

**Евразийский научно-исследовательский
институт проблем права**

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ**

Материалы III международной научно-практической
конференции
(г. Уфа, 8 февраля 2013 г.)

Под общей редакцией
А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина

Уфа
2013

УДК 34
ББК 67
А 43

Печатается по решению Ученого Совета
Евразийского научно-исследовательского института проблем права

Редакционная коллегия:

Доктор юридических наук, профессор Е.В. Колесников;
Доктор социологических наук, профессор С.В. Егорышев;
Доктор политических наук, кандидат юридических наук В.В. Гайдук;
Кандидат юридических наук, доцент А.В. Рагулин;
Кандидат юридических наук, доцент М.С. Шайхуллин;
Кандидат юридических наук, доцент Е.А. Высторобец;
Кандидат юридических наук, доцент О.М. Сычев;
Кандидат юридических наук А.М. Курамшина;
И.Т. Кантюкова, И.В. Волкова

А 43 Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы III международной научно-практической конференции (г. Уфа, 8 февраля 2013 г.) / под общ. ред. А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина; Евразийский научно-исследовательский институт проблем права. – Уфа, 2013. – 268 С.

ISBN 978-5-905259-17-3

Сборник материалов III международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения» включает работы участников конференции и рекомендуется студентам, аспирантам, профессорско-преподавательскому составу юридических вузов, а также всем, кто интересуется развитием современной юридической науки и практики.

ISBN 978-5-905259-17-3

УДК 34
ББК 67

© Евразийский
научно – исследовательский
институт проблем права, 2013

СОДЕРЖАНИЕ

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Агапов А.Н. Конституционно - правовые гарантии личной безопасности.....	12
Аюпова З.К., Кусайнов Д.У. Укрепление правовой системы как основа совершенствования Казахстанской государственности.....	17
Баскаков А.Т., Солодка И.Н. Итоги трансформации системы Министерства внутренних дел России.....	20
Березин А.А. Меры административной ответственности за нарушения общественного порядка и общественной безопасности при проведении публичных мероприятий.....	22
Богатырева Н.В. Развитие законодательства о лицензировании генно-инженерной деятельности в Российской Федерации.....	24
Бойко Н.Н. Задачи прокурорского надзора за соблюдением бюджетного законодательства.....	26
Васильева Я.В. Законодательство об административных правонарушениях субъектов Российской Федерации и статья 55 Конституции Российской Федерации.....	28
Вежновец И.А. Правовое обеспечение развития приграничных территорий в Дальневосточном федеральном округе.....	30
Воронов А.А., Роньшин С.А. Национальная безопасность и гражданское общество: вопросы сопоставления и роль важнейших институтов.....	32
Гараев И.Г. Обеспечение прозрачности бюджетной деятельности как направление финансовой политики государства.....	34

Гарифуллина Г.Х. Об особенностях юридической ответственности за нарушение лесного законодательства.....	37
Гафарова Г.Р. Государственное регулирование ценообразования: вопросы применения правового принуждения.....	40
Даваева К.К. Региональный «Закон о Степи» должен быть принят в каждом степном субъекте Российской Федерации.....	43
Ермолина М.А. Платит только «загрязнитель» (по материалам судебной практики).....	45
Заморская Л.И. Нормативность как специфический признак источников современного права.....	47
Зарипова Г.Б., Аналитический обзор изменений и нововведений в ФЗ «Об отходах производства и потребления».....	50
Зубова Е.Г. Нормативное основание помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению за пределы Российской Федерации.....	53
Мазуренко А.П. Законодательная политика: общетеоретический аспект.....	55
Маковецкая М.Г. Понятие правовой дефиниции «пределы ограничений прав и свобод».....	58
Максимова М.А. К вопросу о правовой природе «государственной услуги».....	61
Наумова Е.В. Роль Федеральной Налоговой службы РФ в регулировании института несостоятельности (банкротства).....	63
Николюкин С.В. Историко-правовой анализ становления института мирового суда в России.....	65

Оспанов Е.А. Роль судебной практики в оценке правовой системы общества.....	67
Пискунова Е.А. Проблемы понятия «законодательный процесс» в Российской Федерации.....	69
Пономарёв А.А. К вопросу о соотношении Декалога и Морального кодекса строителя коммунизма.....	71
Сафина С.Б. Конституционные законы в Российской Федерации: проблемы определения.....	73
Словская И.Е. Процедура формирования и деятельности комитетов (комиссий) парламентов зарубежных стран.....	75
Сова В.В. Перспектива монархии как формы правления в России.....	77
Тереник О.Д., Кожухметова А.А. Правовой режим местного самоуправления в зарубежных странах.....	79
Третьякова Т.Ю. Анализ соблюдения прав человека в Украине в свете принципа верховенства права.....	82
Усманова Р.М. К вопросу о формах местной демократии.....	87
Шайхуллин М.С. Классификация традиций в адвокатуре.....	90
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ	
Алексеева Л.В. Общее и особенное в понятии лесной промышленности	93
Валуйсков Н.В., Бондаренко Л.В. Важнейшие компоненты интернет-отношения.....	94
Ганеев Р.Р. Межотраслевые связи гражданского и градостроительного права в правовом регулировании субъектов градостроительного права.....	97

Гарифуллина Г.Х. Юридическая ответственность за нарушение лесного законодательства: понятие и специфика.....	100
Греченкова О.Ю. Соблюдение адвокатской тайны и адвокатской этики как основные задачи современной адвокатуры.....	103
Груздев В.В. Понятие и содержание механизма гражданско-правовой защиты.....	105
Исаева Т.В. Значение судебной практики в системе источников гражданского права.....	108
Карибян С.О. Некоторые аспекты Российско-американского усыновления.....	111
Карнушин В.Е. Теоретическое определение понятия гражданского правонарушения в свете новейших изменений гражданского законодательства.....	113
Кириллова Е.А. Создание Единого реестра завещаний: основные проблемы практики.....	116
Костыгов С.О. Риски кредитования малого бизнеса в РФ.....	118
Летуга Т.В. Проблемы практической реализации принципа конфиденциальности третейского разбирательства.....	122
Мариненко Е.Л. Специфика ответственности перевозчиков при прямой смешанной перевозке грузов с участием автомобильного транспорта.....	124
Мухамадеева Г.А. Мировые соглашения, заключаемые налоговыми органами по делам о банкротстве.....	126
Пашина А.Р. Использование материнского (семейного) капитала для улучшения жилищных условий.....	128

Переверзев А.С., Карганов М.М. Становление института нотариата в ходе проведения реформы 1864 г.....	130
Писарчик С.Ю. К вопросу о форме брачного договора.....	133
Рафикова Р.Р. Проблемы наследования, вытекающие из договоров негосударственного пенсионного страхования.....	134
Решетов Ф.Ф. Общее имущество в нежилом строении.....	137
Сова В.В. Будьте осторожны заключая договоры, связанные с распоряжением правами на интеллектуальную собственность.....	139
Татаринцева Е.А. Признание судебных решений об усыновлении детей – граждан Российской Федерации на территории Великобритании.....	141
Тлебаева Г.М., Кожаметова А.А. Права иностранных лиц на земельные участки в Республике Казахстан.....	144
Тлебаева Г.М., Лайык С.М. Лица пенсионного возраста как специальные субъекты трудового права Республики Казахстан.....	145
Тлебаева Г.М., Кебеева Б.П. Правовое регулирование банкротства кредитных организаций по законодательству Республики Казахстан.....	147
Филиппов В.Г. Некоторые особенности добровольной ликвидации коммерческих организаций.....	149
Халилова Н.Р. Правовые аспекты организации практики на базе юридической клиники.....	151
Чирич А. Средства правовой защиты покупателя в режиме Венской конвенции в случае нарушения договора продавцом.....	153

Шмакова Е.Б. Общие положения гражданско-правовой ответственности в сфере оказания медицинских услуг.....	161
---	-----

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Абанина Е.Н. Изменение российского законодательства в Международный год лесов.....	164
--	-----

Бешукова З.М. Законодательство США об уголовной ответственности за преступления экстремистской направленности.....	166
---	-----

Валуйсков Н.В., Бондаренко Л.В., Правовые особенности интернет-отношения.....	168
---	-----

Гайдидей Ю.М. О защите прав и свобод человека в Европейском суде.....	171
---	-----

Зарипова Г.Б. Утилизационный сбор в российском и зарубежном законодательстве.....	173
---	-----

Калюжная О.И. Проблемы судоходства в международных проливах: конкуренция Азии и Арктики.....	175
---	-----

Кауракова М.В. Понятие трансграничного инвестиционного фонда в международном частном праве.....	177
--	-----

Литовкина М.И. Роль международных организаций в контроле лекарственной безопасности.....	179
---	-----

Овчинников С.Н. О функциях международного таможенного права.....	181
--	-----

Рагулин А.В. Международно-правовые нормы, регламентирующие содержание, обеспечение реализации и правовую охрану профессиональных прав адвоката-защитника.....	183
---	-----

Хасенова М.Н. Имплементация интерэкоправа на примере соглашений Казахстана и России о трансграничных водных объектах.....	187
--	-----

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Андреева Л.А.

К вопросу об определении понятия «бизнес»
в системе мер криминологического противодействия рейдерству.....190

Байыр-оол Е.В., Кириенко Н.А.

Ответственность за организацию преступного сообщества
как форма уголовно-правовой борьбы с организованной преступностью.....192

Бахарев Д.В.

Классификация подходов к изучению причин территориальных
различий преступности в работах криминологов прибалтийских
республик Советского Союза (1970-1980-е гг.).....194

Бунин О.Ю.

О современной непоследовательности и
несправедливости криминализации и декриминализации деяний.....197

Волкова И.В.

Преступность несовершеннолетних женского пола.....199

Вражнов А.С.

Криминалистический риск представителя потерпевшего и свидетеля
на стадии предварительного расследования
(на примере неправомерного доступа к компьютерной информации).....201

Дядюн К.В.

К вопросу о субъективных признаках состава ст. 145 УК РФ.....203

Жидкова Т.К.

О некоторых особенностях проявления криминальной
активности участников незаконных вооруженных формирований.....205

Зайцева О.В.

Подкуп избирателей:
разграничение преступлений и административных правонарушений.....208

Зейналов И.З.

Оперативный эксперимент и провокация преступления:
постановка проблемы.....211

Зыков Д.А.

Правовая природа примечания к ст.322 УК РФ.....213

Каримова Г.Ю. Общесоциальные меры предупреждения преступлений, причиняющих вред здоровью, совершаемых несовершеннолетними из хулиганских побуждений.....	215
Касьяненко М.А., Рощин А.С. О некоторых криминологических особенностях личности преступника совершившего преступление на почве ксенофобии.....	218
Кинжибаев Д.Р. Положение о мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия от 14 августа 1881 г.: место и роль в истории отечественного права.....	221
Киселёв П.П. Государственное и адвокатское уголовное расследование: сравнительный анализ.....	224
Коротких Н.Н. Некоторые аспекты в определении признаков множественности преступлений.....	229
Кузьмина О.В. Институт пересмотра судебных решений, не вступивших в законную силу в российском уголовном процессе.....	230
Кучина Я.О. Мошенничество с использованием платежных карт: проблемы при квалификации объективной стороны преступления.....	233
Люлич В.А. Закрепление права защитника на сбор доказательств в Уголовно-процессуальном кодексе Украины.....	235
Маликов М.Ф. Ретроспективный анализ судебного приговора.....	237
Мартынюк М.В. Проблемы взаимодействия прокурора и руководителя следственного органа в современном уголовном процессе РФ.....	241
Мацун Е.А. Достаточность специальных познаний, необходимых для участия специалиста в расследовании уголовного дела.....	243

Мельников В.Ю. Повышение роли защитника в ходе досудебного производства по уголовным делам.....	245
Миллер А.В. О некоторых аспектах применения судами положений уголовного закона о праве судьи на изменение категории преступления.....	248
Новиков С.А. Институт показаний свидетеля в уголовном процессе России: проблемы совершенствования.....	251
Перепечина И.О. О необходимости правового регулирования деятельности в области криминалистического ДНК-анализа.....	253
Петров Д.В. Организационные аспекты в механизме обеспечения безопасности личности и профессиональной деятельности адвоката.....	255
Попов К.И. Согласие лица как обстоятельство правомерного причинения вреда.....	257
Пронин К.В. К вопросу об «убедительности» доказательств.....	260
Федорова Л.Ф. К вопросу о понятии «детская порнография» в законодательстве Российской Федерации.....	262
Шаляпина М.Ю. Ответственность за мошенничество в сфере кредитования.....	264

Конституционно - правовые гарантии личной безопасности

Личная безопасность обеспечивается многими нормами из различных отраслей права, но особое место в данном обеспечении занимают нормы конституционного права.

Нормы конституционного права отличаются от других норм своей особой юридической природой, поскольку они имеют присущий только им предмет правового регулирования, которым являются конституционные отношения, то есть свойственные данному обществу система экономических, политических, социальных, духовных и организационных отношений, выражающих сущность и основные черты общественного строя. Характер предмета регулирования конституционных норм обуславливает сущность их выражения в Основном законе, а это, в свою очередь, определяет такую их особенность, как высшая юридическая сила по сравнению со всеми иными правовыми нормами¹.

Особенность конституционных норм заключается в их наиболее высокой стабильности по сравнению с другими нормами права. Это вытекает из того, что конституционные нормы закрепляют наиболее характерные черты, свойственные данному этапу развития общества. Они действуют до тех пор, пока сохраняются эти характерные черты, тогда как иные нормы права могут регулировать более детальные, мобильные отношения.

Особенности конституционных норм в целом относятся к конституционно-правовым нормам, закрепляющим права человека и гражданина образующих право на личную безопасность. К ним относятся: право человека на жизнь (ст. 20 Конституции РФ), право на свободу от пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения или наказания (ст. 21 Конституции РФ), право на свободу и личную неприкосновенность (ст.22 Конституции РФ).

Статья 20 Конституции РФ провозглашает право человека на жизнь. Жизнь человека-высшая социальная ценность, охраняемая законом. Право на жизнь является естественным и неотъемлемым и возникает с момента рождения человека и продолжается до его смерти². Конституционная норма, закрепляющая право каждого человека на жизнь, выступает нормой, гарантирующей беспрепятственное пользование жизнью. В свою очередь, она обеспечивается рядом других конституционных гарантий. Такими гарантиями выступают: право на благоприятную окружающую среду (ст. 42 Конституции РФ), запрет пыток, насилия и добровольное согласие на проведение медицинских, научных и иных опытов (ст. 21), право собираться мирно, без оружия (ст.31), социальное обеспечение по возрасту, болезни, инвалидности (ст.39), право на охрану здоровья и бесплатную медицинскую помощь в государственных и муниципальных медицинских учреждениях, развитие

¹ Дзалиев М.И., Урсул А.Д. Основы обеспечения безопасности России. - М.: Экономика, 2003. - С.224.

² Чхиквадзе В.М. О некоторых международных аспектах проблемы прав человека. // Сов. государство и право. - 1987. -№ 7.- С. 92.

системы здравоохранения (ст. 41) и др. К сожалению, многие из этих гарантий имеют декларативное значение.

Право на жизнь защищено и отраслевым законодательством. Уголовный кодекс РФ содержит ряд норм, охраняющих жизнь человека. Установлена уголовная ответственность за убийство (ст. 105-109), доведение до самоубийства (ст. 110), оставление в опасности (ст. 125), неоказание помощи больному (ст. 124), и др.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ не допускает поставления в опасность жизни и здоровья человека при проведении следственного эксперимента, освидетельствования, получении образцов для сравнительного исследования, экспертизы и других процессуальных действий.

Лишить жизни можно не только неправомерным путем. Законным способом лишения жизни является смертная казнь - уголовное наказание, применяемое не иначе как на основании приговора суда. Смертная казнь - исключительная мера наказания¹.

Нужно подчеркнуть, что в Конституции РФ (ст.20 ч.2) норма специально оговаривает условия применения смертной казни, и тем самым служит специальной конституционной гарантией права на жизнь. Смертная казнь - лишение человека жизни в качестве наказания, выступает всего лишь в качестве правового ограничения, юридического средства, сдерживающего преступников, что вытекает из ее природы, и является объективным свойством, несмотря ни на какие субъективные оценки и общественное мнение. В Российской Федерации смертная казнь как вид наказания запрещена.

Другим основанием правомерного лишения жизни является лишение жизни при необходимой обороне, задержании преступника и крайней необходимости. Жизнь человека также охраняется рядом запретов на применение огнестрельного оружия, физической силы и спецсредств. Так, например, международный документ - Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (ООН, 1979 год) считает, что применение огнестрельного оружия должно быть «крайней мерой», применяемой лишь в случаях, когда правонарушитель оказывает вооруженное сопротивление или иным образом ставит под угрозу жизнь других, притом иные меры недостаточны для его задержания (ст.3).

Принятые в России Законы «О внутренних войсках Министерства внутренних дел РФ» (1992 год), «Об учреждениях и органах, исполняющих наказания в виде лишения свободы» (1993 год), «О государственной охране» (1996 год) «О полиции» (2011) и другие также установили конкретные случаи законного применения физической силы, специальных средств и оружия. Таким образом, ст. 20 Конституции РФ закрепляет право каждого на жизнь и предусматривает обязанность государства прилагать усилия, направленные на предотвращение условий, которые могут привести к утрате жизни, на пресечение преступных посягательств на жизнь и наказание за действия, влекущие за собой смерть людей.

Субъективное право граждан на свободу от пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения или наказания направлено на охрану здоровья. Именно в результате пытки, насилия, другого жестокого обращения или наказания можно причинить существенный вред здоровью человека. Осуществление указанных действий причиняет вред не только физиче-

¹ Малько А.В. Смертная казнь: Современные проблемы // Правоведение. – 1998. - №1. – С.106-116.

скому здоровью, они также унижают человеческое достоинство¹. Следует отметить, что как посягательство на личную безопасность унижение достоинства можно рассматривать только в том случае, если оно ведет к психическому расстройству, то есть причиняет вред психическому здоровью.

Данное субъективное право пришло в нашу Конституцию из Международных пактов (ст. 5 Всеобщей Декларации прав человека; ст.6 Международного пакта о гражданских и политических правах; ст. 3 Европейской Конвенции по защите прав человек и основных свобод и др.)². Российская Конституция признала данное право человека и гражданина, закрепив его в ч. 2. ст. 21: «Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию»³.

Российская Федерация связана обязательствами, вытекающими из Декларации о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство, видов обращения и наказания (ООН, 9 декабря 1975 год), Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ООН, 10 декабря 1984 год), Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН №34/169 от 17 декабря 1979 год) и других международных актов.

Конституционная норма, закрепляющая право человека на защиту от пыток и другого антигуманного обращения или наказания, гарантирует беспрепятственное пользование таким благом как здоровье. В свою очередь, она обеспечивается рядом других юридических норм. К таковым относятся нормы предусматривающие соблюдение обязанности уважительного отношения к здоровью человека и гражданина органами государственной власти, должностными лицами и другими субъектами права⁴. Итак, закрепленное в ст. 21 Конституции РФ конституционное право предполагает обязанность государства охранять здоровье граждан от противоправных посягательств любых лиц, осуществляемых в форме пытки, насилия, другого жестокого обращения или наказания.

Право неприкосновенности личности впервые юридически было закреплено в 1215 году в Великой Хартии вольностей. Наиболее четко оно было сформулировано в эпоху буржуазных революций. Так, право неприкосновенности личности находит закрепление в Британском Хабеас Корпус Акте (1679 г.), во Французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. (п.п. 2, 7), в Билле о правах США 1791 г. (поправки 4 и 5)⁵.

Право неприкосновенности личности - важнейшее демократическое право, получившее правовое признание не только на уровне конституций отдельных государств, но и в международных актах. В частности, Всеобщая декларация прав человека 1948 г. и Пакт о гражданских и политических правах человека 1966 г. закрепляют право каждого человека на свободу и соответственно личную неприкосновенность. В настоящее время, на наш взгляд, трудно найти государство, консти-

¹ Тер-Акопов А.А. О правовых аспектах психической активности и психической безопасности человека // Государство и право. – 1993. - №4. – С. 89.

² Там же. – С. 92.

³ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // СПС Консультант Плюс. - январь. - 2013.

⁴ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. – Саратов: Изд. Саратовского университета. – 1972. – С. 156.

⁵ Хрестоматия по истории государства и права. – М., 2008. – С. 267.

туция которого не говорила бы в той или иной форме о праве неприкосновенности личности. Соответственно, конституционное право на свободу и личную неприкосновенность - обеспечивает возможность человека беспрепятственно передвигаться в физическом пространстве. Это право на свободу телодвижений или физическую свободу. К данному выводу нас приводит анализ ч.2 ст.22 Конституции РФ, которая закрепляет процедуру заключения под стражу и тем самым выступает юридической гарантией этого права. Заключение под стражу резко ограничивает возможность передвигаться в пространстве, т.е. физическую свободу, а не какую-либо другую.

Право на свободу и личную неприкосновенность предназначено для того, чтобы защитить человека от противозаконных арестов, задержаний и иных лишений физической свободы, осуществляемых государственными должностными лицами в связи с уголовным преследованием, уголовным судопроизводством, исполнением уголовного наказания, применением административно-принудительных мер, при этом, это право защищает гражданина от попыток ограничения его физической свободы, предпринимаемых субъектами, не являющимися должностными лицами, т.е. просто другими гражданами¹.

Полагаем, что формулировка «право на свободу и личную неприкосновенность» не удачна, поскольку словосочетание «личная неприкосновенность» не несет смысловой нагрузки. Оно просто дублирует понятие свободы, а если подходить шире, то не только свободы. Неприкосновенность личности означает, что неприкосновенны его жизнь, здоровье, физическая свобода, честь, достоинство, имущество и т.д., то есть никто не может противоправно посягать на указанные блага². Если провести сравнительный анализ конституционных прав, то выяснится, что неприкосновенность чести и достоинства, личной жизни, жилища, имущества защищается отдельными правами. Неприкосновенность жизни защищается правом на жизнь; неприкосновенность здоровья защищается правом на свободу от пыток, насилия, другого жестокого обращения или наказания; неприкосновенность физической свободы - правом на свободу. Соответственно, право на свободу и личную неприкосновенность, закрепленное ч. 1 ст.22 Конституции РФ, предполагает обязанность государства обеспечивать гражданину возможность беспрепятственно пользоваться своей физической свободой и защищать ее от противоправных ограничений со стороны кого бы то ни было.

Итак, выше рассмотрены только три основных конституционных права, образующих право личной безопасности, и, несмотря на это, можно утвердительно сказать, что Конституция РФ в целом направлена на обеспечение нормального существования человека. Ведь и экономика, и политика, и культура, и идеология, и личная свобода служат, в конечном счете одной цели - воспроизводству жизни и нормальных условий существования человека³. Поэтому Конституцию, закрепляющую основы общественного строя и политики, правового положения граждан, организации и деятельности государства, можно назвать нормативным актом, со-

¹ Боброва Н.А. Гарантии реализации государственно-правовых норм. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та. – 2004. – С. 63.

² Гориславский К. Гарантии права человека на защиту жизни и здоровья // Право Украины. – 2001. - № 12. – С. 35-39.

³ Юридические гарантии прав личности в Российской Федерации (По материалам «круглого стола») // Государство и право. – 2000. - № 11. – С. 95.

держащим одно универсальное право человека и гражданина - право на нормальное существование личности.

Поскольку Конституция РФ является ядром российского права, то конституционные нормы, закрепляющие права на жизнь, здоровье и физическую свободу, являются ядром института личной безопасности граждан. Их функциональное назначение заключается в гарантировании реализации отраслевых норм института личной безопасности граждан. Каждая правовая норма должна быть действенной, эффективной, а для этого должны существовать гарантии ее реализации, соответственно, любая правовая норма может рассматриваться в качестве объекта гарантирования; в то же время она может рассматриваться в качестве гарантии других правовых норм, исходя из ее роли в системе права¹. Законодательная практика утвердительно ответила на теоретическое предположение о том, что есть нормы, имеющие своим функциональным назначением обеспечение реализации других норм.

Гарантирующие нормы - это нормы Конституции, назначение которых состоит в обеспечении предписаний других норм. По своей сущности эти нормы являются установлениями общего характера, указывающими государству, его органам, общественным организациям и гражданам определенный вариант поведения, направленного на обеспечение реальных условий для осуществления тех прав, которые записаны в охраняемой ими норме². Статьи 20, 21, 22 Конституции РФ являются гарантирующими нормами. Их назначение состоит в обеспечении предписаний отраслевых норм, регулирующих сферу личной безопасности граждан. По существу они являются установлениями общего характера, которые указывают государству, его органам, общественным организациям и гражданам определенный вариант поведения, направленного на обеспечение условий беспрепятственного пользования правами на жизнь, здоровье и физическую свободу. Особенность данных конституционных правовых норм заключается в их универсальности, поскольку их реализация выступает необходимой предпосылкой для осуществления всех остальных субъективных прав граждан, ведь чтобы воспользоваться каким-либо субъективным правом, прежде всего, нужно быть живым, здоровым и физически свободным³.

Делая вывод, можно сказать, что являясь ядром института личной безопасности граждан, конституционные нормы, закрепляющие универсальные права человека и гражданина на жизнь, здоровье и физическую свободу - выступают конституционно-правовыми гарантиями личной безопасности граждан. Они обеспечивают условия реализации не только отраслевых прав, входящих в институт личной безопасности граждан, но и гарантируют реализацию остальных субъективных прав, так как для их осуществления, в первую очередь, необходимо быть живым, здоровым и физически свободным.

¹ Там же. – С.107.

² Рудинский Ф.М. Жизнь и здоровье советского человека как объект конституционной охраны // Советское государство и право. – 1979. - №1. – С. 9.

³ Основин В.С. Особенности конституционных норм // Советское государство и право. – 1979. - №4. – С. 17-18.

*Аюпова З.К., доктор юридических наук, профессор,
Кусаинов Д.У., доктор философских наук, профессор,
Казахский национальный педагогический университет им. Абая,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Укрепление правовой системы как основа совершенствования Казахстанской государственности

В Республике Казахстан продолжается очередной этап правовой реформы; его официальной программой, видимо, следует считать «Концепцию правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года», утвержденную Указом Президента РК Н.А. Назарбаева от 24 августа 2009 года № 858. Реформирование правовой системы - перманентный процесс. Он состоит из нескольких этапов. Сколько будет новых этапов, никто не знает. Юристы-острословы говорят об очередном «этапировании».

Шутка - не столь безобидная, реформы касаются очень многого и слишком многих. Производя большие изменения в жизнеустройстве общества, государства и отдельных граждан, они не каждый раз и со всей очевидностью приводят к намеченным результатам. А вот отрицательные результаты почему-то всегда оказываются налицо, подтверждая вечную истину: «Благими намерениями покрыта дорога в ад».

Особенно изобилуют реформы во всех областях жизни истории Казахстана последних трех столетий. И это не говоря о революциях, катастрофических изменениях вроде коллективизации сельского хозяйства, переворота во всем образе жизни. Наиболее перманентными были реформы в советский период во всех областях общественных отношений. Ветераны образования рассказывают, что в школы почти каждый год поступала «новая программа» обучения, и сейчас в системе образования нашей республики не наблюдается стабильность. Мы частенько увлекаемся копированием западного опыта, но казахстанское общество существенно отчаится от западного общества.

Правовая сфера общественной жизни не была исключением. Проф. А.К. Котов отмечает, что только в новейшей истории Казахстана принималось шесть Конституций (1917, 1926, 1937, 1978, 1993, 1995 гг.). К ним добавим акты первых лет советской власти - периода собирания воедино казахских земель и позже - конституционные акты переходного периода 90-х гг.¹. Сюда же отнесем серию указов Президента РК, имеющих силу конституционных законов, 1995-1996 гг., и последующие конституционные законы Парламента.

Если такие изменения происходят в отношении Основного Закона, то, что можно говорить о других правовых институтах: ограничения ханской власти вплоть до ее полного упразднения; непрерывные изменения административно-территориального устройства; столь же непрерывные ограничения землепользования казахов; целеустремленное вытеснение обычно-правовой системы до ее полной отмены как феодально-байской архаики и т.д.

Особенно непрерывный реформаторский «зуд» был распространен в годы советской власти. В правовой сфере – это постоянные реорганизации статуса су-

¹ Котов А.К. Суверенный Казахстан: гражданин, нация, народ. – Алматы: Жети-Жаргы, 1996. – С.51.

дов, прокуратуры, следственных органов, милиции, органов госбезопасности, системы исправительных учреждений и т.д. Единственным утешением (весьма слабым) является только то, что реформы, этимологически происходя от приставки и из слова «ре-форма», могут, в основном, видоизменять форму общественных отношений, а не их содержание; сами люди и их культура не столь восприимчивы к деяниям реформаторов, более того, они, к счастью, разумно консервативны. Представим, что может произойти, если бы с каждой переменой в области экономики, политики и даже права с такой же последовательностью менялись человек, народы, их культура. Думается, что и казахский, и русский народы давно бы исчезли со сцены истории, настолько рьяные реформаторы фактически к этому стремились.

Начиная с Петра I, российские правовые институты, правоотношения, образ жизни пытались уподобить западноевропейским; потом все население СССР хотели обратить в новую общность людей - «советский народ», в этом отношении многое удалось сделать; теперь, на протяжении последних более чем двадцати лет российские «демократы» навязывают Российской Федерации американский образ жизни, а коммунисты призывают ориентироваться на Китай. В Казахстане было то же самое. Сталинский полпред Таболин И. докладывал своему вождю о казахах как негодном материале для строительства социализма. Сейчас такой оценкой можно было бы гордиться, если бы эксперимент не стоил миллионов жизней.

Сегодня суверенный Казахстан решает подлинные задачи возрождения и модернизации государства. Одной из главных составных частей этих процессов является возрождение и модернизация правовой культуры и правовой системы. Но как тут не вспомнить слова Маркса: «Традиции всех мертвых поколений тяготеют как кошмар над умами живых»¹. Некоторое уточнение: Маркс со всей революционной основательностью отрицает, похоже, все традиции. Мы относим к «кошмару» традиции антикультуры, антигуманизма, человеческого распада, правового нигилизма.

Так вот, традиции низкой правовой культуры, сложившиеся, в основном, при тоталитарном режиме, продолжают довлеть над нашими умами. От того, видимо, в числе многих причин и правовая реформа дает сбой, ошибки, попятные движения: в течение более двадцати лет независимости - две Конституции; четыре роспуска Парламента; преобразование Конституционного Суда в Конституционный Совет; сразу же возникшая необходимость внесения изменений в последнюю Конституцию, в конституционные законы, не говоря о нормативных актах рангом ниже; создание и упразднение государственного следственного комитета и др.

Подобные непрерывные изменения в ходе правовой реформы стали одной из многих причин утраты собственной правовой культуры и малоуспешных попыток эклектически заимствовать опыт то американский, то западноевропейский, то развитых азиатских государств. Исследователи российской Конституции отмечают, что в ней «есть элементы французской, американской, германской, австрийской и других конституций. Это неизбежный процесс, которым затронуты... конституции последнего поколения в любой стране»... они несут «на себе отпечаток иностранного влияния». И, тем не менее, пытаются найти «оригинальные элементы, выде-

¹ Маркс К. Восемнадцатое брюмера Луи Бонапарта. – Маркс К., Энгельс Ф. – Соч. Т.8. – М.: ГИПЛ, 1957. – С.119.

ляющие российскую Конституцию из общей картины конституций последнего поколения»¹.

Конституция, являясь основным политико-правовым документом страны, служит правовой базой для проведения всех реформ, затрагивающих основные сферы жизни общества и человека.

Развитие политических реформ в Республике Казахстан можно разделить на три основных направления. Первым направлением политических реформ является расширение полномочий Парламента при сохранении президентской формы правления. В соответствии с Законом «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 21 мая 2007 года, Премьер-Министр до назначения его Главой государства должен получить большинство голосов депутатов Мажилиса Парламента. Прерогативой Парламента стало его участие в формировании состава Конституционного Совета, Центральной избирательной комиссии, Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета.

Такая модель разделения власти может быть устойчива и динамична лишь в том случае, если в ее рамках будут обеспечены политико-правовые механизмы ответственности Правительства перед Парламентом, то есть, если будет осуществлен не только принцип разделения властей и управления, но и обеспечена четкая координация действий ветвей власти.

Вторым направлением политических реформ в стране выступает развитие многопартийности и политического плюрализма через создание политических партий различной идеологической направленности. С этой целью в республике функционирует такой механизм, который позволяет партиям выходить на первый план политической жизни. Из 107 мест в Мажилисе Парламента 98 депутатских мандатов теперь предназначены для избранных по партийным спискам. Последующие изменения в законодательстве о выборах создали условия для обязательного участия представителей не менее двух партий в составе депутатов Мажилиса.

Третьим направлением политических реформ в Республике Казахстан стало развитие гражданского общества и его институтов. Сейчас в стране насчитывается свыше 20 000 НПО. При этом развитие гражданского общества всемерно учитывает многонациональный состав населения страны.

Правовая система Казахстана, система законодательства, принципы права и принципы проявления правовых явлений (законности, правотворчества, правоприменения и т.д.) проникают в дух и материю теории конституционализма. Актуальность данных идей снова подтвердил наш Президент в своем недавнем Послании народу Казахстана: «Уже в новом 2013 году необходимо начать очередной этап модернизации национальной правовой системы. Законодательство должно не только защищать национальные интересы, но и синхронизироваться с динамично развивающейся международной правовой средой»².

В заключение подчеркнем, что всесторонний анализ опыта казахстанских реформ приводит к пониманию главного урока, который сводится к тому, что надо основываться на такой модели правовой модернизации, которая всесторонне учитывает потребности развития конкретного общества.

¹ Лесажа М. Интервью // Государство и право. – 1999. – № 1. – С.11.

² Послание Президента Республики Казахстан- Лидера нации Н.А.Назарбаева народу Казахстана Стратегия «Казахстан 2050»: новый политический курс состоявшегося государства // Казахстанская правда. – 2012. – 15 декабря. – № 437-438.

*Баскаков А.Т., кандидат философских наук,
Солодкая И.Н.,
Институт управления и безопасности предпринимательства
Башкирского государственного университета*

Итоги трансформации системы Министерства внутренних дел России

В Российской Федерации последние несколько лет осуществляется процесс реформирования всех сфер государственной и общественной жизни – которые являются предпосылкой формирования в России действующего механизма государства, процветающей экономики, продвижения к гражданскому обществу и правовому государству. Эти вопросы носят глобальный и комплексный характер. Реорганизация правоохранительной системы является основополагающим фактором государственности в РФ, поскольку именно правоохранительные органы обеспечивают законность и правопорядок в обществе и государстве.

Реформа затронула практически всю правоохранительную систему, но наибольший резонанс вызвала трансформация органов МВД. В пользу реформы «сработали» недоверие и даже скептическое отношение населения к эффективности работы правоохранительных органов, проблемы с кадровыми административным аппаратом, материально - техническим обеспечением, «корпоративная солидарность» позволяющая замалчивать и укрывать отдельные негативные поступки в их деятельности, излишняя централизация полномочий в руках федерального центра, «плановость» - целью которой является «бумажный» результат и т.д.

Эффективность конечных результатов вызвала обоснованные сомнения. Оппоненты настаивают на том, что Министерство Внутренних Дел не решило проблему внутренними силами. В противовес противникам реформы МВД демонстрирует существенные достижения в деятельности служб, активизацию работы с негативными процессами, в том числе имеющими место в самой системе. Последние оцениваются как единичные и не затрагивающие систему в целом. Основное решение проблем, по мнению МВД заключается в усилении требовательности, надлежащем подборе и расстановке кадров.

Тем не менее, прошло два года, а выводы, которые возможно сделать отнюдь неутешительные. Недостатков в реформе оказалось предостаточно. Основное большинство придерживается мнения, что это очередная «косметическая» реформа, которая не дала ожидаемого результата. Некоторые наблюдатели высказали, что это не что иное, как «декларацию о намерениях». Оценки экспертов свидетельствуют о том, что реформа провалилась. По итогам, большинство руководства прошло переаттестацию, и были рекомендованы на разные должности.

Острой проблемой, по-прежнему, остается вопрос коррупции и насилия. Самое интересное, что на момент принятия закона не была проведена антикоррупционная экспертиза. Экспертами было обнаружено 17 норм, которые вероятнее всего могут привести коррупционным моментам. К примеру, очень много вопросов вызвал регламент проверки документов, порядок «принудительного препровождения в служебное помещение», где за рамками закона остался правовой статус «препровождаемых». Также под большим сомнением осталась норма о том, что полицейские имеют право изымать документы, «имеющие признаки поддел-

ки». Признаки подделки в законе не определены, и сотрудники полиции получают возможность изымать документы только на основании собственных суждений. Подобные пробелы, могут создавать благоприятную среду для развития коррупции в органах.

Практика показывает, что преступности в органах не уменьшилось. Только по данным Следственного комитета РФ, после завершения процесса переаттестации в стране, за 10 дней было зафиксировано около 67 преступлений различной степени тяжести, совершенных полицейскими. И это только те преступления, уголовные дела по которым ведет Следственный комитет РФ.

Хотя в законе «О полиции» существуют принципы «показатели» правового государства, большинство норм закона носят лишь декларативный характер, которые чаще всего в практике не применяются. К тому же, если анализировать закон более тщательно, то можно увидеть нормы, суть которых можно толковать двояко. К примеру, ч. 2 ст. 19 Закона «О полиции» предоставляет сотруднику полиции право «не предупреждать о своем намерении применить физическую силу, специальные средства или огнестрельное оружие, если промедление в их применении создает непосредственную угрозу жизни и здоровью гражданина или сотрудника полиции либо может повлечь иные тяжкие последствия». Данная норма не уточняет, какая именно ситуация может являться угрожающей жизни. А п.17 ч.1 ст. 13 Закона предоставляет полиции право «истребовать для проведения экспертиз по письменному запросу уполномоченных должностных лиц полиции от организаций независимо от форм собственности предоставление образцов и каталогов своей продукции, техническую и технологическую документацию и другие информационные материалы, необходимые для производства экспертиз». Статья вполне разумная, но тем не менее отсутствие регламентации способов и условия использования образцов продукции для проведения необходимой экспертизы, в том числе в каких условиях необходимо проводить экспертизу дорогостоящей продукции, которая в процессе разрушается. Также ничего не говорится о том, какие меры должны приниматься по сохранению тайн технической документации, что в дальнейшем может привести к коррупционным ситуациям и ввязать органы полиции в промышленный шпионаж. Также не ясна ч.5 ст.14 где говорится о том, что «задержанное лицо вправе пользоваться в соответствии с федеральным законом услугами адвоката (защитника) и переводчика с момента задержания». Здесь не оговариваются условия предоставления переводчика, непонятно означает ли данная норма, что адвокат и переводчик должны предоставляться полицией, то ли сам задержанный может за свой счет воспользоваться услугами выбранного адвоката и переводчика. Закон изобилует подобными нормами, предполагающими расширительное толкование. Озабоченность вызывает и то, что в компетенции органов полиции находится достаточно много видов деятельности, такие как налоговые проверки, охрана имущества на договорной основе и прочее, которые только мешают выполнению основных задач - обеспечению безопасности граждан, борьбе с преступностью и её профилактики. И более того, данные виды деятельности приводят к увеличению коррупции.

Реформа оказалась очень затратной для бюджета государства. До сих пор нет точных данных о том, какая сумма была и будет потрачена на ее осуществление. По некоторым источникам только на период 2012 - 2013 года планируется потратить 327 млрд. руб, что для «косметической» реформы необоснованно дорого.

По официальным данным в ходе переаттестации из органов МВД было уволено 183 тыс. человек. Из них всего 20 тысяч смогли найти работу. Возникает вопрос, что стало с оставшимися 163 тысячами. Хотя стоит отметить, что МВД обещало помочь трудоустроить бывших коллег, непонятно правда насколько добросовестно они будут это делать. Следует также отметить, что после такого масштабного сокращения раскрываемость преступлений namного ухудшилась. МВД жалуется на нехватку людей. Большинство регионов страдает от того, что практически не осталось оперативных сотрудников, участковых, следователей.

Это далеко не все неурегулированные вопросы реформы. Присутствует и политический лоббизм, слишком уж гипертрофировано подавались конфликтные ситуации в обществе и государстве - начиная с «бесчинств» милиции, которые выкладывались в СМИ и интернет с завидной регулярностью, чтобы общественность смогла в полной мере оценить «крах ситуации» и полную неспособность правоохранительной системы защитить рядовых граждан, хотя по словам председателя Конституционного суда РФ Валерия Зорькина если бы в действительности правоохранительные органы не функционировали то произошел бы полный развал государства и крах государства вплоть до гражданской войны.¹

Население государства восприняло реформы достаточно прохладно, что можно объяснить и устоявшемся восприятием граждан и недоверием к проводимым реформам. По результатам соцопроса всего 10% россиян поддерживают данную реформу, 25% воспринимают её негативно, а оставшиеся 60% вовсе равнодушны. Таким образом, можно сделать вывод, что наше общество не воспринимает происходящее всерьёз и отказывается принимать какое-либо участие в реализации реформы. К тому же А сам термин «полицейский», «полиция» является чуждым для российского общественного сознания

Анализ нескольких аспектов является довольно безрадостным, но возможно стоит предоставить несколько лет на апробацию реформы по истечении которых можно будет сделать определенные объективные выводы о ее состоятельности.

*Березин А.А.,
Саратовская государственная юридическая академия*

Меры административной ответственности за нарушения общественного порядка и общественной безопасности при проведении публичных мероприятий

Право на свободу мирных собраний и ассоциаций, являющееся одним из фундаментальных прав и свобод человека, закрепленное в ч. 1 ст. 20 Всеобщей декларации прав человека², выступает важнейшей гарантией участия граждан в управлении делами любого демократического государства и развития гражданского общества.

Рассматриваемое право в Российской Федерации получило конституционное признание и провозглашено в ст. 31 Конституции РФ³, закрепляющей право граждан

¹Зорькин В.Д. Повторение пройденного. К шестнадцатилетию российской Конституции. //Российская газета № 5062 от 11.12.2009.

² Принята на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН резолюцией 217 А (III) от 10 декабря 1948 г. // Библиотечка Российской газеты. 1999. № 22-23.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2009. - № 4, ст. 445.

дан РФ собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. На обеспечение реализации данного права направлен ФЗ от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»¹, определяющий порядок организации и проведения публичных мероприятий.

Высокая значимость права на свободу собраний предопределена его тесной взаимосвязью с реализацией иных личных и политических прав и свобод человека – свободы мысли и слова, свободы совести, свободы вероисповедания, права на объединение, права на участие в управлении делами общества и государства. В этой связи первоочередной обязанностью государства в лице компетентных государственных органов и их должностных лиц выступает обеспечение нормального механизма его реализации, защита от различного рода противоправных воздействий.

Наиболее характерными нарушениями при проведении публичных мероприятий выступают административные правонарушения, посягающие на общественный порядок и общественную безопасность. Их вредность для общества обусловлена их распространенностью, а также возможностью перерастания в общественно-опасные деяния – преступления.

Новейшими изменениями в административно-деликтное законодательство внесены изменения, предусматривающие применение превентивных мер и санкций, направленных на стимулирование организаторов публичных мероприятий к уважительному отношению и соблюдению законных интересов граждан².

По мнению инициаторов законопроекта во многих случаях проведение публичных мероприятий препятствует доступу граждан к месту проживания, работы или учебы, общественным местам досуга и отдыха, а хозяйствующим субъектам – к офисным и производственным помещениям; наносит ущерб местам озеленения (цветникам), иным объектам благоустройства территорий, ухудшает санитарно-эпидемиологическую ситуацию, мешает проезду общественного и специального транспорта, проходу пешеходов³. В этой связи подверглась коррективе система административных наказаний, применяемых за нарушения при проведении публичных акций. Законодателем исключена альтернативная мера наказания – предупреждение, увеличены размеры административного штрафа, введена новая мера наказания – обязательные работы.

Наиболее распространенной мерой административной ответственности в этой сфере выступает административный штраф. Он предусмотрен за совершение всех составов административных правонарушений в этой сфере. В соответствии с ч. 1 ст. 3.5 КоАП РФ, административный штраф является денежным взысканием. Размер административного штрафа за совершение административных правонарушений при проведении публичных мероприятий установлен в особом размере, выражается в рублях и зависит от субъекта административного правонарушения. Так, в отношении граждан верхний порог административного штрафа установлен в размере пятидесяти тысяч рублей, в отношении должностных лиц – шестьсот тысяч рублей, в отношении юридических лиц – одного миллиона рублей.

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2004. - № 25, ст. 2485.

² ФЗ от 8 июня 2012 г. № 65-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» // Собр. законодательства Рос. Федерации. - 2012. - № 24, ст. 3082.

³ URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=70631-6](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=70631-6) (дата обращения 05.02.2013).

Законодатель ограничил применение административного ареста, как наиболее суровой меры наказания, и определил возможность ее реализации лишь случаями, несущими обществу значительный вред. В соответствии с ч. 7 ст. 20.2 КоАП РФ административный арест применяется за организацию либо проведение несанкционированных собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования в непосредственной близости от территории ядерной установки, радиационного источника или пункта хранения ядерных материалов и радиоактивных веществ либо за активное участие в таких публичных мероприятиях, если это осложнило выполнение работниками указанных установки, источника или пункта своих служебных обязанностей или создало угрозу безопасности населения и окружающей среды.

На основании ч. 1 ст. 3.9 КоАП РФ, административный арест заключается в содержании нарушителя в условиях изоляции от общества. За совершение административных правонарушений при проведении публичных мероприятий арест выступает как альтернативная мера наказания и установлен в размере до 15 суток.

Обязательные работы предусмотрены законодателем за совершение всех административных правонарушений при проведении публичных мероприятий за исключением состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 7 ст. 20.2 КоАП РФ. Исходя из ст. 3.13 КоАП РФ, обязательные работы заключаются в выполнении физическим лицом, совершившим административное правонарушение, в свободное от основной работы, службы или учебы время бесплатных общественно полезных работ. Обязательные работы применяются на срок от двадцати до двухсот часов.

Назначение административной ответственности за нарушения общественного порядка и общественной безопасности при проведении публичных мероприятий осуществляется в судебном порядке, что обусловлено исключительной возможностью назначения обязательных работ и административного ареста только судом.

Таким образом, действующая система административных наказаний за нарушения общественного порядка и общественной безопасности при проведении публичных мероприятий, включает в себя три вида административной ответственности – административный штраф, обязательные работы, административный арест.

Последние изменения и дополнения в административно-деликтное законодательство позволяют констатировать усиление административной ответственности организаторов и участников собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования за совершение административных правонарушений при проведении публичных мероприятий.

*Богатырева Н.В.,
Саратовская государственная юридическая академия*

Развитие законодательства о лицензировании генно-инженерной деятельности в Российской Федерации

Лицензирование генно-инженерной деятельности является одним из способов административно-правового регулирования генно-инженерной деятельности в

Российской Федерации. Оно проводится в целях обеспечения безопасности граждан и окружающей среды в процессе осуществления генно-инженерной деятельности и использования ее результатов в связи с присущими данной деятельности рисками. Исследование формирующейся системы лицензирования в указанной области и ее эффективности требует изучения ее становления и развития.

Первым и основополагающим нормативно-правовым актом, регулирующим деятельность, связанную с использованием методов генной инженерии, в Российской Федерации, стал ФЗ от 05.07.1996 № 86-ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» (далее – Закон о ГИД). Данный закон в ст. 6 закреплял основы лицензирования генно-инженерной деятельности, определяя виды деятельности, осуществление которой требует получения лицензии. ФЗ от 25.09.1998 № 158-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», определяя перечень лицензируемых видов деятельности, относил к ним и виды деятельности, лицензирование которых было предусмотрено иными ФЗ, вступившими в силу до момента вступления в силу настоящего ФЗ. Соответственно, на названные Законом о ГИД виды деятельности распространялись общие положения указанного ФЗ. Однако отсутствие специального акта, определяющего порядок лицензирования видов генно-инженерной деятельности и уполномоченные органы (либо нескольких актов), не способствовало эффективному применению на практике норм, предусмотренных ст. 6 Закона о ГИД.

С принятием ФЗ от 08.08.2001 № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» ситуация изменилась, поскольку данный закон определил исчерпывающий перечень видов деятельности, подлежащих лицензированию, среди которых не было поименованных в ст. 6 Закона о ГИД. Таким образом, имела место коллизия между названными ФЗ по вопросу лицензирования генно-инженерной деятельности. В результате лицензирование проводилось в соответствии с ФЗ от 08.08.2001 № 128-ФЗ и положениями о лицензировании тех видов деятельности, при осуществлении которых могли применяться методы генной инженерии. В связи с этим положения ст. 6 Закона о ГИД фактически не действовали¹.

Несоответствие Закона о ГИД федеральному законодательству в области лицензирования подтолкнуло законодателя к внесению изменений в ст. 6 данного закона. Целью законодателя был обеспечение согласованности положений данного закона и готовящегося к принятию нового ФЗ о лицензировании. ФЗ от 04.10.2010 № 262-ФЗ ст. 6 Закона о ГИД была сконструирована следующим образом: в первой части статьи перечислены работы в области генно-инженерной деятельности, во второй – содержится указание на применение к генно-инженерной деятельности III и IV уровней риска, осуществляемой в замкнутых системах, процедуры лицензирования. ФЗ от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» относит к лицензируемой деятельности в области использования возбудителей инфекционных заболеваний человека и животных (за исключением случая, если указанная деятельность осуществляется в медицинских целях) и генно-инженерно-модифицированных организмов III и IV степеней потенциальной опасности, осуществляемую в замкнутых системах. Положение о лицензировании указанной деятельности² содержит исчерпывающий перечень работ, составляю-

¹ См. об этом: Лякишева Ю. А. Проблемы лицензирования отдельных видов генно-инженерной деятельности // Актуальные проблемы российского права. – 2007. - №2.

² Утверждено постановлением Правительства РФ от 16. 04. 2012 № 317.

щих такую деятельность (отметим, что указанные виды работ перечислены и в новой редакции ст. 6 Закона о ГИД). Лицензирующим органом является Роспотребнадзор. Таким образом, на настоящий момент мы можем говорить о формально согласованной системе требований к осуществлению лицензирования генно-инженерной деятельности: Закон о ГИД не противоречит ФЗ от 04.05.2011 № 99-ФЗ, принят соответствующий подзаконный нормативно-правовой акт, определяющий порядок лицензирования, определен лицензирующий орган. Между тем остаются и некоторые вопросы. В частности, они связаны с порядком определения принадлежности работ к III и IV степеням потенциальной опасности, что является важным оценочным фактором при отнесении конкретной деятельности к лицензируемой. Так, согласно ст. 7 Закона о ГИД оценку риска проводят юридические лица и граждане (физические лица), осуществляющие генно-инженерную деятельность, при планировании, подготовке и проведении генно-инженерной деятельности. Критерии определения данного уровня также содержатся в ст. 7 (в зависимости от опасности для здоровья человека, в сопоставлении с опасностью при работах с микроорганизмами, способными к передаче инфекции, и в зависимости от масштаба исследований). Однако порядок контроля правильности проведения такой оценки Законом о ГИД и подзаконными актами не определен.

Можно сказать, что на современном этапе своего становления сформирован каркас системы лицензирования генно-инженерной деятельности, оценить эффективность которой позволит практика выдачи лицензий. Представляется, что внимание законодателя к указанной области в последние годы должно повысить роль данного способа административно-правового регулирования в обеспечении безопасности генно-инженерной деятельности.

*Бойко Н.Н., кандидат юридических наук,
Башкирский государственный университет, филиал в г. Стерлитамак*

Задачи прокурорского надзора за соблюдением бюджетного законодательства

В связи с большой политической, экономической значимостью общественных отношений, регулируемых бюджетным законодательством, государство определяет задачи, которые ему необходимо разрешить и с этой целью создает определенные государственные органы. Одним из таких органов выступает прокуратура, как орган надзора. В свою очередь надзор за соблюдением законодательства в сфере экономики традиционно является одним из важнейших направлений прокурорской деятельности.

Прокурорский надзор осуществляется за соблюдением определенных правовых норм, составляющих бюджетное законодательство. Согласно ст. 2 Бюджетного кодекса РФ структура бюджетного законодательства РФ состоит из БК РФ и принятых в соответствии с ним федеральных законов о федеральном бюджете, федеральных законов о бюджетах государственных внебюджетных фондов РФ, законов субъектов РФ о бюджетах субъектов РФ, законов субъектов РФ о бюджетах территориальных государственных внебюджетных фондов, муниципальных правовых актов представительных органов муниципальных образований о местных бюджетах, иных федеральных законов, законов субъектов РФ и муниципальных правовых актов представительных органов муниципальных образований, регули-

рующих бюджетные правоотношения¹.

Прокурорскому надзору за соблюдением бюджетного законодательства присущи специфические задачи, производные от задач прокурорского надзора за исполнением законов и законностью правовых актов. К задачам прокурорского надзора за соблюдением бюджетного законодательства, рассматриваемые в единстве, относятся следующие.

Во-первых, защита прав граждан на получение минимальных государственных социальных стандартов, определяемые как государственные услуги, которые предоставляются гражданам на безвозмездной и безвозвратной основах за счет бюджетных средств всех уровней бюджетной системы РФ и бюджетов государственных внебюджетных фондов, гарантируется государством на определенном минимально допустимом уровне на всей территории Российской Федерации. Данная задача имеет конституционные основы, поскольку согласно ст. 7 Конституции РФ, РФ – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. В РФ охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты². Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Во-вторых, защита государственных и общественных интересов, в части обеспечения финансирования государственных нужд и общественных потребностей, выражающаяся в финансировании расходов на: обеспечение безопасности государства, национальную оборону, государственное управление и местное самоуправление, судебную деятельность, международную деятельность, правоохранительную деятельность и др. Например, вопросы национальной обороны и обеспечение безопасности государства, финансирование правоохранительных органов осуществляется исключительно из федерального бюджета, поэтому в данном случае задача прокурорского надзора сводится к осуществлению надзора за целевым использованием бюджетных средств, выделенных на вышеуказанные цели.

В-третьих, обеспечение эффективной и законной деятельности органов контроля. В соответствии с п. 2 ст. 26 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» органы прокуратуры не подменяют иные государственные органы, должностных лиц, которые осуществляют контроль за соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Согласно Приказу Генеральной прокуратуры России «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» в надзоре за исполнением законов контролирующими органами первоначальное значение необходимо придавать выполнению ими обязанностей по выявлению и пресечению правонарушений. Проверять законность и полноту принятых этими органами мер по устранению нарушений и привлечению виновных к ответственности. Таким образом, прокурор при осуществлении надзо-

¹ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 25.12.2012) // Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3823; Российская газета. – 2012. – № 301. – 28 дек.

² Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. – 2009. – № 4. – Ст. 445; Российская газета. – 2008. – № 267. – 31 дек.

ра за соблюдением бюджетного законодательства не должен подменять органы контроля. Его задача состоит в том, чтобы органы контроля выполняли возложенные на них функции надлежащим образом.

В-четвертых, обеспечение законности правовых актов, издаваемых поднадзорными органами и должностными лицами в бюджетной сфере. В данном случае следует отметить, что надзор за законностью правовых актов, издаваемых представительными (законодательными) и исполнительными государственными органами, органами местного самоуправления, органами контроля и их должностными лицами, осуществляется независимо от поступления информации о нарушениях законности. Иными словами, прокурору, при осуществлении надзора за законностью правовых актов, не требуется информация о нарушении закона. Поводом и основанием проверки является сам факт издания правового акта.

В-пятых, своевременное выявление, предупреждение и пресечение нарушений бюджетного законодательства, принятие мер по привлечению виновных лиц к установленной законом ответственности, возмещению причиненного ущерба и восстановлению нарушенного права. В силу предоставленных полномочий прокуратура обязана своевременно выявлять, предупреждать и пресекать нарушения закона, принимать меры по привлечению виновных лиц к установленной законом ответственности, возмещению причиненного ущерба и восстановлению нарушенного права¹. К предупреждению нарушений бюджетного законодательства относятся вопросы своевременности принятия правового акта о бюджете; открытие (перевод) счета бюджетов в Банке России, его учреждениях; создание органов бюджетного контроля и др. Своевременность пресечения нарушения бюджетного законодательства требует от прокурора, чтобы оно было выявлено сразу после его совершения, но до наступления вредных последствий. Устранение нарушения закона включает в себя целый комплекс действий направленных на разрешение вопросов: о привлечении виновных лиц к установленной ответственности; о восстановлении нарушенного права; о причинах и условиях способствующих нарушению закона; о недопущении нарушений впредь. Поставленная задача обуславливает применение всего спектра актов прокурорского реагирования.

Вышеизложенное позволяет отметить, что задачам прокурорского надзора за соблюдением бюджетного законодательства, регулирующего формирование и исполнение бюджетов всех уровней, а также осуществление бюджетного контроля, должно иметь приоритетное значение в надзорной деятельности.

*Васильева Я.В.,
Филиал МГЮА им. О.Е. Кутафина в г. Вологде*

Законодательство об административных правонарушениях субъектов Российской Федерации и статья 55 Конституции Российской Федерации

В соответствии с пунктом «к» части 1 статьи 72 Конституции РФ административное и административно-процессуальное законодательство находится в совместном ведении РФ и субъектов РФ. Кодекс РФ об административных правона-

¹ См.: Сухарев А.Я. Прокурорский надзор: Учебник для ВУЗов. – М., 2007. – 29 с.

рушениях (далее - КоАП РФ) закрепил в статье 1.1 что: «Законодательство об административных правонарушениях состоит из настоящего Кодекса и принимаемых в соответствии с ним законов субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях».

По мнению А.П. Шергина, подобная законодательная конструкция не соответствует требованиям статьи 55 Конституции РФ (далее КРФ), согласно которой ограничение прав и свобод человека и гражданина возможно только на основании ФЗ. Федеральное и региональное регулирование административной ответственности подрывает единство правового статуса гражданина, ставя сферу государственного принуждения в зависимость от места пребывания человека. М.Н. Карасев также высказывает сомнение о правомерности наделения субъектов РФ правом устанавливать административную ответственность, ссылаясь на то, что введение на региональном уровне новых составов административной ответственности, а также дополнительных ограничений прав и свобод граждан, является прямым нарушением конституционных норм, не предполагающих наделение субъектов РФ правом ограничивать права и свободы граждан.

Однако многие ведущие административисты не высказывают недовольство по поводу наделения субъектов РФ полномочиями по принятию региональных законов об административных правонарушениях. Ю.М. Козлов считал, что «невозможно найти сколь-нибудь весомые основания для лишения субъектов РФ полномочий по установлению административной ответственности в отношении физических лиц. В законах, устанавливающих административную ответственность, находит одно из своих проявлений регулирование общественных отношений в сферах, максимально приближенных к нуждам и потребностям населения, а потому и нуждающихся в правоохране в том числе и административно-правовыми мерами»¹. Д.Н. Бахрах также является сторонником регионального административно-деликтного правотворчества: «Одно из достоинств КоАП РФ состоит в том, что он четко определил, за какие правонарушения законами субъектов РФ может быть установлена административная ответственность, какие санкции ими могут установлены за соответствующие правонарушения, кто вправе налагать административные наказания за нарушение законов субъектов РФ»².

Часть 3 статьи 55 КРФ допускает возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина при определенных условиях. Такие ограничения объективно обусловлены тем, что человек живет в обществе и свобода личности проявляется во взаимодействии с другими людьми. Поэтому свобода, права индивида не могут быть абсолютными, ничем не ограниченными. Каждый имеет обязанности перед другими людьми, перед обществом, государством. В статье сформулированы три взаимосвязанных условия. Права и свободы могут быть ограничены: 1) только ФЗ; 2) в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства; 3) только в той мере, в какой это необходимо в указанных целях.

Первое условие вполне определенное – лишь законодатель посредством ФЗ может установить то или иное ограничение. Таким правом не обладают ни Правительство РФ, ни другие институты исполнительной власти, ни субъекты Федера-

¹ Комментарий к КоАП РФ / Под ред. Ю.М. Козлова. – М.: Юристъ, 2002. – С. 92

² Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. – М.: Норма, 2004. – С. 488-489.

ции, учитывая, что регулирование прав и свобод человека и гражданина отнесено Конституцией к ведению Федерации.

Б.В. Россинский предложил весьма спорное решение проблемы конституционной легитимности: «Поскольку требования статьи 55 КРФ о возможности ограничения прав и свобод граждан только ФЗ касаются лишь прав и свобод граждан, думается к ведению субъектов РФ могло бы быть отнесено установление административной ответственности юридических и должностных лиц за совершение ими тех правонарушений, ответственность за которые не установлена на федеральном уровне»¹. С таким подходом к поставленной проблеме сложно согласиться.

По мнению М.Я. Масленникова, нельзя утверждать, что региональные законы нелегитимны только ввиду противоречия такого нормативного решения статье 55 КРФ, допускающей ограничение прав и свобод человека и гражданина только на основании ФЗ. Упрощенный подход к правовой оценке ситуации недопустим – нужно системное толкование КРФ, последующие статьи которой (после статьи 55) легитимируют указанные полномочия субъектов РФ в статьях 72, 73 и части 4 статьи 76 КРФ. А если иметь в виду только статью 55 КРФ, то это приведет к парализации всякой организационной функции².

Конституционная легитимность региональной ответственности может основываться только на ином истолковании юридического механизма действия правовых ограничений конституционных прав граждан, включающего в себя не только федеральные законы, но и иные виды нормативных актов, в том числе законов субъектов РФ. При определенных условиях законодатель имеет право, учитывая сферу правового регулирования, признать за законодателем субъекта РФ полномочия по установлению отдельных элементов правоограничительного регулирования. Таким образом, если говорить об отсутствии конституционной легитимности регионального законодательства об административных правонарушениях необходимо системное толкование статьи 55, пункта «к» части 1 статьи 72, статьи 73, части 4 статьи 76 КРФ, статей 1.1., 1.3., 1.3.1. КоАП РФ иных нормативных правовых актов и законов субъектов Российской Федерации.

*Вежновец И.А.,
Тихоокеанский государственный университет*

Правовое обеспечение развития приграничных территорий в Дальневосточном федеральном округе

Дальневосточный федеральный округ по праву может считаться пограничным. Именно на Дальнем Востоке расположена вторая по протяженности сухопутная граница нашей страны – граница с Китайской Народной Республикой. Приграничное положение большинства субъектов российского Дальнего Востока оказывает определенное влияние на практику общественных отношений. Осуществление местного самоуправления на приграничных территориях, оборот земель, приграничное сотрудничество – вот лишь некоторые аспекты, которые не могут не учитываться и не могут не накладывать свою специфику на деятельность органов

¹ Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. – М.: Норма, 2004. – С. 20.

² Масленников М.Я. Перспективы развития регионального законодательства об административной ответственности // Российская юстиция. – 2007. – № 9. – С. 31.

государственной власти и органов местного самоуправления. В этой связи изучение проблем правового обеспечения развития приграничных территорий, в особенности в Дальневосточном федеральном округе (ДФО), представляется наиболее значимым.

В соответствии со статьей 82 ФЗ от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее – ФЗ № 131-ФЗ) особенности осуществления местного самоуправления на приграничных территориях устанавливаются ФЗ, определяющим режим приграничной территории¹.

При формировании системы местного самоуправления в большинстве субъектах ДФО постарались учесть принцип доступности органов местного самоуправления для населения и установить центры поселений, в составе которых несколько населенных пунктов, в том числе находящихся в пограничной зоне, за пределами пограничной зоны. Так, в Хабаровском крае в Оренбургском сельском поселении Бикинского муниципального района центр поселения находится за пределами пограничной зоны, а село Васильевка, входящее в него – на границе.

Однако вопросы, касающиеся специфики осуществления местного самоуправления на приграничных территориях, до сих пор законодательно не урегулированы. Отдельные особенности, содержащиеся в Законе Российской Федерации от 1 апреля 1993 г. № 4730-1 «О Государственной границе Российской Федерации» (далее – Закон о границе), не учитывают многих аспектов жизнедеятельности приграничных муниципалитетов².

Кроме того, как показывает сравнительный анализ, существует дублирование полномочий органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере обеспечения пограничной безопасности. Так, в статье 37 Закона о границе установлено, что органы местного самоуправления создают условия для участия граждан на добровольных началах в защите Государственной границы в пределах приграничной территории. Аналогичная норма содержится в статье 29 вышеуказанного Закона, определяющей полномочия органов государственной власти субъекта Российской Федерации.

Наиболее важными проблемами организации местного самоуправления на приграничных территориях остаются проблемы определения особого статуса муниципальных образований, которые полностью расположены в пограничной зоне; изменение границ и преобразование приграничных муниципальных образований, которое осуществляется с согласия населения, выраженного путем голосования. И без базового закона, комплексно регулирующего взаимоотношения на приграничных территориях, обойтись будет трудно.

По-прежнему остается актуальной проблема оборота земельных участков на приграничных территориях РФ. Указом Президента РФ от 9 января 2011 г. № 26 утвержден Перечень приграничных территорий, на которых иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками.

¹ Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации : федер. закон от 06 окт. 2003 г. № 131-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 16 сент. 2003 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 24 сент. 2003 г. // Рос. газ. – 2003. – 08 окт.

² О Государственной границе Российской Федерации : закон Рос. Федерации от 01 апр. 1993 г. № 4730-1 // Рос. газ. – 1993. – 04 мая.

Вместе с тем, до принятия Указа содержание понятия «приграничные территории» определялось по правилам статьи 3 Закона о границе. Указ отнес к приграничным территориям ряд городских округов и муниципальных образований, которые до его принятия таковыми не являлись (например, областные и краевые центры – г. Хабаровск, г. Благовещенск, г. Биробиджан, г. Владивосток). Таким образом, иностранные юридические лица и граждане, имеющие в собственности земельные участки, которые теперь отнесены к приграничным территориям, не могут в дальнейшем являться их собственниками и должны произвести их отчуждение.

Одной из важнейших остается проблема правового регулирования приграничного сотрудничества. Большинство из возникающих вопросов приграничного сотрудничества носят оперативный характер и должны решаться на месте. Но в то же время практически любой из них затрагивает вопросы внешней политики и международных отношений, внешнеэкономических связей, миграционной политики, режима государственной границы, таможенного и налогового регулирования и другие. Поэтому основу правового урегулирования данной сферы правоотношений должно, по нашему мнению, составлять федеральное законодательство. Подводя итог вышесказанному, необходимо отметить, что законодатель любого уровня должен максимально взвешенно и всесторонне подходить к решению проблем правового обеспечения развития приграничных территорий и особенно в Дальневосточном федеральном округе, граничащим с самыми развивающимися экономиками мира.

*Воронов А.А., доктор юридических наук, профессор,
Роньшин С.А., Воронежская областная коллегия адвокатов*

Национальная безопасность и гражданское общество: вопросы сопоставления и роль важнейших институтов

Приоритетным направлением внутренней политики на современном этапе общественного развития является формирование в нашей стране правового государства. На этом пути возникает множество трудностей и проблем. Среди них особо стоит отметить правовой нигилизм и, как следствие, особая проблема формирования в России гражданского общества.

Сегодня Россия стоит на пороге серьезных социально-экономических преобразований, которые невозможно реализовать без активного сотрудничества государства и гражданского общества. Для организации эффективного взаимодействия необходимы поиск и создание новых механизмов взаимодействия между властью и общественными объединениями, ассоциациями. Одной из таких форм стало, например, создание в 2005 г. Общественной палаты Российской Федерации, которую сегодня, к сожалению, многие критикуют. Но нельзя и забывать и о тех институтах гражданского общества, которые сформировались исторически и являются неотъемлемой частью любого, стремящегося стать правовым, государства. Одним из них, несомненно, является институт адвокатуры.

В соответствии со Стратегией национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года, утвержденной Указом Президента РФ № 537 от 12.05.2009 года, для предотвращения угроз национальной безопасности необходимо обеспе-

чить социальную стабильность, этническое и конфессиональное согласие, повысить мобилизационный потенциал и рост национальной экономики, поднять качество работы органов государственной власти и сформировать действенные механизмы их взаимодействия с гражданским обществом в целях реализации гражданами Российской Федерации права на жизнь, безопасность, труд, жилье, здоровье и здоровый образ жизни, на доступное образование и культурное развитие.

В Стратегии сформулированы важнейшие направления политики РФ по обеспечению национальной безопасности. Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации непосредственно принимают участие в формировании и реализации политики обеспечения национальной безопасности. Национальные интересы России носят долгосрочный характер и определяют основные цели, стратегические и текущие задачи внутренней и внешней политики государства¹. Очевидно, что государство сталкивается с проблемами реализации национальных интересов практически во всех сферах, указанных в Стратегии национальной безопасности, в первую очередь, в сфере государственной и общественной безопасности, и, не случайно, что национальные интересы Российской Федерации на долгосрочную перспективу заключаются сегодня в развитии демократии и гражданского общества, повышении конкурентоспособности национальной экономики.

Становление и развитие гражданского общества, неразрывно связанное с новыми политическими и экономическими условиями жизни страны, остается одной из основных задач на протяжении всего постсоветского периода истории России. Ее значимость обусловлена тем, что отсутствие стабильно функционирующей системы взаимодействия органов власти и общественных образований, неразвитость институтов гражданского общества способны негативно отразиться на процессе построения демократического правового государства.

Несмотря на то, что адвокатура не входит в систему органов государственной власти и местного самоуправления, задачи, возложенные на нее, имеют государственное значение и отражают публичный интерес общества. Представительство интересов граждан в конституционном, уголовном, административном и гражданском судопроизводстве направлено не только на удовлетворение интереса одного частного лица, но и на обеспечение принципа состязательности судебного процесса, достижение истины, охрану прав граждан и, тем самым, на создание демократического правового государства, провозглашенного Российской Конституцией, что не может быть принципиально важным не только для отдельных лиц, но и для общества в целом.

В тщательном соблюдении правовых норм, недопущения нарушения прав граждан всеми органами государственной власти и местного самоуправления, их должностными лицами, общественными организациями и иными лицами, в восстановлении нарушенного права и возмещении убытков, причиненных таким нарушением, заинтересованы не только отдельные граждане, право которых нарушено. В этом заинтересовано, прежде всего, само общество, а в конечном итоге и государство. Адвокаты призваны стоять на страже прав и законных интересов как отдельных граждан, так и всего общества. «Главная цель, ради которой создается адвокатура – защищать частных лиц в правовом споре с государством» пишет Г.М. Резник². К тому же, сегодня, как никогда очевидна необходимость развития правового самосознания российского общества, в первую очередь, представителей правоохранительных и судебных струк-

¹ См.: Военная доктрина Российской Федерации // Российская газета. – 2010. – № 27 (5106). – 10 февраля.

² Резник Г.М. Закон об адвокатуре как жертва конфликта интересов // Российская юстиция. – 1998. - № 3. – С. 34.

тур, требуя соблюдения ими самых высоких профессиональных этико-правовых стандартов и повышения уважения к конституционно-правовым ценностям. Анализируя данную проблему, полностью соглашаясь с мнением Г.М. Резника и П.Д. Баренбойма, отметим, что адвокатура, как институт гражданского общества учреждается не государством, а имеет конституционно-правовое значение¹. В этой связи становление и развитие данного института, особенно на начальных этапах, невозможно без поддержки государства.

С определенных позиций гражданское общество можно рассматривать и как комплекс частных лиц, классов, групп и институтов, взаимодействие которых регулируется правом, и оно прямо не зависит от самого государства. В демократической системе гражданское общество, главными несущими конструкциями которого являются социальная и духовная сферы, характеризуется сложной и многообразной структурой. В качестве важнейших его звеньев выступают практически все элементы социальной, профессиональной, демографической, национальной, культурной, духовной и других аспектов самоорганизации общества. По нашему мнению, адвокатура сегодня является одним из действительных гарантов защиты прав человека и гражданина в России, и если хотите, институтом обеспечения стабильности жизненных взглядов, их уверенности в завтрашнем дне и веру в стабильность и дееспособность самой сласти.

С учетом сказанного необходимо отметить, что равноправное, основанное на неукоснительном соблюдении закона взаимодействие органов государства и институтов гражданского общества является весомым вкладом в формирование общей системы национальной безопасности страны, поскольку сбалансированное функционирование институтов власти и представителей гражданского общества является элементов устойчивого функционирования самого государства. Подобное условие будет выполнено только в том случае, если само государство, определяя политику в сфере защиты прав граждан, будет уделять внимание не только обеспечению гарантий (статусных, материальных, социальных и т.д.) представителей правоохранительной системы (органы полиции, прокуратуры, следственного комитета), судей, но и иных, не менее важных институтов, которые на праве равенства должным образом выполняют свои обязанности.

*Гараев И.Г., кандидат юридических наук,
Институт экономики, управления и права*

Обеспечение прозрачности бюджетной деятельности как направление финансовой политики государства

В современных условиях финансовая деятельность государства и муниципальных образований, как деятельность по управлению общественными финансами, требует активного участия общества в процессе принятия управленческих решений в данной сфере. Несмотря на очевидную необходимость вмешательства общества в публичную финансовую деятельность на всех исторических этапах существования государственного механизма, пристальное внимание данному вопросу уделяется именно в последнее время. Общественная реакция на негативные процессы, происходящие в сфере публичной финансовой деятельности, в числе

¹ См.: Баренбойм П.Д., Резник Г.М. Адвокатура, как защитник гражданского общества // Адвокат. – 2004. - № 8; Вестник Адвокатской палаты г. Москвы, 2004, № 9 (11).

прочих стала детерминирующим фактором внесения изменений в направления проводимой государством бюджетной политики. Некачественный уровень оказания государственных и муниципальных услуг, недофинансирование ключевых направлений общественного развития, принятие нормативных PR-актов, обуславливающих возникновение бюджетных обязательств, нецелевое использование бюджетных средств, коррупция в сфере финансов – вот далеко не полный перечень проблем, побуждающих отрицательную общественную реакцию на проводимую государством финансовую политику. Попытки государства по искоренению обозначенных проблем, безусловно, должны сопровождаться участием общества в принятии решений, предполагающим общественное обсуждение проектов законодательных актов, а также общественный контроль за состоянием финансов.

Адекватная общественная оценка тех или иных направлений деятельности государства возможна в том случае, если имеется достоверная информация о состоянии финансов, об отдельных этапах финансовой деятельности. В данном аспекте ключевым инструментом достижения данной цели является реализация закрепленного в статье 36 БК РФ принципа гласности и открытости бюджетной деятельности.

Финансы, финансовые отношения, материальной основой которых является движение денежных средств, являются капиллярными сосудами, снабжающими государственный аппарат. В данном аспекте потоки денежных средств имеют количественные и даже качественные характеристики. В рамках аккумуляции финансовых ресурсов в централизованных и децентрализованных фондах денежных средств публично-правовых образований и последующего их распределения происходит кругооборот финансовых ресурсов, изучая которые с помощью учетных систем возможно считать информацию о состоянии развития тех или иных направлений публичной деятельности. Все эти каналы движения денежных средств должны быть прозрачными и открытыми.

Президент РФ в качестве одной цели бюджетной политики на 2013 год и среднесрочную перспективу обозначил необходимость обеспечения прозрачности и открытости бюджета и бюджетного процесса для общества. В частности было отмечено, что «социально-экономическая и бюджетная политика государства осуществляется в интересах общества. Успех ее реализации зависит не только от действий тех или иных государственных институтов, но и от того, в какой мере общество понимает эту политику, разделяет цели, механизмы и принципы ее реализации, доверяет ей»¹.

Достижение данной цели, помимо тех действий, которые должны совершаться исходя из содержания статьи 36 БК РФ, предполагает решение множества задач в рамках осуществления бюджетного процесса.

Во-первых, необходимо четко привязать бюджетные расходы с целями их использования. Обеспечить реализацию данной задачи позволит внедрение механизма программно-целевого бюджетного планирования. Правительством РФ отмечено, что программно-целевое бюджетное планирование исходит из необходимости направления бюджетных ресурсов на достижение общественно значимых и, как правило, количественно измеримых результатов деятельности администраторов бюджетных средств с одновременным мониторингом и контролем за достиже-

¹ Бюджетное послание Президента РФ Федеральному собранию от 28 июня 2012 г. «О бюджетной политике в 2013 - 2015 годах» // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС КонсультантПлюс.

нием намеченных целей и результатов, а также обеспечением качества внутриведомственных процедур бюджетного планирования и финансового менеджмента¹.

Во-вторых, необходимо разработать доступные критерии оценки достижения целей тех или иных государственных программ.

В-третьих, создать эффективный механизм контроля и учета за расходованием бюджетных средств, включая контроль со стороны общества.

В-четвертых, необходимо обеспечить доступность и достоверность информации для всех заинтересованных пользователей о бюджетной деятельности. Для решения данной задачи предполагается внедрить механизм электронного бюджета. Следует отметить, что сама идея «электронного бюджета» была озвучена Президентом РФ в Бюджетном послании Федеральному собранию от 29 июня 2011 г.² В целях решения данной задачи Правительству РФ было предписано утвердить Концепцию создания и развития интегрированной информационной системы управления общественными финансами (электронный бюджет). Данная Концепция была одобрена Распоряжением Правительства РФ от 20 июля 2011 г. № 1275-р³. Следует отметить, что данная Концепция носит рекомендательный характер, однако, несмотря на это, значимость ее заключается в определении основных принципов создания и развития системы «электронный бюджет», к числу которых отнесены:

- открытость информационных систем и интеграция имеющихся и вновь создаваемых информационных ресурсов различной архитектуры с возможностью дальнейшего их наращивания и развития;

- интерактивный доступ к информационным системам всех зарегистрированных пользователей вне зависимости от их территориальной удаленности от центров хранения и обработки данных при условии регламентации прав доступа к ресурсам информационных систем;

- исключение дублирования процедур сбора и обработки информации при соблюдении правил однократного ввода информации и обеспечение ее обработки в режиме реального времени средствами самих информационных систем;

- обеспечение удобства работы пользователей путем постоянного улучшения эргономических характеристик информационных систем и предоставления широкого набора интерфейсов;

- обеспечение бесперебойности и надежности функционирования информационных систем с организацией многоуровневой защиты информации и информационных каналов.

Необходимо отметить, что формирование единого информационного пространства и осуществление интеграции информационных потоков организаций сектора государственного управления и публично-правовых образований в сфере управления общественными финансами позволит не только эффективно и оперативно управлять финансовыми ресурсами, но также должно привести к экономии бюджетных средств за счет введения электронного документооборота.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 22 мая 2004 г. № 249 (ред. от 06 апреля 2011 г.) «О мерах по повышению результативности бюджетных расходов» // СЗ РФ. – 2004. - № 22. - Ст. 2180; 2011. - № 15. - Ст. 2131.

² Бюджетное послание Президента РФ Федеральному собранию от 29 июня 2011 г. «О бюджетной политике в 2012 - 2014 годах» // Парламентская газета. - № 32. – 2011.

³ Распоряжение Правительства РФ от 20 июля 2011 г. № 1275-р «О Концепции создания и развития государственной интегрированной информационной системы управления общественными финансами «Электронный бюджет» // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС КонсультантПлюс.

Таким образом, решение задачи обеспечения прозрачности и публичности информации о деятельности публично-правовых образований в сфере управления общественными финансами базируется на двух началах. С одной стороны государство обязано создать условия для возможности участия общества в управлении государственными финансовыми ресурсами через определенные правовые институты.

Отмеченное точно подтверждается словами профессора Э.Н. Берендтса, который в начале XX века написал: «Будучи неограниченною, верховная власть могла бы по своему усмотрению использовать все силы государственного союза ... для осуществления целей, ею намеченных, не считаясь не с какими интересами или правами членов государственного общения, и не соблюдая никаких точных, постоянных правил при собирании и расходовании необходимых ей хозяйственных средств.

Однако, такое использование неограниченных правомочий верховной власти привело бы неминуемо к истощению сил государства и его гибели. Так как члены государственного общения не безвольные и неодушевленные вещи, а люди, существа духовно-нравственные, обладающие волей, чувством и сознанием, то верховная власть может управлять ими мирно и прочно при условии упорядочения своего отношения к ним постоянными, обязательными правилами, правовыми нормами...»¹.

Поэтому первостепенное значение имеет эффективность правотворческой деятельности государства, направленной на создание нормативной основы управления общественными финансами, которые должно быть основано на принципе определенности правового регулирования. Даже поверхностный анализ финансового законодательства, позволяет найти пробелы в правовом регулировании бюджетного контроля, ответственности за нарушения бюджетного законодательства.

С другой стороны государство должно позаботиться о подготовке квалифицированных кадров в области экономики и финансов, о повышении финансовой грамотности граждан, поскольку эффективный общественный контроль за финансовой деятельностью государства возможен только при наличии знания и понимания сущности данной деятельности.

*Гарифуллина Г.Х.,
Институт права Башкирского государственного университета*

Об особенностях юридической ответственности за нарушение лесного законодательства

Начало двадцать первого века можно охарактеризовать усилением внимания ученых, в том числе правоведов, общественности, представителей власти к проблемам охраны окружающей среды. В отечественной эколого-правовой литературе названным вопросам уделяется, как правило, самое пристальное внимание. Вместе с тем в юридической литературе указывается на неравномерность научных

¹ Берендтс Э.Н. Русское финансовое право. – Санкт-Петербург: типолитография Санкт-Петербургской Одиной Тюрьмы, 1914. – С. 34.

эколого-правовых исследований, подчеркивается, что отдельные направления «выпадают» из поля зрения юристов-экологов¹.

Одной из таких проблем является правовая охрана лесного фонда, которая включает целый ряд вопросов, в том числе: 1) обоснование правотворческих решений в области разработки и принятия системы законодательных и иных нормативных правовых актов, регулирующих охрану и использование лесного фонда РФ; 2) предотвращение наиболее негативных последствий влияния загрязнения окружающей среды на сохранение качества лесов; 3) установление юридической (уголовно-правовой, административно-правовой и гражданско-правовой) ответственности за нарушения законодательства об охране и использовании лесов и определение достаточности запретов.

Основанием юридической ответственности за нарушение лесного законодательства, как известно, является правонарушение. К ответственности можно привлечь только за противоправное деяние (правонарушение), которое совершено с нарушением норм закона и иных нормативных правовых актов². В случае причинения правомерного ущерба (вреда) лесному хозяйству выплачиваются понесенные потери (например, при переводе (изъятии) участков лесного фонда первой группы для строительства магистральных нефтепроводов лесному хозяйству перечисляется плата за перевод (изъятие). Безусловно, что для природного объекта строительство нефтепровода является негативным фактором, но он правомерен, т. к. производится с соблюдением норм закона³).

Конкретные преступления и административные правонарушения предусмотрены Уголовным кодексом РФ⁴ и, соответственно, Кодексом РФ об административных правонарушениях⁵. Имущественная ответственность, как за нарушения прав собственника, так и за нарушения обязательств, устанавливается Гражданским кодексом РФ⁶ и иными специальными правовыми актами лесного законодательства.

Нарушением лесного законодательства, то есть лесонарушением, в юридической литературе принято считать противоправное виновное действие или бездействие, наносящее вред лесам как природному объекту, ущерб лесному хозяйству⁷ или нарушающее установленный порядок использования защиты, охраны и воспроизводства лесов⁸. Ответственность за нарушение лесного законодательства наступает при наличии состава конкретного правонарушения, то есть четырех его

¹ См.: Баскакова С. И., Шарова Г. Н. Проблемы охраны лесов от пожаров. //Экологическое право. - 2012. - № 2. - С. 21; Паламарчук Н. С. Неудовлетворительная охрана лесов от пожаров в субъектах Российской Федерации как одна из самых глобально-актуальных и злободневных проблем современности: причины, пути решения. //Проблемы в российском законодательстве. - 2012. - № 2. - С. 128; Пуряева А. Ю. Проблемы определения понятия «Лес» в законодательстве РФ. //Российский юридический журнал. - 2011. - № 5. - С. 179.

² См.: Осипов М. Ю. Юридическая ответственность: понятие и элементы. //Юридическая мысль. - 2010. - № 5. - С. 41.

³ См.: Филимонов Н. Аренда лесных участков (публично-правовой и частноправовой аспекты). //Юридический мир. - 2009. - № 4. - С. 66.

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 28 июля 2012 г.) //Собрание законодательства Российской Федерации. - 1996. - № 25. - Ст. 2954.

⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 10 июля 2012 г.) //Собрание законодательства Российской Федерации. - 2002. - № 1 (ч. 1). - Ст. 1.

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ (ред. от 27 июня 2012 г.) //Собрание законодательства Российской Федерации. - 1994. - № 32. - Ст. 3301.

⁷ См.: Потапова А. А. Экологическое право: конспект лекций. - Учеб. изд. - М.: Проспект, 2012. - С. 83.

⁸ См.: Экологическое право: учебник для бакалавров / С. А. Боголюбов, Д. Б. Горохов, Ю. Г. Жариков и др. ; под ред. С.А. Боголюбова. -3-е изд., перераб. и доп., учеб. - М.: Юрайт, 2011. - С. 322.

элементов: 1) противоправного поведения, результатом которого стали 2) вредные последствия; при этом должна присутствовать 3) прямая связь между действием (бездействием) и наступившим вредом; и, наконец, 4) вина правонарушителя.

К сожалению, требования, ограничения и запреты, установленные Лесным кодексом РФ, федеральными законами (например, «О карантине растений»¹) и конкретизирующими их подзаконными актами, не всегда в достаточной мере обеспечивают охрану таких компонентов окружающего мира как лесные насаждения. Законодательство об особо охраняемых природных территориях и объектах, регламентируя защиту более широкого - с экологической точки зрения - объекта (экосистемы, среда обитания) ограничено в плане защиты лесного фонда по критерию пространственному.

Например, Федеральный закон «Об особо охраняемых территориях»² распространяет свое действие лишь на объекты, перечисленные в ст.2 – а) государственные природные заповедники, в том числе биосферные; б) национальные парки; в) природные парки; г) государственные природные заказники; д) памятники природы; е) дендрологические парки и ботанические сады; ж) лечебно-оздоровительные местности и курорты.

Аналогична ситуация с предписаниями, установленными законодательством об охране исконной среды обитания народов, ведущих традиционный образ жизни (традиционное природопользование): здесь дополнительно вводится еще один ограничивающий критерий - по субъекту, а именно в соответствии со ст.1 Федерального закона «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации»³ охрана лесов осуществляется только на исконной среде обитания малочисленных народов. Общие акты экологического законодательства, в частности, Федеральный закон «Об охране окружающей среды»⁴, содержат достаточно абстрактные формулировки объектов правовой охраны, в основном устанавливая требования к хозяйственной деятельности, так ч.1 ст.77 данного закона устанавливает, что «юридические и физические лица, причинившие вред окружающей среде в результате ее загрязнения, истощения, порчи, уничтожения, нерационального использования природных ресурсов, деградации и разрушения естественных экологических систем, природных комплексов и природных ландшафтов и иного нарушения законодательства в области охраны окружающей среды, обязаны возместить его в полном объеме в соответствии с законодательством», что конкретно следует считать достаточным вредом окружающей среде для привлечения к ответственности.

Анализ признаков составов экологических преступлений и правонарушений, посягающих на компоненты лесного фонда, показывает, что для обозначения предмета посягательства и деяния используются разнообразные термины, соответственно, леса, лесные насаждения, деревья и т.п., рубка, уничтожение, повреждение, заготовка, сбор и т.д. В своей совокупности они охватывают все нуждающиеся-

¹ Федеральный закон от 15 июля 2000 г. № 99-ФЗ "О карантине растений" (ред. от 18 июля 2011 г.) //Собрание законодательства Российской Федерации. - 2000. - № 29. - Ст. 3008.

² Федеральный закон от 14 марта 1995 г. №33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» (ред. От 25 июня 2012 г.)//Собрание законодательства Российской Федерации.-1995.-№12.Ст.1024.

³ Федеральный закон от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ "О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации" (ред. от 5 апреля 2009 г.) //Собрание законодательства Российской Федерации. - 1999. - № 18. - Ст. 2208.

⁴ Федеральный закон от 10 января 2002 г. №7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (ред. от 25 июня 2012 г.)//Собрание законодательства Российской Федерации .-2002.-№2.-Ст.133.

ся в уголовно-правовой и административно-правовой охране компоненты лесного фонда и способы противоправного поведения.

Уголовный кодекс РФ и Кодекс об административных правонарушениях РФ суммарно содержат исчерпывающий перечень запретов и, на наш взгляд, не нуждаются в его расширении. При этом остаются насущными задача уточнения некоторых формулировок путем внесения редакционных изменений и необходимость разъяснения Пленумом Верховного Суда РФ отдельных признаков составов, в первую очередь, касающихся последствий посягательств в тех случаях, когда они обозначены как существенный, значительный вред или иные тяжкие последствия. Так, неплохо было бы включить во всех необходимых случаях и указание на учет вреда/последствий, причиняемых компонентам лесного фонда.

Особенностью нарушения законодательства об охране и использовании лесов является то, что они посягают на различные объекты: общественную безопасность, здоровье и нравственность населения, правопорядок, в том числе порядок деятельности по охране и использованию окружающей среды и природных ресурсов, порядок ведения лесохозяйственных, строительных и иных работ, обращения с отходами, опасными веществами и др. Соответствующие запреты установлены в различных главах УК РФ (24, 25, 26) и КоАП РФ (6, 7, 8, 9 и 10). В то же время, как нам кажется, их объединение в единый блок невозможно, поскольку при применении мер уголовной и административной ответственности возникают сложности разграничения смежных составов, квалификации противоправных деяний по совокупности, определения основных и дополнительных объектов посягательства.

Что касается административной ответственности юридических лиц за экологические правонарушения, в том числе за посягательства на лесной фонд как правовой институт, то можно сказать, что она еще не обладает достаточной стабильностью. В российской доктрине до сих пор не выработаны убедительные подходы к толкованию субъективной стороны (вины) юридического лица, отдельных признаков объективной стороны (действия или бездействия), а на практике правоохранительные органы, привлекающие виновных к административной ответственности в большинстве случаев ограничиваются наказанием должностных лиц соответствующих предприятий и организаций. Это в значительной мере снижает профилактический потенциал административной ответственности.

Таким образом, существует нуждающееся в устранении несоответствие между уровнем защиты компонентов лесного фонда специальным (экологическим, природоресурсным), уголовным, и административным законодательством, поскольку такое несоответствие создает трудности при квалификации деяний, выборе вида ответственности и меры наказания.

*Гафарова Г.Р., кандидат юридических наук,
Институт экономики, управления и права*

Государственное регулирование ценообразования: вопросы применения правового принуждения

В настоящее время уже доказана необходимость категории государственного принуждения в правовом регулировании общественных отношений. В научной доктрине в целом сложилось единообразие понимания государственного принуж-

дения через призму факторов его обусловленности, его конституционного закрепления. Сфера государственного регулирования ценообразования не исключение, поскольку сам факт регулирования процесса ценообразования государством говорит о том, что в сфере формирования, использования, изменения цен государственное принуждение имеет место быть. Кроме того, без государственного принуждения невозможно государственное регулирование всех процессов, происходящих в обществе. Особую значимость государственное принуждение приобретает в сфере регулирования экономических процессов в стране, поскольку именно государственное регулирование экономики нацелено на обеспечение жизнеспособности общества, стимулирование занятости, стабильность цен и национальной валюты, отсутствие дефицита государственного бюджета, экономическое развитие. Следовательно, необходимость государственного регулирования ценообразования также обуславливает необходимость применения государственного принуждения в данной сфере.

Причины, обуславливающие необходимость применения государственного принуждения в сфере ценообразования, на наш взгляд, следующие:

- 1) наличие правонарушений в сфере ценообразования и необходимостью поддержания так называемой ценовой дисциплины;
- 2) обеспечение государственным регулированием ценообразования общественных интересов;
- 3) преобладание императивного метода регулирования отношений в сфере установления, применения, изменения цен (необходимость государственного воздействия на рыночную экономику, конституционное закрепление).

Обобщая выводы ученых, можно заключить, что действующей правовой системе свойственны следующие основные виды государственного принуждения: а) меры пресечения (процессуального обеспечения); б) меры превентивные, предупредительные; в) меры правосстановительные (защиты субъективных прав и обязанностей); г) юридическая ответственность.

Это основные виды принуждения, в рамках которых реализуются возможные государственно-правовые способы обеспечения правопорядка: пресечение нарушений, предупреждение (профилактика) правонарушений и иных нежелательных последствий, восстановление нарушенных прав и интересов, наказание правонарушителей. Названные виды государственного принуждения и приспособлены к осуществлению этих государственно-властных способов воздействия на общественные отношения¹. Специалистами отмечается, что государство требует от субъектов права надлежащей реализации существующих правовых предписаний, а субъекты права, в свою очередь, обязаны следовать этим правовым предписаниям. Тем самым необходимо и возможно государственное принуждение, одной из форм которого является юридическая ответственность².

Нарушение норм действующего законодательства о ценовом регулировании, по общему правилу, является основанием применения государственного принуждения. Поскольку ценообразование есть процесс формирования цен на товары и услуги, правонарушение в указанной сфере будет представлять собой противоправное деяние направленное на несоблюдение норм действующего законодательства, регулирующего механизм формирования цен. Кроме того, нарушение требо-

¹ Серегина В.В. Государственное принуждение по советскому праву. – С.70.

² Шиндяпина М.Д. Стадии юридической ответственности. – М., 1998. – С.3.

вания законодательства относительно установления, изменения и применения цен, также является противоправным деянием, что позволяет определить понятие «правонарушение в сфере ценообразования» - это противоправное, виновное деяние право-дее-деликто-способного лица, нарушившего установленный законодателем порядок формирования, установления, изменения и применения цен.

Субъектом исследуемого правонарушения выступает прежде всего лицо, обладающее возможностью так или иначе воздействовать на процесс ценообразования, причем воздействие должно нарушить предписанное в законе правило. Кроме того, такое лицо, должно иметь возможность такого воздействия. По характеру интересов в сфере ценообразования выделяются частные субъекты и публичные субъекты. Субъектом рассматриваемого правонарушения, по нашему мнению, может выступать как юридическое лицо, так и физическое. Причем, с одной стороны, чтобы воздействовать на стоимость товара, работы, услуги нужно обладать этим товаром, выполнять соответствующую работу, оказывать услугу. К таким субъектам относятся самостоятельные товаропроизводители, хозяйствующие субъекты, предприниматели (в экономической литературе они названы предприятиями, фирмами).

С другой стороны, от имени юридического лица – самостоятельного товаропроизводителя (выполняющего работы, оказывающего услуги) выступают конкретные физические лица, выполняющие круг определенных должностных обязанностей. Полагаем, что для определения противоправности совершенного деяния хозяйствующего субъекта необходимо руководствоваться положениями гражданского законодательства. Объектом правонарушения в сфере ценообразования выступают общественные отношения, возникающие в процессе формирования стоимости, изменения и применения цен товаров, работ и услуг, на которые направлены противоправные действия. Объективная сторона правонарушения в сфере ценообразования состоит в противоправном, нарушающем законодательные основы регулирования цен, выраженном в форме активных действий (в т.ч. и бездействий) в процессе формирования, применения, изменения и использования цен, или бездействия. Таким образом, правонарушение в сфере ценообразования обладает общими признаками правонарушения такими как: общественная опасность, противоправность, виновность и наказуемость. Указанные правонарушения наносят ущерб общественным, государственным интересам и интересам частных субъектов – потребителей товаров, работ и услуг. Особенность причиненного вреда, вследствие противоправных деяний в сфере ценообразования заключается не только в измеримом для отдельных граждан материальном ущербе, но и в ущербе, причиненном государству в целом, поскольку от соблюдения ценовой дисциплины зависит доходность государственной казны, устойчивость национальной валюты, развитие и поддержание предпринимательства, финансирование государственных услуг. Анализ действующего законодательства о ценовом регулировании позволяет сформулировать вывод о финансово-правовой природе правонарушений в сфере ценообразования. Финансово-правовая природа правонарушений в сфере ценообразования состоит в том, что нарушения установленного порядка формирования, изменения, применения цен регулируется финансовым законодательством. Особенность причиненного вреда, вследствие противоправных деяний в сфере ценообразования заключается не только в измеримом для отдельных граждан материальном ущербе, но и в ущербе, причиненном государству в целом, поскольку от

соблюдения ценовой дисциплины зависит доходность государственной казны, устойчивость национальной валюты, развитие и поддержание предпринимательства, финансирование государственных услуг.

*Даваева К.К., кандидат юридических наук,
Калмыцкий государственный университет*

Региональный «Закон о Степи» должен быть принят в каждом степном субъекте Российской Федерации

О необходимости разработки и принятия ФЗ «О степи» в научных кругах обсуждение ведется юристами и экологами уже около десяти лет¹. Для успешного развития рационального степепользования в России необходима особая законодательная стратегия, которая должна быть прежде всего реализована в Федеральном законе «О степи»², но в предлагаемой статье речь пойдет о значимости именно регионального законодательства в сфере степепользования и охраны степей, так как федеральное правовое регулирование в данной сфере слабо осуществляется в течение длительного времени, хотя и положительные моменты встречаются. Так, 27 сентября 2012 года в здании ГНУ Калмыцкого научно-исследовательского института сельского хозяйства (КНИИСХ) (г. Элиста) прошла презентация инновационных проектов «Охрана степи как среды обитания народов Евразии». В мероприятии приняла участие депутат Государственной Думы РФ V и VI созывов М.А. Мукабенова. Законодательное закрепление вопросов охраны степи как среды обитания и природного ресурса с депутатом ГД РФ также обсуждали Президент Центра «Право Мира», руководитель авторского коллектива разработчиков Инновационного проекта «Законодательство о степи – основа жизни и деятельности народов Евразии», д.ю.н., профессор Российской академии правосудия при ВС РФ И.А. Умнова, заместитель Президента Центра «Право Мира» С.И. Веревкин, директор КНИИСХ, д.с/х.н., профессор А.Н. Арилов, один из разработчиков авторского коллектива законопроекта «О степи», автор данной статьи, к.ю.н. К.К. Даваева и др.

На этой встрече обсуждались вынесенные на рассмотрение в научных кругах проект ФЗ «О степи» (Степной кодекс), который призван установить общие принципы использования и охраны степи, и модельный закон субъекта Российской Федерации «О степи», который должен защищать конкретные степные территории и делать это с учетом потребностей и особенностей на местах.

В теории и нормотворческой практике вечно возникал и возникает вопрос о том, имеет ли субъект РФ право на опережающее правовое регулирование по предметам совместного ведения, в кои входит и степепользование. По мнению

¹ См.: Даваева К.К. Необходимость принятия Закона о степи в Российской Федерации назрела // Степи Северной Евразии. Материалы VI международного симпозиума и VII международной школы-семинара «Геоэкологические проблемы степных регионов» / Под научной редакцией члена-корреспондента РАН А.А. Чибилева. – Оренбург: ИПК «Газпромпечатать» ООО «Оренбурггазпромсервис», 2012. – С. 751-754; Конохова И.А., Даваева К.К. О проблемах правового регулирования использования и охраны степей в России // Степной бюллетень. Новосибирск. – 2006. – № 21-22. – С.56-59.; Бакирова Р.Т. Устранение пробелов и противоречий в законодательстве для сохранения степных экосистем (на уровне Российской Федерации и Оренбургской области) // Степной бюллетень. №32 лето 2011 // <http://savesteppe.org/ru/archives/6263>

² См.: Умнова (Конюхова) И.А., Даваева К.К. Формирование в России законодательства о степи – насущная необходимость в сложившихся экологических условиях // Экологическое право. – 2006. - № 1. – С. 29-33.

многих юристов, право на опережающее правовое регулирование занимает важное место в конституционно-правовом статусе субъекта РФ, конкретизируя совместную компетенцию и являясь одной из форм (принципов) ее реализации¹. Законы конкретных субъектов Федерации о степи призваны детализировать, то есть уточнять задачи и механизм по охране степи и контролю за рациональным использованием ресурсов степи, исходя из местных особенностей и потребностей.

С другой стороны, в условиях отсутствия федерального закона субъекты Федерации, как представляется, в рамках своих полномочий вполне могут сформировать региональный правовой механизм защиты степи как среды обитания². Эта возможность особенно возросла после предоставления субъектам Федерации целого комплекса природоохранных и административных полномочий. В частности, в соответствии с п.2 ст.26.3 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» № 184-ФЗ от 06.10.1999 г. (ред от 25.12.2012г.) к полномочиям органов государственной власти субъектов РФ по предметам совместного ведения относится создание и обеспечение охраны особо охраняемых природных территорий регионального значения; ведение Красной книги субъекта Российской Федерации (подпункт 8) и пр³.

При разработке и принятии как федерального, так и регионального законодательства должны учитываться особенности каждого субъекта – территориальные, экономические, экологические, природно-климатические, демографические и другие, однако, не приводя при этом к ограничению возможностей других субъектов Федерации⁴. Здесь крайне важно понять закономерности развития правового государства. Иными словами, существует очевидная потребность формирования каждым субъектом РФ собственной системы законодательства как части российского законодательства, но также имеющей свои специфические черты. Следовательно, в правовом регулировании общественных отношений на уровне российских регионов недопустимо игнорирование местной специфики. Так, в степном региональном законодательстве необходимо узаконить форму территориальной охраны биоразнообразия, ориентированную на особенности степных экосистем того или иного региона. По сути, она должна быть не столько природоохранной в традиционном понимании этого слова, сколько средосохраняющей и средовосстанавливающей.

При принятии законов субъектов Федерации о степи одной из основных задач является введение в правовой оборот ряда новых понятий, таких, как «степь», «степопользование», «субъекты степопользования», «пользователи степи», «охрана степи» и некоторые другие, что позволит уменьшить (либо вообще исключить) разрыв между научными разработками в области степопользования, охраны дан-

¹ См.: Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. 3-е изд., изм. и доп. М., 2003. – С. 331; Конюхова (Умнова) И.А. Современный российский федерализм и мировой опыт: Итоги становления и перспективы развития. – М., 2004. – С. 362 – 366; Чиркин В.Е. Конституционное право России: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2003. – С. 199.

² См.: Умнова (Конюхова) И.А., Алешкова И.А., Векшин А.А., Даваева К. К., Мазков Е.Ю., Петренко О.В., Сафонов Э.В. Законодательство о степи – основа жизни и деятельности народов Евразии. Инновационный проект. – М., 2008. – 62 с.

³ См.: Собрание законодательства РФ, 18.10.1999, N 42, ст. 5005

⁴ См.: Гребенюк В. П. Особенности совершенствования регионального законодательства (на примере Приволжского Федерального округа) // <http://azbook.net/book/288-volzhskie-zemli-v-istorii-i-kulture-rossii/6-osobennosti-sovershenstvovaniya-regionalnogo-zakonodatelstva-na-primere-privolzhsogo-federalnogo-okruga.html>

ного природного объекта и правотворческой и правоприменительной практикой на региональном уровне.

Отдельного внимания, на наш взгляд, заслуживает вопрос законодательного регулирования субъектами Российской Федерации ведения степного кадастра - информационного ресурса, позволяющего получить ответ о состоянии степных объектов в России и изменений, происходящих за последнее время.

Следующим важнейшим аспектом правового регулирования степи является введение такого понятия как участки степи субъекта РФ на территориях традиционного проживания местного населения и коренных малочисленных народов и этнических общностей субъекта РФ (ст. 19. Модельного закона субъекта РФ «О степи»¹). Под традиционным степепользованием следует понимать сложившиеся веками способы хозяйствования и существования степных народов, основанные на использовании и эксплуатации объектов степных экосистем (животного и растительного мира, земельных ресурсов), не приводящие к истощению и основанные на принципах разумности, целесообразности и учета обычаев жизни таких народов.

В заключении отметим, что, способствуя удовлетворению эстетических и нравственных потребностей человека в сохранении видового разнообразия, степные территории должны стать объектами законотворческой деятельности на федеральном и региональном уровнях. При разработке степного законодательства, регулирующего использование и охрану ресурсов данного природного объекта, важно обеспечить экосистемную функцию земельных, животных, растительных и подземных ресурсов степи как среды обитания всего живого.

*Ермолина М.А., кандидат юридических наук,
Санкт-Петербургский государственный университет,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Платит только «загрязнитель» (по материалам судебной практики)

В Декларации по окружающей среде и развитию, провозглашенной на Конференции в Рио-де-Жанейро в 1992 году, был закреплен принцип, согласно которому «... загрязнитель должен, в принципе, нести расходы, связанные с загрязнением, должным образом учитывая общественные интересы ...» (принцип 16). Буквальное толкование данной нормы позволило интерпретировать данную норму исходя из того, что, «в принципе», платит не столько загрязнитель, сколько пользователь природных ресурсов.

Сторонники подобного подхода исходят из того, что платежи за загрязнение представляют собой не иначе как плату «за право пользования ... потенциалом природной среды»². В литературе также встречается мнение, что негативное воздействие на окружающую среду возникает не столько по факту причинения вреда,

¹ См.: Умнова (Конюхова) И.А., Алешкова И.А., Векшин А.А., Даваева К. К., Мазков Е.Ю., Петренко О.В., Сафонов Э.В. Законодательство о степи – основа жизни и деятельности народов Евразии. Инновационный проект. – М., 2008. – С. 42-58.

² Москаленко А.П. Экономика природопользования и охраны окружающей среды. Москва: ИКЦ «МарТ», Ростов-н/Д: Издательский центр «МарТ», 2033. – С. 132.

сколько по «факту хозяйственной деятельности в целом»¹.

Действовавшим до 2002 года Законом РСФСР «Об охране окружающей природной среды» плата за загрязнение окружающей среды и другие виды негативного воздействия взималась за: выбросы (сбросы) загрязняющих веществ, размещение отходов и другие виды загрязнения «в пределах установленных лимитов» и за выбросы, сбросы загрязняющих веществ, размещение отходов и другие виды загрязнения «сверх установленных лимитов» (пункт 2 статьи 20).

Вместе с тем, очевидно, что «нормативного» (то есть урегулированного нормами права) загрязнения быть не может, если только речь не идет о действиях по загрязнению окружающей среды в состоянии крайней необходимости. Кроме того, согласно действующему законодательству, внесение платы за загрязнение окружающей среды не освобождает природопользователя от обязанности возместить вред окружающей среде, причиненный в результате административного или уголовного правонарушений.

С момента вступления в силу ФЗ от 10 января 2002 года № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» в судебной практике возникла неоднозначная позиция относительно взимания платы за хозяйственную и иную деятельность, оказывающую негативное воздействие на окружающую среду. Вместе с тем анализ недавних судебных решений позволяет сделать вывод о том, что суды постепенно приходят к единообразному толкованию федерального законодательства в данной сфере. Согласно ст.1 ФЗ «Об охране окружающей среды», под негативным воздействием на окружающую среду понимается воздействие хозяйственной и иной деятельности, последствия которой приводят к негативным изменениям качества окружающей среды.

Сложившаяся судебная практика, ввиду несовершенства законодательства, пока ограничивается разрешением вопросов относительно взимания платы за выбросы загрязняющих веществ в атмосферный воздух и сбросы загрязняющих стоков в систему городской канализации, а также взимания платы за негативное воздействие на окружающую среду вследствие размещения отходов производства и потребления. При этом возникает немало споров относительно толкования конструкции «хозяйственная и иная деятельность, оказывающая негативное воздействие на окружающую среду», в частности, при размещении отходов производства и потребления.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 14 мая 2009 года № 8-П признано незаконным освобождение конкретных организаций от платы за негативное воздействие на окружающую среду, поскольку, исходя из толкования положений Конституции РФ, ее внесение является обязательным для всех предприятий, на которых образуются отходы производства и потребления. КС, в частности, указал, что конституционно-правовую основу таких платежей составляет прежде всего статья 58 Конституции Российской Федерации в ее взаимосвязи со статьей 57 Конституции Российской Федерации, поскольку целью их установления ... является не столько фискальный интерес государства в наполнении казны, сколько сохранение природы и обеспечение экологической безопасности».

В то же время КС подчеркнул, что платежи за загрязнение окружающей среды «взимаются лишь с тех хозяйствующих субъектов, деятельность которых ре-

¹ Скобелева Л. А., Храмов Д. Ю., Гильманова Э. М. Экологический и технологический надзор (практика осуществления). – М.: Проспект, 2010. – С. 4–5.

ально связана с негативным воздействием на экологическую обстановку; они дифференцируются и индивидуализируются в зависимости от видов и степени воздействия, оказываемого в ходе этой деятельности на окружающую среду, экономических особенностей отдельных отраслей народного хозяйства, экологических факторов, объема загрязнения, а также затрат природопользователей на выполнение природоохранных мероприятий, которые засчитываются в счет платежей за загрязнение окружающей среды».

Неоднозначная трактовка выводов КС объясняется тем, что данное им толкование Конституции РФ, по сути, касается лишь разграничения платежей налогового и неналогового характера. Тем самым КС косвенно предоставил возможность интерпретации норм относительно хозяйственной и иной деятельности, оказывающей негативное воздействие на окружающую среду Высшему Арбитражному Суду РФ. Позиция, изложенная в постановлении Президиума ВАС РФ от 20 июля 2010 года № 4433/10 состоит в том, что обязанность субъекта по внесению платы за негативное воздействие на окружающую среду возникает лишь в том случае, если в результате хозяйственной и иной деятельности происходит такое воздействие на окружающую среду, которое подпадает под виды негативного воздействия, установленные Законом об охране окружающей среды. Именно ВАС РФ, как судебный орган, разрешающий споры экономического характера, впервые обратил особое внимание на то обстоятельство, что «деятельность по размещению отходов носит специализированный характер и должна осуществляться в специально оборудованных местах». Исходя из содержания данного судебного акта, предприятия, не осуществляющие лицензируемую деятельность, не относятся к природопользователям, обязанным вносить соответствующие платежи.

При доказывании факта такой деятельности суды исходят из системного толкования положений федерального законодательства об охране окружающей среды и законодательства об отходах производства и потребления, принимая во внимание возникшие правоотношения. Так, при заключении договора аренды источника (объекта) негативного воздействия плательщиком платы является лицо, фактически эксплуатирующее такой источник (объект) и тем самым оказывающее негативное воздействие на окружающую среду; обязанность по внесению платы не снимается в случае простоя, консервации и иного приостановления деятельности предприятия, но при условии негативного воздействия на окружающую среду. Если же хозяйственная или иная деятельность в действительности не оказывает воздействия на окружающую среду, судом может решаться вопрос о возврате излишне уплаченных средств¹. Данное обстоятельство подтверждает, что платит только «загрязнитель».

*Заморская Л.И., кандидат юридических наук,
Одесская юридическая академия*

Нормативность как специфический признак источников современного права

Деятельность субъектов правотворчества является необходимой основой институализации права, заключается в сознательно-волевом формировании соде-

¹ См., например: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05 апреля 2011 года N 15АП-2054/2011 по делу N А32-25126/2010.

ржания правовых предписаний и предоставлении им юридической силы, происходит в том случае, когда она выражена не в любой, а лишь в определенной форме. Такой формой является источники права - правовые акты.

Итак, если воля субъектов правотворчества является источником права, то источники права – правовые акты составляют форму, что придает этой воле юридически обязательной силы.

Правотворческая значимость источников права определяется тем, что они или создаются в процессе специальной правотворческой деятельности, или их практическое значение выражается в установлении норм права, созданных в особом порядке. В первом случае источники права в виде нормативно-правовых актов, договоров проходят особую процедуру разработки и принятия, наделяются при этом официальной юридической силой, производной от компетенции субъектов правотворчества. Правотворческая работа здесь осуществляется целенаправленно, особыми органами и в особом порядке. Показателем правотворческого характера источника права является также использование средств законодательной техники, обеспечивает разработку и формулирование норм права¹.

Нормативность источников права состоит в том, что их содержанием является система официально признанных и действующих в определенном государстве юридических норм. Этот признак источников права объясняет соотношение сущности содержания и формы права. Сущность источников права заключается в обусловленности их содержания социально-экономическими и политическими отношениями, детерминированными государственной волей.

Для признания нормативности каждого источника права необходимо минимум два признака: компетентность, т.е. издания акта по кругу вопросов, регулирование которых отнесено к ведению данного субъекта правотворчества; иерархическая связь с другими элементами структуры в системе источников права, что находит выражение в отсутствии противоречий его предписаний Конституции и другим источникам права, имеющие высшую юридическую силу.

Нормативность – как ключевой признак, является основанием для признания явления источником права. Нормативным потенциалом являются такие свойства источников права, которые соответствуют общей цели нормативного регулирования - упорядочению общественных отношений, внесению единообразия и стабильности в социальную жизнь путем установления общих правил². Нормативность проявляется в том, что акты: рассчитаны на неопределенный вид общественных отношений, то есть в них закрепляются типичные для большинства лиц правила поведения; действуют неопределенное количество раз, а реализация правил, содержащихся в них, в конкретных правоотношениях не останавливает их действие; распространяют свое действие на любых лиц, которые вступают или могут вступить в правоотношения на том основании, обладающие, как правило, общими признаками (студенты, государственные служащие и т.д.)³. По мнению В. Кошелёвой,

¹ Пархоменко Н.М. Джерела права: теоретико-методологічні засади: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. д.ю.н. – К., 2009. – С. 15

² Мазуров А.В. Указ Президента Российской Федерации как источник права: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – С. 22.

³ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – М., 2005. – С. 70.

нормативность означает степень обязательности и распространенности правовых актов на субъектов права на определенной территории¹.

Если правовой акт действует один раз и после этого останавливает свое действие, то он ненормативный. Весь период времени, пока он существует, он порождает одни и те же последствия, основывается на авторитете уполномоченных субъектов правотворчества и государственном принуждении. Нормативные акты - источники права необходимо отличать от ненормативных, индивидуальных, обращенных к конкретным субъектам (приговор суда, приказ директора).

Таким образом, в юридической науке принято выделять такие признаки нормативности источников права, как: неконкретность адресата, возможность неоднократного применения, сохранение действия предписания независимо от его выполнения.

Существуют особенности относительно нормативности правового обычая. Обычное право представлено в обычно-правовых нормах - правилах поведения, которые определяют права и обязанности участников отношений. Регулированию обычно-правовыми нормами подлежат типовые, стали отношения и поступки, а также поступки, постоянно повторяются. Однако регулирование обычно-правовых норм распространяется на те отношения, которые остались вне сферы действия законодательства. Поэтому понятие общности относительно правового обычая относительным. Правовой обычай - явление скорее локальное, присущее поведению граждан определенного населенного пункта. Продолжительность действия правового обычая также неопределенной².

Нормативность принципов заключается в их фиксации в праве и вступления в значение общих правил поведения, имеющих общеобязательный, государственно-властный характер³.

Сила прецедента происходит из того, что в его основе лежит общая норма: если для решения всех подобных вопросов уже создана общая норма, то она делает новую работу по созданию нормы лишней, потому эта новая норма будет несправедливой, поскольку она обманывает ожидания тех, кто надеется на одинаковое к себе применение общего правила. Наконец, общие нормы, изменяются и отрицаются каждый раз по каждой новой деле, подрывают престиж той власти, которая их создала⁴.

Особенность нормативности правовых прецедентов происходит из конкретности и индивидуальности вынесенного судом решения, а именно его части - *ratio decidendi*, которое приобретает характер правовой нормы только в случае ссылки на него нижестоящих судов в своих решениях и обязательности к применению всеми ниже судебными инстанциями.

Анализ конституций зарубежных стран свидетельствует, что случаи, когда в законодательстве государства в нормативном порядке закреплена система источников права путем фиксирования отдельных видов этих источников, случается очень редко.

¹ Кошелева В.В. Акты судебного толкования правовых норм: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1999. – С. 90.

² Правовой звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К. : Наук. думка, 2006. – С. 54.

³ Колодій А.М. Принципи права України – К. : Юрінком Інтер, 1998. – С. 54.

⁴ Магази́нер Я.М. Избранные труды по общей теории / Отв. ред.: А.К. Кравцов; Ассоциация Юридический Центр. – науч. изд. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2006. – С. 109.

Таким образом, нормативность является одним из главных признаков источников современного права, отсутствие которого исключает внешнюю форму выражения любого из них.

*Зарипова Г.Б.,
Институт права Башкирского государственного университета*

Аналитический обзор изменений и нововведений в ФЗ «Об отходах производства и потребления»

В связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об отходах производства и потребления» и статью 51 бюджетного кодекса Российской Федерации» 28 июля 2012 г. № 128-ФЗ¹ возникает необходимость пересмотра некоторых положений упомянутого закона об отходах. Абзац пятый статьи 5 звучит следующим образом: «осуществление государственного надзора в области обращения с отходами на объектах хозяйственной и иной деятельности, подлежащих федеральному государственному экологическому надзору, в соответствии с перечнем таких объектов, установленным уполномоченным федеральным органом исполнительной власти»². Ранее этот перечень устанавливался Правительством Российской Федерации. Если мы обратимся к статьям 12 и 32 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации» от 17.12.1997г. №2-ФКЗ, увидим, что Правительство РФ руководит работой федеральных министерств и иных федеральных органов исполнительной власти и контролирует их деятельность, координирует деятельность федеральных органов исполнительной власти, ведающих вопросами обороны, безопасности, внутренних дел, юстиции, иностранных дел, предотвращения чрезвычайных ситуаций и ликвидации последствий стихийных бедствий. Таким образом, можем выделить три группы федеральных органов исполнительной власти:

1) проводящие государственную политику и осуществляющие управление в установленной сфере деятельности, а также координирующие в случаях, установленных федеральными законами, указами Президента и постановлениями Правительства, деятельность в этой сфере иных федеральных органов исполнительной власти, действующие в качестве не только отраслевых, но и межотраслевых (координирующих) органов. В качестве органов отраслевого управления будут осуществлять весь комплекс управленческих функций в пределах своей сферы деятельности, то есть подведомственной отрасли государственного управления;

2) осуществляющие на коллегиальной основе межотраслевую координацию по вопросам, отнесенным к их ведению, а также функциональное регулирование в определенной сфере деятельности. Здесь наблюдается отличие компетенции, выражающейся в межотраслевой направленности, хотя в то же время эти органы осуществляют функциональное регулирование в какой-либо определенной сфере;

3) осуществляющие специальные (исполнительные, контрольные, разрешительные, регулирующие и проч.) функции в установленных сферах;

¹ «Российская газета». № 5845. 30.07.2012.

² ФЗ «Об отходах производства и потребления» от 24.06.1998 № 89-ФЗ. «Собрание законодательства РФ», № 26, 29.06.1998, ст. 3009.

Указ Президента Российской Федерации «О структуре федеральных органов исполнительной власти» от 21 мая 2012 года № 636¹ отражает особенности административно-правового статуса федеральных министерств и иных федеральных органов исполнительной власти. Утвержденная этим Указом структура закрепляет конкретные наименования всех федеральных органов исполнительной власти и существующую «иерархию»:

- федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, федеральные службы и федеральные агентства, подведомственные этим федеральным министерствам;

- федеральные министерства, руководство деятельностью которых осуществляет Правительство Российской Федерации, федеральные службы и федеральные агентства, подведомственные этим федеральным министерствам;

- федеральные службы и федеральные агентства, руководство деятельностью которых осуществляет Правительство Российской Федерации.

Исполнительная власть представляет собой совокупность полномочий по управлению государственными делами, включая полномочия подзакондательного регулирования (административного нормотворчества), полномочия внешнеполитического представительства, полномочия по осуществлению различного рода административного контроля, а также иногда и законодательные полномочия (в порядке делегированного или чрезвычайного законодательства), а также систему государственных органов, осуществляющих вышеперечисленные полномочия².

Принципиальное качество и назначение исполнительной власти выражаются в особом виде государственной деятельности, в правоприменительной ее сути. Причем в отличие от правоприменительной судебной власти (где исполнение требований закона осуществляется преимущественно в негативных случаях) для исполнительной власти характерно в основном правоприменение позитивного характера, то есть прямое исполнение требований законодательства в целях нормальной и эффективной работы находящихся под ее воздействием объектов экономики, политики, права, культуры и т.п. Исполнительная власть реализуется через деятельность специальных субъектов, наделенных исполнительной компетенцией. В государственно-властном механизме она представлена органами исполнительной власти. Через деятельность государственных органов - субъектов исполнительной власти, исполнительная власть приобретает динамические качества. Согласно ст. 77 Конституции Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов федерации образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации. Таковы четко определенные конституционные границы, необходимые для понимания субъектной характеристики исполнительной власти. Однако ст. 110 Конституции РФ сводит всю исполнительную власть исключительно к деятельности Правительства Российской Федерации, что вызывает определенные сомнения.

Что касается такого нововведения, как утилизационный сбор (статья 24.1. ФЗ «Об отходах производства и потребления»), нужно отметить неоднозначность и некоторую сложность данной тенденции. Проблематичность заключается в следующем. В широком смысле под утилизационным сбором понимают платеж за

¹ "Российская газета". № 114. 22.05.2012.

² Большой юридический словарь. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. – М.: ИНФРА-М, 2006. - С.283-284.

утилизацию товара, который может включаться в стоимость товара, взиматься отдельно или перед утилизацией в целях обеспечения экологической безопасности. В странах Евросоюза по официальным данным данный вид платежа уплачивается в момент покупки товара.

Утилизационный сбор предусматривает его включение в стоимость товара при его покупке и является своеобразной заменой высоких пошлин на импорт. Со вступлением России в ВТО автолюбители ожидали спада цен, однако прогнозы весьма неутешительные – ожидается рост цен на импортные и российские автомобили всех категорий. Но в то же время полученные нашим государством за ввезенные в страну автомобили средства пойдут на компенсацию затрат на утилизацию автомобиля после его вывода из эксплуатации, а также на защиту окружающей среды от вредных выбросов и прочего наносимого транспортом ущерба. Разберем «нынешнее положение» дел российских юридических лиц, для которых базовая стоимость определяется в пределах от 20 до 150 тысяч рублей с последующим умножением на различные коэффициенты (коэффициенты определяются в зависимости от массы, объема двигателя и его возраста), в то время, как в странах ЕС берут около 100 евро с одного автомобиля.

Таким образом, если мы решим утилизировать в России трехлетний 15-тонный грузовик, то по всем подсчетам и коэффициентам это нам обойдется гораздо дороже нового автомобиля этой же марки. Немного иначе обстоят дела в плане физических лиц, которые должны платить от 2 до 3 тысяч рублей в зависимости от возраста автомобиля. Здесь также специалисты отмечают обязанность уплачивать таможенный сбор, вдобавок к утилизационному. Остановимся на абзаце 5 пункта 6 статьи 24.1 закона об отходах, где обозначены случаи исключения уплаты утилизационного сбора в отношении некоторых транспортных средств. Это ввозимые в Россию с территорий государств – членов Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС и имеющие статус товаров Таможенного союза. В данном случае утилизационный сбор не уплачивается при соблюдении условий, определенных постановлением Правительства Российской Федерации от 30 августа 2012 г. № 870 «Об утилизационном сборе в отношении колесных транспортных средств»¹. Освобождение от уплаты возможно при соблюдении одного из условий:

- транспортное средство ввезено в Республику Беларусь или Республику Казахстан в соответствии с таможенной процедурой выпуска для внутреннего потребления с уплатой ввозных таможенных пошлин по ставкам, применяемым на территории Республики Беларусь и Республики Казахстан в соответствии с перечнем товаров и ставок, в отношении которых Республикой Беларусь и Республикой Казахстан применяются ставки ввозных таможенных пошлин, отличные от ставок Единого таможенного тарифа Таможенного союза, утвержденным Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 16 июля 2012г. № 55;

- организация – изготовитель колесных транспортных средств, зарегистрированная на территории Республики Беларусь или Республики Казахстан (далее – организация-изготовитель), включена в перечень организаций-изготовителей, зарегистрированных на территории Республики Беларусь или Республики Казахстан, которые не уплачивают утилизационный сбор, ведение которого осуществляет Министерство промышленности и торговли Российской Федерации.

¹ "Российская газета", N 200, 31.08.2012.

Здесь перед нами встает вопрос экологической значимости отказа от взимания сбора за автомобили, ввезенные с территории Таможенного союза, ведь и эти автомобили в той же мере придется уничтожать в будущем. В целом на сегодняшний день наблюдается рост цен на автомобили (на легковые – около 5 %, а на грузопассажирские и грузовые бортовые – около 18 %). Также ситуация осложняется для покупателей грузовиков большой тоннажности (к примеру, рефрижераторы). В данном случае снижение пошлин не сумело компенсировать новой надбавки и спрос на данный вид спецтехники всегда будет, так как иных отечественных аналогов нет. Что касается самой утилизации, изготовители автомобилей могут как принять, так и не принять на себя обязательство обеспечить в будущем безопасное обращение с машинами и отходами их деятельности. Рассмотрим проблематичность, связанную с организацией пунктов приема автомобилей, подлежащих утилизации: к моменту подачи заявления и прилагаемых к нему документов организация-изготовитель транспортных средств должна организовать пункты приема транспортных средств, утративших свои потребительские свойства. Соответствующие пункты должны быть организованы на территории каждого субъекта Российской Федерации, в каждом поселении, городском округе с численностью населения 500 000 человек и более. Для соответствия данному требованию у производителя должна быть обширная сеть пунктов приема (скажем, по количеству субъектов Российской Федерации – 83 пункта).

На сегодняшний день довольно сложно сказать, как данные нововведения отразятся на работе промышленности, связанной с выпуском автомобилей и последующим их оборотом и утилизацией. Следует полагать, что существует необходимость создания и развития утилизационной отрасли, охватывающей весь процесс с момента уплаты соответствующего сбора и до непосредственной переработки/утилизации. Введение данной отрасли также обеспечило бы новыми рабочими местами, что в дальнейшем в некоторой степени могло бы сократить уровень безработицы. Также целесообразно принять отдельный нормативный правовой акт, полностью регламентирующий основные направления утилизационной процедуры, содержащий весь механизм управления.

*Зубова Е.Г.,
Саратовская государственная юридическая академия*

**Нормативное основание помещения в специальные
учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства,
подлежащих административному выдворению за
пределы Российской Федерации**

Помещение в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы Российской Федерации, как и любая иная мера принуждения, применяется лишь при наличии ряда оснований, призванных гарантировать законность и обоснованность ограничения прав лиц, в отношении которых осуществляется производство по делу об административном правонарушении.

Выявление нормативного основания помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному

выдворению за пределы РФ предполагает анализ всего комплекса нормативных правовых актов, регулирующих указанный административно-правовой институт.

Изначально необходимо отметить, что конструирование национальных правовых норм в цивилизованном государстве всегда осуществляется на основе общепризнанных принципов и норм международного права, формирующих международные стандарты в области прав человека и гражданина. В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью правовой системы РФ. Такими основополагающими международно-правовыми актами, определяющими параметры помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы Российской Федерации, выступают: Устав ООН 1945 г.¹, п. 3 ст. 1 и ст. 55 которого определяют содействие всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод для всех, без различия расы, пола, языка и религии в качестве одной из обязанностей Организации Объединенных Наций; Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.², отражающая право каждого на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность (ст.3), содержащая запрет произвольного ареста, задержания или изгнания (ст.9) и определяющая, что при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе (п.2 ст.29); Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 г.)³, запрещающая в ст.33 высылку беженцев или их принудительное возвращение в страны из которых они прибыли, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений и некоторые другие акты.

Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ, в соответствии с ч.4 ст.15 Конституции РФ, имеют приоритет над национальным законодательством. Более того, в соответствии с международными стандартами базовые положения, затрагивающие основные права и свободы человека, воспроизведены на конституционном уровне. Так, ст.22 Конституции РФ закреплена допустимость ареста, заключения под стражу и содержания под стражей только по судебному решению, а, в соответствии с ч.1 ст.23, каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни.

Сущность правового государства, которым является и РФ, предполагает исключительную возможность ограничения конституционного права граждан на личную неприкосновенность и свободу передвижения лишь законодательным образом, т.е. посредством принятия актов законодательного характера (обладающих высшей юридической силой). Так, в соответствии с ч.3 ст.55 Конституции РФ, «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены ФЗ только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя,

¹ Ратифицирован СССР Указом Президиума ВС СССР от 20 августа 1945 г. // Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР. – 1938 – 1975. Т. 2. С. 237.

² Рос. газ. - 1998. – 10 дек.

³ БМД. - 1993. - № 9.

нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Несмотря на отнесение ст.72 Конституции РФ административного и административно-процессуального законодательства к совместному ведению РФ и субъектов РФ, исключительность правового регулирования мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях лишь на федеральном уровне обусловлена положениями п.4 ч.1 ст.1.3 РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ¹ (далее - КоАП РФ), делегировавшими порядок производства по делам об административных правонарушениях, а также установление мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях к компетенции РФ. В этой связи основное регулирование института помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы РФ осуществляется КоАП РФ, ст.27.19 которого закрепляет содержание рассматриваемой меры, а также общий порядок ее применения. Вместе с тем наряду с КоАП РФ имеет место ведомственная регламентация процессуальных вопросов применения исследуемой меры. Так, процедура реализации помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы Российской Федерации отражена в Инструкции об организации деятельности пограничных органов по административному выдворению за пределы РФ иностранных граждан или лиц без гражданства² и Приказом Федеральной службы судебных приставов от 2 мая 2012 г. № 232 «Об организации работы по исполнению постановлений судов о принудительном выдворении за пределы Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства»³, определяющими особенности порядка его применения отдельными органами административной юрисдикции.

На наш взгляд, подобное детальное ведомственное регулирование общественных отношений в сфере ограничения прав граждан идет вразрез с положениями ч.3 ст.55 Конституции РФ. Представляется, что основные элементы, составляющие правовую характеристику рассматриваемой меры должны быть отражены в федеральном законе, каким выступает КоАП РФ. Таким образом, нормативным основанием помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы РФ является комплекс норм, как международно-правового, так и национального характера, определяющих возможность и случаи применения данной меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях при наличии оговоренных в указанных нормах обстоятельств.

*Мазуренко А.П., доктор юридических наук, доцент,
Северо-Кавказский федеральный университет, филиал в г. Пятигорске*

Законодательная политика: общетеоретический аспект

Законотворчество выступает основной формой правотворчества в нашей

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2002. - № 1, ч. I, ст. 1.

² Утв. приказом ФСБ РФ от 23 декабря 2008 г. № 631 (далее - Инструкция) // Рос. газ. – 2009. - 20 фев.

³ Бюллетень Федеральной службы судебных приставов Министерства юстиции Рос. Федерации. – 2012. - № 7.

стране, направленной на создание принципиально новой национальной системы законодательства. В узком смысле под законодательством понимается совокупность законов, в широком – вся система нормативных правовых актов (включая подзаконные акты). В последние годы в научной литературе доминирует именно широкая трактовка. Термин «законотворчество», понимаемый как деятельность по созданию и изменению законодательства в широком смысле, совпадает (применительно к российским условиям) с термином «правотворчество». Вообще говоря, это разные понятия. Последний термин значительно шире, поскольку такая правотворческая деятельность как создание прецедентов или санкционирование обычаев, не может быть названа законотворческой.

М.Н. Марченко, например, справедливо обращает внимание на то, что законотворчество представляет разновидность правотворчества¹. Действительно, если закон является одним из видов, пусть основным видом, нормативных правовых актов, то создание законов, то есть законотворчество, выступает одним из видов правотворчества, в результате которого возникают, изменяются и прекращают свое действие законы. А поскольку к закону предъявляются более высокие юридические требования, – он регулирует более значимые общественные отношения, чем иные правовые акты и обладает высшей юридической силой, – ему не должны противоречить все другие нормативные правовые акты. Естественно, складывается положение, согласно которому законотворчество – самостоятельная, более сложная юридическая деятельность по созданию нормативных правовых актов, которая осуществляется в особой процессуальной процедуре, регламент которой определяется специальным законодательством².

В соответствии с действующей Конституции РФ (ст.76) и сложившимся конституционным порядком, закон является высшей формой закрепления результатов правотворческой деятельности и оформления политико-правовых решений. Только закон способен обеспечить эффективную реализацию государственной политики, ее преемственность, придать ей стратегический и долговременный характер. Именно законы, содержащие нормы общего характера, призваны составить фундамент правопорядка в российском обществе, регулировать наиболее значимые и важные общественные отношения в государстве.

В то же время, анализируя различные точки зрения, следует отметить, что ряд авторов вообще не выделяют законодательную политику как отдельное самостоятельное явление политико-правовой действительности. Например, В.В. Трофимов не дает понятия законодательной политики, а говорит о законодательной деятельности, по сути, как о форме реализации правотворческой политики³. Тем не менее, на наш взгляд, следует рассматривать политику в сфере законотворчества в качестве важнейшей разновидности правотворческой политики государства. Так, В.А. Рудковский справедливо полагает, что в системе правотворческой политики особое место занимает законодательная (законотворческая) политика, воплощающая стратегию и тактику деятельности государства и иных субъектов по-

¹ См.: Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 2 / Под ред. М.Н. Марченко. – М., 1998. – С. 156.

² Подробнее см.: Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. – М., 1996; Бобылев А.И. Теоретические проблемы правотворчества в Российской Федерации // Право и политика. – 2001. - №9.

³ См.: Трофимов В.В. Правотворческая политика в контексте многофакторного подхода // Правотворческая политика в современной России. Сборник научных трудов по материалам всероссийского круглого стола / Под общ. ред. А.В. Малько, Н.В. Исакова, А.П. Мазуренко. – Саратов-Мин.Воды, 2009. – С. 324.

литической системы в сфере законодательного регулирования общественных отношений¹. Аналогичной точки зрения придерживается Д.В. Березовский, понимающий под законодательной политикой совокупность целей, средств и способов деятельности субъектов законодательной власти, направленных на реализацию правотворческой функции государства, выраженной в форме обеспечения прав и свобод граждан, укрепления законности и правопорядка². По его мнению, такая политика государства включает в себя федеральную законодательную политику и законодательную политику субъектов Федерации.

Значение законодательной политики выходит далеко за рамки развития собственно законодательной системы. Определяя общую стратегию совершенствования законодательства, его основные цели, принципы, нормы, законодательная политика оказывает существенное воздействие на процессы правового воспитания и юридического образования в стране, правоприменительную и иную юридическую практику, создает необходимые нормативные предпосылки и условия для поступательного развития экономики, культуры и иных сфер общественной жизни. От направления законодательной политики, отмечал Л.И. Петражицкий, «в высокой степени зависит развитие типа «гражданина» как особого идеального характера, экономической деятельности, энергии и предприимчивости в народных массах и т.д.»³. Именно в таком широком социально-политическом и культурном контексте раскрываются подлинный смысл указанной политики, ее созидательный потенциал и конструктивные возможности.

По мнению В.А. Рудковского в числе базовых требований, предъявляемых к законодательной политике с точки зрения обеспечения ее социально-политической и правовой эффективности, следует выделить следующие: а) адекватность социально-экономическим, политическим, правовым и иным условиям и тенденциям развития конкретного общества (реалистичность); б) всесторонний учет интересов большинства граждан (легитимность); в) ориентация на базовые ценности общества, нравственная обоснованность принимаемых решений; г) комплексный характер, учет внутренних закономерностей функционирования права и его многосторонних связей с другими социальными явлениями; д) системность и последовательность; е) стабильность, предсказуемость, долгосрочный характер; ж) преемственность политического курса⁴.

Однако сегодня законодательная политика не отвечает перечисленным требованиям. Несовершенство юридической техники, низкая профессиональная квалификация разработчиков законопроектов, приоритет узковедомственных и частных интересов, нерегулируемый лоббизм нередко приводят к тому, что многие законопроекты готовятся, рассматриваются и принимаются в «хаотичном порядке» и сразу после своего вступления в силу требуют срочных изменений. В целях преодоления подобного рода явлений правовая политика призвана вырабатывать меры по совершенствованию процедуры подготовки, рассмотрения и принятия законопроектов⁵. Успешность этой деятельности, в свою очередь, зависит от эффек-

¹ См.: Рудковский В.А. Правовая политика и осуществление права / Под ред. Н.Н. Вопленко. – Волгоград, 2009. – С. 236.

² См.: Березовский Д.В. Становление и развитие законодательной политики субъектов Российской Федерации // Правовая политика и правовая жизнь. – 2005. - № 2. – С.126-127.

³ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С.133.

⁴ См.: Рудковский В.А. Правовая политика и осуществление права. – С.237-238.

⁵ См.: Минюк Н.В. Законотворчество как форма выражения правовой политики. – С.97.

тивности использования инструментов законодательной политики, как важнейшей разновидности правотворческой политики в сфере формирования позитивного права. Это подтверждается мыслью М.Ю. Спирина, который полагает, что законодательная политика, устанавливающая основные принципы, направления, задачи, которым должно соответствовать право, находит свое выражение в решениях по существу и в решениях технического порядка, закрепляется в специфической форме правил поведения, имеющих значение позитивного права¹.

Законодательная политика, по мнению Н.И. Матузова, безусловно, интегрируется в государственно-правовую политику России, основополагающая задача которой – построение правового государства². Такая политика, несомненно, должна соответствовать экономической и социальной политике, так как переводит на язык права потребности общественной жизни³.

В то же время в связи с появлением в обществе групп населения, каждая из которых оценивает реальность со своей собственной точки зрения, не так просто определить: какими должны быть социальные цели и средства их достижения; как этими группами будет воспринят закон или иной нормативный правовой акт. Практически любая попытка с помощью закона решить ту или иную социальную проблему представляет собой медаль, имеющую оборотную сторону⁴. Государство должно нести ответственность за проведение любого социального эксперимента и быть подконтрольно в осуществлении своей политики гражданскому обществу. Поэтому совершенствование механизма согласования воли государства и народа при формировании законодательных решений является, на наш взгляд, одной из важнейших задач законодательной политики.

*Маковецкая М.Г.,
Юридический институт Академии Генеральной прокуратуры РФ*

Понятие правовой дефиниции «пределы ограничений прав и свобод»

Ограничение прав и свобод – «очень тонкий инструмент, требующий тщательного и взвешенного подхода»⁵. Именно поэтому следует согласиться с мнением С.В. Пчелинцева, что проблема правового регулирования пределов ограничения прав и свобод является наиболее важной теоретической проблемой прав человека, нуждающейся в научном осмыслении в целях обеспечения баланса интересов личности, общества и государства на современном этапе развития России⁶.

Основной закон государства и как неотъемлемая его часть международные правовые акты, допуская возможности ограничения основных прав и свобод лич-

¹ См.: Спирин М.Ю. Основные факторы эффективности развития законодательной деятельности // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Серия «Юриспруденция». Выпуск тринадцатый. – Тольятти, 2001. – С.21.

² См.: Матузов Н.И. Правовая политика: сущность, концепция, реальность // Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М., 2003. – С.77.

³ См.: Социология права: Учебное пособие / Под ред. В.М. Сырых. – М., 2001. – С.137.

⁴ См.: Максимов С.В. Проблема мониторинга последствий законодательства в России: Информационно-аналитические материалы Государственной Думы. Аналитические вестники (АВ) // <http://www.duma.gov.ru>

⁵ Фадеев В. Ограничение прав и свобод личности. Конституционные гарантии и практика нормотворчества и правоприменения // <http://www.nmnbu.org/pub/0611/29m.html>.

⁶ Пчелинцев С.В. Проблемы ограничения прав и свобод граждан в условиях особых правовых режимов: монография. – М.: Норма, 2006. – С.7.

ности, лишь указывают на необходимость соблюдения меры, т.е. определенных пределов таких ограничений, однако не дают четкого и ясного определения данной правовой категории.

В энциклопедической литературе русского языка под словом «предел» понимается «начало или конец, кон, межа, грань, раздел, край, рубеж или граница, конец одного и начало другого, в смысле вещественном и духовном»¹. Таким образом, в данное слово издавна вкладывался двойственный смысл, т.е. грань, разделяющая что-то материальное или абстрактное. Очень похожая трактовка данному понятию приводится в толковом словаре русского языка С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой, где «предел – пространственная или временная граница чего-нибудь; то, что ограничивает собой что-нибудь» либо «последняя, крайняя грань, степень чего-нибудь»².

В правовой науке под «пределами ограничений прав и свобод» Л.Д. Воеводин и В.Н. Агеев предлагают понимать «совокупность сложившихся на основе существующих в обществе социальных ценностей критериев и ориентиров, очерчивающих границы пользования гражданами своими конституционными правами и свободами, а также осуществления в пределах Конституции и законов органами государственной власти и органами местного самоуправления принадлежащих им полномочий»³.

Приведенное определение, по мнению автора, имеет некоторые недостатки, однако их подход к определению пределов ограничений прав и свобод с двух сторон, т.е. со стороны установления пределов (границ) ограничений субъекта права при реализации им своих прав, а также установления пределов (границ) ограничений полномочий государства, не позволяющих органам государственной власти и местного самоуправления превышать установленные пределы ограничения прав человека, является правильным.

Иная трактовка пределам ограничения основных прав и свобод дана А.А. Смирновым, под которыми он предлагает понимать «допустимые границы уменьшения меры возможного поведения лица, определенной содержанием права или свободы, или пределы воздействия на благо, лежащее в основе права или свободы, и его носителей»⁴.

Изучая проблему свободы сторон трудового договора и пределы ее ограничения, Т.В. Русских предложила под правовыми пределами ограничения свободы понимать «определенные законом требования, которые необходимо соблюдать при установлении запретов, наложений обязанностей, ином ограничении свободы...»⁵.

Указанные определения рассматриваемой правовой дефиниции, на взгляд автора не являются полными и совершенными, поэтому, не оспаривая указанных

¹ Даль Владимир. Толковый словарь живого великорусского языка: Т. 1-4. – М.:Рус. яз., 1989.

² Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой // Большая энциклопедия Кирилла и Мефодия 2001: Мультимедиа-издание;

³ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России, - М., 1997. – С. 241; Агеев В.Н. К вопросу об основаниях, целях и пределах конституционного ограничения основных прав и свобод человека и гражданина // Актуальные проблемы экономики и права. – 2008. - № 3 (7) <http://www.ieml.ru/economproblem/2008/3/h1.html> (дата обращения 17.04.2011)

⁴ Смирнов А.А. Ограничение прав и свобод человека и гражданина при обеспечении обороны страны и безопасности государства: дис.... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С.155.

⁵ Русских Т.В. Свобода сторон трудового договора при его заключении изменении, расторжении и пределы ее ограничения: дис.... канд. юрид. наук. – Ижевск, 2011. – С.86

выше авторов на собственное мнение, под пределами ограничения прав и свобод автором предлагается понимать законодательно установленные нормы, регламентирующие определенные границы, в рамках которых субъекты права могут реализовывать свои права и свободы, а также границы, преступать которые государственным органам и органам местного самоуправления при осуществлении полномочий по ограничению прав и свобод человека, запрещено. Иными словами предел ограничений прав и свобод есть некая грань, разделяющая две разновидности взаимосвязанных действий разных субъектов права в сфере ограничений прав и свобод, приводящих к одному общему результату, т.е. в данном случае имеется ввиду, что в состав общего понятия пределы ограничений прав и свобод входят такие правовые категории как «пределы ограничения прав и свобод» и «пределы осуществления прав и свобод».

Несмотря на определенную схожесть данных правовых категории, они все же несут под собой разный смысловой контекст. Так, с одной стороны рассматриваемых пределов (границ) находятся субъекты предоставляемых и гарантируемых Конституцией и иными ФЗ прав и свобод, которые должны реализовывать свои права в определенных, установленных законом рамках (гранях). При этом указанные правовые нормы, устанавливающие рамки (границы) осуществления прав и свобод, как правило, закрепляются Основным законом государства или иным федеральным законодательством и, по своей сути, не столько ограничивают основные права, сколько определяют границы реализации прав, их нормативное содержание и круг правомочий субъектов, что позволяет говорить о закреплении их неотъемлемых пределов осуществления прав и свобод.

С другой стороны пределов ограничения прав и свобод находятся органы государственной власти и местного самоуправления, которые в определенных рамках (границах) реализуют установленные Конституцией РФ и действующим законодательством полномочия по определению и нормативно-правовому закреплению рамок возможных и допустимых ограничений прав и свобод. Осуществление данных полномочий органами государственной власти и местного самоуправления в целом подпадают под определение «пределы ограничения прав и свобод». Иными словами пределами осуществления права в целом определяются условия реализации права, не направленные на сужение его объема, в то время как пределы ограничения прав опосредуются определенным вмешательством в права и свободы, влекущем к неминуемому сужению размера этих прав и свобод.

Таким образом, проведенным исследованием установлено, что в настоящее время ни в действующем законодательстве, ни в правовой науке такая правовая дефиниция как «пределы ограничения прав и свобод» должным образом не сформирована, а «неопределенность правовой нормы приводит к ее произвольному истолкованию и применению, влекущему неограниченное усмотрение и произвол»¹.

В связи с изложенным, для решения вопроса о единообразном понимании содержания данных правовых институтов и его применении, видится целесообразным закрепить указанную категорию на нормативно-правовом уровне, поскольку пределы ограничений прав и свобод, как и понятие самих ограничений в правовом и демократическом государстве должны быть ясно сформированы и определены, что в свою очередь даст возможность эволюционировать законодательству в дан-

¹ Бондарь Н.С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным судом Российской Федерации. – М., 2005. – С.322.

ной сфере и будет способствовать всецелому совершенствованию механизма реализации таких ограничений.

*Максимова М.А.,
Институт права Башкирского государственного университета*

К вопросу о правовой природе «государственной услуги»

В современном мире мы наблюдаем тенденцию формирования нового общественного отношения к государству в целом как к сервисной компании, а к осуществлению функций государственной власти как его сервисным услугам. Согласно выработанному в теории права определению функции государства - это главные направления деятельности государства по решению основных задач, стоящих перед государством на том или ином этапе его развития, и представляют собой средство их реализации. Содержание каждой функции государства складывается из совокупности однородных аспектов государственной деятельности, исходя из специфики и характера тех общественных отношений, на которые они воздействуют. Отдельные авторы отождествляют указанные термины, используя выражения «исполнение государственных функций и предоставление государственных услуг» в равнозначных понятиях¹. К сожалению, в актах законодательства также отсутствует логика и последовательность в отношении применения и разграничения указанных выше понятий. Так, в Указе Президента РФ № 314 от 09.03.2004г. «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» выделены четыре вида функций и лишь одна из них - функция по оказанию государственных услуг. При этом, в качестве характеристик определяемой категории мы можем выделить: субъекта предоставления услуги, условия предоставления (возмездность или безвозмездность), пользователь услуги, сферы реализации услуги (в основном социальные). В принципе, подход в раскрытии термина через указанную выше совокупность элементов является правильным. Однако в целом в такой формулировке несколько настораживает само наименование термина – «функции по оказанию государственных услуг», которое, на наш взгляд, приводит к двусмысленному толкованию и смешению двух категорий - государственная услуга и государственная функция. ФЗ от 27.07.2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» в отличие от действующего и сегодня Указа Президента №314 определил, что «государственная услуга - деятельность по реализации функций... при осуществлении отдельных государственных полномочий, которая осуществляется по запросам заявителей в пределах установленных...полномочий органов, предоставляющих государственные услуги...». И если в Указе функции определялись через услугу, то здесь в новой норме услуга - через функцию. При этом, Постановление Правительства РФ от 16.05.2011 № 373 уже отдельно утверждает два различных Правила разработки и утверждения административных регламентов - в отношении исполнения государственных функций и в отношении предоставления государственных услуг.

На наш взгляд, существует теоретическая и практическая потребность в обособлении тех действий органов государственной власти, которые можно было

¹ См. напр.: Цирин А.М. Антикоррупционные инструменты и их применение в федеральных органах исполнительной власти // Журнал российского права. – 2009. - № 2. – С.15.

бы рассматривать как услуги. И эти действия имеют свои отличительные особенности от деятельности по исполнению функций государства, среди которых можно выделить следующие.

Во-первых, услуга есть результат исполнения функций государственных органов, посредством которых последние выполняют обязательства государства перед гражданами – обеспечивают реализацию их прав и обязанностей.

Во-вторых, государственные функции, в отличие от услуг, не имеют конкретных сроков и итогов исполнения.

В-третьих, функции государства исполняются в отношении неопределенного круга лиц (населения государства, элементов общества), в то время как услуга всегда имеет конечного адресата.

В-четвертых, представление государственных услуг, как правило, основано на личном интересе лица, который за ней обращается, функции же государства не зависят от потребностей конкретных субъектов.

В-пятых, государственная функция является неотделимым свойством органов государственной власти, которое присвоено им в соответствии с нормативным правовым актом. Соответственно продукты власти, которые прилучаются в результате выполнения государством своих функций невозможно в полной мере отнести к государственным (публичным) услугам.

Ряд публикаций был посвящен разработке понятийного аппарата государственной услуги. Так, А. Данилин под «государственной услугой понимает нормативно закрепленную услугу, оказываемую государственными органами гражданам, бизнесу или другим государственным органам»¹. Однако данное определение сути термина не раскрывает, а только перечисляет возможных получателей услуг. Л.К. Терещенко, наоборот, исходит не из характеристик получателей, а из субъекта предоставления, по его мнению – «это всегда государственные органы»².

А.В. Яцкин выделяет два подхода. Во-первых, с позиций экономики услуга – это благо, товар, который имеет свою цену, продавцом которого является государство. Второй подход заключается в понимании услуг государства с точки зрения управления как формы взаимодействия государства и внешнего окружения (население, бизнес)³.

Здесь необходимо согласиться А.В. Нестеровым, который определил, что к государственным услугам (услугам власти) можно отнести бесплатные услуги по закону, оказываемые уполномоченными по закону услугодателями, добровольно обратившимся заинтересованным лицам, в соответствии с регламентами и стандартами государственных услуг за счет использования ресурсов государства⁴.

Существующая же точка зрения, что государственная услуга ничем не отличается от частных услуг, в контексте понимания «услуги» в гражданском праве как «действия, совершенного в пользу другого лица», основана на неверном представлении о ее правовой природе. Государственные услуги предоставляются толь-

¹ Данилин А. Электронные государственные услуги и административные регламенты. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 35.

² Терещенко Л.К. Услуги: государственные, публичные, социальные // Журнал российского права. – 2004. - № 10. – С.16.

³ Яцкин А.В. Правовое регулирование (стандартизация) предоставления государственных услуг // Представительная власть-XXI век». – 2006. - № 6. – С.12-15.

⁴ Нестеров А.В. Понятие услуги государственной, общественной (социальной) и публичной // Государственная власть и местное самоуправление. – 2005. - №11. – С.17.

ко государственными органами и в рамках публичных отношений, для которых характерно отношения власти и подчинения, а не диспозитивность в отношении условий предоставления такой услуги. Потребитель здесь не может регулировать цену оказания услуги, она устанавливается законодательством. Кроме того, отличием является вынужденность получения государственной услуги, что не соответствует принципу свободы договора при предоставлении частной услуги.

*Наумова Е.В.,
Филиал Башкирского государственного Университета в г. Стерлитамак*

Роль Федеральной Налоговой службы РФ в регулировании института несостоятельности (банкротства)

Институт банкротства – один из важнейших институтов, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Один из наиболее активных и заинтересованных участников в делах о банкротстве организаций – это государство. Прежде всего, надо отметить, что большинство процедур по делам банкротства реализуется государственными органами, в частности Арбитражным судом. В решении ряда вопросов по этим делам может принимать участие прокурор, который вправе обратиться в Арбитражный суд с заявлением о возбуждении производства по делу о несостоятельности (ст. 7 Закона о банкротстве). Но функция обеспечения интересов государства в процессах финансового оздоровления и банкротства, прежде всего, возложена на налоговые органы.

Уполномоченным органом по требованиям Российской Федерации является Федеральная налоговая служба России (далее ФНС).

Территориальные органы ФНС России обращаются в арбитражные суды с заявлениями от имени ФНС России. В таком подходе изначально заложен конфликт интересов: с одной стороны, ФНС России заинтересована в сборе налогов, а с другой - должна голосовать за введение отсрочки в исполнении налоговой обязанности (например, за введение моратория при внешнем управлении). Функцию государства, как кредитора в процедурах, применяемых в деле о банкротстве, никак нельзя отнести к контрольно-надзорным функциям, закрепленным за ФНС России.

Скорее, это оказание публичных услуг или управление государственным имуществом, если рассматривать задолженность перед государством как имущество, подлежащее возврату в казну. Кроме того, в лице ФНС государство выступает только как кредитор, а не как макроэкономический регулятор, направленный на оздоровление экономики через банкротство. ФНС важно выполнить свою основную функцию – взыскать налоги. Именно поэтому в отсутствие специального органа, который занимался бы представлением интересов государства, фискальный орган призван изымать средства, то есть распродавать имущество¹.

Следовательно, необходимо предусмотреть в системе федеральных органов исполнительной власти в качестве уполномоченного специальный орган исполнительной власти, который должен быть подобен упраздненной Федеральной службе по финансовому оздоровлению и банкротству, но с прописанным в законе узким

¹ Российская Бизнес-газета: налоговое обозрение № 869 от 23.10.2012. - С.13.

спектром задач, в связи с предотвращением дублирования функций в государственном аппарате.

Данное решение вполне закономерно с позиции налогового администрирования. Сбор налогов можно представить как единый процесс, начинающийся декларированием и заканчивающийся либо зачислением налогов в бюджет, либо решением о списании задолженности.

Подход, заключающийся в разрыве этого процесса передачей прав кредитора от одного органа исполнительной власти другому в случае начала или окончания процедур банкротства, является достаточно дискуссионным, тем более что передача таких полномочий может осуществляться неоднократно, поскольку дело о банкротстве может прекращаться и возбуждаться вновь, а задолженность перед бюджетной системой оставаться непогашенной. В настоящее время Федеральная налоговая служба является крупнейшим кредитором должников, находящихся в процедурах, применяемых в деле о банкротстве.

На 1 октября 2012 года ФНС России представляет интересы Российской Федерации, как кредитора в делах о банкротстве более 24 тысяч должников¹ (дело № А37-461/10 о несостоятельности (банкротстве) возбуждено по заявлению налогового органа в отношении ЗАО «Дальстальсервис» - основанием для возбуждения дела явилась задолженность общества по обязательным платежам в бюджет и во внебюджетные фонды в размере 10 971 802,51 руб., дело № А37-1149/10 о несостоятельности (банкротстве) возбуждено по заявлению налогового органа в отношении МУП «Дельта» (Тенькинский район) – основание для возбуждения дела - задолженность по обязательным платежам в бюджет и во внебюджетные фонды в размере 413 379,74 руб. и др.).

Так же необходимо обратиться к судебной практике, где наглядно продемонстрировано, что в случае если ФНС России не удастся удовлетворить свои требования в процессе банкротства должника, она может попытаться взыскать убытки с арбитражного управляющего. Анализ таких дел позволяет выявить аргументы, которые с большей долей вероятности убедят суд удовлетворить требования ФНС России.

Так, основными направлениями деятельности ФНС России в рамках реализации функций уполномоченного органа института несостоятельности являются: подготовка и принятие решений о подаче (или при наличии определенных условий – отложении их подачи) в суд заявлений о признании должников банкротами и направление в арбитражный суд соответствующих заявлений; подготовка документов для представления в деле о банкротстве и процедурах банкротства требований об уплате обязательных платежей в бюджет и государственные внебюджетные фонды и требований Российской Федерации по денежным обязательствам; участие в подготовке документов о банкротстве и реализации соответствующих процессуальных прав при рассмотрении дел о несостоятельности (банкротстве) арбитражными судами.

¹ Российская Бизнес-газета: налоговое обозрение №869 (40). 23.10.2012. <http://www.nalog.ru/media>

Историко-правовой анализ становления института мирового суда в России

В литературе нет единства по поводу времени зарождения мирового суда. Наиболее распространенной точкой зрения в отечественной юридической литературе является та, согласно которой мировой суд возник в Англии в XIV веке, когда по решению Эдуарда III в 1328 г. в графствах был введен институт мировых судей, которые рассматривали незначительные уголовные и гражданские дела. Основная их задача - примирение сторон. Отсюда и их название - мировые судьи¹.

Однако среди английских историков права более распространенной является позиция, что мировые судьи появились несколько раньше - в XII веке и связаны, как и появление суда присяжных, с норманнским завоеванием и реформами Генриха II (1133-1189) Плантагенета.

Изначально «хранители мира» (отсюда в дальнейшем и появился термин «мировой судья») выполняли административные функции, имевшие к судопроизводству посредственное отношение. Так было в XII в.

В XIII в «хранители мира», «рыцари мира» стали приобретать и некоторые судебные полномочия. «Рыцари мира» получили право контроля над деятельностью шерифов, что было закреплено в Вестминстерском статуте 1327 г. Кроме того, именно в этом документе впервые указан термин «мировая юстиция»-Justice of the Peace².

Исследуя историю возникновения мировых судов, небезосновательно выделяют следующие модели института мировых судей:

1) классическая (английская) модель, согласно которой мировой суд выполняет административно-судебные функции, а состав формируется на полупрофессиональной основе;

2) французская модель, согласно которой мировой суд осуществляет судебные функции, а состав является полупрофессиональным;

3) смешанная (профессиональная) модель, согласно которой мировой суд выполняет не только судебные, но и административные функции, а состав формируется на профессиональной основе³.

Важно отметить, что в России сформировалась собственная специфическая модель возникновения мирового суда. Даже значение термина «мировой» приобрело иное, чем английское значение. Смысл термина «мировой» в России означает примирение сторон, стремление завершить спор миром (без судебного решения).

Если говорить о собственно мировом суде, как органе, рассматривающем споры, то данный институт пришел в Россию в ходе Судебной реформы 1864 г.

Важно отметить, что история развития мирового суда уходит корнями в XII в., когда создавались аналоги мировых судов, а именно учреждения в функции которых входило поддержание общественного порядка, суд и управление на местах

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1896. – Т.1. – С.300.

² Трофимова Н.Н. Мировая юстиция Центрально-промышленного района России в 1864-1889 гг.: генезис, региональные особенности судостроительства и деятельности: дис.... канд. юрид. наук. – Владимир, 2004. – С.41.

³ Лонская С.В. Мировой суд в России (1864-1917 гг.): историко-правовое исследование: дис... канд. юрид. наук. – Калининград, 1998. – С. 13, 23.

действовали в Новгороде и Пскове (местные суды княжеских людей и докладчиков, посадников и старост пригородских, сотских, губских старост и «сторонних людей»).

Отдельные элементы мирового суда в России можно обнаружить в первой половине XIV века, когда была сделана попытка узаконить новгородско-псковские традиции в условиях московской государственно-политической системы, когда общине в соответствии с Губной Белозерской грамотой (1539 г.) разрешалось создавать местные судебные органы, которые должны были вести борьбу с преступностью; во главе этих структур стояли губные старосты, которых, нередко, считают предшественниками мировых судей¹. Однако, несмотря на внешнее сходство с новгородскими прототипами и английскими мировыми судами, губные избы Московского государства были организованы на иной социально-экономической основе.

Действительно свободного среднего класса, который бы составлял опору местного управления и суда Новгорода, Пскова в Московской Руси почти не существовало. Это связано, прежде всего, со слабым развитием товарно-денежных отношений. Образовавшийся вакуум (т.е. отсутствие среднего класса) позволил государству, посредством своего бюрократического аппарата, не только осуществлять тотальный контроль над подданными, но и закабалить их. Только в силу этих причин губные избы не смогли существовать более продолжительный период в государственно-политической системе Московского государства.

Некоторые исследователи полагают, что аналогом мировых судей были «излюбленные люди», выполнявшие функции по отправлению правосудия в период царствования Ивана IV (Грозного) и т.д.² Так, принятый во время правления Ивана Грозного Судебник (1550 г.) предусматривал «избрание во всех городах и волостях старост и целовальников, или присяжных, чтобы они судили дела вместе с наместниками или с их тиунами, как дотоле было в одном Новгороде и Пскове; а сотские и пятидесятники, также избираемые общей доверенностью, должныствовали заниматься земскою неправою, дабы чиновники царские не могли действовать самовластно и народ не был безгласным»³. Также существует мнение, что генезис «местного» суда (как предшественника суда мирового) имел место на более раннем историческом этапе. В частности, в летописи Нестора начала XI в., упоминается о так называемых градских старейшинах, которые «летами, разумом и честию заслужив доверенность, могли быть судиями в делах народных»⁴. Однако, следует согласиться с позицией В.В. Гущина полагающего, что «сходство в органах, выполняющих одни и те же функции в разное время в разных государствах, найти можно практически всегда. Но, часто параллели оказываются весьма неудачными»⁵. Итак, мировой суд в России впервые был создан судебной реформой 20 ноября 1864 г. В его обязанности входил разбор маловажных преступлений и проступков, а также «охранение общественного порядка и спокойствия». Мировой

¹ Кононенко В.И. Мировой суд: опыт становления и развития (уголовно- процессуальный аспект): Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2003. – С.17.

² Задерако В.Г., Джелали Т.П., Фролов Ю.А. Мировые судьи в Российской Федерации. - Р-н/Д: Из-во РЮИ МВД РФ, 2003. – С. 7.

³ Карамзин Н.М. История государства российского. – М.: Издательство Эксмо-Пресс, 2002. – С. 626.

⁴ Карамзин Н.М. История государства Российского. – М.: Издательство Эксмо-Пресс, 2002. – С. 714 .

⁵ Гущев В.В. Сравнительно-правовое исследование мирового суда в России (история и современность): дис.... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2005. – С.14.

суд считался низшей юридической инстанцией в системе русского судопроизводства.

Если рассматривать историю развития мирового суда в России до 1917 г., можно выделить несколько этапов. Первый этап (XIII в. – начало 1860-х гг.) – период, в течение которого создавались аналоги мировых судов классического типа. Второй этап (1861-1874 гг.) – учреждение института мировых посредников. Третий этап (1864-1917 гг.) – учреждение мировых судов Судебными уставами 1864 г.

После Октября 1917 г. мировые суды были упразднены, однако влияние старых моделей ощущалось и в новых судах: местные народные суды в первые годы Советской власти повторяли как структуру, так и в основном компетенцию мировых судов.

*Оспанов Е. А.,
Уральский финансово-юридический институт*

Роль судебной практики в оценке правовой системы общества

В науке правовая система общества нередко определяется как «конкретно-историческая социальная реальность, находящаяся в сложных взаимосвязях и взаимодействии с другими частями данного общества: с определёнными экономическими отношениями, государством, моралью, культурой – всем комплексом социальных институтов и ценностей»¹. Она отражает закономерности исторического развития общества. Её основным, базовым элементом выступает право. Понятие правовой системы позволяет комплексно исследовать различные правовые явления, характеризует их взаимосвязи и уровень развития. Оценка правовой системы складывается на основе анализа всей совокупности факторов, определяющих правовые процессы и взаимосвязи в рамках общества.

Одним из элементов, позволяющих дать оценку правовой системы общества, является складывающаяся юридическая практика, включающая в себя юридическую деятельность и накапливаемый опыт в правовой сфере. Конечно же её формирование во многом обусловлено качеством самого права (в первую очередь позитивного, формируемого в государстве путём правотворческой деятельности). В неменьшей степени её характеризует и правоприменительная сфера, в частности, складывающаяся судебная практика.

При исследовании данного вопроса нужно учитывать и факт неоднородности правовых систем. Исходя из некоторой общности они объединяются в правовые семьи, которые имеют определённые схожие черты нормативного, функционального и идеологического характера. Одним из критериев является характеристика основных источников права. В странах англо-саксонской правовой семьи в качестве таковых выступают прецеденты. Иное значение имеют судебные решения в странах континентальной правовой семьи. Тем не менее, нельзя отрицать влияния судебных актов на право, его формирование и действие.

Интересной представляется позиция, высказанная А.В. Хованской. Она подчёркивает взаимосвязь судов, права и политики, прослеживая статическое и динамическое измерение прав. «В статической правовой системе источник норм всегда

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. – М., 2009. – С. 84.

лежит вне системы практических повседневных правоотношений. Её формально-правовая универсальность существует как монолитное единство.

В динамической системе источник норм часто лежит внутри, в обычном взаимодействии правовых акторов. Статическая система толкует «пустые углы» правовой сферы как позитивно нерегулируемые «пробелы в законодательстве». Что требует принятия очередных актов, которое может привести к «чрезмерности законодательства». В динамической же системе не существует пробелов. В ней закон может быть принят только в процессе реализации права (практика), а в статической законы принимаются как парадигматическое явление, а реализация наблюдается уже после принятия закона»¹. Немаловажная роль в динамических правовых системах отводится именно судебной практике. При этом, автором подчёркивается активность человека в правовой сфере, необходимость использования потенциала самоуправления общества. С данной позицией можно согласиться. Действительно, в процессе применения права судами выявляются несовершенства правового регулирования, судьи сталкиваются с «живыми» правоотношениями во всём их многообразии и разрешают возникающие споры и конфликты.

В то же время было высказано мнение, что «судебный прецедент не может быть полноценным источником права. Он не должен устанавливать первоначальные нормы, вносить дополнения и исправления в общие нормативные предписания. Его роль чисто служебная, вспомогательная – конкретизировать в процессе толкования юридические нормы с учётом данной обстановки в рамках применения права»². Таким образом подчёркивается необходимость существования позитивного права.

На наш взгляд, обе точки зрения являются обоснованными. Но их не нужно абсолютизировать. Необходимо учитывать, что правовые явления многофакторны, обусловлены различными социальными, политическими, экономическими и идеологическими условиями. Ведь право, закреплённое в официальных источниках, не может существовать без опоры на реально складывающиеся общественные отношения, без того, чтобы отражать их. В свою очередь последние не получают должной упорядоченности, стабильности, единства как минимум базовых, отправных начал в регулировании при отсутствии права. Поэтому и в динамических системах будет существовать необходимость закрепления определённого единства, складывающегося в процессе взаимодействия участников общественных отношений. Качественный уровень развития общества может выступать критерием рассмотрения судебной практики, её значения в рамках правовой системы. В обществе, которое можно охарактеризовать как гражданское, государство не будет выступать как «творец» права, единственный его источник. Активное участие в процессе правообразования будут принимать частные субъекты, различные социальные институты. И одним из средств выявления и согласования общественных и частных интересов будет являться судебная практика, в которой позитивное право будет находить основу для своего развития.

А при неспособности общества в силу его «незрелости», обусловленной историческим развитием на определённом этапе, осуществлять подобное самоуправление, основной акцент в правотворчестве будет смещён в область деятельности

¹ Хованская А.В. Суды в динамической правовой системе: потенциал самоуправления общества // Известия ВУЗов. Правоведение. – 2004. – № 1. – С.179 – 180.

² Алексеев С.С. Общая теория права. – М., 1983. Т. II. – С. 88.

государства. Если же государство слишком «рано» устраняется из отдельных сфер, оставляя их на саморегулирование «незрелого» общества, то вместо самоуправления мы получим произвол в общественных отношениях.

В последнем случае, судебную практику можно будет рассматривать как критерий эффективности работы правотворческих субъектов, их способности своевременно, полно и непротиворечиво урегулировать общественные отношения, исходя из потребностей общества.

*Пискунова Е.А.,
МГЮА им. О.Е. Кутафина*

Проблемы понятия «законодательный процесс» в Российской Федерации

Законодательный процесс – это явление государственной жизни, присущее любому демократическому обществу, живущему по установленным правилам. Продуктом законодательного процесса (далее - ЗП) являются нормы права, облеченные в форму закона, что отличает данный процесс от другого правотворческого, подчеркивает важность изучаемого явления в правовом государстве, фундаментальным признаком которого является верховенство закона. Отсутствие единого подхода к понятию ЗП в отечественной науке и отсутствие нормативно-закрепленного понятия, позволяет сделать вывод о многоплановости используемого понятия. В настоящее время в России сложилось несколько точек зрения на природу законодательного процесса.

Так, основной проблемой является множественность терминов, используемых при определении ЗП. Приведем самые распространенные варианты использования терминов: а) «ЗП» и «правотворческий процесс»; б) «ЗП» и «законотворческий процесс»; в) «ЗП» и «законопроектный процесс»; г) «ЗП» и «конструирование закона»; д) «ЗП» и «законодательная деятельность»; е) «ЗП» и «законодательная процедура».

При решении первой ситуации, следует полагать, что данные понятия соотносятся как часть и целое. По определению А.С. Пиголкина правотворческий процесс представляет собой «порядок осуществления юридически значимых действий по подготовке, принятию, опубликованию нормативного акта, которые процессуально оформлены, юридически опосредованы, носят официальный характер»¹. Важно согласиться с данным определением, при этом ЗП отличается от правотворческого видом нормативного акта – продукта процесса, которым в ЗП становится нормативный акт в форме закона. Круг продуктов правотворческого процесса при этом гораздо шире, помимо законов, к ним можно отнести подзаконные акты.

Использование понятий «ЗП» и «законотворческий процесс». Основными критериями разграничения в данном случае являются субъекты данной деятельности, стадия, начинающая данные процессы.

Так, Д.А. Ковачев полагает, что ЗП сводится к совокупности действий и отношений, которые реализуются в деятельности высшего представительного орга-

¹ Пиголкин А.С. Процессуальные формы правотворчества / Под редакцией П.Е. Недобайло, В.М. Горшенева. – М.: Юрид. лит., 1976. – С. 85.

на, обладающего исключительным правом осуществлять законодательную власть¹. В данном подходе присутствует государственно-властный субъект либо в исключительных случаях непосредственно народ, начальной стадией ЗП является разработка и внесение законопроекта уполномоченным субъектом, а первым формально-юридическим действием – использование права законодательной инициативы. Противники данной позиции склонны использовать понятие «законотворческий процесс». Они включают в законотворческий процесс работу по подготовке законопроекта, так Ю.А. Тихомиров, пишет, что «целью данного процесса является принятие закона, начиная от законодательной концепции до ее воплощения в конкретном законе или серии законов. Этот процесс весьма сложен, и едва можно всю его регламентацию связывать только с деятельностью высших органов власти»². В качестве вывода следует заметить, что понятие «законотворческий процесс» шире понятия «законодательный процесс».

Определенные затруднения вызывает также разграничения понятий «ЗП» и «законопроектный процесс». Существует позиция, что «если принять за основу определения наименования всех отношений, составляющих содержание деятельности всех участников ЗП, предмет их усилий, каким является проект закона до тех пор, пока он наконец не получит статус собственно закона, то есть приобретет юридическую силу и начнет действовать, то единственно правильным наименованием является термин «законопроектный процесс»³. Эта позиция построена на критерии разграничения рассматриваемых понятий по предмету деятельности. Данное убеждение является спорным. Соотношение понятий «ЗП» и «конструирование закона» опять же не является бесспорным. Так О.Н. Булаков использует данные термины как синонимичные⁴, однако их следует разграничить: понятие «конструирование закона» относится к теории государства и права, разделу юридической, законодательной техники, тогда как «ЗП» к науке конституционного права.

О терминах «ЗП» и «законодательная деятельность» важно вспомнить ввиду мнения о том, что наиболее широким понятием, включающим в себя деятельность всех возможных участников как законотворческого, так и ЗП, осуществляемую в особой процессуальной форме, направленную на достижение определенного результата - вступления в силу нового законодательного акта, является понятие «законодательная деятельность»⁵. Вариант употребления термина «ЗП» вместо термина «законодательная процедура». Устанавливая филологическое значение понятий «процесс» и «процедура», обратимся к словарям. Под «процессом» понимается ход, развитие какого-либо явления, а под «процедурой» - официальный порядок поведения⁶.

¹ Ковачев Д.А. Законодательный процесс в европейских социалистических государствах. – М., 1966. – С. 15 - 16.

² Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М., 1982. – С. 182.

³ Югов А.А., Игишев К.А. Некоторые аспекты теоретико-правового обоснования понятия «законопроектный процесс» // Конституционное и муниципальное право. – 2007. - № 3. – С. 9.

⁴ Булаков О.Н. Парламентское право в Российской Федерации. – Ростов-на-Дону, 2004. – С. 296-297.

⁵ Разбаш О.Н. Федеральные законотворческий и законодательный процессы в современном российском конституционализме: единство и эволюция принципов // Конституционное и муниципальное право. – 2009. - № 18. – С. 13 - 20.

⁶ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. – М., 1955. Т.IV. – С. 89; Ожегов С.И. Словарь русского языка. Изд. 18. – М., 1986. – С. 585.

Исходя из определений, легко выявить сходство, но заметно и отличие понятий в том, что, «процесс» относится к явлению в целом, то «процедура»- к поведению. Проекция сказанного на правовую область дает вывод о не тождественности процесса и процедуры в праве.

Исходя из вышеуказанного, автор предлагает отличать понятие «законодательный процесс» от всех приведенных в данной статье.

Таким образом, ЗП в РФ – это разновидность правотворческого процесса, представляющая собой совокупность стадий, закрепленных законодательством Российской Федерации, реализуемая законодательными органами РФ или гражданами, посредством референдума, направленная на принятие законов Российской Федерации.

*Пономарёв А.А.,
Московский государственный открытый университет
имени В.С. Черномырдина*

К вопросу о соотношении Декалога и Морального кодекса строителя коммунизма

В научной литературе существует представление о том, что советское право и общественное правосознание отличались расхождением с религиозными нормами, при котором последние не оказывали никакого влияния на процесс правотворчества и правоприменения¹. Однако в тот период существовали механизмы влияния религии на общественную мораль и право, что наглядно проявилось при составлении «Морального кодекса строителя коммунизма» (далее - МКСК), создание которого, по мнению одного из его разработчиков Ф.М. Бурлацкого, «было сознательным актом включения в коммунистическую идеологию религиозных элементов»². На это указывали также многие советские богословы и священники³. Попытаемся сопоставить особенности МКСК и Свода 10 библейских заповедей (Декалога, Десятисловия), выявить сходства и отличия между ними.

Во-первых, Декалог и МКСК схожи в том, что они оба являются «кодексами чести» или «моральными кодексами». В справочной литературе по этике понятие «моральный кодекс» трактуется как «свод нравственных норм, предписываемых к исполнению». Моральный кодекс составляется, как правило, определённым автором, однако он лишь отражает нравственные требования, которые до него уже стихийно выработало моральное сознание общества⁴. По своему содержанию оба документа содержат определённый каталог обязанностей, а не прав⁵. Однако при

¹ См., напр.: Клочков В.В. Социалистическое государство, право и религиозные организации. – М., Знание. 1984. – С.31; Рудинский Ф.М. Гарантии конституционной свободы совести и атеистическое воспитание // Наука прав человека и проблемы конституционного права (Труды разных лет). – М., Мир. 2006. – С.653.

² Бурлацкий Ф.М. «Судьба дала мне шанс» (беседа главного редактора журнала «Российский адвокат Р.А. Звягельского с известным политологом, учёным и писателем Ф.М. Бурлацким) // Российский адвокат. – 2007. - №5. – С.4.

³ См.: Попов Т. Нравственное богословие и его современные задачи // Журнал Московской Патриархии. – 1958. - №2. – С.73; Алексей I (патриарх). Речь на конференции советской общественности за разоружение (Москва. 1960) // Журнал Московской Патриархии. – 1960. - №3. – С.34.

⁴ Демичев А.А., Русакова Н.Г. Кодексы чести в истории государства и права // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2006. - №4. – С. 139.

⁵ Данилюк С. Современная концепция прав человека: не пора ли внести коррективы? // Обозреватель. – 2011. - №2. – С. 24.

сопоставлении особенностей этих обязанностей можно выявить как сходства, так и отличия.

Академик А.А. Гусейнов отмечает, что Декалог концентрирует внимание на внешних действиях человека, оставаясь равнодушным к тому, что можно обозначить как моральный образ мыслей¹. Это же можно сказать и о правилах МКСК². Однако Моисей учил не как философ, а как законодатель. Нравственные требования Декалога даны вместе с их религиозным обоснованием и юридическими следствиями. Обязательность этих требований гарантирована тем, что они являются одновременно суровыми юридическими законами³. Поэтому он точен и конкретен настолько, насколько это для него возможно. МКСК также не основан на философских идеях, но при этом он не касается сферы права (например, в нём нет запрета убийства). Поэтому он в отличие от Декалога характеризуется абстрактностью и расплывчатостью положений, которые не содержат ничего конкретного, кроме требования преданности по отношению к власти и её догмам⁴. Кроме того, Декалог задает радикальную этическую позицию и позволяет индивиду самостоятельно дедуцировать отсюда разные ситуативные правила. Иисус верит в разум человека, способного самостоятельно применять предельно общее, но логически ясное правило. Однако подобной веры в человека, его свободу и разумность нет в МКСК, поскольку в нём нет «золотого правила» нравственности. Поэтому его принципы преданности и любви к делу коммунизма, государству и странам социализма мало чем помогали человеку, которому необходимо было решить, как поступить в такой-то ситуации и что он должен делать⁵.

Во-вторых, Декалог и МКСК имеют во многом похожую структуру. Содержащийся в них каталог заповедей и обязанностей по своей направленности можно разделить на два раздела. Так, в структуре Декалога можно выделить заповеди, которые определяют отношение человека к Богу (заповеди 1-4) и заповеди, которые определяют отношение человека к обществу и иным людям (заповеди 5-10)⁶. Аналогично этому в структуре МКСК можно выделить обязанности, определяющие отношение человека к обществу (обязанности 1-4) и обязанности, определяющие взаимоотношения между людьми (обязанности 5-12)⁷. Таким образом, мы видим, что в первой части МКСК на место Бога поставлено общество и государство.

В-третьих, оба документа оказали влияние на формирование права и правосознания. Однако характер и степень этого влияния различны. Принятие МКСК способствовало отмене и изменению многих норм советского законодательства. Например, в области гражданского законодательства были осуществлены новации, направленные на недопустимость использования гражданских прав для получения нетрудовых доходов или для достижения иных безнравственных целей⁸. Если же говорить о влиянии Декалога на развитие права и правосознания, то нужно сказать, что оно носило более широкий характер, охватив всю последующую историю

¹ Гусейнов А.А., Апресян Р.Г. Этика: учебник. – М.: Гардарики. 2005. – С. 72.

² Ванцев Ю. «Моё главное этическое правило» // Вестник общественного мнения. – 2009. - №2. – С.110.

³ Гусейнов А.А., Апресян Р.Г. Там же.

⁴ Ванцев Ю. «Моё главное этическое правило» // Вестник общественного мнения. – 2009. - №2. – С. 110.

⁵ Там же.

⁶ Христианское учение о преступлении и наказании. Науч. ред. К.В. Харabet, А.А. Толкаченко. – М.: Норма. 2009. – С.45.

⁷ Гусейнов А. Принципы коммунистической морали // Политическое самообразование. – 1973. - №10. – С.90.

⁸ Дрейслер И.С. Советское право и моральный кодекс строителя коммунизма. – М.: Изд-во «Юридическая литература». 1964. – С. 39.

развития государства и права. По мнению А.А. Тер-Акопова, библейские заповеди являются «метаправом современных правовых систем». Так, христианство оказывает идейно-нравственное влияние на формирование и реализацию светских правовых норм. Происходит своеобразная имплементация религии в право, в результате чего мы пользуемся правом, по сути, прибегая к помощи христианства¹. По мнению А.А. Гусейнова, Десятиствие не только кладёт начало последующей этико-правовой мысли, но и постоянно питает его. В частности, именно оно сформулировало ряд запретов (например, на убийство и на ложь), без которых не мыслимо нравственно-правовое поле современного понятия справедливости².

Таким образом, МКСК способствовал включению ценностей религии в коммунистическую мораль, а через неё и в советское право, законодательство.

*Сафина С.Б., кандидат юридических наук, доцент,
Башкирская академия государственной службы и управления
при Президенте Республики Башкортостан*

Конституционные законы в Российской Федерации: проблемы определения

Категория конституционных законов до принятия Конституции РФ 1993 года была неизвестна отечественной правовой системе. В бывшем СССР не сложились понятия «конституционный закон», под ним иногда понимали Конституцию СССР и конституции союзных и автономных республик³, иногда – Основы законодательства СССР и союзных республик⁴.

Мировая практика показывает, что конституционные законы в разных странах выполняют разные функции. Где-то они вносят изменения и дополнения в конституции государств, где-то ими развиваются и дополняются нормы, содержащиеся в конституции. В российской практике тоже нет ясности по поводу определения конституционных законов. До сих пор в стране не принят ФЗ о нормативных правовых актах, в котором ясно был бы определен предмет регулирования федерального конституционного закона. В имеющихся на сегодняшний день проектах этого закона конституционный закон понимается как вид закона, принимаемого исключительно по вопросам, прямо указанным в Конституции Российской Федерации. Такое же понимание федерального конституционного закона содержится и в доктринальных источниках.

Принятие конституционных законов в России обусловлено невозможностью отразить небольшим объемом федеральной Конституции весь круг конституционных отношений, в том числе отношений власти, суверенитета и свободы личности, которые требуют более высокого уровня регулирования, чем просто ФЗ. Федеральные конституционные законы, по существу, продолжают и развивают Конституцию, персонифицируют субъектов властвования, учреждают государственные

¹ Тер-Акопов А., Толкаченко А. Библейские заповеди: христианство как метаправо современных правовых систем // Российская юстиция. – 2002. - №6. – С.62.

² Гусейнов А.А. Десятиствие Моисея: канон справедливости // Философия права Пятикнижия. Под ред. А.А. Гусейнова и Е.Б. Рашковского. / Сост. П.Д. Баренбойм. Сборник статей. – М.: Изд-во «ЛУМ». 2012. – С.69.

³ См. Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1987. – С.60.

⁴ См. Проблемы совершенствования советского законодательства. – М., 1977. – С.95-98.

органы и определяют их компетенцию и порядок деятельности, определяют пределы государственной власти и гарантии единства и целостности государства, стабильности ее субъектного состава.

В юридической литературе неоднократно подчеркивалось, что закрепленный в Конституции РФ перечень вопросов, по которым допустимо принятие федерального конституционного закона, является исчерпывающим. Однако принятие федерального конституционного закона от 9 ноября 2009г. № 4-ФКЗ «О Дисциплинарном судебном присутствии», не предусмотренного федеральной Конституцией, нарушило это правило и породило очередную правовую коллизию.

Федеральные конституционные законы обладают более высокой юридической силой по сравнению с другими законами и занимают место между Конституцией и обычными ФЗ¹. В отличие от обычного ФЗ конституционный закон принимается в обеих палатах Федерального Собрания квалифицированным большинством голосов и на него не распространяется вето Президента РФ.

В отличие от Российской Федерации, во многих республиках, начиная с 1996 года, (Адыгея (1998г.), Алтай (2008г.), Башкортостан (1996г.), Дагестан (1997г.), Ингушетия (1999г.), Кабардино-Балкария (2002г.), Карачаево-Черкессия (2002г.), Карелия (2012г.), Марий Эл (2008г.), Мордовия (2002г.), Северная Осетия – Алания (2002), Хакасия (2005г.)) уже приняты свои законы о нормативных правовых актах республики. В Татарстане принят закон о своде законов (1999г.), в Бурятии (1996г.) – о законопроектной деятельности, в Республике Саха (Якутия) (2003г.) – о правовых актах органов государственной власти республики.

Многие республики ввели понятие конституционного закона и довольно активно этот закон применяют. Конституционный закон предусмотрен в системе законодательных актов следующих республик: Алтай, Ингушетия, Карачаево-Черкессия, Саха (Якутия), Северная Осетия - Алания, Хакасия. Причем, если эти республики закрепили существование конституционного закона в своих законах о нормативных правовых актах, то такие республики как Адыгея, Тыва, Чеченская Республика и Хакасия предусматривают конституционные законы в своих конституциях.

Каждая республика, в которой предусмотрен конституционный закон, определяет его по-своему. Исходя из законодательства республик, конституционный закон может быть принят: 1) по наиболее важным вопросам жизнедеятельности государства и в случаях, прямо предусмотренных конституцией республики (Ингушетия); 2) для регулирования общественных отношений в сфере конституционного устройства республики (Северная Осетия – Алания); 3) по вопросам, предусмотренным конституцией республики (Саха (Якутия), Тыва); 4) для внесения изменений и дополнений в конституцию республики (Адыгея, Карачаево-Черкессия, Саха (Якутия), Тыва, Хакасия). Наиболее исчерпывающим образом статус конституционного закона закреплен в Законе Республики Алтай от 5 марта 2008г. № 18-РЗ «О нормативных правовых актах Республики Алтай»², статья 7 которого устанавливает, что конституционный закон Республики Алтай – нормативный правовой акт, принятый Государственным Собранием – Эл Курултай Республики Алтай или непосредственно населением на референдуме Республики Алтай, издаваемый

¹ Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.В.Лазарева. – М., 1997. – С.489.

² Сборник законодательства Республики Алтай.2008. № 47(53). – С. 51

по вопросам ведения Республики Алтай, прямо определенным в Конституции Республики Алтай. Это вопросы: 1) о внесении поправок в Конституцию республики Алтай; 2) о Государственном Собрании – Эл Курултай Республики Алтай; 3) о Правительстве Республики Алтай; 4) о Конституционном суде Республики Алтай; 5) о флаге, гербе и гимне Республики Алтай.

Процедура принятия республиканских конституционных законов во всех республиках практически одинаковая – конституционный закон принимается квалифицированным большинством (не менее двух третей) голосов депутатов парламента. Правда в отличие от федерального конституционного закона, на который не распространяется вето Президента РФ, в некоторых республиках республиканский конституционный закон может быть отклонен главой республики (вето преодолимо). Юридическая сила республиканского конституционного закона выше, чем юридическая сила обычного закона республики, что некоторые республики прямо и устанавливают в своем законодательстве (Ингушетия, Саха (Якутия)).

Таким образом, совершенно очевидно, что категория конституционного закона в Российской Федерации четко не определена, противоречива, не согласована. Признаки конституционного закона на федеральном уровне и уровне республики не совпадают. Как уже было видно, и на федеральном уровне, и на уровне республики четко не определен предмет регулирования конституционным законом, есть различия в процедуре принятия этого закона. Причиной этой несогласованности является отсутствие нормативного определения видов и форм правовых актов, регулирования подготовки, принятия и действия законодательства в Российской Федерации. Думается, что принятие ФЗ о нормативных правовых актах в Российской Федерации принесло бы большую пользу в деле унификации и систематизации законодательства.

*Словская И.Е., кандидат юридических наук, доцент,
Одесская юридическая академия*

Процедура формирования и деятельности комитетов (комиссий) парламентов зарубежных стран

Возрастание роли комитетов (комиссий) легислатуры на современном этапе развития общества вытекает из тех важных задач, которые поставлены историческим процессом становления демократического, правового государства. Исследование организации и деятельности рабочих органов парламента дает ясный ответ на вопрос о том, в каком направлении будет идти их дальнейшее развитие.

Комитеты (комиссии) состоят из депутатов, избранных на основе принципа пропорционального представительства депутатских объединений, учитывая их профессиональные знания и опыт практической работы. Как правило, комплектование состава происходит в соответствии с партийным структурированием парламента (палаты) и с учетом численности фракций и групп, их соотношения в законодательном органе государственной власти. То есть, персональный состав комитетов (комиссий) является адекватным партийно-политическому составу самого парламента. «С определенными оговорками можно отметить, что комитет (комиссия) в миниатюре должен отображать парламент или его палаты».

Именно это обстоятельство обусловило возможность предоставления парламенту Италии (ст. 72 Конституции 1947 г.), постоянным комиссиям Палат Генеральных кортесов Испании (ст. 75 Конституции 1978 г.) права принимать законы, кроме конституционных, избирательных, и тех нормативных актов, которое устанавливают и выполняют бюджет, ратифицируют международные соглашения¹. Кроме того, комитеты (комиссии) имеют право вызывать на свои совещания должностных лиц (в Индии кроме министров, в Бразилии министр обязан явиться только по требованию следственного комитета и решению большинства членов палаты), запрашивать необходимые для работы материалы и документы, подавать законопроекты на рассмотрение парламента в качестве субъектов законодательной инициативы (Словакия, Швейцария, Латвия, Эстония, Грузия, Венгрия)². Упомянутые возможности направлены на реализацию властных полномочий легислатуры, которые осуществляются в пределах правовых и организационных форм ее деятельности³.

Комитеты (комиссии) возглавляют избранные парламентом или палатой единоначальные председатели, иногда для руководства создают коллегии – бюро, президиумы, правления – из числа наиболее авторитетных и известных депутатов, которые, принимая решение по вопросам компетенции парламента, фактически руководят деятельностью всего законодательного органа. Руководящие органы назначаются внутренним правовым актом парламента (палаты) на основании представления парламентарских объединений⁴ или непосредственно членов комитета, или комиссии⁵.

Законодательство отдельных государств с передовыми парламентарскими традициями предписывает особые способы формирования руководящих органов комитетов (комиссий). Например, в странах общего права председатели комитетов назначаются спикером; в Конгрессе США применяется принцип старшинства, в соответствии с которым председателем комитета становится конгрессмен или сенатор с наиболее долгим сроком пребывания в палате. Интересной является практика назначения представителей парламентарской оппозиции председателями некоторых комитетов (комиссий). Таким образом, структуризация парламента обеспечивает представление интересов и той части избирателей, которая делегировала меньшинство легислатуры. Председатели комитетов, которые часто занимают должность лидеров парламентарских фракций, принимают важнейшие решения по вопросам компетенции всего законодательного органа и фактически руководят его деятельностью. Основной формой работы комитетов (комиссий) являются их заседания, которые проводятся по необходимости, но не реже одного раза в месяц⁶.

¹ Червонюк В.И. Законодательная власть в зарубежных странах: учеб. пособие в 2-х ч. – М.: Московский ун-т МВД России, 2009. – Ч. 1. Организация законодательной власти. – С. 68.

² Там же. – С. 70.

³ Кутафин О.Е. Постоянные комиссии Верховного Совета СССР. – М.: Юрид. лит., 1971. – С. 28; Фрицкий Ю. О. Державна влада в Україні: становлення, організація, функціонування: Монограф. – Д.: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2006. – С. 253.

⁴ Голубок С.А. Конституционное право России: Учеб. пособие. – М.: РИОР, 2008. – С. 136.

⁵ Кочнева А.А. Конституционно-правовой статус парламента Канады: проблемы теории и практики: дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 155; Якубова С.Н. Конституционно-правовой статус Маджлиси Оли (парламента) Республики Таджикистан: дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 188.

⁶ Катков Д. Б., Корчиго Е. В. Конституционное право России: Учебное пособие / Отв. ред. Ю. А. Веденеев. – М.: Юриспруденция, 1999. – С. 148.

В последние годы значительно возросла роль подкомитетов, которые формируются в составе почти каждого комитета и все чаще перебирают на себя бывшие их функции. Объясняется это как перегруженностью самих комитетов, так и потребностями более специализированного обсуждения и рассмотрения законопроектов. Подкомитеты по направленным им правовым актам принимают решения: а) оставляют их без рассмотрения, б) проводят слушания, в) утверждают проекты, иногда с внесением поправок, г) подготавливают альтернативные законопроекты, д) делают негативные выводы. О результатах выполненной работы подкомитеты докладывают своим комитетам, которые принимают окончательное решение (части 2-3 ст. 21 Регламента Государственной Думы Федерального Собрания РФ¹). К палатам или парламенту, в общем, подкомитеты, не имеют права обращаться².

Очевидно, что комитеты (комиссии) смоделированы согласно общепризнанным канонам практики деятельности законодательного учреждения с учетом национальных особенностей парламентаризма. Разработка отечественной модели функционирования комитетов и комиссий, которая бы отвечала лучшим примерам подобных структур парламентов зарубежных стран, требует последующих теоретических исследований и трансформации наиболее оптимальных для национального опыта вариантов в практическую плоскость.

На наш взгляд, приемлимой для подражания является практика нормативной регламентации назначения главами отдельных комитетов (комиссий) представителей парламентской оппозиции как действенной формы гарантирования их правового статуса. Не менее подходящим к адаптации считаем пример функционирования на посту главы комитета (комиссии) депутата с наиболее длительным по сравнению с остальными членами сроком пребывания в парламенте и, соответственно, серьезным опытом практической парламентской работы.

Дальнейшее реформирование конституционно-правового статуса законодательного органа государственной власти, его внутренних институций должно способствовать эффективной реализации конституционной реформы. Следовательно, их участие в государственно-правовых отношениях становится более активным. Правомочия и обязанности исследуемых органов можно охарактеризовать как не номинальные, а реальные только на основании соответствия процедуры их формирования и деятельности нормативным стандартам мирового парламентаризма.

Сова В.В., кандидат юридических наук

Перспектива монархии как формы правления в России

Прошло уже почти сто лет с Октябрьской революции 1917 года, став судьбоносным рубежом в истории формы правления в России. Результатом Октябрьской революции 1917 года и последовавшей после этого гражданской войны стал крах монархии, как формы правления, расстрел в июле 1918 года императорской семьи в Екатеринбурге, и постепенного уничтожения сторонников монархической формы правления и правившего до революции императорского дома. С тех пор, рос-

¹ О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Постановление Государственной Думы Федерального Собрания от 22.01.1998 г. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law/review/lawmaking/reglduma/>

² Лафитский В. И. Конгресс США // Парламенты мира: Сборник / Сов.-амер. фонд «Культ. инициатива». – М.: Высшая школа. Интерпракс, 1991. – С. 319.

сийским законодательством, в том числе и пунктом 1 статьи 1 Конституции Российской Федерации, принятой на всенародном голосовании 12 декабря 1993 года, устанавливалась республиканская форма правления. Изжила ли себя монархия в современном мире?

С одной стороны, в наши дни практически не осталось государств, в которых в качестве института государства все еще сохраняется монархия. В качестве формы правления монархия сохранилась¹: в Европе - Великобритания, Бельгия, Голландия, Дания, Испания, Люксембург, Норвегия, Швеция, Монако, Лихтенштейн, Андорра; в Азии - Бахрейн, Бутан, Бруней, Катар, Кувейт, Иордания, ОАЭ, Саудовская Аравия, Таиланд, Япония, Малайзия; в Африке - Лесото, Марокко, Свазиленд. И то, необходимо заметить, что их значение в этих государствах формально сведено законом к минимуму, строго ограничено его рамками. Зачастую, монарх рассматривается в качестве некоего гаранта спокойствия нации и хранителя традиций, духа нации. Это дало повод к высказыванию точки зрения, согласно которой «институт монархии утратил свое значение»².

С другой стороны, обращает на себя внимание то, что даже в тех государствах, в которых монархия в настоящее время все еще сохраняется, «ни одно решение не принимается без участия или упоминания монарха, какое бы «кущее» ни было упоминание о монархии в конституции»³.

В связи с этим можно с уверенностью говорить о том, что идеи монархии, как формы правления, не изжиты до конца в современном мире. У этих идей есть свои последователи. Но есть ли последователи идей монархии в России?

Безусловно, можно говорить о том, что идеи возрождения в России монархии не умерли до конца. За это говорит только то, что в России в настоящее время действует несколько политических партий монархического толка, одна из которых даже официально зарегистрирована в Министерстве юстиции Российской Федерации⁴. Есть ли у монархии шанс на возрождение в России?

Обе этих партии ставят своей целью реставрацию монархии в России. Достижение этих целей, т.е. фактически возрождение монархии, и то, в каком виде и какими средствами будет достигнуто, зависит, в первую очередь, от дальнейшей деятельности самих этих партий и от того, найдут ли их идеи отклик у народа.

Должна ли быть возрождена монархия? Или же целесообразно сохранить республиканскую форму правления? Исходя из различий между республиканской и монархической формами правления, можно сказать, что монархия как форма правления имеет огромные преимущества перед республиканской формой правления. При республиканской форме правления неизбежны бесконечные склоки кулуарные склоки в Парламенте, бесконечные парламентские дебаты по многим вопросам, неопытность и дилетантизм некоторого числа членов парламента в вопросах государственного управления. Всех этих недостатков лишена монархия. Более того, наследственность монархии позволит правящему монарху обучить и воспитать себе преемника, обладающего всеми навыками, необходимыми для управления государством. Преемника, который смог бы целеустремленно проводить дол-

¹ Приведено по: Абдулаев М.И. Теория государства и права: Учебник для высших учебных заведений. – М.: Магистр-Пресс, 2004.

² Цитировано по: Каримов Д.А. Правовой статус монархии: теоретические основы, административно-правовой аспект и новый взгляд на старую проблему // Государственная власть и местное самоуправление. – 2009. – №4.

³ Каримов Д.А. Там же.

⁴ См.: http://russianempire.org/content/Monarxicheskaya_partiya_RF.htm (дата обращения: 07.02.2013).

госрочную политику, не скованную многодневными дебатами и консультациями, и не зависящую от количества отдаваемых за тебя голосов на ближайших выборах.

С учетом проведенных доводов, монархия в России должна быть возрождена. Реставрация монархии позволит решать многие вопросы без присущей парламентам волокиты, дебатов, кулуарных споров. Причем введение монархии в качестве формы правления не должны быть формальным. Монарх, как правитель государства не должен быть «придатком государства»¹. Но она не должна быть реставрирована в том виде, в каком она существовала до этого на протяжении многих веков, когда глава государства объявлялся помазанником божьим или, по примеру азиатских правителей, обожествлялся при жизни.

В современной России уровень религиозности не столь велик, как сто лет назад. Монарх не сможет опираться в своем правлении на божественное происхождение своей власти. Именно по этому, перед российским монархом куда больше встает задача именно по управлению государством, поскольку от его решений, его правления напрямую будет зависеть отношение к нему со стороны народа. Но у него уже не будет того отношения, какое было к династии Романовых, которые рассматривались как помазанники божьи на Земле, и на протяжении многих десятилетий рассматривались как персоны неприкосновенные.

Кроме того, за прошедшее столетие человечество сделало огромный шаг вперед, во многих отраслях знаний. Это повлекло усложнение человеческих взаимоотношений.

Как представляется, это налагает на монарха определенные обязательства к уровню его подготовки. Для надлежащего управления монарху необходимо разбираться в самых разных науках: экономике, социологии, психологии, военных науках, юриспруденции. Без понимания монархом принципов функционирования общества в целом и человека в частности, способов регулирования человеческих взаимоотношений монархия обречена на гибель в огне очередной революции.

*Тереник О.Д., Кожяхметова А.А.,
Таразский Государственный Университет им. М.Х. Дулати*

Правовой режим местного самоуправления в зарубежных странах

В современном мире, в зависимости от степени децентрализации властных полномочий, традиционно выделяют два основных типа (модели) местного самоуправления: англосаксонский (английский) и континентальный (французский). Первый тип местного самоуправления, распространенный в таких странах, как Великобритания, США, Канада, Австралия, предполагает автономию органов местного самоуправления, отсутствие подчинения нижестоящих органов местного самоуправления вышестоящим и прямого государственного контроля за их деятельностью. Контроль за деятельностью местных властей осуществляется преимущественно косвенным путем: через центральные министерства, а также судебные органы. Еще одна характерная черта англосаксонской модели: несмотря на децентрализованную и дифференцированную систему местного самоуправления, применяется негативный способ закрепления компетенции местных ор-

¹ Каримов Д.А. Правовой статус монархии: теоретические основы, административно-правовой аспект и новый взгляд на старую проблему // Государственная власть и местное самоуправление. – 2009. - № 4.

ганов власти (разрешаются только те действия, которые непосредственно предписаны законом), и для того, чтобы тому или иному муниципалитету получить дополнительные полномочия, ему нужно обратиться в парламент с просьбой о принятии необходимого «частного» билля (закона).

Континентальный тип местного самоуправления, распространенный в большинстве стран мира (континентальная Европа, Латинская Америка, Ближний Восток), основывается на сочетании прямого государственного управления на местах и местного самоуправления. Для этой системы характерна высокая степень централизации местного управления и самоуправления, проявляющаяся в жесткой опеке местного самоуправления со стороны агентов государственной власти, контролирующих деятельность соответствующих органов местного самоуправления, допускается соподчиненность различных уровней местной власти друг другу, при этом представительные органы власти создаются здесь не во всех административно-территориальных единицах.

Ярким примером является Франция, где предусмотрено местное самоуправление на уровне коммун, более крупные кантоны и округа являются местными уровнями государственной власти, элементы самоуправления вновь появляются на уровне департамента, чтобы полностью смениться государственной властью на уровне региона. Основным звеном местного самоуправления являются коммуны, каждая коммуна имеет свой представительный орган - совет и мэра, избираемого из числа депутатов совета.

В основе правового регулирования компетенции органов местного самоуправления Франции лежит принцип: муниципальным органам разрешены все действия, которые прямо не запрещены законом и не относятся к компетенции других органов. В отличие от англо-саксонского типа местного самоуправления, где населением избираются даже отдельные должностные лица (шериф, казначей, налоговый инспектор и т.п.), при континентальной системе главы муниципальных образований - это одновременно представители государственной власти, назначаемые главой государства или вышестоящим исполнительным органом государственной власти.

На наш взгляд, в Республике Казахстан среди существующих в международной практике различных моделей местного самоуправления наиболее приемлемой считает смешанный тип с преобладанием отдельных черт французской (континентальной) модели, предполагающий эффективный государственный контроль над органами местного самоуправления в социально-экономической сфере. Это обусловлено тем, что Казахстан является унитарным государством, сложившийся институт регионального управления базируется на вертикали власти, что обеспечивает проведение единой социально-экономической политики. В целях эффективного сочетания местного самоуправления и государственного управления целесообразно совместить низовые административно-территориальные - структуры и органы местного самоуправления. При этом должно произойти совмещение функций глав представительной и исполнительной власти на низших уровнях - города, села и района¹.

В указанных условиях реформирования местной власти одной из важных проблем, требующей нормативного регулирования, является закрепление основ

¹ Жанузакова Л.Т. Конституционно-правовые проблемы организации и деятельности местных представительных органов в Республике Казахстан. – Алматы, 2003. – С.299.

взаимоотношений органов местного самоуправления, расположенных на данной территории, и областных и городских (городов республиканского значения и столицы) маслихатов. А.А. Тарановым высказывалось мнение о модели законодательного областного, городского собрания, которое может внести на местах необходимую коррекцию в разделение властей и в своих решениях может учесть местные особенности¹. Жанузакова Л.Т. сочла данное предложение противоречащим Конституции страны, называющей только три субъекта, имеющие право издавать законы: Парламент, Президент и народ на референдуме. Регулирование местных вопросов, на наш взгляд, вполне может осуществляться в рамках существующих форм подзаконных актов. В качестве локального нормативного акта, развивающего нормы о самоуправлении применительно к данной территории, учитывая ее специфические особенности и возможности, исторические и культурные обычаи и традиции, исходя из конституционных положений и норм закона о местном самоуправлении, областные и городские маслихаты могли бы разрабатывать Положения о местном самоуправлении на своей территории². Очень важно провести четкое разграничение между органами государства и органами местного самоуправления.

В связи с тем, что за основу казахстанской модели организации местного самоуправления взята модель с преобладанием черт французской, представляет определенный интерес опыт разграничения полномочий между уровнями управления Франции.

Для Франции со времен французской революции характерна высокая степень централизации местного управления. Система административного контроля центральной власти над местными органами заключается в жестком подчинении государству деятельности местных сообществ. Ключевая роль в системе местного управления принадлежала префекту, являющемуся представителем правительственной власти и определяющему все направления местной деятельности. Подобная высокоцентрализованная система просуществовала во Франции почти два столетия.

Конституция Республики Казахстан заложила основы взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления, гарантировав самостоятельность местного самоуправления, провозгласив реализацию прав и свобод граждан важнейшим конституционным принципом, закрепив участие органов местного самоуправления от имени населения в решении задач на местном уровне, тем самым обязала государственные органы оказывать органам местного самоуправления всестороннюю поддержку, создавать необходимые правовые, организационные, материально-финансовые и другие условия для его функционирования и развития³.

Основой организации эффективного взаимодействия органов государственной власти и органов самоуправления в Казахстане должно стать четкое закрепление их функций и разграничение компетенций на основе принципа субсидиарности. Согласно этому принципу, достаточно распространенному в развитых странах, компетенция в той или иной сфере деятельности по возможности при-

¹ Таранов А.А. Местное самоуправление – проблемы научного и законодательного обеспечения. В кн. Законотворческий процесс в Республике Казахстан: состояние и проблемы. – Алматы, 1997. – С.604.

² Жанузакова Л.Т. Указанная работа. – С.299.

³ Конституционное право Республики Казахстан: учебник/сост., д.ю.н., профессор Ашеулов А.Т. – Алматы: КазГЮА, 2001. – С. 608.

надлежит наиболее низкому уровню управления, максимально приближенному к объекту управления, в нашем случае – это органы МСУ, максимально приближенные к людям. Под компетенцией местного самоуправления следует понимать деятельность по реализации различными органами самоуправления обязанностей, обеспечивающих жизнедеятельность людей на той или иной территории.

*Третьякова Т.Ю.,
Харьковская областная коллегия адвокатов*

Анализ соблюдения прав человека в Украине в свете принципа верховенства права

Понятие «верховенство права» неразрывно связано с термином «правовое государство», который происходит от немецкого Rechtsstaat (верховенство закона), потому, что с помощью норм права государство строит взаимоотношения в обществе.

Впервые принцип верховенства права был отчасти реализован в Древнем Риме, хотя сама идея правового государства возникла в Греции, в эпоху античности. Древнегреческие философы Платон и Аристотель последовательно отстаивали мысль о том, что государственность возможна лишь там, где господствуют справедливые законы. Однако в Древней Греции правовое государство не было реализовано, поскольку там отсутствовало верховенство права. Например, народные собрания греческого города могли принимать любые решения, вплоть до безосновательной казни гражданина.

Мощь Рима была обеспечена наличием правового государства и гражданского общества, потому что в период республики там была создана сильная и независимая судебная власть, обеспечивалось равенство граждан перед законом. В то же время, в Древнем Риме правовое государство установилось далеко не в полном объеме: правовые гарантии не распространялись на рабов и не граждан. Правовое государство (как институт) в Древнем Риме пришло в упадок в III веке н.э., однако идея верховенства права сохранилась. В течение всего средневековья в Европе, в отличие от стран Востока, продолжали действовать многие правовые установления со времен Рима, оформленные в виде письменных законов или договоров и правители не имели права упразднить их.

Что изменилось в нашем обществе с тех древних времен? Все ли в порядке с пониманием этого принципа, работает ли этот принцип во всех сферах нашей жизни? К сожалению, следует только один ответ - нет. На сегодняшний день преобладает пренебрежение к праву вообще, из-за чего, прежде всего, грубо нарушаются права человека.

Верховенство права находится под угрозой во всем мире. Исходя из статистики Страсбургского Суда за 2011 год, верхнюю часть списка стран по количеству поданных жалоб занимают Сербия, Черногория, Молдавия. Россия находится на 22 месте, Украина – на 18. Последние места занимают Испания, Португалия, Ирландия.

Из обнародованного украинскими правозащитниками ежегодного доклада «Права человека в Украине – 2011» наблюдается, по словам председателя правле-

ния Украинского Хельсинского союза по правам человека Евгения Захарова, только ухудшение. «В предыдущие годы, с 2005 по 2009, мы характеризовали политику в сфере прав человека как бессистемную, хаотичную и неэффективную, но все же отмечали какие-то положительные действия, направленные на защиту прав человека. За последние два года мы вынуждены констатировать, что права человека не является приоритетом сегодняшней власти и они фактически даже не стоят в повестке дня», - отметил Евгений Захаров. Всего правозащитники отмечают, что за последний год появилось несколько опасных тенденций: рост бедности и социального неравенства, политические преследования оппозиции, пренебрежение независимостью судей и вмешательство в судебные процессы. По словам правозащитников, судебная власть в последнее время превратилась в фикцию. В докладе указывается, что многие судьи уволились из-за давления, а ключевые судебные инстанции возглавляют выходцы из Донецкой области, имеющие отношение к действующей власти.

Дела против Юлии Тимошенко, Юрия Луценко эксперты называют политическими. Согласно окончательного, единогласного решения Европейского Суда по правам человека от 03.07.2012 (заявление Луценко Ю.В. № 6492/11) подтверждено то, что со стороны украинского государства имели место нарушения пунктов 1 - 4 статьи 5, статьи 18 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 в связи с задержанием, содержанием под стражей, нарушением права Луценко Ю.В. немедленно предстать перед судьей. Европейским Судом постановлено о том, что Украина на протяжении 3-х месяцев со дня приобретения указанным решением статуса окончательного, обязана выплатить Луценко Ю.В. 15000 евро возмещения морального вреда. Таким образом, вынесенный 27.02.2012. Печерским районным судом г. Киева обвинительный приговор Луценко Ю.В. и назначенная ему мера наказания в виде 4-х лет лишения свободы является незаконным и несправедливым.

Помимо политических преследований оппозиции не уменьшались преследования общественных активистов. Правозащитники приводят в пример черныбыльцев, которые в 2011 году боролись за собственные льготы. «Такого унижительного отношения к людям, которое власть проявила в отношении этих протестующих, не было за все 20 лет независимости. К черныбыльцам относились как к уголовникам, которых безосновательно отслеживали и задерживали», говорит председатель правления Украинского Хельсинского союза по правам человека Захаров. Катастрофической, по мнению правозащитников, является ситуация с обеспечением социальных и экономических прав в государстве. В докладе указывается о том, что почти половина украинцев причисляет себя к низшему классу, растет неравенство между бедными и богатыми.

Новая социальная программа, которую недавно представил президент В.Ф. Янукович, налоги на роскошь, по мнению экспертов, не изменят ситуации. «Эти налоги, иначе как манипулирование общественным мнением нельзя назвать, потому что это нереальные налоги. Эти налоги смешные для богатых людей, на которых они налагаются. Они не решают тех проблем, которые заявлены в социальном пакете. На самом деле от этого бедные не станут богаче, и ситуация никак не изменится», отметила президент Международного женского правозащитного центра «Ла Страда - Украина» Екатерина Левченко.

В составлении доклада «Права человека в Украине - 2011» приняли участие более 30 правозащитных организаций из всех регионов Украины.

После принятия Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» граждане получили быстрое, но несправедливое правосудие от зависимых судей. Для обеспечения справедливого судопроизводства и настоящей независимости судей необходимо изменить принятый Закон. Участились сообщения о пытках и других формах незаконного насилия, которые применяются в органах внутренних дел, иногда с летальным исходом. Согласно мониторингу, проведенному Харьковским институтом социальных исследований и Харьковской правозащитной группой, оценочное количество пострадавших в 2010 году от незаконного насилия в милиции составляет 780-790 тысяч чел. (в 2009 году - 604 тыс.чел.).

Необходимо отметить и о нарушении прав самих милиционеров, которые полностью зависимы от руководства и часто вынуждены работать по 10-14 часов без возмещения, получая небольшую зарплату.

По поводу этого возникает вопрос - почему существуют подобные проблемы с правами человека? Ответ простой - действующая организация власти в большинстве стран, в том числе и в Украине, безжалостно пренебрегает правом, усиливается безответственность перед законом, состояние уважения к праву находится на критически низкой отметке. Уязвимым категориям населения недостает эффективных средств защиты от того, как сильные мира сего манипулируют законами, чтобы сохранить за собой власть и накопить богатства.

Реальное отношение людей к политической элите, судьям, прокурорам, милиции, которые должны как никто вкладывать в сознание население идеи о необходимости соблюдения законов, не способствует росту роли права, не порождают доверие и уважение к правящим силам государства, поскольку очень мало о ком из них можно сказать, что это действительно достойные, этичные, неподкупные люди. Напротив, эти слои власти имеют очень многие проблемы, среди которых, как главные, можно выделить такие: моральную и профессиональную неготовность достойно решать поставленные задачи, негативные, часто оправданные, стереотипы («Политика – грязное дело», «Все берут взятки», и тому подобное), клановость, противоречия и конфликты, зависимость карьеры не от конечного результата своего труда, а от личных отношений, неадекватное, самое низкое официальное вознаграждение, которое ведет к взяточничеству, разрозненность позитивных сил, и другое.

Кроме перечисленных обстоятельств, следует отметить о том, что на данный момент в Украине не существует альтернативы власти – что вместо этого, как можно по-другому? Не существует идеи, которая была бы способна пробудить все лучшее, что живет в каждом человеке, не существует программы изменения общества к лучшему.

Отдельной причиной является отсутствие в государстве морального стандарта, что в свою очередь, обуславливает отсутствие во всех органах государственной власти и управления, в том числе и в органах судебной власти, личностей высокого качества, которые должны нести основную ответственность за то, что происходит в стране, поскольку в любом случае именно представители власти и те люди, которые правят, должны быть образцом, на который могут равняться другие.

Оставлять ситуацию в таком виде невозможно и недопустимо, поэтому надо найти решение и, прежде всего, ответить на вопрос - каким образом в нашу нынешнюю эпоху феодально-разбойничьего капитализма возможно возобновить уважение к праву и возродить его авторитет? Для выхода из ситуации, которая создавалась необходимо предоставить обществу альтернативу, необходимо изменить сознание населения, чтобы люди перестали верить в представление под названием «выборы», которое приносит дивиденды победителю-олигарху, но ничего не изменяет в стране по существу. Необходимо, чтобы приоритетным заданием государства стал кадровый вопрос, а именно - формирование элиты (политической, судебной, др.), сформировать требования к этой элите на достойных стандартах.

К сожалению, на сегодняшний момент, общепринятых моральных стандартов не существует не только в Украине, но и в мире в целом. Ни одна наука эти вопросы не изучает, в школах и ВУЗах не формируют человека как личность, не готовят нового человека для общества будущего, поэтому в дальнейшем, при подборе кадров, при голосовании населения за тех или других кандидатов в народные депутаты не обращается внимание на такие важные вопросы, как мотивы, которые ведут соискателей к занятию ответственных должностей: соблюдение ими общечеловеческих ценностей, не выясняется какие убеждения они имеют, умеет претендент отстаивать свои принципы, устойчив ли он к материальным искушениям, есть ли люди, готовые поручиться за кандидата своей честью, карьерой, репутацией и т.п. На наш взгляд, для возрождения авторитета права необходимо всю систему власти и управления в стране коренным образом изменить и перестроить, в том числе и суд, который не должен быть средством удовлетворения чьих-то политических, бизнес или других интересов.

Осуществить это возможно путем воспитания и профессиональной подготовки, введения высокоэффективных правил и действенных механизмов (входить в элиту могут только наилучшие, имеющие высокие оценки за конечные результаты, др.), изменения общественного мнения (уважение, привлечение к управлению страной только достойных лиц), установления легального, соответствующего значимости труда, вознаграждения. Начинать надо с человеческого фактора. Если каждый член общества будет придерживаться Стандартов Достойного человека, Достойной организации, Достойного общества, о которых я скажу ниже, то в любом государстве не будет места продажности, потребительству, преступности, наркомании, самоубийствам, коррупции, хаосу и другим негативным проявлениям. Именно эти пороки способствуют нарушению закона и пренебрежению правом. Суть отмеченных Стандартов заключается в следующем:

1. Служение - иметь высший мотив, нести благо миру, иметь потребность в служении обществу и создавать возможность реализовывать эту потребность должен каждый гражданин. Это должно быть вместо «махрового» эгоизма, который сейчас живет в душе очень многих людей.

2. Развитие - постоянное. Человек, который желает достичь наивысших результатов, как правило, с детства до самой старости должен работать над собой.

3. Самореализация - максимально возможная, чистыми методами. Стремление к наивысшей самореализации должно стать нормой для каждого.

4. Окружение, взаимоотношения - надежные и преданные друзья, общие ценности и дела.

5. Образ Жизни - спорт, здоровье, без изъязнов и вредных привычек.

6. Традиции - высокого уровня: творчество, вечера, балы, салоны, то есть такие, чтобы человек мог отдыхать и душой и телом.

7. Личная жизнь - должна быть построена на доверии, чувствах, этике, без измен.

В зависимости от того, что культивирует общество, какого человека оно формирует, мы и получаем - то ли наивысшие результаты, то ли сами посредственные. Это касается всех аспектов жизни, и верховенства права в том числе, так как соблюдение этого принципа напрямую связано с людьми, то есть лежит в основе отношений между людьми в обществе. Основными направлениями в этой работе должны быть:

1. Реформирование самой власти - структуры, которая принимает решение на принципах чистоты дел, профессионализма, ответственности, введения системы назначений и выборов, наличия четкой обратной связи, ввода развитой независимой экспертной оценки работы, внутреннего контроля, др. Власть должна реализовывать единственную волю народа и уметь приходить к согласию.

2. Реформирование всех силовых, судебных и других структур, которые обеспечивают реализацию Закона и принятых решений («мышцы» власти) путем создания механизмов выполнения и ответственности: сочетание безукоризненности в исполнении приказов и невозможности безнаказанного совершения любых противоправных или бесчестных действий, чем определяется уважение к власти.

Даже без выдающихся достижений, изменений и открытий общество может быстро и качественно меняться к лучшему, если решит только одну главную задачу. Необходимо, чтобы к власти пришли Служители - люди, которые интересы общего дела ставят выше личных и для них каждый гражданин, его законные права и интересы представляют большую ценность. По большому счету, ничего больше не нужно. Они найдут лучших профессионалов, воспользуются лучшим мировым опытом и легко и быстро договорятся, потому что им не нужно будет делить «кусочек пирога», в основе их деятельности будет лежать Служение. Все согласятся с тем, что служители не появятся ниоткуда, по поводу этого не должно быть иллюзий.

На 1-ом этапе их необходимо целенаправленно готовить. Это одно из важнейших, самых сложных заданий, но решить его возможно. На 2-ом этапе служители должны прийти к власти, для этого за них должен кто-то голосовать на выборах, они должны получить поддержку широкой аудитории.

А если население в своей массе, в целом, не принимает идею Служения, если везде господствует эгоизм, если люди сами не хотят быть достойными, а хотят оправдывать пороки (воровать, давать и требовать взятки, др.), то служители к власти прийти не смогут, потому основной задачей на ближайшие годы должна быть пропаганда Стандартов Достойных, чтобы в окончательном итоге создать очень мощное общественное и молодежное движение, которое будет объединяться именно на этих идеях, в основе которых, - Достойный Человек.

Понятно, что ни одна новая, высокая идея не входит в общество быстро. В большинстве случаев творцы высоких идей никогда не видят их реализации, но их труд ценят потомки.

Безусловно, для реализации новых планов нужны союзники, но не все желающие - а лишь честные и благородные люди, не безразличные к тому, что сейчас происходит во многих государствах и которые верят в то, что лучше будущее

возможно, которым «за Державу обидно», которые не хотят лишь жить и растить потомство, а им крайне нужно ставить и достигать цели в жизни, чтобы сделать саму жизнь осмысленной, делать дела в пользу человечества и они владеют соответствующей силой и умом, позволяющей решать масштабные вопросы.

Одно из условий для такого взаимодействия - это идеи и механизмы подготовки кадров, т.к. хорошая идея существует тысячи лет, а люди живут намного меньше. Идея первична. Если нет идеи, то нет путей выхода из кризисной ситуации, объединяться не на чем. Люди должны это признавать, после чего можно отыскать огромное количество вариантов сотрудничества, для каждой целевой аудитории. Начиная от введения учебных программ по формированию человека как Личности, формированию коллективов и заканчивая созданием общественного телевидения, где целеустремленно будет культивироваться всё лучшее, что есть в человеке, всё лучшее, что было в истории, всё лучшее, что происходит сейчас и многое другое. Следует отметить, что все времена нашей истории адвокаты были и должны оставаться элитой общества, именно на нас лежит задача создания условий «оздоровления и лечения» общества, именно юристы должны быть у власти и вести народ к достойной жизни. Если все представители власти, кроме глубоких знаний закона, будут иметь систему высоких моральных ценностей и не будут возводить свои мотивы лишь к зарабатыванию денег любой ценой, к личному обогащению, будут смелыми и принципиальными, тогда в отстаивании законных прав и интересов граждан и организаций, то есть в господстве принципа «верховенства права» не будет проблем. Критерием допуска к власти должно быть стремление служить Отечеству, и это стремление должно превосходить все личные интересы.

*Усманова Р.М., кандидат юридических наук, доцент,
Башкирский государственный университет, филиал в г. Стерлитамак*

К вопросу о формах местной демократии

В литературе по муниципальному праву, внимание всегда уделяется формам местной демократии. При этом среди ученых нет единства мнений, что же необходимо относить к формам прямой и непосредственной демократии.

Сами формы местной демократии перечислены в ФЗ от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ (далее ФЗ № 131-ФЗ). В нем указаны как формы прямой, так и непосредственной демократии. Однако, необходимо отметить, что ФЗ № 131-ФЗ четко разграничивает среди форм непосредственной демократии формы непосредственного осуществления местного самоуправления и формы участия населения в местном самоуправлении.

По мнению большинства², основанием для разделения форм муниципальной демократии является степень воздействия властной воли населения на принимаемые в муниципальном образовании решения, и соответственно формы делятся на императивные и консультативные. Если выражаемая гражданами воля подлежит

¹ Собрание законодательства РФ. 2003. №40. Ст.3822

² См.: Кокотов А.Н., Соломаткин А.С. Муниципальное право России: учеб. 2-е изд. – М.: Юристъ, 2006: Нудненко Л.А., Астафичев П.А. Прямая демократия в местном самоуправлении: конституционно-правовой аспект // Образование и общество. – 2007. - №2. – С.65.

обязательной реализации, то это императивная форма прямой демократии, если воля индивидов не имеет верховного значения для органов местного самоуправления, то в данном случае мы имеем дело с консультативной формой. Таким образом, формы местной демократии можно разделить на две группы: формы, при которых население принимает публично-властных решения (в чистом виде прямая демократия) и формы участия граждан в принятии публично-властных решений органами власти, при которых граждане имеют возможность влиять на процесс принятия решений властью и используют эти возможности (институты консультативной демократии).

Соответственно, имеют место иные формы демократии, которые реализуются в системе местного самоуправления, среди которых:

1) партиципаторная демократии, суть которой заключается в активном участии граждан в обсуждении и принятии решений по главным вопросам общественной жизни. Партиципаторная демократия это новая система взаимоотношений между гражданами и избранными ими представителями, действующая наряду с прямой и представительной демократией;

2) делиберативная демократия – это демократия рационального дискурса, обсуждения, убеждения, аргументации, компромиссов в ее беспартийном варианте. Граждане вовлекаются в процесс принятия политических решений посредством вынесения проблемы на всеобщее обсуждение. В результате обсуждения формируется некоторый общественный консенсус по проблеме. К делиберативной форме на местном уровне относятся, таким образом публичные слушания;

3) плебисцитарная демократия, предполагающая непосредственную связь между властями и гражданами через проведение плебисцитов.

В литературе нет однозначных мнений как соотносятся все формы демократии. Например, по мнению В.И. Васильева, наряду с референдумом, выборами, собраниями и сходом, существуют и другие формы прямой демократии¹. По сути, все формы, перечисленные в Федеральном законе № 131-ФЗ, автор относит к формам прямой демократии. Имеется точка зрения о том, что делиберативная демократия или демократия обсуждения является одним из институтов демократии участия, или партиципаторной демократии. По мнению других наряду с представительной демократией имеются и институты прямой демократии, а также иные институты демократии, к которой относят и плебисцитарную демократию².

Мы согласны с В.Н. Руденко, который пишет, что в настоящее время актуальным вопросом повестки дня является не проблема конкурентности прямой и представительной демократии³. По его мнению, не надо заменять представительную демократию, а необходимо выбирать между стратегией участия граждан в принятии публично-властных решений органами власти и стратегией принятия публично-властных решений самими гражданами, либо сочетать их⁴. При этом помимо прямой демократии он различает институты делиберативной демократии, институты партиципаторной демократии, институты плебисцитарной демократии. Отличительной особенностью институтов прямой демократии является урегули-

¹ Васильев В.И. Муниципальное право России: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юстицинформ, 2012. – С.41

² См.: Денисенко Н.А. Политология: Учеб. пособие. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005.

³ Руденко В.Н. Конституционно-правовые проблемы прямой демократии в современном обществе: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 2003. – С.13.

⁴ Там же. – С.13.

рование отношений, связанных с непосредственным принятием гражданами публично-властных решений. Отличительной особенностью иных упомянутых институтов является достижение общественного согласия, обеспечение сотрудничества и партнерства субъектов гражданского общества и власти¹. В любом случае все это формы демократии между собой взаимосвязаны и перетекают из одной формы участия граждан в другую.

Таким образом, в системе местного самоуправления демократия представлена совокупностью императивных и консультативных форм.

1. Если выражение воли граждан имеет обязательный и окончательный характер, то в данном случае имеют место формы прямой демократии. В качестве форм прямой демократии выделяются такие институты как: институты, регулирующие принятие гражданами управленческих решений и прямое правотворчество граждан - референдум, правотворческая инициатива, сходы; институты, обеспечивающие прямое участие граждан в формировании системы публичной власти – участие на муниципальных выборах, отзыв депутата (выборного должностного лица).

2. Если воля индивидов не имеет верховного значения для органов местного самоуправления, то в данном случае мы имеем дело с другими формами демократии. В этом плане верна позиция А.А. Сергеева, который называет их «дополнительными демократическими инструментами, дающие возможность гражданам воздействовать на органы местной власти» и действующие наряду с формами прямого народовластия². В качестве институтов делиберативной демократии в системе местного самоуправления выступают публичные слушания. К институтам плебисцитарной демократии относится опрос, в качестве форм партиципаторной демократии или демократии участия, все другие перечисленные законом, и иные формы участия, не закрепленные ФЗ № 131-ФЗ.

В качестве таких форм участия, которые не закреплены ФЗ № 131-ФЗ могут быть любые действия граждан, не противоречащие законодательству, и которые направлены на воздействие на муниципальную власть с целью удовлетворения интересов населения. Об этом прямо записано в статье 33 ФЗ № 131-ФЗ. «Наряду с предусмотренными ФЗ формами непосредственного осуществления населением местного самоуправления и участия населения в осуществлении местного самоуправления граждане вправе участвовать в осуществлении местного самоуправления в иных формах, не противоречащих Конституции Российской Федерации, ФЗ и иным федеральным законам, законам субъектов Российской Федерации».

Хочется закончить актуальными на наш взгляд словами В.В. Путина: «Демократия, на мой взгляд, заключается как в фундаментальном праве народа выбирать власть, так и в возможности непрерывно влиять на власть и процесс принятия ею решений»³.

¹ Там же. – С.14.

² Сергеев А.А. Местное самоуправление в Российской Федерации: проблемы правового регулирования. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 142

³ Путин В.В. Демократия и качество государств // Газета «Коммерсантъ». №20/П (4805). 06 февраля 2012.

Классификация традиций в адвокатуре

В настоящей работе нами будут рассмотрены основные традиции адвокатуры и приведена их общая характеристика.

Традиция принесения присяги. Присяга – это торжественная клятва, приносимая повсеместно лицами, получающими звание присяжного поверенного. По традиции, лицо, приобретающее звание присяжного поверенного должно было приносить клятву, без чего было невозможно осуществление им профессиональной деятельности. Сама по себе присяга имеет глубокие корни, поскольку является, по сути, клятвой соблюдать правила поведения установленные в социальном обществе. Значение этой традиции состоит в необходимости обеспечения оказания высокого уровня доверия со стороны граждан к поверенному, обусловленному самим фактом принятия присяги, а также содержанием ее текста, который был следующим: «Обещаюся и клянусь Всемогущим Богом, пред святым его Евангелием и Животворящим Крестом Господним Его Императорскому Величеству Государю Императору, Самодержавцу Всероссийскому, неисполнять и не говорить на суде ничего, что могло бы клониться к ослаблению православной церкви, государства, общества, семейства и доброй нравственности, но честно и добросовестно исполнять обязанности принимаемого мною на себя звания, не нарушать уважения к судам и властям и охранять интересы моих доверителей или лиц, дела которых, будучи на меня возложены, памятуя, что я во всем этом должен буду дать ответ перед законом и перед Богом на страшном суде его. В удостоверение сего целую слова и крест спасителя моего. Аминь». Кроме того, факт принятия и содержание текста присяги направлено на формирование самодисциплины у лица, ее принимающего, а сама процедура и текст также имеют и предостерегающее значение.

Традиция уважительного отношения адвоката к противникам по делу и суду. Сущность данной традиции заключается в том, что в состязательном процессе адвокат проявляет уважительное отношение к оппонентам и суду. Уважительное отношение к суду было основным правилом адвокатской профессии сопровождавшееся корректностью, сдержанностью, самообладанием и достоинством. Сочетание профессиональных способностей и уважения в этой традиции показывало силу и правдивый образ адвоката и всего сословия присяжных поверенных.

Традиция ведения дел по праву бедности. По правилам этой социальной нормы обязанность ведения дел по назначению и праву бедности должны были исполняться строгим образом, аккуратно чтобы не подорвать репутацию адвокатского сословия. Отказ от ведения таких дел практически не принимался, за исключением их очевидной безнравственности. Значение данной традиции состоит в том, что сословие присяжных поверенных обеспечивало оказание квалифицированной юридической помощи не только лицам, которые обладали доходами, позволяющими ее оплачивать, но и иным лицам, такими доходами не обладающими. Это позволяло в определенной степени снизить социальную напряженность в обществе и обеспечить соблюдение прав наименее защищенных слоев населения.

Традиция выполнять обещания, данные гражданам и должностным лицам. По правилам присяжной адвокатуры нарушение обещания, данного должностному

лицу, являлось не соответствующим достоинству присяжного поверенного. При этом, в силу традиции, не сдержавший обещания данному гражданину или должностному лицу поверенный, подвергался нравственному осуждению т.е. порицанию. В случаях, когда невыполнение обещания приводило к негативным правовым последствиям, к поверенному могло быть применено дисциплинарное взыскание. Значение этой традиции состоит в том, что присяжный поверенный привыкал выполнять обещания, данные им гражданам и должностным лицам, что, в свою очередь, обеспечивало высокий уровень доверия к заявлениям поверенного, сделанным им в ходе судопроизводства. Это, естественно, влияло на формирование вердикта коллегии присяжных заседателей по делу, нужного стороне защиты.

Традиция ораторского искусства. Особенностью данной традиции было то, что мастера-ораторы передавали профессиональные навыки о правилах произнесения судебной речи своим ученикам. В основе формирования ораторского искусства присяжных поверенных лежали качества честности, скромности, дальновидности, ответственности, твердости характера. Несомненно, эта традиция является выстраданной, основанной на глубоком личном убеждении и действительно эффективной защитительной речи – достоянием адвокатуры¹. По высказыванию выдающегося русского юриста, судебного оратора С.С. Андреевского «Оратором может быть назван лишь тот, кто достигнет полного сочетания плавности речи с целесообразностью каждого произносимого слова». Практическое значение соблюдения традиций ораторского искусства позволяло присяжному поверенному эффективно реализовывать свою процессуальную функцию и добиваться положительных результатов в его деятельности.

Традиции взаимоотношений с товарищами по профессии. В рамках данной традиции сложилось немало правил-обычаев, вот некоторые из них:

- содействие молодым товарищам по работе советами в затруднительных ситуациях;

- добрые отношения с товарищами по работе, а также незнакомыми людьми, поддержание общения с юристами, политиками, общественными деятелями проживающими в других городах с целью обмена мнениями и опытом в области профессиональной защиты и по другим вопросам;

- предосудительность подачи в суд заявления от отводе товарища-адвоката в связи с усмотрением в его действиях безнравственного поведения, с другой стороны этика присяжной адвокатуры требовала от адвоката, во имя сохранения чести сословия обязательно подать жалобу на преступный или унижающий достоинство звания проступок товарища;

- непозволительность воспроизведения устных или письменных отзывов о товарищах по работе с указанием на негативный образ действий присяжного поверенного;

- достаточность словесного обещания данного присяжным поверенным о помощи товарищу считалось достаточным основанием, для того чтобы полагать, что обещание будет выполнено;

- сообщение товарищу правдивых, достоверных и точных сведений относительно дела, формировало в присяжной адвокатуре чувство правды и доверия, на-

¹ См.: Володина С.И. Юридическая риторика в деятельности адвоката по уголовным делам: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2002. – С.10.

рушение такого правила заслуживало самой высокой формы дисциплинарного наказания;

- обычай в соответствии, с которым присяжный поверенный не мог предлагать свою помощь доверителю, дело которого ведет другой присяжный поверенный;

- вновь приглашенный защитник, по обычаю, предупреждал ранее вступившего в дело адвоката о том, что ему также доверено выполнение поручений соответствующего доверителя;

- в адвокатской среде существовал обычай в силу, которого адвокат, уведомленный о невозможности выступления его оппонента в суде, участвовал в слушании дела только в случаях, не терпящих отлагательства;

Во взаимоотношениях присяжных поверенных существовала еще одна прекрасная традиция – ведение личных переговоров, в результате существования которой решение возникающих вопросов происходило между поверенными только при личной встрече.

Вышеперечисленные традиции повышали внутрикорпоративное доверие между поверенными и способствовали консолидации этого сословия.

Традиция противодействия негативным поступкам присяжных поверенных состояла в привлечении присяжных поверенных, нарушающих нормы корпоративной этики к дисциплинарной ответственности. Значение этой традиции состоит в сохранении доброго имени правозащитного института, однако при этом, данная традиция способствовала защите сословия и отдельных его представителей от необоснованных обвинений в их адрес, поскольку решение вопроса о наличии в действиях присяжного поверенного нарушения норм этики осуществлялось самими представителями этого сословия.

Традиция награждения адвокатов. В традиции адвокатуры особое место занимает обычай чествовать всем сообществом наиболее уважаемых адвокатов, ветеранов адвокатуры. К сожалению, исторические источники содержат мало информации о награждении адвокатов государственными и ведомственными наградами. Видимо это было связано с тем, что конструктивные взаимоотношения адвокатуры и органов власти не всегда были стабильными. В апреле 1916 года, празднуя полувековой юбилей присяжной адвокатуры, адвокаты поздравили с 50-летием адвокатской деятельности первого председателя первого Совета присяжных поверенных Дмитрия Васильевича Стасова. От имени сословия председатель Петроградского Совета присяжных поверенных Н.П. Карабчевский вручил ему золотой адвокатский знак. Золотыми и серебряными знаками чествовали и других выдающихся представителей адвокатской корпорации. Награждения проходили в праздничные для сословия присяжных поверенных дни, всегда публично и торжественно.

Эта традиция получила продолжение в конце прошлого века, когда по инициативе Гильдии российских адвокатов, поддержанной другими общероссийскими адвокатскими объединениями, была учреждена Золотая медаль им. Ф.Н. Плевако – одного из самых почитаемых прародителей российской адвокатуры.

Общее и особенное в понятии лесной промышленности

Когда речь идет о лесных богатствах России, используются самые разнообразные термины: лесное хозяйство и лесная промышленность. Так, по словам В.Н. Петрова, лесное хозяйство стало видом экономической деятельности, организованным на определенной территории, носящим комплексный характер, имеющим длительный производственный цикл и служащим удовлетворению потребностей человека от использования лесоземельного угодья¹.

Термин «лесные отношения» появился в профессиональном лексиконе еще в советский период. До национализации лесов в 1917 г. широко употреблялось словосочетание «лесное дело». Разница между этими терминами в том, что первый отражает внешнюю, бюрократическую сторону лесного дела и опосредованно связан с результатами лесного хозяйства, второй же отражает его внутреннее содержание и напрямую связан с конечными результатами лесного хозяйства. Часто используется в литературе и понятие «лесная отрасль». В литературе также отмечается, что сейчас в чистом виде не существует лесного хозяйства как отрасли, главной задачей которой являлось бы только ведение лесного хозяйства, т.е. лесоразведение и охрана лесов. Лесозаготовительная промышленность также не является отраслью, занимающейся только заготовкой и переработкой древесины². В данном случае термин «лесное хозяйство» имеет весьма широкое толкование, даже шире приведенного выше понятия «лесная отрасль». В России в настоящее время управление лесным хозяйством и лесной промышленностью предполагает четкое разделение данных отраслей. Лесное хозяйство относится к ведению Министерства природных ресурсов и экологии (Федеральное агентство лесного хозяйства), а лесная промышленность - Министерства промышленности и торговли (Департамент лесной и легкой промышленности).

Итак, в настоящее время лесная промышленность – это обособленная отрасль народного хозяйства, связанная с лесопользованием (лесозаготовка, деревообработка и др.). Закономерен вопрос, единая это отрасль или она включает множество «подотраслей» либо самостоятельных отраслей? В настоящее время не существует единой управленческой, экономической или правовой классификации отраслей лесной промышленности. Как правило, в литературе и документах выделяются три существенно различающиеся группы таких отраслей: лесозаготовительная промышленность: лесозаготовка, сплавные и лесоперевалочные работы; деревообрабатывающая промышленность; целлюлозно-бумажная и лесохимическая промышленность.

Впрочем, иногда лесная промышленность идентифицируется только с первой группой. Так, по словам А.И. Писаренко, лесной сектор экономики России

¹ Петров В.Н. Лесные отношения // Леспроминформ. – 2012. – С. 18.

² Крассов О.И. Лесное хозяйство и лесозаготовительная промышленность (проблемы управления) // Советское государство и право. – 1984. – С. 33.

традиционно подразделяется на две части: лесопромышленный комплекс и лесное хозяйство. Понятие «лесная промышленность» в этом контексте означает деятельность, связанную с лесозаготовками¹.

Экономисты оперируют, как правило, понятием «лесопромышленный комплекс» (ЛПК), который определяется как многоотраслевое хозяйство, представленное совокупностью взаимосвязанных отраслей, осуществляющих промышленное производство посредством хозяйственного использования лесных ресурсов. Отраслевая структура современного ЛПК включает следующие основные производства: лесопиление; фанерное производство; производство изделий из дерева; древесно-плитная промышленность; целлюлозное производство; производство бумаги, картона и изделий из них².

Правила по охране труда в отрасли, содержащие детальное описание технологических процессов трудовой деятельности, казалось бы должны служить первоочередным ориентиром в определении содержания понятия «лесная промышленность». Однако группировка отраслей в данных правилах вызывает вопросы, поскольку объединены лесозаготовительное, деревообрабатывающее производства и лесное хозяйство³, а выделены целлюлозно-бумажная и лесохимическая отрасли⁴. Основные направления развития лесной промышленности недвусмысленно определяют: «Лесная промышленность Российской Федерации включает в себя несколько технологически связанных между собой отраслей – лесозаготовительную, деревообрабатывающую, целлюлозно-бумажную и лесохимическую»⁵.

Понятие «лесная промышленность» следует определить как отрасль народного хозяйства, включающая в себя несколько технологически связанных между собой подотраслей: лесозаготовительную промышленность, деревообрабатывающую промышленность, целлюлозно-бумажную и лесохимическую промышленность.

*Валуйсков Н.В., кандидат юридических наук, доцент,
Бондаренко Л.В., кандидат экономических наук, доцент*

Важнейшие компоненты интернет-отношения

Информация, циркулирующая в Интернете, разнообразна и разнородна. Ее носителями здесь могут быть законы, иные нормативные акты, решения, договоры, издания, документы, сайты и т.д.

Информацию в виртуальном пространстве можно классифицировать по

¹ Писаренко А.И. О лесной политике России // Устойчивое лесопользование. – 2003.

² См.: Жемулин С.Б. Управление стратегическим развитием предприятий лесозаготовительной промышленности в конкурентной среде: Автореф. дис. канд. экон. наук. – Ижевск, 2012. – С. 7

³ Правила по охране труда в лесозаготовительном, деревообрабатывающем производствах и при проведении лесохозяйственных работ. ПОТ РМ 001-97. Утверждены постановлением Минтруда РФ от 21.03.1997 г. – М.: Минтруд РФ, 1997.

⁴ Правила по охране труда в целлюлозно-бумажной и лесохимической промышленности. ПОТ РО 00-97. Утверждены Госкомлеспромом РФ 6.06.1997 г. Документ опубликован не был. Доступ из справ. - правовой системы Консультант плюс.

⁵ Распоряжение Правительства РФ от 1.11.2002 г. «Об основных направлениях развития лесной промышленности» // Собрание законодательства РФ. – 2002. - Ст. 4526.

следующим основаниям и признакам: функциональное назначение и характер информационных систем (информация правового регулирования интернет-отношений, правотворчества, организации борьбы с преступностью в Интернете, правосознания субъектов (участников) и т. п.); отношение сообщения к данному объекту (выделение внутренней, внешней и независимой информации в ходе обмена между субъектами); тип связи субъекта интернет-отношений и внешней среды (выделение информации, циркулирующей в прямой и обратной связи); отношение к целевой функции (выделение сообщений относительно заключения внешнеэкономической сделки и сообщений о средствах ее выполнения); физическая форма представления информации (текст закона, нормативного юридического акта, документ, сайт, карта, таблицы, графики и др.); логическое содержание правовой и иной информации (информация об объектах, о свойствах, об отношениях); процедура преобразования информации в компьютерных сетях (моделирующие, вычислительные, эвристические, нравственные и др.); степень преобразования информации в информационных системах (основная информация, которая характеризует понятие показателя; совокупная информация, характеризующая понятие статистической совокупности); время и периодичность возникновения и обработки информации (оперативная и текущая правовая информация, информация о прошлых, настоящих, будущих юридических событиях и др.).

В сфере интернет-отношений могут быть найдены и другие основания и признаки классификации информации. Среди них можно назвать способ передачи информации (телефон, телеграф, человек, почта), вид преобразователя информации (человек, машина, человек—машина), степень достоверности информации (достоверные сообщения, недостоверные сообщения), участие в вычислительном процессе (исходная, постоянная, переменная, промежуточная, конечная и др.)» алфавит информации (буквенная, цифровая, буквенно-цифровая) и др.

Приведенная классификация информации в общем-то проста. Но, вероятно, эта классификация информации в будущем будет достаточно сложной, поскольку она может иметь многоступенчатое строение, при котором отдельные группы информации, выделенные в пределах основного классификационного признака, дополнительно разбиваются на подгруппы по частным основаниям и признакам. Кроме того, не всегда мы будем иметь возможность четко дифференцировать сообщения по тем или иным основаниям и признакам, а затем сводить их в отдельные классы.

Классификация информации в сфере интернет-отношений - очень важная научно-исследовательская задача. Ее реализация позволяет получить весьма ценные сведения о той информации, которая содержится в виртуальном пространстве; дает данные, без которых невозможно решение многих принципиальных вопросов внутреннего и внешнего проектирования механизмов правового воздействия и без которых невозможен также анализ информационных потоков в Интернете. Не располагая исчерпывающими сведениями о важнейших свойствах и характеристиках информации в информационно-правовых комплексах, нельзя найти их оптимальные структуры, обеспечить заданную точность, надежность и эффективность их работы.

Технические средства – важнейший компонент интернет-отношений. Они включают в себя глобальное объединение компьютерных сетей и информационных ресурсов. И главной здесь является сеть самого Интернета. Она вы-

росла из сети «Арпанет», созданной более 25 лет назад для обмена информацией между рядом исследовательских центров военной промышленности США. В настоящее время Сеть насчитывает миллионы компьютеров. Она может предложить потребителям сотни баз данных, включая базы юридической информации. Например, сегодня к сети Интернет подсоединены все развитые страны мира. Активно подсоединились к Интернету и все государственные органы и учреждения России. Информация, которая может в таких случаях использоваться, - это данные, документы, хранящиеся в центрах информации, в библиотеках других стран.

Надо заметить, что структура интернет-отношения будет неполной, если не упомянуть о юридических, этических, моральных и других фактах, которые имеют место в виртуальном пространстве. Думается, что юридические, этические, моральные и другие факты – это важнейшие компоненты интернет-отношений, связанные с их возникновением, изменением или прекращением.

Указанные факты отражаются обычно в нормах права, морали, этики и т.д. Наступление данных фактов вызывает предусмотренные той или иной нормой правовые, информационные, социальные и другие последствия. Поэтому для юриста, работающего в Интернете, всегда будет важен вопрос о наличии или отсутствии юридических, этических, моральных и иных фактов. Мнение и убежденность субъектов интернет-отношений по этому поводу может базироваться на: бесспорности и очевидности существования или отсутствия данного факта в виртуальном пространстве; доказанности наличия или отсутствия рассматриваемого факта; презумпции наличия или отсутствия этого факта.

Почти бесспорными можно считать факты, которые признаются многими субъектами интернет-отношений и воспринимаются ими единообразно. Например, сегодня так воспринимаются понятия электронного документа, электронной цифровой подписи и ее средств, пользователя сертификата ключа подписи и др., охарактеризованные в ст. 3 ФЗ «Об электронной цифровой подписи», хотя в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (принят рабочей группой ЮНСИТРАЛ по электронной торговле в Вене в 2000 г.) и приводятся несколько иные определения — «электронная подпись», «сертификат», «сообщение данных», «подписавший», «поставщик сертификационных услуг», «полагающая сторона» и др. (ст. 2). Однако многие факты, с которыми юристы в настоящее время сталкиваются в виртуальном пространстве, нуждаются в специальном выделении и доказывании.

Причем эти выделения и доказывания часто произвольные, «самостоятельные», хотя иногда, когда возникает спор в суде, они и регулируются законами, международными договорами, пактами и т.д. В этом смысле выделение и доказывание рассматриваемых фактов – это сложная аналитическая деятельность и многоступенчатый процесс. Перед субъектами интернет-отношений ставится задача: выделить факт, очертить рамки его действия, влияния и добиться истины по возникшему спору. Например, в случае совершения в Интернете противозаконного перехвата (ст. 3 Конвенции о киберпреступности) стороны (субъекты) квалифицируют правонарушение и в ходе доказывания вины принимают такие законодательные меры к правонарушителю, которые соответствуют их внутригосударственному праву.

Личный опыт работы в виртуальном пространстве показывает, что многие рассматриваемые факты нуждаются в презюмировании.

Презумпция в этом случае приобретает функцию доказывания, и в этом смысле она требует обоснования мысли о том, имеет место тот или иной факт или нет. И здесь, как и в теории права, целесообразно выделять такие виды презумпции, как знание норм права, морали, этики и невиновности.

Например, если субъект, допустивший противозаконный перехват, не знал ст. 3 Конвенции о киберпреступности, он не освобождается от ответственности по закону конкретного государства. Но как показывает практика, это положение в судах часто опровергается в случае, если названный субъект не знал и не мог знать указанной статьи.

*Ганеев Р.Р., кандидат юридических наук, доцент,
Казанский (Приволжский) федеральный университет*

Межотраслевые связи гражданского и градостроительного права в правовом регулировании субъектов градостроительного права

Градостроительное право как комплексная отрасль права представляет собой совокупность однородных, социально-значимых общественных отношений, урегулированных нормами законодательства о градостроительной деятельности¹. Одной из особенностей рассматриваемых общественных отношений, именуемых градостроительными отношениями, является наличие особых субъектов, правовой статус которых закреплен нормами комплексного законодательства о градостроительной деятельности².

Учитывая тот факт, что вопросы субъектного состава градостроительных отношений мало исследованы в науке гражданского и градостроительного права полагаем, что актуализация указанных вопросов в настоящей статье является обоснованной и своевременной.

В зависимости от особенностей тех или иных градостроительных отношений следует различать и субъектов градостроительного права.

Согласно ст. 5 Градостроительного кодекса РФ (далее – сокращенно ГрДК РФ) субъектами градостроительных отношений являются Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, физические и юридические лица.

Однако, указанная классификация субъектов градостроительных отношений не является исчерпывающей. Указанных в ст. 5 ГрДК РФ субъектов градостроительных отношений следует относить к общим субъектам градостроительного права.

¹Подробнее о комплексных отраслях права, См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. – М.-Л., 1947. – С.190; Царегородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Сов. государство и право. – 1957. - №6; Толстой Ю.К. Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961-1965): Автореф. дис. докт. юрид. наук. – Л., 1970; Челышев М.Ю. Основы учения о межотраслевых связях гражданского права. Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008. – С.86; Анисимов А.П., Ветютнев Ю.Ю., Мохов А.А., Рыженков А.Я., Черноморец А.Е. Обновление отраслевой структуры российского права // Новая правовая мысль. – 2005. - № 2. – С. 8 и др.

² Анисимов А.П., Юшкова Н.Г. Градостроительное право – новая отрасль в системе российского права // Право и политика. – 2008. - №9; Аракельян Н.В. Правовое регулирование градостроительной деятельности: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Краснодар. – 2010; Ганеев Р.Р. О сущности градостроительного права и его связях с гражданским правом // Евразийский юридический журнал. – 2010. - №2 (21).

Правовое положение общих субъектов градостроительного права регламентировано преимущественно нормами гражданского права, которые применимы для большинства отраслей права.

Например, физическим лицам, как общим субъектам градостроительных отношений посвящена Глава 3 «Граждане (Физические лица)» Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Понятие и виды юридических лиц даются в Главе 4 «Юридические лица» ГК РФ. Порядок участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, закреплен в Главе 5 ГК РФ.

Вместе с тем, полномочиям органов государственной власти РФ, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления в области градостроительной деятельности посвящена специальная Глава 2 ГрдК РФ. Так, вопросы, связанные с выдачей разрешений на строительство, разрешений на ввод объектов в эксплуатацию отнесены к исключительной компетенции органов местного самоуправления (п.5 ст.8 ГрдК РФ). Например, на территории города Казани решением Казанской городской Думы от 24 декабря 2005 года №11-5 было образовано муниципальное учреждение «Управление градостроительных разрешений Исполнительного комитета г. Казани», уполномоченное выдавать разрешения на строительство и разрешения на ввод в эксплуатацию объектов капитального строительства.

Вопросы же осуществления государственного строительного надзора, отнесены к компетенции органов государственной власти субъектов РФ (п. 4 ст.7 ГрдК РФ). Например, на территории Республики Татарстан в соответствии с Постановлением Кабинета Министров РТ от 12.11.2007 г. №662 вопросы государственного строительного надзора отнесены к компетенции Инспекции государственного строительного надзора Республики Татарстан.

В отношениях, связанных с территориальным планированием в качестве субъектов рассматриваемых отношений могут быть задействованы органы государственной власти РФ, органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления (Глава 3 ГрдК РФ, ст.ст.9-29 и др.).

В отношениях, связанных с градостроительным зонированием могут быть задействованы органы государственной власти РФ, органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления (Глава 4 ГрдК РФ, ст.ст.30-40 и др.). Одним из таких федеральных органов, к компетенции которого отнесены вопросы государственного кадастра недвижимости, в соответствии с Указом Президента РФ от 25.12.2008 г. №1847 является Федеральная служба государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестр).

В отношениях, связанных с планировкой территорий могут быть задействованы органы государственной власти РФ, органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления (Глава 5 ГрдК РФ, ст.ст.41-46 и др.).

Государственный контроль за деятельностью саморегулируемых организаций в сфере градостроительства и ведению реестра саморегулируемых организаций выполняет Федеральная служба по экологическому, технологическому и атомному надзору (Ростехнадзор).

На основании изложенного можно сделать вывод о наличии межотраслевых связей гражданского и градостроительного права в регулировании правового положения общих субъектов градостроительного права.

К специальным субъектам градостроительного права следует относить субъектов, особенности правового статуса которых преимущественно закреплены нормами специального законодательства о градостроительной деятельности. Например, к специальным субъектам градостроительного права следует относить застройщика, изыскателя, проектировщика, технического заказчика, саморегулируемые организации в сфере градостроительства и др.

Как правило, правовой статус специальных субъектов градостроительного права устанавливается одновременно нормами гражданского и градостроительного права. В развитие норм гражданского права, посвященных общим субъектам гражданского права, нормами градостроительного права устанавливаются особенности их правового регулирования применительно к специфическим градостроительным отношениям.

Например, правовой статус изыскателя закреплен одновременно нормами гражданского и градостроительного законодательства. Так, в соответствии с нормами гражданского законодательства, под изыскателем следует понимать лицо, которое по договору подряда на выполнение изыскательских работ обязано по заданию заказчика выполнить изыскательские работы (ст.ст. 758-762 ГК РФ).

В соответствии же с нормами законодательства о градостроительной деятельности, под лицами, выполняющими инженерные изыскания, следует понимать застройщика, либо привлекаемое на основании договора застройщиком или техническим заказчиком физическое или юридическое лицо, имеющими выданные саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким видам работ (Ст. 47 ГрдК РФ).

Правовой статус проектировщика также закреплен одновременно нормами гражданского и градостроительного законодательства. Так, в соответствии с нормами гражданского законодательства, под проектировщиком следует понимать лицо, которое по договору подряда на выполнение проектных работ обязано по заданию заказчика разработать техническую документацию (ст.ст. 758-762 ГК РФ).

В соответствии же с нормами законодательства о градостроительной деятельности, под лицом, осуществляющим подготовку проектной документации, следует понимать застройщика, либо привлекаемое застройщиком или техническим заказчиком на основании договора физическое или юридическое лицо, имеющими выданные саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким видам работ (Ст. 48 ГрдК РФ). Правовое положение проектировщика закрепляется также специальным законом «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» от 17 ноября 1995 г. №169-ФЗ (с изменениями и дополнениями).

При установлении правового статуса одного из основных субъектов градостроительного права - застройщика, нормы гражданского законодательства существенным образом дополняются нормами градостроительного законодательства. Например, согласно ст. 2 ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» под застройщиком следует понимать юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы,

имеющее в собственности или на праве аренды земельный участок и привлекающее денежные средства участников долевого строительства в соответствии с настоящим ФЗ для строительства (создания) на этом земельном участке многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости, за исключением объектов производственного назначения, на основании полученного разрешения на строительство. Соответственно, дополнительными признаками правового статуса застройщика, закрепленными указанным законом, являются: наличие у такого лица в собственности или на праве аренды земельного участка для строительства (создания) на этом земельном участке многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости, за исключением объектов производственного назначения; привлечение таким лицом денежных средств участников долевого строительства в соответствии с указанным ФЗ; наличие у такого лица разрешения на строительство. Таким образом, бесспорным является наличие межотраслевых связей гражданского и градостроительного права в регулировании субъектов градостроительного права¹.

Несмотря на то, что субъекты градостроительного права могут быть общими и специальными, их правовой статус закрепляется одновременно нормами гражданского и градостроительного права. К общим субъектам градостроительного права следует относить РФ, субъекты РФ, муниципальные образования, физические и юридические лица, правовой статус которых закреплен общими нормами гражданского права.

Объем полномочий общих субъектов градостроительного права может быть конкретизирован нормами градостроительного права. К специальным субъектам градостроительного права следует относить застройщика, технического заказчика, проектировщика и других лиц, предусмотренных специальным законодательством о градостроительной деятельности.

При этом общие положения о специальных субъектах градостроительного права закреплены нормами гражданского права, а особенности их правового статуса закреплены нормами специального законодательства о градостроительной деятельности.

*Гарифуллина Г.Х.,
Институт права Башкирского государственного университета*

Юридическая ответственность за нарушение лесного законодательства: понятие и специфика

В Российской Федерации не ослабевает реальная потребность повышения эффективности охраны лесов, что связано с особым значением леса как природного ресурса в экономике страны, его важной ролью для российского менталитета и культуры, а также довольно частыми в настоящее время случаями хищнического использования лесных ресурсов и другими социальными, экономическими, экологическими факторами.

¹Подробнее о межотраслевых связях гражданского права, см.: Чельшев М.Ю. Концепция оптимизации межотраслевых связей гражданского права: постановка проблемы. Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 2006. – С.78; Губин Е.П. Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – М., 2003. – С.12.

Для дачи характеристики юридической ответственности за нарушение лесного законодательства, на наш взгляд, необходимо идти от общему к частному, то есть от общего понятия юридической ответственности к понятию указанной отраслевой ответственности.

Юридическая ответственность, как известно, представляет собой разновидность правового принуждения. Она заключается в обязанности лица претерпевать определенные лишения государственно-властного характера за совершенное правонарушение¹. Тем самым, основанием для юридической ответственности является правонарушение; в случае если поведение субъекта не подпадает под признаки правонарушения - данное лицо не подлежит юридической ответственности.

В правовой науке наибольшее распространение получила классификация юридической ответственности по отраслевой принадлежности². Так, различают дисциплинарную, административную, материальную, гражданскую и уголовную ответственность. Каждому виду юридической ответственности присущи специфические меры наказания и особый порядок их применения.

Юридическая ответственность, как признают правоведы, независимо от ее отраслевой принадлежности преследует две основные цели : 1) защиту правопорядка; 2) воспитание граждан в духе уважения к праву.

Представляется, что в связи с особым характером предмета посягательства (лесной фонд) юридическую ответственность за нарушение лесного законодательства следует отнести к такой правовой отрасли как экологическое право, а, следовательно, к виду эколого-правовой ответственности.

Под юридической ответственностью за экологические правонарушения понимается отношение между государством в лице специально уполномоченных органов в области охраны окружающей среды, правоохранительных органов, иными уполномоченными субъектами и совершившим экологическое правонарушение лицом (физическим, должностным или юридическим) по применению к нарушителю соответствующего взыскания. Сущность юридической ответственности заключается в неблагоприятных последствиях, наступающих для нарушителя экологических требований³.

Отличительной чертой эколого-правовой ответственности выступает особый объект посягательства – сохранность окружающего природного пространства и особый субъект, уполномоченный применять санкции за соответствующее правонарушение. В свою очередь юридическая ответственность за нарушение лесного законодательства имеет еще более узкий объект посягательства – сохранность лесов и круг субъектов, уполномоченных ее применять.

Юридическая ответственность в общем виде, как отмечают ученые юристы, обладает рядом функций: 1) возмездие государства по отношению к правонарушителю и предупреждение новых правонарушений; 2) формирование у адресатов права мотивов, побуждающих соблюдать законы, уважать права и законные интересы других лиц; 3) взыскание причиненного вреда с правонарушителя для компенсации потерь потерпевшей стороне, восстановления ее имущественных прав⁴.

¹ См.: Старков О. В., Упоров И. В. Теория государства и права: учебник /Под. общ. ред. О. В. Старкова. -3-е изд., перераб. и доп., учеб. - М.: Издательско-торговая корпорация "Дашков и К", 2012. - С 148.

² См.: там же.

³ См.: Бринчук М.М. Экологическое право: учебник/М.М. Бринчук.- 4-е изд.- М.: Эксмо. - 2010. - С. 373.

⁴ См.: Репетева О. Е. К вопросу о понятии юридической ответственности. //Право и государство. – 2010. - № 1. - С. 149.

На основе указанных функций, по нашему мнению, можно определить такие для юридической ответственности за нарушение лесного законодательства: 1) стимулирующую, которая проявляется в наличии экономических и правовых стимулов, понуждающих к соблюдению норм лесного законодательства; 2) компенсационную, направленную на возмещение потерь лесного хозяйства; 3) превентивную, обеспечивающую предупреждение новых правонарушений в области использования и охраны лесов; 4) карательную (штрафную), заключающуюся в наказании лица, виновного в совершении лесного правонарушения.

Для привлечения лица к рассматриваемому виду ответственности, исходя из общетеоретических положений, необходимо наличие следующих факторов: 1) норм, предусматривающих условия, порядок привлечения к юридической ответственности и ее меры; 2) правонарушение как основание привлечения лица к ответственности; 3) процессуальный или процедурный акт применения норм права. Основанием возложения юридической ответственности в рассматриваемой сфере служит правонарушение в области использования и охраны лесов.

По нашему мнению, ответственность за нарушение лесного законодательства обладает отраслевой спецификой, выражающаяся в виде приостановления, ограничения и прекращения прав природопользования: аннулирование лесорубочного и лесного билета, расторжение договора аренды и концессии в лесопользовании. Вследствие чего ответственность за нарушение лесного законодательства, следовало бы выделить как отдельный вид юридической ответственности.

Далее приведем несколько существующих определений юридической ответственности за нарушение лесного законодательства:

- 1) «установленная государством и предусмотренная санкцией юридической нормы мера принуждения, применяемая к лицу, совершившему лесонарушение»¹;
- 2) «система мер воздействия, распространяющаяся на граждан и юридических лиц, виновных в нарушении лесного законодательства РФ»²;
- 3) «основанная на нормах лесного права обязанность субъекта лесных отношений претерпевать неблагоприятные последствия в виде лишений личного или материального характера за совершенное правонарушение в области использования и охраны лесов в соответствии с санкцией нарушенной нормы права»³.

Все обнаруженные нами оригинальные определения юридической ответственности за нарушение лесного законодательства, на наш взгляд, являются не совсем полными. Такой вывод следует, в частности, из анализа содержащихся в лесном законодательстве правовых норм.

Лесной кодекс Российской Федерации от 4 декабря 2006 г. № 200-ФЗ (ред. от 28 июля 2012 г.)⁴, не содержит в себе понятий юридической ответственности за нарушение лесного законодательства. Статьи 99 и 100 представляющие собой главу об ответственности лишь отсылают к нормам уголовного, административного и гражданского законодательства. При этом в статье 99 указывается такая черта

¹ Зиновьева О. А. Юридическая ответственность за нарушение лесного законодательства : Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.06 - Природоресурсное право; Аграрное право; Экологическое право; Науч. рук. Г. Е. Быстров. - М., 2001. - С. 5.

² Колесова О. Н. О соотношении норм земельного, лесного и гражданского законодательства: теория и практика. //Актуальные проблемы правопедения. - 2010. - № 4. - С. 119.

³ Ханжина С.В. Юридическая ответственность за нарушение лесного законодательства. //Вестник Челябинского университета. - 2003. - № 2 (6). - С. 82-92.

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. - 2006. - № 50. - Ст. 5278.

юридической ответственности за нарушение лесного законодательства как обязанность устранить выявленное нарушение и возместить причиненный правонарушителями вред в не зависимости от исполненного административного или уголовного наказания. Данная обязанность прямо вытекает из принципов экологического права, а именно ст. 77 Федерального закона «Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ (ред. от 25 июня 2012 г.)¹: «Юридические и физические лица, причинившие вред окружающей среде в результате ее загрязнения, истощения, порчи, уничтожения, нерационального использования природных ресурсов, деградации и разрушения естественных экологических систем, природных комплексов и природных ландшафтов и иного нарушения законодательства в области охраны окружающей среды, обязаны возместить его в полном объеме в соответствии с законодательством».

С учетом изложенного, по нашему мнению, можно сформулировать следующее определение юридической ответственности за нарушение лесного законодательства. Это – обязанность лица, совершившего лесонарушение претерпевать меры государственного принудительного воздействия, предусмотренного санкцией правовой нормы, а также в полном объеме возмещать вред, причиненный лесному фонду.

*Греченкова О.Ю., кандидат юридических наук, доцент,
Южно-Российский государственный университет экономики и сервиса*

Соблюдение адвокатской тайны и адвокатской этики как основные задачи современной адвокатуры

Деятельность адвокатуры тесно связана в правом гражданина на охрану его личной жизни. Конституция устанавливает это право и указывает, что гарантируется и тайна переписки, и телефонных переговоров, и телеграфных сообщений. Меры охраны личной жизни граждан предусмотрены как в уголовно-процессуальном законодательстве, так и гражданском законодательстве.

Адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. Адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения.

Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления, а также на предметы, которые запрещены к обращению или

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. - 2002. - № 2. - Ст. 133.

оборот которых ограничен в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Одна из задач адвокатуры – обеспечить уважение прав, чести и достоинства других лиц, их права на тайну личной жизни. Участие в разрешении данной задачи предполагает, что адвокат с уважением относится к правам, чести и достоинству граждан. Выполняя профессиональные функции, не вправе задавать вопросы или допускать в устной или письменной форме высказывания, оскорбительные для свидетеля, потерпевшего или иного лица. При истребовании документов через юридическую консультацию адвокату необходимо помнить о конституционном праве граждан на охрану личной жизни. Суд и иной орган не вправе выяснять обстоятельства личной жизни граждан, не имеющие отношения к делу. Также нет такого права и у адвоката. Он должен учитывать, что его действия и поведение других лиц, связанных с информацией о личной жизни граждан, могут воспроизводиться лишь со строго целевым назначением. Обязанность хранения тайны адвокат не может нарушить, но в исключительных случаях может возникнуть очень сложная ситуация. Например, доверитель отрицает нарушение права и сообщает адвокату о реабилитирующем обстоятельстве, но оглашать его публично отказывается. Вправе ли адвокат раскрыть тайну, которая ему была доверена? Если выполнит волю доверителя – решение будет не в его пользу, а, следовательно, когда же нарушит тайну, он, возможно, будет невиновен. Законодательство, охраняющее профессиональную тайну, наполнено большим смыслом. Нарушение доверия всегда вызывает у человека чувство негодования. Отсюда необходимо, чтобы лица, обращающиеся к адвокату, видели в нем человека, который окажет им юридическую помощь и не повредит им разглашением известных ему сведений. Профессиональная тайна адвоката является публично-правовым явлением. С ее помощью гарантируются интересы, как правосудия, так и личности. Сведения, составляющие личную тайну граждан, адвокат может почерпнуть из порученного ему дела, на приеме в адвокатском образовании, где он составляет жалобу или совет. Но ни при каких условиях адвокат не может разглашать эти сведения.

Разглашением сведений являются те случаи, когда полученные адвокатом сведения становятся известными хотя бы одному постороннему лицу. Иногда адвокату требуется посоветоваться с коллегами. Их нельзя отнести к посторонним. Однако и в этом случае нужно стремиться к сдержанности, не называть дела, фамилии доверителя или судьи и т.д.

Способы разглашения тайны различны: это сообщение в сети Интернет, в беседе или частном письме; докладе или публикации; путем ознакомления с адвокатским досье и т.п. Но, независимо от способа, умысла или неосторожности адвоката и вида оказанной им юридической помощи поведение адвоката непрофессионально, а поэтому может быть рассмотрено руководством коллегии адвокатов. При подтверждении факта он может быть наказан. Обязанность хранить тайну должна распространяться не только на адвокатов, но и на всех работников адвокатских образований и руководящих органов (бухгалтеров, кассиров, секретарей и др.). В течение, какого времени адвокат обязан сохранять в тайне доверенные ему сведения? Скорее всего, бессрочно, даже после смерти лица, доверившего адвокату сведения. Для предания огласке такого рода информации необходимо согласие правопреемников.

Всегда ли деятельность защитника отвечает нравственным установкам? Не задает ли адвокат себе вопрос: «Зачем я должен пытаться облегчить участь человека, совершившего правонарушение, причем, когда я абсолютно уверен, что он его совершил и никаких угроз и насилия по отношению к нему не прослеживается?». Общеизвестно, что у адвоката нет права на ложь. Но как в этом случае он может поддержать своего клиента, подкрепить доводами его ложные высказывания, если сам не будет неверно оценивать фактические обстоятельства, доказывающих виновность, либо о них умалчивать. «Защитник должен говорить не всю правду, но - правду» - пишет М. Барщевский в своей книге «Адвокатская этика». Получается, что защитник должен иногда вступать в конфликт со своей совестью и действовать в житейском понимании безнравственно. Недостаточная разработанность понятий адвокатской этики, таких как «профессиональная нравственность», «нравственная ответственность» ведут к тому, что в индивидуальной концепции адвоката формируются неадекватные этические принципы и правила поведения. Есть некоторые качества, которые не пригодны не только для зрелых адвокатов, но и для кандидатов в адвокаты: низкий уровень нравственности, психологическая неустойчивость, повышенная личностная тревожность, низкий уровень интеллекта, внушаемость и комфортность, плохие речевые способности, грубость, агрессивность, жестокость.

В число требований к личности адвоката можно включить следующие качества: развитое правосознание, высокий уровень интеллекта, выдержка и стрессоустойчивость, умение устанавливать личный контакт и риторические способности. Утверждение норм адвокатской этики процесс сложный и длительный. Этические нормы эффективны тогда, когда становятся внутренним законом для каждого посвятившего себя адвокатуре.

*Груздев В.В., кандидат юридических наук,
МО «Северо-Байкальский район»*

Понятие и содержание механизма гражданско-правовой защиты

Любой правовой механизм есть упорядоченное взаимодействие (динамическое единство) набора явлений, обеспечивающих достижение конечной цели определенной юридически значимой деятельности. В частности, принято говорить о механизме правового регулирования, механизме реализации ответственности, механизме заключения договора и т.п. Широко используется в юриспруденции, законодательстве и судебной практике также категория «механизм защиты прав»¹.

Как правило, говоря о защитительном механизме, имеют в виду внешнее по отношению к обладателю права явление, отсюда несовпадение субъекта защиты и обладателя нарушенного (оспоренного) права (охраняемого законом интереса) – так называемые международная и внутригосударственная защита; судебная и несудебная защита и т.п. В данном случае механизм защиты прав в той или иной мере выводится на уровень механизма правового регулирования и зачастую содер-

¹ Об этом см.: Бутнев В.В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1990; Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора [Электронный ресурс]. М., 2006 // КонсультантПлюс; Брусско Б.С. Категория защиты в российском конкурсном праве [Электронный ресурс]. М., 2006 // КонсультантПлюс.

жательно строится по аналогии с последним¹. Весьма показательно в этом плане следующее высказывание: «Составными частями механизма гражданско-правовой защиты выступают нормативное регулирование, правонаделение, акты реализации прав и обязанностей, правоприменение, а также охранительные правоотношения, которые направлены на защиту нарушенных (нарушаемых) или оспариваемых регулятивных субъективных прав (норм)»².

Существует подход, в соответствии с которым механизм защиты прав находится в иной плоскости, нежели механизм правового регулирования. В то же время, поскольку объектом исследования выступает не только деятельность защищаемого лица, но и правоприменительных органов, в механизм защиты прав неизбежно попадают элементы процессуального свойства³. Подобное не наблюдается только тогда, когда анализируется защитительная деятельность обладателя самого защищаемого права (охраняемого законом интереса). Так, М.А. Рожкова разграничивает механизм судебной защиты гражданских прав и механизм защиты гражданских прав самим субъектом защиты. По ее мнению, второй механизм допускает применение тех средств правовой защиты, которые вправе использовать сам субъект защиты как до обращения в суд, так и после возбуждения дела⁴.

Учитывая приведенные научные взгляды, с целью выявления сущности и содержания механизма гражданско-правовой защиты предварительно следует соотнести его с другой хорошо изученной юридической наукой категорией – механизмом правового регулирования.

Механизмом правового регулирования именуется взятая в единстве система правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения⁵. Механизм же гражданско-правового регулирования, как составная часть механизма правового регулирования, представлен гражданско-правовыми средствами⁶ регулирования имущественных и личных неимущественных отношений, построенных на началах равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

Правовые средства, составляющие в своем единстве и взаимодействии механизм правового регулирования, выступают в качестве элементов данного механизма. Среди них различаются основные (главные) элементы, которые являются определяющими на конкретной стадии процесса правового регулирования, и вспомогательные элементы, которые примыкают к основным, обеспечивая эффективность последних⁷. Так, на стадии общего действия гражданско-правовых норм основным элементом является гражданско-правовая норма, на стадии возникновения гражданских прав и обязанностей – гражданско-правовое отношение, на стадии реализации гражданских прав и обязанностей – акты реализации гражданских

¹ Капицын В.М. Права человека и механизмы их защиты: учебное пособие. – М.: 2003. – С. 139-144; Бутнев В.В. К понятию механизма защиты субъективных прав / Субъективное право: Проблемы осуществления и защиты: сб. науч. тр. Владивосток, 1989. – С. 6-14.

² Андреев Ю.Н. Механизм гражданско-правовой защиты [Электронный ресурс]. М., 2010 // КонсультантПлюс.

³ Клеандров М.И. Стадии защиты нарушенных хозяйственных прав / XXVI съезд КПСС и правовые вопросы совершенствования хозяйственного механизма: сб. статей. – М., 1982. – С. 72-76.

⁴ Рожкова М.А. Указ. раб.

⁵ Алексеев С.С. Общая теория права. – М., 2008. – С. 267.

⁶ См., напр.: Барков А.В. Гражданско-правовые средства в механизме правового регулирования: вопросы методологии // Право и государство: теория и практика. – 2008. - №5. – С. 59.

⁷ См.: Алексеев С.С. Указ. раб. – С. 280-285.

прав и обязанностей, на факультативной стадии применения гражданского права – акты применения гражданского права.

Гражданско-правовая защита, как акт реализации защитительной возможности, относится к числу главных элементов механизма правового регулирования. Причем гражданско-правовая защита может иметь место как на стадии реализации субъективных прав и обязанностей, так и на стадии применения объективного гражданского права. Необходимо поэтому выделить следующие основные модели процесса правового регулирования, включающего гражданско-правовую защиту: стадия общего действия норм гражданского права; стадия возникновения регулятивных прав и обязанностей; стадия реализации регулятивных прав и обязанностей; стадия общего действия норм гражданского права; стадия возникновения охранительных гражданских прав и обязанностей; стадия реализации охранительных гражданских прав и обязанностей; стадия общего действия норм гражданского права; стадия возникновения регулятивных прав и обязанностей; стадия применения права; стадия реализации регулятивных прав и обязанностей; стадия общего действия норм гражданского права; стадия возникновения охранительных гражданских прав и обязанностей; стадия применения права; стадия реализации охранительных гражданских прав и обязанностей. В первых из двух перечисленных моделях гражданско-правовая защита осуществляется в неюрисдикционной форме на стадии реализации регулятивных гражданских прав и обязанностей, в третьей модели – в юрисдикционной форме на стадии применения права (в случаях защиты оспариваемого регулятивного права и реализации правомочия на присуждение к исполнению регулятивной обязанности в натуре), в четвертой модели – в юрисдикционной форме на стадии применения права и на стадии реализации охранительных гражданских прав и обязанностей.

Как видно, гражданско-правовая защита включена в механизм правового регулирования в качестве его составной части. Поэтому, по логике вещей, механизм гражданско-правовой защиты также является лишь частью, срезом механизма правового регулирования, объединяя в динамическом аспекте те элементы последнего, которые непосредственным образом служат цели защитительной деятельности управомоченного (заинтересованного) лица. Такими элементами во всяком случае выступают: 1) охранительные правовые нормы; 2) факты, порождающие защитительные возможности; 3) нарушенные или оспоренные регулятивные правоотношения, включающие охранительные правомочия, а также охранительные правоотношения (обязательства), в состав которых входят охранительные права; 4) арсенал защиты (защитительные средства в широком смысле), с помощью которого фактически реализуются защитительные возможности. И только когда речь заходит о юрисдикционной гражданско-правовой защите, рассматриваемый механизм дополняется пятым, факультативным элементом, а именно арсеналом публично-правовой защиты в виде процессуальных средств, используемых соответствующим правоприменительным органом (решением суда, действием судебного пристава-исполнителя по принудительному исполнению и т.п.). В последнем случае механизм гражданско-правовой защиты оказывается тождественным механизму защиты гражданских прав, поскольку включает деятельность правоприменительных органов. Вместе с тем арсенал публично-правовой защиты подлежит исследованию гражданско-процессуальной, арбитражно-процессуальной и административно-правовой отраслями юридической науки. Что касается цивилистики, то она

должна изучать сугубо материально-правовые аспекты защитительной деятельности, т.е. только те юридические явления, которые образуют механизм неюрисдикционной гражданско-правовой защиты.

Охранительные правовые нормы, а также факты, порождающие охранительные правомочия и охранительные права, будучи предпосылками гражданско-правовой защиты, запускают, приводят в действие рассматриваемый механизм в каждом конкретном случае нарушения или оспаривания субъективного права (охраняемого законом интереса). В этой связи они составляют соответственно нормативную и фактическую основы защитительной деятельности управомоченного (заинтересованного) лица. Стержнем механизма гражданско-правовой защиты являются защитительные возможности (охранительные правомочия или охранительные права), ибо их реализацией достигается самая цель защиты. В свою очередь для фактической реализации защитительной возможности требуется определенный инструментарий (защитительные средства в широком смысле), образующий арсенал защиты.

Действие механизма гражданско-правовой защиты может быть представлено схематическим образом. Используя определенное средство гражданско-правовой защиты, управомоченное (заинтересованное) лицо самостоятельно или при помощи государства (которое в этом случае применяет со своей стороны арсенал публично-правовой защиты) осуществляет меру гражданско-правовой защиты, проистекающую из нормативной и фактической основ гражданско-правовой защиты. Тем самым достигается конечная цель защитительной деятельности. То есть разворачивается следующая логически замкнутая цепочка: предпосылки (нормативная и фактическая основа) защиты – защитительные возможности – арсенал защиты – цели защиты. Центральным, «связующим» звеном в указанной цепочке выступают охранительные возможности, т.к. именно от их содержания непосредственно зависит направление всей защитительной деятельности субъекта гражданско-правовой защиты. Итак, под механизмом гражданско-правовой защиты как разновидностью правового механизма следует понимать динамическое единство юридических явлений, с помощью которых обеспечивается достижение управомоченным (заинтересованным) лицом целей защитительной деятельности.

*Исаева Т.В., кандидат юридических наук,
Саратовская государственная юридическая академия, филиал в г. Смоленске*

Значение судебной практики в системе источников гражданского права

Вопросы о роли и значении судебной практики для гражданского права и место судебной практики в системе источников гражданского права РФ не имеют однозначного выражения в правовой доктрине и законодательстве. Для анализа вышеуказанных вопросов необходимо исследовать научную среду и законодательство в поиске существующих подходов к пониманию судебной практики.

Правовые основы роли и значения судебной практики определяются ст.126, 127 Конституции РФ. «Верховный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет в предусмотренных ФЗ процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по

вопросам судебной практики»¹. «Высший Арбитражный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами, осуществляет в предусмотренных ФЗ процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по вопросам судебной практики»². Помимо конституционных положений, правовое регулирование судебной практики осуществляется через Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», в частности ст. 6, 19, 23., Федеральный конституционный закон от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» ст. 9 и 14 и Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 № 1-ФКЗ (ред. от 30.04.2010) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» ст. 9 и 10 и другие нормы указанных законов.

Из вышеуказанных норм следует, что полномочиями по формированию судебной практики облают Высший Арбитражный суд РФ и Верховный Суд РФ, через Пленумы ВС РФ и ВАС РФ. Главная их роль состоит в установлении единообразного понятия и применения гражданско-правовых норм.

Обобщения судебной практики издаются в форме Постановления пленума ВАС РФ или ВС РФ, в ряде случаев имеет место издание совместных постановлений Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Примером таких совместных постановлений может послужить Совместное постановление Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 10/22 о защите права хозяйственного ведения и оперативного управления в арбитражном суде, положения которого обобщают практику судов общей юрисдикции и арбитражных судов РФ.

Однако, несмотря на широкое практическое распространение института судебной практики, законодательство не даёт легального определения термину - судебная практика. Вместо этого, законодательство указывает ситуации в которых высшие судебные органы организуют обобщение судебной практики, к примеру, Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 № 1-ФКЗ (ред. от 30.04.2010) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» указывает, что: «1. Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: рассматривает материалы изучения и обобщения практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами и дает разъяснения по вопросам судебной практики»³. Таким образом, указывается на ситуации когда необходимо установить обобщение судебной практики с целью единообразного применения и толкования законодательства РФ.

Из всего вышеизложенного следует, что Судебная практика представляет собой совокупность изученных и обобщенных высшими судебными органами вопросов толкования и применения норм гражданского законодательства и изданных в форме постановления Пленумов ВАС или ВС РФ.

Практическое значение обобщений судебной практики заключается в необходимости привести все ситуации применения и толкования норм гражданского права судами общей юрисдикции и арбитражными судами к единообразию. К приме-

¹ Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 г. (в ред. от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, № 7-ФКЗ). Ст. 126 // Российская газета от 25 декабря 1993 г.; СЗ РФ, 2009. № 4. – Ст. 445.

² Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 г. (в ред. от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, № 7-ФКЗ). Ст. 126 // Российская газета от 25 декабря 1993 г.; СЗ РФ, 2009. № 4. – Ст. 127.

³ Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 № 1-ФКЗ (ред. от 30.04.2010) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // СЗ РФ, 1995. – № 18. – Ст. 1589; Российская газета от 16.05.1995. – № 93.

ру, можно рассмотреть ситуацию, изложенную в Постановлении Пленума ВАС РФ от 30.04.2009 № 32 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Так, вопросы, указанные в преамбуле постановления касаются института арбитражного управления предприятием. В частности проблемы толкования и применения арбитражными судами РФ положений абзац второй п. 1 ст.66, абзац седьмой п. 4 ст. 83, абзац пятый п. 1 ст. 99, абзац второй п. 7 ст.103, абзац второй п. 4 ст. 129 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Все указанные выше положения закона касаются права арбитражного (конкурсного) управляющего на предъявление от своего имени требования о признании недействительными сделок и решений, а также о применении последствий недействительности ничтожных сделок, заключенных или исполненных должником. Проблема применения и толкования норм права в указанных ВАС РФ случаях связана с соотношением полномочий представителя должника и арбитражного (конкурсного) управляющего, а так же правовых последствиях не привлечения представителя должника к участию в подобном деле.

Пленум ВАС РФ указывает, что «при предъявлении арбитражным управляющим от своего имени иска, связанного с недействительностью сделки, без указания должника в качестве одного из ответчиков арбитражный суд по ходатайству сторон или с согласия истца на основании абзаца первой части 2 статьи 46 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации привлекает должника к участию в деле в качестве другого ответчика.

Вместе с тем в силу положений абз.4 п.1 ст.94 и п.1 ст. 129 Закона о банкротстве внешний (конкурсный) управляющий при предъявлении от своего имени иска, связанного с недействительностью сделки должника, участвует в деле, возбужденном по такому иску, и в интересах должника (пункт 4 статьи 20.3 Закона). В случае предъявления внешним (конкурсным) управляющим от своего имени иска, связанного с недействительностью сделки должника, решение суда об удовлетворении этого иска без привлечения должника в качестве одного из ответчиков не подлежит отмене как принятое в отношении прав и обязанностей лица, не участвовавшего в деле (пункт 4 части 4 статьи 270, пункт 4 части 4 статьи 288 АПК РФ)»¹.

Тем самым пленум ВАС РФ устраняет расхождения в применении арбитражными судами АПК РФ и ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в части прав арбитражного (конкурсного) управляющего на предъявление от своего имени иска о недействительности сделок совершённых должником, а так же разрешает вопрос об отмене решения суда вынесенного без привлечения в вышеуказанных случаях представителя должника.

Таким образом, можно сделать вывод, что роль судебной практики в системе гражданского права и источников права не сводится к сугубо обобщению судебных актов, а представляет собой систему выработки единого и юридически верного применения норм законодательства, по средством права высших судебных органов на общение судебной практики и дачу разъяснений судам относительно порядка применения и толкования норм гражданского права.

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.04.2009 № 32 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Вестник ВАС РФ, июль, 2009. Общие вопросы, абзац 3 и 4 п.1. – № 7.

Некоторые аспекты Российско-американского усыновления

13 июля 2011 года в Вашингтоне министром иностранных дел РФ Сергеем Лавровым и госсекретарем США Хиллари Клинтон было подписано соглашение о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей. Президент России Владимир Путин ратифицировал его 30 июля 2012 года, а 1 ноября оно вступило в силу¹. Наши страны очень долго шли к подписанию этого документа. Состоялось 7 раундов переговоров. Не раз соглашение оказывалось под угрозой срыва. Поворотным моментом стало дело Артема Савельева, которого бывшая приемная мать выслала из США одного с запиской. Тогда стало очевидно, что в сфере международного усыновления царит полный хаос, от чего в первую очередь страдают дети. И без двустороннего соглашения усыновление продолжать невозможно. Подписанный документ был призван улучшить постусыновительный контроль, предполагает активное участие российской стороны в этом процессе и призван защитить российских детей от насилия в американских семьях. Как провозглашает п. 1 ст. 3 - соглашение заключается для того, чтобы усыновление детей из РФ в США и из США в РФ осуществлялось в целях обеспечения защиты прав и наилучших интересов ребенка². В соглашении четко сформулированы требования к американским кандидатам в усыновители, которые должны представлять официальные заключения о своей «пригодности и правомочности» взять ребенка (см. п. 1 ст. 8). Кроме того, они должны предъявить подтверждение, что прошли «социально-психологическую подготовку» (см. ст. 10 п. б).

Соглашение исключает «независимое» усыновление и регламентирует вопрос с гражданством. Усыновленный ребенок сохраняет гражданство РФ до 18 лет, при этом приобретая американское гражданство при въезде на территорию США (см. п.2 ст. 13). Но событие, произошедшее 28 декабря 2012 года, аннулировало данное двустороннее соглашение, к которому шли долгие годы.

Так, 28 декабря 2012 года Президент РФ Владимир Путин подписал ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан РФ»³. Пункт 1. ст. 4 данного ФЗ – запрещает передачу детей, являющихся гражданами РФ, на усыновление гражданами США, а п. 2. ст. 4 – прекращает действие Соглашения между РФ и США о сотрудничестве в области усыновления (удочерения)⁴. Что касается детей, которые уже были подготовлены для отъезда в американские приемные семьи, то они остаются в России. Вместе с ним был подписан Указ «О некоторых мерах по реализации государственной политики в сфере защиты детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей». Данный документ упрощает процедуру усыновления (см. ст. 1 п. а.), а также предоставляет налоговые льготы российским приемным семьям (см. ст. 1 п. б.).

¹ По материалам сайта: www.usynovite.ru <http://www.usynovite.ru/massmedia/cf30fd145d.html>

² Соглашение между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей. От 28 июля 2012 года.

³ РИА НОВОСТИ <http://ria.ru/society/20121228/916594863.html>

⁴ ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан РФ» от 28.12.2012 года. №272.

Указ президента совершенствует оказание детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей, а в случае выявления у них заболеваний медицинской помощи всех видов, включая специализированную, в том числе высокотехнологичную, медицинскую помощь (ст. 1 п. а.). Согласно п. б ст. 1 - с 1 января 2013 года повышается социальная пенсия детям-инвалидам и инвалидам с детства 1-й группы до 8704 рублей в месяц (сейчас — 6357 рублей). Кроме того, будет увеличено единовременное пособие при передаче ребенка на воспитание в приёмную семью. В ст. 1 оговорено, что правительству поручено до 15 февраля 2013 года принять решение по созданию механизмов поддержки усыновителей, а п. а ст. 1 — снижены требования к нормативам площади жилого помещения, включая оформление документов и уменьшение объемов отчетностей. Правительству РФ необходимо представить предложения об увеличении компенсации лицам, осуществляющим уход за детьми-инвалидами в возрасте до 18 лет (см. ст.1 п. в)¹. На сегодняшний день это принципиально важный момент, потому что такая выплата, предусмотренная ст. 1 Указа президента «О компенсационных выплатах лицам, осуществляющим уход за нетрудоспособными гражданами» составляет всего 1200 рублей² и не является возможной и достаточной для целей ухода, особенно для тех людей, кто не работает, у кого нет другого источника дохода кроме помощи государства. А обещанная социальная пенсия детям-инвалидам и инвалидам детства 1-й группы в 8704 рубля — это мизерная сумма в плане поддержки инвалидов.

Уполномоченный по правам человека в РФ Владимир Лукин заявил, что по-прежнему критически относится к «закону Димы Яковлева» и считает, что он будет оспорен в Конституционном суде. «Мое мнение о законе не изменилось. На мой взгляд, закон неграмотный, в нем большое количество правовых неопределенностей и есть моменты, которые вызывают сомнения в его соответствии Конституции и другими законами России³».

Также прозвучало позорное предложение от ряда депутатов, которые предложили разрешить американцам усыновление российских детей-инвалидов.

Следует согласиться с мнением главы организации «Право ребенка» Борисом Альтшулером, который комментируя указ о мерах по защите сирот, пояснил, что «просто деньгами, льготами, социальными пенсиями здесь делу не поможешь»⁴. Особое внимание также следует уделить детям-инвалидам и сиротам-подросткам, которых не желают усыновлять. Данный закон, запрещающий американцам усыновлять российских сирот, вызвал целый ряд правовых коллизий. Так он противоречит Конвенции о правах ребенка и Семейному кодексу РФ, где не прописаны запреты на усыновление.

На наш взгляд, принятие в таком «скоростном» режиме данных законов вряд ли принесет положительные результаты, существующие в области усыновления. При этом мало верится в устойчивую поддержку и стимулированию отечественного усыновления.

Самая главная недоработка данных нормативных актов заключается в том, что они никак не решают проблемы социального сиротства. Упрощая процедуру

¹ Указ Президента РФ «О некоторых мерах по реализации государственной политики в сфере защиты детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» от 28.12.2012 года №1688.

² Указ Президента РФ «О компенсационных выплатах лицам, осуществляющим уход за нетрудоспособными гражданами» от 26.12.2006 года. № 1445, в ред. от 13.05.2008. № 774.

³ Новая газета. От 28.12.2012. <http://www.novayagazeta.ru> <http://www.novayagazeta.ru/news/61920.html>

⁴ Газета.ру. от 28.12.2012. <http://www.gazeta.ru>

оформления документов, предоставляя различные льготы, пособия не решат главного – социального сиротства в РФ. Также не исключено, что некоторые граждане воспользуются этими льготами из корыстных побуждений. А для определенной прослойки граждан такие выплаты будут являться единственным источником существования. Тем более, что в мировой практике давно известны случаи злоупотребления льготами и пособиями в ущерб детям, которые становятся игрушкой в чужих руках. Сколько бы детей не устраивались в семьи, каждый год появляется такое же число новых сирот при живых родителях. Ни о какой поддержке в данных документах речи не идет, так как нет ни одного слова о поддержке семьи, профилактики семейного неблагополучия, что является первопричиной всех названных проблем.

*Карнушин В.Е.,
Южный Федеральный университет*

Теоретическое определение понятия гражданского правонарушения в свете новейших изменений гражданского законодательства

В связи с совершенствованием гражданского законодательства, многие традиционные для отечественного гражданского права претерпевают изменения. Исходя из Концепции развития гражданского законодательства, а также Законопроекта о внесении изменений в ГК РФ¹ гражданским законодательством будут регулироваться общественные институты, которые ранее не регулировались вообще или лишь вскользь упоминались в законодательных актах.

По логике любого законодательства и исходя из традиционной структуры всякой правовой нормы (гипотеза, диспозиция, санкция), предмет регулирования (то есть особую разновидность правоотношений и общественные отношения) непременно должен защищаться правом, причем нормальный ход общественных отношений защищается либо в рамках одной отрасли, либо охранительными нормами другой отрасли права.

В современном законодательстве не имеется законодательного определения понятия гражданского правонарушения, это нельзя признать удачным хотя бы по простой аналогии с другими отраслями права. КоАП РФ, являясь законодательным актом административного права, содержит определение административного правонарушения. Уголовный кодекс РФ являясь отраслевым и единственным источником уголовного права содержит определение понятия преступление.

Конституционное право тоже не содержит понятия конституционно-правового проступка. В этом смысле гражданское право близко к конституционному.

Гражданским законодательством предоставляется защита не только субъективным гражданским правам, но и законным интересам. Введение института владения и понимание владения как факта не позволяет признать нарушение владения нарушением субъективного гражданского права.

¹ Проект ФЗ N 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012).

В современных комментариях законодательства деликтные обязательства понимаются как обязательства, возникающие в связи с нарушением абсолютных гражданских прав¹, говорится о принципе генерального деликта, упоминая о всяком ущербе лицу вообще², также упоминается понимания деликта не только как противоправного действия (бездействия), но и как правомерного действия (бездействия)³.

При всех вышеперечисленных определениях отчетливо вырисовывается подход, при котором акцент делается на нарушении прав, состояния субъекта. Между тем представляется, что этот подход не может быть признан универсальным для гражданского права. Всякое определение должно отвечать признаками всеобщности и (или) необходимости. Для примера опять же можно взять ситуацию с беститульным владением. Разве можно признать, что при нарушении владения, необходимо будут нарушены субъективные права владельца? Судя по действующему законодательству, это не так. В действующем законодательстве, а именно в главе 8 ГК РФ под наименованием «Нематериальные блага и их защита» говорится о личных неимущественных правах и других нематериальных благах⁴. Законопроект о внесении изменений в ГК РФ вообще отказывается от понятия личные неимущественные права в статье 150 ГК РФ, говоря только о нематериальных благах.

В тексте статьи 150 ГК РФ в редакции законопроекта имеется отсылка к статье 12 ГК РФ, которая по прежнему носит название «Способы защиты гражданских прав». В этом случае нельзя говорить о юридической строгости и точности. В литературе высказываются точки зрения, выходящие за пределы права. Так, например, формулировка генерального деликта, говоря об ущербе, понимает его в экономическом смысле. Это верно лишь в сфере «неправа», то есть в сфере общественной жизни. Между тем всякое юридическое определение должно касаться прежде всего права. Право регулирует те или иные общественные отношения и, несомненно, если понимать всякое правоотношение как единство общественного (реально происходящего) и правового (формы, нормы права), то и деликт должен пониматься как действия в области экономики так одновременно и в области гражданского права. Правовая норма и общественное отношение (или даже просто действие (бездействие)) образуют неразрывное диалектическое единство, достигнутое путем синтеза общественного (реального) и правового (должного), на это единство можно посмотреть с двух сторон: с точки зрения права и с точки зрения реальной жизни. При таком подходе деликт является, в обязательном порядке, действием, нарушающим нормы объективного права, или даже, проще, конкрет-

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. – М.: Проспект, 2010.

² Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: В 3 т. Т. 3 / под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2011.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй" (постатейный) (том 2) (3-е издание, переработанное и дополненное). / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина – М.: Юрайт-Издат, 2006.

⁴ «Жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, право на имя, право авторства, иные личные неимущественные права и другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона, неотчуждаемы и непередаваемы иным способом. В случаях и в порядке, предусмотренных законом, личные неимущественные права и другие нематериальные блага, принадлежавшие умершему, могут осуществляться и защищаться другими лицами, в том числе наследниками правообладателя» (пункт 1 статьи 150 ГК РФ).

ную правовую норму. С точки зрения общественной жизни, деликт представляет собой действие в отношении того или иного лица, посягающее на само это лицо или его имущество. Представляется правильным считать, что юридическое определение деликта должно охватывать как объективное право, так и реальную общественную жизнь.

При акценте на объективное право, следует отметить, что деликт является действием, нарушающим нормы гражданского права. Конкретных правовых норм в тексте ГК РФ не имеется и это правильно с точки зрения законодательной техники, потому что наличие общих, наиболее абстрактных норм позволяет применять их не только в рамках гражданского права, но и также позволяет другим отраслям права отсылать к этим нормам. Другой вопрос состоит в том, что эти общие нормы говорят лишь о субъективных правах. Так, например, наиболее общая статья 11 ГК РФ говорит о судебной защите гражданских прав, статья 14 говорит о самозащите гражданских прав. Возможно, что это и удобно для правоприменения, но с точки зрения абстрактного правового регулирования и чисто формального подхода, этими общими нормами не охватываются, в частности, защита беститульного владения и нематериальных благ. защите нематериальных благ посвящена отдельная специальная статья 150 ГК РФ, где имеется отсылка к статье 12 ГК РФ, что говорит о том, что система защиты нематериальных благ в целом вписывается в структуру ГК РФ. Однако что касается защиты владения, то в тексте законопроекта не имеется отсылки к статье 12 ГК РФ, более того процессуальное законодательство тоже не приспособлено к этому. Как представляется правильным беститульное владение представляет для владельца законный интерес. Представляется правильным понимать ту общую норму, нарушение которой называется деликтом, как норму о защите нарушенных гражданских прав и законных интересов. За такого рода вывод можно получить критику тех, кто определяет деликт как нарушение чьих-то субъективных прав, выражающуюся в том, что такой подход ничем не будет отличаться от подхода самих критиков. Однако это все же не так: цель подобного подхода состоит именно в том, чтобы найти подлежащую применению правовую норму, нарушение которой будет деликтом. Эта норма не должна находиться в таких институтах гражданского права, как договорное право, норма не должна касаться иного, кроме как так называемого деликтного права.

В редакции ГК РФ, которая будет действовать с 1 марта 2013 года предлагается ввести норму о компенсации вреда за правомерные действия государственных (муниципальных) органов и должностных лиц. Статья не случайно использует особый термин «компенсация», а также отсылает к специальным законам, при которых возмещение вреда в таком случае допускается. Кажется, что это отделяет эту норму от деликтов, хотя с точки зрения общественной жизни эти действия (бездействия) органов публичной власти могут ничем не отличаться от аналогичных действий, но противоправных (противозаконных).

Вышеизложенное вовсе не означает отказ от понимания деликта как нарушения субъективного права, вышеизложенное лишь повествует о необходимости более широкого понимания гражданского правонарушения, куда будут включаться как нарушенные субъективные права, так и законные интересы, а также иные правовые явления так или иначе, охраняемые отраслью гражданского права, а следовательно при таком возможном обилии правовых явлений акцент, представляется, правильным делать не на субъективном, а на объективном, то есть на наруше-

нии норм гражданского права. С этой точки зрения, хотелось бы дать следующее определение деликта (гражданского правонарушения): это запрещенное нормами гражданского права поведение (его действие, бездействие) лица, посягающее на субъективные права, законные интересы или иные явления, присущие субъекту гражданского права и охраняемые гражданским правом.

*Кириллова Е.А.,
Современная Гуманитарная Академия, филиал в г. Брянске*

Создание Единого реестра завещаний: основные проблемы практики

Много споров на сегодняшний день вызывает проблема учета завещаний. Госдума приняла в первом чтении законопроект о создании в России Единого реестра завещаний¹, Совет Федерации Федерального собрания РФ утвердил проект закона «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате и отдельные законодательные акты Российской Федерации (по вопросу о создании Единой информационной системы нотариата)». Соответствующие изменения вносятся в Гражданский кодекс РФ. В законе речь идет о создании правового поля для уже созданной Единой информационной системы нотариата.

В целом, и эксперты, и представители нотариального сообщества эту законодательную инициативу оценивают положительно, поскольку она фактически легитимизирует работу с Единой информационной системой нотариата, которая ведется уже давно и создает нормативную основу для дальнейшего развития электронного документооборота. Преградой для полноценного, с правовой точки зрения, функционирования этой системы была статья 1123 Гражданского кодекса РФ, подразумевавшая, что не только содержание, но и сам факт составления завещания, нотариальная тайна. Закон снимает этот законодательный барьер.

Как отмечается в пояснительной записке к законопроекту, в настоящее время в большинстве профессиональных сообществ нотариусов, входящих в Союз Латинского нотариата, в основном стран Европы и Скандинавии, создан единый банк сведений о совершенных завещаниях, который дает наследникам наибольшие правовые гарантии при оформлении наследственных прав. Нотариальное сообщество России также входит в этот союз, однако действующий закон не позволяет создать в РФ подобный банк сведений.

В соответствии с законопроектом ведение Единого реестра завещаний возлагается на Федеральную нотариальную палату (ФНП). Нотариусы, занимающиеся частной практикой, вносят в Единый реестр завещаний сведения о завещателе, дате удостоверения завещания, распоряжения об отмене завещания или принятия на хранение закрытого завещания и номере реестра регистрации нотариальных действий нотариуса. Для этого они направляют указанные сведения в ФНП. До момента открытия наследства на эту информацию распространяется режим тайны завещания, который обязаны соблюдать, в том числе работники ФНП.

¹ Проект ФЗ N 632210-5 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (внесен депутатом Государственной Думы ФС РФ М.В. Емельяновым; принят в первом чтении - Постановление ГД ФС РФ от 16.05.2012 N 355-6 ГД).

При этом Сазонова М.И.¹ подчеркнула, что тайне завещания ничто не угрожает, так как сведения об удостоверенном нотариусом завещании поступают в единый реестр в закодированном виде. Сведения о наличии удостоверенного завещания выдаются только после смерти завещателя, что должно быть подтверждено предъявлением свидетельства о его смерти, а в сведениях о завещаниях, переданных в реестр, нет содержания завещания, не поименованы наследники, не указан состав наследственной массы.

Создание Единого реестра завещаний позволило бы решить такие проблемы как:

- проблема розыска наследников. Действующее законодательство позволяет гражданину обратиться за удостоверением завещания к любому нотариусу на территории России. Значит, при отсутствии Единого реестра завещаний наследники лишены фактической возможности розыска завещания, так как для этого им нужно обратиться к каждому нотариусу на территории Российской Федерации.

- проблема поддельных завещаний. По мнению разработчиков законопроекта, создание Единого реестра завещаний сделает невозможным оформление наследственных прав по несуществующим завещаниям и по завещаниям, составленным «задним числом» после смерти наследодателя.

- проблема сохранения завещаний. Передача завещаний по электронным каналам связи в единый реестр учета завещаний позволит сохранить даже в критической ситуации последнюю волю человека в части определения судьбы его имущества.

- проблема получения информации о завещании за границей.

Интересен официальный отзыв на данный законопроект Правительства РФ, подписанный Виктором Зубковым². В нем отмечается, что целесообразно создание не отдельного реестра завещаний, а Единой информационной системы нотариата, которая будет содержать информацию не только о завещаниях, но также и о других нотариальных действиях. Юристы-практики справедливо отмечают, что законопроект не лишен и недостатков. В данном законопроекте не определен порядок предоставления информации в Единый реестр завещаний государственными нотариусами, а также лицами, не являющимися нотариусами, но совершающими в некоторых случаях нотариальные действия, статья 1 и статья 2 законопроекта находятся в явном противоречии друг с другом. Так, ст.1 вводит обязанность внесения сведений в единый реестр завещаний, как для нотариусов, так и для всех без исключения должностных лиц, наделенных правом удостоверения завещаний, тогда как ст.2 предусматривает такую обязанность только в отношении нотариусов, занимающихся частной практикой. При таком положении единый реестр завещаний единым можно назвать лишь условно³. Не решены вопросы, связанные с функционированием системы.

Г.Г. Черемных отмечает что, введение части третьей ст. 1123 Гражданского кодекса РФ, обязывающей нотариуса, другое лицо, удостоверяющее завещание или распоряжение об отмене завещания, направлять сведения в единый реестр за-

¹ Российская газета // Федеральный выпуск №5882 (209).

² Проблема поддельных завещаний будет решена? // Законопроект о создании реестра нотариальных действий. Электронный ресурс: http://zakon.ru/Discussions/problema_poddelnyx_zaveshhaniy

³ О проекте ФЗ «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (к вопросу о создании Единого реестра завещаний). Черемных Г.Г. Электронный ресурс: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=575>

вещаний при неизменной части первой данной статьи, которой им запрещено сообщать кому-либо даже о самом факте удостоверения или отмены завещания, делает статью первую законопроекта бессмысленной, поскольку запрет остается в силе.

Статья вторая проекта возлагает ведение единого реестра завещаний на Федеральную нотариальную палату, при этом работники Федеральной нотариальной палаты обязываются сохранять тайну завещания. Между тем единая база завещаний уже ведется, однако ведет ее не Федеральная нотариальная палата, а Центр инноваций и информационных технологий, который хотя и создан с участием Федеральной нотариальной палаты, но является самостоятельной некоммерческой организацией, юридическим лицом, имеющим свою печать, свой счет в банке, собственный баланс и полную хозяйственную самостоятельность. Иными словами, сведения по завещаниям минуя Федеральную нотариальную палату, ее работников и напрямую попадают к иным специалистам, для которых нет сейчас, и не предусматривается законопроектом обязанности хранить тайну завещания.

Законопроект не устанавливает ограничений в отношении лиц, которым могут быть предоставлены сведения о завещании после смерти завещателя. Между тем ст. 5 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате установлен ограниченный перечень лиц и организаций, имеющих право доступа к сведениям о совершенных нотариальных действиях, и в случае принятия данного законопроекта неизбежно возникнет существенная коллизия этих норм права.

Из текста Законопроекта неясно, будет ли на нотариусов возложена обязанность, направить в единый реестр сведения обо всех завещаниях, удостоверенных до момента его создания, или же в нем будет содержаться информация только о завещаниях, удостоверенных после его создания. Эксперты отмечают так же, что распоряжение правами наследодателя возникает не только при оформлении завещания, но и при совершении других нотариальных действий. Предоставление информации о совершении таких действий не решается в рамках Единого реестра завещаний. Не исключает он и имеющиеся, хоть и редкие, факты поддельных завещаний, напротив, внесение такого завещания в единый реестр может придать ему в ряде случаев определенную юридическую силу и усложнить рассмотрение такого гражданско-правового спора в судебных инстанциях. Единственное, что может решить законопроект, это придать легитимность сегодня незаконным требованиям Федеральной нотариальной палаты, обязывающим нотариусов предоставлять сведения о завещаниях в центр инноваций и информационных технологий.

*Костыгов С.О.,
Волжский Университет имени В.Н. Татищева*

Риски кредитования малого бизнеса в Российской Федерации

С каждым годом активность банков, средних и малых, внедряющихся на рынок кредитования больших, а главное малых предприятий, растет. Эта сфера является многообещающей и очень выгодной, поэтому и не удивительно, что банки все больше предпочитают поддерживать начинающие и малые предприятия. Данный процесс получил особое развитие в регионах нашей страны, там, где кредитные учреждения оформляют около 85% всех кредитов, выданных малым

предпринимателям. Однако здесь много нерешённых проблем. Ресурсная база очень слабая, а методика, которая способна оценить риски, возникающие при оформлении кредитов представителям малого бизнеса, отработана еще недостаточно.

С проблемами слабой ресурсной базы и методики оценки рисков можно справиться, но для этого необходимо получить поддержку от государства на всех уровнях. Но и здесь потенциал не очень большой. Для информации: в прошлом году Федеральным фондом поддержки малого предпринимательства¹ было выделено всего 20 миллионов рублей, а иностранными инвесторами, в число которых входит фонд, учрежденный Европейским банком реконструкции и развития² на те же самые нужды, смог перечислить более одного миллиарда рублей. И в этом ничего удивительного нет, так как процентные ставки, предлагаемые российскими банками, намного выше ставок западных банков, поэтому риск работы с российскими заемщиками окупается с лихвой. Так, в частных российских банках средняя годовая процентная ставка по депозитам в рублях составляет 9,7%, в долларах – 5,3%, в евро – 4,8%. В иностранных банках средняя годовая процентная ставка³ по депозитам в рублях – 8,3%, в долларах – 3%, в евро – 3%. В государственных банках средняя годовая процентная ставка по депозитам в рублях – 7,3%, в долларах – 3%, в евро – 3%. Из приведённых цифр видно, что в частных российских банках процентная ставка по рублёвым депозитам в среднем на 2,5 процентных пункта выше, чем в государственных, и на 1,5 процентных пункта выше, чем у иностранных. Процентная ставка по валютным вкладам в долларах и евро в частных российских банках почти на 2 процентных пункта выше, чем в государственных и иностранных банках.

Коммерческие банки, как правило, выбирают следующую тактику поведения: они повышают проценты по кредиту и тем самым оберегают себя от неизбежно возникающих неприятностей, скажем, когда кредит заемщиком не выплачивается. Следовательно, для лучшего развития кредитной деятельности в области малого бизнеса данный процент риска необходимо снизить. Но что для этого необходимо сделать? Так, при участии фондов поддержки малого бизнеса и их резервов для выплаты части процентов по кредиту, существующая в данный момент высокая процентная ставка могла быть снижена до средней ставки и даже быть ещё ниже. Но это никак не предусмотрено ни в региональном, ни в федеральном бюджете. Не смотря на то, что некоторые субъекты Российской Федерации уже имели опыт сотрудничества с банками. Отметим, что помощь в последнее время оказывается только тем предпринимателям, которые ведут приоритетную для данного региона деятельность, включая деятельность, которая направлена на социальное развитие региона. Хотя государственные региональные органы уже поняли, что развитие малых предприятий сокращает безработицу и в бюджет поступают дополнительные отчисления.

¹ Фонд является государственной некоммерческой организацией, созданной для финансового обеспечения Федеральной программы государственной поддержки малого предпринимательства, участия в финансировании региональных программ, а также проектов, направленных на поддержку малого предпринимательства.

² Европейский банк реконструкции и развития - (ЕБРР, англ. European Bank for Reconstruction and Development, EBRD) — инвестиционный механизм, созданный в 1991 году 61 страной и двумя международными организациями для поддержки рыночной экономики и демократии в 29 странах — от Центральной Европы до Центральной Азии.

³ Это сумма, указанная в процентном выражении к сумме кредита, которую платит получатель кредита за пользование им в расчете на определенный период (месяц, квартал, год).

Свою заинтересованность в поддержке малого бизнеса высказал и Центральный банк Российской Федерации. Помощь эта активно разрабатывается, и она уже занесена в список приоритетных направлений деятельности ЦБ РФ. Банкам, кредитуящим подобные направления, выдаются рекомендации. У них много общего, но есть и различия.

Например, при оценке банковским учреждением финансового положения потенциального заемщика, важное место занимает рассмотрение предоставленной клиентом отчетности, которая корректируется с реальным положением дел у клиента. Вот какие факторы должны быть учтены в первую очередь. Приведём только некоторые из них: структура и вид предприятия; основные, а также косвенные направления деятельности предприятия; деятельность заемщика, которой он занимался ранее; уровень организации управления и производства; зависимость предприятия от социальных и климатических условий; кредитная история; личность поручителей.

Существует несколько принципов, которым следуют взаимоотношения между банками и малыми предприятиями и на которые банки опираются при оформлении кредитов:

- кредит предприятию не выдается при нахождении этого предприятия в трудной финансовой ситуации, а также при наличии задолженностей в иных кредитных учреждениях;

- большое значение имеет реальное финансовое положение предприятия;

- весьма трудной задачей для малого предприятия представляется найти подходящего поручителя, поэтому существует возможность использовать комбинированный залог. Его отличительная особенность заключается в том, что обеспечением по кредиту является комбинированный залог, сочетающий в себе разные виды залога – недвижимость, товары в обороте, оборудование, автомобили и прочее. Названный залог особенно удобен, если заемщик не имеет крупных материальных ценностей (таких как недвижимость и земельный участок) или сумма кредита значительно меньше стоимости закладываемого имущества. Даже если имеются крупные материальные ценности, но есть альтернативные варианты залога, то этот кредит – самый лучший выход из ситуации, когда требуется срочное денежное вливание. Заемщик может сам выбрать, что именно он сможет заложить. При положительном решении о предоставлении кредита заемщику, все формальности улаживаются в максимально короткий срок. После того, как кредит будет выдан клиенту, банк обязан отслеживать финансовое состояние заемщика.

Кроме вышеперечисленных принципов, существуют и другие, которые определяются при работе с клиентом в индивидуальном порядке. К примеру, некоторыми банками рассматривается только тот залог, который представлен имуществом или поручительством. Другим банкам важно наличие у клиента благонадежной кредитной истории, а третьи вообще кредитуют исключительно по оборотам. В любом случае, наличие хорошей кредитной истории очень важно для банка, так как ситуация со стабильностью среди предприятий в каждом регионе совершенно разная. Часто большой объем сведений может дать «путешествие» заемщика из банка в банк в поисках лучших условий кредитования.

Если у заемщика кредитная история отсутствует, ее необходимо создавать с нуля. Для этого банк выдает заемщику на маленький срок небольшую сумму в качестве кредита для бизнеса. Если сотрудничество оказывается успешным, сумма

со временем увеличивается. А в случае получения предприятием от банка каких-либо льгот и привилегий, сотрудничество малого предприятия и банка продолжается довольно долгое время.

Возвращение кредитных средств заемщиком зависит, как правило, от того, как правильно сможет заемщик распорядиться предоставленной ему возможностью и средствами. Следует отметить, что предприниматель сталкивается с большим количеством трудностей, у которых много причин, среди них может быть: отсутствие должного опыта и новых технологий, которые ещё себя на рынке не зарекомендовали. За границей сегодня существует такая замечательная на наш взгляд практика, когда банк-кредитор и предприятие-заемщик тесно сотрудничают и банк помогает предпринимателю в начинающемся деле. Такие наработки понемногу приходят и к нам. Здесь необходимо понять главное – помогая предпринимателю в его бизнесе, банк получает некоторую гарантию, что кредитные средства вернуться и принесут с собой дивиденды.

Отдельно можно рассказать о схеме работы банковских учреждений в Бельгии. Здесь специалисты банка следят за делами предпринимателя. И при необходимости они всегда помогут выбраться из трудной ситуации, а также будут сопровождать заемщика весь срок кредитования. В случае назревания кризиса, руководство предприятия получает от банка некоторые рекомендации, направленные на урегулирование своей деятельности. И дело тут не в благотворительности, а в благополучии заемщика, которое гарантирует благосостояние самому банку.

Взаимодействие между предпринимателями и банками в нашей стране практически не развито и находится на стадии становления. Чтобы немного ускорить данный процесс, Банком России была подготовлена инструкция «О порядке формирования и использования резервов на возможные потери по кредитным требованиям», призванная на помощь банкам в процессе оценки финансового положения заемщика и снижения процента риска.

При подаче заемщиком заявки на получение кредита, банк обязательно определяет надежность финансового состояния потенциального заемщика-предпринимателя. Здесь в обязательный расчет принимаются ликвидность и активность предприятия, информации о денежных потоках, условиях труда, созданные на данном предприятии, и многое другое. Также Банком России предложено создание резервов, которых насчитывается четыре вида: резерв на потери по кредитным требованиям; специальный резерв; общий резерв – на возможные потери; резерв по портфелю однородных кредитных требований.

Для определения вида резерва, кредитным учреждением проводится всесторонняя оценка финансового положения заемщика.

Последние рекомендации ЦБ, данные малым предприятиям, предполагают, что малым предприятиям, которые обладают хорошей кредитной историей и стабильной работой, но не имеют высоколиквидный залог, будет значительно легче получить кредит. Это стало возможным благодаря отмене учета уровня их обеспеченности.

С учетом всех данных особенностей используется рекомендованная и названная выше инструкция ЦБ, которая теперь позволяет банкам страны самостоятельно определять размер резерва, предназначенного для портфеля однородных требований. Размер резерва может быть определен только после того,

как банком будет проведено полное исследование деятельности предприятия и когда станет окончательно ясно по поводу размера резерва необходимого для покрытия в случае неуплаты кредита расходов.

*Летута Т.В., кандидат юридических наук, доцент,
Оренбургский государственный университет*

Проблемы практической реализации принципа конфиденциальности третейского разбирательства

Конфиденциальность третейского разбирательства в юридической литературе зачастую указывается при характеристике преимуществ третейского разбирательства перед государственным судопроизводством¹.

Выделяются две составляющих рассматриваемого принципа: во-первых, это негласность самой процедуры рассмотрения дела в третейском суде и вынесения решения, во-вторых, это меры по сохранению в тайне информации, которая была вовлечена в процесс разбирательства спора. Фактически любая из составляющих принципа конфиденциальности на практике подвергается опасности стать доступной для всеобщего ознакомления. Так, возможность практической реализации принципа конфиденциальности ограничивается императивными нормами о порядке судопроизводства в процессуальном законодательстве, поскольку оспаривание, исполнение решения третейского суда по исполнительному производству производятся только при соблюдении соответствующих правил, сформулированных в Арбитражном процессуальном кодексе РФ (далее – АПК)². Принцип гласности (ст. 11 АПК) является одним из важнейших правовых установлений арбитражного процесса, поэтому вынесенные по делу судебные акты находятся в открытом доступе в банке решений арбитражных судов на сайте Высшего арбитражного суда РФ. При невозможности получить по решению третейского суда добровольное исполнение или при несогласии с вынесенным третейским судом решением, сторона спора обращается в государственный суд, осознавая то, что все материалы третейского разбирательства могут стать доступными для всеобщего обозрения. Следует признать, что принцип конфиденциальности третейского разбирательства действительно не должен конкурировать с принципом гласности судопроизводства, поскольку ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» гарантирует конфиденциальность только в случае добровольного исполнения решений, что соответствует сущности третейского разбирательства в целом.

Арбитражный суд в силу ч.4 ст.66, ст. 238 АПК наделен правом истребовать материалы третейского дела. В некоторых источниках положения ст.238 АПК трактуются как направленные на соблюдение принципа конфиденциальности третейского разбирательства, поскольку право истребовать материалы возникает

¹ Курочкин С.А. Понятие и система принципов третейского разбирательства // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. - №11; Ст.18 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» № 102-ФЗ от 24.07.2002. в ред. 21.11.2011. Режим доступа: [http://base.garant.ru/12127543/\(24.01.2013\)](http://base.garant.ru/12127543/(24.01.2013))

² Гл. 30. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 №95-ФЗ. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/apkrf/> (26.01.2013). Проблемы реализации принципа конфиденциальности рассматриваются в статье с использованием норм арбитражного законодательства.

только при наличии соответствующего ходатайства¹. Однако, по мнению арбитражных судов, «в целях дополнительного контроля, Арбитражный суд не лишен права запросить материалы третейского дела в отсутствие соответствующего ходатайства в целях исключения злоупотребления процессуальными правами участников процесса»². В случаях отказа третейских судов в предоставлении материалов третейского дела, данные деяния расцениваются как невыполнение определений арбитражных судов, которые являются обязательными в силу ст.16 АПК³. В силу указанных обстоятельств направленность ст.238 АПК на соблюдение принципа конфиденциальности не находит должного практического применения.

Проблемы реализации рассматриваемого принципа могут найти свое конкретное воплощение и при отсутствии необходимости обращения к государственным судам. Системное толкование норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (ст.2, 13, 22) позволяет сделать вывод о незащищенности субъектов третейского разбирательства по вопросам конфиденциальности информации, ставшей известной в процессе разбирательства. Правила соблюдения принципа конфиденциальности, в том числе, «свидетельский иммунитет», сформулированы относительно третейского судьи - физического лица, избранного сторонами или назначенного в согласованном сторонами порядке для разрешения спора. Полномочиями третейского судьи физическое лицо наделяется только на период рассмотрения дела. Если следовать формальной логике, то физическое лицо, после вынесения решения уже не является третейским судьей. Следовательно, правила о свидетельском иммунитете на него не распространяются⁴.

Под полномочиями понимается набор прав и обязанностей, необходимых для придания определенного статуса субъекту права. Так, поверенный по доверенности перестает быть таковым, после прекращения полномочий, указанных доверителем в доверенности (гл. 10 Гражданского кодекса РФ), Совет Директоров акционерного общества как орган управления прекращает свое существование с момента прекращения полномочий (ст.66 ФЗ «Об акционерных обществах»), полномочия Государственной Думы прежнего созыва прекращаются с момента начала работы Государственной Думы нового созыва (ст.99 Конституции РФ), судьи государственных судов имеют право осуществлять функции судебной власти с момента наделения их полномочиями и до прекращения соответствующих полномочий (ст.6, ст.14 ФЗ «О статусе судей в Российской Федерации») и т.д. Таким образом, прекращение полномочий означает лишение возможности лица пользоваться правами полномочного, прекращение существования субъекта, наделенного особым правовым статусом. Соответственно, лицо, после прекращения полномочий тре-

¹ Комментарий к ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (постатейный) / Л.Г. Балаян, Н.Г. Вилкова, Е.А. Виноградова и др.; отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2003. – С.37. <http://www.arbitrage.ru/newlib/151-Kommentarii-k-Federalnomu-zakonu-O-treteiskih-sudah-v-Rossiiskoi-Federacii.html>

² П.3 Приложение №1. Постановление Президиума Арбитражного Суда Республики Татарстан 06.12.2010. №16. «Справка по результатам обобщения судебной практики, связанной с оспариванием решений третейских судов и выдачей исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» <http://tatarstan.arbitr.ru/sites/tatarstan.arbitr.ru/files/pdf/>

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 06 ноября 2012 года по делу № А75-7086/2010 <http://docs.pravo.ru/document/view/29723168/30434226/>

⁴ Выводы некоторых авторов о том, что свидетельский иммунитет распространяется не только на действующих третейских судей, но и на судей, утративших полномочия вообще не аргументируются, а формулируются как аксиома, что для юриспруденции неприемлемо: Курочкин С.А. Понятие и система принципов третейского разбирательства // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. - №11.

тейского судьи – это не третейский судья. Кроме прочего, приравнять правила о свидетельском иммунитете, сформулированные относительно строго определенных субъектов (ст.56 АПК) к третейским судьям, не указанным в числе этих субъектов, не представляется возможным¹.

Обобщив рассмотренные факты, становится очевидной ошибочность распространенных в юридической литературе выводов относительно гарантированности соблюдения принципа конфиденциальности в том виде, в котором он сформулирован в ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Физические лица, после вынесения третейского решения, находятся в том же правовом режиме, что и иные физические лица: они обязаны соблюдать нормы ФЗ «О коммерческой тайне» от 29.07.2004г. №98-ФЗ, ФЗ «О персональных данных» 27.07.2006г. №152-ФЗ, правила о защите деловой репутации (ст.152 ГК РФ) и другие. Указанный правовой режим не может служить гарантией защиты прав участников спора, рассмотренного третейским судом. Принцип конфиденциальности не находит своей практической реализации. Необходимым представляется совершенствование законодательства путем внесения дополнений в ст.56 АПК в виде п.5.2 следующего содержания: «Не подлежат допросу в качестве свидетелей физические лица, осуществлявшие полномочия третейского судьи об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением соответствующих обязанностей».

Также следует уточнить нормы ст. 22 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» путем внесения изменений следующего содержания: «1. Физическое лицо, осуществлявшее полномочия третейского судьи; третейский судья не вправе разглашать сведения, ставшие известными ему в ходе третейского разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников.

2.Физическое лицо, осуществлявшее полномочия третейского судьи; третейский судья не может быть допрошен в качестве свидетеля о сведениях, ставших ему известными в ходе третейского разбирательства».

*Мариненко Е.Л.,
Российская академия правосудия*

Специфика ответственности перевозчиков при прямой смешанной перевозке грузов с участием автомобильного транспорта

Автомобильный транспорт стоит признать самым гибким и мобильным видом транспорта, с помощью которого, возможно осуществлять перевозки на дальние расстояния без привлечения иных перевозчиков. Тем не менее, автомобильный транспорт довольно часто используется и в прямом смешанном сообщении, то есть, при перевозке разными видами транспорта по единому транспортному документу (ст. 788 Гражданского кодекса РФ).

В основных юридических актах в сфере автомобильного транспорта, таких как Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта (далее - УАТиГНЭТ) и Правила перевозок грузов автомобильным

¹ Выводы относительно распространения свидетельского иммунитета на лиц, не указанных в специальных статьях процессуального законодательства противоречат правилам толкования норм права. (см. например: Поваров Ю.С. Вопросы конфиденциальности третейского разбирательства. Электронный ресурс, 2010. http://www.juristlib.ru/book_8361.html).

транспортом мы не найдем ни одного упоминания о прямых смешанных перевозках. Лишь до сих пор действующие Общие правила перевозок грузов автомобильным транспортом (далее – Общие правила) устанавливают возможность осуществления перевозок в автомобильно-железнодорожном, автомобильно-водном и автомобильно-авиационном сообщении¹.

Во всех транспортных уставах и кодексах установлено общее правило, согласно которому, ответственность несет перевозчик соответствующего вида транспорта, выдающий груз². Данная схема ответственности применяется и тогда, когда первый перевозчик принял груз, но фактически к перевозке еще не приступил. Так, покупатель (грузополучатель) обратился в суд к перевозчику станции отправления, поскольку груз фактически никуда не отправлялся, а был передан для отправки в багажное отделение станции, где и был уничтожен в результате пожара. При рассмотрении данного дела ФАС Волго-Вятского округа установил, что конечным пунктом назначения является станция «Арсеньев» Дальневосточной железной дороги, в связи с чем, правовые основания у грузополучателя для предъявления претензии к станции отправления отсутствовали³.

Такая специфическая модель ответственности конечного перевозчика породила огромные споры в юридической литературе, в частности, не понятно, на каком основании конечный перевозчик вынужден нести ответственность за действия другого перевозчика⁴. Без сомнения можно заметить, что такое правило ответственности внесено законодателем для удобства грузополучателей, ведь ему не нужно отыскивать нарушителя, а необходимо лишь предъявить претензию перевозчику, выдавшему груз.

Проанализировав положения УАТиГНЭТ можно прийти к выводу, что конечному перевозчику может быть предъявлена претензия в двух случаях: во-первых, за утрату, недостачу или повреждение (порчу) груза, во-вторых, за просрочку доставки груза. При этом стоит учитывать, что конечный перевозчик вправе предъявить требование о возмещении убытков к перевозчику, по вине которого возникли указанные убытки.

В первом случае необходимо учесть, что при прибытии поврежденного или испорченного груза грузополучатель и перевозчик обязаны определить размер причиненного ущерба (п. 14 ст. 15 УАТиГНЭТ) и составить акт (ст. 38 УАТиГНЭТ). Так, отказывая в удовлетворении иска, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу об отсутствии у перевозчика обязанности по возмещению ущерба, вызванного порчей груза, поскольку грузополучателем не доказан размер причиненного ущерба.

Тем не менее, данное основание было признано ФАС Восточно-сибирского округа не правомерным, в связи с тем, что обязанность определения размера повреждения груза, лежит на перевозчике, которым она не была исполнена. При этом грузополучатель не должен нести неблагоприятные последствия из-

¹ п. 8 раздел 8, п. 3 раздел 27 Общих правил.

² П. 4 раздел 11 Общих правил, ст. 79 Устава железнодорожного транспорта РФ (далее – УЖТ РФ), ст. 114 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ (далее – КВВТ РФ), ст. 403 Кодекса торгового мореплавания РФ (далее – КТМ РФ).

³ Постановление ФАС Волго-вятского округа от 05.02.2004 по делу № А43-9624/2003-4-367.

⁴ Напр. Тарасов М.А. Очерки транспортного права. – М.: Издательство министерства речного флота СССР, 1951. – С. 139; Александров М.К. Содержание договора грузовой перевозки // Советское государство и право. – 1954. - №4. – С. 104; Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юридическая литература, 1975. – С. 568.

за того, что ответчиком не исполнена возложенная на него законом обязанность по определению стоимости причиненной им в процессе перевозки порчи груза. Иначе, в случае непринятия перевозчиком мер к установлению степени повреждения (порчи) груза, грузополучатель не сможет защитить свои права и взыскать стоимость ущерба, причиненного виновными действиями перевозчика¹.

Во втором случае ответственность за просрочку доставки груза возникает у конечного перевозчика, в соответствии с тем транспортным уставом или кодексом, к какому виду транспорта он относится. Почти все транспортные уставы и кодексы предусматривают один вид ответственности за данное нарушение – уплатить пеню (штраф), кроме того, они все предусматривают идентичный размер – девять процентов провозной платы за каждые сутки просрочки². Так, грузоотправитель, получивший груз с задержкой, направил железной дороге как лицу, выдавшему груз, претензию с требованием уплаты пени за просрочку доставки груза, переадресованную железной дорогой морскому пароходству.

Отказывая в удовлетворении требования, суды апелляционной и кассационной инстанций исходили из того, что ответственность морского перевозчика за просрочку доставки груза является ограниченной и не может превышать размера фрахта (п. 2 ст. 170 КТМ РФ). ВАС РФ признал выводы судов необоснованными и пояснил, что конечным пунктом перевозки грузов являлась железнодорожная станция Южно-Сахалинск грузовой Дальневосточной железной дороги, в связи с чем, требования грузополучателя подлежат удовлетворению в полном объеме железной дорогой³.

Считаем, что данный специфический механизм ответственности при прямых смешанных грузовых перевозках служит стабильности сложных перевозочных отношений, способствует их четкости и соблюдению формальностей. Такая ответственность не является типичной для гражданского права и существует лишь в перевозочных отношениях в силу их специфичности.

*Мухамадеева Г.А.,
Институт права Башкирского государственного университета*

Мировые соглашения, заключаемые налоговыми органами по делам о банкротстве

С принятием ФЗ от 26.10.2002г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁴ (далее – Закон о банкротстве) произошло изменение правового статуса уполномоченных органов (уравнивание в правах с конкурсными кредиторами), что позволило законодателю рассматривать их участниками мирового соглашения в деле о банкротстве.

Согласно ст. 2 и п. 1 ст. 27 Закона о банкротстве мировое соглашение - процедура банкротства, применяемая на любой стадии рассмотрения дела о банкротстве в целях прекращения производства по делу о банкротстве путем достижения соглашения между должником и кредиторами. Оно применяется, в том числе, в

¹ Постановление ФАС Восточно-сибирского округа от 18.02.2009 № А58-1085/08-Ф02-221/09.

² П. 11 ст. 34 УАТиГНЭТ, п. 1 ст. 116 КВВТ РФ, ст. 97 УЖТ РФ.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 17.01.2006 № 9512/05.

⁴ ФЗ от 26.10.2002г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Собрание законодательства РФ, 28.10.2002, N 43, ст. 4190.

отношении задолженностей по налогам. Основная проблема для мировых соглашений по делам о банкротстве также состоит в вопросе компетенции налогового органа: допускается ли в силу мирового соглашения снижение обязательных платежей и/или предоставление отсрочки их уплаты?

Стремление законодателя обеспечить публичные интересы при заключении мирового соглашения на практике приводит к невозможности заключения мирового соглашения. Думается, что включение нормы о соответствии условий мирового соглашения, касающихся погашения задолженности по обязательным платежам, требованиям законодательства о налогах и сборах, значительно умаляет практическую ценность института мирового соглашения в делах о банкротстве.

Соблюдение положений законодательства о налогах и сборах при заключении мирового соглашения на практике порождает проблемы, связанные с процессами выработки и закрепления условий мирового соглашения, касающихся удовлетворения требований по обязательным платежам. На эти проблемы указал А. Егоров, который, исследуя данный вопрос, пришел к справедливому выводу о том, что «для заключения мирового соглашения, по утверждению которого вся публичная задолженность немедленно может быть предъявлена к взысканию, потребуются единогласие всех кредиторов без исключения: залоговых в силу п. 2 ст. 150, а остальных в силу абз. 1 п. 3 ст. 156 Закона о банкротстве»¹.

Подобную позицию занял также ВАС РФ, который обратил внимание арбитражных судов на то, что для утверждения мирового соглашения по делу о банкротстве необходимо, чтобы мировое соглашение обеспечило: либо равные условия для конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, либо единогласие всех кредиторов без исключения: залоговых - в силу п. 2 ст. 150 и остальных в силу абзаца 1 п. 3 ст. 156 Закона о банкротстве².

Анализ положений законодательства о банкротстве, касающихся процедуры мирового соглашения, судебной практики позволяет сделать вывод о том, что одна из причин недостаточного использования возможностей реабилитационной процедуры мирового соглашения связана с несбалансированностью публично-правовой и частноправовой составляющих правового регулирования порядка заключения мировых соглашений по делам о банкротстве.

Как представляется, проблема соотношения частных и публичных интересов при заключении мирового соглашения должна разрешаться на основе подхода, предложенного законодателем при регулировании статуса уполномоченного органа. Если последовательно придерживаться этой позиции, государство не должно иметь каких-либо преимуществ и в вопросе заключения мирового соглашения. Как считают многие авторы, нормы налогового законодательства не должны служить препятствием для выработки условий мирового соглашения с участием уполномоченного органа³. К мировому соглашению как процедуре банкротства применимы нормы и правила, предусмотренные Законом о банкротстве 2002 г.⁴ Последствия

¹ Егоров А. Мировое соглашение в деле о банкротстве и обязательные платежи // Хозяйство и право. – 2004. - N 4. – С. 69 – 76.

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 20.12.2005 N 97 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с заключением, утверждением и расторжением мировых соглашений в делах о несостоятельности (банкротстве)», п.16 // Вестник ВАС РФ. – 2006. - N 3.

³ Борисенкова Т. Мировое соглашение в деле о банкротстве: правовое обеспечение баланса частных и публичных интересов // Арбитражный и гражданский процесс. – 2006. - N 8. – С. 31 – 32.

⁴ Ласкина С.О. Проблемы защиты публичного интереса в процедуре заключения и утверждения мирового соглашения в деле о несостоятельности (банкротстве) // Вестник Арбитражного суда города Москвы. – 2008. - N5.

неисполнения мирового соглашения, заключенного между должником и кредиторами, определены в статье 167 Закона о банкротстве.

Из анализа приведенных норм можно сделать вывод, что мировым соглашением по делам о банкротстве должнику предоставляется отсрочка (рассрочка) по погашению задолженности по обязательным платежам. Однако это не изменение сроков уплаты налога, поскольку последние уже наступили и, как следствие, требования внесены в реестр кредиторов, а приостановление на определенный срок прав налоговых органов на принудительное взыскание задолженности. По своей природе данная отсрочка или рассрочка более близка к приостановлению взыскания в рамках процедуры банкротства на условиях, предусмотренных мировым соглашением. К сожалению, в Налоговый кодекс РФ до настоящего времени не внесены поправки, закрепляющие порядок изменения сроков уплаты налогов (обязательных платежей) при заключении мирового соглашения в деле о банкротстве. Поэтому затронутый вопрос остается до конца неурегулированным. Сам институт мирового соглашения при банкротстве специфичен и соединяет в себе публичную и гражданско-правовую природу. Как указал в Конституционный Суд РФ¹ граждане, коммерческие организации и публично-правовые образования должны иметь равные возможности при заключении мирового соглашения, поскольку в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная и муниципальная формы собственности. Исходя из равных прав и возможностей, законодатель установил требования одинаковых условий для конкурсных кредиторов и уполномоченных органов. Таким образом, актуальной задачей в настоящий момент является разработка специального правового регулирования вопроса об изменении размера, предоставлении отсрочки (рассрочки) по требованиям об уплате обязательных платежей при заключении мирового соглашения, координация частноправовых и публично-правовых норм, что будет способствовать заключению мировых соглашений на практике.

*Пашина А.Р.,
Волжский университет имени В.Н. Татищева*

Использование материнского (семейного) капитала для улучшения жилищных условий

В своем Послании Федеральному Собранию 25 апреля 2005 года Президент Российской Федерации В.В. Путин объявил: «Еще одна общенациональная проблема - это низкая рождаемость. В стране все больше семей, имеющих только одного ребенка. Нам необходимо повысить престиж материнства и отцовства, создать условия, благоприятствующие рождению и воспитанию детей»¹. В связи с этим, 22 декабря 2006 года Государственной думой Российской Федерации был принят ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» №256-ФЗ.

¹ Постановление от 22 июля 2002 г. № 14-П по делу о проверке конституционности ряда положений ФЗ «О реструктуризации кредитных организаций», пунктов 5 и 6 статьи 120 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами граждан, жалобой региональной общественной организации «Ассоциация защиты прав акционеров и вкладчиков» и жалобой ОАО «Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств» // Российская газета, № 141, 01.08.2002

¹

URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/2005/0199/polit01.php>

Сегодня можно с уверенностью сказать, что принятие указанного ФЗ повлияло на демографическую обстановку в Российской Федерации. По примерным данным Госкомстата России на 2013 год - численность населения России составляет 143 369 806 чел. В настоящее время в России происходит естественный прирост населения, рождаемость превышает смертность. В январе-октябре 2012 года коэффициент рождаемости в России составил 13,3 на 1000 человек населения, коэффициент естественного прироста — 0,06. По сравнению с предыдущим годом наблюдается рост рождаемости, падение смертности и рост коэффициента естественного прироста². Для сравнения: в 2006 году коэффициент рождаемости составил 10,4; в 2007 — 11,3; в 2008 — 12,1; 2009 — 12,4³.

На основании ст. 7 указанного ФЗ - Лица, получившие сертификат, могут распоряжаться средствами материнского (семейного) капитала (далее - МСК) в полном объеме либо по частям по следующим направлениям: улучшение жилищных условий; получение образования ребенком; формирование накопительной части трудовой пенсии для женщин.

Самым распространенным способом распоряжения средствами МСК является улучшение жилищных условий. Но получить наличные денежные средства обладатель МСК сертификата получить в Пенсионном фонде не может. Денежные средства поступают путем безналичного перечисления Продавцу жилого помещения, либо организации, в том числе кредитной, предоставившей по кредитному договору (договору займа) денежные средства на указанные цели⁴. Некоторые семьи в обход закона пытаются получить средства МСК без намерения улучшить жилищные условия. Выкупают жилые помещения или доли в них у своих родственников с тем, чтобы реализовать свой личный и далеко небескорыстный интерес.

Однако следует заметить, что необходимым условием для распоряжения средствами МСК на улучшение жилищных условий является нотариально заверенное гарантийное обязательство перед фондом¹. Суть его состоит в том, что жилое помещение, на приобретение которого были направлены средства МСК, должно быть оформлено в общую долевую собственность всех членов семьи, включая малолетних детей. Это необходимо сделать в течение шести месяцев с момента: перечисления денежных средств Пенсионным фондом, ввода объекта недвижимости в эксплуатацию (если речь идет о новостройке) или снятия обременения (если жильё купили с помощью ипотечного кредита).

Конечно, впоследствии, семья вправе продать такое жилое помещение. Для этого необходимо получить разрешение органов опеки, которые потребуют дать обязательство приобрести в общую собственность родителей и детей другое жилое помещение, и оно не должно ухудшать условия проживания детей.

В обход установленным правилам недобросовестные родители приобретают жилые помещения, используя средства МСК, а затем их продают, игнорируя обязательства перед пенсионным фондом, или действуют без согласования с органами опеки. Незаконность их действий может привести к признанию судом

² URL: http://www.gks.ru/free_doc/2012/demo/tab10-2012.xls

³ URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/>

⁴ ст.10 ФЗ от 29 декабря 2006 г. «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» (с изменениями и дополнениями).

¹ пункт 8 Правил направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на улучшение жилищных условий, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 12.12.2007 г. №862

таких сделок недействительными, поскольку очевидно нарушение прав малолетних детей. К сожалению, на сегодняшний день, контроль за приобретением жилых помещений с использованием средств МСК ослаблен. Поэтому на практике недобросовестные дееспособные члены семьи не исполняют предписание Закона, ссылаясь на «опыт» знакомых, друзей и родственников, которые уже воспользовались таким образом детским капиталом и обошли закон. В настоящее время в ряде субъектов РФ Пенсионный фонд активно инициирует проведение проверок получателей МСК на выполнение гарантийных обязательств. К таким проверкам подключаются как органы прокуратуры, так и отдел по борьбе с экономическими преступлениями Министерства внутренних дел РФ, так как неисполнение принятых на себя обязательств может повлечь за собой уголовную ответственность и будет квалифицироваться как преступление, согласно статьи 159 УК РФ «мошенничество»¹. За защитой нарушенных прав обращаются и сами члены семьи, что подтверждает немногочисленная судебная практика².

Считаем, что в целях формирования единообразной судебной практики, в ближайшее время должны появиться разъяснения Верховного суда РФ по данной проблематике. Более того, полагаем целесообразным внести в некоторые законодательные акты Российской Федерации необходимые изменения, касающиеся наделяния пенсионного фонда, органов опеки и попечительства, и Росреестра, соответствующими полномочиями по совместному контролю за исполнением обязательств по использованию средств МСК.

*Переверзев А.С., кандидат юридических наук, доцент,
Карганов М.М.,
Ессентукский институт управления, бизнеса и права*

Становление института нотариата в ходе проведения реформы 1864 г.

С развитием экономической и политической жизни России дореформенный нотариальный порядок становился неудовлетворительным для новых экономических отношений и торгового оборота, сложность крепостного порядка, в связи со свойственными дореформенным судебным учреждениям злоупотреблениями и волокитой, делали реформу нотариата необходимой.

9 сентября 1862 г. были утверждены основные положения преобразования судебной части и на 2-е отделение Собственной Его императорского Величества канцелярии под руководством барона М.А. Корфа, возложена задача, составить проект Положения об устройстве нотариальной части.

14 апреля 1866 г. император Александр II утвердил Временное положение о нотариальной части (далее – Временное положение).

Временное положение принятое как логичное дополнение к Учреждению судебных установлений, то есть фактически разработанное и утвержденное в рамках судебной реформы, стало законодательным актом, создававшим в Российской империи систему нотариата и определявшим правовой статус нотариусов, а также

¹ URL: http://www.kvadrat-press.ru/poleznoe/s_materinskim_kapitalom/

² Решение Псковского городского суда Псковской области по делам № 2-1647/2012, № 2-2558/2012, Решение Тамбовского районного суда Амурской области по делу № 2- 24/2012, Решение Октябрьского районного суда г. Омска от 18.06.2012 г. по делу № 2-1959/2012 [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

порядок совершения нотариальных действий.

Временное положение имело следующие особенности:

- 1) положение носило временный характер;
- 2) положение создавалось на основе заимствования зарубежного опыта;
- 3) положение вводилось в действие не на всей территории страны.

С момента принятия Временного положения прежние учреждения крепостных дел упразднились, и лицом, специально наделенным полномочиями совершать и свидетельствовать нотариальные акты в России, стал нотариус.

В столице, губернских и уездных городах, а в случаях надобности и в уездах, создавались нотариальные конторы, которые заведовали совершением актов и другими действиями по нотариальной части и находились под наблюдением судебных мест. В ст.1 Временного положения было зафиксировано: «Заведование нотариальной частью, под наблюдением судебных мест, поручается нотариусам и состоящим при нотариальных архивах старшим нотариусам», что однако, в условиях существенных преобразований и создания в ходе судебной реформы 1864 г. институциональных основ юридической профессии в России представлялось не соответствующим требованиям времени как на фоне внутрироссийской юридической специализации, так и на фоне зарубежного законодательства о нотариальной деятельности.

Главным же новаторством Временного положения стали созданные им 2 нотариальные инстанции - низшая, в лице младших нотариусов, и высшая, в лице старших нотариусов. Отныне крепостная часть - право собственности и другие вещные права на недвижимое имущество - находились в ведении старших нотариусов, а все остальные нотариальные действия совершались младшими нотариусами. При организации института старших нотариусов законодатель преследовал цель введения тем самым определенного контроля посредством постоянной регистрации всех актов на недвижимое имущество и сведений о владельцах.

Устанавливая основы правового статуса нотариусов в Российской империи, Временное положение изначально закладывало в него определенные противоречия. Например, нотариусы состояли на государственной службе, но, в соответствии со ст. 208, признавались свободными профессионалами, осуществляющими свою деятельность на коммерческой основе. Впоследствии это противоречие не лучшим образом сказалось на деятельности нотариусов и ее эффективности. По этому поводу С. Барановский писал, что нотариусы фактически «пасынки Феиды», поскольку действующее Положение выделяет их из общей градации чинов Министерства юстиции и лишает тем самым прав, которыми пользуются остальные чины судебного ведомства. Поэтому нотариусы не включены в общую «судебную семью», они лишены права, в отличие от судей, обращаться за разъяснениями сомнений в применении закона в те окружные суды, при которых они состоят, а должны на свой страх и риск решать сомнительные правовые вопросы¹.

Временное положение не регулировало весь круг вопросов, касавшихся деятельности нотариусов. Целый ряд важных аспектов этой деятельности определялся на основе Учреждений судебных установлений, а ответственность нотариусов устанавливалась нормами Уложения о наказаниях уголовных и исправительных. Таким образом, в результате принятия Временного положения нотариальное зако-

¹ Барановский С. Пасынки Феиды // Нотариальный вестник. – 1903. - № 2. – С. 7.

нодательство стало лишь частично кодифицированным.

В соответствии со ст. 65 Временного положения, круг действий нотариусов был определен достаточно четко: совершение актов, выдача выписей из актовых книг и копий актов, засвидетельствование явки актов, разного рода протестов и т.д., принятие на хранение от частных лиц документов. Нотариусы имели право совершать любые акты, кроме актов состояния, служебных и межевых, а также свидетельствовать документы.

Временное положение, как первый консолидированный акт о нотариальных органах, регламентирующий их структуру, правовой статус и деятельность, получило высокую оценку в момент его принятия. Но уже к началу XX в. стало объектом многочисленных нападков и критики. Так, профессор В.И. Синайский отмечал, что русский нотариат не занимает достойного положения. Причины этого он видел в ненадлежащем устройстве нотариата, который «не организован на корпоративных началах, поставлен под контроль суда, разбит на младших и старших нотариусов, основан на специальном знании своего дела без необходимого общего образования»¹. Кроме того, едва ли не самой главной проблемой русских нотариусов стала проблема оплаты их труда. Установленная нотариальная такса, создала совершенно невозможные условия оплаты труда большинства нотариусов, особенно провинциальной России.

Другой важной проблемой нотариальной деятельности стало исполнение нотариусами ст. 87 Временного положения, которая предусматривала необходимость обязательного присутствия свидетелей при совершении каждого нотариального действия. Институт свидетелей, отмечал П. Подгорецкий, в том виде, в каком он сложился в нотариальной практике русских нотариусов, - почти при каждой нотариальной конторе состояли постоянные свидетели, которые за известное вознаграждение подписывались под каким угодно нотариальным актом, вовсе не зная даже участников оно, - противоречил истинному смыслу закона, и той основной цели, ради которой он был введен в Положение о нотариальной части, не соответствовал².

В какой-то степени многочисленные недостатки и пробелы Временного положения восполнялись Решениями Сената и судебной практикой. Но Решения Сената были слишком многочисленны, сменялись одно другим, а судебная практика весьма разрознена и неоднозначна. К тому же, ни подзаконные акты, какими бы справедливыми и отвечающими времени они не были, ни толкования судебных органов не могут заменить закона.

Таким образом, можно сделать вывод, что наиболее существенные, основополагающие проблемы организации нотариальной деятельности в России в смысле учреждения и функционирования нотариата как правового самостоятельного института не были решены надлежащим образом. Государство интересовала прежде всего «функциональная» (техническая), а не организационная сторона нотариальной деятельности. В тоже время, несмотря на определенные пробелы и недостатки Временного положения, именно в этот период сложились многие основные черты, которые и сегодня характерны для системы нотариата и являются общепризнанными с точки зрения теории и практики.

¹ Синайский В.И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – С. 48.

² Подгорецкий П. Нотариальный законопроект // Нотариус. – 2005. - № 6. – С. 22.

К вопросу о форме брачного договора

Важным условием заключения брачного договора является его форма. В соответствии с п. 2 ст. 41 СК РФ брачный договор заключается в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению. Это означает, что такой документ должен находиться в текстовом виде и должен быть подписан теми лицами, которые совершают сделку, то есть супругами. В случае, когда один из супругов в силу физического недостатка, болезни или неграмотности собственноручно не может поставить подпись под документом – за него это делает другой человек, подпись которого должна быть засвидетельствована нотариусом¹. После подписания брачного договора супругами этот документ регистрируется нотариально. К обязанностям нотариуса также относится разъяснение смысла и значения договора, а также правовых последствий его заключения². Удостоверение брачного договора нотариусом является платной услугой. В соответствии с п.10 ст. 333.24 Налогового кодекса РФ государственная пошлина за данное нотариальное действие составляет 500 рублей.

Несоблюдение нотариальной формы брачного договора влечет его недействительность. В соответствии с п.1 ст.165 и п.1 ст.166 ГК РФ такая сделка считается ничтожной, т.е. недействительной, независимо от признания или непризнания ее таковой судом³. Однако, правило о нотариальной форме не распространяется на договоры, заключенные с 1 января 1995 г. (даты вступления в силу части первой ГК РФ) до 1 марта 1996 г. (даты вступления в силу СК РФ). Это обусловлено тем, что в указанный период в ст. 256 ГК была предусмотрена возможность заключения брачного договора, однако не была установлена форма для него⁴. Расторжение таких брачных договоров не требует квалифицированной формы⁵, а вот внесение новых условий в договор потребует нотариального удостоверения⁶.

Как в России (п. 2 ст. 41 СК РФ), так и в Украине (ст. 94 СК Украины), а также в Республике Беларусь (ст. 131 КоБС Беларуси) брачный договор заключается в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению⁷. В странах Прибалтики предусмотрена регистрация нотариально удостоверенных брачных договоров в специальных реестрах. Так, например, ст.115 Гражданского закона Латвийской Республики устанавливает следующее: для придания брачным дого-

¹ См.: Алимова Н.А. Раздел имущества при разводе супругов: правовые вопросы // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2009. // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

² См.: Альбилов И.Р. Особенности правовой природы и содержания брачного договора // Юрист. – 2010. - № 8 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

³ См.: Альбилов И.Р. Особенности изменения и расторжения брачного договора // Мировой судья. – 2010. - № 9 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

⁴ См.: Гришаев С.П. Постатейный комментарий к Семейному кодексу РФ // Подготовлен для системы Консультант Плюс, 2011 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

⁵ См.: Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, ФЗ «Об опеке и попечительстве» и ФЗ «Об актах гражданского состояния» / Под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2012. – 654 с.

⁶ См.: Альбилов И.Р. Брачный договор как источник правового регулирования имущественных отношений супругов в современном обществе // Нотариус. – 2011. № 6 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

⁷ См.: Матвеева Н.А. Брачный договор в России, на Украине и в Беларуси // Мировой судья. – 2010. - №6 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

ворам обязательной силы в отношении третьих лиц они должны быть внесены в регистр имущественных отношений супругов, а договоры о недвижимом имуществе - также в земельные книги. Гражданский кодекс Литовской Республики указывает, что брачный договор, его изменения и прекращение должны быть зарегистрированы в реестре брачных договоров, который ведут ипотечные учреждения. Закон о семье Эстонии от 12 октября 1994 г. (с изм. от 13.06.2012 г.) предусматривает возможность заключения имущественного договора супругов, который внесется в реестр имущественных договоров супругов по требованию одного из супругов¹. Говоря о российском международном частном праве, необходимо сказать, что оно не содержит специальных правил определения права, применимого к форме брачного договора. Поэтому, с учетом того, что брачный договор - это всегда сделка, право, применимое к его форме, должно определяться в соответствии с общими коллизионными правилами. В связи с этим, действительность брачного договора не должна вызывать сомнений, когда его форма соответствует праву места его заключения. Кроме того, если брачный договор был заключен за границей, достаточно, чтобы он соответствовал требованиям российского права (п. 1 ст. 1209 ГК РФ). Однако в целях обеспечения максимальной эффективности брачного договора на практике наиболее верно оформление брачного договора в соответствии с правом, применимым к самому режиму. То есть когда и содержание, и форма брачного договора определяются законодательством одного государства².

Среди международных нормативно-правовых актов, затрагивающих вопрос формы брачного договора необходимо выделить Гаагскую конвенцию от 14 октября 1978 г. о праве, применимом к режимам собственности супругов³.

Статья 12 указанного документа уточняет, что брачный договор должен всегда заключаться в письменной форме, датироваться и подписываться обоими супругами. Данная материальная норма устанавливает определенные минимальные требования к форме договора, соблюдение которых позволит заинтересованным лицам всегда ссылаться на него, избегая тем самым возможных сложностей с доказыванием⁴. Не смотря на кажущуюся схожесть в части предъявляемых требований к оформлению брачного договора следует отметить, что сам договор приобретает юридическую силу в том случае, если отсутствует порок волеизъявления, и стороны согласны с теми условиями, которые они включили в его содержание.

*Рафикова Р.Р.,
Волжский университет им. В.Н. Татищева*

Проблемы наследования, вытекающие из договоров негосударственного пенсионного страхования

¹ См.: Левушкин А.Н. Брачный договор в странах Балтии // Нотариус. – 2010. - №3 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

² См.: Зайцева Т.И., Медведев И.Г. Нотариальная практика: ответы на вопросы. Выпуск 3.: Федеральная нотариальная палата. Центр нотариальных исследований. Серия «Библиотека нотариуса». - М.: Инфотропик Медиа, 2010.

³ Данная Конвенция вступила в силу 1 сентября 1992 г. Россия в ней не участвует.

⁴ См.: Ерпылева Н.Ю. Статус физических лиц как субъектов международного семейного права // Законодательство и экономика. – 2010. - № 4 // Консультант Плюс: Версия Проф / ООО «ИнфоЛада». – Тольятти, 2013.

На законодательном уровне не урегулирована гражданско-правовая конструкция договора негосударственного пенсионного страхования, что на практике позволяет по-разному толковать и определять существенные условия договора, в частности, оставлен без внимания законодателя порядок наследования выкупных сумм, в результате чего условия договора негосударственного пенсионного страхования о наследовании в теории и практике вызывает достаточно противоречивые мнения.

Более того, несмотря на то, что в ст. 12 ФЗ от 07.05.1998 г. № 75-ФЗ (в ред. от 03.12.2011 г.) «О негосударственных пенсионных фондах» (далее – Закон о НПФ) в качестве существенных условий пенсионного договора не указано на закрепления положений о наследовании, однако в Требованиях, к пенсионным схемам, утвержденным постановлением Правительства РФ 13.12.1999 г. № 1385 сказано, что применяемые фондами пенсионные схемы должны определять возможность или невозможность наследования пенсионных накоплений участников фонда (пп. «е» п. 4). В связи с чем, негосударственные пенсионные фонды в свои пенсионные правила, а также в пенсионные договоры обязательно включают пункт или раздел о порядке наследования. В одних случаях он так и называется «Наследование пенсионных взносов и доходов, начисленного участнику Фонда (п. 8 Договора негосударственного пенсионного обеспечения работников НПФ «АВТОВАЗ»», в других - правила о наследовании включаются в раздел «Правопреемство» (п. 7 Индивидуального пенсионного договора «Накопительный» НПФ «АВТОВАЗ»», в третьих - данные положения содержатся в пункте, который называют как «Реализация условий договора в случае смерти Вкладчика, Участника» (п. 6 Договора негосударственного пенсионного обеспечения НПФ «Норильский никель», п. 7 Договора негосударственного пенсионного обеспечения НПФ «Муниципальный»).

В пенсионных правилах негосударственные пенсионные фонды достаточно подробно описывают сам механизм и порядок наследования выкупных сумм (см. п.п. 3.2.6, 3.3.6, 3.5.6 Пенсионных правил НПФ «Муниципальный», п. 4.1.6 Пенсионных правил НПФ «АВТОВАЗ), негосударственной пенсии (пп. 1.14.2 Пенсионных правил НПФ «Лукойл-Гарант»), включая даже права участника на негосударственное обеспечение (п.п. 3.1.9, 3.2.7, 3.3.7, 3.4.7, 3.5.7, 3.6.8, 3.7.7 Пенсионных правил НПФ «ГАЗФОНД»). Думается, что если речь идет о наследовании сумм, которые находятся на индивидуальном пенсионном счете, т.е. являются собственностью участника, то здесь правильнее говорить о наследовании конкретной выкупной суммы участника негосударственного пенсионного страхования наследником.

Если вопрос касается относительно наследования сумм пенсионных накоплений, находящихся на солидарном счете, то следует иметь в виду наследование права участника на негосударственную пенсию. Если же исходить из того, что в соответствии со ст. 3 Закона о НПФ под выкупной суммой понимаются денежные средства, выплачиваемые фондом вкладчику, участнику или их правопреемникам либо переводимые в другой фонд при прекращении пенсионного договора, то субъектами данных правоотношений являются либо вкладчик, либо участник или их правопреемник. Тогда как, субъектом, имеющим право получать негосударственную пенсию, является только участник негосударственного пенсионного страхования. Следовательно, наследовать право

на получение негосударственной пенсии не представляется возможным, можно только получить в порядке наследования её выкупную сумму.

Некоторые негосударственные пенсионные фонды в своих пенсионных правилах достаточно подробно рассматривают круг лиц, которые могут получать выкупные суммы в порядке наследования. К примеру, согласно Пенсионным правилам НПФ «Лукойл-Гарант», право на получение суммы негосударственной пенсии в полном объеме принадлежит проживающим совместно с умершим участником членам его семьи, а также нетрудоспособным иждивенцам (п. I.14.2 Пенсионных правил НПФ «Лукойл-Гарант»).

По данному вопросу следует обратить внимание на то, что ст. 1183 ГК РФ устанавливает особый единый порядок перехода прав на получение невыплаченных наследодателю сумм, предоставленных ему в качестве средств для его существования. Причины, по которым наследодатель при жизни не получил соответствующие суммы, значения уже не имеют.

Конституционный Суд РФ в своем Определении от 19.05.2009 г. № 532-О-О¹, решая вопрос наследования пенсии, поясняет, что неразрывно связанным с личностью конкретного гражданина является право на получение данным лицом того или иного вида социальной поддержки. При этом права наследников производны от прав наследодателя только в части получения денежных средств, полагающихся ему к выплате, но не полученных им при жизни. Кроме того, в судебных актах Конституционного Суда РФ неоднократно отмечалось, что право наследования, закрепленное в ч. 4 ст. 35 Конституции РФ, обеспечивает гарантированный государством переход имущества, принадлежащего умершему (наследодателю), к другим лицам (наследникам). Этот переход включает в себя как право наследодателя распорядиться своим имуществом на случай смерти, так и право наследников на его получение. При этом основания возникновения таких прав определяются законом, каковым в настоящее время является ГК РФ (раздел 5 «Наследственное право»), который регламентирует в том числе наследование отдельных видов имущества. В связи с тем, что рассматриваемые нами отношения по негосударственному пенсионному страхованию относятся к гражданско-правовым, то в данном случае ст. 1183 ГК РФ не может применяться. Здесь уместно привести положения п. 2 ст. 934 ГК РФ, в соответствии с которой выгодоприобретателями признаются наследники застрахованного лица. Именно данное положение отвечает гражданско-правовой природе пенсионного договора. В принципе большинство негосударственных пенсионных фондов при описании порядка наследования выкупных сумм, исходят из данной посылки. Например, в п.п. 4 п. 4.1.6 статьи 4 Пенсионных правил «АВТОВАЗ» записано, что «во всех случаях правопреемства, установленных настоящими Правилами и условиями пенсионных договоров, правопреемниками умершего участника (вкладчика) являются его наследники, признанные таковыми в установленном законом порядке».

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 г. № 532-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Руденко Зинаиды Михайловны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 1112 и 1183 Гражданского кодекса Российской Федерации, статей 43, 49, 58 и 63 Закона Российской Федерации «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» [Электронный ресурс] // СПС «Гарант», 2013.

Таким образом, исходя из приведённых выше примеров, все положения относительно наследования выкупных сумм по пенсионному договору требуют более точного определения дефиниции на законодательном уровне.

*Решетов Ф.Ф.,
Российская академия правосудия*

Общее имущество в нежилом строении

Сущностью прав собственника является возможность извлекать пользу из блага любым возможным (легально и фактически) путем. Власть собственника распространяется как на использование, так и на определение самого существования объекта и отчуждение его вовне, что в классической триаде подразумевается под правомочием распоряжения. Данное положение остается верным и для традиционной общей собственности. Однако, проблемы, связанные с общим имуществом, не исчерпываются приобретением прав на него, ибо суть права в возможности его беспрепятственного осуществления. Для осуществления права долевой собственности должны быть надлежащим образом определены как доля в имуществе, так и его состав.

Следует отметить, что помещения в соответствии со ст. 36 ЖК РФ признаются общей собственностью, если они не являются частью квартир. При этом ничего не говорится о нежилых помещениях. Но в этом случае получается, что нежилые помещения (аптеки, офисы и т.п.) могут стать объектами общего имущества, что невозможно, так как нежилые помещения, как и жилые, принадлежат определенному собственнику и, конечно, не обслуживают какое-либо иное помещение. Очевидно, что состав общего имущества для каждого многоквартирного дома индивидуален. При этом одни элементы предназначены для защиты дома от холода, дождя, ветра, другие разделяют помещения собственников друг от друга, третьи обслуживают помещения в доме и т.д. Таким образом, становится понятно значение общего имущества и почему собственники помещений должны знать, какое имущество находится в их общей долевой собственности.

Возможно выделить два критерия для отнесения объекта к общему имуществу: субъектный, когда объект не принадлежит никому из собственников помещений, и целевой, когда объект предназначен для обслуживания более чем одного помещения. Следовательно, для признания помещения общим имуществом необходимо наличие одновременно двух признаков: помещение не должно являться частью квартиры (т.е. это не квартира), а также частью офиса, магазина, аптеки и т.п. нежилых помещений в доме, принадлежащих определенному собственнику, помещение должно предназначаться для обслуживания более одного помещения в данном доме. Так, лифтовая шахта в доме является общим имуществом, так как обладает двумя признаками общего имущества: не входит в состав квартиры и обслуживает множество помещений.

Отнесение общего имущества к той или иной группе в зависимости от цели имеет практическое значение при решении вопросов о пользовании и распоряжении этим имуществом. Например, в практике возникают вопросы о правовом режиме подвалов в связи с тем, что часть подвального помещения предназначена для самостоятельного использования в качестве нежилого помещения.

В перечне общего имущества многоквартирного дома (п.2 Правил содержания общего имущества в многоквартирном доме, утв. Постановлением Правительства РФ от 13.08.2006г. № 491) указаны технические подвалы, в которых имеются инженерные коммуникации, иное обслуживающее более одного жилого и (или) нежилого помещения в многоквартирном доме оборудование (включая котельные, бойлерные, элеваторные узлы и др. инженерное оборудование). Они относятся к объектам права общей долевой собственности, предназначенным для нормальной эксплуатации и обслуживания многоквартирного дома.

Многokвартирный дом представляет собой совокупность помещений, которые могут относиться к жилым и нежилым помещениям. Нежилые помещения в многоквартирных домах могут быть как первичными, изначально создаваемыми как таковые (магазины, колясочные и т.д.), так и переведенными из жилого фонда. Данные помещения могут входить в общее имущество многоквартирного дома, и быть самостоятельными объектами права собственности, что вытекает из содержания ч.1 ст.36 ЖК РФ, согласно которой собственникам помещений в многоквартирном доме принадлежат на праве общей долевой собственности помещения в данном доме, не являющиеся частями квартир и предназначенные для обслуживания более одного помещения в данном доме.

Для осуществления защиты права собственности на общее имущество в многоквартирных домах собственники помещений вправе использовать все законные способы защиты, как предусмотренные ст.12 ГК РФ, так и не названные в ней. От правильного избрания способа защиты нарушенного или оспариваемого права во многом зависит результат рассмотрения спора.

Определенный подход в разрешении вопросов применительно к общему имуществу сложился в практике ВАС. Для совершенствования действующего законодательства наиболее актуальным представляется, что к режиму использования общего имущества в нежилых строениях должны применяться правила, установленные в отношении общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирных домах.

Данный подход был разработан еще в Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. В Концепции отмечалось, в частности, что для всех без исключения собственников помещений правовой режим общего имущества должен обеспечивать, с одной стороны, безусловную возможность беспрепятственного пользования им в соответствии с его назначением, а с другой — безусловное распределение бремени его содержания в состоянии, обеспечивающем возможность его использования по назначению¹.

Следовательно, мы можем сделать следующие выводы. По соглашению собственников общего имущества (собственников помещений в здании) допускается передача отдельных частей здания в пользование (например, может быть заключен договор пользования несущей стеной или крышей для размещения наружной рекламы). К таким договорам по аналогии могут применяться положения законодательства о договоре аренды. При этом обременение устанавливается на все здание в целом. Если собственник здания принимает решение о выделении из его

¹ Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе, принятая Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в рамках подготовки предложений Президенту Российской Федерации о государственной политике в сфере гражданского законодательства и основных направлениях его совершенствования. М., 2003.

состава одного или нескольких помещений, то при внесении в ЕГРП записей об образовании самостоятельных объектов недвижимости прекращается право собственности на здание в целом. В таком случае право общей долевой собственности на общее имущество возникает с момента поступления хотя бы одного из помещений, находящихся в здании, в собственность иного лица. Если собственником всех помещений в здании становится одно лицо, оно вправе избрать правовой режим здания как единого объекта.

Сова В.В., кандидат юридических наук

Будьте осторожны заключая договоры, связанные с распоряжением правами на интеллектуальную собственность

В 2012 году исполнилось 200 лет со дня принятия первого в России нормативного правового акта в сфере интеллектуальной собственности - Манифеста от 17 июня 1812 года «О привилегиях на разные изобретения и открытия в художествах и ремеслах». В то время это сфера отношений только начинала изучаться учеными и регулироваться законодательством. В наши дни вопросы, связанные с интеллектуальной собственностью, прочно заняло свое место в науке и законодательстве. Вопросы, связанные с интеллектуальной собственностью, активно изучаются юристами, экономистами, и социологами. А вопросы правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации заняли значительное место в гражданском законодательстве.

Между тем, большая часть населения слабо разбирается в особенностях, связанных с интеллектуальной собственностью. Это, закономерно, приводит к тому, что недобросовестные лица используют интеллектуальную собственность в своих, подчас сомнительных, способах извлечения прибыли. Вот лишь несколько примеров. Например, к Вам может обратиться компания, которая предложит совместно создать юридическое лицо. Вам будет предложено вложить во вновь создаваемое юридическое лицо средства и связи. Компания же предложит вложить права, например, на защищенную патентом технологию.

В этом случае необходимо удостовериться, что патент на такую технологию действительно выдан, а правовая охрана технологии будет действовать еще столько, что это позволит окупить вложенные во вновь созданное юридическое лицо средства и получить прибыль и что обратившейся к Вам компании принадлежат права на использование данной технологии.

Лишь при соблюдении данных условий можно говорить о дальнейшем сотрудничестве в данном направлении.

Проверить соблюдение этих условий просто. Сведения обо всех зарегистрированных Федеральной службе по интеллектуальной собственности (Роспатентом) результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации вносятся в соответствующий государственный реестр. На сайте федерального бюджетного образовательного учреждения «Федеральный институт промышленной собственности» (ФГБУ ФИПС), являющегося учреждением, подведомственным Роспатенту, в разделе «Информационные ресурсы»¹, размещены открытые реест-

¹ Информационные ресурсы [электронный ресурс] // URL: <http://www1.fips.ru/wps/portal/Registers/> (дата обращения: 07.02.2013).

ры, в которых содержатся сведения из государственных реестров. С помощью номера государственной регистрации, являющегося также номером патента или свидетельства, можно найти всю информацию о том или ином результате интеллектуальной деятельности или средстве индивидуализации, в том числе о том, действует ли все еще патент, кому принадлежат права и т.д.

Ничто не мешает заранее уточнить номер государственной регистрации и затем с его помощью провести небольшую проверку. Если такую проверку не провести, то заключенный договор, на основании которого право на технологию будет передано в уставной капитал, и дальнейшая судьба вновь созданного юридического лица может быть предметом долгих и трудных судебных споров.

Можно привести другой пример: вы решили заключить договор коммерческой концессии. Согласно его условиям, Вам предоставляется комплекс исключительных прав сразу на несколько результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Кроме того, правообладатель берется за обучение Ваших сотрудников тем правилам ведения бизнеса, которые им разработаны и которые позволяют получать за счет предоставленного Вам комплекса исключительных прав в объеме, не меньшем, чем сам правообладатель. Но в то же самое время, в договоре оговорено, что вознаграждение по договору выплачивается не после регистрации договора в Роспатенте, а через определенное количество рабочих дней после подписания договора. Ваши сотрудники направляются на обучение также не после регистрации договора, а вскоре после его подписания. Их обучение тоже требует определенных капиталовложений с Вашей стороны, часть из которых может быть направлена правообладателю (например, за организацию проживания Ваших сотрудников).

На практике были случаи, когда после первых таких платежей, порой составлявших в совокупности значительную сумму, правообладатель терял к Вам всякий интерес, предлагая всем желающим заключить новый договор коммерческой концессии на тех же условиях, на которых заключил их с Вами, в том числе и на той же территории. При этом он может игнорировать то, что по заключенному с Вами и уже зарегистрированному договору коммерческой концессии Вам предоставлена исключительная лицензия. К сожалению, обезопасить себя так же легко, как это можно было сделать в предыдущем примере, не представляется возможным. В данном случае, Вы можете лишь собрать информацию о деловой репутации правообладателя и принимать решение о заключении договора в зависимости от собранных сведений и уверенности в их достоверности.

Не стоит забывать, что на практике недобросовестные лица, желающие нажиться на Вашей интеллектуальной собственности, может пойти и другим путем. Такие лица могут заключить с Вами договор, позволяющий получить право на использование Вашей интеллектуальной собственности (например, договор коммерческой концессии). Они могут честно исполнять условия заключенного договора. Но при этом они будут постигать тонкости, связанные с интеллектуальной собственностью и ее использованием. А в некоторых случаях - в случае с ноу-хау - они даже могут получить доступ к самой ее сути. А затем, уже после полного исполнения договора, они продолжают использование Вашей интеллектуальной собственности, но уже без Вашего ведома и согласия, но со знанием об ее особенностях и способах наиболее эффективного использования. Разумеется, приведенные примеры являются скорее исключением, чем правилом. Большинство заключаемых до-

говоров, связанных с распоряжением правами на интеллектуальную собственность, благополучно заключаются и честно исполняются обеими сторонами к обоюдной выгоде друг друга.

*Татаринцева Е.А., кандидат юридических наук,
Институт Дружбы народов Кавказа, филиал в г. Светлограде*

Признание судебных решений об усыновлении детей – граждан Российской Федерации на территории Великобритании

Цель любого усыновления – обеспечить ребенка любящей и понимающей его семьей, которая создаст условия для полного и гармоничного развития его личности. Поэтому вынесение российским судом решения об усыновлении ребенка – гражданина РФ, обязывает принимающее государство – участника Конвенции ООН о правах ребенка, обеспечить, «чтобы в случае усыновления ребенка... применялись такие же гарантии и нормы, которые применяются в отношении усыновления внутри страны» (п. «с» ст. 21 Конвенции). Данное конвенционное положение является отражением принципа запрещения дискриминации, который призван гарантировать равные права и обеспечить равную защиту всем усыновляемым детям. В связи с этим вопрос о признании решений судов РФ об усыновлении российских детей на территории принимающих государств, гражданами которых являются усыновители, относится к числу основных вопросов по защите прав детей независимо от страны, куда они были переданы на усыновление. Решение российского суда об усыновлении следует рассматривать не только как законный акт государственной власти, но и как решение экстраординарной важности, от которого зависит дальнейшая судьба ребенка. В результате принятия такого решения может быть полностью изменена индивидуальность ребенка, включая имя, гражданство, семейные связи, его национальность, культура и религия. Таким образом, признание решения об усыновлении, принятого в РФ, иностранным судом страны, гражданами которой являются усыновители, является гарантией того, что усыновленный ими ребенок – гражданин РФ – получит тот же правовой статус, что и в стране своего происхождения.

Вместе с тем не все иностранные суды государств-участников Конвенции ООН о правах ребенка – признают решения об усыновлении, принятые судами РФ. К числу таких принимающих государств относится и Великобритания. Поскольку РФ не ратифицировала Гаагскую Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления от 29 мая 1993 г. (далее – Гаагская конвенция от 29 мая 1993 г.), регулиующую в т.ч. и вопросы признания усыновления, решения российских судов об усыновлении не признаются английскими судами. В связи с этим граждане Великобритании, усыновившие ребенка из Российской Федерации, вынуждены проходить процедуру «переусыновления» (re-adopting). Основной целью «переусыновления» является приобретение ребенком британского гражданства и выдача нового свидетельства об усыновлении. Данный подход английских законодателей, направленный «на сохранение ребенком его

«новых» родителей»¹, объясняется тем, что международное усыновление в Соединенном Королевстве рассматривается как «последнее средство» создания семьи, когда все другие средства уже исчерпаны, и поэтому требует правовых гарантий обеспечения наилучших интересов ребенка². Для т.н. «неконвенционных усыновлений» английским Законом об усыновлении (международные аспекты) 1999 г., Законом об усыновлении и детях 2002 г. и Правилами усыновления с иностранным элементом 2005 г. предусматривается, что после въезда усыновленного ребенка на территорию Соединенного Королевства, «кандидат в усыновители» в течение четырнадцати дней с момента своего с ребенком прибытия обязан уведомить об этом соответствующие органы местного самоуправления, и заявить о своем намерении усыновить ребенка в соответствии с п.2 ст. 44 Закона об усыновлении и детях 2002 г. Неисполнение этого условия влечет за собой для кандидата в усыновители уголовную ответственность.

Первые 6 месяцев пребывания усыновленного ребенка в семье своих усыновителей рассматриваются английским законодательством в качестве «пробационного периода усыновления»³, когда социальными работниками органов местного самоуправления по месту жительства «кандидата в усыновители» вновь производится оценка его способности стать усыновителем данного ребенка в соответствии с требованиями Гаагской конвенции от 29 мая 1993 г. Кроме того, производится тщательная проверка всех документов, где особое внимание уделяется наличию полученного согласия на усыновление ребенка от всех надлежащих лиц. В случае одобрения комиссией по усыновлению кандидатуры «кандидата в усыновители», он подает в суд заявление с просьбой об усыновлении, ранее усыновленного в Российской Федерации ребенка. В случае, если заявление об усыновлении ребенка не подано в суд в течение двух лет с момента въезда ребенка в Великобританию, социальная служба по усыновлению обязана провести специальную проверку и выяснить причины этого.

Следует отметить, что такие требования Великобританией установлены по отношению к Российской Федерации, Нигерии, Гватемале⁴ и Эфиопии. Таким образом, дети-граждане указанных стран, усыновляемые в Великобритании, как правило, имеют два или больше свидетельств о рождении и об усыновлении, что создает проблему сохранения индивидуальности ребенка, которую государства-участники обязаны уважать в соответствии с требованиями п.1 ст. 8 Конвенции ООН о правах ребенка. В тоже время для стран- участниц Гаагской конвенции от 29 мая 1993 г. решения об усыновлении признаются в Соединенном Королевстве автоматически, а усыновленные гражданами Великобритании дети из «конвенционных» стран также автоматически получают британское гражданство.

¹Home Office. UK Border Agency. Guidance – Adopted children. December, 2012. [Электронный ресурс]URL://<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/modernised/family/adopted-children.pdf?view=Binary> (дата обращения 23.01.2013).

² Gibbs A. Going to the Courts Twice: A Critical Appraisal of the UK-s Policy of Re-adoption for Intercountry Adoption.// Children and Society. Vol. 25. Number 6. 2011. P. 482.

³ Adoption with a Foreign Element Regulations 2005, reg. 9(1)(b). URL://<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2005/392/contents/made>

⁴ Несмотря на то, что Гватемала ратифицировала Гаагскую конвенцию от 29 мая 1993 г., в 2007 г. Великобритания запретила все международные усыновления из этой страны в связи со скандалом о похищении детей с целью их последующего усыновления. [Электронный ресурс]URL://<http://www.dcsf.gov.uk/intercountryadoption/downloads/RestrictedListUpdated-3-610.pdf> (дата обращения 23.01.2013).

Особую озабоченность вызывает предусмотренное Правилами 2005 г. положение о праве английского «кандидата в усыновители», усыновившего российского ребенка, отказаться от предоставления ему своего дома по прибытии в Великобританию¹. Причем в каких случаях он может это сделать – ни в Законе об усыновлении и детях 2002 г., ни в Правилах 2005 г. – не говорится. Предусматривается лишь процедура отобрания ребенка органами местного самоуправления от «кандидата в усыновители» по истечении семи дней с момента получения от него такого уведомления². Ребенок может быть отобран у «кандидата в усыновители» и по инициативе самих органов местного самоуправления, когда т.н. «кандидаты в усыновители» не были одобрены агентством по усыновлению в качестве лиц, соответствующих требованиям, предъявляемым к усыновителям, а также, если, по их мнению, продолжение пребывания ребенка-иностранца в семье «кандидатов в усыновители» не отвечает его наилучшим интересам. После этого ребенок передается под опеку органов местного самоуправления³ и ему должны быть подобраны новые усыновители. Следует отметить, что в случае «конвенционных усыновлений» органы местного самоуправления вправе отобрать ребенка у кандидата в усыновители только на основании соответствующего судебного приказа⁴.

Таким образом, процедура «переусыновления», направленная на обеспечение наилучших интересов ребенка фактически приводит к тому, что по прибытии в Великобританию усыновленный британскими гражданами российский ребенок утрачивает правовой статус усыновленного ими ребенка, и до момента вынесения английским судом приказа о его усыновлении никто из британских усыновителей не несет перед ним родительской ответственности. Усыновители рассматриваются по отношению к ребенку как посторонние ему лица, а сам ребенок находится в положении правовой неопределенности как минимум до момента своего «переусыновления», что дискриминирует правовой статус ребенка, предусмотренный российским законодательством и не соответствует требованиям Конвенции ООН о правах ребенка.

По мнению английского профессора А. Гиббс, усыновленные дети имеют право на защиту от вреда; право на семью «навсегда», в которой они будут воспитываться; право на признание быть наравне с родными детьми усыновителей; на то, чтобы постоянно не доказывать, что они являются законными детьми своих усыновителей; право на приобретение гражданства своих усыновителей. Однако процедура «переусыновления», предусмотренная в Великобритании для детей, переданных на международное усыновление, оспаривает все эти права, несмотря на то, что все они прописаны в английском законодательстве и практических руководствах⁵.

Таким образом, отсутствие применения единых стандартов и процедур в сфере международного усыновления, влечет за собой нарушение прав российских детей, что недопустимо. Это очевидно требует поиска государственных решений по выходу из создавшейся ситуации, что невозможно без достижения между Российской Федерацией и Великобританией согласия по данному пункту. Как под-

¹ Adoption with a Foreign Element Regulations 2005, reg. 4(4).

² Adoption with a Foreign Element Regulations 2005, reg. 27.

³ Ibid, reg. 27 (1).

⁴ Ibid, reg. 27 (3).

⁵ Gibbs A. Going to the Courts Twice: A Critical Appraisal of the UK-s Policy of Re-adoption for Intercountry Adoption. P. 484.

черкнул министр иностранных дел РФ С.В. Лавров, у нас по-прежнему, «сохраняются возможности для передачи детей на усыновление в другие государства, которые добросовестно выполняют Конвенцию ООН о правах ребенка»¹. Другой путь урегулирования противоречий по вопросу признания решений об усыновлении, принимаемых российскими судами, на территории Великобритании, и на наш взгляд, решающий и многие другие проблемы в этой области – скорейшая ратификация Российской Федерацией Гаагской Конвенции о защите прав детей и сотрудничестве в области международного усыновления от 29 мая 1993 г.

*Тлебаева Г.М., кандидат юридических наук,
Кожрахметова А.А.,
Таразский Государственный Университет им. М.Х. Дулати*

Права иностранных лиц на земельные участки в Республике Казахстан

Для любого государства вопросы правового регулирования земельных правоотношений являются стержневыми, поскольку во многом они определяют развитие экономики и, как результат, качество жизни населения.

В Казахстане в сфере земельных отношений, иностранным физическим лицам (иностранцами и лицам без гражданства) и иностранным юридическим лицам предоставлены широкие права в сфере земельных отношений, чего не скажешь о других иностранных государствах. Например, в Австрии, Дании, Швейцарии, Швеции и других странах для приобретения земельных участков указанными лицами требуется получение разрешения местных или центральных органов власти; в Финляндии иностранные юридические лица и юридические лица, 20 (в отдельных случаях более 40) процентов уставного капитала которых принадлежит иностранным физическим и юридическим лицам, не имеют права без разрешения Государственного Совета приобретать земельные участки на срок более двух лет; в ряде штатов США и провинций Канады установлены запреты и ограничения на покупку земельных участков иностранными физическими лицами².

Учитывая особую значимость земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, а также особый правовой статус иностранных физических и юридических лиц, законодательство, регулирующее земельные отношения с участием указанных лиц, должно быть четким.

Согласно пунктам 3, 4 статьи 23 Земельного кодекса Республики Казахстан в частной собственности иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц (негосударственных) могут находиться земельные участки для следующих целей: под застройку или застроенные производственными и непроизводственными зданиями (строениями, сооружениями) и их комплексами и для обслуживания зданий (строений, сооружений) в соответствии с их назначением. Земли, предназначенные для ведения товарного сельскохозяйственного производства и лесоразведения, не могут находиться в собственности иностранцев и

¹ Вступительное слово и ответы на вопросы СМИ Министра иностранных дел России С.В.Лаврова в ходе пресс-конференции по итогам деятельности российской дипломатии в 2012 году, Москва, 23 января 2013 года. [Электронный ресурс]//URL:/http://www.mid.ru/bdomp/sitemap.nsf (дата обращения 27.01.2013).

² Бобряшова М.А. Бипатриды как участники земельных отношений в России // Представительная власть – XXI век. – 2010. - № 5-6. – С. 53-55.

иностранных юридических лиц (пункт 4 статьи 23 ЗК). В соответствии с пунктом 5 статьи 37 ЗК земельные участки для товарного сельскохозяйственного производства могут предоставляться иностранцам и лицам без гражданства в аренду на срок до 10 лет. Право постоянного землепользования не может принадлежать иностранным землепользователям (пункт 2 статьи 34 ЗК). Из этого можно сделать вывод: иностранные граждане и юридические лица могут иметь земли, предоставляемые под застройку или застроенные зданиями (строениями, сооружениями), которое влечет за собой право собственности на земельный участок, который занят указанными зданиями, строениями и сооружениями. Это дает возможность иностранным компаниям, которые приобрели в собственность здания, строения или сооружения, получить в собственность и земельные участки, находящиеся под этими зданиями и вокруг них. И наоборот, те иностранные компании, которые приобрели в собственность земельные участки, предназначенные для застройки, должны приобрести право собственности на здания (строения, сооружения), расположенные на этих участках.

В то же время в соответствии со статьей 7 ЗК РК, если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в Земельном кодексе, то применяются правила указанного договора. Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, к земельным отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание законодательного акта. К примеру, пунктом 1 статьи 4 Казахстан¹, установлено, что гражданин одной Стороны, постоянно проживающий на территории другой Стороны, пользуется такими же правами и свободами и несет такие же обязанности, что и граждане Стороны проживания, за изъятиями, установленными настоящим Договором. В связи с этим на граждан России, постоянно проживающих в Казахстане (имеющих вид на жительство) не распространяются вышеуказанные ограничения и они вправе приобретать в собственность участки с любым целевым назначением (личное подсобное хозяйство и др.).

Действующее законодательство Республики Казахстан в целом направлено на расширение участия иностранных физических и юридических лиц в земельных отношениях, чтобы, использовать весь потенциал (знания, опыт, ресурсы) иностранных физических и юридических лиц с максимальной выгодой для развития отечественной экономики (сельского хозяйства, промышленности). С другой стороны, — ограничить участие указанных лиц в земельных отношениях, исходя из соображений безопасности государства, с учетом значения земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории.

*Тлебаева Г.М., кандидат юридических наук,
Лайык С.М.,
Таразский Государственный Университет им. М.Х. Дулати*

Лица пенсионного возраста как специальные субъекты трудового права Республики Казахстан

¹ Сизинцев С. Иностранцы в Казахстане: приобретение недвижимости // <http://www.defacto.kz>

В науке многими авторами среди основных принципов трудового права, характеризующих отраслевые особенности нормотворчества, принято выделять принцип единства и дифференциации. Данный принцип, пронизывая все институты трудового права, получает в них свое разнообразное нормативное содержание. В основе дифференциации лежат различные критерии, в том числе и возраст. Возраст в трудовом праве, будучи довольно многозначным явлением объективной реальности, так или иначе, означает количество лет жизни физического лица, закрепленное в нормах трудового права и обуславливающее существенные юридические последствия. Среди таковых - воздействие на правосубъектность, права, обязанности и ответственность работников¹.

Классификации возраста в трудовом праве в зависимости от субъекта, с возрастом которого нормотворческий орган связывает правовые последствия, проводится по следующим основаниям: возраст работника, возраст члена семьи работника, возраст работодателя - физического лица.

Выделяются следующие возрастные группы, для которых устанавливаются или должны устанавливаться специальные условия труда: молодежь, женщины детородного возраста, лица предпенсионного возраста, лица пенсионного возраста.

Возраст работника в трудовом праве - это юридический факт, порождающий возникновение трудовой дееспособности граждан (иностранных граждан, апатридов) как работников и обеспечивающий динамику правоотношений в области трудового права, в связи с нормативно зафиксированными этапами развития усредненной (не персонифицированной) личности работника в трудовом праве².

Согласно статье 30 ТК РК заключение трудового договора допускается с гражданами, достигшими шестнадцатилетнего возраста.

С письменного согласия одного из родителей, опекуна, попечителя или усыновителя трудовой договор может быть заключен с:

- 1) гражданами, достигшими пятнадцати лет, в случаях получения ими основного среднего, общего среднего образования в организации среднего образования;
- 2) учащимися, достигшими четырнадцатилетнего возраста, для выполнения в свободное от учебы время работы, не причиняющей вреда здоровью и не нарушающей процесса обучения;
- 3) с лицами, не достигшими четырнадцатилетнего возраста, в организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях, цирках для участия в создании и (или) исполнении произведений без ущерба здоровью и нравственному развитию с соблюдением условий ТК РК.

В трудовом законодательстве Республики Казахстан открытым остается вопрос о том, является ли достижение пенсионного возраста, основанием для расторжения трудового договора? В статье 54 ТК РК среди оснований расторжения трудового договора по инициативе работодателя – достижение пенсионного возраста не является данным основанием, но пункт 2 данной статьи указывает на то, что для отдельных категорий работников ТК РК предусмотрены дополнительные основания для расторжения трудовых договоров по инициативе работодателя.

¹ Филин С.А., Филина Т.В. Работающие пенсионеры, как уволить? // http://ng.by/ru/issues?art_id=56647

² Бадалян Ю. Является ли основанием для увольнения сотрудника достижение им пенсионного возраста? // http://www.garant.ru/consult/work_law/290836

Так, статья 240 ТК РК, содержит дополнительное основание для прекращения трудового договора с гражданскими служащими, которое содержит следующее положение:

1. Помимо оснований для прекращения трудового договора с работниками, установленных настоящим Кодексом, дополнительным основанием для прекращения трудового договора с гражданскими служащими является достижение ими пенсионного возраста, установленного законом Республики Казахстан.

2. С работником, достигшим пенсионного возраста и обладающим высоким профессиональным и квалификационным уровнем, с учетом его работоспособности руководителем государственного учреждения (казенного предприятия) либо ответственным секретарем или иным должностным лицом, определяемым Президентом Республики Казахстан, трудовой договор может продлеваться ежегодно.

Немного иначе дело обстоит с административными государственными служащими, статья 27 Закона «О государственной службе», которая содержит следующие основания прекращения государственной службы: подача ими заявления об увольнении по собственному желанию достижение ими пенсионного возраста, установленного законом Республики Казахстан, с правом продления срока их пребывания на государственной службе на один год путем заключения трудового договора по взаимному согласию сторон. То есть, с работником, достигшим пенсионного возраста и обладающим высоким профессиональным и квалификационным уровнем, с учетом его работоспособности руководителем государственного учреждения (казенного предприятия) либо ответственным секретарем или иным должностным лицом, определяемым Президентом Республики Казахстан, трудовой договор может продлеваться ежегодно. В то же время статья 1 Конвенции Международной Организации Труда (МОТ) от 1958 года N 111 «О дискриминации в области труда и занятий» (ратифицирована СССР в 1961 году) и ст. 7 ТК РК запрещают дискриминацию работника по признаку возраста. Поэтому работника, достигшего пенсионного возраста, можно уволить лишь на общих основаниях, предусмотренных для всех работников ст. 51 ТК РК. Отсюда можно сделать следующие выводы:

Во-первых, в Республике Казахстан все будет зависеть от того, в какой должности работает субъект трудового права. Во-вторых, норма статьи 7 «запрещение дискриминация работника по признаку возраста» и нормы статей 51 и 240 Трудового кодекса Республики Казахстан входят между собой в противоречие. А на практике зачастую с работником достигшего пенсионного возраста расторгают трудовой договор в принудительном порядке, даже не спрашивая согласия работника на это.

*Тлебаева Г.М., кандидат юридических наук,
Кебеева Б.П.,
Таразский Государственный Университет им. М.Х. Дулати*

Правовое регулирование банкротства кредитных организаций по законодательству Республики Казахстан

Банковская система Казахстана возникла сравнительно недавно и развивается достаточно быстро. За последние несколько лет банки были вынуждены пройти

путь, который в других странах занял десятилетия. На изменения, которые происходят сейчас и произойдут в будущем огромное влияние оказывает государственное регулирование. Регулирование банковской деятельности должно преследовать три цели: безопасность, стабильность и поддержание конкуренции.

На сегодняшний день самый неотложный вопрос в области банковского регулирования – проблема разорения банков. Институт банкротства банков в Казахстане окончательно не сложился и существует необходимость совершенствования законодательных документов, регулирующих проведение процедур банкротства кредитных организаций.

Выделение из общего порядка несостоятельности (банкротства) юридических лиц особенностей правового регулирования несостоятельности (банкротства) кредитных организаций обусловлено их особой ролью в банковской системе страны и теми серьёзными негативными последствиями, которые влечёт их банкротство для многочисленных клиентов таких организаций - юридических лиц и граждан¹.

В Законе РК «О банках и банковской деятельности» статье 1, банком признается - юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, которое в соответствии с вышеуказанным Законом правомочно осуществлять банковскую деятельность. Статья 71, 73 этого же Закона регламентирует правила признания банка банкротом: ликвидация банков по основанию банкротства осуществляется в соответствии с вышеуказанным Законом, а также законодательством Республики Казахстан. Из этого можно сделать вывод о том, что Закон РК «О банках и банковской деятельности» детально не регламентирует процедуру банкротства и отсылает к нормам Закона РК «О банкротстве».

Положения Закона РК «О банкротстве» применяются к делам о банкротстве, ускоренной реабилитации и реабилитации юридических лиц. Соответственно, банком признается юридическое лицо, к которому будут применяться положениями Закона РК «О банкротстве».

В отличие от большинства других коммерческих организаций, кредитные организации (банки) обладают специальной (целевой) правоспособностью, в рамках которой они могут выполнять банковские операции и совершать определенные сделки, поэтому возникает необходимость особого правового регулирования отношений, связанных с несостоятельностью (банкротством) кредитных организаций.

Согласно п.6 статьи 1 Закона РК «О банкротстве»: банкротство - это признанная решением суда несостоятельность должника, являющаяся основанием для его ликвидации. В п.10 ст. 1 этого же закона указано, что несостоятельность – это установленная судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам, произвести расчеты по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, обеспечить уплату налогов и других обязательных платежей в бюджет, социальных отчислений в Государственный фонд социального страхования, а также обязательных пенсионных взносов

Закон РК «О банкротстве» оперирует такими понятиями, как банкротство, несостоятельность и неспособность, которые как нам кажется, в Законе используются как синонимы. Действительно ли несостоятельность означает банкротство и на-

¹ Жиркова Н.В. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) кредитных организаций: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2007.

оборот, либо эти термины имеют самостоятельное значение, и, следовательно, их необходимо дифференцировать?

Так, под неплатежеспособностью понимается неспособность должника выполнить денежные обязательства и иные требования денежного характера. При этом должник признаётся неплатежеспособным при неисполнении им указанного в течение трёх месяцев с момента наступления сроков исполнения (п. 16 ст. 1; п. 1 ст. 4 Закона о банкротстве). Неплатежеспособность должника служит основанием для обращения кредитора в суд с заявлением о банкротстве должника.

Под несостоятельностью понимается признанная судом или должником неспособность должника удовлетворить в полном объёме требования кредитора по денежным обязательствам, включая требования об оплате труда. Несостоятельность как минимум может явиться основанием для обращения должника в суд с заявлением о его добровольном банкротстве, а как максимум является основанием для вынесения судом решения о признании должника банкротом (ст.ст. 3, 4 Закона о банкротстве).

Долгое время в связи с неясными положениями законодательства существовали споры в отношении критериев определения и разграничения неплатежеспособности и несостоятельности. На наш взгляд, несостоятельность – это более устойчивая форма неплатежеспособности должника. То есть, если должник является абсолютно неплатежеспособным, есть все основания для признания его несостоятельным и в дальнейшем, по решению суда – банкротом.

По мнению, высказанным И.Ю. Михалёвым, банкротство следует определять как специфическую уголовно-правовую характеристику несостоятельности, основанную на её неразрывной взаимосвязи с общественно опасным посягательством, отсюда можно сделать вывод, о том, что законодательное разграничение понятий «несостоятельность» и «банкротство» позволило бы более точно отразить существующие взаимосвязи гражданско-правовых и уголовно-правовых начал, составляющих юридическую природу этих явлений¹.

Понятия «несостоятельность» и «банкротство» кредитной организации целесообразно разграничить следующим образом:

- «несостоятельность» — это финансовое состояние, кредитных организаций;
- «банкротство кредитной организации» - процесс применения к кредитной организации совокупности экономических и правовых мер, досудебных и судебных процедур, связанных с предупреждением ее несостоятельности, рассмотрением и разрешением арбитражным судом дела о ее банкротстве, обеспечением соразмерного и наиболее полного удовлетворения требований ее кредиторов.

*Филиппов В.Г.,
Саратовская государственная юридическая академия*

Некоторые особенности добровольной ликвидации коммерческих организаций

Основной нормой, регламентирующей добровольную ликвидацию, является правило, установленное абзацем вторым п. 2 ст. 61 Гражданского кодекса РФ (да-

¹ Михалёв И.Ю. Криминальное банкротство. – М., 2001. – С. 34.

лее – ГК РФ). Из содержания данной статьи видно, что перечень оснований по которым юридическое лицо может быть ликвидировано в добровольном порядке не является исчерпывающим, поскольку указаны только некоторые случаи, при которых возможно осуществление добровольной ликвидации: истечение срока, на который было создано юридическое лицо и достижение цели, ради которой юридическое лицо создавалось.

Вместе с тем стоит отметить, что ликвидация коммерческой организации по воле её участников как следует из ряда судебных решений, возможна не всегда, а лишь при условии, если данная организация в состоянии удовлетворить требования кредиторов. В противном случае оно ликвидируется по основанию, установленному п. 4 ст. 61 ГК РФ, то есть вследствие признания его банкротом по решению суда. Как следует из абзаца второго указанной статьи, если стоимость имущества ликвидируемого юридического лица недостаточна для удовлетворения требований кредиторов, оно может быть ликвидировано в порядке признания его несостоятельным (банкротом) в соответствии со ст. 65 ГК РФ. Например, как усматривается из материалов дела, ЗАО «ИНФОБИЗНЕС» обратилось в арбитражный суд к Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 4 по Кемеровской области (далее – Инспекция), ООО «Квадро-Базальт» с заявлением о признании недействительными решений от 03.03.2011 г. о государственной регистрации прекращения деятельности общества в связи с его ликвидацией, зарегистрированного в реестре за № 2114221005534, и от 28.09.2010 г. № 4 общего собрания участников ООО «Квадро-базальт» о ликвидации юридического лица. По мнению заявителя, Инспекция не вправе была принимать решение о регистрации ликвидации общества на основании решения о ликвидации принятого не уполномоченным составом участников общества, при наличии непогашенной задолженности ликвидируемого общества перед истцом и при нарушении порядка уведомления кредиторов в письменном виде о ликвидации.

Дав толкование положениям, установленным ст. ст. 61-65 ГК РФ, суд признал поведённую ликвидацию недействительной, при этом, отметив, что добровольная ликвидация юридического лица, являющегося коммерческой организацией, возможна, если оно в состоянии удовлетворить требования кредиторов. В случае, если юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, не имеет достаточных средств для удовлетворения требований кредиторов, оно ликвидируется вследствие признания его несостоятельным (банкротом) в судебном порядке¹.

Таким образом, главным критерием, позволяющим судам устанавливать проведение ликвидации коммерческой организации по добровольному основанию, является способность данной организации удовлетворить требования её кредиторов своим имуществом. При этом следует отметить, что положения ст. 61 ГК РФ в будущей редакции Проектом ФЗ № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 14.02.2012 г. по делу № А27-7385/2011; Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29.10.2008 г. № Ф09-7960/08-С4 по делу № А60-7254/2008-С5; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.02.2009 г. по делу № А42-3783/2008; Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 02.08.2011 г. по делу № А43-10211/2010; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.08.2012 г. № 09АП-19813/2012-АК по делу № А40-4374/12-148-40; Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2012 г. по делу № А22-1532/2011

также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»,¹ значительно изменяются и в указанной статье признак достаточности имущества для удовлетворения требований кредиторов больше не указан. В п. 6 ст. 61 ГК РФ в будущей редакции имеется лишь отсылочная норма к законодательству о несостоятельности (банкротстве) возможного признания юридического лица несостоятельным (банкротом) и его ликвидации без указания ранее имевшегося признака, то есть недостаточности стоимости имущества организации для удовлетворения требований кредиторов, а также видовой принадлежности такого юридического лица.

Соответственно подобное изменение может негативно отразиться на практике применения судами норм ГК РФ о добровольной ликвидации при рассмотрении вышеприведённых дел в виду отсутствия в ГК РФ одного из главных признаков проведения ликвидации в добровольном порядке и в конечном итоге привести к нарушением прав и законных интересов кредиторов и участников ликвидируемой коммерческой организации. В силу этого представляется обоснованным определение в ГК РФ понятия добровольной ликвидации юридического лица через указание отличающих её от ликвидационных процедур по другим основаниям признакам, в частности ликвидации вследствие признания организации несостоятельной (банкротом).

Непосредственно само понятие добровольной ликвидации коммерческой организации целесообразно было бы закрепить в п. 2 ст. 62 ГК РФ после абзаца первого указанной статьи дополнить предложением следующего содержания: добровольная ликвидация коммерческой организации – процедура, осуществляемая в порядке предусмотренном настоящим Кодексом и другими ФЗ по решению учредителей (участников) либо органа данной коммерческой организации, уполномоченного на то учредительными документами при наличии достаточных средств для удовлетворения требований кредиторов.

Закрепление данного понятия в ГК РФ позволит судам отграничивать ликвидацию коммерческих организаций по добровольному основанию от других ликвидационных процедур, не прибегая к специальным правилам, установленным законодательством о несостоятельности (банкротстве), поскольку порядок добровольной ликвидации установлен ГК РФ, а также уточняется специальными правилами, установленными отдельными ФЗ о конкретных видах коммерческих организаций и уставом коммерческой организации.

*Халилова Н.Р., кандидат социологических наук,
Башкирская академия государственной службы и управления при Президенте
Республики Башкортостан,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Правовые аспекты организации практики на базе юридической клиники

¹ Проект ФЗ № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (во втором чтении). [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://komitet2-10.km.duma.gov.ru/site.xp/051054056124054053054.html>. (дата обращения: 22.12.2012 г.).

Трансформация системы российского высшего профессионального образования, происходящая в последнее время, затронула все ее элементы. Не осталась в стороне и такая ее составляющая, как практическая подготовка студентов. При всем разнообразии форм организации практики для студентов, весьма актуальной остается такая ее форма, как «юридическая клиника», формат которой позволяет одновременно решать вузу целый комплекс обучающих, научных, социальных задач в отношении студентов обучающихся не только по направлению «Юриспруденция», но и иным направлениям.

Сейчас отсутствуют обязательные требования к образовательным учреждениям о создании в своей структуре юридических клиник. Согласно п.7.16 Федерального государственного образовательного стандарта по направлению подготовки 030900 Юриспруденция (квалификация (степень) «бакалавр»)¹ юридическая клиника, правовая консультация - это одно из возможных мест прохождения студентами практики. Соответственно, наличие юридической клиники в вузе не является обязательным условием государственной аккредитации. Однако участие вуза в деятельности по оказанию бесплатной юридической помощи населению оценивается при проведении общественной аккредитации вуза Ассоциацией юристов России².

Следует отметить, что положение, цели, задачи, функции юридической клиники определяются нормативно-правовыми актами разного отраслевого назначения. Так, статус клиники, закрепляется в ст. 23 ФЗ от 21 ноября 2011г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (далее - ФЗ № 324-ФЗ)³. Данная норма определяет, что юридическая клиника создается в качестве юридического лица, если такое право предоставлено образовательному учреждению высшего профессионального образования его учредителем, или структурного подразделения образовательного учреждения высшего профессионального образования. Порядок создания юридических клиник и порядок их деятельности определяется Министерством образования и науки Российской Федерации. Однако пока документ находится в стадии разработки и не утвержден данным ведомством⁴.

Согласно ФЗ № 324-ФЗ юридическая клиника создается для реализации следующих целей: оказание бесплатной юридической помощи; правовое просвещение населения; формирование у обучающихся навыков оказания юридической помощи. При этом в оказании бесплатной юридической помощи юридическими клиниками участвуют лица, обучающиеся по юридической специальности в учреждениях высшего профессионального образования, под контролем лиц, имеющих высшее юридическое образование, ответственных за обучение указанных лиц и дея-

¹ Приказ Минобрнауки РФ от 04.05.2010 № 464 «Об утверждении и введении в действие федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900 Юриспруденция (квалификация (степень) «бакалавр»)» // СПС КонсультантПлюс

² Положение об общественной аккредитации образовательных учреждений высшего профессионального образования, осуществляющих подготовку юридических кадров, утв. Президиумом общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России» 09.02.2011г. протокол заседания № 25// Общероссийская общественная организация «Ассоциация юристов России» <http://www.alrf.ru/projects/quality/intro>

³ Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru:8080/page.aspx?1727>

⁴ Проект приказа Минобрнауки России «Об утверждении Порядка создания образовательными учреждениями высшего профессионального образования юридических клиник и порядка их деятельности в рамках негосударственной системы оказания бесплатной юридической помощи // Министерство образования и науки Российской Федерации <http://минобрнауки.рф/документы/2815> (далее - проект Приказа Минобрнауки России)

тельность юридической клиники. Как видим, данная норма не определяет, начиная с какого курса, а также какой формы обучения студент может быть привлечен к работе в клинике. В Проекте приказа Минобрнауки России в качестве условия допуска к оказанию бесплатной юридической помощи определяется обладание студентом необходимым уровнем общекультурных и профессиональных компетенций, сформированных в процессе освоения соответствующих образовательных программ. Уровень профессиональных компетенций студентов определяется образовательным учреждением самостоятельно. Однако остается невыясненным вопрос о том, кто же определяет необходимый уровень общекультурных компетенций. Раз он заявлен, как «необходимый», то кто-то этот уровень необходимости должен определять: либо сам вуз, либо Минобрнауки России утвердит какое-то общее обязательное требование. Вероятно, что это должен быть сам вуз. Поэтому абзац второй п. 11 Проекта приказа Минобрнауки России следует изложить следующим образом: «Уровень общекультурных и профессиональных компетенций студентов (слушателей), необходимых для оказания бесплатной юридической помощи, определяется образовательным учреждением самостоятельно». Форма обучения, как полагаем, не имеет значения.

Отметим, что во многих давно и успешно действующих юридических клиниках привлекают студентов, обучающихся на очной форме обучения, начиная с 3 курса. Однако, все вышеназванные требования актуальны только при реализации одной из целей создания клиники – оказание бесплатной юридической помощи. Об ограничениях, возможных при реализации двух других целей, в Федеральном законе № 324-ФЗ ничего не говорится. Таким образом, в тех сферах деятельности клиники, которые не связаны с оказанием бесплатной юридической помощи, могут быть привлечены студенты и иных специальностей, например, будущие PR-менеджеры, маркетологи или делопроизводители. На базе юридической клиники для них также может быть организована практика, например, связанная с презентацией клиники и ее услуг, организацией и ведением делопроизводства в клинике и т.д. При этом вуз сам определяет, какая практика (учебная, производственная, преддипломная) может быть организована на базе юридической клиники, а также студенты, какого курса и формы обучения могут быть привлечены к ее прохождению.

Чирич А.,

Юридический факультет Университета г. Ниш республики Сербия

Средства правовой защиты покупателя в режиме Венской конвенции в случае нарушения договора продавцом¹

Несмотря на развитие новых форм внешнеэкономических связей, договор купли-продажи был, остается и останется в обозримом будущем наиболее распространенным договором в сфере торгового оборота в целом и международного коммерческого оборота в частности.

Последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора определяются правом, применимым к договору международной купли-продажи. За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору купли-

¹ Статья является результатом работы в рамках Проекта Н0-179046 Министерства Образования и науки Республики Сербии.

продажи стороны могут быть привлечены к ответственности. На данном этапе Венская конвенция, безусловно, является основным источником правового регулирования договоров международной купли-продажи, причем значение, которого не, только не уменьшается, но и увеличивается. Нормы Конвенции направлены на установление необходимого баланса прав и обязанностей контрагентов при нарушении договора. Имея в виду, что соответственно, весьма частыми, являются случаи применения Венской конвенции (ВК), мы выбрали за предмет исследования этой статьи, ответственность продавца, в режиме Конвенции. Наш анализ исходит из вопросов, касающихся правовых средств покупателя, в случае нарушения договорных обязательств продавцом. Надо напомнить, что в системе ответственности продавца и покупателя, в режиме Венской конвенции, существуют нормы, касающиеся вопроса совместных правил об ответственности сторон по основанию международной купли продажи товаров, что является вопросом, который в этой статье остается вне нашего анализа¹.

Инструменты (средства) защиты согласно ВК делятся на средства защиты покупателя при нарушении договора продавцом (ст.45-52) и средства защиты продавца при нарушении договора покупателем (ст. 61-70).

Положения раздела III главы II части III Конвенции касаются различных аспектов средств правовой защиты, которые доступны покупателю, понесшему ущерб в результате нарушения договора продавцом: в них перечисляются эти средства защиты и санкционируется их использование (пункт 1 статьи 45); ими определяется возможность их использования и действие (пункты 2 и 3 статьи 45, статьи 46, 48 и 50); ими предусматривается право потерпевшего ущерба покупателя на расторжение договора (статьи 47 и 49) и тем самым регулируется имеющийся у покупателя выбор между альтернативными наборами средств защиты; ими также определяется действие средств правовой защиты покупателя в некоторых особых обстоятельствах (статьи 51 и 52).

Происходит, что поскольку продавец не исполняет любое из своих обязательств по договору международной купли-продажи товара, покупатель, на основании норм ВК, имеет право требовать от продавца: выполнения договора, снижение цены и расторжение договора². Осуществление покупателем права на указанные средства правовой защиты, не лишает его права требовать и возмещение убытков³.

¹ Об этом более подробно посмотреть: А. Чирич, «Совместные правила Венской конвенции о нарушении обязательств сторон в договоре международной купли-продажи товаров», Актуальні проблеми права: Теорія і практика, Збірник, N0-19, Міністерство освіти науки України Східноукраїнськи національний університет імені Володимира Даля, Луганск, 2011, стр. 15-24. А. Ciric, "Common provisions to the Violation of obligations the parties under contract for the international sale of goods", Topical issues of Law: Theory and practice, Collection of scientific papers, N0-19, Lugansk, 2011, p. 24.

² Ст. 45 в связи ст. 46-52 Конвенции.

³ Ст. 45, п. 2 ВК. В связи с возмещением убытков см.: ст. 74-77 Конвенции. В подпункте б) пункта 1 статьи 45 изложены материально-правовые условия для предъявления покупателем требования о возмещении убытков. В случае нарушения продавцом, какого бы то ни было договорного обязательства покупатель, который понес убытки в результате этого нарушения, может требовать их возмещения. Так, например, покупатель может требовать возмещения убытков, которые возникли из поставки дефектных товаров. Покупатель может требовать возмещения убытков за любой причиненный ущерб, если продавец заранее заявляет, что он не сможет поставить товары вовремя, и тем самым признается в ожидаемом нарушении договора в значении статьи 71. Однако, если договор или Конвенция налагает дополнительные условия для возникновения у покупателя права на возмещение убытков, такие как требование относительно извещения согласно статьям 38, 39 и 43, эти условия также должны быть соблюдены. В отличие от многих национальных систем, право требовать возмещения убытков в соответствии с Конвенцией не зависит от вида неисполнения обязательств, от какого либо наруше-

Если выполнены условия для пользования каким-то из выше приведенных прав в случае нарушения договора, покупатель имеет право выбора, каким из них он будет пользоваться (лат. *ius varandi*). Ему не признаются права, которые взаимно несовместимы. Так, например, если он выберет снижение цены и задержит поставленный товар у себя, в таком случае он должен заплатить цену товара. Цена устанавливается в пропорции стоимости, которую поставленный товар фактически имел на момент поставки, со стоимостью которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий договору¹. Но, если покупатель, например, выберет расторжение контракта, он должен вернуть товар продавцу².

Что обозначает выражение «совместимость средств правовой защиты»? Например, в практике приходится сталкиваться с ситуациями, когда сторона требует либо выполнения обязательств по поставке товара, либо взыскания убытков на основании ст. 75 или 76 Венской конвенции. Совместимы ли эти средства правовой защиты? Нет, поскольку как общее правило требование о возмещении убытков совместимо с другими средствами правовой защиты (п. 2 ст. 45, п. 2 ст. 61 ВК)³. ВК позволяет использования средств правовой защиты, предусмотренных ст. 75 и 76, в зависимость от расторжения договора. Пока договор не расторгнут, основания для применения санкций, предусмотренных этими статьями, отсутствуют.

В практике международных арбитражных органов встречается формулирование требований на альтернативной основе. Например, истец требует взыскать с ответчика неустойку, а на случай, если по каким-то причинам арбитраж не посчитает возможным ее присудить, просит о возмещении убытков⁴. Сторона должна определиться с избранием средств правовой защиты и с очередностью их использования. В любом случае, нельзя требовать одновременного применения не сочетаемых санкций.

Надо подчеркнуть, что никакая отсрочка не может быть предоставлена продавцу арбитражем или судом, если покупатель опирается определенное правовое средство, в случае нарушения контракта другой стороной⁵. Существуют две причины такого подхода. Во-первых, такая дискреция суда или арбитража может вызвать неподходящее продление срока выполнения обязанности продавца, что противоречит требованиям международной торговли.

Во-вторых, дискреционное право суда или арбитража продлить срок выполнения обязанности продавца, может создать неординарное положение сторон в процессе разрешения самого спора⁶.

Согласно Конвенции, договорные обязательства следует сохранять настолько, насколько это возможно, а к прекращению договора следует прибегать лишь как к крайнему средству, когда сохранение договора невозможно по причине существенного нарушения договора продавцом⁷. С этой целью и право на

ния прямо выраженного обещания или прочего, а лишь предполагает наличие объективного неисполнения обязательств.

¹ См. ст. 50 ВК.

² В. Стојиљковић, Међународно привредно право, Београд, 2003, стр.169.

³ См., ст. 44, п. 5 ст. 79 Конвенции.

⁴ Надо подчеркнуть, что Конвенция не затрагивает вопрос права сторон на взыскание неустойки и он решается на основании самого текста договора международной купли продажи, либо использованием коллизионного метода и применения соответствующего национального законодательства.

⁵ Ст. 45 п. 3 Конвенции.

⁶ См.: Комментарий ВК, *op. cit.* стр. 116.

⁷ В связи с ст. 49 Конвенции.

исполнение является первоочередным в перечне средств правовой защиты покупателя в режиме ВК, вследствие невыполнения или ненадлежащего выполнения обязательств продавцом из договора международной купли-продажи товара.

Надо подчеркнуть, что, несмотря на важность права требовать исполнения, в практике, оно не стало предметом большей части прецедентного права. На практике предпочтение отдается другим средствам правовой защиты, в частности праву требовать возмещения убытков¹.

Право требовать исполнения предполагает, что обязательство продавца существует и, что оно до определенного момента не исполнено. Условием реализации этого права, является предоставление требования покупателя на исполнение договора. Он располагает таким правом, если конкретное исполнение не противоречит другим правовым средствам, которыми покупатель пользуется (расторжение контракта, или снижение цены)² и, если оно допущено по национальному праву страны суда (*lex fori*), который решает этот вопрос.

Именно, поскольку рассматривающий дело судебный орган, не предоставляет такого средства правовой защиты по - своему собственному национальному праву, он не обязан предоставлять его в соответствии с Конвенцией. Поэтому суды тех юрисдикций, в которых не разрешается исполнение в натуре, могут отказать в назначении исполнения в натуре оспариваемого обязательства и могут лишь вынести решение о возмещении убытков³.

В ситуациях, когда исполнение в натуре невозможно, например, в случае продажи и последующего уничтожения уникальных товаров, право покупателя требовать исполнения аннулируется.

Однако покупатель может сочетать свое требование исполнения и требование о возмещении оставшегося ущерба, например, в результате несвоевременного исполнения⁴.

Надо подчеркнуть, что покупатель, который уже потребовал исполнения, еще сохраняет право выбрать другое средство правовой защиты, например, объявить о расторжении договора, если соблюдены все требования в отношении применения этого крайнего средства. Только в том случае, если покупатель установил дополнительный срок для исполнения, он в течение этого срока не может прибегать к другим средствам правовой защиты, кроме возмещения ущерба согласно статье 47 Конвенции.

Особым видом права на выполнение контракта является право требования замены товара, поставленного с недостатками (лат. *actio redhibitoria*), а так же и ремонт вещей. Такая возможность предусматривается п. 2 ст. 46 ВК.

Покупатель имеет право требовать поставку другого товара (поставка замены товара), поскольку поставленный товар не соответствует договору⁵. Условием реализации такого права, является существование нарушения обязанности продавца (недостаток соответствия), либо наступление существенного наруше-

¹ См: <http://www.cisg.ru/content/uncitral/46.pdf>

² Ст. 46 п. 1 Конвенции.

³ <http://www.cisg.ru/content/uncitral/46.pdf>

⁴ См. Официальные отчеты Конференции ООН по договорам международной купли-продажи товаров, Вена, 10 марта – 11 апреля 1980 года, Документы Конференции и краткие отчеты пленарных заседаний и главных комитетов, 1981 год, стр. 44, пункт 4.

⁵ Считается, что несоответствие товара должно быть установлено согласно статье 35 Конвенции и, что включает поставку дефектного товара, либо поставку отличающегося товара (*aliud*), дефекты в упаковке и поставку товара в недостающем количестве.

ния, по смыслу статьи 25 Конвенции¹. Наряду с этим, требование замены должно быть сделано либо одновременно с уведомлением о несообразности товара, который покупатель посылает продавцу в соответствии со статьей 39 Конвенции², либо в течение разумного срока после такого уведомления.

В любом случае, покупатель теряет право ссылаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения о нем не позднее, чем в пределах двух-летнего срока, считая с момента фактической передачи товара покупателю, поскольку этот срок не противоречит договорному сроку гарантии.

Условие, что покупатель может потребовать замен товара только в случае существенного нарушения контракта, включено в Конвенцию с целью устранения возможности требования замены в случае несообразности меньшей степени между договоренным и поставленным товаром. Такое положение защищает интерес продавца, которому поставка другого товара может причинить более высокие затраты, чем общий размер возмещения ущерба, в связи несообразной поставкой.

Покупатель имеет права потребовать от продавца устранения недостатков, если товар не соответствует договору, путем исправления, за исключением случаев, когда это является неразумным с учетом всех обстоятельств. Требование об устранении несоответствия товара договору должно быть заявлено либо одновременно с извещением, данным в соответствии со статьей 39, либо в разумный срок после него.

Как и у замены товара, запрос на ремонт надо поставить одновременно с уведомлением о несоответствии товара, либо в разумном сроке после такого сообщения³.

О «разумном характере» ремонта, как о предпосылке пользования этим правом покупателя, можно рассуждать на основании обстоятельств конкретного случая: например, ремонт можно считать неразумным, поскольку он причиняет чрезмерные расходы продавцу. В таком случае покупатель в состоянии требовать только возмещение убытков, или снижение цены. Большое значение для права покупателя требовать от продавца выполнение договорных обязательств, имеет возможность продления срока исполнения. Конвенция (ст. 47) предусматривает два варианта продления срока: покупатель может установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения продавцом своих обязательств и за исключением случаев, когда покупатель получил извещение от продавца о том, что он не осуществит исполнения в течение установленного таким образом срока, покупатель не может в течение этого срока прибегать к каким-либо средствам правовой защиты от нарушения договора. Он, однако, не лишается тем самым права требовать возмещения убытков за просрочку в исполнении.

Первая возможность утверждена ст. 47 ВК. Покупатель имеет право определить дополнительный срок разумной продолжительности для продавца, с це-

¹ «Нарушение договора, допущенное одной из сторон, считается существенным, поскольку им причиняется такой вред другой стороне, который ее в значительной степени лишает того, что она обосновано, ожидала на основании договора, кроме случаев когда нарушившая договор сторона, не предусмотрела такое последствие, а так же ни разумное лицо, действующее в том же качестве при аналогичных обстоятельствах не предвидело бы его».

² Покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения, содержащего данные о характере несоответствия, в разумный срок после того, как оно было, или должно было быть обнаружено покупателем (ст. 39 п. 1 Конвенции).

³ См.: ст. 46, п. 3 ВК.

люю выполнения его обязательств. Если покупатель получил извещение от продавца, о том, что он не осуществит исполнения до истечения такого срока, покупатель имеет права, в течение этого времени, использовать любые средства, предусмотренные за нарушение условий контракта. Однако, из-за того покупатель не теряет право требовать возмещение убытков в случае просрочки продавца. Поскольку дополнительный срок истек, или продавец уже сообщил, что ни в таком «льготном сроке» не выполнит свои обязанности, покупатель имеет право расторгнуть договор¹.

Вторая возможность продления срока выполнения предусмотрена ст. 48 Конвенции. Продавец имеет права, даже после установленной для поставки даты, устранить за свой собственный счет любой недостаток в исполнении им своих обязательств. При этом, он должен сделать это без неразумной задержки, не создавая для покупателя неразумных неудобств или неопределенности в отношении компенсации продавцом расходов, понесенных покупателем. Покупатель, однако, сохраняет право требовать возмещения убытков в соответствии с настоящей Конвенцией.

Если продавец просит покупателя сообщить, примет ли он исполнение, а покупатель не ответит в течение разумного срока, продавец может осуществить исполнение в пределах срока, указанного в его запросе. Покупателю не признаются права в течение этого срока прибегать к какому-либо средству правовой защиты, не совместимому с исполнением обязательства продавцом.

Поскольку продавец извещает покупателя о том, что он осуществит исполнение в пределах определенного срока, считается, что такое извещение включает также просьбу к покупателю известить другую сторону о своем решении в соответствии с предыдущим пунктом.

Такое требование или сообщение продавца оказывает действие, только если покупатель получил его (теория приема)². Принятие теории приема в этом случае оправдывается фактом, что такое сообщение идет в пользу продавца, и, следовательно, он должен быть тот, кто несет риск его трансмиссии покупателю. В каждом случае покупатель задерживает право требовать возмещение убытков в соответствии с Конвенцией³.

Право требования на снижение цены является рациональным решением покупателя в ситуации, когда возможность устранения несообразности выполненных обязательств продавцом, заменой или поправкой вещей, оказывается нецелесообразной или затрудненной, то есть, когда не существуют предпосылки расторжения контракта. В таком случае для покупателя может быть приемлемым выполнение поставки, которая несообразна договору, с установлением отношений стоимостной эквивалентности сделанных prestaций. Цена понижается в размере между стоимостью реально поставленного товара, в моменте поставки, и стоимостью, которую в это время имел бы товар, соответствующий контракту о продаже⁴. Значит, пропорциональное снижение цены не является санкцией. Речь идет о мере установления реальной эквивалентности стоимости в обязанностях взаимных действий продавца и покупателя.

¹ Ст. 49 п. 1b) Конвенции.

² См.: ст. 48 п. 4 Конвенции.

³ Ст. 48 п. 1 Конвенции.

⁴ Об этом: В. Стојильковић, *op.cit.*, s. 168.

По статье 50 Конвенции, если товар не соответствует контракту, покупатель имеет права: «не смотря на то, оплачена ли цена уже, или она не оплачена, снизить цену пропорционально разнице между стоимостью реально поставленного товара во время поставки, и стоимостью, которую в это время имел бы товар, соответствующий контракту». В Конвенции нет определения места утверждения «стоимости товара, соответствующего контракту», во время поставки, что является основой определения размера снижения цены. Теория считает, что реализация права покупателя на уменьшение цены зависит от стоимости товара в месте поставки¹.

Право покупателя требовать уменьшение цены в режиме ВК, терпит два ограничения.

Во-первых, покупатель имеет право на снижение цены только в случае несообразности товара. В теории есть мнения, что покупатель это право, не смотря на «молчание» Конвенции, имеет в случае, когда существуют права третьих лиц на товар, обоснованные на промышленной, или какой-нибудь другой интеллектуальной собственности. Проблема установить критерий утверждения размера снижения цены, причиной которого, являются такие „дефекты”. Этот вопрос не регулирует Конвенция, имея в виду то, что на Конференции в Вене не было времени для его адекватного решения².

Во-вторых, покупатель не имеет право требовать уменьшение цены, поскольку продавец отстранил несообразность в соответствии с Конвенцией³. Считается, что поправкой недостатков продавцом, покупатель получил то, что предусмотрено контрактом⁴.

В случае повреждения контракта продавцом, покупатель может, по крайней мере, расторгнуть контракт. Конвенция различает две ситуации.

Во-первых, покупатель имеет право расторгнуть контракт, когда товар не поставлен:

а) если на основании договора или Конвенции невыполнение такой обязанности продавца является существенным невыполнением контракта;

б) поскольку продавец не поставил товар в дополнительном сроке определенном покупателем для поставки, или сообщил, что он не поставит товар, таким способом определенном сроке.⁵ В этом случае, значит, право на расторжение контракта не подразумевает присутствие существенного повреждения контракта, а последствия невыполнения обязанности продавца в дополнительном сроке уравниваются с последствиями такого повреждения⁶.

Во-вторых, право на расторжение контракта ограничивается в случаях, когда продавец поставил товар. То есть, покупатель теряет право на расторжение контракта, когда товар поставлен, если он не требовал расторжение:

а) в разумном сроке по отношению к опоздавшей поставке, считая от момента, когда узнал, что поставка реализована;

¹ P. Schlechtriem, op. cit, p. 77.

² Ibidem, p. 78.

³ См.: Ст. 50 в связи со статьями 37 и 48 Конвенции.

⁴ J. Вилус, op.cit, s. 136.

⁵ Ст. 49 п. 1 в связи со статьей 47 Конвенции.

⁶ В. Капор, Систем санкција за повреду уговора у нацрту Конвенције о међународној продаји робе, Страни правни живот, 1976, s. 40. На основании: J. Вилус, op.cit, s.135.

б) по отношению к любому другому повреждению, кроме опоздавшей поставки, после истечения дополнительного срока, определенного покупателем для реализации поставки, или после сообщения продавца, что он не выполнит свои обязанности в добавочном сроке¹. Такое право покупателю принадлежит и после истечения каждого дополнительного срока, который определил продавец после истечения первоначально договоренного срока поставки, или после сообщения покупателя, что он не согласится с реализацией, таким способом, определенному сроку². Конвенция не предусматривает автоматическое расторжение контракта. Покупатель, и когда имеет право расторгнуть контракт, должен об этом уведомить другую сторону в разумном сроке³.

Покупатель не имеет право расторгнуть контракт, поскольку он не находится в состоянии вернуть товар в одинаковом состоянии, в котором он его получил⁴. Предпосылкой расторжения контракта является и сообщение покупателя продавцу о несообразности товара, в соответствии со статьей 39 Конвенции. Покупатель должен отправить сообщение в разумном сроке после проверки товара, то есть, не позднее двухлетнего срока, считая со дня реальной передачи товара покупателю. В любом случае покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения о нем не позднее, чем в пределах двухлетнего срока, считая с момента фактической передачи товара покупателю, поскольку этот срок не противоречит договорному сроку гарантии (ст. 39 п. 2 Конвенции).

Особенные правила применяются для расторжения договора, когда речь идет о контракте поставки отдельными партиями. Право покупателя расторгнуть контракт из-за повреждения поставки отдельными партиями, позволяет ему расторгнуть контракт по отношению к невыполнению продавцом одной из конкретных партий, поскольку невыполнение такой поставки является существенным повреждением контракта⁵. Невыполнение обязанностей продавца по отношению к одной партии товара может инициировать нарушение обязанности по отношению к следующим поставкам. Если покупатель может обосновано, в случае повреждения реализации одной из партий, сделать вывод, что случится существенное повреждение обязанности продавца по отношению к будущим поставкам, он может в разумном сроке изъяснить, что расторгает контракт по отношению к будущим поставкам⁶.

Покупатель имеет право, из-за нарушения обязанности продавца по отношению к одной партии поставки, расторгнуть контракт и по отношению уже поставленных или подлежащих поставке партий товара, если по причине и взаимосвязи они не могут быть использованы для цели, предполагавшейся сторонами в момент заключения контракта⁷.

Возможность покупателя расторгнуть контракт и в отношении к уже полученным поставкам является оправданной, как в случаях поставки «технически интегрированного товара» (оборудования, сооружения и т.д.), так и в определен-

¹ См. ст. 49 п. 2б), в связи с статьей 47 Конвенции.

² Ст. 49. п. 2б, III) в связи с ст. 48 ВК.

³ J. Вилус, *op.cit.*, s. 135.

⁴ Ст. 82 п. 1 Конвенции.

⁵ См.: ст. 73 п. 1 Конвенции.

⁶ Ст. 73 п. 2 ВК.

⁷ См.: ст. 73 п. 3 Конвенции.

ных экономических обстоятельствах (например, когда поставки сырья должны быть одинакового соответственного качества, чтобы выполнить цель приобретения товара)¹.

Венская Конвенция 1980 года сильно повлияла на регулирование материи ответственности сторон за нарушение обязательств по договору международной купли-продажи. При определении правовых последствий нарушения договора международной купли-продажи товаров, положения ВК уделяют внимание не на обязательствах неисправной стороны, хотя такой вывод может быть сделан из структуры Конвенции, а на субъекте, чьи права нарушены, и с этой целью предоставляются ему средства правовой защиты для обеспечения своего интереса.

Инструменты (средства) защиты согласно ВК делятся на средства защиты покупателя при нарушении договора продавцом (ст. 45-52), и на средства защиты продавца при нарушении договора покупателем (ст. 61-70).

Нормы ВК излагаются в контексте средств правовой защиты, предоставляемых потерпевшей стороне непосредственно из заключенного договора в случае нарушения обязательств ее контрагентом, и направленных на защиту его имущественного интереса. Средства правовой защиты, как они устанавливаются Конвенцией, представляют собой согласованную, последовательную и эффективную систему мер.

Значимость результатов исследования состоит в практическом и теоретическом анализе, с целью обогащения подходов в определении отдельных средств защиты. Исходя из предмета нашего анализа, это может помочь предпринимателям, взаимодействующим с зарубежными торговыми партнерами в роле покупателей.

*Шмакова Е.Б.,
Филиал МГЮА имени О.Е. Кутафина в г. Вологда*

Общие положения гражданско-правовой ответственности в сфере оказания медицинских услуг

В связи с уникальным характером медицинских услуг общее правило о наступлении гражданской ответственности в сфере медицины действует с некоторыми исключениями и имеет специфику в применении².

Под вредом, причиненным здоровью человека, понимается нарушение анатомической целостности и физиологической функции органов и тканей человека в результате воздействия физических, химических, биологических и психических факторов внешней среды³. Вред в медицине можно классифицировать по нематериальным благам, которые потенциально умаляются: смерть (особый вид причинения вреда); вред здоровью; вред физической (психической) неприкосновенности человека (фактически выражается в ограничении самостоятельности и независимости принятия решения пациентом вопросов относительно своего организма); вред, причиненный человеческой индивидуальности (например, реконструкция

¹ См.: Комментарий ВК, с. 168.

² Сирик Н.В. Договор оказания медицинских услуг / Библиотека Смоленского Государственного Университета. - 2005. // URL: http://library.shu.ru/publications_sirik.shtml (дата обращения 23.01.2013)

³ Постановление Правительства РФ от 17 августа 2007 года № 522 «Об утверждении Правил определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека» // СЗ РФ. – 2007. - № 35. - Ст. 4308.

личности при психотерапии)¹.

Суд в своем решении зачастую опирается только на выводы судебно-медицинских экспертиз, что далеко не всегда оправдано. Фактически любые телесные повреждения при оказании медицинских услуг образуют физический вред, однако в юридическом смысле не могут быть квалифицированы в качестве физического вреда охваченные информированным добровольным согласием неизбежные и допустимые при оказании медицинской помощи телесные повреждения. В то же время под вред здоровью можно подвести недопустимые телесные повреждения, а также любые повреждения, не охваченные добровольным информированным согласием.

Нужно добавить, что любое медицинское вмешательство сопровождается риском осложнений. Для каждого воздействия на здоровье такие последствия являются не всегда предотвращаемыми, но прогнозируемыми и в любом случае пациент должен быть предупрежден обо всех вариантах развития событий. Поэтому решающую роль для определения вреда здоровью играют не только выводы судебно-медицинской экспертизы, но и различная документация (амбулаторные карты, истории болезни, в перспективе – протоколы), в которой должно быть отражено согласие пациента на то или иное вмешательство.

Следующим необходимым условием наступления ответственности является противоправность деяния². Применительно к ответственности в сфере медицинской деятельности наиболее удачной является концепция, согласно которой противоправным признают отступление от правил оказания медицинской помощи и нарушение субъективного права пациента³.

Эта позиция обусловлена, тем, что стандартами и правилами не всегда возможно охватить медицинское вмешательство и реакцию организма пациента на него. К тому же многие предписания медицинским работникам не отражены в нормативной форме, а содержатся в учебной, специализированной литературе на уровне рекомендаций. Принимаемых стандартов качества еще слишком мало, они ориентированы на количественные показатели тех или иных врачебных манипуляций при конкретном заболевании. Медицинские работники скептически относятся к возможности их применения на практике. На данный момент, в отсутствие четко прописанных условий в договоре, приходится пользоваться такой размытой категорией как «обычные требования к качеству».

Установление причинной связи между деятельностью и вредным результатом при оказании медицинской помощи очень проблематично вследствие двух причин: вредный результат проявляется не сразу; он чаще всего порождается несколькими вредоносными действиями, каждое из которых само по себе и в совокупности с другими может привести к вредным последствиям. В виду особой сложности и требований к наличию специальных знаний вопрос о причинной связи всегда ставится на разрешение эксперту.

Последним условием ответственности является вина. Ответственность ис-

¹ Егоров Е. К. Правомерный вред в медицине. - М.: Статут, 2011. – С. 49-55.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общ. положения. – М.: Статут, 2002. – С. 710; Сергеев А.П., Толстой Ю.К. Гражданское право. Учебник: в 3 т. Том 1. – М.: Проспект, 2005. – С. 553-554; Суханов Е.А. Гражданское право. В 2 т. Том 2. Полутом 2. – М.: Бек, 2004. – С. 280.

³ Тихомиров А.В. К вопросу об обязательствах вследствие причинения вреда здоровью при оказании медицинских услуг // Закон и право. – 2001. - № 8. – С. 28-29; Стеценко С.Г. Медицинское право. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 323.

полнителя медицинских услуг лишь в редких случаях строится на принципе вины. В большинстве случаев она является безвиновной, что закреплено в нормах п.3 ст.401 и п.1 ст.1095 ГК РФ.

Правовая квалификация по правилам ст. 1064 ГК РФ о полном деликте применима к: товарной (потребительской) части медицинской услуги - вне рамок стандартных технологий обслуживания (например, случайный ожог пролившимся кофе); и медицинской помощи вне рамок медицинской услуги (при ее оказании в порядке действий в чужом интересе без поручения)¹. В зависимости от характера распределения ответственности между несколькими лицами выделяют долевую, солидарную и субсидиарную ответственность. В сфере медицинской деятельности возможны все названные виды из-за того, что пациент может проходить лечение последовательно либо одновременно в нескольких медицинских организациях.

Заслуживает внимания категория повышенной опасности при осуществлении медицинской деятельности². Этот вопрос остается дискуссионным, но, на наш взгляд, нецелесообразно относить всю медицинскую деятельность к источникам повышенной опасности, а только отдельные медицинские вмешательства (с применением сильнодействующих лекарственных средств, рентгеновских и лазерных лучей)³.

Совершенно особое мнение на гражданско-правовую ответственность за ненадлежащее оказание медицинских услуг у А.В. Тихомирова. Он различает три вида деликта: потребительский, ятрогенный и информационно-аконсенсуальный. Во всех этих случаях квалификация, а потому и доказывание в процессе (распределение бремени доказывания, предмет доказывания, привлечение судебно-медицинской экспертизы) различаются.

Потребительский и ятрогенный деликт - следствие недостатка соответствующей деятельности, информационно-аконсенсуальный деликт - следствие недостатка добровольного информированного согласия и избытка действия извне над волеизъявлением правообладателя⁴. Различие правомерных и неправомерных, случайных и вероятных телесных повреждений заслуживает внимания, но скорее всего так и не будет реализовано на практике в виду отсутствия у суда специальных знаний об оценке деликта с профессиональной спецификой.

Таким образом, из вышеизложенного следует, что целесообразно включать в сам текст договора оказания медицинских услуг либо в приложения к нему условия о методах, результатах лечения, а также о возможных осложнениях. Это позволит четко установить границы ответственности сторон и существенно облегчить правосудие по «медицинским делам».

¹ Панов А.В. Потребности правосудия по гражданским делам о причинении вреда здоровью при оказании медицинских услуг: выбор применимой нормы права // Юридический мир. – 2009. - №10. – С. 48 – 50.

² Сидорович Ю.С. Медицинская ошибка как основание гражданско-правовой ответственности / Под ред. Тимофеева С.В. – М.: Компания СпутникПлюс, 2005. – С. 78.

³ Шиманская С.В. Критерии повышенной опасности при осуществлении медицинской деятельности // Медицинское право. – 2008. - № 2. – С.69 – 73.

⁴ Родин О.В., Панов А.В., Тихомиров А.В. Проблемные аспекты договора и деликта из оказания медицинских услуг в гражданском процессе // Медицинская экспертиза и право. – 2010. – № 3. – С.16-21.

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

*Абанина Е.Н., кандидат юридических наук, доцент,
Саратовская государственная юридическая академия,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Изменение российского законодательства в Международный год лесов

По решению, принятом на 83-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН в декабре 2006 г., 2011 был год провозглашен Международным годом лесов. В Российской Федерации был проведен ряд международных мероприятий по линии форума ООН по лесам, а также организованы всероссийские конференции, совещания, акции, посвященные посадке деревьев, охране лесов от пожаров, детские, юношеские и студенческие конкурсы, приуроченные к проведению Международного года¹, основной целью которых была популяризация в обществе вопросов охраны лесов от пожаров, рационального использования и воспроизводства лесов. При этом Российской Федерацией на международном уровне было заявлено, что лесная отрасль в России поддерживается, эффективность системы управления лесами повышается, лесное законодательство совершенствуется². Безусловно, такой повод, как официально объявленный год лесов, и такое открытое заявление России о решении основных проблем позволяли нам надеяться на то, что в России будут намечены пути решения и (или) даже в некоторой степени решены основные проблемы в сфере использования и охраны лесов. Прошедшее время позволяет нам подвести некоторые итоги Международного года лесов в России. Уделим внимание такому направлению деятельности государства в тот период как совершенствование лесного законодательства, но ввиду ограниченного объема публикации рассмотрим не все нормативные акты, а только изменения основного лесного закона – Лесного кодекса РФ.

В течение 2011 года в Лесной кодекс РФ было внесено шесть изменений, которые, к сожалению, не отразили позицию государства, провозглашенную на 9 сессии Форума ООН по лесам. Так, некоторые изменения касались процедурных вопросов (ФЗ от 01.07.2011, 06.12.2011), другие корректировали терминологию (ФЗ от 11.07.2011), справедливости ради отметим, что одно важное изменение вводило так давно ожидаемую в стране лесную охрану (ФЗ от 18.07.2011). В настоящей работе хотелось бы обратить на внимание на одно из изменений лесного законодательства, которое не было направлено на устойчивое развитие лесов или рациональное использование лесов или повышение эффективности охраны лесов, напротив, преследовало, как видится, исключительно экономические цели.

ФЗ от 14 июня 2011 г.³ были внесены изменения в Лесной кодекс РФ по поводу размещения объектов, связанных с недропользованием. Теперь в запретных

¹ Приказ Рослесхоза от 24 января 2011 г. № 6 «О проведении в Российской Федерации мероприятий, связанных с Международным годом лесов». Сайт Рослесхоза. URL: <http://www.rosleshoz.gov.ru/docs/leshoz/102> (Дата обращения 07.02.2013)

² Выступление заместителя руководителя Рослесхоза А.В. Панфилова на 9 сессии Форума ООН по лесам. Нью-Йорк, 2 февраля 2011 года. Сайт Рослесхоза. URL: <http://www.rosleshoz.gov.ru/media/appearance/56> (Дата обращения 07.02.2013)

³ ФЗ от 14.06.2011 № 137-ФЗ "О внесении изменений в Лесной кодекс Российской Федерации и статью 71 ФЗ "Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" // "Собрание законодательства РФ", 20.06.2011, № 25, ст. 3530.

полосах лесов, расположенных вдоль водных объектов разрешается размещение объектов капитального строительства, связанных с выполнением работ по геологическому изучению и разработкой месторождений углеводородного сырья.

Ценные леса – одна из категорий защитных лесов, целевым назначением которых является осуществление средообразующих, водоохраных, защитных, санитарно-гигиенических, оздоровительных и иных полезных функций. К ценным лесам относятся государственные защитные лесные полосы; противоэрозионные леса; леса, расположенные в пустынных, полупустынных, лесостепных, лесотундровых зонах, степях, горах; леса, имеющие научное или историческое значение; орехово-промысловые зоны; лесные плодовые насаждения; ленточные боры; запретные полосы лесов, расположенные вдоль водных объектов; нерестоохранные полосы лесов. Поскольку сохранение средообразующих, водоохраных, защитных, санитарно-гигиенических, оздоровительных и иных полезных функций лесов в интересах обеспечения права каждого на благоприятную окружающую среду является важнейшим принципом лесного законодательства, освоение данной категории лесов должно проводиться в строгом соответствии с их целевым назначением. Именно поэтому многие виды хозяйственной деятельности в таких лесах ограничиваются или запрещаются¹.

Ранее, в общем запрете по размещению объектов капитального строительства в запретных полосах лесов, расположенных вдоль водных объектов создавалось исключение для линейных объектов и гидротехнических сооружений. При этом под линейными объектами понимаются линии электропередачи, линии связи, дороги, трубопроводы и др.², а под гидротехническими сооружениями - плотины, здания гидроэлектростанций, сооружения, предназначенные для защиты от наводнений, разрушений берегов и дна водохранилищ, рек и др.³. Безусловно, размещение таких объектов капитального строительства в ценных лесах, сопровождающееся зачастую захлаплением лесов бытовыми, промышленными, строительными отходами, не лучшим образом сказывается на их состоянии и способности выполнять экологические полезные функции, но необходимость размещения линейных объектов и гидротехнических сооружений можно оправдать их социальной значимостью - линии электропередачи и связи, плотины, сооружения, предназначенные для защиты от наводнений и разрушений берегов, сооружаются в целях обеспечения безопасности человека или обеспечения необходимыми условиями для жизни. Внесенные же в 2011 году изменения о разрешении размещения объектов, связанных с выполнением работ по геологическому изучению и разработкой месторождений углеводородного сырья никак нельзя назвать социально значимыми. Определение геологическому изучению в Законе, регулирующем отношения по использованию и охране недр не дается, в статье 6 Закона РФ «О недрах»⁴ лишь говорится о видах пользования недрами, к которым, в частности, относится геологическое изучение, включающее поиски и оценку месторождений полезных иско-

¹ См.: Комментарий к Лесному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А.А. Ялбулганова // СПС КонсультантПлюс. 2010.

² Приказ Рослесхоза от 10.06.2011 № 223 «Об утверждении Правил использования лесов для строительства, реконструкции, эксплуатации линейных объектов» // Российская газета, № 186, 24.08.2011.

³ ФЗ от 21.07.1997 № 117-ФЗ (ред. от 30.12.2012) «О безопасности гидротехнических сооружений» // Собрание законодательства РФ, 28.07.1997, № 30, ст. 3589.

⁴ Закон РФ от 21.02.1992 № 2395-1 (ред. от 30.12.2012) // "Собрание законодательства РФ", 06.03.1995, № 10, ст. 823.

паемых, не раскрывая при этом перечень работ, которые проводятся пользователем. Разработка месторождений полезных ископаемых, определение которой также не дается в законе, представляет собой комплекс организационно-технических мероприятий по добыче полезного ископаемого, в случае со ст. 106 ЛК РФ, по добыче углеводородного сырья (нефти и газа). Пользователями недр при этом могут быть субъекты предпринимательской деятельности, в том числе участники простого товарищества, иностранные граждане, юридические лица, если иное не установлено ФЗ. Цель такого пользования очевидна – извлечение прибыли, которое на оказалось приоритетнее средообразующих, водоохраных, защитных, санитарно-гигиенических, оздоровительных и иных полезных функций леса. И если до такого изменения ученые лишь осторожно предполагали о том, что «работы по геологическому изучению недр в защитных лесах проводить можно, если при этой деятельности не будут утрачены защитные функции лесов иными словами, если выполнение таких работ не влечет проведение сплошных рубок лесных насаждений»¹, то теперь в запретных полосах лесов, расположенных вдоль водных объектов, это официально разрешено. Причем разрешен не только такой относительно безобидный вид как геологическое изучение, но и разработка месторождений, и вред, причиняемый при недропользовании, лесам и водным объектам неминуем.

Мы, к сожалению, уже привыкли к решениям власти, при которых интересы бизнеса ставятся выше интересов леса, но особенно печально, что такие решения принимались в год, который международным сообществом был выбран специально для того, чтобы подчеркнуть роль, которую играют леса в нашей жизни.

*Бешукова З.М., кандидат юридических наук,
Адыгейский государственный университет*

Законодательство США об уголовной ответственности за преступления экстремистской направленности

Для обозначения преступлений, подпадающих в соответствии с российским уголовным законодательством под понятие «преступления экстремистской направленности», в уголовном законодательстве Соединенных Штатов Америки используется понятие «hate crime». Данное понятие получило законодательное определение в 1990 г. в соответствии с Законом «О статистическом учете преступлений, связанных с ненавистью»².

В настоящее время федеральный уровень законодательства о преступлениях на почве ненависти в США составляют четыре нормативно-правовых акта: 1) Hate Crime Statistics Act 1990, 2) Hate Crimes Sentencing Enhancement Act 1994, 3) Campus Hate Crimes Right to Know Act 1997, 4) Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act of 2009. В соответствии с Законом об ужесточении ответственности за преступления, совершенные из ненависти 1994 г.³, срок наказания за совершение преступлений, признаваемых на федеральном уровне «преступлениями ненависти», увеличивается на одну треть.

¹ Быковский В. Осуществление недропользования в защитных лесах // Законность. – 2010. - № 11. – С. 56.

² Hate Crime Statistics Act 1990. Прим.: данный закон регулирует порядок накопления и публикации статистических данных о преступлениях рассматриваемой категории.

³ См.: Hate Crimes Sentencing Enhancement Act 1994. URL: <http://www.adl.org>

28 октября 2009 г. президент США подписал Закон «О предупреждении преступлений, совершенных из ненависти»¹. Его ещё называют законом Мэтью Шепарда и Джеймса Берда-младшего: именем студента, убитого в Вайоминге в 1998 г. из-за своей сексуальной ориентации, и именем 49-летнего афроамериканца, погибшего в 1998 г., когда его приковали к грузовику и три мили тащили по проселочной дороге в сельской местности Техаса. После этих убийств демократы внесли в Конгресс предложение расширить «Закон об ужесточении ответственности за преступления, совершенные из ненависти», однако согласование поправок растянулось больше чем на 10 лет. Противники закона утверждали, что его принятие будет равноценно поощрению в глазах общества гомосексуализма и трансвестизма.

В указанном Законе расширен перечень преступлений на почве ненависти за счет включения нескольких новых категорий предрассудков на основе пола, инвалидности и сексуальной ориентации². На церемонии подписания законопроекта, на которой присутствовали члены семей Берда и Шепарда, президент США Барак Обама охарактеризовал законопроект как ещё один шаг в непрекращающейся борьбе за права человека. «Мы должны противостоять преступлениям, предназначенным не только сломать кости, но и сломить дух, не только причинить вред, но и вселить страх. Права, предоставленные каждому гражданину в соответствии с нашей Конституцией, ничего не значат, если их не защищать как от несправедливых законов, так и от насильственных действий», – заявил президент³.

В 2001 г. в семи штатах США отсутствовали свои законодательные положения о преступлениях на почве ненависти, а к 2009 г. количество таких штатов сократилось до пяти (Арканзас, Джорджия, Индиана, Южная Каролина, Вайоминг). В настоящее время в сорока пяти штатах США и Округе Колумбия есть свои законы, устанавливающие ответственность за совершение преступлений на почве ненависти.

Важно отметить, что к регламентации ответственности за совершение «преступлений ненависти» подход законодателей штатов различен. Так, в одном случае на уровне законодательства штатов (Алабама, Вермонт, Дэлавар, Миссисипи, Флорида и др.) вводится отдельное обстоятельство, отягчающее наказание, при наличии которого любое предусмотренное в кодексе преступление начинает рассматриваться как преступление на почве ненависти. В других при наличии квалифицирующего мотива «преступлением ненависти» может быть признано не всякое преступление, предусмотренное уголовным законом, а лишь то, в отношении которого имеется специальная оговорка (Айова, Иллинойс, Кентукки, Луизиана, Миссури, Огайо, Нью-Йорк). Третьим случаем является включение деяния как отдельного состава преступлений со своими объективными (*actus reus*) и субъективными (*mens rea*) признаками (Калифорния, Теннеси, Оклахома, Массачусетс)⁴.

Различен и перечень признаков различий, по мотивам которых совершается преступление:

¹ См.: Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act of 2009. URL: [http:// www.opencongress.org/](http://www.opencongress.org/)

² URL: <http://www.gzt.ru/topnews/world/269183.html>

³ См.: Там же.

⁴ См.: Антипов Д.Н. Законы США о преступлениях на почве ненависти (Hate crime laws) как модель криминализации общественно опасных форм экстремизма // Международное уголовное право и международная юстиция. – 2008. – № 1. – С.28.

- в 43 штатах и Округе Колумбия криминализирующими признаками совершения посягательства на жертву являются расовая принадлежность, этническое происхождение и религиозные взгляды потерпевшего¹;

- в 30 штатах² и Округе Колумбия – сексуальная ориентация;

- в 12 штатах³ и Округе Колумбия – возраст;

- в 27 штатах⁴ и Округе Колумбия – пол;

- в 4 штатах⁵ и Округе Колумбия – политические предпочтения;

- в 31 штате⁶ и округе Колумбия – инвалидность,

- в 11 штатах⁷ и Округе Колумбия – трансгендерность.

Кроме того в 27 штатах⁸ и Округе Колумбия есть специальные законы – Data Collection, предусматривающие статистический учет преступлений рассматриваемой категории⁹. На основе изложенного можно сделать вывод, что в США для характеристики преступлений экстремистской направленности используется понятие «hate crime», причем оно законодательно закреплено. К регламентации ответственности за совершение «преступлений ненависти» подход законодателей штатов различен. Различен и перечень признаков различий, по мотивам которых совершается преступление.

*Валуйсков Н.В., кандидат юридических наук, доцент,
Бондаренко Л.В., кандидат экономических наук, доцент*

Правовые особенности интернет-отношения

Большую роль в регулировании интернет-отношений сегодня играют нормы или правила морали (нравственности), или так называемое моральное (нравственное) регулирование. И это действительно так, поскольку мораль (нравственность) в виртуальном пространстве выступает как совокупность действующих и общепризнанных в разных государствах норм интернет-права, правил поведения, согласно которым одни поступки субъектов интернет-отношений расцениваются как правильные, заслуживающие одобрения (скажем, реклама в Интернете, способствующая укреплению имиджа международных организаций России и Белоруссии),

¹ Прим.: исключение – штат Юта.

² Аризона, Калифорния, Колорадо, Коннектикут, Делавэр, Флорида, Гавайи, Иллинойс, Айова, Канзас, Кентукки, Луизиана, Мэн, Мэриленд, Массачусетс, Миннесота, Миссури, Небраска, Невада, Нью-Хэмпшир, Нью-Джерси, Нью-Мексико, Нью-Йорк, Орегон, Род-Айленд, Теннесси, Техас, Вермонт, Вашингтон, Висконсин.

³ Калифорния, Флорида, Айова, Гавайи, Канзас, Луизиана, Мэн, Миннесота, Небраска, Нью-Мексико, Нью-Йорк, Вермонт.

⁴ Аляска, Аризона, Калифорния, Коннектикут, Гавайи, Иллинойс, Айова, Луизиана, Мэн, Мичиган, Миннесота, Миссисипи, Миссури, Небраска, Нью-Хэмпшир, Нью-Джерси, Нью-Мексико, Нью-Йорк, Северная Каролина, Северная Дакота, Пенсильвания, Род-Айленд, Теннесси, Техас, Вермонт, Вашингтон, Западная Виргиния.

⁵ Калифорния, Айова, Луизиана, Западная Виргиния.

⁶ Алабама, Аляска, Аризона, Калифорния, Колорадо, Коннектикут, Делавэр, Флорида, Гавайи, Иллинойс, Айова, Канзас, Луизиана, Мэн, Массачусетс, Миннесота, Миссури, Небраска, Невада, Нью-Хэмпшир, Нью-Джерси, Нью-Мексико, Нью-Йорк, Оклахома, Пенсильвания, Род-Айленд, Теннесси, Техас, Вермонт, Вашингтон, Висконсин.

⁷ Калифорния, Колорадо, Коннектикут, Гавайи, Мэриленд, Миннесота, Миссури, Нью-Мексико, Нью-Джерси, Орегон, Вермонт.

⁸ Аризона, Калифорния, Коннектикут, Флорида, Гавайи, Айдахо, Иллинойс, Айова, Кентукки, Луизиана, Мэн, Мэриленд, Массачусетс, Мичиган, Миннесота, Небраска, Невада, Нью-Джерси, Нью-Мексико, Оклахома, Орегон, Пенсильвания, Род-Айленд, Техас, Виргиния, Вашингтон, Западная Виргиния.

⁹ См.: Anti-Defamation League State Hate Crime Statutory Provisions. URL: <http://www.adl.org>

другие — как недопустимые, вызывающие осуждение, порицание (допустим, распространение в Интернете сведений, порочащих глав государств Россия и Белоруссия). Нормы морали при этом служат критерием для оценки поведения субъектов в Интернете как нравственного или аморального (безнравственного), в зависимости от их поступков.

Мораль (нравственность) в виртуальном пространстве представляет собой сложное явление. Она сводится не только к явлениям внутренней душевной позиции субъекта к собственным действиям и действиям других, к субъективным представлениям отдельных субъектов о том, что является добром, злом (общение, услуги, сделки, несущие благо, добро сторонам и др.). Мораль, являясь одной из форм сознания и идеологии, воздействует на сознание, мысли и действия субъектов интернет-отношений и характеризует уровень нравственного состояния того государства, в котором живет субъект. Мораль здесь, в отличие от норм права, используется субъектом добровольно, по собственной воле и не обеспечивается государственным принуждением, силой властных структур и закона. Нормы морали (нравственности), регулирующие по-своему поведение субъектов интернет-отношений, не закрепляются в официальных источниках (законах, кодексах и др. актах). Они содержатся в самом сознании субъектов интернет-отношений, в распространенных в мировом сообществе взглядах и убеждениях на добро, зло, благо и пр., которые не сводятся к представлениям отдельных субъектов, а коренятся в материальных условиях жизни обществ и государств и подпитываются отношением общественной среды к тем или иным действиям и поступкам людей в Интернете. Сила так называемого нравственного регулирования здесь опирается на убеждения субъектов интернет-отношений, отдельных граждан или на общественное мнение, выражающее господствующие в том или ином государстве и обществе взгляды и идеи, в том числе и информационного свойства.

В контексте сказанного важно также использование в виртуальном пространстве и средств так называемого этического регулирования (т. е. положений и норм этики). Это и понятно, поскольку субъекты этих интернет-отношений, общаясь между собой, в сетях выступают не как простые специалисты, исполнители, пользователи и т. д. Они должны быть вооружены необходимыми этическими идеями, воззрениями (т. е. философским учением об этике в целом), а также знать об их роли не только в обществе, но и в виртуальном пространстве. Однако, как показывает практика, далеко не все субъекты пользуются этим учением, а если и пользуются, то общими положениями. Следовательно, для системы Интернет еще предстоит выработать действенную унифицированную совокупность норм поведения в нем субъектов (т. е. специальный этический кодекс). Думается, что он поможет упорядочить разноплановые отношения в Интернете и сделать их более устойчивыми. Подобные кодексы уже появляются во многих странах (Франция, Новая Зеландия, Великобритания и др.).

Особую роль сегодня, как уже отмечалось выше, играют в интернет-отношениях обычаи. Они тоже выступают в роли специфических регуляторов поведения различных субъектов интернет-отношений, сложившихся вследствие фактического их применения в течение длительного времени (скажем, обычаи направлять друг другу благодарственные письма после заключения сделки в Интернете). Их соблюдение обеспечивается общественным воздействием на субъекта-нарушителя (общее осуждение, изгнание из числа пользователей Сети, лишение льгот и др.) либо

одобрением мер, которые применяются к обидчику пострадавшим, его родными, близкими и заинтересованными лицами. Санкционирование обычаев государством (например, в Англии) осуществляется либо в процессе судебной, либо административной деятельности, когда обычай служит основанием для решения спора в Интернете, либо путем включения обычая в издаваемые нормативные акты.

Мы уже отмечали, что обычай сегодня должен быть признан во всех демократических обществах, включая и Россию, в качестве регулятора Интернета, так как при рассмотрении многих споров, касающихся пользования Интернетом, нет необходимых актов, регламентирующих данные споры, а их нужно разрешать. В таких случаях обычай должен считаться обязательным и равнозначным отсутствующему правовому требованию. Однако, на наш взгляд, в условиях нынешней России (Союза Беларуси и России, СНГ) все же не всякий обычай должен признаваться имеющим юридическую силу в Интернете. Обычай обязан дополнять, развивать и «оживлять» тот или иной закон, а не отменять уже имеющиеся законы. Для признания правовым требованием в виртуальном пространстве (т. е. защищаемым судом) оно обязано: выражать продолжительную правовую практику в Интернете; отображать однообразную практику разных государств — как действия, так и бездействия субъектов интернет-отношений; воплощать неотложную и разумную потребность в правовом регулировании ситуации в Интернете. Причем обычай в этом случае не должен презюмироваться в суде, а обязан доказываться.

Что касается сложившихся международных обычаев, то они должны быть регуляторами в Интернете в случаях, когда интернет-отношения не охвачены международным правом или договором (скажем, о предоставлении международных финансовых услуг). В этом свете под международным обычаем мы понимаем правило, сформировавшееся в процессе длительного применения в интернет-отношениях между всеми или некоторыми государствами. Но необходимым условием признания международного обычая регулятором Интернета является применение его всеми или некоторыми государствами, выраженное в активной форме (скажем, передача полезной международно-правовой информации в военной ситуации), либо, наоборот, воздержание от действий. Правило, содержащееся в международном обычае, действует только для тех государств, которые в определенной форме (скажем, в форме соглашения или обычая делового оборота) его признали.

Вместе с обычаями в Интернете в роли специфических регуляторов применяются и обыкновения. Под обыкновением здесь мы понимаем определение привычки субъектов интернет-отношений в виртуальном пространстве (скажем, правило тепло приветствовать друг друга в начале общения и вежливо прощаться в конце). Обыкновения тоже обычно не фиксируются в нормах права. Они признаются субъектами интернет-отношений по собственной воле и осуждают тех, кто идет против обыкновений, за редкими исключениями. Поэтому принято считать, что поведение в виртуальном пространстве субъектов должно строиться по своему обыкновению, так как все (или многие) к нему привыкли.

В качестве регуляторов в интернет-отношениях многими соблюдаемы сегодня и собственные традиции, т. е. то, что перешло от одного субъекта к другому (от отца к сыну, от брата к сестре), от одной группы субъектов к другой (от одной группы пользователей информации к другой). Здесь также важен процесс так назы-

ваемого унаследования традиций от предшественников (например, идеи и взгляды разработчиков сетей, вкусы, образ действий их партнеров и др.).

Кроме того, интернет-право, подражая другим отраслям права, использует различные средства правового регулирования интернет-отношений. К этим средствам, в частности, можно отнести следующие юридические возможности: предписания, дозволения и запреты.

*Гайдидей Ю.М., кандидат юридических наук,
Институт сервиса, туризма и дизайна (филиал) СКФУ в г. Пятигорске*

О защите прав и свобод человека в Европейском суде

В последнее время граждане РФ все чаще используют предусмотренное в ст. 46 Конституции РФ право на защиту своих нарушенных прав в межгосударственных органах. Исчерпав все внутренние средства правовой защиты, они подают жалобу в Европейский Суд по правам человека в порядке, предусмотренном ст. 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и выигрывают.

Однако в некоторых случаях требуется незамедлительная реакция Суда: например, когда существует угроза причинения непоправимого вреда жизни и здоровью человека. Для таких целей Регламент Европейского Суда по правам человека предусматривает определенные меры, которые может принять Европейский Суд по правам человека еще до рассмотрения дела по существу - предварительные меры. основополагающий документ, определяющий устройство и порядок деятельности Европейского Суда по правам человека - Регламент Европейского Суда по правам человека - был принят 4 ноября 1998 года, однако в него неоднократно вносились поправки и дополнения, последние из которых вступили в силу в ноябре 2003 года.

Порядок принятия предварительных мер определяется в статье 39 Регламента. Согласно пункту 1 статьи 39 Регламента Палата (или в случае необходимости Председатель Палаты) вправе по просьбе стороны в деле или любого другого заинтересованного лица, а также по собственной инициативе указать на предварительные меры, которые, по мнению Палаты, следует принять в интересах сторон или надлежащего осуществления расследования. Европейский Суд по правам человека (далее - Суд) указывает властям соответствующих государств на предварительные меры лишь в самых серьезных случаях. В большинстве случаев соответствующие государства принимают во внимание указание Суда о необходимости принятия подобных мер, хотя в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод они в явном виде и не предусматриваются. В отдельных случаях Суд указывает на предварительные меры и самому заявителю (например, на то, что ему необходимо прекратить голодовку). Палата Суда может запросить у сторон информацию по любому вопросу, связанному с выполнением любой указанной предварительной меры (пункты 2, 3 статьи 39 Регламента). Уведомление о предварительных мерах направляется Комитету Министров Совета Европы. Статья 39 Регламента, определяющая порядок принятия предварительных мер, не была изменена или дополнена. В ходатайстве о принятии Судом предварительных мер, поданном заявителем или его представителем, может содержаться просьба о временном приостановлении исполнения решения,

принятого органами власти или органами правосудия в отношении заявителя и (или) членов его семьи.

По общему правилу, государства - участники Конвенции несут ответственность только в случае нарушения прав лиц, находящихся под их юрисдикцией. Однако при решении вопроса о выдаче лица в страну, не ратифицировавшую Конвенцию, именно на выдающем государстве лежит ответственность в случаях, когда в отношении выдаваемого лица в процессе выдачи или после нее нарушаются права, гарантированные Конвенцией и Протоколами к ней. Принятие предварительных мер в каждом конкретном деле зависит от усмотрения Европейского Суда. Большое значение имеют представленные стороной аргументы и доказательства. Как правило, решение о применении предварительных мер выносится Европейским Судом при наличии определенных условий.

Международные процедуры важны в качестве гарантий и дополнительных стимулов в деле совершенствования аналогичных внутригосударственных структур и законодательства в нашей стране. Необходимо разработать ряд мер, направленных на реализацию конституционного права граждан на обращение в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, так как это далеко не автоматический процесс координационным центром в нем мог бы стать Верховный Суд России.

Нарушение прав и свобод человека одна и острых проблем стоящих перед человечеством на протяжении многих лет. Развитие международного сотрудничества в области закрепления и защиты прав и свобод человека шло по двум направлениям.

Первое характеризовалось разработкой и принятием общих и специальных актов в области закрепления прав человека.

Второе – сотрудничеством государств в области создания реального механизма защиты прав человека и контроля за их соблюдением. Создание комплексной системы обеспечения и защиты, зафиксированных в международно-правовых актах и во внутри государственном законодательстве прав и свобод человека и системы международных органов, наделенных функциями международного контроля за деятельностью государств в сфере обеспечения прав и свобод человека. Одной из характерных особенностей развития сотрудничества государств в области прав человека на современном этапе является создание системы международного контроля за претворением в жизнь взятых ими на себя юридических обязательств. Его учреждение и функционирование, как на функциональном, так и на региональном уровне является одним из наиболее значительных достижений в международном регулировании прав человека второй половины двадцатого века. Субъектами указанных направлений сотрудничества в области закрепления и защиты прав и свобод человека являются в основном государства и международные и межправительственные организации.

Как известно, в международных отношениях нет надгосударственной власти, которая могла бы контролировать осуществление принципов и норм международного права, в необходимых случаях принудительно претворять их в жизнь или налагать санкции за нарушение взятых обязательств. Поэтому государства и предусмотрели создание международного контрольного механизма Европейский суд по правам человека при Совете Европы учрежденного и действующего на основании Конвенции о защите прав человека и основных свобод написанной в Риме

4 ноября 1950 г. Россия присоединилась к этой конвенции в 1998 г.

Европейский Суд по правам человека состоит из судей, число которых соответствует числу подписавших Конвенцию государств. Хотя кандидаты на эти должности первоначально выдвигаются соответствующим правительством, судьи пользуются полной независимостью при исполнении своих обязанностей и не представляют интересы государства, его выдвинувшего.

Первые выборы в новый Суд, в связи с принятием Протокола № 11 к Европейской конвенции о правах человека, состоялись в январе 1998 года и избранные судьи приступили к исполнению своих обязанностей 3 ноября 1998 года. Число судей, входящих в состав Суда, равно числу Высоких Договаривающихся Сторон.

*Заринова Г.Б.,
Институт права Башкирского государственного университета*

Утилизационный сбор в российском и зарубежном законодательстве

Под сбором понимается обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в интересах плательщиков сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений (лицензий)¹.

Утилизационный сбор уплачивается за каждое колесное транспортное средство, ввозимое в Российскую Федерацию или произведенное, изготовленное в Российской Федерации, за исключением колесных транспортных средств, указанных в пункте 6 статьи 24.1 Федерального закона от 24 июня 1998 года № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления»² (статья 24.1 была введена Федеральным законом «О внесении изменений в Федеральный закон «Об отходах производства и потребления» и статью 51 бюджетного кодекса Российской Федерации» от 28 июля 2012 года N 128-ФЗ³).

22 августа Россия стала полноправным членом ВТО и, соответственно, приняла обязательства, предусмотренные пакетом соглашений ВТО. Одним из них является национальный режим в отношении внутреннего налогообложения и регулирования, предусмотренный ст. 3 Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ 1994). Национальный режим предусматривает, что РФ обязана предоставлять импортерам автомобилей условия не менее благоприятные, чем для российских автопроизводителей. И хотя в законе действительно указано, что он применяется как к импортируемым транспортным средствам, так и к транспортным средствам, произведенным внутри страны, однако, п. 6 статьи 24.1 также предусматривает ряд случаев, в которых утилизационный сбор не уплачивается.

Если не заострять внимание на необходимости создания и развития утилизационной отрасли, охватывающей весь процесс с момента уплаты соответствующего сбора и до непосредственной переработки/утилизации, а также целесообраз-

¹ Большой юридический словарь. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. – М.: ИНФРА-М, 2006. - С.662.

² «Собрание законодательства РФ», № 26, 29.06.1998, ст. 3009.

³ «Российская газета». № 5845. 30.07.2012.

ности принятия отдельного нормативного правового акта, полностью регламентирующего основные направления утилизационной процедуры, содержащего весь механизм управления, то стоит остановиться на вопросах международного уровня, связанного с введением утилизационного сбора.

Идею данного сбора восприняли в Европе неоднозначно. С одной стороны ее поддержали, как направленную на обеспечение мер экологической безопасности, с другой – сочли дискриминационной в отношении европейских производителей, что по мнению еврокомиссара по вопросам торговли Карела де Гухта не отвечает правилам ВТО, что может стать причиной первых разбирательств в рамках процедуры разрешения споров. Он назвал этот вопрос наиболее сложным в торговых отношениях с Россией. Для сравнения: в Европе так же существуют утилизационные сборы на автопром. С началом экономического кризиса в 2008 году ряд стран (Великобритания, Германия и проч.) решили стимулировать собственную автомобильную промышленность за счет увеличения объемов утилизации старых авто. Автовладельцам взамен старых предлагались новые машины по скидочным ценам. В Германии при сдаче старого транспортного средства владелец получает бонус в размере 3 тысяч евро на покупку нового. В Великобритании – примерно на 200 евро меньше. Кроме того, европейцы платят утилизационный сбор уже при покупке автомобиля. Например, в Германии сбор составляет 100 евро, в Нидерландах – 45 евро¹.

В целом изменения закона Российской Федерации «Об отходах производства и потребления» в части введения утилизационного сбора, являются нарушением национального режима - одного из основополагающих принципов Всемирной торговой организации (ВТО).

Одним из таких случаев является взятие производителем обязательства обеспечить последующее безопасное обращение с отходами, образовавшимися в результате утраты указанными транспортными средствами своих потребительских свойств, т. е. утилизировать его. Взятие на себя такого обязательства иностранным производителем (к примеру, украинским) вряд ли представляется возможным.

Достаточно осложнена ситуация между Россией и Украиной: первый вице-премьер Валерий Хорошковский выступал за взаимную отмену Украиной и Россией утилизационного сбора на импорт автомобилей: «Взаимная отмена утилизационного сбора на импорт автомобилей Украиной и Россией была бы наилучшим вариантом для обеих сторон. Чтобы между нашими странами утилизационного сбора вообще не существовало – это для наших стран самый лучший вариант, и мы будем пытаться его представлять нашим партнерам»².

Согласно принятому Кабинетом министров Украины постановлению № 843 от 3 сентября 2012 года «Некоторые вопросы заготовки и утилизации отходов, которые создаются в результате утраты транспортными средствами своих потребительских свойств», юридические и физические лица, импортирующие для свободного обращения транспортные средства и кузова для них происхождения из Российской Федерации, обязаны самостоятельно обеспечить дальнейшую заготовку и утилизацию отходов или заключить соответствующий договор с соответствующими предприятиями с учетом утвержденным Правительством предельных цен.

¹ www.newsland.ru 11.09.2012.

² www.newsland.ru 16.09.2012.

Проблемы судоходства в международных проливах: конкуренция Азии и Арктики

Международные проливы соединяют моря, омывающие берега различных государств, и имеют важное значение для международного судоходства.

В настоящее время вопросы судоходства в Малаккском и Сингапурском проливах Юго-Восточной Азии и арктических проливах Северного морского пути тесно взаимосвязаны и занимают одно из центральных мест в международной жизни¹.

Малаккский и Сингапурский проливы, соединяющие разные континенты и страны², играют важную роль в мировой системе транспортных коммуникаций, и их значение постоянно возрастает³.

Вместе с тем увеличивается и количество международно-правовых проблем, связанных с безопасным проходом судов в указанных проливах. Воды так называемого «бутылочного горлышка» Юго-Восточной Азии сохраняют за собой статус традиционных охотничьих угодий пиратов, наличие угроз со стороны террористических группировок и экологических катастроф, способных нанести серьезный удар по мировой экономике.

Актуальность Северного морского пути значительно возросла после таяния арктических льдов и расширения пропускной способности северных морей. Использование для навигации арктических проливов Северного морского пути из-за отсутствия террористической угрозы и пиратских нападений представляется более безопасным. И безусловно, плавание данным маршрутом, связывающим Европу и Восточную Азию, позволяет существенно сократить финансовые и временные затраты при доставке грузов⁴. Однако, по линии обеспечения транспортной и экологической безопасности остается открытым вопрос о состоянии навигационных и аварийно-спасательных средств, отсутствия централизованной поисково-спасательной службы быстрого реагирования. Более того, проход через Северный морской путь доступен судам особого типа и в определенное время года, ввиду того, что большую часть времени арктические проливы остаются во льдах.

¹ На встрече лидеров стран АТЭС 2012 года Президент Российской Федерации заявил о необходимости более активного использования конкурентоспособных транспортных артерий страны, в том числе Северного морского пути, в дополнение к традиционным маршрутам через Малаккский пролив и Суэцкий канал. (Владивосток-2012: российская повестка для форума АТЭС. URL; <http://kremlin.ru/transcripts/16390> (дата обращения 8 февраля 2013 г.).

² См.: Leifer M. Malacca, Singapore and Indonesia. Dordrecht/Boston/Lancaster, 1978.

³ В настоящее время через Малаккский и Сингапурский проливы проходит около четверти мирового товарооборота. По имеющимся оценкам, в конце 2000-х годов ежегодный грузопоток через проливы составлял порядка 3 млрд. тонн грузов, а в 2020 году, как ожидается, он может возрасти до 6,4 млрд. тонн. (См.: Bateman S., Ho J., Chan J., Good Order at Sea in Southeast Asia // RSIS Policy Paper. Singapore, 2009. - P. 11-12.).

⁴ В августе 2009 года немецкая судоходная компания Beluga Shipping GmbH направила два корабля из Южной Кореи через Владивосток в Голландию без сопровождения ледокола. Они преодолели путь в 7 тысяч морских миль, сократив традиционный маршрут через Малаккский пролив – Индийский океан на 11 тысяч миль. (Holslag J. The Persistent Military Security Dilemma between China and India // Journal of Strategic Studies. Vol. 32. № 6. 2009. - P. 833.).

Следует также отметить, что вплоть до настоящего времени в доктрине не утихают дискуссии о статусе арктических проливов Северного морского пути.

Так, американская доктрина настаивает на признании их, а также канадского Северо-Западного прохода в качестве международных, с соответствующим распространением на них положений части III «Проливы, используемые для международного судоходства» Конвенции ООН по морскому праву 1982 года¹. С нашей точки зрения, такая позиция представляется более чем спорной. Северный морской путь – это национальный морской путь Российской Федерации. Проливы Северного морского пути и Северо-Западный проход не могут рассматриваться в качестве используемых для международного судоходства, поскольку не удовлетворяют критериям, устанавливаемым международным правом для международных проливов². Более того, в своем большинстве указанные проливы перекрываются внутренними водами Российской Федерации или ее территориальным морем. Данное обстоятельство обусловило правомерность распространения на эти проливы особого правового режима, исключающего бесконтрольное их использование иностранными судами, будь то в порядке транзитного или же мирного прохода, как это допускается в отношении проливов, используемых для международного судоходства Конвенцией о территориальном море и прилегающей зоне 1958 года и Конвенцией 1982 года. Правовые основы режима судоходного использования Северного морского пути на основе принципа не дискриминации изложены в принятых по постановлению Совета Министров СССР Правилах плавания по трассам Северного морского пути 1990 года.

В отношении регулирования правового режима Малаккского и Сингапурского проливов, следует сказать об отсутствии специальных международных соглашений или конвенций³. Указанные проливы Юго-Восточной Азии, в отличие от арктических проливов Северного морского пути, принадлежат к категории международных проливов, в отношении которой Конвенция по морскому праву 1982 года устанавливает транзитный режим прохода (ст.37).

Транзитный проход представляет собой осуществление свободы судоходства и полета единственно с целью непрерывного и быстрого транзита через пролив между одной частью открытого моря или исключительной экономической зоны и другой частью открытого моря или исключительной экономической зоны (п. 2 ст. 38 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года).

Таким образом, существенные различия между рассматриваемыми транспортными артериями в настоящий период времени не позволяют говорить о серьезной конкуренции между ними.

Вместе с тем, развитие Северного морского пути, как альтернативы Малаккскому и Сингапурскому проливам может оказать оздоровительное воздействие на обстановку в Юго-Восточной Азии и внести весомый вклад в обеспечение безопасности морских коммуникаций и снижение нагрузки на основные судоходные пути Юго-Восточной Азии. Тем более, что развитие Северного морского пути яв-

¹ Byers M., Lalonde S. Who controls the Northwest Passage? // Vanderbilt journal of international law. Vol. 42. № 4. 2009. - P. 12.

² Международный Суд ООН в своем решении об англо-албанском инциденте в проливе Корфу 1949 г. указал, что «решающим критерием» международного пролива является «его географическое расположение, в силу которого он соединяет две части открытого моря, и тот факт, что он может быть использован для международного судоходства». (I.C.J. The Corfu Channel Case. 1949. - P. 28.).

³ Коломбос Д. Международное морское право. Перевод с английского. – М.: Прогресс, 1975. – С. 62.

ляется одним из стратегических приоритетов Российской Федерации в Арктике до 2020 года¹.

*Кауракова М.В.,
МГЮА им. О.Е. Кутафина*

Понятие трансграничного инвестиционного фонда в международном частном праве

В представленной статье отстаивается авторская позиция о необходимости введения в научный оборот и практику правового регулирования понятия трансграничного инвестиционного фонда. В российской науке международного частного права оно может рассматриваться в качестве одной из следующих правовых категорий:

1. квалифицированной организационной либо договорной формы коллективного инвестирования; национальной коммерческой корпорации, осуществляющей санкционированную личным и территориальным правопорядками мультиюрисдикционную деятельность, либо связи международных коммерческих или некоммерческих контрактов - в зависимости от лежащей в основе авторской концепции и цели определения;

2. правового института, регулирующего достаточно широкую сферу общественных отношений (создание / прекращение, авторизацию и контроль деятельности трансграничных инвестиционных фондов, трансграничные инвестиционные правоотношения с их участием, разрешение споров в связи с ними), введение которого в международное частное право как самостоятельную отрасль системы российского права считаем актуальным.

В первом из приведенных выше примеров речь идет о концепциях:

а) «организационные и договорные формы коллективного инвестирования – особый способ управления имуществом». Такое видение проблемы позволяет объединить разделяемые для законодательных и судебных целей правоспособные и неспособные трансграничные инвестиционные фонды под одно определяющее начало, выраженное в договорной форме коллективного инвестирования, реализация которой осуществляется исключительно в интересах участвующих в ней лиц, и в случае наделения правомочиями в самостоятельной экономической деятельности обладающая особой структурной организацией;

б) «трансграничный инвестиционный фонд (организационная форма коллективного инвестирования) – это национальная коммерческая корпорация», наделенная единым набором характеристик вне зависимости от принадлежности личного правопорядка той или иной правовой семье, придерживающейся характерной правовой традиции. Значение данной концепции заключается в том, что с позиции международного частного права трансграничный инвестиционный фонд как идеальный субъект права рассматривается в качестве национальной коммерческой корпорации, осуществляющей деятельность во многих юрисдикциях, в каждой из

¹ Основы государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу // Российская газета. 30 марта 2009 г. <http://www.rg.ru/2009/03/30/arktika-osnovy-dok.html> (дата обращения 8 февраля 2013 г.).

которых она признается в качестве иностранной, исходя из отличной национальности (или государственной принадлежности), определяемой по ряду критериев (инкорпорации, оседлости, контроля, места основной деятельности). Она действует в пределах закрепленных за ней полномочий, объем и содержание которых в свете трансграничной интенции определяются как личным, так и территориальным правопорядками, степень открытости которых отражается на интенсивности ее географической и функциональной специализации;

в) «трансграничный инвестиционный фонд – связь международных коммерческих и некоммерческих контрактов». Представленная концепция через множественность релевантных иностранных характеристик международных коммерческих и некоммерческих контрактов, составляющих и связывающих трансграничный инвестиционный фонд, позволяет наиболее полным образом обосновать использование в наименовании понятия термина «трансграничный», употребляемого в тексте представленного доклада в значении «относящийся к связи нескольких юрисдикций».

Термин «трансграничный» в наименовании понятия призван заполнить неопределенную часть, которая возникает при дихотомическом делении объема понятия на два противоречащих, как в случае с понятиями «национальный» и «ненациональный», или «иностранный», при характеристике инвестиционных фондов, деятельность которых затрагивает интересы двух и более юрисдикций и вызывает к необходимости решения вопросов, связанных с выбором юрисдикции и применимого права, экстерриториальным действием национальных нормативно-правовых актов.

Как известно, первые сложности в решении проблемы определения понятия связаны с вопросом о целесообразности и необходимости его формулирования. Международное частное право в качестве самостоятельной отрасли внутреннего права оперирует понятием «субъекты международного частного права», объем которого составляют физические и юридические лица. В последнем случае имеются в виду, как субъекты частного, так и публичного права (государства). В праве иностранных инвестиций как подотрасли международного частного права рассматриваемые субъекты именуется инвесторами (прямыми, портфельными, венчурными либо суверенными), которые в связи с превалирующей концепцией определения места участника трансграничных инвестиционных правоотношений в двусторонних межгосударственных связях рассматриваются в качестве национальных либо иностранных. Однако в настоящее время на авансцену вышли лица, мультиюрисдикционная деятельность которых затрагивает интересы сразу ряда государств, в каждом из которых они одновременно рассматриваются в качестве иностранных инвесторов либо предприятий иностранных инвестиций, за исключением личного правопорядка. Это не транснациональные корпорации, понятие которых достаточно прочно вошло в научный оборот и практику правового регулирования во многих юрисдикциях. Здесь речь идет исключительно об агентах частного либо публичного международного капитала, за которыми в двух взаимосвязанных областях (экономике и праве) закреплено понятие «институциональные инвесторы». Объем последнего, в частности, составляют «пенсионные фонды, предприятия коллективного инвестирования, страховые компании, спекулятивные фонды»¹. В таком

¹ Jeffers E., Plihon P. La montée en puissance des fonds d'investissement: quels enjeux pour lex entreprises? // La documentation française. – 2000. – P. 5.

многообразии юридических форм аккумуляции и движения капитала из страны в страну необходимо выделить субъектов трансграничных инвестиционных правоотношений, представляющих значение для международного частного права и права иностранных инвестиций, закрепив за ними определение, элементы которого характеризуются инвариантным употреблением в отношении юридических лиц частного либо публичного права, жизненная цель которых ограничена рынками капитала. Ими выступают трансграничные инвестиционные фонды.

*Литовкина М.И.,
Российский государственный социальный университет*

Роль международных организаций в контроле лекарственной безопасности

Лекарственная безопасность представляет собой серьезную проблему при реализации конституционного права на охрану здоровья, так как примерно 25% заболеваний в мире обусловлена негативными последствиями применения лекарственных препаратов (ЛП)¹. По указанной причине частота госпитализации пациентов в московских больницах, например, достигает 8-24%, в поликлиниках – 9,1%².

Проблема лекарственной безопасности - следствие большого количества новых ЛП, появления контрафактных и фальсифицированных ЛП, нерационального использования ЛП, медицинских ошибок и др. На международном уровне мероприятия по контролю проблемы лекарственной безопасности осуществляются под эгидой Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) с 1968 г., после «талидомидовой трагедии», когда только в Германии родилось более 10 тыс. детей с недоразвитием или полным отсутствием конечностей по причине приема их матерями препарата талидомид во время беременности³, после чего в Европейских странах стали предприниматься меры по контролю за безопасным применением ЛП (фармаконадзору)⁴. В настоящее время в глобальном масштабе указанная деятельность объединяет более 100 стран, взаимодействующих с Сотрудничающим центром ВОЗ, расположенным в Уппсале (Швеция),⁵ в базе данных (VigiBase) которого насчитывается уже 7 млн. сообщений о негативных последствиях применения различных ЛП. В условиях глобализации возрастает значимость гармонизации международных требований в области контроля лекарственной безопасности. Не случайно еще в Уставе (Конституции) ВОЗ 1946 г.⁶ было заявлено о необходимости устанавливать международные стандарты для фармацевтических продуктов и способствовать их распространению (ст. 2 пп. «и»). С тех пор значимый вклад в гар-

¹Цветов В.М. Мониторинг неблагоприятных побочных реакций лекарственных препаратов в амбулаторно-поликлиническом учреждении на современном этапе: дис. ... канд. мед. наук. – Челябинск, 2007. – С. 10.

² Культура безопасности лекарственной терапии. // Хохлов А.Л., Яворский А.Н., Игнатъев В.С., Сеницина О.А., Степанов И.О., Воронина Е.А., Мельникова Ю.Е. – Ярославль: Ремдер, 2011. – С. 6.

³ WHO Policy Perspectives on Medicines — Pharmacovigilance: ensuring the safe use of medicines. WHO/EDM/2004.8.

⁴ WHO Policy Perspectives on Medicines — Pharmacovigilance: ensuring the safe use of medicines. WHO/EDM/2004.8.

⁵ Юргель Н.В., Хубиева М.Ю., Ушкалова Е.А., Власов А.М., Глаголев С.В. Система фармаконадзора в Российской Федерации: итоги 2009 г. // Вестник Росздравнадзора. – 2010. - № 2. – С.20-28.

⁶ «Устав (Конституция) Всемирной организации здравоохранения» от 22 июля 1946 г. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://pravo.levonevsky.org/bazaby/mdogov/megd4944.htm> (дата обращения - 07 января 2013 г.)

монизацию системы контроля лекарственной безопасности вносят (наряду с ВОЗ), и другие международные организации. Советом международных научно-медицинских организаций (Council for International Organizations of Medical Sciences — CIOMS), его Рабочими группами, были разработаны такие руководства нормативного характера, как: «Руководство по подготовке основной информации по безопасности ЛП»¹; «Баланс между пользой и риском для препаратов, находящихся на фармацевтическом рынке: оценка сигналов о безопасности»;² «Сообщение о нежелательных реакциях при применении лекарственных препаратов. Определения и критерии их использования»³ и многие другие. Международная конференция по гармонизации технических требований к регистрации лекарственных средств, предназначенных для применения у человека (International Conference on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use – ICH), функционирующая с 1990 г., разрабатывает ненормативные правовые документы по регулированию и унификации различных этапов обращения ЛП (регистрации, производства, хранения и т.д.). Международное общество фармакоэпидемиологии (International Society of Pharmacoepidemiology – ISPE), созданное в 1984 г., и Международное общество фармаконадзора (International Society of Pharmacovigilance – ISoP), образованное в 1992 г., занимаются проведением исследований по выявлению лекарственно-обусловленных проблем после регистрации ЛП и обмену полученной информацией между странами. В Европе деятельность по контролю проблемы лекарственной безопасности осуществляет Европейское агентство по лекарственным средствам (European Medicinal Agency – ЕМЕА), которое руководствуется Директивой Совета ЕС (75/319/ЕЕС) «О сближении законодательных положений, правил и административных мер в отношении лекарственных препаратов»⁴ К Директивой ЕС 2011/62/EU по выявлению фальсифицированных ЛП; многими другими документами в области контроля проблемы лекарственной безопасности (Директивой ЕС 2010/84/EU⁵, Постановлением ЕС № 1235/2010⁶ и пр.). В свою очередь, ЕМЕА разрабатывает собственные правовые документы: стратегию защиты здоровья населения от рисков медицинской и ле-

¹ Guidelines for Preparing Core Clinical-Safety Information on Drugs Report of CIOMS Working Group III. CIOMS 1995.

² Benefit-Risk Balance for Marketed Drugs: Evaluating Safety Signals. Report of CIOMS Working Group IV . Geneva 1998. – URL: <http://www.cioms.ch/publications/g4-benefit-risk.pdf> (Last available - 07.01.2013)

³ Reporting Adverse Drug Reactions. Definitions of Terms and Criteria for their Use. Geneva 1999. – URL: http://www.cioms.ch/publications/reporting_adverse_drug.pdf (Last available - 07.01.2013).

⁴ Council Directive 75/319/EEC of 20 May 1975. – URL: http://www.echamp.eu/fileadmin/user_upload/Regulation/Directive_75-319-EEC_-_Consolidated_Version.pdf (Last available - 07.01.2013).

⁵ Directive 2010/84/EU of the European Parliament and of the Council of 15 December 2010. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:348:0074:0099:EN:PDF> (Last available - 07.01.2013)

⁶ Regulation (EU) No 1235/2010 of the European Parliament and of the Council of 15 December 2010. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:348:0001:0016:EN:PDF> (Last available - 07.01.2013)

картвенной помощи «ЕМЕА Road Map to 2015»¹, «Руководство по надлежащей практике в области фармаконадзора»² и др.

В связи с этим, целесообразным было бы рассмотреть вопрос о гармонизации российских правил контроля проблемы лекарственной безопасности с международными требованиями.

*Овчинников С.Н., кандидат юридических наук, доцент,
Дальневосточный федеральный университет*

О функциях международного таможенного права

В современный период возрастает значение международного права, представляющего собой систему международных договорных и обычных норм, устанавливаемых государствами и иными субъектами международного права и регулирующих международные отношения. Это определяется стремлением к обеспечению мира и международной безопасности, развитию международного сотрудничества, усилением интеграционных процессов. В связи с этим усложняется и система международного права, поскольку в сферу его действия попадают самые разнообразные отношения, которые ранее не регулировались на международно-правовом уровне или которых ранее вообще не существовало. Основным подразделением системы международного права является отрасль права. В современном международном праве выделяется множество отраслей: морское, космическое, атомное, экологическое, экономическое, железнодорожное и т.п. В этом же ряду стоит и международное таможенное право. Оно представляет собой относительно новое подразделение системы международного права, отсюда требуется определить его основные характеристики: предмет, содержание и систему, источники, соотношение с иными отраслями международного права, что в совокупности и составит понятие международного таможенного права. Одной из существенных характеристик международного таможенного права являются его функции.

Исследование функций международного таможенного права необходимо проводить в сопоставлении с функциями международного публичного права, исходя из положений общей теории права.

С т.з. общепринятых положений теории права, функции права – это определяемые его сущностью и социальным назначением основные направления воздействия права на общественные отношения. Аналогичным образом определяются и функции международного публичного права: «функции международного права – это основные направления его воздействия на социальную среду, определяемые его общественным назначением»³. Среди функций международного права в качестве главной социальной функции называют упрочение существующей междуна-

¹ Road map to 2015 The European Medicines Agency's contribution to science, medicines and Health. Adopted by the Agency's Management Board on 16 December 2010. – URL: http://www.emea.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Report/2011/01/WC500101373.pdf (Last available - 07.01.2013).

² Guideline on good pharmacovigilance practices (GVP) EMA/838713/2011. - URL: http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2012/06/WC500129134.pdf (Last available - 07.01.2013).

³ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: Учебник.-3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. Гл. 1, § 5.

родной системы, обеспечение ее функционирования; в качестве главной юридической функции - правовое регулирование межгосударственных отношений¹.

Можно встретить и иные подходы, хотя и довольно неясные. Так, А.С. Палазян понимает под функцией международного права «закономерность и характер соответствия данной формы права его базовой цели»². При рассмотрении этого определения сразу возникает вопрос: можно ли считать международное право формой права? Правда, в дальнейшем автор вполне традиционно описывает функции международного права – «нормы международного права обеспечивают согласованность интересов государств и международного сообщества, институциональное взаимодействие государств и международных организаций, единое понимание института прав и свобод человека, определяют правила принятия компромиссных решений, использования процедур рассмотрения международных споров и разрешения конфликтов»³. Функции международного права делят также на координирующую, регулятивную, охранительную и обеспечительную⁴.

В общей теории права функции права разделяются на общесоциальные и специально-юридические, а среди специально-юридических функций права выделяют регулятивную и охранительную функции права. Регулятивная функция международного таможенного права выражается в регулировании отношений, складывающихся между государствами и международными межправительственными организациями в ходе их сотрудничества в сфере таможенного дела, в области перемещения предметов, товаров и транспортных средств через таможенную границу. Эта функция осуществляется, прежде всего, посредством заключения международно-правовых договоров обеспечивающих такое сотрудничество. Среди конкретных направлений международного таможенного сотрудничества можно отметить установлению общих, согласованных правил перемещения товаров через таможенную границу. Данное положение обеспечивает содействие экономическому развитию, упрощение международной торговли. Унификация национальных таможенно-правовых систем создает благоприятные условия для расширения международного экономического сотрудничества и углубления общемирового интеграционного процесса. Эта функция проявляется практически во всех направлениях международного таможенного регулирования: в стремлении к взаимному признанию таможенных документов, установлению единых таможенных процедур, определении таможенной стоимости товаров и страны происхождения товаров и т.п. Наиболее ярким проявлением названной функции является Международная Конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Киотская конвенция) 1973 г.

Охранительная функция состоит в защите жизненно важных интересов международного сообщества в целом и каждого государства в отдельности, общества и личности, поддержании мирового правопорядка. Среди конкретных направлений охранительной функции международного таможенного права, в зависимости от объекта охраны, можно выделить защиту мира, что выражается в предотвращении незаконного оборота оружия, товаров и технологий двойного назначения; защиту

¹ См.: там же.

² Палазян А.С. Функциональная характеристика международного права // Международное публичное и частное право. – 2009. - № 5.

³ Там же.

⁴ См.: Международное право: учебник / отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2005. - С. 20-21.

здоровья, что выражается в предотвращении незаконного оборота наркотических средств, контроле за перемещением лекарственных средств; защиту окружающей природной среды, что выражается в предотвращении незаконного оборота видов животных и растений, находящихся под угрозой исчезновения, сохранении биологического разнообразия; защита культурных ценностей; защита права интеллектуальной собственности; защита нравственности, что выражается в предотвращении незаконного оборота порнографических изделий и т.п.

По мнению К.Г. Борисова «международное таможенное право выполняет функции по охране экономического суверенитета государств в процессе их взаимного общения»¹, но такой подход представляется слишком узким.

Международное таможенное право выполняет правоохранительную функцию, которая выражается в выявлении и пресечении таможенных правонарушений. Таможенным правонарушениям посвящено Специальное приложение Н Киотской конвенции, согласно которому «таможенное правонарушение» означает любое нарушение или попытка нарушения таможенного законодательства.

Это специальное приложение устанавливает стандарты и рекомендации по практическому применению, которым должны следовать национальные таможенные администрации при расследовании и установлении таможенных правонарушений, аресте или задержании товаров или транспортных средств и т.п. В рамках реализации этой функции заключаются и реализуются соглашения о правовой помощи и взаимодействии таможенных органов государств по уголовным делам и делам об административных правонарушениях в области таможенного дела.

*Рагулин А.В., кандидат юридических наук, доцент,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Международно-правовые нормы, регламентирующие содержание, обеспечение реализации и правовую охрану профессиональных прав адвоката-защитника

10 декабря 1948 г. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 217 А (III) была провозглашена Всеобщая декларация прав человека², в нормах которой, хотя прямо не упоминаются адвокаты, есть указание на то, что Декларацией предоставляются все возможности для своей защиты обвиняемому по уголовным делам (ч.1 ст. 11).

В Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (4 ноября 1950 г.)¹. Конвенции содержится указание на то, что каждый обвиняемый имеет как минимум следующие права: право иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты (п. «b» ч.3 ст. 6); право защищать себя лично или через посредство выбранного самим обвиняемым защитника (п. «с» ч.3 ст.6); право допрашивать показывающих против него свидетелей или право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, а также право на вызов и допрос свидетелей со

¹ Борисов К.Г. Международное таможенное право: Учеб. пособие. Изд. 2-е, доп. – М.: Изд-во РУДН, 2001. – С.30.

² См.: Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ / № 3 (25) 2009 – С. 69-75.

¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS N 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.)// Собрание законодательства Российской Федерации от 8 января 2001 г. № 2, ст. 163

стороны обвиняемого на тех же условиях, что и свидетелей стороны обвинения (п. «d» ч. 3 ст. 6); право считаться невиновным, пока виновность не будет доказана в соответствии с законом (ч.2 ст.6); право на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (ч.1 ст.6). На основе приведенных выше правовых норм в Европе стала формироваться система решений Европейского суда по правам человека, носящая прецедентный характер. Некоторые решения Европейского Суда по конкретным делам, принимаемые в разное время, связаны и с вопросами адвокатской деятельности.

Положения Устава ООН и Всеобщей декларации прав человека были развиты нормами Международного пакта о гражданских и политических правах (16 декабря 1966 г.)¹, ратифицированного СССР в 1973 г. Нормы Пакта предусматривали право на свободу и личную неприкосновенность (ч.1 ст. 9), право на компенсацию за незаконный арест или содержание под стражей (ч.5 ст.9), право на равную защиту закона (ст. 26). В положениях Пакта содержалось и указание на обязанность государства «обеспечить любому лицу, права и свободы которого, признаваемые в настоящем Пакте, нарушены, эффективное средство правовой защиты, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве» (п. «а» ч.3 ст.2), обеспечивать условия, «чтобы право на правовую защиту для любого лица, требующего такой защиты, устанавливалось компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства, и развивать возможности судебной защиты» (п. «б» ч.3 ст.2). В положениях Пакта, прямо относящихся к уголовному судопроизводству, содержались нормы о равенстве всех лиц перед судами и трибуналами (ч.1 ст. 14), презумпции невиновности (ч.2 ст. 14), о праве каждого как минимум, «иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты» и «сноситься с выбранным им самим защитником» (п. «b» ч.3 ст. 14), праве «быть судимым в его присутствии и защищать себя лично» (п. «d» ч.3 ст. 14), праве каждого «при рассмотрении предъявленного ему обвинения допрашивать показывающих против него свидетелей или праве на то, чтобы эти свидетели были допрошены, а также о праве на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против лица» (п. «e» ч.3 ст. 14).

Исследуя интересующую нас тему также нельзя обойти вниманием такие международно-правовые акты как «Основные принципы, касающиеся роли юристов», принятые Восьмым конгрессом ООН по предупреждению преступности² и «Кодекс поведения для юристов в Европейском сообществе»³.

«Основные принципы, касающиеся роли юристов» (далее – «Принципы») представляют собой акт, в котором впервые на мировом уровне были закреплены основные положения, касающиеся социального назначения адвокатуры, ее организации и деятельности, были изложены общие принципы формирования, функционирования и деятельности юристов. В ст. 5 «Принципов» отмечается: «правительства обеспечивают, чтобы компетентные власти немедленно информировали каж-

¹ См.: Адвокатская деятельность и адвокатура: Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. М.: Информ-Право, 2010. – С. 48-50.

² См.: Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ / № 3 (25) 2009. – С. 76-83. Встречается и несколько иное название данного акта - «Основные положения о роли адвокатов».

³ Принят 28 октября 1988 года Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза.

дого человека о его праве пользоваться помощью юриста по своему выбору при аресте или задержании, либо при обвинении его в совершении уголовного преступления». В ст. 7 установлено, что «правительства обеспечивают, чтобы все арестованные или задержанные лица, независимо от того, предъявлено ли им обвинение в совершении уголовного преступления или нет, получали немедленный доступ к юристу и в любом случае, не позднее, чем через сорок восемь часов с момента ареста или задержания». Данные нормы призваны обеспечить как возможность привлечения задержанным адвоката-защитника на начальном этапе расследования уголовного дела, так и профессиональное право адвоката-защитника на вступление в процедуру уголовного судопроизводства по конкретному уголовному делу.

В ст.8 содержатся правила, предусматривающие право адвоката-защитника на конфиденциальную встречу со своим подзащитным: «Все арестованным, задержанным или заключенным в тюрьму лицам предоставляются надлежащие возможности, время и условия для посещения юристом, сношения и консультации с ним без задержки, вмешательства или цензуры и с соблюдением полной конфиденциальности. Такие консультации могут проводиться в присутствии должностных лиц по поддержанию правопорядка, но без возможности быть услышанными ими». О необходимости соблюдения конфиденциальности упоминается и в ст. 22: «Правительства признают и обеспечивают конфиденциальный характер любых сношений и консультаций между юристами и их клиентами в рамках их профессиональных отношений».

В разделе о гарантиях деятельности адвокатов говорится: «Правительства обеспечивают, чтобы юристы: могли выполнять все свои профессиональные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания или неоправданного вмешательства; могли совершать поездки и беспрепятственно консультироваться со своими клиентами внутри страны и за ее пределами; не подвергались судебному преследованию и судебным, административным, экономическим или другим санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозам такого преследования и санкций» (ст. 16). Далее отмечается, что «в тех случаях, когда возникает угроза безопасности юристов в результате выполнения ими своих функций, власти обеспечивают им надлежащую защиту» (ст. 17).

Важное положение, регламентирующее вопросы допуска адвоката-защитника к участию в производстве по делу закреплено в ст. 19 «Принципов»: «ни один суд или административный орган, в котором признается право на адвоката, не отказывается признавать права юриста отстаивать в суде интересы своего клиента, за исключением тех случаев, когда юристу было отказано в праве выполнять свои профессиональные обязанности в соответствии с национальным правом и практикой и в соответствии с настоящими принципами».

В ст. 20 «Принципов» установлен иммунитет адвоката-защитника от ответственности за добросовестные устные и письменные заявления, сделанные в связи с осуществлением профессиональной деятельности: «Юристы пользуются гражданским и уголовным иммунитетом в отношении соответствующих заявлений, сделанных добросовестно в виде письменных представлений в суд или устных выступлений в суде или ходе выполнения ими своих профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе».

Регламентированию профессионального права адвоката-защитника на доступ к документам уголовного дела посвящена ст. 21 «Принципов», в которой отмечается: «Компетентные органы обязаны обеспечивать юристам достаточно своевременный доступ к надлежащей информации, досье и документам, находящимся в их распоряжении или под их контролем, с тем, чтобы юристы имели возможность оказывать эффективную юридическую помощь своим клиентам. Такой доступ должен обеспечиваться как только в этом появляется необходимость». Приведенные выше положения в большинстве своем нашли отражение в недавно опубликованном акте «Принципы и руководящие положения Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа к юридической помощи в системах уголовного правосудия»¹, что свидетельствует о последовательности позиции международного сообщества и значимости обеспечения эффективной и беспрепятственной деятельности адвоката-защитника на внутригосударственном уровне.

В рамках рассмотрения соответствующей проблематики нельзя не упомянуть и такой документ как «Стандарты независимости сообщества юристов»² (Приняты Международной ассоциацией юристов (ИВА) 07 сентября 1990 г. в Нью-Йорке), которые развивают вышеприведенные положения «Принципов», и в них указывается на то, что справедливая система отправления правосудия, которая гарантирует независимость юристов при исполнении их профессиональных обязанностей без каких-либо ненадлежащих ограничений, давления или вмешательства, прямого или косвенного, является настоятельно необходимой для установления и поддержания верховенства права.

В ст. 13 Стандартов содержится указание на то, что «Юристы должны обладать всеми такими иными возможностями и привилегиями, которые являются необходимыми для исполнения их профессиональных обязанностей эффективным образом, включая: конфиденциальность отношений между юристом и клиентом, защиту досье и документов юриста от изъятия или досмотра и защиту от перехвата электронных сообщений юриста; право свободно передвигаться и совещаться со своими клиентами как внутри их собственной страны, так и за границей; право свободно искать, получать, а также передавать, при условии соблюдения правил их профессионального сообщества, информацию и идеи, относящиеся к их профессиональной работе».

В Кодексе поведения для юристов в Европейском сообществе³ отмечается, что «особая роль уготована адвокату в любом правовом обществе. Его обязанности не ограничиваются добросовестным исполнением своего долга в рамках закона. Адвокат должен действовать в интересах права в целом, точно так же, как и в интересах тех, чьи права и свободы ему доверено защищать; не только выступать в суде от имени клиента, но и оказывать ему юридическую помощь в виде советов и консультаций».

В Рекомендациях Комитета министров Совета Европы «О свободе осуществления профессии адвоката», принятых 25 октября 2000 г., указано, в частности, что следует принять все необходимые меры для того, чтобы уважалась, защища-

¹ Принципы и руководящие положения Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа к юридической помощи в системах уголовного правосудия // https://dl.dropbox.com/u/30745902/LegalAid_RU.pdf

² См.: Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ / № 3 (25) 2009 – С. 88-91.

³ Этот документ известен также как «Общий кодекс правил для адвокатов стран Европейского сообщества». См.: Адвокатская деятельность и адвокатура: Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Информ-Право, 2010. – С. 29-41.

лась и поощрялась свобода осуществления профессии адвоката без дискриминации и неправомерного вмешательства органов власти или общественности в свете соответствующих положений Европейской конвенции по правам человека. Здесь также предусмотрено, что адвокаты не должны страдать от последствий или подвергаться опасности любых санкций или давлению, когда они действуют в соответствии со своими профессиональными стандартами. Там же отмечается, что адвокатам должен быть гарантирован доступ к своим подзащитным, а также доступ к суду и к соответствующим документам, относящимся к действиям защиты¹.

Таким образом, анализ международно-правовых норм, регламентирующих содержание, обеспечение практической реализации и охрану профессиональных прав адвоката-защитника, позволяет сформулировать следующие основные критерии, которым должно соответствовать внутригосударственное законодательство в этой сфере:

- обеспечение своевременного доступа адвоката-защитника к своему подзащитному;
- обеспечение конфиденциальности контактов адвоката-защитника со своим подзащитным;
- обеспечение достаточных возможностей для эффективного осуществления защитительной деятельности;
- обеспечение невозможности наказания адвоката-защитника за осуществление профессиональной деятельности;
- обеспечение невмешательства в профессиональную деятельность адвоката-защитника;
- защита личности, собственности и профессиональной деятельности адвоката-защитника со стороны государства.

*Хасенова М.Н.,
Казахстанско-Американский свободный университет,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Имплементация интерэкоправа на примере соглашений Казахстана и России о трансграничных водных объектах

Во всем мире растет понимание того, что неравенство возможностей доступа к водным ресурсам, конкуренция в области добычи и контроля за распределением может привести к конфликтам, тогда как сотрудничество по рациональному использованию и охране водных ресурсов способна стать инструментом решения проблем не только трансграничного водопотребления, но и человеческого развития. С момента обретения страной независимости проблема использования и охраны трансграничных рек стала для Казахстана одним из приоритетных вопросов обеспечения стабильного и безопасного развития. От успеха разрешения ситуации с трансграничными реками зависит как национальная безопасность Казахстана, так и безопасность Центрально-азиатского региона и приграничных областей России, потому что проблемы, возникающие на территории Казахстана, могут сказаться на системе взаимоотношений всего региона.

¹ См.: Астахов П. Адвокатский иммунитет как гарантия права на защиту // Закон и право. – 2006. - № 1. – С.56-60.

Поверхностные водные ресурсы Казахстана в средний по водности год составляют 100,5 км³, из которых только 56 км³ формируются на территории республики. Остальной объем - 44 км³ поступает из сопредельных государств: Китая - 18,9 км³; Узбекистана - 14,6 км³; Кыргызстана - 3,0 км³; России - 7,5 км³. По водообеспеченности Казахстан занимает одно из последних мест среди стран СНГ. Удельная водообеспеченность равна 37 тыс. м³ на км² и 6,0 тыс. м³ на одного человека в год. Для сравнения: в Грузии она составляет 878 тыс. м³ на км² и 11 613 тыс. м³ на одного человека, в Кыргызстане соответственно 245 тыс. м³ на км² и 11 763 тыс. м³ на одного человека. Сравнения с Туркменистаном и Таджикистаном еще более разительны - не в нашу пользу. Немаловажно и то, что водные ресурсы по территории Казахстана распределены крайне неравномерно. Так, на восточный регион приходится 34,5 % ресурсов, юго-восточный - 24,1 %, южный - 21,2 %, западный - 13,4 %, северный - 4,2 %, центральный - 2,6 %. Наиболее обеспечена водой Восточно-Казахстанская область - 290 тыс. м³ на км². В то же время испытывают острый дефицит в Атырауской, Кызылординской и особенно в Мангыстауской области, где практически нет источников пресной воды. Водообеспечение отраслей экономики осуществляется на 85% за счет поверхностных вод, остальная часть - за счет подземных, морских и сточных. На нужды сельского хозяйства используется до 80-90 % всей потребляемой воды¹.

Значительная часть (44 %) пресной воды поступает в Казахстан из сопредельных государств, поэтому вопросы трансграничных водотоков имеют исключительно важное значение².

Государственные границы Республики Казахстан и Российской Федерации пересекает свыше 70 рек и озер, наиболее крупными из которых являются реки Урал, Ишим, Тобол, Иртыш, Большой и Малый Узень³. Управление водными ресурсами основано на бассейновом принципе. В Казахстане 8 речных бассейнов: Балхаш-Алакольский, Шу-Таласский, Арало-Сырдарьинский, Урало-Каспийский, Тобол-Торгайский, Ишимский, Иртышский и Нура-Сарысуйский. При этом 7 бассейнов являются трансграничными, кроме Нура-Сарысуйского.

В целях совместного управления водными ресурсами трансграничных водотоков Правительствами РК и РФ в 1992 году было подписано «Соглашение о совместном использовании и охране трансграничных водных объектов». В рамках этого соглашения в 1997 году акимами Актюбинской, Западно-Казахстанской, Костанайской областей РК и губернатором Оренбургской области РФ был подписан Договор «О сотрудничестве в области и охраны окружающей среды, использовании природных ресурсов и обеспечении экологической безопасности на сопредельных территориях».

Основой законодворческого процесса в сфере охраны и использования водных объектов является ряд международных конвенций и договоров универсального, регионального и локального характера по вопросам использования и охраны водных объектов. Эти документы нашли отражение во внутринациональных законодательных актах РК, таких, как Концепция экологической безопасности РК на

¹ Трансграничные реки - стратегический ресурс водообеспечения Казахстана. URL: <http://www.altaiinter.info/news/?id=6785> (21.10.2005).

² Отчет о человеческом развитии за 2003 год: Вода как основной фактор человеческого развития в Казахстане. Алматы: Taimas Printhouse, 2003. - С.71. URL: http://www.undp.kz/library_of_publications/start.html?type=internet (07.02.2012).

³ Там же. - С.76.

2004-2015 годы, одобренная Указом Президента Республики Казахстан от 3 декабря 2003 года № 1241, Экологический кодекс Республики Казахстан от 9 января 2007 года, Водный кодекс Республики Казахстан от 9 июля 2003 года, Законы «Об особо охраняемых природных территориях» от 7 июля 2006 года, «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 года. Разработано также и утверждено большинство необходимых подзаконных нормативных правовых актов.

Международный механизм реализации норм по охране трансграничных природных объектов создан двусторонним Проектом Соглашения между РК и РФ о сотрудничестве в области охраны окружающей среды от 29 января 2004 года. Для координации деятельности в рассматриваемой сфере Стороны создают Казахстанско-российскую комиссию по вопросам окружающей среды. Комиссия разрабатывает и утверждает рассчитанные на определенные сроки программы сотрудничества по защите атмосферного воздуха от загрязнения; по трансграничному перемещению и размещению на приграничных территориях опасных отходов производства и потребления; по организации совместного мониторинга состояния окружающей среды в приграничных территориях и т.д.¹

По итогам VII Форума межрегионального сотрудничества России и Казахстана, который прошел 7 сентября 2010 года, было подписано 7 Соглашений между Правительствами Республики Казахстан и Российской Федерации. В частности, о совместном использовании и охране трансграничных водных объектов, которое пришло на смену межправительственному Соглашению 1992 года².

Несмотря на то, что за последние годы государства достигли определенного прогресса в вопросах совместного управления водными ресурсами, подписав ряд многосторонних соглашений, наработав определенный опыт экономического сотрудничества, многие вопросы все еще требуют своего решения. Основные причины, вызывающие ухудшения технического и качественного и качественного состояния водных ресурсов бассейнов Казахстана по трансграничным рекам:

- отсутствие согласования больших объемов сброса сточных вод на территориях соседней страны;
- отсутствие согласованных между государствами, использующими водные ресурсы, трансграничных рек, водохозяйственных балансов;
- недостаточное вовлечение общественности в процесс управления трансграничными ресурсами для соблюдения интересов всех групп потребителей и информирования населения.

Указанные причины привели к возникновению дефицита водных ресурсов, ухудшению качества воды, некачественному водоснабжению населенных пунктов обеих стран. Для решения выше указанных проблем странам целесообразно осуществлять совместные проекты по использованию и охране трансграничных рек, улучшению мониторинга водных ресурсов, обмену информацией о состоянии трансграничных водных объектов, составлению схем их комплексного использования и охраны, построению совместных водохозяйственных балансов. Особое

¹ Гаврилова Ю.А. Место международных норм, регулирующих эколого-правовой режим трансграничных природных объектов, в экологическом законодательстве Республики Казахстан // Онлайн версия журнала: Вестник КАСУ. – №3. – 2005. URL: <http://www.vestnik-kafu.info/journal/3/98/> (07.02.2012).

² См. Высторобец Е. А., Долгих Р. И. Двусторонние природоохранные соглашения России : хрестоматия по интерэкоправу с научным докладом и комментарием (Часть “Двусторонние договоры”) [Предисл. И. З. Фархутдинова, вступ. ремарки М. И. Васильевой]. – М.-Уфа: МИРмпОС, Центр интерэкоправа ЕврАзНИИПП, 2012. – С.151-157. URL: http://miel.narod2.ru/Bilateral_Enval_Agreements_of_Russia_KBS.pdf (07.02.2012).

внимание необходимо уделить гидрохимическому составу трансграничных вод, так как ухудшение качества водных ресурсов приводит к нарушению экобалансов и отрицательно отражается на социальном положении населения обеих стран¹.

Для решения проблемы использования водных ресурсов совместных с РФ и КНР необходимо подписать трехстороннее (Казахстан, Россия, Китай) соглашение по использованию и охране ресурсов р. Иртыш и создать систему совместного мониторинга как количественных, так и качественных показателей вод для изучения их состояния, тенденций изменения, а также оперативный обмен информацией с включением в соглашение пункта о принятии обязательства по обеспечению водостока на реках Иртыш и Или не ниже согласованного между странами уровня. В такой ситуации наиболее эффективным инструментом решения данной проблемы, между Казахстаном, Россией и Китаем, является механизм ШОС².

Таким образом, сотрудничество Республики Казахстан и Российской Федерации в области водных ресурсов способствует снижению возможного трансграничного загрязнения и совместному решению экологических проблем бассейнов трансграничных регионов.

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

*Андреева Л.А., кандидат юридических наук,
Российский государственный гуманитарный университет,
филиал в г. Великий Новгород*

К вопросу об определении понятия «бизнес» в системе мер криминологического противодействия рейдерству

При определении основных критериев обеспечения безопасности бизнеса и предпринимательской деятельности необходимо определить дефиниции последних в правовых нормативных актах. Для определения понятия «бизнеса» как объекта преступления в сфере экономики, прежде всего, необходимо обратиться к основам, закрепленным в ст. 8 Конституции РФ, получивших свое развитие в нормах статьи 2 ГК РФ.

Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников, регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом,

¹ Отчет о человеческом развитии за 2003 год: Вода как основной фактор человеческого развития в Казахстане. Алматы: Taimas Printhouse, 2003. – С. 76-77.

² Роль ШОС в урегулировании трансграничных рек между Казахстаном и Китаем. URL: <http://www.analitika.org/ca/water-and-energetics/644-2007050701005068.html> (13.05.2007).

продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

В статье 132 ГК РФ законодатель указывает, что предприятием как объектом прав признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности, предприятие в целом как имущественный комплекс определяется недвижимостью, а в состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания). Следовательно, законодатель, регулируя предпринимательскую деятельность, сводит все даже не к определению «предпринимательская деятельность» либо «бизнес», а к определению имущественного комплекса. Вместе с тем, криминологическое обеспечение бизнеса, в основном представлено как совершение сделок с предприятием, а их предметом являются все виды имущества. Указание того, что совершение сделок с предприятием (например, продажа) не влечет прекращения производственной или иной предпринимательской деятельности, не учитывается, так как в законе не определено понятие «работающего» либо «действующего» предприятия. Таким образом, в ходе рейдерского захвата, действия рейдеров, направленные против имущественного комплекса, не находят правовой оценки как действия, направленные против деятельности предпринимателя либо бизнеса. При совершении сделок с имущественным комплексом юридического лица, когда оно не прекращает свою деятельность в качестве субъекта гражданского права (например, процедура банкротства), предприятие представляет собой сумму отдельных видов имущества.

Определение «бизнес» не получило распространения в российском законодательстве. Однако, в целях охраны и развития экономики, в уголовном законодательстве признается незаконным ограничение прав и самостоятельности предпринимателей и юридических лиц в различных незаконных формах. Часть 1 ст.169 УК РФ не конкретизирует виды (способы) вмешательства в деятельность индивидуального предпринимателя или юридического лица. Противоправные действия являются неотъемлемыми составными частями рейдерского захвата (завладения) бизнесом. Состав преступления (ч.1 ст. 169 УК РФ) является формальным, следовательно, для возникновения уголовной ответственности при выявлении фактов воспрепятствования законной предпринимательской не требуется наступления каких-либо вредных последствий. Они могут выражаться как в виде реального материального ущерба, так и главным образом в виде упущенной выгоды, неполучении доходов, которые индивидуальный предприниматель или юридическое лицо получили бы при условии, если бы права не были нарушены (ч.2 ст. 15 ГК РФ). Вместе с тем, для вменения квалифицирующего признака должны быть подсчитаны размеры ущерба и доказана причинная связь между незаконной деятельностью (действием или бездействием) должностного лица и данным ущербом. Соответственно, субъектом воспрепятствования законной предпринимательской деятельности может быть только должностное лицо, использующее при этом свое служебное положение, устанавливается причинно-следственная связь состояния предпринимательской деятельности и действиями должностных лиц. На практике должностное лицо является соучастником рейдерского захвата предприятия, иногда даже

организатором рейдерской атаки, однако напрямую не препятствует законному предпринимательству путем неправомерного отказа в регистрации или уклонения от регистрации индивидуального предпринимателя, отказа в выдаче или уклонения от выдачи специального разрешения (лицензии) на право осуществления определенной деятельности. Должностные лица при наличии сговора с уполномоченным на принятие решения, являются лишь соучастниками преступления. Предприниматель, чьи права были нарушены незаконным вмешательством должностного лица, в соответствии с законодательством обжалует действия (бездействие) органов власти в арбитражный суд.

Таким образом, при наличии составов воспрепятствования законной предпринимательской или иной деятельности (ст. 169 УК РФ), злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ) и превышения должностных полномочий (ст. 286 УК РФ), расследование переводится в рамки гражданского судопроизводства.

Ответственность, применяемая к государственному и иному служащему, корреспондирует к ответственности за более тяжкие преступления - злоупотребление должностными полномочиями или превышение должностных полномочий, так как воспрепятствование законной предпринимательской деятельности отнесено законодателем к числу преступлений небольшой тяжести. Объект – воспрепятствование законной предпринимательской деятельности - установленный и охраняемый законом в интересах индивидуальных предпринимателей и коммерческих организаций, не представляет собой сущностного определения «предпринимательская деятельность». Следует разграничить понятие «предпринимательство» и понятие «бизнес». Бизнес – понятие более широкое, чем предпринимательская деятельность.

Однако, отличия бизнеса от предпринимательской деятельности как совершения любых, в том числе разовых, коммерческих сделок в любой сфере деятельности, по мнению автора, безосновательно. Организационная и имущественная самостоятельность определяется наличием у предпринимателя обособленного имущества как экономической базы деятельности.

Следовательно, для правового определения понятия «бизнес» и «предпринимательская деятельность», «рейдерства» и других преступлений экономической направленности, отграничения деяния от иных составов преступлений, направленных против бизнеса, по мнению автора, необходимо законодательно закрепить сущность понятий «бизнес», «рейдерства» в целях отграничения от смежных форм преступного поведения, включающим имущественный комплекс предприятия и предпринимательскую деятельность.

*Байыр-оол Е.В., Кириенко Н.А.,
Амурский государственный университет, филиал в г. Биробиджан*

Ответственность за организацию преступного сообщества как форма уголовно-правовой борьбы с организованной преступностью

Рассмотрение уголовной ответственности за организацию преступного сообщества является не случайным, поскольку именно данная норма прямо указывает на преступное объединение и устанавливает за это ответственность.

Введение уголовной ответственности за создание преступного сообщества (преступной организации) - новое явление для российского уголовного законодательства. Основной причиной введения этой нормы является повышенная степень общественной опасности данной формы соучастия. Общественная опасность проявляется прежде всего в объекте посягательства: чем ценнее объект, тем выше степень общественной опасности преступления.

Организация преступного сообщества (преступной организации) представляет собой наиболее тяжкое из всех видов преступлений против общественной безопасности (наряду с терроризмом, захватом заложника, бандитизмом, незаконным вооруженным формированием). Данное преступление может совершаться во многих сферах жизнедеятельности общества, затрагивает его глубинные интересы в сфере обеспечения безопасности и нормальных условий существования и сопряжено с возможностью причинения тяжкого или особо тяжкого вреда значительному кругу юридических и физических лиц.

Поэтому объектом данного состава преступления будет не просто общественная безопасность, а ее основы. В литературе используется еще такое понятие как общая безопасность¹.

Объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 210 УК РФ, выражается в любом из деяний в форме:

- 1) создания преступного сообщества (преступной организации);
- 2) руководства таким сообществом (организацией);
- 3) руководства входящими в него структурными подразделениями;
- 4) создания объединения организаторов, руководителей или иных организованных групп (ч. 1 ст. 210 УК РФ);
- 5) участия в преступном сообществе (преступной организации);
- 6) участия в объединении организаторов, руководителей или иных представителей организованных групп (ч. 2 ст. 210 УК РФ).

Из изложенного выше следует, что создание преступного сообщества (преступной организации) можно понимать и как процесс, и как результат. Систематическое толкование понятия «создание», которое дается в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации 1997 г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм»² применительно к банде, позволяет сформулировать его и по отношению к преступному сообществу (преступной организации). Создание преступного сообщества (преступной организации) – есть совершение любых действий, результатом которых стало образование преступного сообщества (преступной организации), объединения организаторов, руководителей или иных представителей организованных групп в целях совершения тяжких или особо тяжких преступлений либо в целях разработки планов и условий для их совершения.

Цель совершения тяжких и особо тяжких возможно является недостатком нашего уголовного законодательства. Преступное сообщество может объединиться и для совершения преступлений других категорий, а может быть и не для совершений преступлений вовсе, а для поддержания воровских традиций и т.д.

¹ Новое уголовное право России. / Под ред. Кузнецовой Н.Ф. – М.: Норма. – 1996. – С. 224.

² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1997. - №3. – С.25.

Возможно законодателю следует рассматривать под преступным сообществом объединение организованных преступных групп либо их организаторов (руководителей), иных участников для разработки или реализации мер по осуществлению преступной деятельности либо созданию условий для ее поддержания и развития.

Цель преступной организации не ограничивается рамками тяжких или особо тяжких преступлений. Достаточно цели осуществления любой преступной деятельности.

При участии лица в преступном сообществе (преступной организации) (ч. 2 ст. 210 УК РФ) оно также осознает и желает быть членом данного преступного формирования, созданного для осуществления вышеуказанных целей. Вступление в организацию означает, что лицо представляет себя в распоряжение, т.е. готово осуществлять отводимую ему роль, на выполнение которой, организация вправе рассчитывать. Преступная организация – это единство лиц, связанных общей преступной целью.

Вступая в преступную организацию, ее участник должен осознавать цели организации и характер методов их достижения¹. Входя в преступную организацию..., каждый ее член с тем и входит в организацию, чтобы все участники ее совершали те преступления, которые вытекают из преступной цели организации. Каждый член организации, вступая в организацию, знал, что такие преступления будут совершены членами организации и желал, чтобы эти преступления совершались, - писал Б.С. Утевский.

Таким образом, мы видим, что цель, является основополагающим элементом образующим состав преступления предусмотренного ст. 210 УК РФ, хотя и остаются некоторые проблемы при квалификации данного состава и доказывания на судебной стадии.

*Бахарев Д.В., кандидат юридических наук,
Сургутский государственный педагогический университет*

Классификация подходов к изучению причин территориальных различий преступности в работах криминологов прибалтийских республик Советского Союза (1970-1980-е гг.)

В период расцвета советской криминологии (1970-1980-е гг.) изучение вопросов территориальной дифференциации преступности происходило в рамках такого достаточно полно и всестороннее развитого направления как изучение теории, методологии и методов региональных исследований преступности или ее территориальных различий. Наиболее серьезный вклад в изучение территориальных причин преступности и их причин внесли многолетние и многоэтапные широкомасштабные исследования, осуществленные коллективом сотрудников Всесоюзного института по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности. Полученные результаты были отражены в целом ряде публикаций². Менее известны,

¹ Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 2. / Под. ред. Утевского В.С. – М.: Юрлитиздат. – 1984. – С. 605.

² См., напр.: Влияние социальных условий на территориальные различия в преступности. – М., 1977; Влияние социальных условий на преступность. Сборник научных трудов. – М., 1983; Сахаров А.Б. Опыт изучения влияния социальных условий на территориальные различия преступности // Социологические исследования. – 1977.

к сожалению, работы коллективов ученых ряда республик Советского Союза (Грузинская, Латвийская, Литовская и Эстонская ССР), оставивших очень серьезный след как в области развития теории изучения причин территориальных различий преступности, так и в сфере формирования методологии подобных исследований.

Остановимся подробнее на анализе работ ученых прибалтийских республик.

Литовские криминологи одними из первых внесли свой вклад в формирование сравнительного криминологического анализа, сущность которого заключается в «качественном сравнении характера преступности и социальных условий для различных территориальных общностей»¹. В рамках данного направления сложилось несколько основных подходов, один из которых - изучение динамики географии преступности. Его автор А.А. Янаускас подверг ежегодной классификации города и районы Литовской ССР, разбив их на три группы: с низким, средним и высоким уровнем преступности. Классификация производилась длительный период времени и подвергалась картографированию, что позволило автору расчленить территорию республики на более-менее однородные по показателям преступности зоны и сопоставить их с основными социально-экономическими процессами в Литве².

В соответствии с подходом, разработанным теперь уже латвийскими коллегами (авторы Э.Е. Дзенис и Г.Г. Менберг), и названным Е.Н. Мазиным «экономико-географическим»³, сравнительному криминологическому анализу были подвергнуты уже не административно-территориальные единицы Латвии, а выделенные авторами укрупненные местные экономические районы, составлявших компактно расположенные и экономически взаимосвязанные дробные районы⁴. Кроме того, авторами была разработана типология городов республики, основывающаяся на следующих признаках: иерархический ранг, народно-хозяйственное значение региона, на территории которого город расположен, величина городского поселения и динамика численности населения в нем. В каждом из выделенных типов городов были проанализированы социально-экономические условия, включая миграционные процессы, после чего были сделаны некоторые выводы о закономерностях территориальных различий преступности в республике⁵.

В трудах криминологов из Эстонской ССР и г.Ленинграда вопросы изучения территориальных различий преступности были представлены, преимущественно, в теоретическом аспекте. В целом, их можно свести к следующим принципиальным моментам:

- географическая среда, (т.е. территориальные особенности регионов), сама по себе, не является причиной, обуславливающей природу общественного строя; она является лишь необходимой предпосылкой социальных различий территориальных общностей, таким образом, методы регионального анализа (включая методы

- №1. – С.75-84; Территориальные различия преступности и их причины // Вопросы борьбы с преступностью. – 1988. - № 46. – С.160-166.

¹ Мазин Е.Н. Основные направления исследований территориальных различий преступности // Сборник научных работ. – Вильнюс, 1980. Вып. 6. – С. 207-208.

² См. подробнее: Янаускас А. Некоторые результаты сравнительного исследования уровня, динамики и структуры преступности по городам Литовской ССР // Материалы научно-практической конференции по проблемам борьбы с преступностью в городах областного подчинения. – Липецк, 1970. – С. 228-231.

³ Мазин Е.Н. Указ. раб. – С. 209.

⁴ Дзенис Э.Н., Менберг Г.Г. Социально-географические аспекты изучения преступности в Латвийской ССР // Криминологические исследования. Вып.1 – Рига, 1974. – С. 60-64.

⁵ Там же. – С. 67-69.

исследования территориальных различий преступности), являются, по сути, методами социального анализа;

- систематизация социальных факторов, влияющих на преступность, должна базироваться на общесоциологической теории исторического материализма, с точки зрения которой, в роли факторов, обуславливающих соблюдение или нарушение населением уголовно-правовых запретов, прежде всего, выступают социальные свойства людей, характеризующие их положение в сфере производства: социально-классовая принадлежность, место в профессионально-квалифицированной структуре общественного труда, должностное положение, роль в организации общественного труда, степень участия в творческом труде, уровень заработной платы и т.д.; вместе с тем, общественная жизнь людей протекает не только в сфере производства, но и в сфере политики, культуры, быта и потребления, которые в совокупности со сферой производства исчерпывают все области общественной жизни;

- отсюда, преступность как всякое социальное явление, будучи одной из характеристик состояния общественного организма, определяется всей совокупностью факторов, характеризующих все вышеперечисленные области общественной жизни, причем совокупностью, воздействующей на преступность не отдельными своими элементами (например, образованием, уровнем дохода, жилищным положением и т.д.), а интегрировано, всей системой факторов, взаимодействующих между собой; следовательно, ни одно из существующих в обществе противоречий (на социальном уровне) непосредственно не детерминирует существование преступности, а лишь создает, наряду с другими факторами и противоречиями, объективную возможность их существования;

- не смотря на то, что общество представляет собой органическое единство экономических, политических, социально-культурных отношений, развивающихся в определенных демографических условиях, роль экономических факторов в социальном развитии, в том числе и в развитии преступности как одного из общественных явлений, является определяющей, поскольку развитие народного хозяйства и изменение структуры общественного труда оказывает решающее влияние на структуру рабочих мест и, тем самым, в конечном счете, предопределяет социальную структуру населения; в свою очередь, установив социально-классовое положение так называемого «среднестатистического» индивида, то есть его принадлежность к тем или иным общественным классам или внутриклассовым социальным группам, можно установить все его социальные характеристики - примерные образование, квалификацию, размер заработной платы, уровень культуры, круг общения и т.д.; таким образом, изменения в производственной сфере образуют, изменяя социальную структуру общества, материальную основу всех прочих социальных изменений;

- региональный криминологический анализ представляет собой содержательное сравнение двух или более территориальных общностей с присущими им уровнями и структурами преступности, произведенное на основе сопоставления соответствующих систем социальных, экономических, политических, демографических и т.д. факторов; отсюда регион понимается как сложная система, изменения, происходящие в которой, вызываются не только что оказанным на них существенным воздействием, а опосредованы целой цепочкой воздействий и ответных реакций системы на протяжении прошлого периода времени; - для эффективного управле-

ния такими системами, необходимо знать, чем определяется их поведение; следовательно, необходимо определить набор факторов, определяющих динамическое поведение сложных систем, отсюда на первый план выходит одна из сложнейших задач криминологической науки – разработка методов, позволяющих количественно анализировать динамическое поведение сложных систем, взаимодействие которых и образует причинный социально-экономический комплекс преступности¹.

Приведенный выше анализ теоретических и методологических позиций ученых ряда республик Советского Союза по вопросу о причинах территориальных различий преступности далеко не в полной мере иллюстрирует глубину научной проработки данной проблемы. Он призван лишь, в значительной мере, дать исходный ориентир современному исследователю, приступающему к поиску своих путей решения этой многогранной криминологической задачи.

*Бунин О.Ю., кандидат юридических наук,
Московский пограничный институт ФСБ России*

О современной непоследовательности и несправедливости криминализации и декриминализации деяний

Отнесение каких-либо человеческих деяний к преступлениям (криминализация) и, наоборот, исключение их из числа преступных (декриминализация), как известно, прерогатива федерального законодателя России. Видные криминалисты С.Г. Келина и В.Н. Кудрявцев выделили три основных уровня проявления принципа справедливости в уголовном праве для его наиболее полной реализации. При этом первый уровень касается правоприменительной стадии, а два других – законодательной: при криминализации деяний и законодательного установления наказаний за деяния, признанными преступлениями². Таким образом, именно при криминализации и декриминализации деяний, в первую очередь, должен в полной мере последовательно реализовываться уголовно-правовой принцип справедливости³. Ведь определение законодателем минимально необходимого круга общественно опасных деяний, относимых к категории преступлений, то есть процесс криминализации, а также своевременное и обоснованное исключение из Уголовного кодекса деяний, борьба с которыми возможна иными мерами и средствами (процесс декриминализации), должно происходить в уголовно-правовом и социальном смысле справедливо. Последнее означает более широкое применение принципа справедливости по сравнению с тем, как он изложен сейчас в ч. 1 ст. 6 УК РФ⁴. Ведь правовые принципы существуют, в том числе, и независимо от того

¹ Спиридонов Л., Лепс А. Теоретические вопросы изучения территориальных различий преступности // Теоретические проблемы изучения территориальных различий преступности. Ученые записки Тартуского ун-та: Труды по криминологии. – Тарту, 1985, Вып. 725. – С. 4-18.

² Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. – М.: Наука, 1988. – С. 16.

³ Кладков А.В. Реализация принципа справедливости в уголовном праве. / Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. Материалы 11 Международной научно-практической конференции. – М., 2003. – С. 117.

⁴ С.Г. Келина и В.Н. Кудрявцев отмечали, что «отсутствие в УК статей, прямо формулирующих принципы гуманизма, справедливости и т.д., не означает, что действующее уголовное законодательство не следует этим принципам». Указ. работа. С. 28.

получили они нормативное закрепление или нет. Принцип справедливости не исключение.

1. Следует заметить, что игнорирование последовательного воплощения принципа справедливости в Уголовном кодексе России, которое происходит при криминализации и декриминализации деяний подталкивает законодателя к частому изменению столь важного закона, который должен характеризоваться своей относительной стабильностью. Например, криминализация уклонения лиц от уплаты только налогов привела впоследствии к дополнительной криминализации аналогичных деяний в отношении обязательных сборов (ст. 198, 199 УК РФ) в соответствии со ст. 57 Конституции Российской Федерации в редакции ФЗ от 8 декабря 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации».

2. Необходимо отметить, что криминализация деяния диктуется его общественной опасностью. Однако решение вопроса о криминализации деяния зависит и от его распространенности. При единичных случаях его совершения нет практической надобности в его криминализации. А при массовом его проявлении криминализация может оказаться бессильной, ибо привлечь всех нарушителей к уголовной ответственности нереально, а выборочно – несправедливо. Статья же 123 УК РФ устанавливает уголовную ответственность за незаконное производство лицом, не имеющим медицинского образования соответствующего профиля, только одной медицинской операции – аборта. Но ведь существенный вред здоровью граждан может быть причинен в результате любой другой медицинской операции, если ее проводит лицо, которое не имеет медицинского образования соответствующего профиля. Совсем не редкими стали случаи причинения вреда здоровью в результате пластических операций, которые проводятся ненадлежащими врачами. Уголовная ответственность в этих случаях может наступать только при фактическом причинении вреда. Если же была только серьезная угроза причинения вреда, то уголовной ответственности нет. Поэтому последовательным и справедливым, на наш взгляд, было бы криминализировать в эту же или отдельную норму и эти общественно опасные деяния.

3. Несоблюдение справедливости при декриминализации деяний приводит (может привести) к таким же последствиям, как и при криминализации. Так, декриминализация незаконного сбыта огнестрельного гражданского гладкоствольного оружия (ч. 1 ст. 222 УК РФ) является явно несправедливой по отношению к установлению уголовной ответственности за незаконный сбыт газового оружия самообороны (ч. 4 ст. 222 УК РФ), степень общественной опасности которого, в случае наступления негативных последствий, на порядок меньше, чем от огнестрельного оружия. Данное положение ст. 222 УК РФ с уголовно-правой точки зрения в настоящий момент объяснить сложно.

4. Говоря о последовательной справедливости криминализации и декриминализации деяний необходимо рассматривать связь этого вопроса и с нормами морали. Так, статья 125 УК РФ в настоящее время устанавливает уголовную ответственность за заведомое оставление без помощи лица, находящегося в опасном для жизни или здоровья состоянии и лишенного возможности принять меры к самосохранению по малолетству, старости, болезни или вследствие своей беспомощности, в случаях, если виновный имел возможность оказать помощь этому лицу и был обязан иметь о нем заботу, либо сам поставил его в опасное для жизни или

здоровья состояние. Таким образом, если, к примеру, тонет ребенок, и субъект, не обязанный иметь о нем заботу и не поставивший его в опасное для жизни состояние, в буквальном смысле не протянул руки и не вытащил его, то за это бездействие какой-либо правовой ответственности он не несет. Уголовный кодекс 1960 г. (ст. 127) за такое деяние предусматривал уголовную ответственность (неоказание лицу, находящемуся в опасном для жизни состоянии, необходимой и явно не терпящей отлагательства помощи, если она заведомо могла быть оказана виновным без серьезной опасности для себя или других лиц). Действующий же Уголовный кодекс 1996 г. декриминализировал это деяние, что, на взгляд автора, противоречит принципу справедливости в его широком понимании (моральном, социальном и т.п.). Думается, что при криминализации и декриминализации деяний законодателю следует последовательно исходить из более широкого понимания справедливости, чем указано на сегодня в статье 6 УК РФ.

*Волкова И.В.,
Восточная экономико-юридическая гуманитарная академия
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Преступность несовершеннолетних женского пола

В данной работе хотелось бы акцентировать внимание на проблеме преступности несовершеннолетних женского пола, как на специфической группе преступности, требующей особого внимания.

Преступность несовершеннолетних женского пола является одной из составных частей женской преступности в целом, но динамика роста и все большее «омоложение» женской преступности позволяет рассматривать эту проблему в отдельном ключе. За последние 10 лет темпы прироста преступности несовершеннолетних девушек обгоняют темпы прироста преступности взрослых женщин в 2-2,5 раза.

На рост преступности несовершеннолетних женского пола влияют много факторов, но основу закладывают институты социализации, такие как семья, школа. Так же рост обуславливается главным образом особенностями психического и нравственного развития несовершеннолетних, их социальной незрелостью. В подростковом, юношеском возрасте в момент нравственного формирования личности происходит накопление опыта, в том числе отрицательного, который может внешне не обнаруживаться или проявиться со значительным запозданием.

Свои особенности присущи количественной и качественной характеристикам преступности несовершеннолетних. Данная преступность по сравнению со взрослой отличается высокой степенью активности, динамичностью. Люди, вставшие на путь совершения преступлений в юном возрасте, трудно поддаются исправлению и перевоспитанию и, как правило, представляют собой резерв для взрослой преступности. Если же акцентировать свое внимание на преступлениях, совершаемых девочками-подростками, то можно сделать вывод, что они, как правило, более жестоки в своих преступлениях – особо тяжкие и тяжкие преступления, вот основные категории судимости девушек в возрасте 14-17 лет¹. Значитель-

¹ Криминология. Под ред. Малкова В.Д. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юстицинформ, 2006.

ная часть насильственных преступлений совершается ими в отношении членов своей семьи или других родственников, иных лиц из их бытового окружения. При этом девушки зачастую престапают тот предел насилия и жестокости, который в конкретной ситуации был бы вполне достаточен для достижения цели. Это можно объяснить тем, что несовершеннолетний, как правило, не в состоянии почувствовать чужую боль. У него либо занижен, либо вообще отсутствует страх перед смертью. Зачастую он совершает какие-либо действия агрессивного характера не потому, что он особенно смел, а потому, что не может адекватно оценить степень опасности своих поступков для жизни как своей, так и окружающих.

Особую проблему представляет рост преступности несовершеннолетних женского пола. За последние годы его темпы увеличились с 11 до 14%, а количество девочек-подростков, состоящих на учете в милиции, превысило 50 тыс.¹ Отмечается рост преступлений, совершенных несовершеннолетними женского пола на почве пьянства, токсикомании и наркомании. Почти каждое пятое преступление совершается несовершеннолетними в состоянии алкогольного или наркотического опьянения.

Преступность девочек-подростков, как в целом и вся преступность, характеризуется высокой степенью латентности. На латентность этой преступности влияют и особенности правового и физического положения несовершеннолетних, их личностные характеристики, большая «регулируемость» следственной и судебной практикой статистических показателей. Исследования показывают, что распространенность преступлений, совершаемых несовершеннолетними, реально в несколько раз превышает ее зарегистрированную часть. Особенно высокой латентностью отличаются кражи, грабежи и хулиганство².

Несомненной, положительной динамики картины преступности несовершеннолетних женского пола можно добиться в процессе предупреждения преступлений. Необходимо оказывать воздействие и на их семьи, поскольку во многих случаях антиобщественное поведение подростка связано с семейным неблагополучием. Для успешной профилактической работы в семье несовершеннолетнего, способного к совершению преступлений, необходимо изучить такую семью во всех аспектах. Важно также владеть методами, разработанными специалистами в области психологии и психиатрии, использовать сведения из других областей знаний и опыт органов внутренних дел в индивидуальной профилактической работе. Для предупреждения преступности несовершеннолетних большое значение имеет выявление взрослых лиц, вовлекающих подростков в преступную деятельность. Своевременность такого выявления позволяет быстро предотвратить готовящееся преступление или пресечь преступную деятельность. Прямое отношение к предупреждению преступлений несовершеннолетних имеет также своевременное возбуждение уголовного дела, быстрое и полное раскрытие преступлений, избрание виновных, а также правильное применение мер пресечения.

Таким образом, преступность несовершеннолетних женского пола можно определить как самостоятельный вид преступности, характеризуемый особенностями количественных и качественных показателей ее состояния и развития, обусловленный прежде всего личностью преступника, в основе поведения которого лежат эгоцентрические мотивы и неустойчивая психика. А динамика роста пре-

¹ Там же.

² Там же.

ступности в данной группе показывает неэффективность существующих мер профилактики и необходимость разработки мер, ориентированных непосредственно на данную половую и возрастную группу, учитывающих специфические особенности психики девочек-подростков.

*Вражнов А.С.,
Мордовский государственный университет им. Н.П.Огарёва*

Криминалистический риск представителя потерпевшего и свидетеля на стадии предварительного расследования (на примере неправомерного доступа к компьютерной информации)

В рамках предварительного расследования неправомерного доступа к компьютерной информации, криминалистический риск присутствует в деятельности различных участников уголовного судопроизводства, включая и таких лиц, как представитель потерпевшего юридического лица и свидетель¹. Несмотря на различный правовой статус лиц, указанных в статьях 45 и 56 УПК РФ, основные разновидности криминалистического риска, которым подвергаются в своей деятельности указанные субъекты, у них совпадают, и являются следующими.

Во-первых, субъекты, указанные в статьях 45 и 56 УПК РФ, могут совершить ошибку, заключающуюся в не представлении в правоохранительные органы данных об имеющихся в отношении них (или их близких), угрозах личной безопасности, в связи с расследуемым преступлением, несмотря на то, что в реальности им они поступали. Причины такого нежелания могут быть самыми различными, начиная от не восприятия всерьёз данных угроз и заканчивая недоверием к правоохранительным органам в целом. Последствиями такой ошибки представителя потерпевшего или свидетеля могут быть искажение доказательственной информации, затягивание сроков предварительного расследования, физическое ущемление определённого лица и т.д.

Во-вторых, представитель потерпевшего и свидетель, могут совершить ошибку, заключающуюся в сообщении следователю информации, основанной на догадке, предположении, или слухе, несмотря на то, что лицо, производящее расследование их об этом даже не спрашивает. Такая ситуация достаточно часто встречается в повседневной работе следователя, и по своей сути, лишь с малой долей вероятности может повлиять на расследование уголовного дела, и то, лишь в том случае, когда повлечет за собой обиду или недоверие лица, который давал следователю показания.

В-третьих, субъекты, указанные в статьях 45 и 56 УПК РФ, подвержены возможности совершения ошибки при представлении доказательственной информации, и заявлении ходатайств. Криминалистический риск в данной ситуации за-

¹ Более подробно с понятием «криминалистический риск» можно ознакомиться, изучив научные труды Г.А. Зорина. См.: Зорин Г.А. Криминалистический риск: природа и методы оценки. – Минск.: БГУ им. В.И. Ленина, 1990. – 89 с; Зорин Г.А. Криминалистический риск и рискогенные игры // Криминалистические чтения, посвященные памяти заслуженного юриста Республики Беларусь, доктора юридических наук, профессора Г.И. Грамовича: материалы Междунар. науч. – практ. конф. (Минск, 21 дек. 2012 г.). – Минск: Акад. МВД, 2012. – С.148–151; Зорин Г.А. Тактическое поле криминалистического риска при принятии решений и их реализации // Криминалистические чтения, посвященные 100-летию со дня рождения профессора Б.И. Шевченко: тезисы выступлений. – М.: МАКС Пресс, 2004. – С.72–77.

ключается в следующем. С одной стороны, проявляя инициативу (представляя доказательства, заявляя ходатайства), представитель потерпевшего и свидетель усложняют работу следователя, который должен будет осуществлять проверку всей полученной информации от вышеназванных лиц, и как следствие этого затрачивается время, отпущенное для расследования уголовного дела. С другой же стороны, бездействие субъектов, указанных в статьях 45 и 56 УПК РФ, в той ситуации, когда они располагают определённой доказательственной информацией, или видят отдельные недостатки в работе следователя, не позволяет лицу, осуществляющему расследование посмотреть на ход уголовного процесса незаинтересованным взглядом, как бы «со стороны».

Для минимизации указанных разновидностей криминалистического риска, присущих представителю потерпевшего и свидетелю, предлагаем придерживаться следующих рекомендаций.

Во-первых, для снижения возможности совершения субъектами, указанными в статьях 45 и 56 УПК РФ ошибки, заключающейся в не представлении в правоохранительные органы информации о высказанных (полученных) ими угрозах, считаем целесообразным предложить следователю при допросах представителя потерпевшего и свидетеля выполнять следующие достаточно простые мероприятия:

1) выяснить, поступали ли данным лицам в какой-либо форме угрозы, обусловленные их участием в расследуемом уголовном деле, и были ли попытки их реализации;

2) рассказать представителю потерпевшего и свидетелю в том, что в отношении них могут быть приняты меры безопасности, указанные в статье 6 ФЗ от 20.08.2004 №119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»;

3) в случае, если лица, указанные в статьях 45 и 56 УПК РФ, не испытывают доверие к местным правоохранительным органам, то подробно разъяснить им право подачи соответствующих жалоб и ходатайств, адресованных вышестоящим должностным лицам на региональном и федеральном уровне;

4) объяснить представителю потерпевшего и свидетелю, что не сообщение информации об имеющихся в их адрес угрозах, только увеличивает возможность их действительной реализации в отношении них.

Во-вторых, для снижения вероятности совершения представителем потерпевшего или свидетелем ошибки, заключающейся в сообщении следователю информации, основанной на догадке, предположении, или слухе, рекомендуем лицу, производящему расследование максимально тактично относиться к допрашиваемому субъекту, при сообщении последним вышеперечисленных сведений, объяснять ему свою текущую загруженность работой, а также попросить оформить все имеющиеся у него сведения, которые он считает необходимым донести до лица, производящего расследование в письменной форме.

В-третьих, для снижения возможности совершения субъектами, указанными в статьях 45 и 56 УПК РФ ошибки при представлении доказательственной информации, и заявлении ходатайств, предлагаем следователю:

1) организовать часы приёма свидетелей и представителей потерпевших по уголовным делам, находящимся в его производстве;

2) возложить на общественных помощников и стажёров обязанность предварительного анализа поступающей информации, и ходатайств, что позволит систематизировать данные, представляемые субъектами, указанными в статьях 45 и 56 УПК РФ, в удобной для следователя форме.

*Дядюн К.В., кандидат юридических наук,
Российская таможенная академия, филиал в г. Владивосток*

К вопросу о субъективных признаках состава ст. 145 УК РФ

Уголовная ответственность за необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до 3-х лет, является одной из форм правовой защиты материнства и детства. В настоящее время в применении анализируемого состава имеются некоторые сложности, обусловленные, на наш взгляд, несовершенством редакции нормы ст. 145 УК РФ. В данной статье будут рассмотрены особенности толкования и применения субъективных признаков указанного состава.

Регламентация признаков субъективной стороны рассматриваемого преступления вызывает, по мнению многих исследователей,¹ наибольшие сложности в правоприменении. Данное преступление относится к числу умышленных. Однако законодатель прямо указал в диспозиции ст. 145 УК РФ еще и мотив совершения данного преступления, сделав его, таким образом, обязательным признаком состава. Мотив беременности или наличия детей не совсем корректен по формулировке, неточен по содержанию и сложен в правоприменении и доказывании. Фактором, который побуждает работодателя отказать в приеме на работу/ уволить женщину, является не беременность/наличие детей, нежелание брать на работу/ иметь в штате указанную категорию женщин, а определенные неудобства с этим связанные: предоставление льгот за счет предприятия и других работников. Учитывая широту перечня таких льгот, случаи, когда женщина устраивается на работу и через 2-3 месяца уходит в декретный отпуск, отпуск по уходу за ребенком, понять работодателя можно. Тем не менее, указанная в законе формулировка мотивации представляется некорректной. Кроме того, как справедливо отмечают некоторые исследователи «указание закона на специальный мотив значительно затрудняет квалификацию деяния, поскольку доказать наличие указанного мотива чрезвычайно сложно, если вообще возможно»². Кроме того, необоснованный отказ в приеме на работу/необоснованное увольнение рассматриваемой категории лиц представляет собой существенное нарушение конституционных прав, норм трудового законодательства вне зависимости от мотивации.

Также возможны ситуации, когда женщине отказывают в приеме на работу именно по указанному мотиву, но при этом совершенно обоснованно: в силу медицинских противопоказаний, отсутствия соответствующих вакансий и т.п. Либо, напротив, когда беременная/имеющая ребенка женщина стремится обосновать не-

¹ См., например: Курилов В.И., Иванов Н.Г. Преступления, посягающие на социальные права человека и гражданина. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 608; Мачковский Л. Необоснованный отказ в приеме на работу и увольнение беременной женщины и женщины, имеющей малолетних детей // Законность. – 2003. - №6. – С. 18.

² См., например: Комментарий к УК РФ / под ред. В.В. Мозякова. – М.: Экзамен, 2002. – С. 283.

законность решения работодателя, ссылаясь именно на свои статусно-семейные признаки.

Так, у массажистки С., имеющей двухлетнего сына, развилось заболевание суставов. Медицинская комиссия дала заключение, что дальнейшая физическая нагрузка может привести к инвалидности С. Директор медицинского центра, где работала женщина, предложил ей перейти на должность регистратора, она отказалась, в результате чего была уволена в силу несоответствия занимаемой должности по состоянию здоровья. С. Обратилась за защитой своих прав в прокуратуру, полагая, что причина увольнения – наличие малолетнего ребенка, однако в возбуждении уголовного дела было отказано в связи с отсутствием состава преступления¹. Подобные решения абсолютно обоснованны. При этом возможные правоприменительные сложности обусловлены именно несовершенством ст. 145 УК РФ. Исходя из изложенного, действующая формулировка признаков субъективной стороны в диспозиции ст. 145 УК РФ представляется несовершенной, требует пересмотра и доработки.

Субъектом рассматриваемого преступления могут быть лишь лица, на которые законом/иным нормативно-правовым актом возложены обязанности по исполнению кадровой политики предприятия (прием и увольнение работников). Однако данный вопрос имеет определенную специфику.

Так, в случаях необоснованного отказа в приеме на работу субъектом, как правило, выступает руководитель. Если отказ исходит от отдела кадров, необходимо выяснить, была ли соответствующая установка со стороны руководителя. Если руководитель об этом не знал, то субъектом ответственности может стать соответствующий работник, отказавший в приеме на работу, если он сознавал наличие такой возможности.

Иное решение подобных ситуаций ведет с одной стороны к нарушению принципа вины, объективному вменению, с другой – к необоснованному освобождению виновных от ответственности.

Иначе решается вопрос при увольнении с работы. Так как соответствующий приказ подписывает руководитель, он обязан вникать в суть вопроса, независимо от того кто готовил данный приказ. В научной литературе высказывается мнение, что соответствующий подход к ответственности руководителя должен применяться и в случаях, если указанная категория женщин работает у частного лица без какого-либо оформления трудовых отношений². Однако, во-первых, к указанной деятельности неприменимы нормы трудового законодательства; во-вторых, «работника» нанимают как правило для личных нужд с учетом не профессиональных, а именно личных качеств; в-третьих, что-либо доказать в подобных ситуациях практически невозможно. Поэтому, указанное мнение скорее носит теоретическое положение из серии «как должно быть», которое вряд ли может преобразоваться в реальное «есть на практике».

В свете рассматриваемой темы интересен вопрос о субъекте применительно к институту аутстаффинга, когда специализированная фирма – частное агентство занятости нанимает работников (постоянно или временно) исключительно для выполнения заказов фирм-заказчиков на услуги этих работников. В подобных ситуа-

¹ Прокуратура Пензенской области. Официальный сайт//www.procpenza.ru (дата обращения: 17.06.2012)

² Комментарий к УК РФ/ под ред. В.В. Мозякова. – М.: Экзамен, 2002. – С. 283.

циях работник приобретает условно двух работодателей: нанимателя на работу и фактического «пользователя» его труда.

По мнению Н.В. Качиной¹ работник состоит в трудовых отношениях только с лизинговым агентством, поэтому последний и является для него работодателем. Таким образом, при аутстаффинге субъект преступления, предусмотренного ст. 145 УК, – руководитель лизингового агентства или уполномоченное им лицо. Указанное мнение представляется вполне обоснованным с точки зрения норм и трудового и уголовного законодательства.

С учетом вышеизложенного предлагается следующее:

1) изменить диспозицию ст. 145 УК РФ в части регламентации признаков субъективной стороны состава: формулировку «по мотивам беременности/наличия детей в возрасте до трех лет» заменить на: «по обстоятельствам, не связанным с деловыми и профессиональными качествами...»

2) субъектом рассматриваемого преступления по общему правилу должны признаваться лица, обладающие правом приема на работу/увольнения с работы.

Предложенная мотивация более точно определяет детерминацию действий работодателя и менее сложна в доказывании, т.к. позволяет провести анализ соответствия конкретного решения определенным требованиям к кандидату на должность и законным основаниям расторжения трудового договора по инициативе работодателя.

Лицо, хотя фактически и отказавшее в приеме на работу/ заявившее об увольнении, но не имеющее соответствующих полномочий, определенных законом/учредительными документами/локальными нормативными актами, не может быть привлечено к уголовной ответственности.

Разумеется, в силу специфики анализируемого состава преступления полностью нивелировать рассмотренные в пределах данной статьи проблемы толкования и правоприменения нормы ст. 145 УК РФ вряд ли удастся, однако необходимо работать над минимизацией существующих сложностей для того, чтобы конкретная норма отвечала целям своего создания и обоснованно реализовывалась на практике.

Жидкова Т.К.,

Пятигорский торгово-экономический техникум

О некоторых особенностях проявления криминальной активности участников незаконных вооруженных формирований

В последние годы в нашей стране с учетом активизации деятельности незаконных вооруженных формирований и террористических групп, особенно в ряде регионов Северо - Кавказского федерального округа, наблюдается рост криминальной активности данных незаконных вооруженных объединений посредством совершения более опасных посягательств террористической и экстремистской направленности. Так, согласно статистическим данным, в 2009 г. в России зарегистрировано 510 преступлений, предусмотренных ст. 20 8 УК РФ, из которых 508 - в

¹ См.: Качина Н.В. Необоснованный отказ приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до трех лет (ст. 145 УК РФ): обоснованность криминализации, оптимизация законодательного описания: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Красноярск, 2007. – С. 14.

тогда еще едином Южном федеральном округе, в том числе 422 - в Чеченской Республике¹. То есть, учитывая статистические данные, следует отметить, что большинство незаконных вооруженных формирований создаются и осуществляют свою деятельность именно в республиках Северного Кавказа и лишь в ряде случаев - на территории иных субъектов Российской Федерации.

В свою очередь можно также проследить уголовно-правовую специфику данного состава преступления. В данном случае, прежде всего, следует отметить, что части 1 и 2 ст.208 УК РФ являются самостоятельными составами преступлений.

Кроме того, объективная сторона преступления, предусмотренного ч.1 ст.208 УК РФ, включает два альтернативных действия: создание и руководство вооруженным формированием. Объективная сторона преступления, предусмотренного ч.2 ст.208 УК РФ, состоит в участии в вооруженном формировании. Обязательным признаком состава преступления является незаконность вооруженного формирования. В соответствии с п.9 ст. 1 ФЗ от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ «Об обороне» создание и существование формирований, имеющих военную организацию или вооружение и военную технику либо в которых предусматривается прохождение военной службы, не предусмотренных ФЗ, запрещается и преследуется по закону².

В свою очередь, по свидетельству специалистов, как правило, комплектование личного состава данных формирований осуществляется прежде всего с учетом территориального принципа. От села - группа, или малый отряд; от общины - средний или большой отряд. Возраст боевиков любой, но численно преобладают люди моложе 40 лет. Кандидатуру командира формирования (полевого командира) определяют местные деятели оппозиции, которые выбирают его из числа популярных членов общины. Финансирование и обеспечение продовольствием производится за счет бюджета и запасов общины³. То есть в данном случае прослеживается принцип землячества при создании того или иного незаконного вооруженного формирования и руководстве им. Это находит определенное подтверждение при опросе работников следствия⁴ и анализе судебной практики по данным уголовным делам⁵. Так, например, в 2011 году Московский городской суд вынес приговор по уголовному делу в отношении Руслана Озниева. Он признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 208 УК РФ (участие в незаконном вооруженном формировании), ч. 3 ст. 222 УК РФ (незаконные приобретение, хранение и ношение огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств в составе организованной группы), ч.1 ст.30 п. «а», ч. 2 ст.205 УК РФ (приготовление к террористическому акту) и ч.3 ст.327 УК РФ (использование заведомо подложного документа).

В суде установлено, что Озниев, как активный участник незаконного вооруженного формирования, совместно с одним из руководителей НВФ «Имарат Кавказ» Хусейном Хациевым по указанию Доку Умарова осуществлял приготовление к совершению террористических актов в г. Москве. Целью терактов было воздей-

¹ Паненков А.А. Криминологическая ситуация и некоторые проблемы борьбы с преступлениями террористического характера в Чеченской Республике // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ. – 2010. -№ 2. – С.36.

² Бриллиантов А.В. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М., 2011. – С.468.

³ Колесников М. Незаконные вооруженные формирования: организация и тактика действий // Малая война: сборник трудов. 1998. – С.54.

⁴ В ходе исследования нами было опрошено 60 работников следственных органов республик КЧР, КБР.

⁵ В ходе исследования проанализировано 120 приговоров суда вынесенных за период с 2005 - 2011 гг. по ст.208 УК РФ.

стве на принятие решения органами власти по изменению конституционного строя России и нарушению целостности государства путем выхода из него республик Северного Кавказа. Для этого Озниева, находясь по месту своего проживания в г. Ле Ман Французской Республики, посредством сети Интернет выбрал предполагаемые объекты для взрыва, а именно жилые дома, здания военных комиссариатов и подразделений органов внутренних дел г. Москвы. 19 октября 2009 г. Ознев, используя поддельные документы на имя гражданина Украины, прибыл в г. Москву, где получил от курьера переданные ему по указанию Хациева пистолет Макарова с боеприпасами, взрывчатые вещества (пластит и тротил) общей массой более 15 кг, 20 электродетонаторов, передатчик радиолинии дистанционного управления. После этого на одном из столичных рынков он купил иные предметы, необходимые для изготовления взрывных устройств. Ознев не сумел довести до конца преступный умысел, т.к. в тот же день был задержан сотрудниками ФСБ России. За совершение этого преступления Руслан Ознев приговорен к 17 годам лишения свободы¹.

Еще один пример возбуждения уголовного дела по данной статье в 2011 году. Урванским межрайонным следственным отделом следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по Кабардино-Балкарской Республике возбуждено уголовное дело в отношении жителей Черекского района: 29-летнего Алима Занкишиева, 24-летнего Ислама Жангуразова, 26-летнего Артура Каркаева и 39-летнего Али Маммеева, а также 30-летнего жителя Чегемского района Тимура Татчаева. В зависимости от роли каждого они подозреваются в совершении преступлений, предусмотренных ч.1 ст. 208 УК РФ (создание вооруженного формирования, не предусмотренного ФЗ, а равно руководство таким формированием), ч.2 ст. 208 УК РФ (участие в вооруженном формировании, не предусмотренном ФЗ), ч.1 ст. 30, ч.2 ст. 105 УК РФ (приготовление к совершению убийства). По версии следствия, Каркаев и Жангуразов (в конце декабря 2009 года были объявлены в розыск как пропавшие безвести) принимают участие в незаконном вооруженном формировании. Также последний осуществляет руководство таким вооруженным формированием, члены которого скрываются в лесном массиве на территории Черекского района республики. Согласно показаниям одного из подозреваемых, Жангуразов и Каркаев, находясь в составе незаконного вооруженного формирования, совершили ряд тяжких и особо тяжких преступлений с применением огнестрельного оружия.

Так, 15 июня 2010 года в селе Верхняя Жемтала Черекского района ими совершено посягательство на жизнь милиционера конвойного отделения ИВС МОБ ОВД по Черекскому району Кязима Занкишиева. 28 апреля 2011 года в селе Верхняя Жемтала Черекского района обстреляли автомашину с двумя гражданскими лицами, 09 июня 2011 года на автодороге «Старый Черек-Сукан-Су» Черекского района обстреляли патрульную автомашину, в которой находились два сотрудника МВД по КБР. Кроме того, с целью убийства главы администрации сельского поселения Верхняя Жемтала Жангериев и Каркаев 23 августа 2011 года в селе Урвань Урванского района незаконно завладели автомашиной жителя республики. Однако они не смогли довести свой преступный умысел, направленный на убийство должностного лица, до конца по независящим обстоятельствам. По данным фак-

¹ Осужден участник незаконного вооруженного формирования // Официальный сайт Генеральной прокуратуры РФ. Режим доступа: <http://www.ksgp-cis.ru/News.php?id=83> свободный. Дата обращения 21.10.2011.

там возбуждены и расследуются уголовные дела. Маммеев оказывал активную пособническую помощь членам незаконного вооруженного формирования. Им закупались продукты питания, медикаменты и иные товары, которые потом он доставлял в условленное место на территории Черекского района. Согласно материалам дела, в настоящее время бандпод-подполье республики возглавил Занкишиев (мусульманское имя «Убейда»), «амиром» города Нальчика стал Татчаев (мусульманское имя «Хамза»), а Жангуразов - Черекского района. В настоящее время проводятся следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, направленные на установление всех обстоятельств совершенных преступлений и розыск лиц совершивших преступления. Расследование уголовного дела продолжается¹.

Приведенные выше примеры проявления криминальной активности незаконных вооруженных формирований являются лишним подтверждением вывода специалистов о том, что незаконные вооруженные формирования не участвующие в активных боевых действиях, имеют «под ружьем» не более 10-20% личного состава по сравнению со штатом военного времени. Этот штат в различных регионах не одинаков. Группа насчитывает от 10 до 50 человек; малый отряд от 50 до 100 человек; средний отряд от 100 до 500 человек; большой отряд от 500 до 1500 человек².

В настоящее время достаточно явно прослеживается специфика еще в одном критерии незаконного вооруженного формирования. Это форма и «степень» его вооруженности, выражающиеся в том, что личный состав НВФ вооружен легким стрелковым оружием, являющимся собственностью владельцев. Кроме того, имеется оружие коллективного пользования: станковые и крупнокалиберные пулеметы, минометы, станковые гранатометы, иногда безоткатные пушки, переносные зенитно-ракетные комплексы, бронетехника и т.п. Средства связи обычно представлены современными малогабаритными переносными радиостанциями японского или западного производства³. Также специалистами отмечается, что в основе криминальной деятельности незаконных вооруженных формирований лежат партизанские действия. Эти действия включают: засады, налеты, обстрелы военных и хозяйственных объектов, минирование дорог, диверсионно-террористические действия⁴. Данная особенность подтверждается анализом судебно-следственной практики по данному составу.

*Зайцева О.В., кандидат юридических наук, доцент,
Саратовская государственная юридическая академия*

Подкуп избирателей: разграничение преступлений и административных правонарушений

Одним из распространенных видов нарушений в политической сфере является подкуп избирателей⁵. Успешное пресечение и предупреждение подобных

¹ В Урванском районе возбуждено уголовное дело по факту создания незаконного вооруженного формирования // Режим доступа <http://www.sk-kbr.ru/№ode/75>. Дата обращения 17.10.11.

² Колесников М. Указанная работа. – С.54.

³ Там же. – С.56.

⁴ Там же. – С.56.

⁵ По результатам проведенного нами социологического исследования с подобного рода деяниями лично приходилось сталкиваться 70% избирателей (выборка составила 164 респондента) // Зайцева О.В. Грязные избира-

деяний напрямую зависит от умелого сочетания и применения к виновным лицам различных мер юридической ответственности.

В зависимости от отраслевой принадлежности различают три вида ответственности за подкуп избирателей: конституционную, административную и уголовную. Причем, с точки зрения законодательства, на практике, как правило, должны параллельно применяться два вида, а именно: конституционная ответственность в сочетании с уголовной либо с административной¹. Однако в настоящее время четкие критерии разграничения п. «а» ч. 2 ст. 141 УК РФ (воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий, соединенное с подкупом) и ст. 5.16 КоАП РФ (Подкуп избирателей, участников референдума либо осуществление в период избирательной кампании, кампании референдума благотворительной деятельности с нарушением законодательства о выборах и референдумах) отсутствуют и в законодательстве, и в судебной практике. Как результат – за аналогичные деяния в одних случаях виновные привлекаются к административной ответственности, а в других – к уголовной. При этом довольно часто при вынесении постановлений по делам об административном правонарушении судьи не утруждают себя обоснованием, почему они применили норму административного законодательства, а просто констатируют, что в содеянном отсутствуют признаки уголовно наказуемого деяния.

Для наглядности проиллюстрируем это на примерах из судебной практики. Ижемским районным судом респ. Коми Ш. был признан виновным в административном правонарушении, предусмотренном ст. 5.16 КоАП РФ, за совершение деяния, выразившегося в подкупе избирателей. Во время проведения выборов Депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации он осуществил подкуп пятидесяти избирателей (!), передав им за голосование за нужную партию деньги в сумме 120 рублей каждому. В обоснование того, почему Ш. подлежит именно административной ответственности, а не уголовной, суд ограничился следующей формулировкой: «Согласно сопроводительного письма руководителя Ижемского межрайонного следственного отдела в действиях Ш. отсутствует состав преступления, предусмотренный ч.2 ст.141 УК РФ»². Факт того, оказало ли влияние денежное вознаграждение на волеизъявление избирателей при голосовании, предметом судебного разбирательства не был.

В то же время Аскизским районным судом респ. Хакасия Ш-ва признана виновной в воспрепятствовании свободному осуществлению гражданином своих избирательных прав, соединенному с подкупом (п. «а» ч. 2 ст. 141 УК РФ) и приговорена к штрафу в размере 15 тыс. рублей. 22 октября 2009 года в ходе проведения второго тура выборов на должность главы Аскизского района Ш-ва предложила 7 гражданам проголосовать за одного из кандидатов за денежное вознаграждение в размере 50 - 100 рублей каждому³.

тельные технологии и коррупция // Преступность и уголовное законодательство: реалии, тенденции, взаимовлияние: сб. науч. трудов / [под ред. Н.А. Лопашенко]. – Саратов.: Сателлит, 2004. – С. 18.

¹ См.: Шапиев С. Подкуп избирателей как вид политической коррупции. Проблемы юридической квалификации и привлечения к ответственности // Журнал о выборах. – 2011. - № 3. – С. 11.

² См.: ГАС РФ «Правосудие»: архив Ижемского районного суда Республики Коми за 2012 г. // <http://izmasud.komi.sudrf.ru/>

³ См.: ГАС РФ «Правосудие»: архив Аскизского районного суда респ. Хакасия за 2010 г. // <http://akzisky.hak.sudrf.ru>.

В юридической литературе в качестве критериев разграничения преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 141 УК РФ, и административного правонарушения, предусмотренного ст. 5.16 КоАП РФ, предлагаются различные признаки: общественная опасность содеянного; количество подкупленных избирателей; объект подкупа и т.д.¹. Однако, как видно из приведенных примеров, на практике указанные критерии «не работают» и суды применяют нормы права произвольно. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 марта 2011 г. № 5 «О практике рассмотрения судами дел о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»² также обошло стороной данную проблему.

С нашей точки зрения, основным критерием разграничения уголовной и административной ответственности за подкуп избирателей являются обстоятельства совершения подкупа, а именно, созданы ли были в ходе совершения указанных противоправных действий реальные условия, препятствующие реализации активного либо пассивного избирательного права граждан. Например, если человек берет деньги, обещая проголосовать «как надо», а сам голосует так, как решил самостоятельно, то в этом случае не происходит нарушения конституционного права избирать в органы государственной власти и органы местного самоуправления (ст. 32 Конституции Российской Федерации). Виновный лишь пытается путем предоставления материальной выгоды стимулировать у избирателей мотивацию проголосовать определенным образом. Такие действия, безусловно, нарушают принципы демократического избирательного законодательства, но не достигают степени общественной опасности, заслуживающей уголовного преследования. Если же при голосовании предусматриваются какие-либо формы контроля за волеизъявлением граждан (например, проставляются карандашные отметки в избирательных бюллетенях, требуется сфотографировать заполненный избирательный бюллетень на мобильный телефон и предъявить соответствующее изображение и т.п.) и избиратель это осознает (оказывается непосредственное влияние на его волеизъявление), содеянное будет образовывать уже состав преступления. При этом не имеет значения, оказал ли реальное влияние на голосование конкретного избирателя подкуп или нет. Как справедливо отмечает С.М. Шапиев: «По ныне действующему Уголовному кодексу РФ все действия избирателя ... остаются за рамками уголовного права»³. Главное, с нашей точки зрения, что виновный передает материальное вознаграждение только после получения подтверждения информации о нужном голосовании или совершении иных действий (бездействия), обусловленных передачей предмета подкупа. При этом преступник осознает, что потерпевший воспринимает подкуп как реальный способ принуждения к участию или неучастию в выборах (референдуме) либо воспрепятствования его свободному волеизъявлению и желает посредством подкупа повлиять на волеизъявление избирателя с тем, чтобы добиться определенного результата на выборах или референдуме.

¹ См., напр.: Завидов Б.Д. Новеллы избирательного права в УК РФ // ИПС «Консультант Плюс»: <http://www.consultant.ru>; Климова Ю.Н. Воспрепятствование осуществлению избирательных прав путем подкупа: разграничение преступления и административного правонарушения // Административное право и процесс. - 2011. - № 7. - С. 30-32; Толстикова И.Н. Подкуп избирателей – уголовно наказуемое деяние // Журнал о выборах. - 2006. - № 6.

² Российская газета. - 2011. - 8 апреля. - № 75.

³ Шапиев С. Указ. раб. - С. 15.

Предлагаемое нами толкование понятия «подкуп избирателей», продиктовано практическими соображениями обеспечить единообразие правоприменительной практики, и направлено на преодоление создавшейся межотраслевой коллизии. Однако, оно не следует из буквального толкования формулировок уголовного закона, поскольку согласно диспозиции п. «а» ч. 2 ст. 141 УК РФ, любой факт передачи незаконного материального вознаграждения в избирательном процессе – это есть действие, направленное на воспрепятствование осуществлению избирательных прав граждан, либо работе избирательных комиссий, либо деятельности члена комиссии, связанной с исполнением им своих обязанностей, а, следовательно, при действующей редакции ст. 141 Уголовного кодекса РФ разграничить подкуп избирателей с аналогичным административным правонарушением практически невозможно.

Для устранения данной коллизии необходимо дальнейшее совершенствование как уголовного, так и административного законодательства.

*Зейналов И.З.,
Сибирский федеральный университет*

Оперативный эксперимент и провокация преступления: постановка проблемы

Провокации к преступлениям со стороны оперативных служб, увы, не редкое явление. Об этом в частности свидетельствует судебная практика, в т.ч. практика Европейского суда по правам человека. Иногда грань между правомерными действиями оперативных работников и провокацией преступления настолько тонка, что ее очень сложно определить, и установить была ли провокация. В результате чего, учеными и практиками были предприняты попытки найти ее (грань). Импонируют попытки практических работников, действующих руководителей правоохранительных органов (прокуратура, ФСБ) разобраться в поставленной проблеме¹.

Критерии разграничения правомерного проведения оперативно-розыскного мероприятия и провокации выработаны судебной практикой Верховного и Конституционного Судов Российской Федерации, а также Европейского суда по правам человека. Провокация исключается, если оперативно-розыскные мероприятия преследуют цель решения задач оперативно-розыскной деятельности, проводятся при наличии законных оснований, умысел объекта оперативно-розыскных мероприятий сформировался независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений или лиц, оказывающих им содействие в проведении оперативно-розыскных мероприятий.

А.Д. Назаров обоснованно считает, что уже из смысла определения оперативного эксперимента просматривается особый характер его проведения – на грани провокационных действий, которое в любую минуту может закончиться причинением вреда объекту оперативной заинтересованности и (или) трансформироваться в провокацию². Б.В. Волженкин указывает, оперативный эксперимент правомерен,

¹ Савинский А.В., Бакун В.М. Разграничение оперативного эксперимента и провокации взятки // Законность. – 2010. - № 7. – С. 46 - 49.

² Назаров А.Д. Провокации в оперативно-розыскной деятельности. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 44.

когда субъект сам, без какой-либо инициативы со стороны лиц, пытающихся его уличить, начинает предварительную преступную деятельность, в которой его обоснованно подозревают и которую путем проведения оперативного эксперимента стремятся пресечь и этим же образом выявить преступника и раскрыть уже совершившееся преступление¹.

А.Д. Назаров отмечает, проведение оперативного эксперимента должно быть продиктовано стремлением поставить под контроль, под непосредственное наблюдение правоохранительных органов уже начавшиеся процессы, связанные с посягательством на объект уголовно-правовой охраны, и в конечном итоге прервать их развитие. Пресечение незаконного оборота наркотиков с использованием оперативного эксперимента должно проводиться на основании информации, носящей отнюдь не предположительный характер. В иных случаях имеет место провокация преступления.

Как отмечают Корневский Ю.В., Токарева М.Е., главный вопрос здесь - от кого исходит инициатива. Если должностное лицо само требует, тем более вымогает взятку, без какого-либо провоцирующего вмешательства совершает конкретные действия, направленные на ее получение, то последующая деятельность оперативных работников по его разоблачению - правомерное оперативно - розыскное мероприятие².

А.В. Савинский и В.М. Бакун исследовав проблему разграничения правомерного проведения ОРМ и провокации преступления указывают, что главными отличиями правомерного оперативного эксперимента от провокации взятки являются: 1) проверяемое лицо уже начало противоправные действия (потребовало взятку); 2) инициатива получения взятки принадлежит исключительно проверяемому лицу, но не оперативным работникам; 3) у проверяемого лица есть свободный выбор варианта поведения (брать или не брать); 4) оперативные работники ни в коем случае и никоим образом не склоняют проверяемое лицо к получению взятки³.

Ф.Н. Багаутдинов рассуждая о борьбе сотрудников полиции с «псевдовзятчиками», в результате чего провоцируются юридически не грамотные, простые граждане, на которых полицейские делают показатели, при этом создавая видимость усердной борьбы с коррупцией, предлагает предусмотреть в законе общее правило о том, что при получении предложения о взятке сотрудник милиции, при наличии условий и возможности, обязан разъяснить человеку положения уголовного, иного закона по существу дела, в том числе и об уголовной ответственности за дачу взятки, а не приступить сразу к проведению оперативного эксперимента - задержания с поличным⁴.

Такие предложения способствуют реализации одной из задач уголовного законодательства – предупреждение преступлений. Таким образом, предлагается еще один критерий разграничения провокации и ОРМ – попытка предупреждение преступления. Необходимо отметить, что такое возможно только когда инициатива противоправного поведения исходит от взяткодателя.

¹ Волженкин Б. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? // Следователь. – 2007. - № 2. – С. 2.

² Корневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно - розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Методическое пособие. – М.: Юрлитинформ, 2000. – С. 88.

³ Савинский А.В., Бакун В.М. Разграничение оперативного эксперимента и провокации взятки // Законность. – 2010. - № 7. – С. 49.

⁴ Багаутдинов Ф.Н. Провокация граждан к даче взятки // Законность. – 2011. - №30. – С. 32

Так в чем же проблема оперативного эксперимента и провокации преступления? Несправедливость оперативного эксперимента, как такового, состоит в том, что проводится он обычно по распространенным, латентным преступлениям, например, для изобличения взяточника, лица злоупотребляющих полномочиями, или мелкого торговца наркотиками, но в силу объективной ограниченности сил оперативного аппарата «силки с приманкой» расставляют не на всех, а очень выборочно: обычно на ставших неудобными, либо в рамках корпоративных споров, или при переделе «теплых мест»¹. Провокация преступления не образует для спровоцированного лица состава преступления. Однако, четких критериев разграничения этих явлений до сих пор не предусмотрено. На законодательном уровне необходимо разработать четкие дефиниции провокации преступления и оперативного эксперимента (в том числе и других ОРМ) и внести соответствующие дополнения в УК РФ и Закон об ОРД.

*Зыков Д.А., кандидат юридических наук, доцент,
Владимирский юридический институт ФСИН России*

Правовая природа примечания к ст.322 УК РФ

Частью 1 статьи 322 УК РФ предусмотрена уголовная ответственность за пересечение Государственной границы без действительных документов на право въезда в Российскую Федерацию или выезда из Российской Федерации либо без надлежащего разрешения, полученного в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Согласно примечанию к указанной статье, не является преступлением нарушение правил пересечения Государственной границы Российской Федерации иностранными гражданами и лицами без гражданства для использования права политического убежища, если в их действиях не содержится иных признаков состава преступления. Мы разделяем позицию В.С. Комиссарова, который считает, что получение политического убежища иностранными гражданами и лицами без гражданства, гарантированное ст.63 Конституции Российской Федерации, невозможно без незаконного пересечения Государственной границы, поэтому примечанием к ст.322 УК РФ закреплено обстоятельство, исключающее преступность данного деяния².

Для того чтобы лицо было освобождено от уголовной ответственности в силу действия примечания к ст.322 УК РФ необходимо наличие следующих признаков: 1) незаконное пересечение Государственной границы; 2) наличие оснований для получения политического убежища.

Под незаконным пересечением Государственной границы понимается пересечение границы вне установленных мест и без надлежащего разрешения. Согласно ст.9 Закона РФ от 01.04.1993 №4730-1 (ред. от 08.12.2011) «О Государственной границе Российской Федерации»³, пересечение Государственной границы на суше лицами и транспортными средствами осуществляется на путях международного

¹ Куприянов Ф. Оперативный эксперимент или все-таки провокация? http://www.kupriyanov.org/rus/sales_department/page141.html

² См.: Российское уголовное право. Особенная часть: в 2 т. / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Рарога. – Т.2. – М., 2006. – С.583.

³ Российская газета. 1993. 4 мая.

железнодорожного, автомобильного сообщения либо в иных местах, определяемых международными договорами Российской Федерации или решениями Правительства Российской Федерации.

Пропуск через Государственную границу производится в установленных пунктах пропуска через Государственную границу и заключается в признании законности пересечения лицами Государственной границы.

Основанием для пропуска через Государственную границу лиц является наличие действительных документов на право въезда лиц в Российскую Федерацию. Согласно п.2 ст.6 ФЗ от 15.08.1996 №114-ФЗ (ред. от 06.12.2011) «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»¹, иностранные граждане или лица без гражданства обязаны при въезде в Российскую Федерацию и выезде из Российской Федерации предъявить действительные документы, удостоверяющие их личность и признаваемые Российской Федерацией в этом качестве, и визу, если иное не предусмотрено ФЗ, международными договорами Российской Федерации или указами Президента Российской Федерации. Таким образом, пересечение Государственной границы РФ без соблюдения вышеуказанных требований, признается незаконным, влечет уголовную ответственность по статье 322 УК РФ.

Что касается правовых оснований для получения политического убежища в Российской Федерации, то они, в первую очередь, закреплены в Конституции Российской Федерации.

Частью 1 ст.17 Конституцией Российской Федерации определено, что в Российской Федерации гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Согласно ч.1 ст.63 Конституции РФ, Российская Федерация предоставляет политическое убежище иностранным гражданам и лицам без гражданства в соответствии с общепризнанными нормами международного права.

Названным конституционным положениям корреспондирует статья 14 Всеобщей декларации прав человека, провозглашающая право каждого искать убежище от преследования в других странах и пользоваться этим убежищем и устанавливающая, что это право не может быть использовано в случае преследования, в действительности основанного на совершении не политического преступления или деяния, противоречащего целям и принципам Организации Объединенных Наций.

Право убежища закреплено также в Конвенции о статусе беженцев (1951 год) и Протоколе, касающемся статуса беженцев (1967 год), являющихся в силу ч.4 ст.15 Конституции Российской Федерации составной частью российской правовой системы. Право убежища – право, признаваемое мировым сообществом за человеком², на поиск убежища от преследования, а также право государств предоставлять убежище на своей территории³

Согласно п. 1. Положения о порядке предоставления Российской Федерацией политического убежища⁴, политическое убежище предоставляется Российской Федерацией иностранным гражданам и лицам без гражданства (далее именуется -

¹ Российская газета. 1996. 22 августа.

² Конституционное право России: учеб. / Постников А.Е. и др. – М.: Проспект, 2009. – С. 145.

³ Куркин Б.А. Международное право: Учебное пособие. – М.: МГИУ, 2008. – С. 107.

⁴ Указ Президента РФ от 21.07.1997 №746 (ред. от 27.07.2007) «Об утверждении Положения о порядке предоставления Российской Федерацией политического убежища» // Российская газета. 1997. 29 июля.

лица) с учетом государственных интересов Российской Федерации на основании общепризнанных принципов и норм международного права в соответствии с Конституцией Российской Федерации и настоящим Положением.

Российская Федерация предоставляет политическое убежище лицам, ищущим убежище и защиту от преследования или реальной угрозы стать жертвой преследования в стране своей гражданской принадлежности или в стране своего обычного местожительства за общественно-политическую деятельность и убеждения, которые не противоречат демократическим принципам, признанным мировым сообществом, нормам международного права. При этом принимается во внимание, что преследование направлено непосредственно против лица, обратившегося с ходатайством о предоставлении политического убежища.

Однако не все лица могут реализовать право на политическое убежище. Политическое убежище иностранным гражданам и лицам без гражданства Российской Федерации не предоставляется: не если они преследуются за действия (бездействие), признаваемые в Российской Федерации преступлением, или виновно в совершении действий, противоречащих целям и принципам Организации Объединенных Наций; если они привлечены в качестве обвиняемых по уголовному делу, либо в отношении них имеется вступивший в законную силу и подлежащий исполнению обвинительный приговор суда на территории РФ; если они прибыли из третьей страны, где им не грозило преследование; если они прибыли из страны с развитыми и устоявшимися демократическими институтами в области защиты прав человека; если они представили заведомо ложные сведения; если они имеют гражданство третьей страны, где оно не преследуется; если они не могут или не желают вернуться в страну своей гражданской принадлежности или страну своего обычного местожительства по экономическим причинам, либо вследствие голода, эпидемии или чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера¹. Лицо, получившее политическое убежище получает статус беженца, на него распространяются экономические, социальные и правовые гарантии защиты прав и законных интересов беженцев в соответствии с Конституцией Российской Федерации, общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации.

Таким образом, правовая природа примечания к ст.322 УК РФ заключается в освобождении от уголовной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства, незаконно пересекших Государственную границу, если это было сделано в целях получения политического убежища на территории Российской Федерации. Правовой основой для предоставления политического убежища является Конституция РФ и целый ряд законов и подзаконных актов.

*Каримова Г.Ю. кандидат юридических наук,
Уфимский юридический институт МВД России,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Общесоциальные меры предупреждения преступлений, причиняющих вред здоровью, совершаемых несовершеннолетними из хулиганских побуждений

¹ См.: Ст.5 Положения о порядке предоставления политического убежища в Российской Федерации, утвержденного указом Президента РФ от 21 июля 1997 г. // Российская газета. 1997. 29 июля.

В настоящее время в области борьбы с преступностью важное значение имеет предупредительная деятельность, направленная на выявление и устранение факторов, способствующих аморальному или противоправному поведению несовершеннолетних.

Исследуя особенности преступности несовершеннолетних, Г.М. Миньковский отмечал, что успех борьбы с преступностью несовершеннолетних, как и с преступностью вообще, во многом зависит от обеспечения глубокого научного и научно-практического изучения состояния, динамики, причин преступности среди несовершеннолетних и повседневного использования результатов этого изучения на практике работы всех органов и организаций, имеющих задачей борьбу с безнадзорностью и правонарушениями подростков и предупреждение этих явлений¹.

В криминологии наряду с понятием «предупреждение преступности» используются термины «пресечение преступности», «борьба с преступностью» и «профилактика преступности», которые зачастую используются как синонимы. Отличительная особенность этих терминов определяется различными стадиями процесса предупреждения преступлений.

По мнению исследователей, следует различать профилактику (выявление и устранение причин и условий преступлений), предупреждение (установление лиц, которые стараются совершить преступление, и принятие к ним определенных мер с целью недопущения реализации их замыслов) и пресечение преступлений (выявление лиц, которые готовятся совершить преступление, и принятие к ним мер с целью недопущения перерастания подготовительных действий в покушение и оконченное преступление)².

Меры предупреждения преступлений против здоровья, совершаемых несовершеннолетними из хулиганских побуждений, целесообразно классифицировать на следующие группы: общесоциальные и специально-криминологические, в рамках которых выделяются личностные и виктимологические.

На общесоциальном уровне предупреждение преступлений предполагает осуществление экономических, политических, социальных, правовых и иных мероприятий, способствующих недопущению совершения преступлений против здоровья, совершаемых несовершеннолетними из хулиганских побуждений. Проводимые мероприятия или принимаемые меры направлены на устранение причин и условий (факторов) преступности в целом.

Общее предупреждение преступлений имеет в своей основе организационные, правовые и иные меры, способствующие выявлению процессов, обстоятельств и ситуаций различного характера, которые непосредственно обуславливают или облегчают возможность совершения преступлений, с целью их устранения либо нейтрализации. Под общесоциальным предупреждением понимается вся социально позитивная деятельность общества и государства (политическая, экономическая, нравственная и др.), создающая основу для сокращения негативных и антиобщественных проявлений в обществе³.

Предупреждение преступлений несовершеннолетних обеспечивается на основе: 1) точной криминологической диагностики личности и среды; 2) одновременного принятия мер как в отношении среды, так и личности; 3) принятия комплекса мер,

¹ Миньковский Г.М. Некоторые вопросы изучения преступности несовершеннолетних // В сб. Предупреждение преступности несовершеннолетних. – М., 1965. – С. 25.

² См.: Лекарь А.Г. Профилактика преступлений. – М., 1972. – С. 3–4.

обеспечивающих как наказание виновных, так и оказание необходимой социальной помощи нуждающимся в ней лицам; 4) длящегося интенсивного воздействия на криминогенную среду и личность при обеспечении преемственности принимаемых мер; 5) широкого привлечения населения к делу борьбы с преступностью несовершеннолетних; 6) координации усилий различных государственных органов, общественности и граждан; 7) высокой нравственной и правовой культуры соответствующего воздействия – строгого соблюдения норм морали и права – и одновременно использования всех имеющихся возможностей; 8) научно обоснованного определения потребностей в средствах экономического, социального, правового, идейно-воспитательного характера и максимального использования имеющихся возможностей⁴.

В процессе проведенного исследования перед экспертами⁵ был поставлен вопрос, с помощью каких общесоциальных мер, на их взгляд, можно предупредить совершение несовершеннолетними преступлений против здоровья из хулиганских побуждений? Их обобщенные результаты свидетельствуют о целесообразности комплексного решения существующих проблем социально-экономического характера, относящихся к несовершеннолетним. В их числе называется разработка общегосударственных и региональных программ по оказанию содействия несовершеннолетним в бытовом и трудовом устройстве (73,7 %).

Позитивное развитие общества, совершенствование его экономических, политических, социальных и иных институтов, устранение из жизни кризисных явлений и диспропорций, питающих преступность, объективно способствуют её предупреждению.

Отдельным направлением является разработка и реализация программ по оказанию помощи несовершеннолетним, злоупотребляющим наркотическими средствами или психотропными веществами, алкоголем 68,4 %. Такая деятельность должна осуществляться на самых ранних этапах становления и формирования личности, начиная с младших классов школьного образования и последующих этапах. Это не только правовая, но и медицинская, психологическая проблема, решение которой требует познаний в различных областях.

Учитывая рецидив лиц, ранее совершивших преступление, актуальным является разработка и реализация программ поддержки лиц, освободившихся из мест лишения свободы и нуждающихся в социальном и бытовом устройстве (38,6%). Положительным фактором является проведение массовых акций для подростков и молодежи, приуроченных к определенным датам (например, «День борьбы с наркоманией», «СПИД – чума XXI века»), конкурсы плакатов, театрализованные представления в образовательных учреждениях (32,3 %). Такие меры направлены на обеспечение безопасности развития подрастающего поколения.

В Толковом словаре живого великорусского языка В.И. Даля безопасность определяется как «отсутствие опасности, сохранность, надёжность»⁶. В словаре С.И. Ожегова безопасность трактуется как «состояние, при котором не угрожает

³ См.: Предупреждение преступлений и административных правонарушений органами внутренних дел: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Юриспруденция» и «Правоохранительная деятельность» / под ред. В.Я. Кикотя, С.Я. Лебедева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2009. – С. 52.

⁴ См.: Долгова А. И. Социально-психологические аспекты преступности несовершеннолетних. – М., 1981. – С. 132.

⁵ Под экспертами в данной статье следует понимать сотрудников ОВД, судей, прокуроров Республики Башкортостан, Челябинской области, Оренбургской области.

опасность, есть защита от опасности»⁷. К числу стратегических мер предупредительного характера следует отнести повышение качества учебного процесса в средних, средне-специальных и высших учебных заведениях и систематическое проведение воспитательных бесед с привлечением психологов, инспекторов по делам несовершеннолетних и других работников правоохранительных органов, работников медицинских учреждений, общественных и детских организаций и СМИ (76,8 %).

Самостоятельно выделяются такие общесоциальные меры предупреждения совершения несовершеннолетними рассматриваемых преступлений, как улучшение материального уровня семей, имеющих несовершеннолетних детей, защита малоимущих семей, гарантированность получения ими работы (58,2 %), улучшение материального обеспечения детского и молодежного спорта, творчества, ремесленничества, досуга (20,6 %), поддержка и развитие целевых молодежных программ, в том числе по обучению и трудоустройству (45,1 %).

Цель государственной семейной политики заключается в обеспечении государством необходимых условий для реализации семьей ее функций и повышении качества жизни семьи. К числу мер общесоциальной профилактики рассматриваемых преступлений следует отнести разработку адекватных справедливых мер реагирования государства на противоправные действия граждан (81,2 %). Противодействию правовому нигилизму способствует пропаганда правовых знаний, проблемы социальной защиты детей и укрепления семьи (34,7 %). Иные общесоциальные меры составили 13,7 %.

*Касьяненко М.А. кандидат юридических наук,
Кисловодский гуманитарно-технический институт,
Роцин А.С.,
Прокуратура Советского района г. Ростов-на-Дону*

О некоторых криминологических особенностях личности преступника совершившего преступление на почве ксенофобии

В настоящее время не нужно доказывать, что положительных результатов в сдерживании преступности можно достичь не только с помощью рациональной социальной политики, но и оказывая воздействие на личность преступника. Как указывают специалисты, в нынешних условиях развития нашей страны, второй аспект может оказаться экономически менее затратным, и в то же время достаточно продуктивным. Так, В.Н. Кудрявцев отмечает, что основной задачей правовой науки является разработка проблемы личности правонарушителя и методик прогнозирования индивидуального поведения, чтобы найти оптимальные формы профилактики, сочетающие в себе меры государственного принуждения и воспитания¹.

Учитывая реалии современной действительности, когда национально-этнические и религиозные конфликты и связанные с ними террористические акты и экстремистские проявления возрастают с каждым в год в геометрической прогрессии, ведут также к искусственному всплеску ксенофобских и националистиче-

⁶ Даль В. И. Словарь живого великорусского языка. – М., 1989. – Т. 1. – С. 67.

¹ Криминология — XX век / Под ред. В.Н.Бурлакова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – С.54.

ских настроений. По сути такая ситуация не случайна и обусловлена она целым комплексом причин. К тому же, по мнению экспертов, в ближайшие несколько лет будет только усиливаться, и проявляться во вне в виде этнонационализма, шовинизма, где не последнее место будет отводиться ксенофобским идеям.

Анализ статистических данных указывает, что последние несколько лет ксенофобия в России держится на стабильно высоком уровне, ксенофобские призывы поддерживают 55-60% опрошенных социологами российских граждан¹.

Экстремистские организации националистического толка используют все возможности, чтобы привлечь в свои ряды как можно больше молодежи и подростков, давая возможность при этом им развлечься, чем-то заполнить свое свободное время. Например, «Русское национальное единство» (РНЕ), помимо обычных способов вербовки, стремится привлекать молодежь и подростков, в том числе и возможностью бесплатных занятий в своих спортивных секциях и клубах. Молодежь, помимо спортивных навыков, получает мощную идеологическую обработку в духе крайнего национализма².

Можно предположить, что если раньше силовое поддержание идейного единства граждан и демонстрация национального, религиозного или идейного превосходства были посильны только лидерам государств, за которыми стояла мощь их стран, то современные технологии (оружие, связь, средства массовой информации) позволяют делать это отдельным группам людей или даже отдельным лицам, благодаря чему и появились современные формы ксенофобии во вне выражающейся чаще всего в виде активного поведения образующего преступные деяния экстремистской и террористической направленности. Например, по данным исследователей, только уровень уличного насилия со стороны представителей скинхедских группировок постоянно растет, а сами эти преступления становятся все более дерзкими. Если раньше убивали в подворотне, или темной улице, то теперь убийства совершаются в центре города, в людных местах, в метро, в дневное время³.

По данным экспертов, в России 10 тыс. скинхедов, а по данным журналистов, в одной только Москве их 25 тыс. Разброс оценок связан, прежде всего, с высокой мобильностью молодых неформалов и политической ангажированностью темы экстремизма. Мотивированное расовой ненавистью насилие в России связывают, в основном, с действиями скинхедов⁴.

Все экстремистские действия, в том числе в наиболее опасном своем проявлении в виде терроризма имеют ярко выраженную идеологическую составляющую, именно это отличает их от обычных преступных действий, например ради наживы. Безусловно, как справедливо отмечает Ю.М. Антонян, среди участников террористических актов есть и такие, кто занимается этой деятельностью за плату, преследуя цели материального обогащения, но они не являются главными действующими лицами и не составляют большинство. Сами террористические акты

¹ Сиоридзе А.Т. Групповой молодежный экстремизм (криминологическое исследование): Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 6.

² Сундиев И. Ю. Террористическое вторжение: криминологические и социально-политические аспекты проблемы: Монография. – М.: ВНИИ МВД России, 2008. – С.66.

³ Сиоридзе А.Т. Указанная работа. – С. 6.

⁴ Сундиев И.Ю. Указанная работа. – С.67.

осуществляются ради какой-то идеи, провозглашаются актами борьбы за какие-то идеалы¹.

На наш взгляд понять особенности тенденций к национальной ненависти различного характера ксенофобского толка и как специфические ее проявления в виде, например, фашизма, различного рода этнофобий, национального экстремизма и иных извращенных проявлений национального характера, лиц проживающих в едином геоисторическом пространстве, возможно через изучение особенностей этнического самосознания личности и прежде всего молодежи, как наиболее сензитивной к традициям и новому влиянию части этноса.

Именно сегодняшние тенденции глобализации, с одной стороны обеспечившие процессы унификации культур, с другой способствовали усилению деструктивных воздействий и влияний на этническую идентичность индивидуума. Так, нередко этнический статус выступает в качестве катализатора межэтнических отношений, в определенном контексте положительно либо отрицательно влияя на характер отношений с иноэтничными этносами. Из этого следует то, что в определенных ситуациях, обусловленных совокупностью как внешних, так и внутренних факторов в этническом самосознании может проявляться так называемый конфликтный потенциал, который вовне может, проявляться посредством противоправных (преступных) действий.

В свою очередь этническая напряженность приводит к этническому авторитаризму и психологической этнической замкнутости, вследствие чего возникают тенденции межэтнической экспрессивности и межэтнической стигматизации². Указанные обстоятельства отражаются в свою очередь на своеобразии преступного поведения. В частности факторы внешней среды (причины и условия), «дополняются» совокупностью внутренних факторов субъективного свойства (мотивы, цели и форма вины). Детерминанты внешней среды становятся побуждающими силами поведения, только преломившись в сознании личности. Для более четкого установления и понимания психологического содержания необходимо вскрыть внутренние пружины, которые привели в действие конкретную личность. При проведении оперативно-розыскной деятельности, предварительном расследовании и судебном рассмотрении уголовных дел оперативный сотрудник, следователь и судья постоянно сталкиваются с этими вопросами и обязаны установить, какова была форма вины, мотивы и цели совершенного конкретного преступления³.

Если исходить из позиции что при анализе преступности, обнаруживается ее тесная связь с рядом явлений, которые рассматриваются как антисоциальные, негативные социальные, фоновые. К таким явлениям, традиционно в криминологии относят пьянство и алкоголизм, наркоманию и проституцию⁴.

К таким асоциальным явлениям на наш взгляд можно отнести ксенофобские проявления несущие в себе определенный криминогенный потенциал, так называемого фонового свойства. Страх инакости является обязательной

¹ Этнорелигиозный терроризм / Под ред. Ю.М. Антояна. – М.: Аспект Пресс, 2006. – С.14.

² Арутюнов Л.С., Касьяненко М.А. Профилактика асоциальных проявлений этнического характера в молодежной среде // Вопросы ювенальной юстиции. – 2007. -№5. – С.19.

³ Чуфаровский Ю. В. Психология оперативно-розыскной и следственной деятельности: учеб. пособие. – М.: Проспект, ТК Велби, 2006. – С.31.

⁴ Криминология: Учебник для вузов / под ред. проф. В.Д. Малкова – 27е изд., перераб. и доп. – М.: Юстицинформ, 2006. – С. 499.

составляющей эмоциональной сферы и параноидной, и нарциссической личности, так как включает и ощущение враждебности окружающего мира, характерное для параноидного радикала, и ощущение собственного превосходства-ущербности, обостряющегося в сравнении с кем-то иным, отличным. Безусловно, не всякая ксенофобическая личность будет осуществлять экстремистско-террористическую деятельность, но личности террориста и экстремиста обязательно будут присущи особенности, характерные для ксенофобии¹.

Большинство исследователей данного вопроса, склоняются к тому, что обобщенной характеристике, ксенофобической личности должны быть присущи следующие особенности: повышенная тревожность и повышенную агрессивность и обостренное восприятие личностных особенностей, как своих собственных, так и других людей, что будет проявляться в неадекватной самооценке (заниженной либо компенсаторно-завышенной) и противоречивой оценке других². При этом агрессия будет носить ненаправленный либо переадресованный характер (направлена не на конкретных лиц, а на некий присущий им признак, например национальность, либо на случайных людей либо применяется для привлечения внимания третьих лиц).

*Кинжибаев Д.Р.,
ООО «Юг-наладка»*

Положение о мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия от 14 августа 1881 г.: место и роль в истории отечественного права

Активизация политического терроризма в России в конце 70-х гг. XIX в. вызвала ответную реакцию правительственных кругов, что нашло выражение в пересмотре ряда норм в сфере борьбы с преступлениями против государственного порядка и общественного спокойствия. Произошло сужение компетенции суда присяжных, расширение сферы деятельности военных судов и реорганизация карательных органов. Однако принятые меры не покончили с антиправительственной, в том числе и террористической деятельностью. После убийства Александра II 1 марта 1881 г. выявилась необходимость поиска более эффективных средств по защите государственных интересов. 14 августа 1881 г. был принят один из важных актов в истории дореволюционного права – «Положение о мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия» (далее – «Положение»)³. В Указе от 4 сентября 1881 г. отмечалось, что убийство Александра II «обнаружило непреложную необходимость предоставить властям, поставленным на страже общественного порядка, особые полномочия». Была признана неэффективность действовавшего законодательства и целесообразность издания особого «Положения», в котором были бы более точно определены пределы полномочий должностных лиц и сущность обязанностей, возложенных на население исключительными об-

¹ Ениколопов С.Н., Мешкова Н.В. Психологические аспекты «преступлений ненависти» // Психологический журнал. – 2010. - №1. – С. 116.

² Юрасова Е.Н. Психологические особенности лиц, склонных к экстремизму, терроризму и ксенофобии // Уголовный процесс. – 2009. - №10. – С.32.

³ Полное собрание законов Российской империи. Собрание третье (далее ПСЗ РИ 3-е). Т. I. Со дня восшествия на престол государя императора Александра Александровича по 31.12.81 г. – СПб., 1885. – № 350.

стоятельствами¹.

С введением «Положения» прекратили действие многие временные законы и правительственные распоряжения, принятые в последнее десятилетие правления Александра II. Они были перечислены в другом Указе от 4 сентября, явившимся вследствие этого по сути сборником чрезвычайных норм².

Первое, что закрепляло «Положение», – сосредоточение в руках министра внутренних дел высшее направление действий по охране государственного порядка и общественного спокойствия, для чего было обращено внимание на обязательность исполнения всеми местными начальниками его требований по предмету ведения и на его право отмены распоряжений подчинённого начальства. Этим был закреплён принцип единства в деятельности по поддержанию порядка.

Основа «Положения» – право объявлять в местностях, где преступная деятельность против государственного порядка и общественной безопасности приняла угрожающий характер, исключительное положение. Это означало как расширение пределов государственной деятельности по охране порядка и безопасности, так и усиление ответственности частных лиц и представителей власти за неисполнение возложенных при исключительном положении обязанностей. Исключительное положение подразумевало две степени мер:

- усиленная охрана, когда общественное спокойствие в какой-либо местности нарушено преступными посягательствами против государственного строя или безопасности частных лиц и их имуществ или подготовкой таковых, а применение действующих законов окажется недостаточным;

- чрезвычайная охрана, когда посягательства приведут население «в тревожное настроение», вызывающее необходимость принятия для восстановления порядка исключительных мер. Срок действия первой меры устанавливался в 1 год, второй – 6 месяцев.

Положению усиленной охраны был отведен раздел II, в котором указывалось, что права и обязанности по охране государственного порядка и общественной безопасности возлагаются на постоянных и временных генерал-губернаторов, а в губерниях им неподведомственных – на губернаторов и градоначальников. Этим лицам было предоставлено право, например, издавать обязательные постановления по предметам, относящимся к предупреждению нарушения порядка и безопасности и устанавливать за их нарушения взыскания, запрещать общественные и частные собрания и пребывание в объявленных в положении усиленной охраны местностях отдельных личностей, и т.п. Генерал-губернаторы, а в губерниях им неподчинённых министр внутренних дел также могли в случае необходимости передавать в военный суд дела о преступлениях, которые предусматривались общими уголовными законами для рассмотрения их по законам военного времени, требовать рассмотрения при закрытых дверях всех дел, публичность которых может послужить поводом к «возбуждению умов» и нарушению порядка. Кроме сказанного, в разделе также закреплялась ответственность за вооружённое сопротивление властям или нападение на должностных лиц, чинов войска и полиции и отмечалось, что дела о государственных преступлениях всегда должны рассматриваться при закрытых дверях. Уделялось внимание и правам местных начальников полиции, начальников жандармских управлений и их помощников. Так, они могли

¹ Там же. – № 382.

² Там же. – № 383.

делать распоряжения о предварительном задержании лиц, внушающих подозрение в совершении государственных преступлений или в прикосновенности к ним, а равно в принадлежности к противозаконным сообществам (не более 2 недель), о производстве в любое время обысков во всех без исключения помещениях и наложении ареста на всякое имущество. В заключение закреплялась ответственность административных лиц за бездействие при исполнении обязанностей по охране порядка и спокойствия: размер взысканий мог быть по приговору суда повышен по сравнению с их высшей мерой на одну и даже две степени.

Третий раздел был посвящён правилам чрезвычайной охраны. Кроме того, что все статьи об усиленной охране сохраняли свою силу, раздел имел свои особенности. Так, в нём отмечалось, что генерал-губернаторам могут присваиваться права главноначальствующих (при отсутствии генерал-губернатора назначается отдельное лицо), а если необходимо и права главнокомандующего армией в военное время. Главноначальствующим, независимо от II раздела, было предоставлено право, например, подчинять некоторые из вверенных местностей назначенным лицам, учреждать для содействия полиции особые военно-полицейские команды, изымать из общей подсудности дела об известного рода преступлениях и проступках с передачей их военному суду или с подчинением административному разрешению, подвергать в административном порядке лиц к заключению в тюрьме или крепости на 3 месяца, аресту на тот же срок или денежному штрафу до 3000 руб. за нарушение обязательных постановлений, разрешать экстренные, приостанавливать и закрывать очередные собрания сословных, городских и земских учреждений и т.п.

Одновременно с объявлением в какой-либо местности одного из видов исключительного положения, в смежных областях или «даже во всех остальных местностях Государства», по особым указаниям, могли быть введены правила, которые нашли упоминание в IV разделе «Положения»:

- местным начальникам полиции, а также начальникам жандармских управлений и их помощникам разрешалось подвергать лиц, подозреваемых в совершении государственных преступлений или в прикосновенности к ним, равно как и в принадлежности к противозаконным сообществам, предварительному аресту на срок не более 7 дней и производить у них обыски и выемки;

- министру внутренних дел по соглашению с министром юстиции предоставлялось право за государственные преступления, а также за вооружённое сопротивление властям, от правительства установленным, или нападение на чинов войска и полиции и т.д. передавать военному суду лиц гражданского ведомства для рассмотрения дел по законам военного времени.

Заключительный V раздел был посвящён административной высылке, одной из часто практикуемой при исключительном положении меры. Для безвыездного пребывания в высылке устанавливался срок от одного года до пяти лет.

Этим «Положение» заканчивалось. Объявление в ряде территорий исключительного положения последовало незамедлительно. Так, 4 сентября в состоянии усиленной охраны объявлялись Санкт-Петербургская, Московская, Харьковская и Полтавская губернии, Симферопольский, Ялтинский и Перекопский уезды и целый ряд других местностей империи. На все остальные распространялись нормы,

содержащиеся в IV разделе «Положения»¹. В последующие годы положение усиленной охраны как продлевалось, так и распространялось на новые территории, как это произошло с местностями, подчинёнными кронштадтскому военному губернатору, или с городом Нижним Новгородом и уездами Нижегородским, Семёновским, Горбатовским².

В целом, необходимо отметить преемственность политики Александра III, более последовательно построившего деятельность в области защиты государственного порядка после своего предшественника. «Положение» систематизировало репрессивные меры и расширило полномочия государственных структур. Став частью правового механизма России, оно надолго заняло одно из главенствующих мест в области охраны государственного строя.

*Киселёв П.П.,
Институт права Башкирского государственного университета,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Государственное и адвокатское уголовное расследование: сравнительный анализ

Каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе и в форме адвокатского расследования, категоризация которого предполагает его сравнительный анализ с расследованием, осуществляемым уполномоченными государственными органами (их должностными лицами).

Анализ действующего адвокатского и уголовно-процессуального права, позволяет резюмировать, что среди общих признаков уголовно-правового доказывания в форме собирания и представления доказательств, то есть расследования, выделяются следующие:

- расследование всегда направлено на установление наличия или отсутствие неизвестных ранее обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, либо для защиты отдельной личности в уголовном процессе;

- расследование во всех случаях связано с собиранием сведений об иных, кроме самого субъекта доказывания, лицах (потерпевших, обвиняемых, свидетелях) и о событиях, в отношении которых данный субъект не выступает ни очевидцем, ни участником;

- в случае процессуального расследования, оно осуществляется в отсутствие обстоятельств, исключающих участие в производстве по уголовному делу (в противном случае, субъект доказывания подлежит отводу согласно статье 61 УПК РФ);

- в процессе расследования его субъект всегда собирает непосредственно доказательства, а не просто сведения об обстоятельствах, подлежащих доказыванию;

- расследование осуществляется на основе профессионализма (квалификации) лица, его производящего, в том числе в силу требований статьи 48 Конститу-

¹ Там же. – № 382.

² См., например, Собрание узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате. Второе полугодие 1882 года. – СПб., 1882. – № 434, 621; ПСЗ РИ 3-е. Т. IV. 1884 год. – СПб., 1887. – № 2337; ПСЗ РИ 3-е. Т. V. 1885 год. – СПб., 1887. – № 2873, 3060; ПСЗ РИ 3-е. Т. VIII. 1888 год. – СПб., 1890. – № 5365.

ции РФ, гарантирующей квалифицированность юридической помощи, право на получение которой имеет любая вовлечённая в сферу уголовно-правовой деятельности государства личность;

- расследование предполагает процессуальную и профессиональную самостоятельность и независимость его субъекта, что связано, главным образом, с определяемым законом его формально-юридическим статусом как правомочного участника доказывания;

- профессиональное расследование, как правило, исключает личную (непрофессиональную) заинтересованность, то есть представляет собой именно официальную деятельность следователя (дознавателя), суда и адвоката.

Как видно, процессуальный статус непрофессиональных участников уголовного судопроизводства (свидетелей, обвиняемых и т.д.) не характеризуется ни одним из сформулированных выше общих признаков расследования.

Следовательно, все нормативные отступления от указанных признаков, позволяющие потерпевшим и иным лицам обсуждаемой категории, самостоятельно собирать уголовные процессуально допустимые доказательства, то есть осуществлять собственное расследование, искажают конституционный принцип защиты личности в уголовном процессе, заключающийся в предоставлении всем нуждающимся не любой, а именно квалифицированной юридической помощи для полноценного осуществления человеком своих прав, необходимых для защиты его законных интересов.

На первый взгляд, предлагаемая позиция может показаться противоречащей логике состязательного процесса. Однако это не так, поскольку, абсолютизация равноправия в процессе доказывания по уголовному делу неизбежно приведёт к дестабилизации судопроизводства, в чём в равной степени не заинтересованы ни лица, потерпевшие от преступлений, ни нуждающиеся в защите от уголовного преследования и связанных с ним злоупотреблений со стороны обвинительной власти.

Представляется, что именно по этой причине власть намеренно ограничивает круг субъектов собирания доказательств, ограждая, тем самым, всех участников уголовного процесса от некомпетентности доказывания и связанных с ней возможных негативных последствий в виде нарушений прав личности, какой бы процессуальный статус она не имела. В случае, если по вине потерпевшего, гражданского истца или ответчика, по какой-либо причине собравших не соответствующие действительности доказательства, будет необоснованно подвергнуто наказанию не причастное к преступлению лицо, то инициатор такого доказывания рискует сам предстать перед уголовным правосудием.

Чем больше объём прав, тем больше обязанностей и строже ответственность за их неисполнение. Не случайно Российский уголовный закон предусматривает целый ряд преступлений против правосудия: привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (статья 299 УК РФ); незаконное освобождение от уголовной ответственности (статья 300 УК РФ); принуждение к даче показаний (статья 302 УК РФ); фальсификация доказательств (статья 303 УК РФ); вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта (статья 305 УК РФ) и т.д.

Именно в силу неравенства возложенных на стороны обязанностей, по мнению В.А. Лазаревой, невозможно и абсолютное равенство их прав.¹ Государственные органы и их должностные лица, реализуя свои властные полномочия в области доказывания, одновременно с этим, принимают на себя всю полноту ответственности за возможные последствия такой деятельности, обязательным условием которой является соблюдение гарантированных Конституцией РФ прав и свобод участников уголовного процесса, что является неременной обязанностью государства.

Изложенными мотивами, полагаем, руководствовался и законодатель, конструируя статью 244 УПК РФ, в которой под равенством прав сторон предусмотрен комплекс правомочий, предоставляемый на равных условиях, в том числе в области доказывания, включающий в этом контексте лишь право на представление доказательств, речи же об их собирании, как о доступной для всех процессуальной возможности, речи не ведётся.

Исходя из приоритетности задачи по защите прав личности в уголовном процессе, в том числе нуждающейся в этом в связи с вовлечением её в процесс доказывания, в случае необходимости разрешения противоречий между различными правовыми нормами или актами, одни из которых признают за непрофессиональными участниками уголовного процесса право осуществлять самостоятельное расследование, а другие нет, исходить следует из того, какой из них предусматривает не только больший объем прав и свобод граждан, но и устанавливает более широкие их гарантии. То есть, руководствоваться следует соображениями наибольшей защищённости интересов личности вне зависимости от её формального положения, включая не только подозреваемых (обвиняемых), но и потерпевших и иных лиц. Этот принцип разрешения правовых коллизий введён Конституционным Судом РФ² и должен восприниматься через свойственную этому органу судебной власти призму расширительного толкования закона, исходя, исключительно из интересов личности, какой бы процессуальный статус она не имела.

Все участники уголовно-правового спора нуждаются в защите: одни от несправедливого осуждения, другие от возможных злоупотреблений или ошибок, способных причинить им самим реальный правовой ущерб, в связи с чем, устанавливая ограничения на участие в процессе доказывания для некоторых из них, законодатель руководствовался необходимостью установления более широких гарантий прав и интересов личности, что согласуется с правовой позицией Конституционного Суда РФ³.

Необходимо зафиксировать изложенные рассуждения в категоричном выводе о том, что потерпевшие, обвиняемые, подозреваемые, гражданские истцы и ответчики, а также свидетели не являются субъектами самостоятельного расследования, а их возможности в получении определённой информации ограничены условием её персонифицированного характера, то есть собираемые указанными лицами сведения всегда должны касаться их самих.

¹ Лазарева В.А. Защита прав личности в уголовном процессе России: учебное пособие для магистров / В.А. Лазарева, В.В. Иванов, А.К. Утарбаев. – М.: Юрайт, 2011. – Серия: Магистр. – С. 111.

² Определение Конституционного Суда РФ № 439-О от 8.11.2005 года «По жалобе граждан С.В. Бородин, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

³ Определение Конституционного Суда РФ № 439-О от 8.11.2005 года.

Компенсировать неравенство участников судопроизводства в правах, необходимых для защиты ими своих процессуальных интересов, в том числе с помощью собирания и представления доказательств, призвана конституционная гарантия на квалифицированную юридическую помощь в форме адвокатского расследования, получить которую может каждый, кому она необходима.

Выявление отличительных признаков предварительного и параллельного ему – адвокатского расследования связано с правовой позицией Конституционного Суда РФ, выраженной в пункте № 4 его Определения № 128-О от 6 июля 2000 года, исходя из смысла которого юридическая помощь по уголовному делу (а значит и форма такой помощи – адвокатское расследование) не ограничена процессуальными и временными рамками участия адвоката в производстве расследования и судебного разбирательства¹.

Сказанное никак нельзя признать в качестве общего признака расследования, которое, в случае его осуществления органами уголовного преследования (предварительное расследование), принципиально ограничено и временными и процессуальными рамками. Так, процессуальные, в том числе следственные, действия допустимы лишь при производстве по уголовному делу², то есть в рамках уголовного процесса, начало которого отмечено моментом возбуждения уголовного дела³, а окончание – либо его прекращением в порядке Главы 29 УПК РФ, либо направлением с обвинительным заключением прокурору в соответствии с процедурой, регламентированной Главой 30 УПК РФ. После приостановления предварительного следствия производство следственных действий не допускается⁴. В развитие этого вопроса и в целях более глубокого осмысления сущности и особенностей адвокатского расследования в контексте защиты конституционных прав личности целесообразно предпринять попытку его отграничения от государственного расследования и по другим признакам, суть которых заключается в следующем:

1) Как уже было сказано, предварительное расследование, в отличие от адвокатского, осуществляется лишь в правовом поле, устанавливаемом рамками уголовного процесса, вне которых следователь (дознатель, прокурор) не вправе собирать доказательства. Полномочия по собиранию доказательств возникают у названных лиц только после возбуждения уголовного дела и прекращаются сразу по завершении его предварительного расследования. Следовательно, права и интересы человека, подвергаемые ограничению в ходе досудебного производства, вне его пределов сохраняют неприкосновенность для органов обвинительной власти.

2) Результаты следственных действий в рамках предварительного расследования в силу положений глав 22-27 УПК РФ подлежат обязательному приобщению к уголовному делу. Указанные процессуальные нормы не содержат положений, позволяющих говорить о праве представления обвинительных доказательств по усмотрению субъектов предварительного расследования, которые обязаны при-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О «По жалобе гражданина Паршуткина В.В. на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом 1 части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения Об адвокатуре РСФСР».

² Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (часть 1 статьи 73).

³ Согласно части 1 ст. 156 УПК РФ, предварительное расследование начинается с момента возбуждения уголовного дела, о чём следователь, дознаватель, орган дознания выносит соответствующее постановление.

⁴ Часть 3 статьи 209 Уголовно-процессуального кодекса РФ.

общать к уголовному делу все полученные ими сведения, поскольку каждое из их процессуальных действий и решений должно быть открыто для обжалования в установленном порядке.

В отсутствие в материалах дела хотя бы одного документа, отражающего имевшее место действие или решение следователя (дознателя) лишает заинтересованных лиц права их обжалования, затрудняет доступ к правосудию, лишает личность права на защиту в его широком понимании.

В свою очередь, правомочия адвоката по собиранию и представлению доказательств могут быть использованы по его усмотрению либо в тандеме, либо автономно в зависимости от выбранной стратегии и воли доверителя. То есть, адвокат не обязан представлять органам предварительного расследования и суду все собранные им сведения. Сказанное в свою очередь означает, что доказательства, собираемые адвокатом, могут существовать вне процессуальной формы, так как обратное предъявляло бы к ним обязательное требование о приобщении к уголовному делу в случае состоявшегося собирания. Учитывая отсутствие указанного императива, становится понятным, что адвокатские доказательства не нуждаются в процессуальной форме, так как деятельность адвоката не ограничивается рамками уголовно-процессуального закона – единственно возможной юридической формой уголовно-процессуальных отношений, за пределами которой за ним сохраняются полномочия, закреплённые частью 3 ст. 6 специального (адвокатского) закона. Если же предъявить к сведениям адвоката требование процессуальной формы, то это неизбежно блокирует право доверителей на внепроцессуальную квалифицированную юридическую помощь в форме адвокатского расследования, что по своей природе, как было установлено, само по себе антиконституционно, а значит – недопустимо и не может быть преодолено никакими потребностями, умаляющими интересы отдельной личности.

3) Ограничения доступа адвоката к определенной информации, установленные рядом Федеральных законов (врачебная тайна, банковская тайна, коммерческая тайна, государственная тайна и др.), не действуют в отношении государственного следователя. Отраслевыми законами предусмотрена возможность рассекречивания сведений, составляющих банковскую, врачебную и иную тайну по запросу судов и следственных органов. По запросу же адвоката подобная информация не предоставляется¹.

4) Адвокат не обременён прямой обязанностью по защите прав и интересов иных, кроме доверителя, лиц, правовой статус которых при этом не должен быть ущемлён в результате адвокатских профессиональных действий. То есть, воздерживаться в процессе своей деятельности от нарушения чьих-либо прав адвокат обязан в соответствии с частью 3 ст. 17 и частью 2 ст. 45 Конституции, но вот осуществлять непосредственную защиту кого-либо, не находящегося в доверительных отношениях с адвокатом, последний не обязан.

В отличие от него, органы предварительного расследования, в силу требований статьи 6 УПК РФ, имеют своим назначением не только защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, но и защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, ограничения её прав и

¹ Разъяснение Совета адвокатской палаты Ставропольского края от 25 сентября 2009 года «Об адвокатском запросе».

свобод¹. Следовательно, защищаемая адвокатом личность, права и свободы которой каким-либо образом затронуты воздействием государственных мер принуждения в любом их проявлении – есть общий объект защиты, как со стороны адвоката, так и государства.

Данное обстоятельство с одной стороны, - объединяет адвокатское и государственное расследование, а с другой - разграничивает их, поскольку индивидуализирует деятельность адвоката, адресуя её лишь к одному из участников уголовно-правового спора, что дополнительно идентифицирует адвокатский вид расследования.

*Коротких Н.Н., кандидат юридических наук, доцент,
Дальневосточный федеральный университет*

Некоторые аспекты в определении признаков множественности преступлений

Характеристика множественности преступлений должна подчеркивать не только то, что лицо совершило не одно преступление, но и то, что оно совершило не первое преступление.

Совершение одним лицом двух и более преступных деяний свидетельствует, как правило, о повышенной опасности личности виновного. Но в некоторых случаях совершение лицом даже нескольких преступных деяний не может рассматриваться как безусловное свидетельство его повышенной общественной опасности. Это обуславливает постановку вопроса о том, что каждый ли случай совершения одним и тем же лицом двух или более преступлений является показателем повышенной общественной опасности личности виновного и содеянного в целом? В судебной практике и доктрине уголовного права принято положение, согласно которому при определенных обстоятельствах правового характера множественность отсутствует, а вновь совершенное преступление юридически оценивается как совершенное впервые. К числу таких обстоятельств, исключающих множественность преступлений относятся освобождение от уголовной ответственности, предусмотренные гл. 11 УК РФ (ст. 75 УК – Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием; ст. 76 УК – в связи с примирением с потерпевшим; ст. 78 УК – в связи с истечением сроков давности).

Эти основания освобождения не относятся к реабилитирующим, так как лицо признается совершившим преступление. Но дела могут быть прекращены только в отношении преступлений совершенных впервые и небольшой и средней тяжести. При наличии признаков множественности преступлений освобождение от уголовной ответственности по указанным выше основаниям в отношении вновь совершенного преступления исключено. Но возможно применение перечисленных оснований прекращения дела к первому из совершенных лицом деяний, при наличии всех остальных условий. Так, если первое и последующее преступления разделены весьма значительным промежутком времени, исчисляемым годами, вряд ли можно говорить о повышенной опасности лица, совершившего эти деяния. Но в тех случаях, когда лицо вслед за первым уголовно наказуемым деянием совершает

¹ Статья 6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

новое, обычно прослеживается определенная противоправная тенденция в поведении.

Поэтому предоставление возможности избежать уголовного наказания за первое преступление, даже если оно небольшой тяжести, по меньшей мере, не логично. Ряд авторов предлагают в качестве критерия для решения вопроса о возможности освобождения от уголовной ответственности в части первого из преступных деяний, образующих совокупность преступлений исходить из характера и степени общественной опасности второго и последующего преступных деяний. Если это будут преступления тяжкие и особо тяжкие, то освобождение от уголовной ответственности за первое из совершенных преступлений небольшой или средней тяжести невозможно¹.

В целом мы поддерживаем эту точку зрения, но представляется, что смысл установления в уголовном законе всех перечисленных оснований освобождения от уголовной ответственности в том, чтобы предоставить возможность лицам, впервые совершившим преступление небольшой и средней тяжести избежать уголовной репрессии и последующим законопослушным поведением доказать, что совершенное деяние представляло некую случайность в их жизни. А если же лицо продолжает совершать незначительные преступления, тем более однородные (например, несколько подряд краж, предусмотренных ч. 1 ст. 158 УК), то это уже не случайность, а закономерность в преступном поведении. Кроме того совершение тяжких и особо тяжких преступлений в подобных случаях свидетельствует о том, что оно не утратило свою общественную опасность.

Поэтому, считаем необходимым законодательно закрепить запрет на освобождение от уголовной ответственности за совершение любых преступлений, образующих совокупность.

Естественно, что это правило должно распространяться только на случаи привлечения к уголовной ответственности сразу за несколько совершенных преступлений. Если лицо освобождается от ответственности по указанным выше основаниям за одно совершенное преступление, то уголовное правоотношение между ним и государством, возникшее в результате совершения преступления, прекращается, и в случае совершения этим лицом нового преступления нет оснований для констатации множественности преступлений.

*Кузьмина О.В., кандидат юридических наук, доцент,
Ивановский государственный университет*

Институт пересмотра судебных решений, не вступивших в законную силу в российском уголовном процессе

Право на обжалование судебного решения по уголовному делу, не вступившего в законную силу, является одним из основных прав человека, закрепленных в Конституции РФ и международно-правовых актах. Так, в соответствии с п.1 ст. 2 Протокола №7 от 22 ноября к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод ETS №005 (Рим, 4 ноября 1950г.) каждый человек, осужденный

¹ См.: Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – Томск, 2001. – С. 14; Кузнецова Н.В. Частичное прекращение уголовного дела при множественности преступлений // Законность. – 2001. - № 1. – С. 32.

судом за совершение уголовного преступления, имеет право на то, чтобы его приговор или наказание были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией. Аналогичная норма содержится и в ч.3 ст.50 Конституции РФ. С учетом того, что ч.3 ст.123 Конституции РФ гарантирует равноправие сторон в судопроизводстве, такое право должно обеспечиваться и потерпевшему. Возможность пересмотра решений судов первой инстанции гарантирует принятие по делу, в конечном счете, законного, обоснованного и справедливого судебного решения; предупреждает и исправляет допущенные судебные ошибки. В этом смысле производство в суде второй инстанции служит средством обеспечения законности уголовного процесса в целом.

Институт обжалования и пересмотра не вступивших в законную силу решений суда первой инстанции по уголовным делам – это сложное, многогранное явление. Изучение процессов становления и развития этого института в историческом и сравнительно-правовом аспектах позволяет сделать вывод, что российское уголовно-процессуальное законодательство знает две формы пересмотра судебных решений, не вступивших в законную силу. К ним относятся апелляционное и кассационное производство. Они имеют как общие черты, особенно в части порядка обжалования судебных решений, так и существенные отличительные признаки.

Понятие «апелляция» происходит от латинского слова *apellare* – «вызывать в суд», т.е. обращаться за защитой своих прав к вышестоящему суду¹. Цель обращения в апелляционный суд – добиться правильного (с точки зрения автора жалобы), окончательного судебного решения. Понятие «кассация» происходит от французского «*casser*» т.е. «ломать». Целью обращения в кассационный суд является отмена или изменение вынесенного по делу судебного решения, так как компетенция суда кассационной инстанции ограничена, он не во всех случаях может удовлетворить жалобу путем принятия собственного решения. Иногда для этого требуется новое рассмотрение дела судом первой инстанции².

Апелляция как одна из форм пересмотра судебных решений впервые появилась во Франции (1808 г.) и быстро получила признание в других странах, включая Россию (1864 г.). Тогда для неё являлись характерными длительные сроки пересмотра решений по уголовным делам при ограниченном действии устности, непосредственности, состязательности и права обвиняемого на защиту. Апелляционный суд дореволюционной России пересматривал решения суда первой инстанции лишь в той части, в которой они обжаловались, и только в отношении лиц, которых касалась подобная жалоба³.

В советский период в соответствии с Декретами о суде №1 и №2 апелляционное производство не применялось, широкое распространение тогда получила кассационная форма обжалования. С принятием в 2001 году УПК РФ апелляционный порядок пересмотра судебных решений вернулся в российский уголовный процесс, правда, только применительно к решениям мировых судей. Апробировав на мировой юстиции, законодатель в 2010 году представил его в новом содержании и установил общие правила реализации права на апелляционное обжалование судебных решений, принятых мировыми судьями и федеральными судами общей

¹ См.: Строгович М.С. Уголовный процесс. – М., 1946. – С.450.

² См.: Червоткин А.С. Апелляция и кассация. Пособие для судей. – М., 2010. – С.10.

³ См.: Шаталов А.С. Производство по уголовным делам в суде апелляционной инстанции: принесение жалоб, порядок рассмотрения, принимаемые решения (аналитический обзор) // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2012. - №3. – С.96.

юрисдикции по первой инстанции¹. Единый порядок обжалования не вступивших в законную силу судебных актов должен в полной мере обеспечить единство судебной практики по делам, подсудным мировым судьям и федеральным судам общей юрисдикции, обеспечить право на равный суд и справедливое судебное разбирательство.

Вместе с тем предложен новый порядок проверки судебных решений, вступивших в законную силу – кассационный. Функции надзора сохранены только за Президиумом Верховного Суда РФ, что фактически завершило реализацию рекомендаций Европейского суда по правам человека по преобразованию надзорного производства в судах общей юрисдикции Российской Федерации. В результате были перераспределены полномочия судов апелляционной, кассационной и надзорной инстанцией, что явилось результатом реализации Государственной целевой программы о развитии судебной системы России в период 2007-2011 гг.

Вместе с тем введение нового института пересмотра судебных решений, не вступивших в законную силу, замена кассационного производства апелляционным не может быть воспринята однозначно и безоговорочно. Рассмотрим преимущества и недостатки каждого из них. Основным отличительным признаком апелляции считается возможность повторной проверки и исследования всех доказательств по уголовному делу в состязательном процессе с соблюдением требований устности и непосредственности. В этом случае суд второй инстанции может постановить новый приговор, заменяющий собой решение нижестоящего суда. Суд кассационной инстанции лишен возможности непосредственного исследования всех доказательств, представленных сторонами. В этом заключается весьма серьезный недостаток проверки в кассационном порядке решений суда первой инстанции. «Кассационная инстанция анализирует доказательства и выводы из них постольку, поскольку это возможно сделать на основе собранных по делу материалов (и материалов, представленных сторонами) без их специальной проверки судебным следствием»². Однако у кассационного порядка имеется преимущество перед апелляционным – это рассмотрение уголовного дела в короткие сроки с минимальными материальными затратами. Значительное увеличение общего времени рассмотрения уголовных дел в связи с проверкой в апелляционном порядке всех решений суда первой инстанции является существенным недостатком. Таким образом, кассационный порядок способствует выполнению требования законодателя о разумном сроке уголовного судопроизводства (ст. 6-1 УПК РФ).

Как видим, ни один из рассмотренных порядков проверки решений суда первой инстанции не является универсальным. Однако у них есть общая цель – устранить допущенные судом первой инстанции ошибки и добиться постановления законного, обоснованного и справедливого приговора. Представляется, что необходимо сохранить как кассационный, так и апелляционный порядки рассмотрения дел в суде второй инстанции, которые могли бы применяться только в случаях, прямо предусмотренных в уголовно-процессуальном законе. На наш взгляд, законодатель не должен отдавать предпочтение какому-то одному порядку проверки решений суда первой инстанции.

¹ См.: ФЗ от 29 декабря 2010 г. №433-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Российская газета. 2010. 31 декабря №297 (5376).

² Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т.2. – М., 1970. – С. 369.

Выбор же одного из них в каждой конкретной ситуации должен делать только суд второй инстанции. Если он установит, что стороны в своих жалобах указывают на ошибки суда первой инстанции, связанные с исследованием и оценкой доказательств, то рассмотрение дела в суде второй инстанции возможно только в апелляционном порядке. В других случаях, когда основаниями жалоб сторон являются допущенные судом первой инстанции нарушения уголовно-процессуального закона, неправильное применение уголовного закона и несправедливость приговора, то их проверка и разрешение возможно в кассационном порядке¹. Существование двух процессуальных порядков проверки решений суда первой инстанции соответствовало бы, на наш взгляд, интересам правосудия и защиты прав граждан в современном российском уголовном судопроизводстве.

*Кучина Я.О., кандидат юридических наук,
Дальневосточный федеральный университет*

Мошенничество с использованием платежных карт: проблемы при квалификации объективной стороны преступления

Введение в Уголовный кодекс РФ расширенного перечня составов мошенничества – ст. ст. 159.1-159.6 привело к возникновению определенных сложностей при квалификации деяний этого рода. Так, ряд проблем можно выделить, рассматривая ст. 159.3 УК РФ – мошенничество с использованием платежных карт – подразумевающую ответственность за хищение чужого имущества, совершенное с использованием поддельной или принадлежащей другому лицу кредитной, расчетной или иной платежной карты путем обмана уполномоченного работника кредитной, торговой или иной организации. Диспозиция статьи, а также состав деяния позволяют выделить аспекты, которые могут стать проблемными для правоприменителя, для чего, прежде всего, надо дать характеристику составу этого преступления.

Традиционно рассмотрение состава преступления начинается с объекта. Объектом мошенничества отношения собственности, а предметом – чужое имущество². Предполагается, что понятие чужого имущества в рамках ст. 159.3 УК РФ должно соответствовать тому, что подразумевается в ст. 159 УК РФ, однако объективная сторона ст. 159.3 УК РФ, влияя на наполнение всех остальных элементов состава, отсекает большую часть перечня предметов мошенничества.

Объективная сторона состава представляет собой совокупность двух действий: хищение чужого имущества, использование поддельной кредитной, расчетной или иной платежной карты или карты, принадлежащей другому лицу, обман уполномоченного работника кредитной, торговой или иной организации. Здесь сразу возникает вопрос, необходимо ли, для квалификации по ст. 159.3 УК РФ, чтобы в действиях субъекта преступления была совокупность обоих элементов? И насколько эффективной для применения является такая конструкция объективной стороны?

¹ См.: Быков В.М. Каким быть суду второй инстанции в уголовном судопроизводстве? // Российская юстиция. – 2011. - №2. – С.40.

² См. например: Валласк Е.В. Мошенничество с использованием ценных бумаг. – М., 2007; Карпович О.Г. Актуальные уголовно-правовые проблемы борьбы с мошенничеством. – М., 2011; Березин Д.В. Мошенничество в сфере вексельных отношений. – М., 2004.

Согласно п. 1.4 Положения Банка России от 24.12.2004 № 266-П «Об эмиссии банковских карт и об операциях, совершаемых с использованием платежных карт» банковская карта – эмитированная кредитной организацией платежная карта, представляющая собой инструмент безналичных расчетов, предназначенный для совершения физическими лицами, в том числе уполномоченными юридическими лицами, операций с денежными средствами, находящимися у эмитента, в соответствии с законодательством Российской Федерации и договором с эмитентом. Эмиссия банковских карт осуществляется в соответствии с упомянутым Положением, только уполномоченными кредитными организациями. Являясь техническим устройством, банковская карта позволяет совершать денежные операции с использованием средств, содержащихся на счете владельца карты, кредитной организации, третьего лица. Следовательно, банковская карта не является носителем или хранителем денежных средств – она является средством их использования, получения доступа к денежным средствам на счете их собственника.

Что же представляет собой хищение чужого имущества в рамках ст. 159.3 УК РФ – хищение денежных средств со счета лица, владельца банковской карты, которая была подделана, похищена или иным способом получена в незаконное владение, приобретение товаров, которые были оплачены этой картой, вопреки воле ее законного владельца, или совокупность этих действий? Анализ положений гражданского законодательства позволяет сделать вывод, что квалификация такого хищения как мошенничества крайне затруднительна в силу самих способов использования банковских карт.

Учитывая, что в диспозиции ст. 159.3 УК РФ преступление названо мошенничеством, то есть хищением путем обмана или злоупотребления доверием, то для квалификации деяния по этой статье необходимо, чтобы в объективной стороне присутствовали обман или злоупотребление. Согласно Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. №51 обманом считается сознательное сообщение заведомо ложных, не соответствующих действительности сведений либо умолчание об истинных фактах, либо умышленные действия, направленные на введение владельца имущества либо иного лица в заблуждение. В связи с этим механизмы подделки банковских карт с использованием таких способов совершения преступления как сканирование проходящей через банкомат карты, хищения/копирования банковских данных, списывания данных с самой карты и пр. для последующего снятия денег со счета нельзя признать мошенничеством в силу отсутствия обмана/злоупотребления доверием.

В силу тех же причин нельзя признать мошенничеством и использование банковской карты, принадлежащей другому лицу, если субъект, использующий ее, не выдавал себя за это лицо, а только воспользовался картой по назначению – для снятия денежных средств через банкомат, для оплаты работ, услуг или товаров, для перевода денежных средств со счета на счет и пр. Учитывая же, что правила использования банковских карт не требуют устанавливать принадлежность карты перед ее использованием¹, то и возможность совершить обман или злоупотребить доверием отсутствует.

Анализ судебно-следственной практики показывает, что перечисленные способы хищения нередко квалифицировались как мошенничества (по ст. 159 УК

¹ См.: Письмо ЦБ РФ от 12.02.2010 №12-1-3/273 «Об идентификации физических лиц».

РФ), что позволяет предположить возникновение практики их квалификации по ст. 159.3, которая является специальным составом по отношению к ст. 159. Однако, как уже было показано, при отсутствии в способе совершения обмана/злоупотребления доверием хищение не может считаться мошенничеством, что подтверждается как мнением Верховного Суда РФ, так и мнением ряда ученых.

В данном случае можно предположить следующее – рассмотрение скрытого способа совершения хищения при квалификации деяния как вида обмана повлекло за собой формирование ошибочной практики квалификации преступлений. Скрытое хищение же в УК РФ предусмотрено ст. 158 – кража (тайное хищение чужого имущества), и, соответственно, перечисленные способы совершения преступления должны быть квалифицированы именно по этой статье.

Мошенничеством, предусмотренным ст. 159.3 УК РФ, можно признать, например, преступление, при котором владельца карты просят сообщить ее данные лица, представившиеся работниками банка-эмитента, работниками интернет-магазина и пр. Однако это, практически, единственный способ совершения мошенничества, который возможно квалифицировать по ст. 159.3 УК РФ, поскольку ее диспозиция требует строгого соответствия объективной стороне, в иных же случаях квалификация должна осуществляться по ст. 159 УК РФ. Также непонятно, каким образом разграничивать ст. 159.3 УК РФ и ст. 187 УК РФ, предусматривающую ответственность за изготовление или сбыт поддельных кредитных либо расчетных карт и иных платежных документов. Использование аналогии с подделкой денежных знаков здесь невозможно, потому что сам характер использования поддельной платежной карты подразумевает ее практически полную идентичность, в силу того, что это не только кредитное или платежное, но и техническое средство. Кроме того, как уже говорилось, при несовпадении внешних признаков карты она, как правило, является не способом обмана, а средством совершения кражи. Можно сделать следующий вывод: введенные в действие новые составы мошенничества, по своей сути, являются способами совершения одного преступления, предусмотренного ст. 159 УК РФ – мошенничество. Вступление в силу этих статей является, к сожалению, попыткой криминализовать особенности механизма совершения преступления, что, как и сам термин «механизм», в большей степени принадлежит науке криминалистике, а не уголовному праву. В результате такой попытки уже сейчас можно выделить ряд будущих квалификационных проблем, которые неизбежно встанут перед правоприменителем. Учитывая, что теперь ст. 159 УК РФ из общей нормы превратилась в одну из ряда специальных, можно предположить, что эта конкуренция будет решена только путем дальнейших изменений в уголовном законодательстве.

*Люлич В.А.,
Институт права им. И.Малиновського Национального университета
«Острожская академия»*

Закрепление права защитника на сбор доказательств в Уголовно-процессуальном кодексе Украины

С 19 ноября 2012 набрал юридической силы новый Уголовный процессуальный кодекс Украины, в котором законодатель одной из основополагающих

принципов осуществления уголовного производства закрепил принцип состязательности сторон и свободы в предоставлении ими суду своих доказательств (ст. 22 УПК Украины)¹, пытаюсь воплотить и конкретизировать конституционные принципы осуществления судопроизводства (п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституции Украины)².

В свою очередь действие принципа состязательности сторон предполагает наделение их определенными процессуальными правами и закрепление способов реализации этих прав. Так, в части 2 ст. 22 УПК Украины законодатель определил, что стороны уголовного производства имеют равные права на сбор и представление в суд вещей, документов, других доказательств. Однако, с целью практической реализации права защитника на собирание доказательств, необходимо выяснить, каким образом указанный процесс урегулирован нормами Уголовного процессуального кодекса Украины и какими правовыми средствами обеспечивается.

Собирание доказательств по УПК Украины рассматривается как один из элементов процесса доказывания, конечной целью которого является установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного производства (ч. 2 ст. 91 УПК Украины)³.

Анализ содержания сбора доказательств свидетельствует о комплексности этого понятия, которое рассматривается, как «урегулированную УПК деятельность уполномоченных субъектов по выявлению и фиксации в установленном уголовным процессуальным законом порядке материальных и идеальных следов преступления или иных фактических данных, имеющих доказательственное значение для уголовного производства»⁴. Таким образом, среди основных элементов процесса собирания доказательств следует назвать уполномоченных субъектов, которые наделены определенными правами, а также процедуры выявления и фиксации доказательств, которые происходят в определенный законодательством способ.

Согласно ч. 1 ст. 93 УПК Украины сбор доказательств осуществляется сторонами уголовного производства в порядке, предусмотренном Кодексом. Утверждая принцип состязательности, законодатель к субъектам сбора доказательств отнес, в частности, сторону обвинения (прокурора, органы досудебного расследования) и сторону защиты (подозреваемого, обвиняемого, оправданного, осужденного, законных представителей подозреваемого, обвиняемого, защитника), определив способы собирания доказательств каждым из них, что ранее на законодательном уровне не регламентировалось.

Следует отметить, что статьей 42 УПК Украины стороне защиты, а именно, подозреваемому, обвиняемому, предоставлено право собирать и подавать следователю, прокурору, следственному судье доказательства. Вместе с тем, определяя права защитника, в ч. 4 ст. 46 УПК Украины только находим ссылку на то, что он пользуется процессуальными правами подозреваемого, обвиняемого, за исключением неотъемлемых прав подзащитного. Кроме того, согласно ч. 2 ст. 93 УПК Ук-

¹ Уголовный процессуальный кодекс Украины: принят Верховной Радой Украины Законом № 4651-VI от 13.04.2012 г. – Х.: Право, 2012. – С.13.

² Конституция Украины: Принята на пятой сессии Верховной Рады Украины 28 июн. 1996 г. – Х.: Фактор, 2011. – 128 с.

³ Уголовный процессуальный кодекс Украины: принят Верховной Радой Украины Законом № 4651-VI от 13.04.2012 г. – Х.: Право, 2012. – С.52.

⁴ Уголовный процессуальный кодекс Украины. Научно-практический комментарий / Под общей редакцией профессоров В. Гончаренко, В.Т. Нора, М.Е. Шумило. – М.: Юстиниан, 2012. – С. 249.

раины сторона обвинения собирает доказательства путем проведения следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий, а сторона защиты осуществляет сбор доказательств путем инициирования проведения таких процессуальных действий (ч. 3 ст. 93 УПК Украины).

Наряду с этим, обе стороны уполномочены собирать доказательства путем истребования и получения вещей, документов, сведений, выводов экспертов, выводов ревизий и актов проверок. Так, законодатель среди субъектов собирания доказательств назвал защитника, несколько расширив средства сбора доказательств (истребования и получения заключений экспертов, выводов ревизий, актов проверок, инициирование проведения следственных действий), но отдельной нормой процессуальные права защитника по сбору доказательств не определены.

Также, одним из элементов процесса сбора доказательств является их фиксация (закрепление), т.е. приведение собранных данных в установленную законом форму (процессуальные акты)¹. Однако, указав на возможность истребования и получения защитником информации, вещей и документов, законодатель не предусмотрел процессуальную форму совершения таких действий и не отнес их к процессуальным. Единственным процессуальным документом защитника, с помощью которого он реализует право на сбор доказательств, Кодекс назвал ходатайства.

Согласно ч. 3 ст. 93 УПК Украины инициирования стороной защиты проведения процессуальных действий осуществляется путем представления следователю, прокурору соответствующих ходатайств, которые рассматриваются в порядке, предусмотренном статьей 220 УПК Украины. При этом, ходатайства стороны защиты в соответствии со ст. 220 УПК Украины для следователя или прокурора не являются обязательными и подлежат сначала рассмотрению и решению соответствующих субъектов в установленном порядке.

Таким образом, сторона защиты и в дальнейшем фактически ограничена в средствах сбора доказательств и лишена возможности проведения собственного расследования, продолжает зависеть от стороны обвинения о проведении следственных (розыскных), негласных следственных (розыскных) и других процессуальных действий. Поэтому, в свете судебной реформы необходимо законодательно расширить права защитника в процессе уголовного доказывания по сбору оправдательных данных и обеспечения равенства сторон защиты и обвинения.

*Маликов М.Ф., доктор юридических наук, профессор,
Евразийский научно-исследовательский институт проблем права*

Ретроспективный анализ судебного приговора

Судебные приговоры, являясь одним из звеньев в механизме правового воздействия, исходят из права, потому и обладают ценностными свойствами, присущими праву.

Показателями процессуальной эффективности приговора являются: 1) своевременное его вынесение; 2) отражение в нем точной социально-правовой квалификации действий виновного; 3) объективное изложение в приговоре всех

¹ Уголовный процессуальный кодекс Украины. Научно-практический комментарий: в 2 т. Т.1 / С.А. Бандура, Е.М. Блаживский, Е.П. Бурдоля и др., за аг. Ред. В.Я. Ция, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – М.: Право, 2012. – С. 276.

обстоятельств уголовного дела; 4) законность разрешенного гражданского иска; 5) точное определение видов исправительной колонии лицам, осужденным к лишению свободы; 6) законное сочетание приговора и частного определения суда; 7) объективное соединение и выделение уголовных дел; 8) правильное определение порядка исполнения приговора; 9) точное определение оснований оправдания невиновного.

Как показывает практика, рецидивная преступность не всегда является показателем неэффективности приговора, так как после исполнения приговора осужденные вновь совершают преступления по не зависящим от них причинам (семейная неустроенность, нетрудоустроенность и др.).

Психологическим стержнем формирования нравственных мотивов поведения ранее судимых можно считать устойчивость их личности, которая представляет собой «способность человека сохранять и реализовывать в различных условиях личностные позиции, обладать определенным иммунитетом к воздействиям, противоречащим его личностным установкам, взглядам и убеждениям». Отсюда вывод: «мотивирующее» значение приговора связано с механизмом самооценки и самоконтроля своих поступков судимыми, а также с закреплением положительной способности приговора в отсеивании негативного поведения.

В связи с этим в дальнейшем изучении нуждается система социальных, правовых, идеологических, психологических факторов, обусловивших действенность судебных приговоров в повышении правового сознания граждан, неотвратимость юридической ответственности, восстановление материального ущерба, причиненного преступлением.

Подлинный гуманизм приговоров позволяют выявить основные закономерности взаимосвязи между конкретными решениями по уголовному делу и политикой в области правоприменения, рассмотреть пути и формы совершенствования структуры приговора, определить систему измерения эффективности приговора в условиях формирования правового государства, выработать рекомендации, направленные на законодательное совершенствование порядка постановления приговора с учетом достижения юридической науки, законодательства и практики применения научной системы оценок, позволяющих обоснованно осуществить назначение наказания и проверить эффективность принятых мер воздействия.

Исследование судебного приговора как решения позволяет выявить функции предварительного следствия и суда и уяснить значение приговора в реализации уголовной ответственности. Такой подход обуславливает ценность приговора с точки зрения уголовно-правовой эффективности приговора.

Исследование приговора как правоприменительного акта выявляет формы и способы реализации уголовно-правового отношения, определяет характерные судебные (следственные) ошибки правоприменения, представляет связи приговора и его действенности с точки зрения восстановительной эффективности приговора.

Исследование приговора как средства разрешения предъявленного обвинения позволяет анализировать предмет судебного разбирательства по самым различным категориям уголовных дел и групповому преступлению, разрешаемых народными и Верховными судами отдельных регионов страны. Такой подход

раскрывает уголовно-процессуальную эффективность приговора, так как, приговор суда является единым актом, разрешающим вопросы акта и права, гражданские иски и определение наказания.

Исследование приговора как процессуального документа выявляет воспитательную и предупредительную эффективность приговора с учетом последствия реабилитации, судимости, изъятия орудия преступления и др. Такой подход позволяет определить значение приговора среди других документов при исполнении приговора, рассмотрении других уголовных и гражданских дел, а также при социологическом исследовании эффективности деятельности правосудия.

Высказанные положения свидетельствуют о необходимости оценки эффективности приговора по конечному результату действия приговора (концепция «объективизации»), исходя из самостоятельной эффективности отдельных решений (например, возмещение ущерба, наказание, меры пресечения, вид ИТУ, оправдание и т.п.), деятельности исправительно-трудовой колонии, трудовых коллективов, которые вовлечены в правовые отношения в силу приговора (например, условное наказание, отсрочка исполнения приговора и т.п.).

Отсюда необходимо различать:

- 1) что отражено в приговоре с учетом причинно-следственного явления в экономике и политике (ценность);
- 2) как отражены социально-правовые факторы, которые формируются целями правосудия (полезность);
- 3) какие решения суда приносят положительные результаты (эффективность).

Как ценность, так и полезность приговора способствуют формированию потребности и привычки соблюдать закон (правовое воспитание), созданию системы личностных ориентации (нравственное воспитание), развитию общественной активности осужденных и других граждан (обеспечение дисциплины и самодисциплины трудящихся).

Полученные данные по итогам изучения эффективности судебных приговоров убедили автора в необходимости выделения степени антисоциального и нравственного отношения осужденных к окружающей действительности.

Вынесение правосудного приговора и реализация его эффективности являются самостоятельными этапами конкретного отношения. В стадии разрешения дела приговором суда (1-й этап) подтверждаются права и обязанности лиц, привлеченных к уголовной ответственности.

При исполнении приговора (2-й этап) реализуются цели правовых предписаний и номинальная эффективность приговоров.

Реализация приговоров выражается в двух формах: 1) процессуальная (принудительная), 2) добровольная (при возмещении материального ущерба).

Способами определения эффективности реализации приговоров являются: а) анализ превентивной деятельности органов, участвующих в исполнении наказания; б) изучение статистических данных о своевременности исполнения судебных приговоров; в) принятие законных мер к субъектам, уклоняющимся от осуществления решений, содержащихся в приговорах судов; в) замена определенного вида наказания другими в случае невозможности его исполнения; д) разрешение вопросов, связанных с приведением приговора в исполнение. Таким

образом, оценивая эффективность деятельности по реализации приговоров, следует различать: процесс осуществления и способы достижения положительных результатов действия (воздействия) приговоров.

Спорным в литературе и затруднительным в практике являлось третье основание к оправданию в суде – недоказанность участия подсудимого в совершении преступления.

Прежняя формулировка закона «оправдание за недостаточностью улик для обвинения подсудимого (ст. 326 п. 3 «б» УПК РСФСР 1923 г.) давала повод суждениям, что недостаточность улик означает наличие каких-то улик, свидетельствующих против оправданного. В связи с этим предлагалось изменить редакцию «недостаточность улик» словами «не подтверждено совершение подсудимым приписанного ему преступления» или «не доказано обвинение». Другие авторы рекомендовали предусмотреть в законе «оправдание за невиновностью обвиняемого» или ввиду «несовершения подсудимым преступления».

В уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации 2001 г. данное основание к оправданию сформулировано как «не доказано участие подсудимого в совершении преступления». Такая формулировка исключает какое-либо сомнение в невиновности оправданного, последний признается реабилитированным полностью, как в юридическом, так и в моральном отношениях. Однако некоторые авторы продолжают считать, что оправдание за недоказанностью совершения преступления полностью не реабилитирует подсудимого, оставляет на репутации последнего порочащее пятно. Прежнее уголовно-процессуальное законодательство не дало повода утверждать, что оправдательный приговор по третьему пункту статьи 309 УПК РСФСР представляет собой какую-то особую форму оправдания. Некоторые различия в последствиях оправдательного приговора, связанные с его основанием, есть лишь в отношении гражданского иска. Но при оправдании за недоказанностью участия подсудимого в совершении преступления оправданный находится в более благоприятном положении, чем при оправдании ввиду отсутствия в его действиях состава преступления, так как в первом случае суд отказывает в удовлетворении гражданского иска, во втором – оставляет его без рассмотрения. Более того, оправданный за отсутствием состава преступления не во всех случаях может рассчитывать на полную моральную реабилитацию. Этого не будет, если в действиях подсудимого содержатся признаки аморального проступка. А при оправдании за недоказанностью участия в совершении преступления оправданный освобождается от всякой ответственности без исключения.

В процессуальной литературе высказано мнение, что при полной доказанности непричастности подсудимого к совершенному преступлению оправдательный приговор постановляется со ссылкой на ст. 309 п. 3 УПК РСФСР, но с формулировкой: «подсудимый не совершил преступления по обвинению, в котором он привлечен к ответственности». Однако такая формулировка представляется слишком широкой. Она охватывает самые различные варианты выявления в суде несостоятельности предъявленного подсудимому обвинения. Это ведет к смешению различных оснований оправдательного приговора.

Существовало мнение, что «оправдательный приговор по мотивам недостаточности улик для обвинения подсудимого суд выносит в тех случаях, когда установит, что деяние, приписываемое подсудимому, имело место, что в деянии имеется состав преступления, но нет доказательств того, что подсудимый

виновен в совершении этого преступления».

Аналогичное мнение высказано Г. Чангули, полагающим, что в законе «говорится о недоказанности участия обвиняемого в совершении преступления. Это позволяет сделать вывод, что одним из обязательных условий применения данного основания является бесспорное установление события преступления». Развивая ту же точку зрения, Р.М. Оганесян утверждал, что в подобных случаях «суд, изложив в описательно-мотивировочной части приговора обстоятельства, которые привели к выводу о недоказанности события преступления, должен в резолютивной части основания оправдания указывать не на недоказанность, а на неустановление события преступления». Но такой подход к решению этого дискуссионного вопроса вряд ли может считаться правильным. Нельзя признать допустимым такое положение, при котором суд в описательной части приговора констатирует недоказанность самого преступного деяния и подробно обосновывает такой вывод, а в резолютивной части того же приговора указывает «не на недоказанность, а на неустановление» этого деяния. Такая непоследовательность лишила бы судебный приговор логичности, сделала бы его внутренне противоречивым.

*Мартынюк М.В.,
Сибирский Федеральный Университет*

Проблемы взаимодействия прокурора и руководителя следственного органа в современном уголовном процессе РФ

Современное уголовно-процессуальное законодательство РФ отличается своей изменчивостью. Поиски законодателем совершенной уголовно-процессуальной конструкции, которая бы позволяла эффективно реализовать цели и задачи уголовного процесса, заслуживают одобрения. Вместе с тем, данный путь не исключает принятие неверных решений, внесение изменений, не отвечающих современному состоянию общества и органов власти.

Одной из наиболее ярких проблем в современном уголовном процессе является проблема отношений между прокурором и руководителем следственного органа. Правовые отношения в уголовном процессе имеют ярко выраженный властный характер. При этом, один из участников должен обладать большими полномочиями по отношению к другому. Обычно в уголовно-процессуальном правоотношении участвует один носитель властных полномочий. Существуют и такие правоотношения, в которых оба субъекта являются представителями власти¹. К таким правоотношениям относятся отношения прокурора и руководителя следственного органа на досудебных стадиях уголовного судопроизводства.

До внесения изменений в УПК РФ ФЗ от 5 июня 2007 года прокурор осуществлял руководство и надзор за процессуальной деятельностью, как органов дознания, так и органов предварительного следствия. При этом прокурор обладал большими властными полномочиями по отношению к руководителю следственного подразделения, мог своевременно повлиять на него, обеспечить принятие правильного решения в разумный срок, что не менее важно.

¹ Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. – М., 1975. – С. 153 - 154.

До принятия данных изменений между прокурором и руководителем следственного органа также могли возникать определенные противоречия. Однако они были обусловлены не недостаточным законодательным регулированием, а, больше субъективными факторами. В целом же полномочия прокурора выступали гарантом соблюдения законности при производстве предварительного следствия, так как закон требовал неукоснительного их исполнения со стороны органов следствия.

Изменение полномочий прокурора в сторону их сужения направлены законодателем на создание условий для процессуальной независимости следователя от прокурора. В то же время следует согласиться с мнением ряда авторов, что внесение изменений в УПК РФ и ФЗ «О прокуратуре РФ» привело к существенному затруднению осуществления прокуратурой надзорной функции¹.

Законодатель не только ограничил права прокурора по выполнению стоящих перед ним задач, но и лишил его действенного механизма по устранению нарушений законности в ходе предварительного следствия.

Оставив прокурору надзор за процессуальной деятельностью органов следствия, законодатель противопоставил ему процессуальный контроль со стороны руководителя следственного органа, лишив прокурора возможности эффективного реагирования на допущенные нарушения закона органами предварительного следствия, поскольку праву прокурора внести представление, либо требование об устранении нарушений закона не соответствует обязанность руководителя следственного органа их устранить².

Руководитель следственного органа вправе согласиться либо не согласиться с требованиями прокурора. Законодатель уравнил в правах прокурора и руководителя следственного органа, в связи с чем, возникает вопрос о целесообразности осуществления прокурорского надзора за деятельностью следователя, если решения прокурора не обязательны для исполнения. Подобный подход законодателя находится в противоречии с п. 21 Рекомендации Комитета министров Совета Европы «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» от 6 октября 2000 года, где отмечено, что прокуроры должны тщательно проверять законность полицейских расследований³.

Прокурор проверил законность действий, установил наличие нарушений, а далее он пишет требование, на которое получает ответ о том, что он не прав. Как объяснить обычному гражданину, который обращается за помощью к прокурору, что тот не обладает полномочиями воздействовать на органы следствия. Единственный выход - объяснить гражданину о возможности обращения в суд, решения которого руководитель следственного органа не может отвергнуть.

Несостоятельность позиции законодателя в настоящее время также подтверждается и складывающейся практикой. Практика подтверждает обоснованность вносимых прокурорами требований, целесообразность и необходимость тех след-

¹ Кожевников О.А. Участие прокурора в досудебных стадиях уголовного судопроизводства. Екатеринбург, 2007. – С. 126; Ширванов А.А. Прокурор в досудебных стадиях процесса // Проблемы управления органами расследования преступлений в связи с изменением уголовно-процессуального законодательства: Межвуз. науч. – практ. конф. Ч.1. – М., 2008. – С.58-59.

² Татьяна Л.Г. Уголовно-процессуальные правоотношения прокурора и руководителя следственного органа: проблемы и пути их решения // Уголовное судопроизводство. – 2010. - №1.

³ Рекомендация R (2000) 19 Комитета Министров государств – членов Совета Европы «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» (принята Комитетом министров 06.10.2000 на 724-м заседании заместителей министров) // СПС Гарант.

ственных и иных процессуальных действий, выполнения которых требуют прокуроры. Например, прокуратурой Советского района г. Красноярск в 2012 году по уголовным делам следственного отдела по Советскому району г. Красноярск ГСУ СК РФ по краю в порядке п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК РФ направлено 24 требования, по результатам рассмотрения которых 22 удовлетворено сразу, и 2 лишь после обжалования прокурором отказа в вышестоящему руководству, что привело к затягиванию предварительного следствия, нарушению разумных сроков уголовного судопроизводства. Таким образом, существенное сокращение процессуальных полномочий прокурора в досудебном производстве препятствует осуществлению им своевременной защиты прав и интересов граждан. Указанное обстоятельство как негативный момент, уже отмечено в процессуальной литературе¹.

Подводя итог проведенному исследованию сложившихся взаимоотношений прокурора и руководителя следственного органа в уголовном процессе, следует отметить, что руководитель осуществляет ведомственный контроль над деятельностью следователей, а прокурор – вневедомственный надзор. Решения, принимаемые прокурором при проверке законности деятельности следователя, не зависят от ведомственных интересов. В связи с изложенным, прокурор должен обладать большими властными полномочиями по отношению к руководителю следственного органа, поскольку решения, принимаемые следователем, фактически принимаются под контролем руководителя. Согласиться с позицией прокурора для руководителя следственного органа – значит признать свою ошибку. Руководитель в указанной ситуации вряд ли может принять объективно решение.

Таким образом, назревает острая необходимость устранения противоречий в правоотношениях между прокурором и руководителем следственного органа. А решить данные противоречия можно лишь законодательно, закрепив обязанность руководителя следственного органа выполнять требования прокурора, изложенные в актах реагирования. А при несогласии с ними – обжаловать требование у вышестоящего прокурора. Данная схема соответствует положению прокуратуры как органа, осуществляющего надзор за соблюдением законности, обеспечит эффективное осуществление надзора прокурора за деятельностью органов предварительного следствия, исключит неоправданную волокиту.

*Мацун Е.А.,
Следственный комитет Российской Федерации по Челябинской области*

Достаточность специальных познаний, необходимых для участия специалиста в расследовании уголовного дела

Законодатель в норме-дефиниции, посвященной специалисту (ст. 58 УПК РФ), указывает лишь единственный признак, которому он должен соответствовать. Это наличие специальных знаний. Но что включает в себя владение специальными знаниями и как определить их достаточность?

¹ Колярова Ж.К. Дискреционные полномочия прокурора в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. – Ижевск, 2008. – С. 113-114; Кожевников О.А. Участие прокурора в досудебных стадиях уголовного судопроизводства. – Екатеринбург, 2007. – С.127; Исламова Э.Р. Процессуальные полномочия прокурора в стадии возбуждения уголовного дела: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Иркутск, 2009. – С. 214.

В.И. Шиканов¹ указывает, что специальные познания включают в себя два основных элемента: знания и практический опыт. По мысли В.Н. Махова, существенным признаком специальных знаний является их приобретение в процессе подготовки к определенной трудовой деятельности и усвоенные в ходе этой деятельности².

Таким образом, в случае привлечения лица к участию в уголовном судопроизводстве в качестве специалиста, он должен обладать специальными знаниями, специальными навыками и умениями (практическим опытом). Определим, что включает в себя каждый из указанных обязательных элементов.

1. Знания – структурная часть, соответствующая теоретическому уровню познания, включающая систематизированные научные знания, полученные сведущим лицом в специальном учебном заведении, черпаемые из научной литературы, методических пособий и руководств, полученные на различных научных и научно-практических семинарах, форумах и т.п.

2. Навыки – основанные на динамическом стереотипе, иногда врожденные алгоритмы действий, автоматизированные компоненты мышления, поведения.

3. Умения – знания в их практическом применении, способности целеустремленно и творчески пользоваться своими специальными знаниями в процессе практической деятельности³.

Когда в качестве специалиста вызывается аттестованный работник государственного судебно-экспертного учреждения (эксперт по должности), обычно не возникает сомнений в том, обладает ли данное лицо специальными познаниями. Так, ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»⁴ содержит совокупность квалификационных требований, предъявляемых к государственному судебному эксперту, в том числе необходимость наличия у него специальной профессиональной подготовки, подтверждаемой аттестациями на право самостоятельного производства судебной экспертизы (ст. ст. 12, 13).

Другое дело, когда для участия в уголовном процессе в качестве специалиста вызывается иное (не занимающее должность в экспертном учреждении) лицо, обладающее специальными знаниями. Возможны ситуации, когда у такого лица есть специальный документ, подтверждающий наличие у него необходимых знаний, но сам гражданин может утверждать, что в настоящее время он забыл многое из того, что позволило бы ему оказать эту помощь на должном уровне. Возможна и противоположная ситуация, когда человек утверждает, что он обладает конкретными знаниями, но подтвердить их наличие у себя документально не может. В любой из приведенных ситуаций А.П. Рыжаков не рекомендует признавать гражданина лицом, обладающим специальными знаниями с позиций ч. 1 ст. 58 УПК РФ⁵.

В то же время, по мнению Е.А. Карякина, знания, которыми обладает лицо, могут и не предполагать наличия официального документа, что не означает невоз-

¹ Шиканов В.И. Использование специальных познаний при расследовании убийств. – Иркутск, 1976. – С. 4.

² Махов В.Н. Сущность и понятие специальных знаний в советском уголовном процессе. – С. 59 - 60, 63. См. также: Трапезникова И. И. Понятие «специальные знания» в российском уголовном процессе. Комментарий к статьям 57, 58, 80 УПК РФ // Подготовлен для системы КонсультантПлюс. 2007.

³ Селина Е.В. Применение специальных познаний в уголовном процессе. – М., 2002. – С. 7.

⁴ ФЗ от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» // Российская газета. 2001. 5 июня. N 106 (2718).

⁵ Рыжаков А.П. Понятие и правовой статус в современном российском уголовном процессе // Подготовлен для Системы КонсультантПлюс, 2004. – С.5 – 6.

возможности привлечения лица к участию в деле в качестве специалиста. Автор приводит пример, когда дипломированный инженер в течение нескольких десятков лет увлекающийся филателией, изучающий специальную литературу, может дать заключение по вопросам, связанным с филателией¹. Как справедливо отмечал В.Н. Махов «было бы неправильным требование наличия высшего специального образования у всех лиц, специальные знания которых используются в уголовном судопроизводстве»². Часто в качестве специалиста привлекаются лица (особенно для оказания консультативной или технической помощи), которые не имеют высшего образования в той или иной области знаний, но обладают специальными познаниями в силу своей профессиональной деятельности, личных увлечений, практического опыта: программисты, нумизматы, пчеловоды, флористы, татуировщики, ювелиры и многие другие. В качестве примера можно привести также случаи привлечения в качестве специалиста – переводчика для лиц с сенсорными расстройствами (глухота, немота и др.) не только лиц, не имеющих специального образования, а являющихся их родственниками, так как часто в жесто-мимической речи при общении используются специфические знаки и жесты, известные ограниченному кругу лиц.

В УПК РФ речь идет не о квалификации специалиста (подтверждаемой всевозможными документами), а о том, что специалист обладает специальными знаниями, а это не одно и то же. В целом лицо, привлекаемое для участия в уголовном процессе в качестве специалиста, должен обладать необходимыми специальными познаниями (знаниями, навыками и умениями), а соответственно способностью и возможностью оказывать содействие в использовании специальных знаний, требуемых субъекту доказывания. При этом в качестве подтверждения компетентности специалиста можно учитывать наличие записи в трудовой книжке, удостоверение об окончании курсов, публикации в научных журналах, грамоты, а также недокументированные сведения, которые можно проверить, в том числе, свидетельскими показаниями.

*Мельников В.Ю., кандидат юридических наук,
Ростовский Государственный Университет путей сообщения*

Повышение роли защитника в ходе досудебного производства по уголовным делам

Защиту прав личности в уголовном процессе невозможно представить без участия такого участника уголовного судопроизводства как защитника (адвоката)³. УПК РФ значительно расширил допуск защитника к участию в уголовном деле, в т.ч. в случаях осуществления иных мер процессуального принуждения или других процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). Однако расплывчатость и неконкретность формулировки «процессуальные действия, затрагивающие права и свободы подозреваемого», осложняет применение данной нормы на практике.

¹ Карякин Е.А. Вовлечение специалиста в уголовное судопроизводство и последующая оценка его заключения и показаний // Современное право. – 2006. – № 6. – С.77.

² Махов В.Н. Сущность и понятие специальных знаний в советском уголовном процессе. – С.59- 60, 63.

³ Исследование выполнено при поддержке Министерства образования и науки Российской Федерации, соглашение № 8558 от 07.09.2012 г.

Следует отметить, что УПК РФ обязанности адвоката (защитника) в уголовном процессе напрямую не установлены. Статья 53 УПК РФ указывает, что «защитник вправе». Из этой нормы следует, что адвокат имеет право использовать не запрещенные УПК РФ средства и способы защиты.

Как показало проведенное автором исследование, из общего числа опрошенных утверждают: право иметь защитника не разъяснялось им при задержании – 52 %, при аресте – 48 %. Обвиняемые и подозреваемые в ряде случаев встречают противодействие, на что указали 14 % из них в группе опрошенных. Чаще других, по утверждению подозреваемых и обвиняемых, воспрепятствование следователем использования помощи защитника осуществлялось путем навязывания определенного защитника (34 %), напоминаний о необходимости оплаты услуг защитника (11 %). Лишь 18 % защитников ответили, что, по их мнению, следователи должным образом выполняют обязанность по разъяснению прав подсудимому.

Е.Г. Мартыничик отмечал, имеются достаточные основания для выводов о том, что сложились концептуальные основы адвокатского расследования. Только в условиях функционирования адвокатского расследования имеет смысл существование и эффективное использование тактики профессиональной защиты в состязательном уголовном процессе¹.

Между тем перечисленные цели нового уголовно-процессуального законодательства в действующей его модели в полной мере так и не были достигнуты. Теория судебных доказательств невозможна без отсутствия реальной состязательности сторон в ходе досудебного производства. Законодатель фактически закрепил неравенство сторон на досудебном производстве российского уголовного процесса.

Л.А. Воскобитова считает, что терминология «параллельное адвокатское расследование» не совсем удачна, т.к. неточно отражает существо изменений полномочий адвоката в доказывании в уголовном судопроизводстве². Речь идет лишь о самой конструкции, и необходимо различать: а) закрепление ее в законе и б) реализацию ее в практике современного российского уголовного судопроизводства.

Функциональное построение процесса предполагает не формальное (математически тождественное) уравнивание сторон по количеству предоставляемых им прав, а содержательное равенство их возможностей, соотношенное с их функциональными целями и соответствующее этим целям. Законодатель, предоставив защитнику, право собирать доказательства, по сути, признал за ним право производить адвокатское расследование. Наделив защитника правами, предусмотренными ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ, законодатель придал этой деятельности процессуально-правовой характер, включил ее в сферу доказывания по уголовным делам. Действия защитника могут быть отнесены к иным процессуальным действиям (п. 32 ст. 5 УПК РФ), хотя это и слишком общее понятие.

Законодатель не установил процессуальный порядок производства действий защитника, описанных в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, по собиранию и представлению доказательств. В ФЗ РФ «Об адвокатуре» вообще не упоминается о праве адвоката со-

¹ Мартыничик Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы формирования нового института и модели // Адвокатская практика. – 2012. – № 1. – С. 21.

² Воскобитова Л.А. Состязательность: две концепции участия адвоката в доказывании. Статья 1. Поиск алгоритма // Уголовное судопроизводство. – 2012. – № 2. – С. 22-24.

бирать доказательства. Существенные расхождения норм УПК РФ между собой обуславливают необходимость выработки единой научной позиции по поставленному вопросу, внесения изменений в законодательные акты.

Проведенное автором исследование подтверждает необходимость определения более точных границ полномочий защитника по проведению, в частности, опроса лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Закон не определяет порядок и условия проведения опроса, способы его фиксации и процессуального оформления, что затрудняет оценку допустимости результатов проведенного защитником опроса. Несмотря на то, что именно сообщают защитнику опрашиваемые им лица, доказательством сообщаемые им сведения могут быть признаны только в том случае, если впоследствии уже сообщенные этими лицами сведения будут надлежащим образом оформлены следователем протоколом их допроса. В противном случае проведенный защитником опрос не будет иметь никакой юридической силы.

Элементы состязательности, присутствующие на предварительном расследовании, где есть обвинение и защита, требуют обеспечить равенство прав следователя и защитника в процессе собирания доказательств, или, по крайней мере, преодоления существенного разрыва между возможностями первого и второго. Для того, чтобы защитники наиболее эффективно использовали право на участие в следственных действиях, необходимо гарантировать им это право путем устранения различных препятствий такому участию и внесения соответствующих изменений в уголовно-процессуальный закон.

Необходимо законодательное закрепление недопустимости отказа в принятии и приобщении к делу информации, представленной стороной защиты, а также законодательная регламентация порядка принятия этих сведений, предметов и документов. Следует отметить, что не урегулирован и сам порядок получения предметов или документов защитником.

Основаниями для принятия решения о завершении адвокатского расследования являются фактические данные, достаточная информация о полноте выявленных обстоятельств дела, которыми располагает защитник, имеющие существенное значение для охраны жизненных ценностей и благ потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или частного обвинителя. Такими доказательствами могут быть следующие обстоятельства уголовного дела: оправдывающие обвиняемого, т.е. опровергающие обвинение в целом либо в части; реабилитирующие подозреваемого или обвиняемого; подтверждающие необходимость применения уголовного закона о менее тяжком преступлении; смягчающие ответственность обвиняемого и подсудимого, т.е. влияющие на вид и размер уголовного наказания; влияющие на гражданско-правовую ответственность обвиняемого (вид, характер и размер причиненного ущерба). Основной формой завершения адвокатского расследования будет окончание его составлением процессуального акта, который можно называть защитительное заключение.

После того как защитник предъявил для ознакомления соответствующим участникам уголовного судопроизводства материалы произведенного им адвокатского расследования и составил об этом протокол, он приступает к составлению итогового процессуального документа, который завершает его деятельность на досудебном производстве.

Совершенствование процедуры производства адвокатского расследования предопределяет следующие весьма существенные обстоятельства: формы оконча-

ния адвокатского расследования, в т.ч. и процессуальных актов, в которых отражается завершение его; тактику профессиональной защиты. Именно во взаимосвязи с проблемой адвокатского расследования и находятся названные обстоятельства. В совокупности они позволяют выстроить следующую схему: «адвокатское расследование – защитительное заключение – тактика профессиональной защиты».

Таким образом, логическим продолжением частного начала в уголовном процессе является расширение права стороны защиты на собирание доказательств по уголовному делу, которые необходимы для опровержения подозрения и обвинения, защиты прав личности. Только таким путем можно уравновесить статус субъектов стороны обвинения и статус субъектов стороны защиты в уголовном судопроизводстве.

Участие защитника в собирании доказательств на стадии предварительного расследования требует детальной регламентации в уголовно-процессуальном законе с установлением системы гарантий, обеспечивающих реальное и эффективное осуществление данного права.

Для устранения противоречий между существующим положением и принципом состязательности необходимо расширить частное начало в уголовном процессе и правовые возможности его осуществления. По своей природе, предмету, задачам и целям адвокатское расследование представляет собой вид досудебного производства в уголовном процессе, производится в рамках предварительного расследования и носит субсидиарный, вспомогательный характер по отношению к последнему.

Один из вариантов нормативно-правовой регламентации видится в том, чтобы, с одной стороны, раздел VIII «Предварительное расследование» УПК РФ дополнить отдельной главой «Адвокатское расследование».

С другой стороны, в названную главу УПК РФ включить статью «Основания и формы окончания адвокатского расследования», взяв в качестве аналога регламентации данного вопроса основания и формы окончания предварительного расследования, так как его разновидностью является адвокатское расследование, играющее вспомогательную, дополнительную роль на досудебном производстве.

*Миллер А.В.,
Томский государственный университет*

О некоторых аспектах применения судами положений уголовного закона о праве судьи на изменение категории преступления

8 декабря 2011 года вступил в законную силу ФЗ от 07.12.2011 года № 420-ФЗ «О внесении изменений в УК РФ и отдельные законодательные акты Российской Федерации», которым ст. 15 УК РФ была дополнена ч.6, дающей российским судьям право на изменение категории преступления при рассмотрении конкретного уголовного дела. Согласно Пояснительной записки к законопроекту, по замыслу его «автора» – изменения ст. 15 УК РФ подготовлены по итогам изучения судебной практики по делам о преступлениях средней тяжести¹, наделение судей

¹ Согласно которым «с учетом обстоятельств дела и личности осужденного» суды зачастую назначают наказания в пределах санкции преступления менее тяжкой категории.

полномочием изменять категорию преступления имеет целью «индивидуализацию наказания и вынесение справедливых приговоров».

Как показывает практика обжалования постановлений¹, вынесенных в порядке гл. 47 УПК РФ, и суд первой инстанции и суд вышестоящей инстанции в 2012 году в подавляющем большинстве случаев при отказе в удовлетворении ходатайств о пересмотре приговоров в порядке ст. 10 УК РФ и применении ч. 6 ст. 15 УК РФ, в качестве мотивировки ссылались на мнение прокурора и тождественную этому мнению формулировку об «установленных фактических обстоятельствах преступления, и степени его общественной опасности», не позволяющих применить норму закона, иным образом смягчить наказание².

Произведенный по итогам первого квартала 2012 года анализ содержания конкретных судебных актов³ в части применения ч. 6 ст. 15 УК РФ показал, что, несмотря на отсутствие сложившейся правоприменительной практики единообразного толкования и применения норм ст. 10 и ч. 6 ст. 15 УК РФ, в большинстве случаев суды ряда регионов и Верховный Суд РФ основания для применения ч. 6 ст. 15 УК РФ разграничивают на правовые и фактические, в части последних: вывод об отсутствии или наличии фактических оснований для изменения категории преступления на менее тяжкую, мотивируют посредством «полного» исследования в судебном заседании конкретных материалов дела, посредством раскрытия в мотивировочной части судебного акта перечня и содержания каждого из «фактических обстоятельств преступления»; в мотивировочной части судебного акта приводят также анализ и описание всех и каждого обстоятельств, смягчающих наказание, данных о личности и роли лица в совершении деяния, данных о семье осужденного и т.д. Полноценные руководящие рекомендации и разъяснения высшего судебного органа в отношении ч. 6 ст. 15 УК РФ в настоящее время отсутствуют⁴.

Считаем, что помимо «фактических обстоятельств преступления, и степени его общественной опасности» как при рассмотрении ходатайств о пересмотре приговоров в порядке ст. 10 УК РФ, так и при постановлении приговора, суды должны в обоих случаях руководствоваться общими началами назначения наказания, а значит, учёту при принятии решения о наличии или отсутствии оснований для смягчения наказания, о применении или неприменении ч. 6 ст. 15 УК РФ подлежат

¹ Автор исходит из содержания судебных актов судов г. Томска и Томской области по делам, в которых он принимал участие в качестве защитника, либо по которым он осуществлял подготовку жалоб для осужденных, консультирование.

² При этом в большинстве случаев, в ходе судебного заседания в нарушение ст. 240 УПК РФ, приговор не оглашался, иные сведения, как об обстоятельствах преступления, так и о личности осужденного не истребовались и не исследовались.

³ См. к примеру: кассационные определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ: по делу № 49-О11-113, от 12.01.2012 г. по делу № 82-О11-56, от 17.01.2012 г. по делу 56-О11-80, от 09.02.2012 г. по делу 82-О12-1, от 05.03.2012 г. по делу № 5-О12-14, надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 01.03.2012 г. по делу № 72-Д11-10, кассационные определения Московского городского суда от 24.01.2012 г. по делу № 22-484/2012, от 08.02.2012 г. № 22-1357, кассационное определение Санкт-Петербургского городского суда от 28.02.2012 г. по делу № 1-53/2012, кассационное определение Верховного Суда Республики Карелия от 26.12.2011 г. по делу № 22-2801/2011 и др. (по данным ГАС «Правосудие»).

⁴ Кроме указания о необходимости мотивировать принимаемое по ходатайству решение о применении или неприменении ч. 6 ст. 15 УК РФ, содержащееся в «Ответах на вопросы, поступившие из судов, по применению федеральных законов от 7 марта 2011 года № 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» и от 7 декабря 2011 года № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 27.06.2012 года – фактически конкретного разъяснения нет.

также следующие данные о личности осужденного: а) пол, возраст, образование и т.д.; б) семейное положение; в) наличие прежних судимостей; г) отношение осужденного к содеянному, раскаяние, признание вины; д) имущественное положение осужденного; е) сведения о вредных последствиях преступления (к примеру, о наличии иска, иные); ж) сведения о том в какой период времени до осуждения и по каким причинам прекращена преступная деятельность; з) влияние назначенного наказания (и снижения назначенного наказания) на исправление осужденного; и) влияние назначенного наказания (и снижения назначенного наказания) на условия жизни семьи осужденного.

Вывод о таком перечне подлежащих исследованию в судебном заседании сведений по фактическому основанию сделан по итогам изучения судебных актов, согласно которым ч. 6 ст. 15 УК РФ в 2012 году была применена судами¹.

Таким образом, принимая во внимание, как логику «автора» закона, так и складывающуюся правоприменительную практику, можно заключить следующее:

1) основания для изменения категории преступления на менее тяжкую нужно разделять на фактические и правовые, наличие, отсутствие и содержание которых должно излагаться и анализироваться в мотивировочной части судебного акта;

2) при решении вопроса о возможности применения ч. 6 ст. 15 УК РФ помимо «фактических обстоятельств преступления, и степени его общественной опасности» учету подлежат и сведения о личности лица, совершившего преступление;

3) по результатам применения ч. 6 ст. 15 УК РФ в течение 2012 года можно утверждать, что следствием отсутствия сложившейся правоприменительной практики единообразного толкования и применения судами норм ч. 6 ст. 15 УК РФ, может стать дальнейшее увеличение количества фактов нарушения прав обвиняемых, осужденных, неэффективность использования правовой нормы судами;

4) устранение правовой неопределенности в критериях фактических оснований, подлежащих исследованию при решении вопросов о применении ч. 6 ст. 15 УК РФ должно происходить в порядке обобщения судебной практики на уровне регионов, так и путём предоставления руководящих разъяснений и рекомендаций в форме отдельного Постановления Пленума Верховного Суда РФ²;

5) подобное расширение дискреционных полномочий суда должно быть прямо пропорционально повышению персональной ответственности судей, а равно ответственности судьи за достоверность судебного прогноза³.

Проводимая государством либеральная уголовная политика через расширение судебской дискреции должна иметь разумные границы со всех сторон.

¹ См. к примеру: кассационное определение Верховного Суда РФ от 09.08.2012 г. № 11-О12-50; кассационное определение Верховного Суда РФ от 10.07.2012 г. № 11-О12-39; кассационное определение Верховного Суда РФ от 14.06.2012 г. № 88-О12-23; кассационное определение Верховного Суда РФ от 31.05.2012 г. № 50-О12-18; кассационное определение Верховного Суда РФ от 28.02.2012 г. № 47-О12-7; определение Верховного Суда РФ от 19.01.2012 г. № 48-Д11-27 и др. (по данным ГАС «Правосудие»)

² Либо изданием нового постановления о практике назначении судами уголовного наказания в свете изменений внесенных в уголовный закон.

³ Который отражает вид и размер уголовного наказания, назначаемых судом сообразно достижению всех целей наказания.

Институт показаний свидетеля в уголовном процессе России: проблемы совершенствования

Значение показаний свидетеля для точного установления обстоятельств совершенного преступления трудно переоценить. Неудивительно, что без этого вида доказательств не обходится, как правило, ни одно расследование. Вместе с тем, институт показаний свидетеля остро нуждается в совершенствовании. Кратко остановимся на некоторых актуальных проблемах.

Прежде всего, сегодня не ясно, какие именно сведения, сообщаемые свидетелем, следует относить к его показаниям. Буквальное толкование положений статьи 79 УПК РФ приведет к ошибочному выводу о том, что показания могут быть получены лишь в ходе одного следственного действия – допроса. Между тем, анализ статей 192 – 194 УПК РФ помогает признать показаниями свидетеля и те сведения, которые сообщены им в ходе очной ставки, предъявления для опознания и проверки показаний на месте. Следовательно, статья 79 УПК РФ нуждается в соответствующем уточнении. Причем устранение допущенной неточности не терпит отлагательства; иначе, к примеру, в случае сообщения свидетелем заведомо ложных сведений в ходе очной ставки или предъявления для опознания, его привлечение к уголовной ответственности по статье 307 УК РФ может оказаться весьма проблематичным.

Могут ли показания быть даны при производстве других следственных действий, например, в ходе осмотра или обыска? Найти ответ на этот вопрос не так просто. Статья об общих правилах производства следственных действий предусмотрела необходимость предупреждения свидетеля, если он в них участвует, об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний (часть 5 статьи 164 УПК РФ). Однако статьи 177 и 182 УПК РФ, посвященные порядку осмотра и обыска, умалчивают о том, чтобы кто-то из участвующих лиц, включая свидетеля, сообщал значимые для дела сведения в форме свободного рассказа или ответов на вопросы. И все же мы полагаем, что сведения, сообщенные свидетелем в ходе осмотра, обыска или другого следственного действия с его участием, должны признаваться в качестве допустимых доказательств по делу, а с учетом природы таких сведений – рассматриваться как показания свидетеля.

Здесь мы коснулись более общей проблемы: система источников доказательств, закрепленная в части 2 статьи 74 УПК РФ, не охватывает всех случаев вовлечения в уголовное судопроизводство значимых сведений, сообщенных гражданами. Ведь лицо может сообщить такие сведения не только в ходе следственного действия, но и, к примеру, в ходе «доследственной проверки», дав следователю объяснения, а также в ходе опроса, проведенного защитником или оперативным работником. Поскольку прямо в качестве самостоятельного источника доказательств объяснения не названы, они фактически вовлекаются в процесс доказывания через другие процессуальные формы, например, через такой источник, как иные документы. Между тем, такое отнесение объяснений к определенным документам искусственно и происходит от желания правоприменителей сохранить

сведения, полученные законным путем, для использования в качестве доказательств. На наш взгляд, следует прямо дополнить систему источников доказательств «объяснениями», предусмотрев в то же время строгие условия их использования в доказывании (в частности, последующий допрос давшего объяснение лица, чтобы при наличии противоречий между его объяснениями и показаниями была возможность оценить, какое из доказательств достоверно). Вторым возможным вариантом, за который высказываются некоторые ученые: максимально расширить существующее понятие «показания» за счет отнесения к таковым вообще всех устных сведений, включая те, что получены в ходе опроса лица адвокатом.

В любом случае, основным средством получения показаний свидетеля остается его допрос. Анализ положений статей 56, 187 – 190 УПК РФ позволяет сделать вывод о том, что в целом существующие правила получения показаний свидетеля предусматривают определенные гарантии того, что сообщаемые свидетелем сведения будут отвечать критериям допустимости и достоверности. Вместе с тем, необходимость дальнейшего совершенствования процессуального порядка допроса, на наш взгляд, очевидна. Так, давно пора шире использовать видеоконференц-связь, применение которой для получения показаний в судебных стадиях нашло, наконец, широкое закрепление в российском законе (см. часть 2 статьи 389-12, часть 8 статьи 389-13 УПК РФ). Однако до сих пор не предусмотрено использование этой системы в ходе досудебного производства по уголовному делу. Между тем, получение не только судьями, но и следователями показаний свидетелей с помощью видеоконференц-связи с успехом практикуется во многих западных странах; недавно к числу таких стран присоединилась Украина. Причем речь идет не только о процессуальной экономии, но и о возможности повышения достоверности получаемых показаний. Ведь нередко ложь о собственной неосведомленности об обстоятельствах преступления продиктована простым нежеланием свидетеля являться по вызову в другой населенный пункт.

Здесь мы вплотную подошли к следующей проблеме: низкой эффективности борьбы с лжесвидетельством. Сегодня в России только единицы лжесвидетелей привлекаются к уголовной ответственности, причем наказание ограничивается незначительными штрафами. Необходимо внести ряд изменений в уголовное законодательство, чтобы добиться большей эффективности мер ответственности, в частности: усилить уголовную ответственность за неквалифицированную дачу свидетелями заведомо ложных показаний, предусмотрев возможность назначить за это преступление более строгое наказание – лишение свободы; дополнить статью 307 УК РФ, установив в качестве квалифицирующих признаков, усиливающих уголовную ответственность, согласованную дачу двумя и более лицами заведомо ложных показаний; изменить примечание к статье 307 УК РФ, предусмотрев не обязательность, а лишь возможность освобождения от ответственности лжесвидетеля, добровольно сообщившего о своей лжи.

Необходимы также дополнительные меры защиты, направленные на обеспечение безопасности добропорядочного свидетеля. Так, следует дополнить статью 309 УК РФ и предусмотреть ответственность за подкуп и принуждение свидетеля к отказу от дачи показаний; уточнить часть 9 статьи 166 УПК РФ, чтобы опечатанный конверт с данными свидетеля, давшим показания под псевдонимом, хранился не в материалах уголовного дела, а отдельно от него (иначе велика опасность несанкционированного вскрытия такого конверта); дополнить институт мер

процессуального принуждения судебным ограничительным приказом, запрещающим участникам процесса и третьим лицам выполнение определенных действий в отношении защищаемого лица и его близких (приближаться к ним, звонить по телефону и т.п.).

*Перепечина И.О., доктор медицинских наук,
Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова*

О необходимости правового регулирования деятельности в области криминалистического ДНК-анализа

Криминалистическое исследование ДНК, в силу его специфического характера и большой социальной значимости, требует особого правового регулирования. Такая позиция находит отражение в законодательствах многих стран.

Принятие ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации» положило начало законодательному регулированию криминалистического ДНК-анализа и в нашей стране. Однако этим законом решены далеко не все вопросы, требующие правовой регламентации в данной сфере. За его рамками остался не только ряд важных аспектов ДНК-регистрации, но и иные, не затронутые данным законодательным актом, вопросы. Так, отдельной задачей является правовое регулирование экспертной деятельности с применением ДНК-технологий, вне создания системы генетических учетов, добровольных массовых ДНК-скринингов населения, криминалистического ДНК-фенотипирования.

1. Правовые проблемы государственной геномной регистрации.

Значительная, в перспективе, вовлеченность создаваемой в России системы геномной регистрации в процесс раскрытия и расследования преступлений, а следовательно, и в жизнь общества, диктует необходимость детальной проработки всех существенных позиций правового регулирования этой деятельности. ФЗ установлены лишь самые базовые положения. Требуется, однако, дальнейшая работа над законом, а также разработка и утверждение нормативно-правовых актов во исполнение его положений. В целях реализации ФЗ издано Постановление Правительства Российской Федерации от 11 октября 2011 № 828, которым утверждено Положение о порядке проведения обязательной государственной геномной регистрации лиц, осужденных и отбывающих наказание в виде лишения свободы». Разработан также Проект Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении положений о порядке проведения обязательной государственной геномной регистрации неустановленных лиц, биологический материал которых изъят в ходе производства следственных действий, и неопознанных трупов и о порядке проведения добровольной государственной геномной регистрации».

Однако этими актами решены далеко не все вопросы государственной геномной регистрации, требующие правового регулирования. Центральное место среди проблем занимает правовая регламентация механизмов, обеспечивающих реализацию ключевого положения закона - цели геномной регистрации, которая, в соответствии со ст. 2 закона, состоит в идентификации личности человека. В ч. 2 ст. 13 указано, что «биологический материал, полученный при проведении геномной регистрации, должен использоваться только для целей, предусмотренных ФЗ и в порядке, установленном законодательством Российской Федерации». Однако

ни данным законом, ни иными нормативно-правовыми актами не установлено, как, конкретно, будет обеспечено такое строго целенаправленное использование биологического материала и соответствующей геномной информации. Требуется разработки и целый ряд иных позиций, связанных с реализацией ФЗ, - касающихся, в частности, механизма получения образцов у лиц, подлежащих обязательной геномной регистрации; возможности изъятия из базы данных геномной информации лица, признанного невиновным; критериев и порядка изъятия из банка ДНК биологического материала; обеспечения гарантий прав граждан при реализации задачи «установления родственных отношений разыскиваемых (устанавливаемых) лиц» (ч. 2 ст. 14), из которой следует, что правоохранительные органы, располагая генетической информацией осужденных, получают доступ к генетической информации их родственников - законопослушных граждан; и др.¹.

2. Правовые проблемы применения ДНК-анализа для производства судебных экспертиз.

Законодательное регулирование экспертной деятельности в области ДНК-идентификации осуществляется в рамках общих положений, охватывающих судебную экспертизу в целом. Специальные вопросы рассмотрены лишь в немногочисленных ведомственных источниках, не всегда имеющих достаточную юридическую силу, а также охватывающих лишь отдельные сегменты данной области экспертных исследований.

Особое значение имеет обеспечение конфиденциальности генетической информации проходящих по делу лиц, что требует строгой регламентации всех этапов работы с генетической информацией.

Необходимо внесение в уголовно-правовое законодательство ряда изменений, направленных на обеспечение возможности полноценной проверки достоверности результатов проведенных судебных экспертиз, которая часто оказывается неосуществимой из-за отсутствия возможности ретроспективного изучения в полном объеме первичных фактических данных. Данная проблема имеет особую остроту для ДНК-анализа, однако она актуальна и для других видов криминалистических исследований².

Нужна правовая регламентация требований, касающихся работы с криминалистически значимой информацией, которые следует ранжировать, закрепив законодательно наиболее общие и важные из них и регламентировав остальные на уровне ведомственных нормативно-правовых актов. С помощью научно-технических средств, а не только описания, должны документироваться все этапы работы с генетической информацией - как экспертные (начиная с осмотра представленных на экспертизу объектов), так и доэкспертные, проводимые в рамках следственных действий (осмотра места происшествия, осмотра предметов, освидетельствования и др.). Необходима полнота фиксации данных допроса, в ходе которого должна быть получена и сохранена информация, важная для установления

¹ Эти вопросы были подробно рассмотрены в работе: Перепечина И.О. ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»: правовые и криминалистические аспекты // Вестник криминалистики. – 2010. - №1 (33). – С. 16-22.

² См.: Перепечина И.О. Проблемы использования современных судебно-экспертных технологий в условиях действующего уголовно-процессуального законодательства // Сб. науч. трудов «Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики». – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 482-487.

механизма образования следов, а также для доказательства относимости соответствующих объектов к событию преступления.

С целью предотвращения контаминации – загрязнения объекта чужеродной ДНК, при осмотре места происшествия и изъятии следов необходимо не только использовать необходимые средства защиты объекта от загрязнения, но и документировать с помощью фото- или видеосъемки весь процесс его изъятия.

3. Правовые проблемы добровольных массовых ДНК-скринингов населения.

Вопрос о добровольном массовом ДНК-скрининге может возникнуть в случае тупиковой следственной ситуации, когда возможности всех остальных средств раскрытия тяжкого преступления (включая геномную регистрацию) исчерпаны. За рубежом ДНК-скрининги уже нашли широкое применение. В отечественной практике их использование пока весьма проблематично, однако, несмотря на это, своевременно должен быть поставлен и решен вопрос об их правовом обеспечении, в силу тех издержек, с которыми неизбежно связано вовлечение лица в орбиту расследования.

4. Правовые проблемы криминалистического ДНК-фенотипирования.

Во всем мире проводятся широкие научные исследования, имеющие своей целью прогнозировать по следам признаки внешности человека: цвет глаз, волос, кожных покровов; строение лица; рост; конституциональные особенности скелета и т.д. Изучение генетических маркеров признаков внешности разрабатывается в рамках ДНК-фенотипирования. Область его, впрочем, шире, включая также исследования по установлению географического, этнического происхождения индивидуума, выявлению предрасположенности к различным заболеваниям, прогнозированию поведенческих особенностей. Поскольку такие исследования затрагивают крайне уязвимые для личности сферы, они представляют потенциальную опасность для гражданских прав и свобод.

Как видно, необходимо строгое правовое регулирование самых различных аспектов криминалистического исследования ДНК, касающихся как научных исследований, так и практического использования их результатов в правоприменительной деятельности.

Целесообразно рассмотреть вопрос о разработке закона о криминалистическом исследовании ДНК.

Петров Д.В.,

Евразийский научно-исследовательский институт проблем права

Организационные аспекты в механизме обеспечения безопасности личности и профессиональной деятельности адвоката

Действующим российским законодательством адвокат обеспечен достаточно широким спектром прав и гарантий независимости. Кроме того, Советом Федеральной палаты адвокатов РФ разработаны рекомендации по обеспечению адвокатской тайны, гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности¹, а также меры по защите профессиональных

¹ Решение Совета Федеральной палаты адвокатов РФ от 10 декабря 2003 г. (протокол № 4) / www.fparf.ru.

прав адвоката¹. Создаются специальные комиссии по защите профессиональных и социальных прав адвокатов и в адвокатских палатах субъектов РФ. Вместе с тем, количество нарушений профессиональных прав адвокатов и незаконного вмешательства в их деятельность год от года продолжает оставаться высоким². Только за 2011 год от рук преступников погибло 5 адвокатов, кроме того, зафиксировано 5 случаев причинения вреда здоровью адвокатов³. Исходя из этого, можно сделать вывод о том, что действующих законодательных и практических механизмов недостаточно для обеспечения личной и профессиональной безопасности адвокатов. В этой связи нам представляется наиболее эффективным комплексный подход к решению данной проблемы, включающий в себя помимо совершенствования действующих правовых механизмов, так же и разработку организационных мероприятий по обеспечению безопасности адвокатов.

К организационным мероприятиям по обеспечению безопасности адвокатов можно отнести:

1) Мероприятия по непосредственному обеспечению личной безопасности адвоката от преступных посягательств:

- застраховать жизнь и здоровье адвоката в заслуживающей доверия страховой компании;

- установить исключаящий угон и (или) взлом с целью проникновения и хищения (оставления в салоне) каких-либо предметов и документов, современный противоугонный комплекс на автомобиль. По возможности оставлять автомобиль на охраняемой стоянке и (или) в сфере действия постоянно записывающей видеокамеры;

- оборудовать квартиру охранной сигнализацией и системой внутреннего видеонаблюдения с целью исключить проникновение в нее посторонних лиц и хищения (оставления в квартире) каких-либо предметов и документов;

- приобрести лицензию на средства самообороны и сами средства самообороны (наиболее действенное в настоящее время - травматическое оружие), либо приобрести средства самообороны, не подлежащие лицензированию (газовый баллончик, электрошоковое устройство);

- в случае поступления угроз, связанных с профессиональной деятельностью, незамедлительно обращаться в органы внутренних дел, на которые в соответствии с ч.4 ст. 18 ФЗ «Об адвокатуре» возложена обязанность принимать необходимые меры по обеспечению безопасности адвоката, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества. В случае поступления угроз по телефону рекомендовать сотрудникам ОВД на основании ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», произвести прослушивание и запись переговоров с целью установления лиц, оказывающих давление на адвоката;

- целесообразно обратиться в частные охранные службы и заключить договор на оказание услуг по обеспечению личной безопасности адвоката в виде постоянного нахождения рядом с ним сотрудника (сотрудников) ЧОА;

- приобрести так называемую «тревожную кнопку», подключенную к централизованному пультам вневедомственной охраны ОВД или частных охранных

¹ Одобрено Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации (Протокол № 5 от 22 апреля 2004 года) / www.fparf.ru.

² См.: официальный сайт Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации www.fparf.ru.

³ См.: www.fparf.ru.

предприятий в целях обеспечения возможности подачи сигнала о помощи и выезда группы быстрого реагирования на место подачи сигнала;

- иметь в мобильном телефоне номера дежурных частей органов внутренних дел и других экстренных служб для обеспечения быстро вызова на место происшествия их сотрудников.

2) Мероприятия по обеспечению личной безопасности адвоката при общении с доверителями и осуществлении отдельных профессиональных прав:

- при проведении мероприятий направленных на опрос лиц с их согласия в рамках ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» наряду с оформлением «Акта опроса лица с его согласия» использовать с согласия опрашиваемого лица аудио и (или) видеозапись с отметкой об этом в акте;

- при конфликтности доверителя принимать и передавать ему обратно все документы под расписку;

- при предположении о возможном создании конфликтной ситуации в общении с сотрудниками правоохранительных органов, в ходе выполнения конкретного поручения, фиксировать ход бесед с помощью диктофона и (или) скрытой видеокамеры;

- все переданные соответствующим лицам ходатайства и жалобы составлять в двух экземплярах и требовать поставить на 2-м экземпляре отметку о дате и времени их вручения;

- при отказе доверителя от обжалования судебного решения (приговора), в первую очередь того, который первоначально не устраивал доверителя, попросить его зафиксировать отказ в письменной форме;

- строго соблюдать закон и нормы кодекса профессиональной этики адвоката, в первую очередь, в части финансовой дисциплины. Особо следует обратить внимание на то, что не следует принимать от доверителя денежные средства;

- производить фиксацию следственных действий и судебного заседания с помощью диктофона (видеокамеры).

Таким образом, только принятие правовых и организационных мер в комплексе будет способствовать полноценному обеспечению безопасности личности и профессиональной деятельности адвоката.

*Попов К.И., кандидат юридических наук, доцент,
Московский государственный университет путей сообщения*

Согласие лица как обстоятельство правомерного причинения вреда

Согласие лица как обстоятельство, исключающее преступность деяния, давно исследовалось в теории российского уголовного права.

Так, Н.С. Таганцев исходил из того, что согласие обладателя нарушенного интереса устраняет, прежде всего, преступность имущественных посягательств, а также посягательств на честь и целомудрие. Вместе с тем вопрос о возможности исключения уголовной ответственности при посягательстве на телесную неприкосновенность, по его мнению, является весьма спорным и зависит от ряда обстоятельств: тяжести нанесенного ущерба, особенности обстановки (больной или лицо, сознательно идущее на научный эксперимент) и т.д. Лишение жизни по согласию

лица должно влечь наказание, но его размер должен зависеть от обстоятельств¹. А.А. Пионтковский указывал, что согласие потерпевшего является обстоятельством, устраняющим общественную опасность деяния при посягательстве на те права и интересы, которые находятся в свободном распоряжении потерпевшего. По его мнению, таковыми являются при известных условиях имущественные права и интересы личности². А.И. Санталов также называет в числе обстоятельств, исключающих противоправность деяния, согласие потерпевшего, считая, что оно устраняет посягательство на охраняемый законом интерес, который находится в полном распоряжении лица, давшего согласие на причинение ущерба этому интересу³.

По мнению А.Н. Красикова посягательство на самого себя, свои личные блага, как правило, не являются уголовно наказуемым деянием, а наоборот, может характеризоваться как общественно полезное поведение, например, согласие на проведение научного эксперимента с риском для своего здоровья⁴. Наличие в законе материально-правового основания освобождения от уголовной ответственности за примирение потерпевшего с виновным позволяет прийти к суждению о том, что если потерпевшему предоставлено законом право прощать виновному факт причинения вреда личным благам, то, очевидно, человек имеет право в определенных случаях дать согласие на их нарушение⁵.

По мнению авторов теоретической модели Общей части проекта Уголовного кодекса В.Н. Кудрявцева и С.Г. Келиной согласие потерпевшего не исключает преступности совершенных при этом действий (бездействия), если эти действия (бездействие) являются общественно опасными и запрещены законом⁶. Представляется, что данный подход не отражает существа обстоятельств, исключающих преступность деяния, которые закрепляют как исключение из общего определения преступления случаи правомерного причинения вреда.

Авторы Курса уголовного права считают, что рассмотрение этого вопроса может иметь место не вообще, а только применительно к конкретным составам преступления. При лишении жизни и причинении любого, кроме легкого, вреда здоровью согласие потерпевшего правового значения не имеет. Согласие потерпевшего на уничтожение или повреждение своего личного имущества исключает уголовную ответственность при условии, что такие действия не совершены общественно опасным способом и не повлекли тяжких последствий. Вне этого вопрос регулируется нормами гражданского законодательства. В этом случае речь идет не столько о согласии потерпевшего, сколько об осуществлении им своего субъективного права⁷. Следует согласиться с И.И. Карпцом, который считал, что, несмотря на отсутствие в уголовном законе прямого указания об устранении преступности в случаях причинения вреда с согласия лица, практически это обстоя-

¹ Таганцев Н.С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая. В 2 т. – М., 1994. Т.1. – С. 184.

² Курс советского уголовного права: В 6 т. – М., 1970. Т. 2. – С. 393.

³ Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 1 / отв. ред. Беляев Н.А., Шаргородский М.Д. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. – С. 463.

⁴ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве / под ред. Ной И.С. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1976. - С. 25-27.

⁵ Красиков А.Н. Примирение с потерпевшим и согласие потерпевшего – «частный» сектор в публичном уголовном праве // Правоведение. – 1998. - № 1. – С. 18.

⁶ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. – М.: Наука, 1987. – С. 127.

⁷ Курс уголовного права. Общая часть. Т.1: Учение о преступлении / под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М., 1999. – С. 445.

тельство действует на основе нравственной оценки как самого согласия, так и деяния, на которое это согласие дано¹.

По мнению В.И. Михайлова причинение вреда интересам лица с его согласия является правомерным и по этому основанию не относится к числу преступлений. Естественно, в таком случае в признании потерпевшим лица, с согласия которого причинен вред его интересам, будет отказано. Поэтому лицо, интересам которого с его согласия причинен вред, не может рассматриваться в качестве потерпевшего. Таким образом, используемый при определении анализируемого обстоятельства термин «потерпевший» не соответствует нормативно определенному значению этого термина в законодательстве². Представляется, что причинение вреда с согласия лица обладает всеми необходимыми признаками обстоятельства, исключаяющего преступность деяния.

Во-первых, добровольное, не вынужденное волеизъявление лица на причинение ему или его правам и интересам вреда. Согласие лица, полученное путем принуждения, насилия, шантажа, обмана, угроз или использования зависимого положения, не может признаваться добровольным. Лицо, дающее согласие на причинение вреда, действует добровольно и с осознанием характера и объема ущемления его интересов.

Во-вторых, согласие лица должно быть наличным и предварительным, то есть существовать в пространстве и по времени предшествовать причинению вреда.

В-третьих, согласие должно быть реальным, объективно существующим, очевидным, ясно выраженным путем прямого разрешения или просьбы. В этой связи представляется предпочтительным простая письменная форма такого согласия.

В-четвертых, такое согласие должно даваться вменяемым физическим лицом, достигшим 16-летнего возраста (общего возраста наступления уголовной ответственности).

В-пятых, согласие лица должно относиться к посягательствам лишь на те права и интересы, которые находятся в его свободном распоряжении, то есть прежде всего на имущественные права, а также на отдельные личные права и свободы (например, связанные с трансплантацией органов и тканей).

В-шестых, согласие лица не должно преследовать целей причинения вреда интересам третьих лиц, общества или государства.

Таким образом, сущность данного обстоятельства сводится к тому, что согласие лица на причинение вреда его интересам исключает преступность действий причинителя вреда и причиненный вред считается правомерным. В таких ситуациях, как правило, ущемление одних благ лица компенсируется достижением других. Это может быть победа в спортивном состязании, причастность к защите Отечества, получение определенных материальных благ, укрепление здоровья и т.д. Естественно, что в таком случае под согласием лица следует понимать его свободное волеизъявление, являющееся, с одной стороны, правом на достижение личного интереса и, с другой, нормой поведения для третьих лиц³. На основании изложенного полагаем, что главу 8 УК РФ «Обстоятельства, исключаяющие преступность дея-

¹ Карпец И.И. Уголовное право и этика. – М., 1985. – С. 129.

² Михайлов В.И. Согласие лица как обстоятельство, исключаящее преступность деяния // Законодательство. – 2002. - № 2. – С. 27.

³ Красиков А.Н. Согласие потерпевшего как обстоятельство, исключаящее уголовную ответственность и наказуемость по советскому уголовному праву: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Саратов, 1972. – С. 13.

ния» юридически целесообразно и практически оправданно дополнить новым обстоятельством о признании непроступным и правомерным причинения вреда интересам лица с его согласия (по его просьбе). Представляется, что данное положение послужит дальнейшей гуманизации российского уголовного законодательства.

*Пронин К.В., кандидат юридических наук, доцент,
Саратовский военный институт ВВ МВД России*

К вопросу об «убедительности» доказательств

Влияние того или иного доказательства на формирование внутреннего убеждения определяется его «убедительностью» для субъекта доказывания - индивидуальной (субъективной) психологической характеристикой, определяющей степень доверия к тому или иному доказательству и его значимость для субъекта доказывания. Убедительность одного и того же доказательства может иметь существенно разное значение для двух разных субъектов доказывания. Следовательно, убедительность доказательства является не характеристикой самого доказательства, а субъективной характеристикой личности лица, оценивающего доказательство¹. Степень убедительности того или иного доказательства для конкретного лица складывается под влиянием практики, т.е. его профессионального и житейского опыта. Приступая к оценке доказательств, субъект доказывания уже имеет определенную матрицу «коэффициентов доверия» и «коэффициентов значимости», и каждое доказательство вносит свой вклад в формирование его внутреннего убеждения с учетом значения этих коэффициентов.

Таким образом, требование об отсутствии, более того, недопустимости у доказательств заранее установленной силы, в том виде, в котором оно изложено в ч. 2 ст. 17 УПК РФ, противоречит объективной природе формирования внутреннего убеждения. На наш взгляд, данное правило должно содержать запрет только на нормативное закрепление «веса» того или иного вида доказательств, т.е. на установление системы формальных доказательств, когда субъект оценки доказательств превращается в обычный арифмометр для сложения и сравнения целых и дробных чисел.

И здесь нельзя не вспомнить о так называемых «фактических презумпциях», под которыми понимаются «обычно наблюдаемые опытные обобщения, так бывает, как правило, в схожих, типичных ситуациях»². В качестве яркого примера такой «внеправовой» убедительности можно привести отношение следователей, государственных обвинителей и судей к заключению эксперта. Как отмечает В.В. Конин, заключение эксперта зачастую расценивается ими как наиболее убедительное, бесспорное доказательство в силу того, что исходит от лица, обладающего специальными знаниями в конкретной научной отрасли, в технике, каком-либо ремесле или искусстве, которыми, как правило, не располагает сторона обвинения, а также суд³.

¹ С точки зрения кибернетики, можно также рассматривать убедительность как функциональную характеристику системы «субъект оценки доказательства – доказательство».

² Печников Г.А. Диалектические проблемы истины в уголовном процессе. – Волгоград: ВА МВД России, 2010. – С. 30.

³ См.: Конин В.В. Осмысление и оценка заключения эксперта в уголовном судопроизводстве // Уголовное судопроизводство. – 2008. - № 4. – С. 16-17.

В теории уголовного процесса сформировалось достаточно негативное отношение к рассматриваемому правовому феномену¹. Как подчеркивает Г.А. Печников, «презумпция всегда стремится предварить, предвосхитить выводы исследования»². Однако употребление термина «презумпция» в данном случае вряд ли уместно. Презумпция представляет собой незыблемое правило, которым надлежит руководствоваться неукоснительно. Фактическая же презумпция, представляющая собой, по сути, начальную матрицу с коэффициентами доверия и значимости, под влиянием практики, конкретных обстоятельств, может претерпевать значительные изменения. Причем не только посредством изменения значений тех или иных коэффициентов. В ходе расследования уголовного дела будет изменяться её размерность. Коэффициент доверия к заключению эксперта становится вложенной матрицей, состоящей из таких элементов как «коэффициент доверия к заключению эксперта А», «коэффициент доверия к заключению эксперта В», «коэффициент доверия к заключению комиссионной судебной экспертизе», «коэффициент доверия к заключению комплексной судебной экспертизе N-го экспертного учреждения» и т.д. Следует констатировать, что в большинстве случаев фактические презумпции носят рациональный характер, основываются на объективно существующих закономерностях. Однозначно негативное воздействие они оказывают только в том случае, если вместо матрицы переменных коэффициентов убедительности субъект доказывания начинает использовать матрицу с константными значениями, величина которых ни как не увязывается с конкретными обстоятельствами расследуемого уголовного дела, с правоприменительной практикой. Ни в коем случае нельзя абсолютизировать значимость фактических презумпций - по своей правовой природе они всегда носят лишь вероятностный характер. «Это предположение, основанное на вероятности», - подчеркивает Г.А. Печников³. Слепое следование пусть и очень убедительному предположению, без его всесторонней и объективной проверки недопустимо. Иной подход означал бы «смещение математического и гносеологического понятия вероятности»⁴, игнорирование возможности существования уникального стечения обстоятельств. Как отмечает А.М. Ларин, «В математике и обслуживаемых ею отраслях знания вероятность – количественная сторона (мера) возможности события в массовых явлениях. В гносеологии же вероятность – неполное проблематичное знание, объектом которого могут быть и массовые, и единичные события... Имея дело с большими совокупностями, теория вероятностей не принимает в расчет индивидуальные особенности каждого из них. В уголовном деле же решающее значение приобретают конкретные индивидуальные особенности отдельного факта, отдельного обстоятельства»⁵.

Наиболее ярким примером игнорирования вероятностной природы фактических презумпций является многовековая практика применения в доказывании простого житейского правила: «невиновный, как правило, не станет изобличать самого себя». В результате возведения данного правила в абсолют фактическая презумпция, зачастую, подменялась презумпцией правовой. Признание обвиняемого

¹ См., например: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под. ред. В.П. Верина, В.В. Мозякова. – М.: Экзамен, 2004. С. 70; Безлепкина Б.Т. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). – М.: КНОРУС, 2008. – С. 28-29.

² Печников Г.А. Указ. раб. – С. 30.

³ Печников Г.А. Указ. раб. – С. 30.

⁴ Ларин А.М. Презумпция невиновности. – М., 1982. – С. 87.

⁵ Там же. – С. 87-88.

нормативно закреплялось в качестве «царицы доказательств»¹, приобретало характер необходимого и достаточного условия признания подсудимого виновным, что, в свою очередь, порождало многочисленные злоупотребления в ходе расследования.

Тот факт, что российский законодатель счел необходимым включить в УПК РФ специальную норму (ч. 2 ст. 77 УПК РФ), направленную на снижение «доказательственной силы»² рассматриваемой фактической презумпции, свидетельствует о сохранении у правоприменителей неоправданно завышенного коэффициента убедительности в отношении признательных показаний обвиняемого (подозреваемого).

*Федорова Л.Ф.,
Институт Дружбы народов Кавказа, филиал в г. Светлограде*

К вопросу о понятии «детская порнография» в законодательстве Российской Федерации

Дети — одна из самых незащищенных групп населения. Охрана детей и подростков от преступлений и иных противоправных посягательств — приоритетная задача любого цивилизованного общества. Российская Федерация не должна быть исключением.

В Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012-2017 годы, утвержденной Указом Президента РФ от 1 июня 2012 г. № 761³ указано, что развитие высоких технологий, открытость страны мировому сообществу привели к незащищенности детей от противоправного контента в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», усугубили проблемы, связанные с торговлей детьми, детской порнографией и проституцией. По сведениям МВД России, число сайтов, содержащих материалы с детской порнографией, увеличилось почти на треть, а количество самих интернет-материалов — в 25 раз⁴.

В ст.ст. 242 и 242.1 УК РФ установлена ответственность за оборот порнографии и материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних. Количество уголовных дел по данной категории преступлений постоянно растет. Статистические данные в целом свидетельствуют о повышении активности правоохранительных органов в выявлении фактов незаконного оборота порнографических материалов. Так, за период с 2000 по 2010 г. количество уголовных дел по ст. 242 УК РФ увеличилось с 361 в 2000 г. до 2517 в 2010 г. Число лиц, осужденных за незаконное распространение порнографических материалов или предметов, за этот же период увеличилось с 80 в 2000 г. до 578 в 2010 г. Приведенные данные свидетельствуют о том, что лишь пятая часть уголовных дел, возбужденных по ст. 242 УК РФ, заканчивается обвинительным приговором. Количество зарегистрированных фактов изготовления и оборота материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних (ст. 242.1 УК РФ) составило в 2004 г. 30, а в 2010 г. — 383. Число лиц, осужденных за совер-

¹ Петрухин И.Л. Исторические типы уголовно-процессуального права // Уголовный процесс: учебник для вузов / Под ред. И.Л. Петрухина. — М.: Проспект, 2001. — С. 44.

² Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. — М., 1977. — С. 15.

³ Собрание законодательства РФ. 04.06.2012. N 23. Ст. 2994.

⁴ Там же.

шение деяния, предусмотренного ст. 242.1 УК РФ, за этот же период увеличилось с 4 в 2004 г. до 107 в 2010 г.¹.

Приведенные данные свидетельствуют об ужасающем росте фактов распространения детской порнографии. Общественная опасность рассматриваемых преступлений состоит в том, что такие действия оскорбляют нравственность, создают извращенное и циничное представление об интимной жизни между полами, направлены на нездоровое возбуждение половых инстинктов. Половая мораль при этом сильно искажается, на передний план выходит откровенно непристойное и циничное изображение половой жизни людей.

Вместе с тем, необходимо отметить, что лишь незначительное количество уголовных дел, возбужденных по ст. ст. 242 и 242.1 УК РФ, заканчиваются обвинительным приговором. По мнению А.Г. Донченко одной из причин такого положения является отсутствие в российском законодательстве определения понятия порнографии². Л.Н. Симанович считает, что в работе правоохранительных органов имеются ограничения, затрудняющие пресечение деятельности преступных группировок, занимающихся распространением детской порнографии. В российском законодательстве отсутствует четкое определение детской порнографии, поэтому эти преступники остаются практически безнаказанными³.

Прямой умысел, с которым совершается преступление, предусмотренное ст. 242 УК РФ, предполагает, что субъект, не обладающий специальными познаниями, представляет, какой предмет является порнографическим. Однако правоприменительная практика показывает, что для установления того, является ли материал или предмет порнографическим, требуется проведение судебной экспертизы, т.е. привлечение лиц, обладающих специальными познаниями. Причиной этого является, в том числе то, что в законодательстве нет понятия «порнография».

По словам Уполномоченного при Президенте России по правам ребенка Павла Астахова «об уголовном преследовании за изготовление и распространение детской порнографии мы говорим уже последние лет 17, как минимум. Но до сих пор ни в одном законе не прописано, что это такое. В большинстве стран мира понятие детской порнографии чётко прописано и определено. В странах, в том числе и России, где этого нет, это определяется экспертным путём. Во время следствия собираются криминалисты и решают в каждом случае отдельно, есть ли состав преступления или его нет»⁴.

Анализ опроса 148 следователей и дознавателей в 29 регионах России позволил выделить основные проблемы, возникающие при применении специальных знаний при расследовании незаконного изготовления, распространения и оборота порнографических материалов или предметов. Так, 48% опрошенных дознавателей и следователей испытывали трудности при выборе экспертов необходимых специальностей и формировании экспертных комиссий, 54% затруднялись при привлечении дополнительных специалистов в качестве экспертов. Относительно вида назначаемых экспертиз среди опрошенных также не было единства мнений: 28% считают, что по данной категории уголовных дел достаточно назначения и

¹Официальный сайт МВД РФ [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.mvd.ru/paut-2>.

² Донченко А.Г. Понятие порнографии в российском уголовном праве // Известия вузов. Правоведение. – 2011. - № 2. – С. 186 - 192.

³ Симанович Л.Н. Некоторые аспекты защиты прав и интересов несовершеннолетних // Вопросы ювенальной юстиции. – 2010. - № 6. – С. 3-8.

⁴ <http://news.mail.ru/politics/11049138>.

проведения искусствоведческой экспертизы, 5% - психологической, 67% высказались за обязательное назначение комплексных экспертиз (из них 59% - за комплексную психолого-искусствоведческую и 8% - за комплексную медико-психолого-искусствоведческую экспертизу)¹.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о необходимости легального определения понятия «детская порнография» в российском уголовном законодательстве.

В п. «с» ст. 2 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии² детская порнография определяется как «любое изображение какими бы то ни было средствами ребенка, совершающего реальные или смоделированные откровенно сексуальные действия, или любое изображение половых органов ребенка главным образом в сексуальных целях». В Конвенции о защите детей от эксплуатации и посягательств сексуального характера³ понятие «детская порнография» определяется как любые материалы, показывающие визуальным образом ребенка, совершающего откровенные сексуальные действия - реальные или смоделированные - или любой показ половых органов ребенка главным образом в сексуальных целях.

Указанные нормы международного права необходимо использовать при выработке понятия «детская порнография» российскими законодателями. Четкая формулировка данного понятия позволит усилить контроль над этим позорным явлением и способствовать более эффективному противодействию незаконному обороту детской порнографии на всей территории России.

*Шаляпина М.Ю.,
Кубанский государственный аграрный университет*

Ответственность за мошенничество в сфере кредитования

Глава 21 Уголовного Кодекса РФ была дополнена шестью новыми статьями (ст. ст. 159.1 - 159.6 УК РФ), предусматривающими уголовную ответственность за различные виды мошенничества. Вступивший в силу 10 декабря 2012 г. Федеральный закон от 29.11.2012 N 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» существенным образом изменил правовое регулирование отношений, связанных с вопросами привлечения к уголовной ответственности за мошенничество. Законодатель установил специальный состав преступления, предусматривающий уголовную ответственность за мошеннические действия (бездействие), связанные с кредитованием – ст. 159.1 УК РФ.

Следует отметить, что критериями для выделения специальных составов мошенничества стали сфера общественных отношений, в которой совершаются преступления, предмет и способ совершения преступления. По данным Верховного суда РФ, по статье 159 УК РФ «Мошенничество» ежегодно в России осуждается около 25 тысяч человек.

¹ Иванова А.А., Холопова Е.Н. Актуальные проблемы использования специальных знаний при оценке материалов и предметов порнографического характера [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://azerros.ru/parlamentskie-novosti/7087-rossiya-podpisala-mezhdunarodnye-akty-o-zaschite-detstva.html>.

² http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rightschild_protocol2.shtml.

³ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/Source/LanzaroteConvention_ru.pdf.

Мошенничество в сфере кредитования – это хищение денежных средств заемщиком путем представления банку или иному кредитору заведомо ложных и (или) недостоверных сведений.

Объектом мошенничества являются общественные отношения, на которые направлено посягательство, чему причиняется либо может быть причинен вред в результате преступления, а именно интересы кредиторов и порядок кредитования как физических лиц, так и организаций и индивидуальных предпринимателей, а так же право собственности конкретных банков. Предметом преступления являются денежные средства непосредственно.

Объективная сторона мошенничества включает в себя деяние, преступные последствия и причинную связь между ними, поскольку мошенничество является преступлением с материальным составом, т.е. получение и последующее присвоение денежных средств в виде кредитов с использованием подложной учредительской или бухгалтерской документации, гарантийных писем, залоговых и страховых документов. Способами совершения мошенничества являются обман и злоупотребление доверием (посредством представление банку или иному кредитору заведомо ложных и (или) недостоверных сведений).

Обман представляет собой сообщение (предоставление) ложных сведений либо умолчание об обстоятельствах, сообщение о которых было обязательным. Злоупотребление доверием как самостоятельный способ мошенничества практически не встречается. При совершении мошенничества в сфере кредитно-банковских отношений в подавляющем большинстве случаев обман и злоупотребление доверием используются вместе.

Ключевыми в указанном составе являются словосочетания «хищение денежных средств» и «предоставление недостоверных сведений». Следовательно, если лицо при получении кредита представляло подлинные документы и правдиво сообщило о себе всю информацию, то данная статья в указанном случае применению не подлежит. И как видно из вышеизложенного, должно иметь место хищение денежных средств. Хищение отсутствует, когда лицо принимает все усилия, чтобы погасить кредит или осуществляет хотя бы несколько платежей. Для того чтобы эта статья работала, нужно доказать, что у лица изначально был умысел кредит не возвращать. Таким образом, законодатель конкретизировал состав статьи применительно к сфере кредитования. Форма вины здесь умышленная. А целью должно быть именно хищение (противоправное безвозмездное завладение чужим имуществом). При мошенничестве виновный сознает, что именно в результате обмана (предоставления заведомо ложных и (или) недостоверных сведений) происходит переход денежных средств от потерпевшего (банка или иного кредитора) к виновному и желает завладеть чужими денежными средствами именно таким способом, совершив тем самым хищение в форме мошенничества. Характерным для мошенничества является то, что потерпевший (банк или иной кредитор) добровольно передает свои денежные средства преступнику, в результате воздействия обмана, полагая, что у последнего есть правовые основания для завладения денежными средствами.

Для этого преступления предусмотрен специальный субъект – заемщик, к уголовной ответственности по новым составам могут быть привлечены не только физические лица, но и должностные лица организаций, в частности, руководитель и главный бухгалтер. В качестве квалифицирующих признаков мошенничества в

сфере кредитования Закон о мошенничестве выделяет совершение его группой лиц по предварительному сговору (ч. 2 ст. 159.1 УК РФ), с использованием своего служебного положения или в крупном размере (ч. 3 ст. 159.1 УК РФ) и совершение его организованной группой лиц или в особо крупном размере (ч. 4 ст. 159.1 УК РФ). Что самое интересное, общая статья «Мошенничество» останется в кодексе и после нововведения. Она будет применяться в тех случаях, когда действия мошенников не удастся квалифицировать по какой-то из новых статей. На наш взгляд, сама статья не изменилась, в ней лишь дается ее расширенное толкование, разъяснение для правоприменителей по вопросам квалификации. Таким образом, указанные изменения в УК РФ пойдут на пользу судебной и правоохранительной системам. Позитивная практика дробления на отдельные составы преступления на Западе уже давно активно применяется.

Подводя итог сказанному, необходимо так же отметить, что преступность в кредитно-банковской сфере тормозит экономическое развитие нашей страны, подстегивает инфляцию, а так же обостряет все существующие экономические проблемы. Только борьба с ней всех ветвей государственной власти может стать залогом успеха происходящих в России преобразований.

**Российская Федерация,
г. Уфа, 450059,
ул. Р. Зорге, д. 20, оф. 7
+7-903-31-25-790
+7-917-40-61-340
www.eurasniipp.ru
info@eurasniipp.ru**



- ▶ **проведение фундаментальных и прикладных научных исследований в сфере права**
- ▶ **организация и проведение научных мероприятий**
- ▶ **редакционно-издательские услуги**
- ▶ **консультационные услуги**

ИНФОРМАЦИОННЫЙ ПАРТНЕР КОНФЕРЕНЦИИ

Российская правовая газета «ЭЖ-ЮРИСТ»

E-mail: lawyer@ekonomika.ru

Сайт: www.gazeta-yurist.ru

Газета «ЭЖ-ЮРИСТ» издается с 1998 года.

- Тираж: 25 000 экз.
- Газету читают в 83 регионах России
- 100 % читателей получают газету по подписке
- Состав читательской аудитории:
 - юристы, адвокаты, нотариусы - 60%
 - собственники, топ-менеджеры, предприниматели - 30%
 - студенты юридических факультетов, аудиторы - 7%
 - другие - 3%
- Формат ВЗ, 16 полос, день выхода - пятница

Российское правовое издание. Освещает новости законодательства, практику применения законов и нормативных актов, судебную практику по различным отраслям права, предлагает аналитику наиболее актуальных вопросов правоприменения, отвечает на вопросы читателей. Распространяется в 83 регионах Российской Федерации. Газета «ЭЖ-ЮРИСТ» состоит из двух тетрадей. Содержание первой тетради нацелено на профессиональную юридическую аудиторию: юристов организаций, судей, адвокатов, нотариусов. Вторая тетрадь полезна индивидуальным предпринимателям, представителям малого и среднего бизнеса, организациям, которые не имеют в своем штате юриста и кадровика, бухгалтерам, аудиторам, налоговым инспекторам, студентам, изучающим право. Один раз в месяц газета выходит с приложением «*Юридическая консультация*», которое содержит ответы на вопросы читателей, поступающие в редакцию и на сайт. С каждым номером подписчики получают тематическое приложение «*Кадровый практикум*». В этом году в него включены формы трудовых договоров и образцы дополнительных соглашений к ним, а также подробная инструкция по заполнению каждого пункта договора.

Научное издание

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ**

Материалы III международной научно-практической конференции
(г. Уфа, 8 февраля 2013 г.)

Под общей редакцией
А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина

Тексты докладов печатаются в авторской литературной редакции

Подписано к печати 08.03.2013 г. Формат 60×84 1/16.

Гарнитура «Calibri». Отпечатано на ризографе.

Усл. печ. л. 20,77.

Тираж 200 экз. Заказ № 9. Цена договорная.

Издательство

Евразийского научно-исследовательского института проблем права
450059, Российская Федерация, Республика Башкортостан,
г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20.оф.7