так как исследован договор поставки товара с вариативной спецификацией.

Ключевые слова: договор поставки, спецификация на товар, вариативная спецификация, товарная накладная, инвойс, Инкотермс, торговые сделки.

Rubanov S.A., Zinkovsky M.A.

CONTRACT OF DELIVERY WITH THE VARIABLE SPECIFICATION

Purpose: Research of the entrepreneurial delivery agreement with the variable specification.

Methodology: Formally legal methods of scientific research were used.

Results: In article the delivery agreement design with use of the variable specification is analysed. It is noted that the called agreement has both positive, and negative sides. Advantage of the specification is efficiency, simplicity, the maximum disaggregation of a subject of the transaction on the principle here and now. A lack of the variable specification is the fixed confusion and a contradiction with adjacent applications – an invoice, the consignment note, the invoice, a technical task, the acceptance report – transfers of goods.

Novelty/originality/value: Article possesses practical value as the delivery agreement of goods with the variable specification is researched.

Keywords: the delivery agreement, the specification on goods, the variable specification, the consignment note, an invoice, the Incoterms, commercial transactions.

Договор поставки является одним из самых распространенных предпринимательских обязательств. Его предмет составляют множество товаров, оборудование, изделия, поставляемые частями, опасные и скоропортящиеся товары и многое другое. Поставка – это простая и обыденная хозяйственная операция. Некоторые предприниматели именуют такое обязательство «договор», другие – «договор купли-продажи», но суть остается прежней – передача товара за деньги от продавца к покупателю [1, 2, 3].

Современная поставка товара в своей общей конструкции осталась прежней, так как перемещение товарно-материальных ценностей носит классический для бизнеса характер, согласно ст. 209 ГК РФ и ст. 35 Конституции РФ. В юридической договорной практике на сегодняшний день можно встретить великое множество способов написания договоров поставки, от простых на одном листе до сложных с большим описанием спорных ситуаций и приложений.

Определенный практический интерес представляет конструкция договора поставки с вариативной спецификацией. Положительными моментами этого договора являются:

- детализация предмета договора по принципу одного дня (один день – одна поставка);
- широкий перечень ситуаций и характеристик товара в самой спецификации;
- работа по принципу «договор – это постоянные значения поставки, спецификация – переменные значения каждой конкретной поставки»;
- система вариативной спецификации на практике различна, признак вариативности закреплен в тексте договора, а спецификации изменяются на каждую поставку, подстраиваясь под условия, юридические и финансовые риски.

Примерами приложений (спецификаций) могут быть:

- Приложение № 1 – Параметры складских помещений;
- Приложение № 2 – Условия хранения продукции;
- Приложение № 3 – Форма Акта приема товарно-материальных ценностей;
- Приложение № 4 – Форма Акта о браке/порче/недостаче;
- Приложение № 5 – Форма Заказа – Спецификации;

– Приложение № 6 – Форма инвентаризационной описи;

– Приложение № 7 – Спецификация на поставку товара;

– иные приложения.

Вариативные спецификации широко используют крупные фирмы, когда поток товара значителен, есть система товарного кредита, институт обеспечения исполнения обязательств. Под названным документом стороны иногда понимают весь спектр аналогичных приложений к договору. Например, на практике часто используются акты приема-передачи товара, технические задания, описания товара, листы согласования цен, прайс-листы, дорожные карты и многое другое. Юридическая и фактическая перегруженность такого обязательства налицо.

Термин «спецификация» на практике толкуется различно. Нельзя точно сказать, каковы его устоявшаяся форма и день юридического рождения. Широкое применение этого института в договоре обусловлено изменчивостью – вариацией конъюнктуры рынка, отсюда и название – «вариативная спецификация». Если сегодня мы имеем одну потребность в товаре, то завтра может наступить экономический кризис, и потребность в товаре может отпасть и даже больше никогда не вернуться.

Вариативная спецификация – это своего рода страховка поставщика и покупателя от изменения основного текста договора. Так как каждый раз писать дополнительные соглашения к договору может быть накладно, то ситуацию спасает спецификация.

Договор поставки с вариативной спецификацией имеет недостатки.

Первый недостаток – это контроль цифр обязательства. На практике часты случаи, когда куратором сделки является менеджер, а не юрист или бухгалтер. Возникают разночтения цифровых значений в прайс-листах, товарных накладных, товарно-транспортных накладных, спецификациях на товар и других аналогичных документах. Получается, что вычленив цену за единицу товара бывает невозможно. Указанную проблему решить бывает сложно, особенно в судах с крупными контрагентами, но с мелким по количеству товаром, где единицы товара составляют рубли.

Второй недостаток – это дублирование в спецификациях и всевозможных договорах одного и того же, но главное – это противоречие основному договору. Здесь следует оговориться, что вариативные спецификации – это часть договора, а не дополнительное соглашение к договору, они носят характер операции «здесь и сейчас».

Третий недостаток – это срок жизни спецификации и порядок ее отзыва при уже идущей в ход поставке товара. Стороны могут заключить спецификацию на поставку единицы товара, и новая спецификация на другой товар уже будет с новым номером, ценой и датой. Куратор сделки иногда не в состоянии контролировать надлежащее исполнение договора и платежную дисциплину. Возникает путаница в номерах, датах, ценах, фамилиях, возвращенных и подписанных вторых экземплярах.

Названные обстоятельства требуют тройного контроля исполнения сделки – со стороны юриста, главного бухгалтера, руководителя предприятия.

Подобные и другие проблемы вариативных спецификаций некоторые предприятия решают путем заключения договора без спецификаций по принципу «один договор – одна поставка товара – одна товарная накладная». Это один из самых простых и действенных способов минимизации оборота ненужных договорных бумаг, ошибок и промахов куратора сделки. Однако такое решение небезупречно, так как заключать каждый раз отдельный договор может быть неудобно и накладно.

Отдельным вопросом названных договоров является одновременное применение в тексте договора вариативных спецификаций, Инкотермс, Инструкций Госарбитража СССР и коллизионных привязок международного частного права.

Зачастую такие договоры раздуты текстом, не согласованы, сформированы по принципу «чем больше текста – тем лучше и солиднее». На самом деле смешение названных актов – одна из распространенных ошибок юристов. Классикой договорного письма является одновременное указание на риск случайной гибели товара, риск перехода собственности на товар от поставщика к покупателю по ГК РФ и тут же ссылка на Инструкции Госарбитража СССР в сочетании с Инкотермс. Мало кто доходил до прочтения названных актов. А в случае судебного спора такое смешение создаст юридическую смесь противоречий.

Представляется, что более правильным решением будет употребление этих актов только в случае крайней необходимости, а некоторые договорные риски могли бы быть изложены в упрощенной и понятной для сторон форме, например:

«2. Поставка, приемка, хранение товара.»

2.1. Приемка товара будет осуществлена Покупателем по количеству и качеству в день фактической передачи товара от Поставщика к Покупателю на складе Поставщика путем подписания товарной накладной.

2.2. Все претензии по качеству товара Покупатель обязан предъявить Поставщику в день фактической приемки товара.

2.3. Риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит от Поставщика к Покупателю в момент фактической передачи товара, согласно п. 2.1 или п. 2.2 настоящего договора, только после подписания товарной накладной.

2.4. После приемки товара стороны пришли к согласию, что товар будет располагаться на складе Поставщика. Поставщик будет обязан обеспечить сохранность товара (ответственное хранение) своими силами и средствами.

2.5. Ответственное хранение товара Покупателя, расположенного на складе Поставщика, будет осуществлено на весь период действия договора.

2.6. Покупатель обязан надлежащим образом оплатить Поставщику услуги по ответственному хранению товара. Покупатель оплачивает услуги ответственного хранения товара на основании счета Поставщика.

2.7. В рамках обязательства ответственного хранения товара Поставщик обязуется выполнять отдельные указания Покупателя в отношении товара, такие как погрузка/разгрузка, перевозка в пункт назначения, оформление сопутствующих документов и другие.

2.8. Ответственное хранение товара Покупателя на складе Поставщика является существенным условием настоящего договора. Этот факт будет оформлен сторонами Актом приема-передачи товара на ответственное хранение (Приложение № 2 к договору). Товар, находящийся на ответственном хранении, стороны оценивают во всех случаях и спорах, только исходя из реальной стоимости, указанной в товарных накладных и Спецификациях (Приложение № 1 к договору).

2.9. Третьи лица могут покупать товар, расположенный на складе Поставщика и принадлежащий на праве собственности Покупателю, как

собственными силами, так и силами Поставщика». В последнем случае Поставщик оформляет от имени Покупателя все необходимые документы (товарные накладные, товарно-транспортные накладные и т. д.) на поставку товара третьим лицам в силу надлежащим образом оформленной доверенности от имени Покупателя и печати Покупателя.

Таким образом, договор поставки с вариативной спецификацией – это современный и обоснованный способ ведения поставочного бизнеса, к сожалению, не лишенный некоторых недостатков.

Пристатейный библиографический список

1. Гоц Е.В. Размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд в Российской Федерации // Образование и право. 2014. № 11–12 (63–64). С. 152–166.
2. Куджаев В.Н. Органы государственного контроля за обращением медицинских изделий: особенности реализации административно-правовых функций // Правовая инициатива. 2015. № 3. С. 14.
3. Логинова Е.В. Особенности содержания договора (контракта) на поставку товаров, работ и услуг для государственных и муниципальных нужд // Правозащитник. 2015. № 4. С. 13.

References (transliterated)

1. Goc E.V. Razmeshhenie zakazov na postavki tovarov, vypolnenie rabot, okazanie uslug dlja gosudarstvennyh i municipal'nyh nuzhd v Rossijskoj Federacii // Obrazovanie i pravo. 2014. № 11–12 (63–64). S. 152–166.
2. Kudzhaev V.N. Organy gosudarstvennogo kontrolja za obrashheniem medicinskih izdelij: osobennosti realizacii administrativno-pravovyh funkcij // Pravovaja inicijativa. 2015. № 3. S. 14.
3. Loginova E.V. Osobennosti sodержaniya dogovora (kontrakta) na postavku tovarov, ra-bot i uslug dlja gosudarstvennyh i municipal'nyh nuzhd // Pravozashhitnik. 2015. № 4. S. 13.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-917-40-61-340

Сведения об авторах

АВДЕЕВ Михаил Юрьевич – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Международного института информатизации и государственного управления им. П.А. Столыпина, председатель президиума Московской городской коллегии адвокатов «Московская гильдия адвокатов и юристов», 123056, Российская Федерация, г. Москва, ул. Б. Грузинская, д. 32, стр. 3.

АЗИЗОВ Рашад Фикрат оглы – кандидат юридических наук, докторант кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, 199034, Российская Федерация, г. С.-Петербург, Университетская наб., д. 7–9.

АЛПАТОВ Юрий Михайлович – доктор юридических наук, президент Регионального общественного Фонда содействия защите прав граждан «Взаимодействие», 125057, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новопесчаная, д. 11/6.

АРУТЮНЯН Марина Самвеловна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

БАКАЯНОВА Нана Мезеновна – кандидат юридических наук, доцент Одесской юридической академии, адвокат, секретарь дисциплинарной палаты квалификационно-дисциплинарной комиссии Одесской области, 65009, Украина, г. Одесса, Фонтанська дорога, д. 23.

БОНДАРЕНКО Юлия Викторовна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

ЗИНКОВСКИЙ Максим Александрович – адвокат, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Юридического института Белгородского государственного национального исследовательского университета, 308015, Российская Федерация, г. Белгород, ул. Победы, д. 85.

ИГБАЕВА Гузель Римовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

КАНАТОВ Танат Канатович – доктор PhD, докторант Российской государственной академии интеллектуальной собственности, представитель ЕвразНИИПП в Республике Казахстан, 010000, Республика Казахстан, г. Астана, ул. Бейбитшилик, д. 71.

КИСЕЛЕВ Павел Петрович – адвокат, ассистент кафедры теории государства и права Башского государственного университета, 450076, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Заки Валиди, д. 32.

МАКАРОВ Сергей Юрьевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры адвокатуры и нотариата Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, адвокат Адвокатской палаты Московской области (МКА «ГРАД»), 125993, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

МАРТЫНЮК Роман Станиславович – кандидат политических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Национального университета «Острожская академия», 35800, Украина, г. Острог, ул. Семинарская, д. 2.

МАРТЫШКИН Василий Николаевич – заместитель председателя Верховного Суда Республики Мордовия, заслуженный юрист Республики Мордовия, 430005, Российская Федерация, г. Саранск, ул. Л. Толстого, д. 21.

МЕЛЬНИКОВ Виктор Юрьевич – доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры муниципального права и природоохранного законодательства Южного Федерального Университета, 344016, Российская Федерация, г. Ростов-на-Дону, ул. Большая Садовая, д. 105/42.

МОРИН Александр Владимирович – кандидат юридических наук, доцент кафедры административно-правовых дисциплин Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

ОМАРКАДИЕВА Култум Магомед-Халипаевна – аспирант кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики Всероссийского государственного университета юстиции, 117638, Российская Федерация, г. Москва, ул. Азовская, д. 2, корп. 1.

ПУРГЕ Анна Роландовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры частного права Института права Владивостокского государственного университета экономики и сервиса, 690000, Российская Федерация, г. Владивосток, ул. Гоголя, д. 41.

ПЬЯНКОВА Анастасия Федоровна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права ФГБОУ ВПО «Пермский государственный национальный исследовательский университет», 614990, г. Пермь, ул. Букирева, д. 15.

РАГУЛИН Андрей Викторович – доктор юридических наук, доцент, главный редактор журнала «Евразийская адвокатура», адвокат, 450006, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Ленина, д. 102, оф. 24.

РОГОВ Николай Сергеевич – аспирант кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики Всероссийского государственного университета юстиции, 117638, Российская Федерация, г. Москва, ул. Азовская, д. 2, корп. 1.

РУБАНОВ Сергей Александрович – адвокат, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса Юридического института Белгородского государственного национального исследовательского университета, 308015, Российская Федерация, г. Белгород, ул. Победы, д. 85.

САНГАДЖИЕВ Бадма Владимирович – доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности Российского университета дружбы народов, 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

САНИЦКИЙ Денис Игоревич – аспирант кафедры финансового права Российского государственного университета правосудия, 117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69.

САФАРЯНОВ Ирик Фидаилевич – преподаватель кафедры административно-правовых дисциплин Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

СЕРНОВЕЦ Мария Николаевна – адвокат адвокатской палаты города Москвы, 119002, Российская Федерация, г. Москва, Сивцев Вражек, д. 43.

ЧЕПУРНОВА Наталья Михайловна – доктор юридических наук, профессор, директор программы центра экспериментальных образовательных программ Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 119571, г. Москва, пр-т Вернадского, 82, стр.1.

ФОМИН Евгений Михайлович – аспирант кафедры гражданского и международного частного права Саратовской государственной юридической академии, 410056, Российская Федерация, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1.

ШАКИРОВА Зульфья Римовна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры истории и теории государства и права Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

ЯМАЛЕТДИНОВА Наталья Владимировна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры истории и теории государства и права Уфимского юридического института МВД России, 450103, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Муксинова, д. 2.

About the authors

AVDEEV Mikhail Yuryevich – candidate of juridical sciences, associate professor, the head of the department of criminal and legal disciplines of the International institute of informatization and public administration of P.A. Stolypin, 123056, Russian Federation, Moscow, B. Gruzinskaya St., 32, p. 3.

ALPATOV Yury Mikhaylovich – doctor of juridical sciences, president of Regional public Fund of assistance to protection of the rights of citizens «Interaction», 125057, Russian Federation, Moscow, Novopeschanaya St., 11/6.

ARUTYUNYAN Marina Samvelovna – candidate of juridical sciences, associate professor of chair of civil law disciplines of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

AZIZOV Rashad Fikrat Oglou – candidate of law sciences, doctoral candidate of chair of the theory and history of state and law of Law Department of Sankt-Petersburg State university, 199034, St.-Petersburg, Universitetskaya nab., 7–9.

BAKAYANOVA Nana Mezenovna – candidate of juridical sciences, associate professor of Odessa Legal Academy, advocate, secretary of disciplinary chamber of the qualification and disciplinary commission of Odessa region, 65009, Ukraine, Odessa, Fontansk Road, 23.

BONDARENKO Yulia Viktorovna – candidate of juridical sciences, senior teacher of chair of the theory and history of state and law of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

CHEPURNOVA Natalya Mikhailovna – doctor of juridical sciences, professor, director of the program of the center of experimental educational programs of Institute of public service and management of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, 119571, Moscow, Vernadsky Avenue, 82, p. 1.

FOMIN Evgeny Mikhaylovich – post-graduate student of chair of civil and international private law of the Saratov state legal academy, 410056, Russian Federation, Saratov, Volskaya St., 1.

IGBAYEVA Guzel Rimovna – candidate of juridical sciences, associate professor of chair of civil law disciplines of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

KANATOV Tanat Kanatovich – doctor P.hD., representative of EVRAZNIIPP in the Republic of Kazakhstan, doctoral candidate of the Russian state academy of intellectual property, 010000, Kazakhstan Republic, Astana, Beybitshilik St/, 71.

KISELYOV Pavel Petrovich – advocate, assistant of chair of the theory of the state and law of the Bashkir state university, 450076, Russian Federation, Ufa, Zacky Validi St., 32.

MAKAROV Sergey Yuryevich – candidate of juridical sciences, associate professor of chair of advocacy and a notariate of the Moscow state legal university of O.E. Kutafin, advocate of Chamber of Advocates of the Moscow region (MKA Grad), 125993, Russian Federation, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya St., 9.

MARTYNIUK Roman Stanislavovych – candidate of political sciences, associate professor of the department of the state and legal disciplines of National university of Ostroh Academy, 35800, Ukraine, Ostroh, Seminarska St., 2.

MARTYSHKIN Vasily Nikolaevich – deputy chairman of the Supreme Court of the Republic of Mordovia, Honoured Worker of Judicial System of the Russian Federation, Honoured Lawyer of the Republic of Mordovia, 430005, Russian Federation, Saransk, Tolstogo St., 21.

MELNIKOVA Victor Yurevich – doctor of juridical sciences, associate professor, associate professor of chair of municipal law and environmental legislation of Southern federal university, Russian Federation, 344016, Rostov-on-Don, Bolshaya Sadovaya St., 105/42.

MORIN Alexander Vladimirovich – candidate of juridical sciences, associate professor of chair of administrative-legal disciplines of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

OMARKADIEVA Kultum Magomed-Halipaevna – post graduate student of chair of the criminal procedure law and criminology All-Russian State University of Justice, 117638, Russian Federation, Moscow, Azovskaya str., 2, Building 1.

PURGE Anna Rolandovna – candidate of juridical sciences, associate of Private law, Institute of law, Vladivostok University of Economics and service (VGUES), 690000, Russian Federation, Vladivostok, Gogol St., 41.

PYANKOVA Anastasiya Fedorovna – candidate of juridical sciences, senior lecturer of chair of civil law of Perm state national research university, 614990, Russian Federation, Perm, Bukireva St., 15.

RAGULIN Andrey Viktorovich – doctor of juridical sciences, associate professor, head of the Center of research of problems of organization and activity of legal profession of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law, advocate, 450006, Russian Federation, Ufa, Lenin St., 102, office 24.

ROGOV Nikolay Sergeyeovich – post graduate student of chair of the criminal procedure law and criminalistics of the All-Russian state university of justice, 117638, Russian Federation, Moscow, Azovskaya St., 2, Building 1.

RUBANOV Sergey Aleksandrovich – advocate, candidate of juridical sciences, senior teacher of department of civil law and process of Belgorod state national research university, 308015, Russian Federation, Belgorod, Pobedy St., 85.

SAFARYANOV Irik Fidailevich – teacher of chair of administrative and legal disciplines of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

SANGADZHIYEV Badma Vladimirovich – doctor of juridical sciences, professor, assistant of manager chair of judicial authority, law-enforcement and human rights activity of the Russian university of friendship of the people, 117198, Russian Federation, Moscow, Miklukho-Maklaya St., 6.

SANITSKY Denis Igorevich – post graduate student of chair of the financial law of the Russian state university of justice, 117418, Russian Federation, Moscow, Novocheremushkinskaya St., 69.

SERNOVETS Maria Nikolaevna – advocate of Chamber of Advocates of the city of Moscow, 119002, Russian Federation, Moscow, Sivtsev Vrazhek, 43.

SHAKIROVA Zulfija Rimovna – candidate of juridical sciences, senior lecturer of chair of history and theory of state and law of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

YAMALETDINOVA Natalya Vladimirovna – candidate of juridical sciences, senior teacher of chair of civil law disciplines of Ministry of Internal Affairs of Russia Ufa legal institute, 450103, Russian Federation, Ufa, Muksinov St., 2.

ZINKOVSKY Maxim Aleksandrovich – advocate, candidate of juridical sciences, associate professor of chair of civil law and process of Legal institute of the Belgorod state national research university, 308015, Russian Federation, Belgorod, Pobedy St., 85.