

**Теория и история государства и права**

**Гайнутдинов Р.К.**

Суд и судопроизводство в предложениях И.Т. Посошкова

**Исмаилов М.Ф.**

История становления и развития аудита

**Пицита А.Н.**

Механизм правового регулирования в сфере медицинской деятельности  
(общая характеристика)

**Протасов В.Н.**

Проблема «специальной» теории государства и права

**Гражданское право и гражданский процесс**

**Коршунов Н.М.**

Неисковые производства по законодательству России и Германии

**Илюшина М.Н.**

Порядок изменения и расторжения коммерческих сделок: право и практика

**Певницкий С.Г.**

Вопросы возникновения права общей собственности на общее имущество в многоквартирных домах

**Административное и финансовое право**

**Крохина Ю.А.**

Внешний финансовый контроль в свете изменений бюджетного законодательства

**Степенко В.Е.**

Особенности административной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства как специальных субъектов нарушения режима охраны государственной границы и режима пребывания на территории Российской Федерации

**Фомин В.А.**

Судебный порядок защиты нарушенных прав субъектов бюджетного права

**Уголовное право**

**Косован О.А.**

Предупреждение преступного поведения военнослужащих (теоретический аспект)

**Ясинов О.Ю.**

Социальные предпосылки уголовной ответственности за изготовление или сбыт поддельных денег и ценных бумаг

### **Уголовный процесс и криминалистика**

**Караваяев А.Ф.**

Влияние особых условий профессиональной деятельности на развитие и становление личности сотрудников органов внутренних дел

**Попов А.Н.**

Некоторые вопросы реализации международных стандартов уголовного процесса по делам несовершеннолетних в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации

**Федюнин А.Е.**

Гарантии прав и свобод человека и гражданина от необоснованного применения технических средств при раскрытии и расследовании преступлений

### **Наука и практика**

**Женесте К.**

Мошенничество с финансовыми средствами, находящимися в распоряжении Европейского Сообщества

**Склярв С.В.**

Субъективные факторы в уголовном праве

### **Зарубежное законодательство**

**Васильева В.И.**

Трудовой договор «заемных» работников по законодательству Австрии и Франции

### **Рецензии**

**Серегин В.И.**

Рецензия на монографию Н.Г. Муратовой «Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики»

**Илюшина М.Н., Смирникова Ю.Л.**  
Обзор диссертаций

Сокращения, принятые в журнале

Наши авторы

## Суд и судопроизводство в предложениях И.Т. Посошкова

**Р.К. Гайнутдинов**

Движение нашей страны к правовому государству в качестве необходимого, но недостаточного условия предполагает реформирование судебной системы. Решение этой сложной проблемы требует в том числе и обращения к историческому опыту подобных практических преобразований и теоретических предложений. Один из интересных проектов реформирования российского судостроительства предложил в начале XVIII в. крестьянин-самоучка И.Т. Посошков.

Прежде всего И.Т. Посошкова занимает вопрос о том, кто должен быть судьей. Он пишет, что для начала следует «посадить из низких чинов, а паче из приказных людей, кои в делах искусны и страх Божий в себе имут»<sup>1</sup>, также возможно «посадить... и из военного чина, кии от службы отставлены, и из купечества, в которых острота умная есть». Высокородных судей И.Т. Посошков не советует назначать на эту должность по двум причинам: во-первых, их надо поберечь от жестоких казней в том случае, если они будут нарушать свой долг, а во-вторых, потому, что «великородные не смотрят на законы» и дела решают, как захотят, «по своей природной пыхе» (пыха – гордость. – Р.Г.).

Преимущество «низкородных» И.Т. Посошков видит в том, что в случае злоупотреблений с их стороны «за них и упрашивать никто не будет, да и сами они паче высокородных бояться будут...». Поэтому «тем низкородным судьям надлежит дать такое величество, чтоб они никаких лиц не боялись, кроме Бога да царя, и дела б все свои делали по новосочиненному его императорского величества указу неизменно, и от своего ума не мудрствовали бы, и ни на едину черту сверх указу не прибавляли бы, не убавляли бы», а если кто-то из них «усмотрит» что «потребное», то немедленно доносили бы царю, «в этом случае можно ожидать, что у нас на Руси правый суд установится»<sup>2</sup>.

И.Т. Посошков допускает возможность увеличения количества судей не только за счет приказных людей, он рекомендует приглашать на эти должности «из дворян мелких», предупредив, что в случае «неправого судейства» их ожидает смертная казнь, «дабы они судили, а о смерти своей помнили»<sup>3</sup>.

Роль судьи у И.Т. Посошкова поднимается до духовно-религиозных высот: «Бог – правда, правду он и любит. И аще кто восхошет Богу угодити, то подобает ему во всяком деле правду творити. Наипаче всех чинов надлежит судьям правду хранити не токмо в одних делах, но и в словах лживо ничего не говорить, но что прилично к правде, то и говорить, а лживых слов судья никогда б не говорил.

Понеже судья судить именем царским, а суд именуется Божий, того ради всячески судье подобает ни о чом тако не старатися, яко о правде, дабы ни Бога, ни царя не прогневити»<sup>4</sup>. Судья постоянно должен молиться о помощи Бога при исполнении своих обязанностей «дабы от незнания своего правого не обвинить, а виноватого не оправити». Несправедливому судье, полагает И.Т. Посошков, не поможет ни пост, ни молитва, потому что он «уподобится лживому диаволу»<sup>5</sup>.

Судьям следует вменить в непреложную обязанность ежедневно проверять состояние дел арестованных, и если дело малозначительное, то разрешать его немедленно и невинных людей выпускать; дело к слушанию готовить тщательно, но не задерживать, а в приговоре подробно описывать, «почему один прав, а другой виноват»; не допускать, чтобы за судом числилось большое число колодников (т.е. подсудимых), а по канцеляриям много жалобщиков «шаталось»<sup>6</sup>. За

<sup>1</sup> Посошков И.Т. Книга о скудности и богатстве. М., 1951. С. 91.

<sup>2</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 91.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же. С. 55.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> Там же. С. 86.

исполнением своих решений судья обязан следить, как и за тем, чтобы подьячие на все челобитья давали ответ в установленный срок и челобитчикам точно назначали время рассмотрения их жалоб. За неисполнение своих обязанностей подьячих следует подвергать денежному штрафу.

И.Т. Посошков предлагает применить суровые меры к судьям-взяточникам: на первый раз им убавляется жалованье, если же они и во второй раз будут замечены в неправом суде, то назначается суровая казнь, а «дом (их) совсем разорить и на несколько лет сотворить его пуст и прибить на том дому письмо со изъявлением вины еже за нарушение правосудного изложения (господам) того дома учинен указ, а дом (их) оставлен пуст и живущего в нем несть... И такое штрафование будет в роды родов памятно»<sup>7</sup>. По мнению И.Т. Посошкова, «аше судей малых и великих не казнить и великими штрафы их не штрафовать, то и правое изложение учиня правды и праваго суда уставить будет невозможно». Пусть даже «ради установления правды» придется пожертвовать некоторыми судьями как «малыми», так и «великими», поскольку если «без урону... невозможно правому суду уставиться»<sup>8</sup>. «А не таким страхом не чаю я того злаго корения истребить... тако и в народе злую застарелость злом надлежит и истребляти. А аше не тако, то, по-моему мнению, не токмо в судех, но и во всяком правлении правды не будет»<sup>9</sup>.

Идеи И.Т. Посошкова, касающиеся возможности исправить существующее положение дел и «искоренить неправду», вполне созвучны представлениям того времени. Он, как и Ю. Крижанич и даже царь Петр, уверен, что для этого вполне достаточно добиться большей строгости в отношении чиновников: «всем судьям и приказным людям задать страх великой и жестокой, чтобы никто сверх указного числа ни от какова дела сверх работных указных денег никаких гостинцов не принимали б»<sup>10</sup>.

Впрочем, сам по себе взгляд на взяточничество у И.Т. Посошкова не столь однозначен. Он считает вполне правомерным получение вознаграждения чиновниками «от рублеваго дела до многотысячнаго» «по своей работе». Его возмущает лишь неумеренность и неупорядоченность в

этом деле. Судьи должны наказываться не только за взятки или иное «неправое судейство», но и просто «за неуправление судейское».

Так, по мнению И.Т. Посошкова, было бы хорошо, если бы особый чиновник, пользующийся доверием государя, обходил все тюрьмы и расспрашивал всех колодников, «не чинят ли кому какова нападка и излишней волокиты, и не осудили ль кого не против даннаго им изложения, и не взял ли кой судья или подьячий излишняго взятка»<sup>11</sup>.

Для борьбы со всеми этими злоупотреблениями И.Т. Посошков, ссылаясь на опыт судопроизводства Турции, предлагает ввести в систему принцип установления судьям не определенного жалованья, а дифференцированной платы: всем «судьям и всем приказным людям» положить «государево жалованье – денежное и хлебное довольствие», но для «сбережения казны» им «учинить оклад с дел», установив, с какого дела сколько платить. Тогда все дела будут рассматриваться быстро, «...подьячий будет с поспешением дела делать, а и челобитчикам будет весьма полезно»<sup>12</sup>.

По мнению И.Т. Посошкова, плата должна уменьшаться в том случае, если условленная работа чиновника не будет выполнена к определенному сроку, «а буде же гораздо заволочит, то и всяя своя лишится мзды»<sup>13</sup>.

Впрочем, ничего нового в подобных предложениях не было. Судебники XVI в. прямо регламентировали, что должны были «имати... в суде от рублевого дела на виноватом» бояре, дворецкие, казначеи, дьяки и пр.<sup>14</sup>. Аналогичные предложения содержатся и в Соборном уложении 1649 г., в котором дается жесткая регламентация оплаты всех действий судебных работников<sup>15</sup>. Да и сами заботы о «правде судейской» ведут свое происхождение из того же XVII в. – продажным судьям грозили и денежною пеней, и «торговою казнью».

Вместе с тем следует признать новаторскими требования И.Т. Посошкова установить равный суд для всех, в том числе и для «великородных». В главе «О воинских делах» он говорит: «И ради общежительства любовнаго, аше великий наш монарх повелит суд устроити един каков земледельцу, таков и купечкому человеку, убогому и богатому, таков и солдату, таков и офицеру, ничим же отменен, и полковнику, и генералу...»<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 90.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Там же.

<sup>10</sup> Там же. С. 88.

<sup>11</sup> Там же. С. 86.

<sup>12</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 86–87.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. М., 1985. Т. 2. С. 98.

<sup>15</sup> Там же. С. 102.

<sup>16</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 52.

Лучшим вариантом он считал сословный суд, когда каждый человек был судим судьями из своего же сословия.

Можно было, вероятно, увидеть в идее равного и правого суда «буржуазное равенство». Однако обоснование равенства здесь совершенно иное: «В суде у царя, яко у Бога, нет лица ни богату, ни убогу, ни силну, ни маломочну – всем суд един, и то стал быть суд божий»<sup>17</sup>.

Судебный аппарат он советует сократить, справедливо полагая, что большое количество работников судебного ведомства неизбежно приводит к неразберихе, в результате которой не все дела до судей доходят, особенно же «худосильных жалобщиков»<sup>18</sup>.

В качестве превентивных мер он предлагает ввести на всей территории государства единообразную организацию нижних полицейских чинов: десятских, пятидесятских и сотских, которые бы за порядком «смотрели накрепко»<sup>19</sup>. Без разрешения этих чинов не допускать никаких перемещений по стране, а в случае отъезда выдавать документ, из которого было бы известно, кто, куда, по каким делам и на какое время уехал. За деятельностью провинциальных нижних чинов в свою очередь наблюдают городовые правители.

В качестве еще одной меры, способствующей искоренению преступности, И.Т. Посошков советует принять указ, обязывающий всех городских и сельских жителей оказывать помощь людям, подвергшимся нападениям со стороны воров и разбойников, под угрозой наказания за бездействие и возмещения ущерба пострадавшему. Наказанию подлежат и лица, укрывающие преступников и людей без соответствующих документов. «Какая казнь будет вору, такая ж казнь будет и соседям, кои ведали да молчали. А буде из большаго дому из боярскаго кто сворует что, то того дому всем дворовым, кои в дали да молчали, такая же казнь, и кои и не ведали, а того ж дому, и тех кнудом бить колико указано будет. А буде кой сотской или пятидесятской, уведав за кем воровство, да умолчит, то горше вора приимет муку и казнь лютейшую и пр. ...буде кто ведаю о разбойниках да утаит, тому будет смертная казнь»<sup>20</sup>. И.Т. Посошков предлагает всех «с великим притяжением спрашивать, чтоб паче огня боялись таковых прикрывать, каковых указ требует»<sup>21</sup>.

Целый ряд предложений И.Т. Посошкова относится к процессуальным нормам. Так, судья должен быть беспристрастен: обиженному он стряпчий (защитник), а обидчику жесткий и немилосердный обвинитель. Независимый судья не допустит обиды «бессловесному» и не помиует виноватого.

И.Т. Посошков рассматривает и тему «милости виноватому» и приходит к тем же выводам, что ранее в своих работах указывали Зиновий Отенский, Иван Пересветов и многие другие мыслители XVI–XVII вв. «Милость виноватому, – почти дословно повторяет он суждение Зиновия Отенского, – всегда оказывается грубой обидой правому»<sup>22</sup>.

Затронул он и проблему склонения судом сторон к миру. Как и Зиновий Отенский, он категорически возражает против насильственного «примирения» по инициативе суда, допуская мирное соглашение только по согласию сторон («если восхотят»). Кроме того, он считает недопустимым, чтобы какая-либо из сторон пользовалась «наемными ябедниками», которые способны « всю правду замять » и представить правого виноватым, а виноватого правым<sup>23</sup>.

Судье потребуется весь его профессионализм для того, чтобы суметь «по тонкому» допросить свидетеля и выявить ложные показания. Считая, что лжесвидетельство приняло очень широкие масштабы, И.Т. Посошков предлагает сурово за него наказывать, опять прибегая к устрашающему приему: всем лжесвидетелям отсекают головы, «возложить их на кол и поставить при входе в канцелярию, чтобы всем зрима была»<sup>24</sup>. Если будет обнаружен заказчик такого свидетельства, то и его судить «равно» с лжецом. В некоторых случаях И.Т. Посошков предлагает клеймить лжесвидетеля «лжесвидетельским клеймом», за квалифицированное повторное лжесвидетельство подвергать виновного смертной казни.

При слушании дела судья обязан сличать судебные показания с досудебными все с той же целью выявления ложных показаний и установления «истинной правды». Дело необходимо расследовать объективно и всесторонне, не жалея времени, а для этого, почти дословно повторяя слова Зиновия Отенского, И.Т. Посошков требует, чтобы судьи приезжали в судебную палату рано и все дела делали «со тщанием» и «не торопясь»<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 242.

<sup>18</sup> Там же. С. 17.

<sup>19</sup> Там же. С. 118–119.

<sup>20</sup> Там же. С. 152–153.

<sup>21</sup> Там же. С. 155.

<sup>22</sup> Там же. С. 60–61.

<sup>23</sup> Там же. С. 63.

<sup>24</sup> Там же. С. 66.

<sup>25</sup> Там же. С. 85.

И.Т. Посошков различает два вида процесса – суд и розыск.

Суд – состязательный процесс, назначенный для разрешения незначительных дел, происходит непосредственно в судебном заседании и предполагает состязательность сторон. Подобный спор возможно окончить миром (в случае добровольного согласия сторон).

Розыскной, или инквизиционный, процесс связан с процедурой расследования и добывания доказательств судебскими работниками. И.Т. Посошков с осторожностью относится к повальному обыску в связи с укоренившейся в практике недобросовестностью его проведения. «А что в проклятых повальных обысках, то сам сатана сидит, а божия правды нет и следа; всех свидетелей пишут заочно, а и попы, и дьячки, не видя тех людей, на коих посылаются и на словах не слыша, да руки к обыску прикладывают»<sup>26</sup>.

Однако если уж возникает такая необходимость, то следует со свидетелей брать клятву под угрозой ответственности за ложные показания. При проведении «розыска» И.Т. Посошков не возражает и против пытки, но только в том случае, если подозреваемый не признается в содеянном. При наличии же признания «пытать его не для чего», а при явке с повинной, вообще можно от наказания освободить, невзирая на то, что он раньше разбойничал»<sup>27</sup>.

И.Т. Посошков понимает, что недостатки в правосудии на Руси следует искать не только в нравственной «порче» чиновников, но и в отсутствии правовых знаний у народа. Он с горечью признает, что купцы обманывают в торговле, низшие слои общества склонны к праздности и лени, разбоям и грабежам. Единственным средством решения этих укоренившихся проблем он считает введение самых строгих мер. Помещичьи люди, по его мнению, не должны прикрывать своих хозяев потому, «что им уже конец будет, а свободы по-прежнему уже не будет, но что попал, то и пропал. И буде кто и потаит, и тому конец невозвратный же будет. И аще и свой брат скажет про соседа своего, что он ведал, а не сказал, то тому, кто скажет, будет пожалован, а кто потаит, тому неотложная смерть»<sup>28</sup>.

И.Т. Посошков требует скорого «вершения» дел и считает правильным людей за «малыя вины» не сажать в тюрьму, а в случае же доказанности действительно серьезной вины не откладывать казни

преступников. Временной промежуток между совершением преступления, изобличением преступника и наложением на него наказания должен быть предельно коротким. И.Т. Посошков видит в такой политике самое действенное устрашение, поскольку длительное неизобличение преступника (иногда в несколько десятков лет) приводит к тому, что у людей, склонных к преступной деятельности, возникает ощущение безнаказанности. Преступника может устроить только «краткостный суд» – именно такой будет вора и разбойника страшен. Если такой разбойник попадет, «то ему возврата не будет и по-прежнему долго жить не станет, что попал, то и пропал»<sup>29</sup>.

И.Т. Посошков классифицирует преступления по следующим видам: богохульство, еретичество, соврашение в иную (не православную) веру, воровство (татьба), разбой, грабеж, убийство, членовредительство, мошенничество, хранение краденого, укрывательство преступников и беглых людей.

Предлагает И.Т. Посошков и довольно обширную систему наказаний. Смертную казнь он различает простую и квалифицированную. К квалифицированным ее видам он относит колесование и реброповешение<sup>30</sup>. Применять эти жестокие наказания он советует только к разбойникам, убийцам и укрывателям краденого. Упоминает И.Т. Посошков в качестве наказания каторгу и тюремное заключение.

Большое значение он придает такой дополнительной мере наказания, как клеймение. Преступник становится «всем явен», и люди будут его опасаться, а уж если он тем не менее в другой раз попадет, «тому делу конец известный»<sup>31</sup>.

В то же время И.Т. Посошков возражает против присуждения преступникам долгих сроков каторги или тюрьмы. Во-первых, потому, что стража плохо организована, и многие преступники с каторги убегают или по «денежной молитве» откупаются, во-вторых, быстрое назначение и исполнение смертной казни представляется ему более устрашающей и одновременно предупреждающей преступность мерой.

Борьбу с бюрократизмом он считал необходимой для «установления правды во всем», а также по экономическим причинам, потому что «слишком много арестантов по тюрьмам напрасно хлеб едят». «Худая судьям похвала, что колодников много держат, но то самая честная похвала, чтоб ни одного колодника не было»<sup>32</sup>. Поэто-

<sup>26</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 64.

<sup>27</sup> Там же. С. 72.

<sup>28</sup> Там же.

<sup>29</sup> Там же. С. 70–71.

<sup>30</sup> Там же. С. 157.

<sup>31</sup> Там же. С. 72.

<sup>32</sup> Там же. С. 72.

му, чтобы избежать лишних трат в случае превышения срока содержания колодника, он предлагает виновного судью обязать «кормить того колодника... своим хлебом»<sup>33</sup>.

Именно экономическими соображениями руководствуется И.Т. Посошков в своих предложениях о том, чтобы за ряд преступлений не лишать людей свободы. «В старом Уложении напечатано: еже сажать в некоторых делах за вину в тюрьму года на три, на четыре и больше, – и та статья мне возмилась весьма непристойна. ... Чем посадить в тюрьму да морить лет пять или шесть, то лучше приложить ему наказание или инаго какого штрафа, а дней жития человеческого терять не надобно. Человек, на воле будучи, иной подле себя и посторонних человек пять-шесть или больше может прокормить, а в тюрьме сидячи и себя прокормити не может, но вместо червя будет хлеб есть и во тлю претворить без прибытку»<sup>34</sup>, – пишет И.Т. Посошков. К тому же уменьшение числа колодников позволило бы употребить здания, назначенные для тюремного заключения, для более полезных целей.

Та же идея высказывается по поводу задержки жалоб челобитчиков. И.Т. Посошков требует добиться строжайшего приказа подьячим, «чтобы челобитчиков отнюдь долго не волочили»<sup>35</sup>. Если вместо «праздного шатания» челобитчики будут заниматься своим делом (купецкие люди – купечеством, мастеровые – «своим рукоделием»), «от того в народе пополнение будет»<sup>36</sup>.

И.Т. Посошков предлагает разные способы избежать искусственной задержки дел: это ежедневный пересмотр судьей всех колодников, уста-

новление сроков окончания работы для подьячих и т.д. Судья должен действовать так, «чтобы дело не лежало без делания, чтобы даром и единаго дня не пропустить, чтоб дела, какова ис той росписи, не вершить, и, слушав, чинить решение не медленно, дабы людие Божии в излишних волокитах напрасно не мучились»<sup>37</sup>.

С этой целью И.Т. Посошков специально рассматривает обязанности приказных людей. Подьячий должен «живьем жить в канцелярии», если у него мало дел, он «должен у других подьячих взять работы, чтобы отнюдь даром не сидеть». И.Т. Посошков советует сыну: «Аще твоя братья подьячие пойдут куды погулять или чем забавиться, а ты забавляйся своею письменною работою и неподвижным приказным сиденьем»<sup>38</sup>.

И.Т. Посошков разрабатывает и предлагает конкретные сроки расследования и окончания дел, советует ввести памятные книжки об исполнении приговоров и решений суда, а также данных челобитчикам обещаниях и т.п. Такие мероприятия выгодны и самим приказным людям, поскольку они приобретают одновременно хорошую репутацию и материальную выгоду: «Буде кто тебя чем подарит, дабы ты прилежнее потрудился, то сна у себя убаве и тшися, чтобы не туне был его тебе подарок: велми бо грешно человеку тунеядцем быть»<sup>39</sup>.

Таким образом, еще в начале XVIII в. выдвигались идеи по наведению порядка в российском судопроизводстве, не утратившие актуальности и по сей день. Приходится с сожалением констатировать, что судебная система России начала XXI в. несет в себе пороки трехсотлетней давности.

---

<sup>33</sup> Посошков И.Т. Указ. соч. С. 110.

<sup>34</sup> Там же. С. 111.

<sup>35</sup> Там же. С.72.

<sup>36</sup> Там же. С.73.

<sup>37</sup> Там же. С. 59.

<sup>38</sup> Посошков И.Т. Завешание отеческое сыну. СПб., 1893. С. 208, 211.

<sup>39</sup> Там же.



## История становления и развития аудита

Аудит как вид независимого финансового контроля впервые появился в Западной Европе. Его появление связано с развитием капитализма и формированием большого количества коммерческих организаций. Слово «аудит» (лат. *auditus*) означает «слушатель».

Известный английский политик и экономист Дж. Уотсон порекомендовал шотландским коммерсантам провести проверку своей бухгалтерской отчетности. Проведенная проверка показала столь высокую результативность, что, по расхожему мнению прочих британцев, шотландцы признали пользу таких проверок и с тех пор стали их практиковать.

В первом же отдельном аудиторском справочнике по Эдинбургу, изданном в 1805 г., были приведены имена уже 17 аудиторов, которые вскоре создали свою профессиональную организацию. Позже, в 1854 г., в этом же городе было образовано Общество бухгалтеров, которое объединило бухгалтеров-аудиторов.

Дальнейшее развитие аудиторской профессии привело к принятию в 1862 г. Закона о британских компаниях, которым в обязательном порядке предписывалась проверка счетов и отчетов компаний специалистами по бухгалтерскому учету и финансовому контролю по меньшей мере один раз в год. По сведениям британского автора Р. Брауна, в 1905 г. во всем мире численность аудиторов составляла 11 тыс. человек, половина из них работали на Великобританию.

В 1880 г. был основан Институт присяжных бухгалтеров в Англии и Уэльсе. Сто лет в его составе было 76 тыс. членов, причем их возраст не превышал 45 лет (около 1/3 – 35 лет и ниже, около 2/3 – 45 лет и ниже). Это свидетельствует о молодости аудиторских кадров в Великобритании и их высоком творческом потенциале.

Институт присяжных бухгалтеров проводит большую методическую работу. Он разрабатывает учетные и аудиторские стандарты, издает журнал «Accountancy», в котором публикует новости аудиторской профессии, поступавшие как из Великобритании, так и со всего мира.

**М.Ф. Исмаилов**

Правом заниматься именно аудитом обладают только члены институтов присяжных бухгалтеров Англии и Уэльса, Шотландии, Ирландии и Ассоциации дипломированных бухгалтеров.

Кстати, Институт присяжных бухгалтеров Шотландии был основан в 1951 г., получив на это королевскую грамоту, в его состав вошли ранее существовавшие отдельно институты присяжных бухгалтеров Эдинбурга, Глазго и Абердина.

В Германии первые шаги по введению аудита были сделаны в 1870 г., когда дополнение к Закону об акционерных обществах обязало наблюдательные советы этих обществ осуществлять проверку баланса, отчета о распределении прибыли и докладывать о ее результатах на общих собраниях акционеров. Однако в данном законе не было указано, какая это должна быть проверка – осуществляемая собственными (внутренними) ревизорами или приглашенными со стороны. В связи с тем что грюндерская лихорадка после 1870 г. привела к созданию и быстрому краху множества акционерных обществ, германское законодательство предусмотрело проведение внешнего аудита. В 1932 г. в Германии был создан Институт аудиторов в результате передачи ему функций Института ревизии и попечительства, просуществовавший до 1945 г. После окончания Второй мировой войны в Дюссельдорфе был образован Институт аудиторов, который в ноябре 1954 г. был переименован в Институт аудиторов Германии. За это время Дюссельдорфский институт, проводя профессиональную деятельность на всей территории Германии, завоевал высокий авторитет, что и позволило ему стать общегерманской организацией.

Государственное воздействие на аудиторскую деятельность в Германии дополняется тем, что все аудиторы и аудиторские фирмы должны в обязательном порядке быть членами Аудиторской палаты Германии. Ее обязанности – защита профессиональных интересов аудиторов и содействие

росту авторитета аудиторской профессии, оказание консультационной и правовой помощи членам палаты, повышение квалификации аудиторов, контроль за аудиторской деятельностью и содействие в обучении новых аудиторских кадров.

С 1 января 1986 г. профессиональные аудиторские нормы приведены в соответствие с 4-й, 7-й и 8-й директивами Совета европейских сообществ, как и нормы бухгалтерского учета и отчетности.

Во Франции функционируют две основные организации, занимающиеся руководством аудиторской деятельности в стране, – Палата экспертов-бухгалтеров и поверенных бухгалтеров и Общество комиссаров по счетам. Основная разница между экспертами-бухгалтерами и комиссарами по счетам заключается в том, что первые приглашаются для проведения проверок учета и отчетности в акционерных обществах, а вторые назначаются в обязательном порядке согласно существующему законодательству об акционерных обществах. Деятельность комиссаров по счетам довольно жестко регламентируется ордонансом от 19 сентября 1945 г.

Как и в других странах с рыночной экономикой, развитие аудита во Франции привело к диверсификации аудиторской профессии: из среды аудиторов, по традиции называемых экспертами-бухгалтерами, выделились специалисты по правовому, налоговому консультированию, а также по вопросам организации управления предприятием – по менеджменту.

Научную, методологическую и организационную работу в области аудиторского дела ведет Французский институт экспертов-бухгалтеров с резиденцией в Париже.

Степень вмешательства государства в организацию и регламентацию аудиторской деятельности в разных странах колеблется в самом широком диапазоне: от полного неучастия (например, в Великобритании) до весьма жесткого контроля и управления (в Германии, Италии и Франции)<sup>1</sup>. В последних государство осуществляет прямой контроль за формированием аудиторских кадров, их профессиональной подготовкой и текущей деятельностью. В частности, в Германии право проведения аудиторских проверок закреплено только за официально уполномоченными аудиторами – «контролерами экономики», «присяжными контролерами бухгалтерских книг», а также официально уполномоченными аудиторскими фирмами.

Аудиторы и аудиторские организации в Германии получают свои полномочия от местных властей. Основным условием для этого является сдача соответствующих квалификационных экзаменов перед комиссиями, назначенными местными органами власти.

В Италии принято правительственное постановление, согласно которому законную аудиторскую деятельность могут осуществлять только те лица, которые внесены в именной реестр, находящийся под контролем Министерства юстиции Италии. Попасты в него могут только те лица, которые сдали экзамены по бухгалтерскому учету, праву, вычислительной технике и информатике. Сдачу экзаменов также контролирует Министерство юстиции Италии. Кстати, в Италии, как и во Франции, аудиторы делятся на две категории: проверку и подтверждение финансовой отчетности осуществляют так называемые доттори коммерциалисти, а постановкой бухгалтерского учета и текущим консультированием по учетным вопросам занимаются так называемые раджионьери. Таким образом, в Италии также прослеживается деление аудиторов на «комиссаров по счетам» и «экспертов-бухгалтеров».

Аудиторское дело в США возникло под влиянием британской практики аудита. На это прямо указывает американский автор У. Стернберг, который отмечает, что функция аудита была перенесена в Соединенные Штаты британскими бухгалтерами в конце XIX столетия.

В США существуют два типа профессиональных и негосударственных аудиторских организаций<sup>2</sup>. Один из них представлен на общенациональном, федеральном уровне и называется Американским институтом дипломированных бухгалтеров (The American Institute of Certified Public Accounting – AICPA). Этот институт возник в 1887 г. и с тех пор играет ведущую роль в формировании аудиторских кадров. Он удостоверяет квалификацию соискателя, который сдает соответствующие экзамены и получает диплом бухгалтера-аудитора. Институт руководит научной и методической работой в Соединенных Штатах, публикует монографии и издает ряд журналов по аудиту.

Кроме общенационального Института, существуют профессиональные аудиторские организации на уровне отдельных штатов, которые называются обществами дипломированных общественных бухгалтеров<sup>3</sup>. Члены этих обществ имеют право на проведение аудиторских проверок и

<sup>1</sup> Ремизов Н.А., Данилевский Ю.А., Шапигузов С.Н. История развития аудита. М., 2002.

<sup>2</sup> Робертсон Д.К. Аудит: Учебник М., 1999.

<sup>3</sup> Суйц В.П., Шеремет А.Д. Аудит: Учебник. М., 2000.

оказание консультационной помощи на территории своих штатов.

Мировой экономический кризис ускорил формирование института бухгалтеров-аудиторов и в Японии под эгидой Министерства промышленности и торговли<sup>4</sup>.

Во всех странах есть своего рода аудиторские суды чести, рассматривающие проступки отдельных представителей аудиторской профессии, выражающие им порицание и в ряде случаев лишаящие аудиторов званий или же выносящие соответствующие рекомендации для правительственных органов.

Рассматривая историю возникновения аудита в России, необходимо отметить, что в царской России указанный институт финансово-экономического контроля не был широко развит. Институт проверяющих был первоначально введен в армии, где велась работа, связанная с расследованием имущественных споров.

В России звание аудитора было введено Петром I. Должность аудитора совмещала в себе некоторые обязанности делопроизводителя, секретаря, прокурора. Аудиторами в России также называли присяжных бухгалтеров. Все три попытки организации института аудита в 1889, 1912 и 1928 гг. оказались неудачными.

В советской России вместо аудита получил развитие институт ревизии, поскольку в условиях командно-административной системы управления необходим был контроль, направленный на поиск упущений и злоупотреблений в финансово-хозяйственной деятельности предприятий, ошибок и отступлений в отчетности, выявление и наказание виновных. Аудит в его собственном смысле был не нужен.

Изменения в нашей стране произошли только в 1990-х гг. в связи с упразднением министерств, ведомств, государственного управления во многих областях. Объективно появилась необходимость организации альтернативного контроля, поскольку в рыночной экономике влияние государства ограничено. Стихийно начали появляться первые аудиторские фирмы, в первую очередь специализирующиеся на аудите отчетности совместных предприятий, налоговом аудите. В этот период вообще не было никаких законодательных и нормативных документов по аудиту, стандартов аудиторской деятельности. В ситуации стопроцентного отсутствия нормативного регулирования вышел Указ Президента РФ от 22.12.1993 № 2263 «Об аудиторской деятельно-

сти в Российской Федерации»<sup>5</sup> и утвержденные им Временные правила аудиторской деятельности в Российской Федерации, которые впервые определили нормативную базу осуществления в России аудита как независимого вневедомственного финансового контроля.

Таким образом, аудиторский финансовый контроль в Российской Федерации возник в условиях формирования рыночных отношений. Появление такого вида контроля обусловлено изменением методов регулирования экономики. Создание предприятий, коммерческих банков, других юридических лиц, основанных на негосударственных формах собственности, потребовало решения вопроса о формах и субъектах проведения контроля за финансово-хозяйственной деятельностью, поскольку контроль уполномоченных государственных органов направлен на защиту интересов государства. В то же время сами хозяйствующие субъекты заинтересованы в достоверности и качественном ведении учета и отчетности по финансово-хозяйственной деятельности, что в конечном счете отвечает и интересам государства.

Саморегулирование экономической деятельности хозяйствующих субъектов посредством института независимого финансового контроля (аудита) – необходимое условие для построения правового государства.

Большую роль в процессе дальнейшего становления аудита в России сыграло постановление Правительства РФ от 06.05.1994 № 482 «Об утверждении нормативных документов по регулированию аудиторской деятельности»<sup>6</sup>. Данным документом были утверждены Порядок проведения аттестации на право осуществления аудиторской деятельности и Порядок выдачи лицензии на осуществление аудиторской деятельности.

В дальнейшем были приняты нормативные документы, определившие многие аспекты аудиторской деятельности, такие, как: основные критерии деятельности экономических субъектов, по которым их бухгалтерская отчетность подлежит обязательной ежегодной аудиторской проверке, порядок проведения квалификационных экзаменов на право осуществления аудиторской деятельности и др.

Активное развитие института аудита в России, безусловно, позитивный процесс. Сужение сферы государственного финансового контроля и необходимость организации новых способов упорядочения финансовой деятельности негосудар-

<sup>4</sup> Стуков С.А., Гольшев В.Д. Аудит: Учебник. М., 1992.

<sup>5</sup> См.: Российская газета. 1993. № 239.

<sup>6</sup> См.: Российская газета. 1994. № 94.

ственных предприятий и организаций, соразмерных темпам экономических реформ, являются факторами, обуславливающими развитие аудита. При этом органы государственного финансового контроля оказываются крайне заинтересованными в прочном становлении, активном развитии и эффективном функционировании независимого финансового контроля (аудита). Органы государственного финансового контроля и независимые аудиторы, а также аудиторские фирмы отнюдь не являются конкурентами, а наоборот, квалифицированный аудит оказывает существенное влияние на повышение эффективности работы органов государственного финансового контроля, полноту и качество выполнения их функций и поставленных перед ними задач.

В 2001 г. был принят Федеральный закон от 07.08.2001 № 119-ФЗ «Об аудиторской деятельности»<sup>7</sup> (далее – Федеральный закон). Это первый законодательно оформленный документ, определяющий проведение аудита в России, учитывающий отечественную практику деятельности аудиторских фирм в течение первых 15 лет. Необходимо отметить, что закон разработан на основе международных положений.

Так, Федеральным законом предусматривается проведение обязательного и (или) добровольного аудита.

Обязательный аудит осуществляется в случаях, если организация имеет организационно-правовую форму ОАО. Организация является кредитной организацией, бюро кредитных историй, страховой организацией или обществом взаимного страхования, товарной или фондовой биржей, инвестиционным фондом, государственным внебюджетным фондом, источником образования средств которого являются предусмотренные законодательством Российской Федерации обязательные отчисления, производимые физическими и юридическими лицами, фондом, источниками образования средств которого являются добровольные отчисления физических и юридических лиц; организация является государственным унитарным предприятием, муниципальным унитарным предприятием, основанным на праве хозяйственного ведения.

Кроме того, обязательный аудит проводится, если объем выручки организации или индивидуального предпринимателя от реализации продукции (выполнения работ, оказания услуг) за один год превышает в 500 тыс. раз установленный законодательством Российской Федерации МРОТ или сумма активов баланса превышает на конец отчетного года в 200 тыс. раз установлен-

ный законодательством Российской Федерации МРОТ, а также в случаях, если обязательный аудит в отношении организаций или индивидуальных предпринимателей предусмотрен Федеральным законом.

При этом аудит не подменяет государственного контроля достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности, осуществляемого в соответствии с законодательством Российской Федерации уполномоченными органами государственной власти.

Согласно нормам Федерального закона аудитором является физическое лицо, отвечающее квалификационным требованиям, установленным уполномоченным федеральным органом, и имеющее квалификационный аттестат аудитора, а аудиторской организацией – коммерческая организация, осуществляющая аудиторские проверки и оказывающая сопутствующие аудиту услуги.

Аудиторская организация может быть создана в любой организационно-правовой форме, за исключением ОАО.

Существующие на сегодняшний день отечественные правила (стандарты) аудиторской деятельности одобрены Комиссией по аудиторской деятельности, которая была организована и действовала при Президенте РФ. В настоящее время Комиссия упразднена Указом Президента РФ от 26.11.2001 № 1360 «Об изменении и признании утратившими силу некоторых актов Президента Российской Федерации»<sup>8</sup>.

Однако процесс развития аудита в России не завершен. В настоящее время аудит рассматривается как фактор укрепления атмосферы доверия на российском рынке, а следовательно, способствует его стабильности и дальнейшему развитию. В этой связи вопрос дальнейшего развития аудита следует считать актуальным.

В рамках административной реформы на заседаниях Правительства РФ (протокол от 09.10.2003 № 37 и протокол от 13.01.2005 № 1 (разд. I)) признаны целесообразным прекращение выполнения Минфином России потенциально избыточных функций регулирования в области аудиторской деятельности и передача этих функций саморегулируемым аудиторским объединениям.

18 мая 2005 г. Государственной Думой Федерального Собрания РФ принят в первом чтении проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об аудиторской деятельности» (далее – законопроект)<sup>9</sup>.

Как следует из пояснительной записки, законопроект предусматривает передачу саморе-

<sup>7</sup> См.: Российская газета. 2001. № 151–152.

<sup>8</sup> См.: СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4611.

<sup>9</sup> Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ № 1870-IV ГД

гулируемым аудиторским объединениям функций повышения квалификации аудиторов и контроля качества работы аудиторов, индивидуальных аудиторов и аудиторских организаций, являющихся членами этих объединений, а также функций по ведению Единого реестра аудиторов и аудиторских организаций. С учетом необходимости обеспечения единых требований и подходов к проведению квалификационных экзаменов функция аттестации аудиторов исполняется аттестационной комиссией, порядок создания и деятельности которой, а также участия саморегулируемых аудиторских объединений в этой деятельности определяется уполномоченным федеральным органом государственного регулирования аудиторской деятельности. Законопроектом предусматривается отмена лицензирования аудиторской деятельности, которое заменяется обязательным членством аудиторов, индивидуальных аудиторов и аудиторских организаций в саморегулируемых аудиторских объединениях.

В законопроекте подробно описаны функции, права и обязанности саморегулируемых аудиторских объединений, а также требования к ним.

Законопроектом предусматривается, что государственное регулирование аудиторской деятельности осуществляет Правительство РФ.

Государственное регулирование аудиторской деятельности заключается в выработке государственной политики в сфере аудиторской деятельности; нормативном правовом регулировании аудиторской деятельности (включая организацию

разработки и утверждение федеральных стандартов аудиторской деятельности); анализе отчетов саморегулируемых аудиторских объединений об исполнении ими и их членами законодательства Российской Федерации об аудиторской деятельности и подготовке на их основе ежегодного доклада о состоянии рынка аудиторских услуг в Российской Федерации; ведении государственного реестра саморегулируемых аудиторских объединений и контрольного экземпляра Единого реестра аудиторов и аудиторских организаций, а также в осуществлении иных полномочий.

Для повышения качества аудиторских услуг предусмотрено введение Единого квалификационного аттестата аудитора, который, подтверждая соответствующую квалификацию, будет давать право аудиторам работать в любых отраслях экономики.

Развитие саморегулирования призвано обеспечить повышение качества услуг на аудиторском рынке, что значительно укрепит аудиторскую деятельность.

Таким образом, сегодня практически во всех странах мира с рыночной экономикой, в том числе и в России, существует общественный институт аудита со своей правовой и организационной инфраструктурой. При этом необходимо отметить, что, несмотря на небольшой (менее 15 лет) период развития института аудита в современной России, нормы законодательства Российской Федерации в области аудиторской деятельности значительно приближены к международным нормам.

## Механизм правового регулирования в сфере медицинской деятельности: общая характеристика

Сегодняшнее развитие российской правовой науки свидетельствует о востребованности исследований, посвященных юридической регламентации общественных отношений, возникающих в тех сферах жизни, которые ранее в незначительной степени соприкасались с правом. В полной мере сказанное можно отнести и к области медицинской деятельности. Исторически медицина воспринималась скорее как искусство, нежели ремесло, – этот факт может считаться определяющим в проблемном характере юридического обеспечения здравоохранения<sup>1</sup>. Вместе с тем реалии настоящего (развитие медицинского законодательства, появление наряду с государственными и муниципальными также и частных лечебных учреждений, обеспечение и защита прав пациентов и т.д.) свидетельствуют о необходимости прежде всего теоретико-правовых разработок, посвященных актуальным вопросам медицинской деятельности.

Исследования в области механизма правового регулирования общественных отношений в сфере медицинской деятельности представляются необходимыми и обоснованными в контексте поиска и формирования общей концепции юридического обеспечения здравоохранения в России. В широком смысле, оперируя пониманием механизма правового регулирования как совокупностью правовых средств, при помощи которых осуществляется воздействие на общественные отношения и поведение людей, представляется целесообразным проанализировать и охарактеризовать указанное теоретико-правовое явление применительно к медицинской деятельности. Приходится констатировать, что научных работ в области права, в которых бы решались подобные задачи, весьма недостаточно. Необходимо отметить следующие обстоятельства, свидетельствующие о востребованности исследований, посвященных механизму правового регулирования общественных отношений в сфере медицинской деятельности:

**А.Н. Пицита**

1. Восприятие механизма правового регулирования как одного из ключевых факторов юридического обеспечения здравоохранения.

2. Понимание медицинской деятельности во всем ее многообразии как совокупности общественных отношений и, следовательно, объекта правового регулирования.

3. Необходимость совершенствования медицинского законодательства на основе единого понимания сути и общей характеристики механизма правового регулирования, что позволит обеспечить эффективность этого процесса.

4. Способы правового регулирования должны обеспечивать практическую реализацию двух основных направлений: государственного управления здравоохранением как отраслью и соблюдения прав, свобод и законных интересов граждан – потребителей медицинских услуг.

Без осознания того факта, что юридическое обеспечение медицинской деятельности как научная проблема и практическое направление государственной политики тесно связано с механизмом правового регулирования, весьма трудно найти качественно новые подходы к правовому регулированию системы здравоохранения. По справедливому мнению Л.С. Мельниковой, в последние годы на основе ряда работ в области теории права складывается методология выработки обобщающих правовых положений. Предметом анализа выступают функции и структура права, механизм и способы правового регулирования, само «пространство» реализации правовых норм<sup>2</sup>.

Учитывая данное обстоятельство, необходимо общую характеристику механизма правового регулирования осуществлять с позиций традиционных теоретико-правовых взглядов, а именно с точки зрения анализа средств, методов и

<sup>1</sup> См.: Сальников В.П., Стеценко С.Г. *Регламентация медицины в России: (историко-правовое исследование)*. Сер., *Право и медицина*. СПб., 2002.

<sup>2</sup> См.: Мельникова Л.С. *Концептуальные основы правового регулирования в области здравоохранения* / Под ред. О.П. Шепина. М.: Хризосом, 2001. С. 145–147.

способов правового регулирования применительно к медицинской деятельности. По мнению С.С. – Алексеева, механизм правового регулирования – это «взятая в единстве система правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения»<sup>3</sup>. Действительно, только единая система всех правовых средств (их восприятие в существующих методах и способах правового регулирования) позволяет осуществлять правовое регулирование общественных отношений в сфере здравоохранения. При этом, как представляется, анализу должны подвергаться как сами правовые средства, так и их взаимодействие.

С точки зрения объективизации феномена механизма правового регулирования, применительно к медицинской деятельности представляется целесообразным проанализировать такие характеристики, как стадии, методы, способы и типы правового регулирования в сфере здравоохранения. Говоря о традиционном теоретико-правовом понимании стадий правового регулирования, необходимо отметить, что наиболее отвечающим современным потребностям юридического обеспечения здравоохранения может считаться подход С.Г. Стеценко, который, анализируя стадии механизма правового регулирования в сфере медицинской деятельности, выделяет:

- 1) издание правовой нормы в сфере законодательства о здравоохранении и ее регламентирующее воздействие на общественные отношения в сфере медицинской деятельности;
- 2) возникновение прав и обязанностей субъектов медицинских правоотношений;
- 3) реализацию прав и обязанностей за счет фактического, реального поведения субъектов медицинских правоотношений;
- 4) применение права<sup>4</sup>.

Первая стадия – издание правовой нормы – в реалиях современной России приобрела новый импульс, поскольку в сравнении с более ранними историческими периодами продуктивность законодателей по конструированию правовых норм и принятию законов в области медицинского дела существенно возросла. Сегодня в нашей стране существуют и действуют порядка двадцати законов Российской Федерации, которые посвящены исключительно вопросам здравоохранения. Вместе с тем нельзя не отметить и наличие большого числа объектов правового регулирования (направлений медицинской деятельности), которые в должной степени не урегулированы посредством норм права. Речь идет о таких направлениях, как права пациентов и

их защита, квалификация дефектной работы врачей, ятрогенная патология и многие другие. Следует подчеркнуть важность именно первой стадии правового регулирования (издание правовой нормы), так как до издания правовых норм субъекты медицинских правоотношений выбирают варианты поведения в зависимости от различных обстоятельств (что не прибавляет управляемости всей системе здравоохранения); в то время как правовая норма либо предписывает (запрещает) определенный вариант поведения, либо делает легитимным один из нескольких вариантов, обеспечивая государственную поддержку в случае его выбора.

Вторая стадия – возникновение прав и обязанностей субъектов медицинских правоотношений – это, по сути, переход от абстрактных формулировок правовых норм к конкретным жизненным ситуациям, в рамках которых происходит упорядочение общественных отношений за счет возникновения прав и обязанностей у сторон отношений. Для человека перечисление его прав в сфере медицинской деятельности не столь значимо до тех пор, пока он в случае заболевания не обращается в лечебно-профилактическое учреждение (приобретая при этом правовой статус пациента) и его права не начинают актуализироваться (в том числе за счет корреспондирующих обязанностей представителей лечебного учреждения).

Третья стадия механизма правового регулирования в сфере здравоохранения – реализация прав и обязанностей за счет фактического, реального поведения субъектов медицинских правоотношений – является наиболее важной с позиций соотношения таких категорий, как «предполагаемое» и «реальное». Учитывая все возможные варианты реализации прав и обязанностей отдельно взятых субъектов медицинских правоотношений (допустим, пациентов) – соблюдение, исполнение и использование, можно предположить и различные варианты реализации правовых норм. Однако в любом случае здесь речь будет идти об упорядочении общественных отношений, поскольку именно в этой стадии правовое регулирование фактически достигает своей цели. Пациент, находящийся на стационарном лечении и при этом не нарушающий правил внутреннего распорядка, *соблюдает* указанные нормы; пациент, выполняющий предписания врача относительно прохождения тех или иных лабораторно-инструментальных исследований (указанных в утвержденных стандартах лечения данного заболевания), *исполняет* нормы, а пациент, выбирающий один из предложенных врачом вариантов лече-

<sup>3</sup> Алексеев С.С. *Общая теория права: В 2 т. М.: Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 9.*

<sup>4</sup> Стеценко С.Г. *Юридическая регламентация медицинской деятельности в России (исторический и теоретико-правовой анализ): Дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 177.*

ния, использует нормы права, гарантирующие ему данную возможность.

Говоря о **методах правового регулирования** как важной характеристике механизма правового регулирования в сфере медицинской деятельности, следует отметить многообразие их проявлений в здравоохранении. Традиционно известные теории права методы (императивный и диспозитивный), разными исследователями называемые еще методами субординации и координации, или централизации и децентрализации, имеют собственную практику применения в медицинской деятельности. Одной из ключевых особенностей этого является в достаточной степени равномерное использование двух методов. История нашей страны убедительно свидетельствует, что в советский период медицинская деятельность не была исключением из общего правила: здравоохранение регулировалось посредством преимущественно императивного метода правового регулирования, когда у объектов управления (а к ним, без сомнения, можно отнести как лечебно-профилактические учреждения, так и самих пациентов) не было иного варианта поведения, кроме жестко определенного заранее. Необходимо учитывать присущий тому времени административно-командный стиль управления всей медициной и конкретными направлениями здравоохранения.

В сегодняшней же России имеют место проявления как императивного, так и диспозитивного метода правового регулирования общественных отношений. Во-первых, государственное управление системой здравоохранения, хотя и в меньшей степени, но все же сохранилось и предназначено для реализации на практике одной из социальных функций государства. Во-вторых, в сферу медицинской деятельности все шире проникают частноправовые начала, которые обуславливают использование диспозитивного метода правового регулирования. Развитие и поддержка со стороны государства функционирования частной системы здравоохранения; правомерная практика оказания платных медицинских услуг; расширение возможностей для пациентов при выборе врача, лечебного учреждения и страховой медицинской организации; многовариантность для самих медицинских работников при трудоустройстве – все эти и многие другие факты свидетельствуют о наличии в настоящее время четко определенных диспозитивных методов правового регулирования и в сфере здравоохранения.

Реалии настоящего времени свидетельствуют о возможности предложить и обосновать в качестве новой теоретико-правовой конструкции медицинское право как комплексную отрасль права в целом. При этом предметом правового

регулирования выступают многочисленные общественные отношения, возникающие в сфере медицинской деятельности, а методами правового регулирования (как одной из характеристик механизма правового регулирования) в области медицинского права выступают традиционно известные императивный и диспозитивный. Рассуждая же об одном из необходимых критериев самостоятельности отрасли права – методе правового регулирования, который должен иметь место, важно отметить два важных обстоятельства:

1) при существовании двух основополагающих методов правового регулирования (императивного и диспозитивного) как в правовой науке, так и на практике не отрицается наличие значительно большего числа самостоятельных отраслей права (конституционного, гражданского, уголовного, административного и др.);

2) все большее распространение получает термин «комплексная отрасль права», который имеет отношение к отраслям права, обладающим собственным предметом регулирования и рассматривающим специфические общественные отношения, регулирование которых осуществляется нормами других отраслей, использующих традиционные методы правового регулирования.

**Способы правового регулирования** как еще одна характеристика механизма правового регулирования в сфере здравоохранения базируются на традиционных теоретико-правовых вариантах: обязывание, запрет и дозволение. В медицине данные способы характеризуются определенными особенностями проявления. Приводимые далее примеры в сочетании с объективными закономерностями развития законодательства о здравоохранении дают основания автору сформулировать собственные определения каждого из способов правового регулирования. Обязывание, как способ правового регулирования в сфере медицинской деятельности, может быть проиллюстрировано обязательством врача оказывать медицинскую помощь вне зависимости от факта нахождения на рабочем месте, состояния, наличия инструментов и т.п.

Законодательное закрепление данный способ получил как в нормативно-правовой базе здравоохранения, так и в уголовном законодательстве. Статья 124 УК РФ в качестве преступления определяет: «...неоказание помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом, если это повлекло по неосторожности причинение средней тяжести вреда здоровью больного... смерть больного или причинение тяжкого вреда его здоровью...». В то же время Минздравсоцразвития России обязано ре-



гистрировать в Минюсте России те нормативные документы, которые затрагивают права и законные интересы граждан или носят межведомственный характер. Смысл этого обяывания заключается в недопущении издания и действия документов, которые противоречат уже существующей нормативно-правовой базе или нарушают (ухудшают) правовое положение граждан. Автор предлагает под обяыванием, как способом правового регулирования в сфере медицинской деятельности, понимать возложение обязанности совершения определенных положительных активных действий на субъекты медицинских правоотношений.

Запрет является важным регулятором общественных отношений в сфере медицинской деятельности, поскольку он как один из способов правового регулирования предотвращает совершение неправомерных, запрещенных нормами права, действий. Принимая во внимание социальную и общечеловеческую ценности, которые представляют собой здоровье человека (людей), можно осознать значимость запретов как регуляторов поведения субъектов медицинских правоотношений. Существует немного областей общественных отношений, в которых отход от правил поведения (стандартов, протоколов лечения больных) был бы сравним по уровню отрицательных последствий с теми, которые имеют место в медицине, когда речь идет о жизни и здоровье человека.

Например, как действенный способ правового регулирования в области клинических испытаний лекарственных средств следует воспринимать запрет на совершение определенных действий со стороны медицинского персонала и иных лиц, принимающих то или иное участие в данном процессе. Так, в соответствии с Федеральным законом от 22.06.1998 № 86-ФЗ «О лекарственных средствах»<sup>5</sup> запрещается оплата труда специалистов учреждения здравоохранения, проводящего клинические исследования лекарственного средства, непосредственно организацией – разработчиком этого препарата, иными юридическими, а также физическими лицами, финансирующими клинические исследования лекарственного средства. К тому же весьма важными представляются положения того же закона, в соответствии с которыми запрещается проведение клинических исследований лекарственных средств:

- 1) на несовершеннолетних, не имеющих родителей;
- 2) на беременных женщинах, за исключением случаев, если проводятся клинические исследования лекарственных средств, предназна-

ченных для беременных женщин, когда необходимая информация может быть получена только при клинических исследованиях лекарственных средств на беременных женщинах и когда полностью исключен риск нанесения вреда беременной женщине и плоду;

3) на военнослужащих;

4) на лицах, отбывающих наказание в местах лишения свободы, а также на лицах, находящихся под стражей в следственных изоляторах<sup>6</sup>.

Учитывая степень прибыльности фармацевтической индустрии, когда получение прибыли способно потенциально видоизменить соблюдение правовых норм со стороны заинтересованных сторон, такое построение запретов вполне оправдано и целесообразно.

Предлагается под запретом как способом правового регулирования в сфере медицинской деятельности понимать возложение на субъекты обязанности воздерживаться от совершения определенных действий медицинских правоотношений. Важно обратить внимание на следующую существенную особенность запретов в сфере медицинской деятельности. Сами по себе запреты имеют двойное предназначение: с одной стороны, они запрещают определенные действия, противоречащие нормам права, с другой – показывают субъектам медицинских правоотношений, что все остальные действия правомерны и находятся под правовой защитой.

Дозволение можно рассматривать как наиболее прогрессивный способ правового регулирования в сфере медицинской деятельности, так как здесь речь идет о правовой возможности, использование которой полностью зависит от собственно усмотрения субъектов медицинских правоотношений. Рассматривая медицинского работника в качестве субъекта медицинских правоотношений, следует указать, что он имеет право как претендовать на место в государственном или муниципальном лечебно-профилактическом учреждении, так и заниматься частной медицинской практикой.

Пациент как субъект медицинских правоотношений при необходимости обращения за медицинской помощью вправе выбирать лечебное учреждение по месту жительства (в соответствии с полисом обязательного медицинского страхования) либо обратиться в частное лечебное учреждение по собственному усмотрению. Здесь уместно говорить как раз о том, что ранее (в советское время) у пациента не было реальной возможности на реализацию данного права, а в настоящее время нормы современной правовой базы здра-

<sup>5</sup> СЗ РФ. 1998. № 26. Ст. 3006.

<sup>6</sup> Федеральный закон «О лекарственных средствах» от 22.06.1998 № 86-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 26. Ст. 3006.

воохранения разрешают (дозволяют) ему совершать эти действия или воздержаться от них. Таким образом, дозволение как способ правового регулирования в сфере медицинской деятельности – это предоставление субъектам медицинских правоотношений права на совершение активных действий или воздержание от них.

Подводя определенный итог рассуждениям о способах правового регулирования в сфере медицинской деятельности, важно отметить, что только их разумное сочетание способно привести к формированию такого законодательства о здравоохранении, которое будет отвечать всем требованиям и государственной целесообразности, и соблюдения прав, свобод и законных интересов отдельных граждан.

И, наконец, анализируя последнюю из запланированных характеристик механизма правового регулирования в сфере медицинской деятельности – типы правового регулирования, необходимо отметить следующее; общедозволительный тип правового регулирования, характеризующийся принципом «разрешено все, что прямо не запрещено законом», применяется преимущественно к правовому статусу пациентов как субъектов медицинских правоотношений. Действительно, нормативно-правовая база содержит сравнительно небольшое количество норм, запрещающих пациентам совершение определенных действий в сфере медицинской деятельности. Это объясняется прежде всего исходным отношением законодателя к пациенту – это более уязвимая сторона правоотношений. Пациент нуждается в медицинской помощи, и в этой связи он во многом вынужденно (хотя и добровольно) вступает в правовые отношения с представителями медицинского сообщества.

В то же время разрешительный тип правового регулирования, характеризующийся принципом «запрещено все, что прямо не разрешено законом», более свойственен такой стороне медицинских правоотношений, когда субъекты оказывают медицинскую помощь (к ним относятся представители лечебно-профилактических учреждений). Например, в соответствии с действующим законодательством, право на занятие частной медицинской практикой имеют лица, получившие диплом о высшем или среднем медицинском об-

разовании, сертификат специалиста и лицензию на избранный вид деятельности. Разрешение на занятие частной медицинской практикой выдает местная администрация по согласованию с профессиональными медицинскими ассоциациями и действует на подведомственной ей территории<sup>7</sup>. Иными словами, в сфере предоставления услуг частной медицинской практики государством определен разрешительный тип: их могут оказывать лишь лица, которые отвечают определенным в законе критериям (наличие у них диплома, сертификата, лицензии, разрешения).

Таким образом, подводя итог рассуждениям относительно общей характеристики механизма правового регулирования в сфере медицинской деятельности, необходимо отметить следующие обстоятельства:

- во-первых, несмотря на определенную степень уникальности, общественные отношения в сфере медицинской деятельности должны регулироваться нормами права по общим канонам и в соответствии с общепринятыми подходами;

- во-вторых, чрезвычайно важными представляются теоретико-правовые исследования в области здравоохранения. Они необходимы как для отраслевых научных исследований в сфере юридического обеспечения медицины, так и для поиска путей совершенствования медицинского законодательства;

- в-третьих, необходима унификация образовательных программ по медицинскому праву при подготовке как юристов, так и медицинских работников<sup>8</sup>.

Последнее обстоятельство представляется весьма важным, так как в настоящее время намечились определенные тенденции, в соответствии с которыми учебные программы по медицинскому праву (правовому регулированию медицинской деятельности) для студентов медицинских вузов строятся на принципах, не отвечающих современным требованиям правовой науки и практики. По глубокому убеждению автора, преподавание юридического обеспечения медицинской деятельности как для врачей, так и для юристов должно строиться на основе общей идеологии, единых принципов и подходов. Степень детализации материала может быть различной, но общая направленность и стратегия должны быть едиными.

<sup>7</sup> Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.1993 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

<sup>8</sup> См.: Стеценко С.Г. Медицинское право: Учебник. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.

## Проблема «специальной» теории государства и права

**В.Н. Протасов**

Последнее десятилетие в российской учебной литературе по теории государства и права получил распространение взгляд о существовании так называемой специальной теории государства и права. Можно предположить, что к выводу о наличии наряду с общей теорией государства и права еще и «специальной» теории государства и права российских теоретиков привели некоторые идеи и формулировки, изложенные в учебной литературе А.Б. Венгерова и Р.З. Лившицем.

В 1994 г. Р.З. Лившиц в книге под названием «Теория права», которая обозначена автором как «Учебник для студентов юридических высших учебных заведений», употребил такое словосочетание, как «теория российского права», и пытался подчеркнуть специфику предмета такой теории<sup>1</sup>. Однако при ближайшем рассмотрении оказалось, что российскими в этой конструкции являются лишь ученые, а также иллюстрации из советской и российской правовой действительности. Сама «теория российского права» была представлена в виде собственных взглядов автора и взглядов других российских правоведов на традиционные общеправовые вопросы. В таком случае уместнее было бы говорить о российской теории права, а не о «теории российского права». Однако так или иначе формулировка, допускающая неоднозначную трактовку, была заявлена.

Вместе с тем основная заслуга в этом вопросе принадлежит А.Б. Венгеру, который (практически одновременно с Р.З. Лившицем и тоже в учебной литературе) сформулировал идею о необходимости формирования специальной теории российской государственности<sup>2</sup>. В дальнейшем некоторыми авторами учебников по теории государства и права этот подход стал восприниматься уже как не вызывающий сомнений в своей правильности. Так, в учебнике «Теория государства и права», авторами которого являются В.В. Лазарев и С.В. Липень (кстати, весьма квалифицированном учебном издании), говорится: «Необхо-

димо четко представлять себе наличие двух уровней теоретического знания – общего (безотносительно к юридической действительности конкретной страны в конкретное время) и специального (применительно к юридической действительности конкретной страны в конкретное время)». Тут же была намечена и перспектива: «И дело будущего – наметить варианты органичного сочетания в рамках теории государства и права общего и специального уровня знаний»<sup>3</sup>.

Следует обратить внимание на то характерное обстоятельство, что данная идея появилась и стала получать распространение именно в учебной литературе. Подобная идея только и могла зародиться как продукт работы авторов над вопросами учебной дисциплины. Учебная тема, появление которой было обусловлено потребностью лектора приблизиться к российской правовой действительности, получила статус научной идеи и стала внедряться в систему самой науки.

В данном случае произошло смешение системы учебной дисциплины и системы науки. Система науки и система дисциплины – разные системы. Их соотношение в некотором смысле сходно с соотношением системы права и системы законодательства. Система дисциплины существенно более субъективна. Она базируется на системе науки, но их связи далеко не однозначны. В содержание учебной дисциплины могут быть включены компоненты, которые к системе науки отношения не имеют и взяты совсем не из нее. Например, если требуется проинформировать студентов о порядке опубликования и вступления в силу нормативных правовых актов в Российской Федерации, то это совсем не означает, что данный информационный блок является элементом системы теории права как науки.

Что касается таких тем, как «Правовая система России» или «Российское государство», то их

<sup>1</sup> Лившиц Р.З. *Теория права: Учебник для студентов высших учебных заведений*. М., 1994. С. 57–59.

<sup>2</sup> Венгеров А.Б. *Теория государства и права*. М., 1995. Ч. 1. *Теория государства*. С. 253–254.

<sup>3</sup> См.: Лазарев В.В., Липень С.В. *Теория государства и права: Учебник для вузов*. М., 1998. С. 10.

включение в российские учебники по теории государства и права можно признать полезным и даже необходимым. Однако наличие подобных тем в системе учебной дисциплины не является основанием для вывода о существовании «специальной» теории государства и права. Теоретической основой таких тем являются типологические характеристики российской правовой системы и российского государства в рамках типологических подсистем общей теории права и теории государства, а не особые «теория российского права» и «теория российского государства». Соответственно, и в учебных программах, и в учебниках темы «Российская правовая система» и «Российское государство» следует рассматривать как компоненты учения о типах права и государства, а не как особые учебные разделы.

О смешении проблематики системы науки и системы учебной дисциплины свидетельствует характер аргументов, которыми обосновывается существование специальной теории государства и права. Так, в названном выше учебнике В.В. Лазарева и С.В. Липеня сказано, что «ряд тем («Нормы права», «Система права», «Нормативно-правовые акты» и др.) в большинстве учебников по теории государства и права традиционно носят именно специальный, а не общий характер, поскольку теоретические положения рассматриваются почти исключительно на примере отечественной государственно-правовой действительности»<sup>4</sup>. Говоря другими словами, в теории государства и права как науке должна существовать специальная теория потому, что в учебниках по теории государства и права приводятся примеры из российской государственно-правовой действительности. Если же речь идет о том, что общетеоретические выводы делаются только на российском материале, то это тоже не означает, что они составляют теорию российского государства или теорию российского права.

Статус теории определяется ее предметом, а не теми объектами, которые попадают в поле зрения ее исследовательского внимания. Вопрос же о том, охватывает ли теория все факты, на обобщение которых она претендует, – это не вопрос ее научного статуса. Сомнения, момент неуверенности, связанные с предположением о наличии где-то факта, который не вписывается в данную теорию, присущи любой теории. Можно сказать, что такого рода сомнения – это естественное состояние научной теории. С точки зрения формальной логики вопрос о том, не найдется ли какое-то частное явление, которое противоречит общему утверждению, всегда корректен. Ни одна теория не дает гарантии того, что не существует фактов, противоречащих содержащимся в ней общим положениям. С этим моментом связан известный парадокс науки, сформулирован-

ный Карлом Поппером: теория тем лучше (научнее), чем больше она рискует быть опровергнутой.

В этой же плоскости находится и решение вопроса о том, можно ли в терминологическом обозначении говорить об «общей теории государства и права» или в ее названии следует ограничиться термином «теория государства и права». Колебания в этом вопросе, судя по аргументам сторонников «специальной теории государства и права», обусловлены сомнениями относительно того, достигают ли российские теоретики в исследовании права и государства нужных высот абстракции или нет.

Сомнения подобного рода могут иметь под собой основания. Однако они относятся к проблеме результативности научной деятельности, которая к определению статуса теории отношения не имеет. Именованная и характеристика той или иной теории как «общей» не зависит от реально содержащихся в ней положений и, соответственно, от фактического вклада ученых в ее содержание. Надо заметить, что любая теория в силу самой своей природы является общей. Поэтому добавлять к ее наименованию слово «общая» смысла, как правило, нет. Именованная ту или иную теорию «общей» необходимо в тех случаях, когда нужно выстроить иерархию теорий, т.е. когда в соотношении теорий появляется уровень особенного. Поэтому применительно к теории права добавлять слово «общая» следует, поскольку существует уровень особенного в виде теорий отраслевых правовых наук. А вот теория государства такого уровня особенного не имеет и может обозначаться просто как «теория государства» или «государствоведение». В обозначении же учебной дисциплины, содержание которой в наибольшей степени определяется общей теорией права и в меньшей степени теорией государства, употребление слова «общая» ошибкой не будет. С учетом не только идеологических причин, но и значения общей теории права для отраслевых правовых наук выглядит близким к истинному положению вещей такое название учебной дисциплины, как «Общая теория права и государства».

В нашем общетеоретическом правоведении со смешением проблем учебной дисциплины и проблем науки связаны многие теоретические осложнения и затруднения. В частности, разработка предмета общей теории права и предмета теории государства во многом замедлена тем, что данная проблематика подменяется рассуждениями в учебниках о «предмете теории государства и права», который подается в виде краткого описания содержания учебной дисциплины, т.е. того, что излагается в основной части учебника. В дополнение иногда ведется речь о таком фантомном явлении, как «предмет учебной

<sup>4</sup> Лазарев В.В., Липень С.В. Указ. соч. С. 10.

дисциплины», что окончательно запутывает проблему. Учебная дисциплина, как известно, представляет собой подготовленную особым образом информацию, усвоение которой предполагается необходимым для подготовки специалистов соответствующего профиля и уровня. Учебная дисциплина ничего не изучает, она изучается сама и, соответственно, не имеет предмета изучения.

В учебниках должно быть четко показано соотношение системы теории государства и права как науки и ее системы как учебной дисциплины. В современных российских учебниках по теории государства и права система науки вообще не характеризуется. Системная характеристика теории государства и права как науки ограничивается характеристикой ее связей в системе наук, т.е. ее описанием как элемента системы более высокого порядка, что является лишь одним из аспектов системного описания науки, причем аспектом второго плана.

Характеристика системы теории государства и права как науки во многом отсутствует по той причине, что теория государства и права на самом деле является комплексной учебной дисциплиной, а не наукой. Если сторонники теории государства и права как единой науки будут пытаться охарактеризовать ее систему, то они будут вынуждены или повторить систему учебной дисциплины, или рассматривать по отдельности систему общей теории права и систему теории государства, что будет означать признание отсутствия теории государства и права как особой науки. В контексте проблемы, обозначенной в заголовке статьи, вопрос о самостоятельности этих двух наук существенного значения не имеет. Важен сам факт различия системы науки и системы учебной дисциплины. Вместе с тем опыт российских общетеоретических исследований показывает, что заслуживающие внимания результаты достигаются только в случаях раздельного рассмотрения предметов общей теории права и теории государства<sup>5</sup>.

Аргументы, связанные с необходимостью различать систему учебной дисциплины и систему науки, не являются основными в системе аргументации, исключающей существование специальной теории государства и права. Главным является то, что теории российского государства (или теории российского права, или теории российской правовой системы) не может быть в принципе. Дело в том, что «российское государство», «российское право», «российская правовая система» (так же, как «французское государство» или «испанская правовая система») являются реальными единичными объектами, которые могут иметь только **описание**, но никак не теорию.

Употребление в данном случае слова «описание» требует некоторых пояснений, поскольку оно

может вызвать контраргументы в виде рассуждений о существовании описательных теорий и т.п. В строгом смысле «описание» – это исследовательская (теоретическая) процедура, прием исследовательской деятельности, который в некотором смысле противопоставлен другой теоретической процедуре – объяснению. В тех случаях, когда описание используется как основной метод исследования, создаются теории, которые носят название описательных (феноменологических) и представляют собой обобщения сравнительно невысокого порядка. Однако описание как способ формирования теории предполагает как раз исследование обширного эмпирического материала, охват большего числа объектов, принадлежащих данному классу (роду) явлений. В любом случае описательная теория – это не описание конкретного, единичного объекта.

Когда здесь говорится об описании как единственно возможной характеристике индивидуального объекта, исключающей наличие какой-либо теории этого объекта, то под «описанием» имеется в виду даже не особая исследовательская процедура, а все возможные приемы, с помощью которых можно дать характеристику единичному объекту, объяснить его. При этом объяснение индивидуальных объектов не исключает приложения к ним тех или иных теорий, что не означает, однако, возникновения теории данного объекта. С точки зрения форм отражения мира на рациональной, логической основе конкретному единичному объекту соответствует простейшая форма мысли – единичное понятие.

Единичное понятие отражает то, что существует в одном, конкретном экземпляре (например, «город Лондон» или «смерть Ивана Ильича»). А то, что существует как конкретная, индивидуальная реальность, не может иметь своей, т.е. соотносимой только с ним, теории. Теория начинается там, где есть обобщение признаков ряда (класса) единичных объектов. Например, может иметь место теория правоотношения, но не может быть теории конкретного правоотношения. То, что конкретное государство или индивидуальная правовая система представляют собой более сложные объекты, чем правоотношение, сути дела (с методологической точки зрения) не меняет. Ничего не меняют и такие обозначения, как «теоретические проблемы российского государства», «теоретические проблемы российской государственности», «вопросы теории российского государства» и т.п. Названные обозначения представляют собой лишь стилистические варианты одного и того же подхода. Если не может быть теории российского государства, то не существует и теоретических проблем российского государства (рос-

<sup>5</sup> См., напр.: Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. М., 2004. Т. 1.

сийской государственности). Не говоря уже о некоторой смысловой неоднозначности такой формулировки, как «теоретические проблемы российского государства», которая наводит на мысль о большем значении для российского государства проблем практического толка.

Сказанное не означает, что накладывается табу на изучение российского государства или российского права. Напротив, для российского правоведения и российского государствоведения эти объекты являются приоритетными. Другое дело, что нужно правильно понимать и точно определять научный статус информации, получаемой в результате исследования объектов российской государственно-правовой действительности, отношение этой информации к системе науки. Если изучение российского государства привело, например, к выводу, что некие его стороны, свойства, признаки объединяют его с другими явлениями этого же класса, то в результате получено знание на уровне теории государства, а не на уровне специальной теории российского государства или «теоретических проблем российской государственности». Только в рамках общетеоретического подхода, путем отделения общего от частного можно выявить индивидуальные, своеобразные, уникальные характеристики российской правовой системы или российского государства, привлечь к ним внимание как к объектам изучения и совершенствования.

Отвергая саму возможность существования специальной теории государства и права, следует проанализировать причины и основания ее появления. Иногда теоретические основания теории представляют больший интерес, чем сама теория. А.Б. Венгерова к выводу о существовании специальной теории российской государственности во многом привели его методологические воззрения, связанные с особой оценкой роли случая в понимании государственно-правовых явлений. Автор, по существу, перенес случайное из объектов теории государства и права в ее предмет, что выглядит как смешение объектов науки и ее предмета. В исследовании государства и права можно и нужно изучать различные объекты и процессы (тем более, что вывод о случайной или закономерной природе тех или иных явлений можно сделать, лишь изучив их). Однако предмет теории государства, как и любой теории, составляют только закономерности.

Функциональное назначение категории «предмет науки» состоит в том, чтобы определить, знание о чем (из всего того, что наукой изучается) должно войти в систему науки. А «объектами» науки является все то, что она изучает. Сложившееся представление о предмете науки как о том, что наука изучает в том или ином объекте, нуждается

в коррекции. В таком подходе вообще не понятно назначение категории «объект науки», а понятие «предмет науки» не выполняет своей функции.

Само по себе решение вопроса о том, относится ли знание о данном процессе или явлении к предмету и системе науки, заставляет рассматривать эти процессы или явления прежде как некие объекты. В этой связи функциональное назначение понятия «объект науки» заключается в том, что с его помощью определяются поле научной деятельности, границы исследовательского внимания, область научных интересов. Поэтому, когда А.Б. Венгерова относит случайное к предмету теории права на том основании, что и оно должно изучаться теорией права наряду с закономерностями<sup>6</sup>, с его стороны допускается смешение предмета теории права с ее объектами.

Вместе с тем А.Б. Венгерова, будучи неординарно мыслящим ученым, уловил в характеристике российского государства один специфический аспект, который весьма условно можно обозначить как теоретический. Речь идет о закономерностях в истории развития российского государства (закономерностях, развернутых во времени). Однако сведения, полученные в результате подобного ракурса исследования, не относятся к системе такой науки, как теория государства, а также не образуют новой теории – специальной теории российского государства. Известно, что история как наука не сводится только к реконструкции и описанию тех или иных процессов. Она выявляет также определенные закономерности в становлении и развитии тех или иных конкретных явлений. Однако такие закономерности являются предметом именно истории, а не теории, и имеют соответствующее название – исторические закономерности.

Именно такой (исторический) ракурс в подходе А.Б. Венгерова к характеристике российского государства проявляется в его рассуждениях о необходимости охвата длительного исторического периода в развитии российского государства, о существовании «вечных» факторов, влияющих на его развитие. Не говоря уже об указании на необходимость исследования случайных явлений и процессов, что традиционно является составной частью предмета исторической науки. Примечательно также то, что А.Б. Венгерова говорит не о теории российского государства, а о теории российской государственности. Такая постановка вопроса в наибольшей степени увязывает историю российского государства с историей российского общества.

Специфический взгляд теоретика на российскую государственно-правовую действительность, заключающийся в проецировании на нее выработанных теорией государства и права об-

<sup>6</sup> См.: Венгерова А.Б. *Теория государства и права: Учебник для юридических вузов.* М., 1998. С. 306.

шетеоретических положений, и сделанные в результате выводы об общем и частном в возникновении и развитии российского государства не создают особой теории российского государства, поскольку общие сведения относятся к теории государства, а частные – к описанию российского государства как единичного явления реальности.

Если в теоретических построениях А.Б. Венгерова можно найти свою методологическую основу и определенный теоретический смысл, то постановка вопроса о теории (или теоретических проблемах) *современного* российского государства (или государственности) лишена таких оснований полностью, поскольку в этом случае отсутствует даже исторический аспект. Как уже было замечено, у реального единичного объекта не может быть теории как таковой: единичный объект может иметь только описание. Такого рода описания, касающиеся того или иного аспекта российского государства или российского права, возможны и нужны лишь в составе теории государства и права как учебной дисциплины, изучаемой в юридических вузах Российской Федерации.

Существует одна специфическая сфера деятельности, для которой выводы, сделанные относительно «специальной теории российской государственности», имеют сугубо практическое значение. Речь идет о написании и защите диссертаций по общей теории права и теории государства в рамках специальности 12.00.01. В этой сфере требуется очень четко определяться с научным статусом сведений, излагаемых соискателем в диссертации. Положение о порядке присуждения ученых степеней содержит нормативно-правовое требование указать отрасль знаний, применительно к которой диссертант решает те или иные задачи. А как определить научный статус «теории», которая изначально, по своей природе теоретическим знанием не является?

В тех случаях, когда в заголовке диссертации идет речь о теории (или о теоретических проблемах, теоретических вопросах и т.п.) чего-либо применительно к *современному* российскому государству или *современному* российскому праву, то в единичных случаях имеет место неправильное формулирование заголовка, а в основной массе – полная эклектика в содержании диссертации как результат неверно избранного ракурса (темы) исследования.

Некоторые диссертанты добросовестно заблуждаются в этом вопросе, и задача научных руководителей и научных консультантов их поправить. Другие же соискатели ученых степеней просто пользуются моментом, представляя в диссертационные советы опусы, похожие на «винегрет». А.Б. Венгерова вряд ли предполагал такой вариант практической реализации своей идеи о специальной теории российской государственности.

Теперь уже задача руководителей диссертационных советов остановить все расширяющийся поток подобных «диссертаций». Такого рода труды могут полностью разрушить научные системы общей теории права и теории государства, исказить представления о предметах этих наук. Сейчас по каждому вопросу теории государства и права можно заново писать диссертации, обозначая их уже под рубрикой современного российского права или современного российского государства. В нынешнее время под рубрикой специальной теории государства и права можно защитить в рамках специальности 12.00.01 любую тему.

Еще раз следует подчеркнуть, что для современного отечественного общетеоретического право- и государствоведения современное российское право и современное российское государство являются приоритетными объектами изучения и практического приложения знаний. Однако, изучая эти объекты, следует ясно понимать и четко определять научный статус получаемых в результате такого изучения сведений. И если с позиций теории государства дается характеристика современного российского государства (а именно это имел в виду А.Б. Венгерова, когда говорил, что «предметом приложения общего знания о закономерностях и случайностях в государственно-правовом развитии человечества становится Россия»<sup>7</sup>), то это не означает, что создается специальная теория российской государственности. Например, если на основе выработанных теорией государства общих представлений о форме государственного правления дается характеристика формы правления современного российского государства, то в результате такого приложения общих сведений к российской действительности никакой теории не возникает.

Если не может быть теории единичного объекта, то можно ли получить обобщенное знание, ограничиваясь изучением конкретного объекта? На этот вопрос следует ответить утвердительно. Речь идет о случаях экстраполяции сведений, полученных при изучении отдельно взятого объекта, на весь класс явлений, к которому принадлежит данный объект. Однако в таких случаях, во-первых, не должно быть сомнений в надежности оснований для экстраполяции, во-вторых, полученное таким образом знание уже нельзя расценивать как характеристику только данного объекта, т.е. сформулировать нечто подобное «специальной теории российской государственности».

Процесс характеристики сложных единичных социальных объектов с позиций той или иной теории может выступить как серьезная исследовательская работа, процесс научной деятельности.

<sup>7</sup> См.: Венгерова А.Б. Указ. соч. С. 298.

ти. Научный характер такой работе придает решение следующих проблем. Во-первых, исследователь, прилагая ту или иную теорию к частному объекту, высказывает собственные суждения по поводу содержания теории, дополняет ее собственными теоретическими взглядами. Во-вторых, сам процесс распространения общих положений на сложное единичное явление требует научных усилий, определенной исследовательской работы. В-третьих, такого рода процессы связаны с решением задач типологии, с определением места изучаемого единичного объекта в классификационной системе прилагаемой теории, с высказыванием суждений по поводу правильности оснований существующей классификации.

В качестве примера научной работы такого плана можно привести исследование В.Н. Синюковым российской правовой системы<sup>8</sup>. При этом автор ставит задачу разработки именно теории (общей теории) правовой системы России. Научная основательность и высокая степень полезности труда В.Н. Синюкова не вызывают сомнений. Вместе с тем можно предположить, что автор в контексте своего исследования использует термин «теория» достаточно условно, с тем, чтобы придать целостность результатам многофакторного анализа, выстроить целостное понимание российской правовой системы на основе особого методологического подхода. Учитывая своеобразие авторской позиции, можно было бы согласиться с таким уникальным вариантом использования термина «теория». Однако логичность некоторых методологических построений, предшествующих в этой работе анализу российской правовой системы, вызывает сомнение.

Общее понятие правовой системы, по мнению автора, формируется на основе существующей и часто господствующей методологии, рассматривающей (исследующей) право как абстрактный элемент человеческих отношений. Ущербность такого методологического подхода, надо понимать, видится в его отрыве от конкретной жизненной реальности. Ему В.Н. Синюков противопоставляет иной ракурс исследования, когда его предметом становится правовая система конкретной страны, определенная историческим временем, культурой и географическим ареалом<sup>9</sup>.

Такое методологическое построение выглядит искусственным и большой теоретической нагрузкой. Вряд ли можно признать господствующим способ формирования общетеоретических конструкций, когда объектом изучения выступает пра-

во как некая абстрактная модель (вневременная, внеисторическая, наднациональная). Эта модель не является некоей данностью: она результат обобщения, теоретического исследования совокупности конкретных правовых систем, т.е. результат применения методологии, которая как раз и является господствующей. Теоретические операции с подобной моделью возможны, однако не они определяют содержание общей правовой теории. Учение Г. Кельзена, на которое ссылается в качестве примера В.Н. Синюков, тому подтверждение. Господствующим оно пока не стало.

Что же должно стать результатом исследования, ракурс которого определяется правовой системой конкретной страны? В таком случае, по мнению автора, выявляются «культурно-исторические и этнотипологические признаки правовой системы, которые позволяют представить ее как отдельный, особенный, специфически уникальный феномен правового мира»<sup>10</sup>. С историческим аспектом все ясно. Что же касается типологической операции, произведенной с конкретным объектом, то она не создает теории этого объекта или какого-то ее аспекта, а относится к теории, разделом которой является типология данного класса объектов. Тем более невозможно говорить о теории применительно к уникальному объекту, который представляет собой не просто единичное явление, а единственное в своем роде.

При всей глубине проведенного В.Н. Синюковым исследования его результаты следует оценивать как научную характеристику, теоретическую идентификацию российской правовой системы, но вряд ли правильно позиционировать эти результаты как «теорию российской правовой системы». Автор ставит перед собой задачу «сформировать целостную систему взглядов на российскую правовую систему» и получить ответы на вопросы: «какая правовая система адекватна России? Каким принципам она соответствует? Что подлежит устранению в прежних структурах, что реформированию, а что требует сохранения и развития? Какова природа отечественного права, как она соотносится с правовыми институтами зарубежных стран, насколько допускает их рецепцию?»<sup>11</sup>. Таким образом, речь, по существу, идет о построении идеальной модели российской правовой системы как целостного образования. Такая модель как результат методологического приложения теории права и других наук к конкретному объекту имеет право на существование, но не создает теории этого объекта.

<sup>8</sup> Синюков В.Н. *Российская правовая система: Введение в общую теорию*. Саратов, 1994.

<sup>9</sup> См.: Там же. С. 44–45.

<sup>10</sup> В.Н. Синюков. *Указ. соч.* С. 45.

<sup>11</sup> Там же. С. 12.



# Неисковые производства по процессуальному законодательству России и Германии

**Н.М. Коршунов**

Классическим и единственно общепризнанным видом гражданского судопроизводства является исковое, или спорное, судопроизводство. Все остальные виды дел, не попадающие в группу спорных, претендуют на особые правила рассмотрения. В российском процессуальном праве все они, распавшись на специальные процессуальные формы, именуемые видами гражданского судопроизводства, остаются формами одного и того же гражданского процесса<sup>1</sup>, регулируются одним и тем же нормативным актом – ГПК РФ. Сегодня число таких видов в гражданском процессе Российской Федерации нельзя считать вполне определенным. Если до принятия ГПК РФ 2002 г. можно было уверенно говорить об особом, или охранительном, производстве и производстве по делам, возникающим из административных (в последние годы в связи с универсализацией судебной защиты – из публичных) правоотношений, то после его вступления в силу число таких дел стало определяться авторами по-разному. Наибольшее число видов гражданского судопроизводства называет М.К. Треушников<sup>2</sup>, наименьшее – В.В. Ярков<sup>3</sup>. Между этими полюсами существует целая шкала классификаций, иногда довольно произвольных, иногда с попыткой выделения единого классификационного критерия, но среди них нет ни одной убедительной.

Легального понятия «вид гражданского судопроизводства», конечно, не существует<sup>4</sup>, но эта очевидная истина не позволяет надеяться на то, что положение может быть исправлено росчерком законодательного пера, поскольку проблема не ограничивается только материально-правовыми особенностями дела (кстати, трудно формализуемыми и весьма расплывчатыми) либо даже задачами и целями судопроизводства, а представляет собой результат формирования конкретно-исторической модели правосудия в рамках правоохранительной функции государства в сфере оборота частных прав. Это ясно видно при сопоставлении российского неискового производства<sup>5</sup> с охранительным производством в Германии.

На российские и германские суды с давних пор помимо общей задачи разрешения споров о праве гражданском возлагались разнообразные задачи по оказанию содействия частным лицам в реализации принадлежащих им субъективных прав и охраняемых законом интересов. Эта судебная деятельность именовалась охранительной, правоустановительной, беспорной и т.п. при понимании в целом несовершенства и условности такой терминологии, не отрицающей выполнения

<sup>1</sup> Данное обстоятельство позволило в свое время А.А. Мельникову выдвинуть тезис об условности деления судопроизводства на виды. По его мнению, в действительности судопроизводство едино, ни о каких самостоятельных видах судопроизводства говорить нельзя (см.: Курс советского гражданского процессуального права: Учебник: В 2 т. / Под ред. А.А. Мельникова. М.: Наука, 1981. Т. 1. С. 121–127).

<sup>2</sup> М.К. Треушников называет восемь видов гражданского судопроизводства (см.: Треушников М.К. Развитие гражданского процессуального права России // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004. С. 12). Попытка включить в число видов гражданского судопроизводства стадию исполнительного производства, развивающаяся в универсальный процессуальный институт с особым правовым регулированием (О.В. Исаенкова, Е.И. Носырева, М.К. Треушников, Л.В. Туманова и др.), скорее всего вызвана преувеличением значения процессуальной формы, поскольку никаких вопросов материального права в таком производстве не разрешается, а следовательно, и вести речь о наличии «особого гражданского дела» не приходится. Такой подход позволяет любую стадию процесса рассматривать как вид судопроизводства.

<sup>3</sup> В.В. Ярков по-прежнему исходит из существования трех видов гражданского судопроизводства – искового, особого и производства по делам, возникающим из публично-правовых отношений (см.: Гражданский процесс: Учебник. 5-е изд. / Отв. ред. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2004. Гл. 1. § 2. П. 3).

<sup>4</sup> См.: Носырева Е.И. Виды современного гражданского судопроизводства и их классификация // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец. С. 88.

<sup>5</sup> Вопрос о производстве по делам, возникающим из публичных правоотношений, не рассматривается, поскольку он связан с проблемой административной юстиции, заслуживающей отдельного обсуждения.

судом охранительных и установительных функций в рамках искового производства. «Все попытки установить теоретически точную границу между исковыми и охранительными делами и отыскать признак, которым они отличаются друг от друга, оказались безуспешными»<sup>6</sup>. Существует несколько известных теорий, пытавшихся объяснить природу дел охранительного производства: теория глоссаторов (признак добровольности и бесспорности дела); теория превентивной юрисдикции (наиболее популярная, соответственно именованная искомое производство репрессивной юрисдикцией); креативная теория (охранительное производство направлено на изменение и создание правоотношений, а искомое – на поддержание и охрану существующих). Однако ни одна из теорий, по мнению Е.В. Васьковского, не давала критерия, применимого ко всем категориям охранительных дел, поэтому процессуалисты его времени склонялись к мнению, что такого критерия нет и что подчинение тех или иных дел исковому или охранительному порядку зависит от усмотрения законодателя и должно обуславливаться соображениями целесообразности и практического удобства<sup>7</sup>.

И в России, и в Германии к охранительному производству относились самые разные дела, включаемые в этот вид разбирательства без видимого общего сходства друг с другом одним только прямым указанием законодателя. Однако в России правила рассмотрения и разрешения подобных дел закреплялись в Уставе гражданского судопроизводства (книга 4), поэтому на них распространялись общие положения устава и даже правила искового производства в части, не противоречащей особенностям рассмотрения и разрешения таких дел. В Германии они были урегулированы специальным Законом о делах добровольной подсудности от 20.05.1898 (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)*) (с последними изменениями и дополнениями от 26.01.2005).

В основе концепции германского закона сегодня лежит идея единой превентивной юрисдикции в сфере гражданского оборота, кем бы она ни осуществлялась и к каким бы делам ни относилась. В соответствии с этой идеей процедурные нормы указанного закона применяются, с одной стороны, к деятельности не только судов, но и иных юрис-

дикционных органов (например нотариата); с другой стороны, они включают в себя управленческую судебную деятельность в сфере гражданского оборота (судебную регистрационную деятельность).

Сами дела, разрешаемые в рамках добровольной подсудности, настолько многочисленны и разнообразны, что для их характеристики невозможно выделить какие-то точные классификационные признаки. Добровольная подсудность в германском праве включает в себя различные юридические институты, общим для которых является только то, что речь идет о гражданско-правовых делах, юридическое разрешение которых в силу указания закона требует участия государственного правоохранительного органа (*Rechtspflegeorgane*)<sup>8</sup>. Решающее значение поэтому имеет прямое указание закона, включающего тот или иной вид дел в категорию дел добровольной подсудности. Классическими видами дел добровольной подсудности являются:

- дела по опеке (*Vormundschaftssachen*), дела по попечительству и патронату (*Betreuungssachen*) и дела по принудительному помещению в лечебное учреждение (*Unterbringungssachen*) (§ 35–70 Закона о делах добровольной подсудности);

- дела по актам гражданского состояния – Закон о гражданском состоянии от 03.11.1937 (*Personenstandsgesetz (PStG)*);

- наследственные дела и дела о разделе имущества (§ 72–99 Закона о делах добровольной подсудности);

- реестровые дела (по торговым реестрам (§ 125–158 Закона о делах добровольной подсудности), реестрам кооперативов, судовым реестрам (реестру морских судов, реестру каботажных судов, реестру строящихся судов), залоговому реестру воздушных судов, реестрам союзов, реестру супружеского имущества и по регистрациям в поземельной книге);

- деятельность нотариусов по удостоверению актов.

Деятельность по рассмотрению и разрешению этих дел именуется также как деятельность в рамках юридического обеспечения (*Rechtsfürsorge*) или превентивного юридического обслуживания (*vorsorgenden Rechtspflege*)<sup>9</sup>.

Однако наряду с указанными к делам добровольной подсудности также отнесены:

<sup>6</sup> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. 2-е изд., перераб. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1917. § 131.

<sup>7</sup> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. §. 131.

<sup>8</sup> См.: Keidel T. *Freiwillige Gerichtsbarkeit: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. München: Beck, 1999. § 1. «Пестрой смесью» назвал ее В. Брем, автор одного из учебников по добровольной подсудности (см.: Brehm W. *Freiwillige Gerichtsbarkeit: Lehrbuch*. Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden: Boorberg, 2002. Rn. 11).

<sup>9</sup> Вероятнее всего, этот термин, точнее, его не критический перевод, и стал причиной появления в российской юридической литературе словосочетаний «превентивное правосудие» или даже (что еще хуже) «предварительное правосудие».

- чисто искивые дела частнопубового характера, в которых стороны выступают друг против друга с прямо противоположными интересами и суд постановляет решение о субъективных правах сторон (например, дела о квартирной собственности, возникающие по основаниям, предусмотренным в § 37 (и далее) Закона о квартирной собственности и праве проживания (*Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht – Wohnungseigentumsgesetz*), дела о правах на квартиру и предметы домашнего хозяйства бывших супругов (§ 13 Постановления о пользовании супружеской квартирой и предметами домашней обстановки от 21.10.1944 (*Hausratsverordnung (HausratsVO)*)) и др.<sup>10</sup>;

- публично-правовые споры, в которых участвуют на одной стороне заинтересованное лицо, а на другой – публично-правовая корпорация или официальная инстанция и в которых речь идет о защите публично-правовых субъективных прав (например, обжалование административных актов в соответствии с § 37 (и последующими) Федерального закона об адвокатуре (Федерального устава адвокатуры (*Bundesrechtsanwaltsordnung – BRAO*)) и § 111 Федерального закона о нотариате (Федерального нотариального устава (*Bundesnotarordnung – BNotO*)).

Добровольная подсудность в германской правовой системе выступает в качестве превентивной правовой охраны (*vorsorgende Rechtspflege*) в сфере оборота частных прав (*im Bereich des Privatverkehrs*)<sup>11</sup>. В ее составе

различаются: а) правосудие или упрощенное судебное рассмотрение гражданских дел искового и охранительного производства; б) административно-управленческая деятельность (в том числе осуществляемая судами) в гражданском обороте (деятельность регистрационных служб в системе ведения реестров и книг гражданского состояния); в) нотариальная деятельность.

По признанию немецких юристов эта классификация дел добровольной подсудности с точки зрения практики большого значения не имеет, так как законодатель четко определяет круг дел добровольной подсудности и устанавливает соответствующие процедурные правила разрешения каждого из них. Этому способствовало развитие самого германского законодательства о добровольной подсудности на протяжении всего XX в., отличительными чертами которого стала передача в сферу добровольной подсудности хаотичного множества самых разных дел и бессистемное привлечение в это производство из других областей всего, что только возможно<sup>12</sup>. Для правоприменительной практики усилия по систематизации всего этого нормативного материала не имеют почти никакого значения. Что касается создаваемых позитивным правом проблем отграничения его главным образом от искового производства, то они имеют практическое значение только в связи с определением подведомственности дела, а также преюдициальности решений, выносимых в одной сфере, для дел, рассматриваемых в другой<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Подробнее см.: Ott C. *Freiwillige Gerichtsbarkeit in Europa – Ökonomische Analysen und Perspektiven*//Notar. 2003. № 4. S. 161.

<sup>11</sup> См.: *Op. cit.* S. 159.

<sup>12</sup> См.: *Op. cit.* S. 161.

<sup>13</sup> См.: Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P. *Zivilprozessrecht: Lehrbuch*. München: Beck, 1993. § 11.

## Порядок изменения и расторжения коммерческих сделок: право и практика

**М.Н. Илюшина**

Порядок расторжения (изменения) договора и его оформления во многом зависит от способа расторжения или изменения договора.

Однако изменение и расторжение договора, как и его заключение, подчиняются некоторым общим правилам. Прежде всего действия по изменению или расторжению договоров по своей юридической природе являются сделками. Следовательно, к ним применяются общие правила о совершении сделок, в частности правила о форме совершения сделок. Наряду с этим к изменению и расторжению договоров применяются и специальные правила, относящиеся к форме их совершения. В соответствии с п. 1 ст. 452 ГК РФ соглашение об изменении или расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное.

Следует признать, что судебно-арбитражная практика, оценивая надлежащую форму внесения изменений в договор, заключенный в письменной форме, допускает при определенных условиях для коммерческих сделок использование конклюдентных действий как согласия на внесение изменений в договоре.

Например, в арбитражный суд обратилось АО (арендодатель) с иском к товариществу с ограниченной ответственностью (арендатор) о внесении изменений в договор аренды нежилого помещения, поскольку товарищество письменного согласия на изменение условий договора не давало, хотя вносило арендную плату по новым ставкам, предложенным истцом. Арбитражный суд искивые требования АО удовлетворил. При этом он исходил из того, что действия арендатора по внесению арендной платы не могут рассматриваться как его согласие на внесение изменений в договор аренды, так как

в соответствии со ст. 452 ГК РФ соглашение об изменении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное. Поскольку, исходя из ст. 609 ГК РФ, договор аренды между юридическими лицами заключается в письменной форме, то соглашение о внесении изменений в договор также должно быть выражено в письменной форме. Кассационная инстанция решение суда первой инстанции отменила, сославшись на п. 3 ст. 434 ГК РФ, которым установлено, что письменная форма договора считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 438 ГК РФ.

Как следует из названного пункта ст. 438 ГК РФ, совершение лицом, получившим оферту, действий по выполнению указанных в ней условий (уплата соответствующей суммы) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. Так как иных оснований для непризнания действий арендатора акцептом не было, возражений по условиям арендной платы, предложенной арендодателем, не заявлено, действия товарищества должны расцениваться как его согласие на внесение изменений в договор аренды<sup>1</sup>. Иной порядок изменения или расторжения договора установлен для тех случаев, когда договор изменяется или расторгается по требованию одной из сторон. Обязательным условием изменения или расторжения договоров в судебном порядке является соблюдение специальной досудебной процедуры урегулирования спора между сторонами договора.

---

<sup>1</sup> Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров: Приложение к Информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 05.05.1997 № 14 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1997. № 7.<sup>1</sup> Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров: Приложение к Информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 05.05.1997 № 14 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1997. № 7.

Порядок изменения или расторжения договора следующий. Заинтересованная сторона обязана направить другой стороне предложение об изменении или расторжении договора. Другая сторона обязана в срок, указанный в предложении или установленный в законе или в договоре (а при его отсутствии – в тридцатидневный срок) направить стороне, сделавшей предложение об изменении или расторжении договора, либо извещение о согласии с предложением, либо извещение об отказе от предложения, либо извещение о согласии изменить договор на иных условиях.

В первом случае договор считается соответственно измененным или расторгнутым в момент получения извещения о согласии стороной, сделавшей предложение об изменении или расторжении договора. Во втором случае, а также в случае неполучения ответа в установленный срок заинтересованная сторона вправе обратиться в суд с требованием об изменении или расторжении договора, который и разрешит возникший спор. В третьем случае сторона, сделавшая предложение об изменении договора, может согласиться с предложением контрагента. В такой ситуации договор считается измененным на условиях, предложенных контрагентом. Если сторона, сделавшая предложение об изменении договора, не согласится со встречным предложением контрагента, она вправе обратиться в суд с требованием об изменении договора. В этой ситуации условия, подлежащие изменению, будут определяться решением суда.

Интересным представляется следующий спор, в котором обнаружили некоторые противоречия между специальным порядком досудебного порядка одностороннего расторжения договора аренды и общего порядка необходимости предупреждения о расторжении договора согласно п. 2 ст. 452 ГК РФ. Комитет по управлению имуществом (арендодатель) предъявил к обществу с ограниченной ответственностью иск о расторжении договора аренды нежилого помещения и выселении ответчика из указанного помещения. Определением суда первой инстанции требования о расторжении договора аренды и выселения ответчика оставлены без рассмотрения в связи с несоблюдением истцом порядка прекращения договора аренды, заключенного на неопределенный срок (п. 2 ст. 610 ГК РФ). Истец, не согласившись с указанным судебным актом, в апелляционной жалобе просил его отменить и рассмотреть спор по существу, ссылаясь на соблюдение им требо-

ваний ч. 3 ст. 619 ГК РФ и п. 2 ст. 452 ГК РФ, касающихся порядка расторжения договора аренды. Суд апелляционной инстанции, исследовав обстоятельства спора, установил следующее. Договор аренды нежилого помещения был заключен сроком на один год. Так как по истечении срока действия договора арендатор продолжал пользоваться нежилым помещением при отсутствии возражений со стороны арендодателя, договор возобновлен на неопределенный срок.

Вывод суда первой инстанции о том, что договор аренды, заключенный (возобновленный) на неопределенный срок, может быть прекращен только по основаниям, предусмотренным п. 2 ст. 610 ГК РФ, является несостоятельным, поскольку сам по себе факт заключения договора аренды на неопределенный срок не лишает арендодателя права на расторжение такого договора при существенном нарушении его условий арендатором.

Как видно из материала дела, арендодатель на основании пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 619 ГК РФ обратился в суд с иском о расторжении договора и выселении арендатора из занимаемого им помещения в связи с существенным нарушением последним условий договора, в том числе длительным невнесением арендной платы. До обращения в суд истцом были соблюдены требования ч. 3 ст. 619 ГК РФ и п. 2 ст. 452 ГК РФ, регламентирующие обязательные досудебные процедуры при расторжении договора. Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции отметил, что арендодатель, определяя момент обращения в суд, правомерно руководствовался тридцатидневным сроком, установленным п. 2 ст. 452 ГК РФ, а не трехмесячным сроком, предусмотренным п. 2 ст. 610 ГК РФ.

Поскольку факты нарушений условий договора аренды со стороны арендатора в ходе судебного разбирательства в апелляционной инстанции были подтверждены, определение суда первой инстанции было отменено и исковые требования удовлетворены<sup>2</sup>.

Несколько иначе оформляется расторжение (изменение) договора вследствие одностороннего отказа одной из сторон от договора. В этом случае требуется письменное уведомление другой стороны; заинтересованная сторона обязана довести необходимые сведения до другой стороны и иметь возможность доказать указанный факт в судебном заседании.

Интересна в связи с этим практика арбитражного суда по делу о формах соответствующего предупреждения в коммерческих сделках.

<sup>2</sup> См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2002. № 3. С. 21.

Арендодатель обратился в арбитражный суд с иском о досрочном расторжении договора аренды нежилого помещения, сославшись на ч. 2 ст. 619 ГК РФ, согласно которой договором аренды могут быть установлены основания досрочного расторжения договора по требованию арендодателя в соответствии с п. 2 ст. 450 ГК РФ. Пунктом 5 договора аренды предусмотрено, что сдача арендуемого помещения в субаренду без письменного разрешения арендодателя является основанием для его досрочного расторжения. При проверке использования арендатором помещения, проведенной арендодателем, установлено нахождение в нем посторонней организации, что отражено в представленных в суд актах. Возражая против заявленного требования, ответчик, не оспаривая факт сдачи арендуемого им помещения в субаренду третьему лицу без соответствующего разрешения арендодателя, сослался на несоблюдение установленного ч. 3 ст. 619 ГК РФ порядка досудебного урегулирования спора, указав на то, что им не было получено письменное предупреждение арендодателя о необходимости устранить в разумный срок нарушения договорного обязательства.

Согласно ч. 3 ст. 619 ГК РФ арендодатель вправе требовать досрочного расторжения договора только после направления арендатору письменного предупреждения о необходимости исполнения им обязательства в разумный срок. Суд признал довод ответчика обоснованным, указав, что по смыслу ч. 3 ст. 619 ГК РФ такое письменное предупреждение должно быть получено арендатором, чтобы он имел возможность исполнить договорное обязательство в разумный срок.

Как было установлено в ходе судебного разбирательства, истец со своей стороны не принял надлежащих мер, которые гарантировали бы получение ответчиком (арендатором) соответствующего письменного предупреждения (вручение под расписку, направление заказным письмом или с уведомлением о вручении). Иные доказательства получения ответчиком предупреждения в материалах дела также отсутствовали.

Учитывая изложенное, суд признал порядок досудебного урегулирования спора несоблюденным и, руководствуясь п. 5 ст. 87 АПК РФ, оставил иск без рассмотрения<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2002. № 3. С. 41–42.

## Вопросы возникновения права общей собственности на общее имущество в многоквартирных домах

**С.Г. Певницкий**

Анализируя известное суждение Д.И. Мейера об определенных началах права собственности и путях, которыми эти начала открываются<sup>1</sup>, можно сделать вывод, что пути, открывающие начало, и есть порождающие юридические факты – способы возникновения права собственности. В то время как само начало – это то правовое основание, на котором собственник публично признается таковым.

Следует заметить, что, несмотря на отсутствие в ГК РФ разграничения способов и оснований возникновения права собственности, это не может быть признано необоснованным упрощением цивилистического понятийного аппарата, так как указанное разделение утратило (если когда и имело) практическую значимость и затрудняет постижение важнейшего правового института<sup>2</sup>.

В любом случае как основания возникновения права собственности, так и способы его возникновения могут быть квалифицированы по различным критериям. Исторически первой сложилась дихотомия по основанию самой правовой парадигмы, в рамках которой происходило возникновение собственности: либо это парадигма, естественная для всех народов (*ratione naturalis inter omnes homines*<sup>3</sup>), либо это парадигма шивиль-

ного права. Данная классификация была переосмыслена юристами позднего средневековья: на основе разработанной ранее великим Ирнерием, основателем Болонской школы, классификации способов приобретения владения «отец международного права» Г. Гроций предложил деление на оригинальные и производные способы приобретения собственности (по сути, сохраняя содержание этих групп)<sup>4</sup>.

Можно заметить, что данное разделение не только не утратило актуальности, но и является основным как в теории, так и на практике. Однако основание данной классификации понимается по-разному различными юристами: это и воля<sup>5</sup>, и правопреемство<sup>6</sup>, и смешанный критерий<sup>7</sup>, и наличие связи с владением<sup>8</sup> – этот список можно продолжать и далее. Таким образом, возможно выделить некий общий комплексный критерий, позволяющий производить разделение на основе наличия или отсутствия связи с предыдущим правообладателем.

Для случаев, связанных с «впадением» собственников помещений в общую собственность в

<sup>1</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 381.

<sup>2</sup> Следует признать (с известной долей осторожности в каждом конкретном случае) справедливым мнение В.А. Рахмиловича (безотносительно к его полемике с К.И. Скловским) о том, что «стремление к простому и понятному» не всегда вредно (см.: Рахмилович В.А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (к вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) // Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С. 139). Можно добавить, что не следует в любом случае рассматривать это стремление как компонент желания всеобщей унификации и нивелирования правовой действительности.

<sup>3</sup> Дигесты Юстиниана: В 7 т. М.: Статут, 2002. D 11.1.1.

<sup>4</sup> Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 2002. С. 396.

<sup>5</sup> Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций: В 3 т. Л., 1958. С. 293.

<sup>6</sup> Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Антология уральской цивилистики. М.: Статут, 2001. С. 242–243.

<sup>7</sup> Гражданское право: В 4 т. / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Вольтерсклувер, 2005. Т. 2. С. 37–39.

<sup>8</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 390. Хотелось бы обратить внимание на следующее замечание Д.И. Мейера: «...заметим, что вопрос о классификации способов приобретения права собственности пользуется незаслуженным значением в науке права: для науки права существенно определить каждый способ приобретения права собственности, но несколько не существенно обозначить общие черты нескольких способов приобретения (курсив наш. – С.П.), несущественно потому, что нельзя остановиться на этих общих чертах, а приходится определять каждый способ в точности – и не все ли равно, в каком порядке». Можно признать справедливость слов Д.И. Мейера не только в рассматриваемом случае, но и применительно к общей тенденции уделять повышенное внимание весьма отвлеченным предметам.

многоквартирных домах, следует признать единство правовых оснований и способов возникновения собственности на помещения и доли в праве собственности на общее имущество. Актуальность здесь имеют лишь способы, при которых создается новая вещь, а также весь массив случаев, когда право собственности возникает на основании сделок и в порядке наследования (правопреемства при реорганизации юридического лица).

К первичным способам возникновения собственности, безусловно, относится приобретение имущества по долевому участию в строительстве. Согласно ст.ст. 2, 4 Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»<sup>9</sup> (далее – Закон об УДСМД)<sup>10</sup> дольщик приобретает право собственности на вещь, не только ранее никому не принадлежавшую, но, более того, ранее не существовавшую. По сути, договор долевого участия воспроизводит модель хорошо всем известного договора строительного подряда, положив хотя бы в этом конец излюбленной теме споров юристов в области недвижимости<sup>11</sup>. Разумеется, договор долевого участия имеет специфику по сравнению с нормами договоров подряда типа (*locatio conductio operas*), так, например, отсутствует обязанность заказчика по предоставлению земельного участка (ст. 747 ГК РФ)<sup>12</sup>. Дополнительной гарантией прав дольщика могло бы служить приобретение им по заключении договора доли в праве на земельный участок<sup>13</sup>.

Однако нас скорее интересует порядок и особенности возникновения у участников долевого строительства (дольщиков) прав на общее имущество. Анализируя ч. 5 ст. 16 Закона об

УДСМД, можно прийти к следующему выводу: у дольщика после государственной регистрации права собственности на объект долевого строительства (конкретное помещение) одновременно возникает доля (неотчуждаемая и непередаваемая отдельно от права собственности на основную вещь) в праве общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме, в котором это помещение находится<sup>14</sup>. Данные положения корреспондируют с нормами принятого в том же пакете законопроектов ЖК РФ, в особенности с гл. VI «Общее имущество собственников помещений в многоквартирном доме».

Итак, при долевом строительстве с момента возникновения самостоятельного объекта недвижимости – жилого помещения у его собственника возникает право собственности на долю в общем имуществе. При этом доля в праве общей собственности зависит именно от размера (общей площади) основного помещения.

В ЖК РФ по сравнению с Федеральным законом от 15.06.1996 № 72-ФЗ «О товариществах собственников жилья»<sup>15</sup> (далее – Закон о ТСЖ) изменены требования к государственной регистрации общего имущества в многоквартирном доме и сделок с ним. Напомним, что в Законе о ТСЖ было прописано весьма невнятное требование государственной регистрации кондоминиума, озадачившее всех правоприменителей, так как сама процедура исполнения данного требования нигде более в законодательстве прописана не была. Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»<sup>16</sup> также не предусматривал процедуры регистрации собственно кондоминиума<sup>17</sup>. Правоприменительная практика истолковала подобную проблему в верном ключе: под регистрацией кондоминиума стали

<sup>9</sup> См.: Российская газета. 2004. № 292.

<sup>10</sup> Вообще принятие этого закона, обоснованно вызвавшего множество нареканий, все же лучше его неприятия: практика вызвала к жизни весьма причудливые формы инвестиционных и долевых договоров. В принятый закон по результатам возникшей дискуссии уже готовятся изменения. Как верно отмечено Л.И. - Петражицким, вопрос об «инстинктивной «мудрости» эмпирического происхождения» и «сознательной политике права» следует решить в пользу последней (см.: Петражицкий Л.И. По поводу вопроса о ценности обычного права и его изучения // Право. 1899. № 2. С. 67–70).

<sup>11</sup> См.: Пиджаков А.Ю., Иванов П.Д., Нечуйкина Е.В. О некоторых проблемах правового регулирования долевого участия в строительстве // Правовые вопросы строительства. 2004. № 1; Квадророва О.С. Правовые аспекты финансирования гражданами строительства жилья на долевой основе. М.: Ось-89, 2003.

<sup>12</sup> Известно мнение сабинианской школы, признанное большинством римских юристов, что при предоставлении подрядчиком не только работ (услуг), но и материала (к этой категории вполне относима земля, на которой возводится строение) договор квалифицируется как *emptio-venditio* (купля-продажа) // Дигесты Юстиниана. D 18.1.20.

<sup>13</sup> Возникает вопрос, связанный с наличием у застройщика земельного участка на праве аренды.

<sup>14</sup> Подробнее о статусе общего имущества см.: Певницкий С.Г. Общее имущество многоквартирного дома как объект права общей долевой собственности // Нотариус. 2005. № 3.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2963.

<sup>16</sup> СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

<sup>17</sup> Вероятно, здесь законодатель допустил традиционное смешение понятий государственной регистрации феноменов юридической действительности (прав на недвижимость и сделок с ней) и собственно регистрации как учета фактически существующих объектов недвижимости. Эта ошибка характерна для законодателя,



понимать регистрацию прав на общее имущество в кондоминиуме<sup>18</sup>.

В соответствии с положениями Закона об УДСМД государственная регистрация возникновения права собственности на объект долевого строительства одновременно является государственной регистрацией неразрывно связанного с ним права общей долевой собственности на общее имущество. Однако на данный момент не вполне ясна техническая сторона данного вопроса. Не ясно, как конкретно осуществляется такая двуединая регистрация. Очевидно, что в подразд. I Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее – ЕГРП) совокупность самостоятельных объектов недвижимости (помещений частей многоквартирного дома), принадлежащих различным собственникам, с одной стороны, и единой массы общего имущества, принадлежащего этим сосособственникам, с другой, учитываются раздельно, так как в нашем позитивном праве различаются градостроительные объекты и объекты вещных прав<sup>19</sup>. Вероятно, было бы целесообразнее подробнее прописать процедуру «автоматической регистрации» права собственности на общее имущество, состав которого первично определяется застройщиком, права же на него сосособственников должны указываться в подразд. II ЕГРП.

Отслеживая возникновение прав на общее имущество, не следует забывать, что в него входят не только места общего пользования в многоквартирном доме, но и земельный участок, на котором он расположен. Даже при поверхностном анализе норм ст.ст. 48, 51 нового Градостроительного кодекса РФ и ст. 3 Закона об УДСМД очевидно, что обязательным условием для осуществления строительства является наличие прав на сформированные (с установленными размерами и границами) в соответствии с правилами землепользования и застройки и градостроительными

регламентами земельные участки, на которых осуществляется строительство данных объектов. Первичным правообладателем на такой земельный участок является застройщик. Учитывая изменения, внесенные в ЗК РФ ст. 16 Федерального закона от 29.12.2004 № 191-ФЗ «О введении в действие Градостроительного кодекса Российской Федерации»<sup>20</sup>, можно сделать вывод, что застройщик может получить и обладать участком как на праве собственности, так и на праве аренды.

Известно, что по исполнению договора долевого участия в строительстве эти права переходят к дольщикам или (в зависимости от теоретической позиции авторов) возникают у них. Однако если в случае с собственностью все достаточно ясно, то в случае с арендой ситуация видится более сложной: основополагающий принцип оборота *«nemo plus juris ad alienum transferre potest quam ipse habet»* («никто не может передать больше прав, чем сам имеет») в данном случае игнорировать невозможно<sup>21</sup>. Между тем в пп. 4–6 ст. 16 Федерального закона от 29.12.2004 № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации»<sup>22</sup> содержится правило об обязательной бесплатной передаче земельного участка в состав общего имущества многоквартирного дома, построенного до введения ЖК РФ в действие. По введении ЖК РФ в действие приемочная комиссия вправе принять дом только при наличии установленных размеров (границ) земельного участка, на котором он располагается. Однако законодатель не уточнил, распространяются ли положения указанного закона о бесплатном переходе земельного участка в общую долевую собственность на многоквартирные дома, построенные по введению ЖК РФ в силу. Представляется, что ответ здесь будет отрицательным.

Застройщик должен приобрести права на земельный участок самостоятельно перед нача-

*красноречивым примером тому служит ст. 85 НК РФ (как ее заглавие, так и п. 4). К сожалению, подобное смешение совершенно различных процедур порождает весьма серьезные практические проблемы. Печально то, что позицию налоговых органов, отождествляющих регистрацию (учет) объектов недвижимости в смысле ст. 85 НК РФ и регистрацию прав и сделок на недвижимое имущество (укрепление прав), разделяют некоторые арбитражные суды. В силу синкретичности арбитражной практики в округах единая позиция по данному вопросу отсутствует, но, судя по постановлению Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 05.11.2002 № А82-78/02-А/8, постановлению Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.12.2002 № 4191, суды также не видят разницы между юридическим и фактическим.*

<sup>18</sup> Приказ Минюста России от 27.06.2003 № 152 «Об утверждении Инструкции о порядке государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в кондоминиумах» (с изменениями от 19.11.2003, 24.12.2004) // Российская газета. 2003. № 139.

<sup>19</sup> Пискунова М.Г. О делимости недвижимых вещей // Бюллетень Минюста России. 2003. № 5. С. 23.

<sup>20</sup> Российская газета. 2004. № 290.

<sup>21</sup> Следует признать, что данный принцип уже утратил абсолютный характер, например, в случае добросовестного приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. Ведь последний, имея вещь в лучшем случае на праве аренды или доверительного управления, передает ее лицу, которое при соблюдении прописанного в законе состава становится собственник. Впрочем, речь идет лишь о передаче вещи, ибо никакой связи с правом предыдущего собственника или отчуждателя новое «чистое» право собственности добросовестного приобретателя не имеет, что дает основание отнести данный способ приобретения собственности к первоначальным способам.

<sup>22</sup> СЗ РФ. 2005. № 1 (Ч. 1). Ст. 15.

лом привлечения денежных средств. Тут и возникает вопрос, связанный с принадлежностью земельного участка. Ведь если он находился у застройщика на праве аренды, то никаким образом не может поступить в общую собственность. В принципе, памятуя о природе имущественного комплекса как весьма синкретичного объединения различных по своей природе (как фактической, так и правовой) объектов, можно допустить и право аренды земельного участка как компонента многоквартирного дома.

Тогда возникает вопрос о собственнике земельного участка (по общему правилу это какое-либо публично-правовое образование). Очевидно, что никаких прав на иное имущество многоквартирного дома собственник земельного участка иметь не будет, так как он не является участником долевой собственности на общее имущество, поскольку не имеет в собственности помещения. Надо сказать, что данная проблема обойдена вниманием как в ЖК РФ (ст. 36), где указано, что земельный участок, на котором расположен многоквартирный дом, принадлежит на праве общей долевой собственности собственникам помещений в данном доме, так и в Законе об УДСМД. Вероятно, данная проблема должна иметь какое-то законодательное решение: либо необходимо предоставление после ввода дома в эксплуатацию земельного участка в общую собственность, либо необходимо получение собственником земельного участка статуса, близкого к статусу собственников помещений. В последнем случае не вполне ясен механизм определения доли в собственности на общее имущество, кроме того, вызывает сомнения обоснованность возложения на собственника земельного участка затрат по содержанию общего имущества. Существует, впрочем, и третий путь: классическая схема долгосрочной аренды с множественностью нанимателей. Интенция законодателя просматривается в ЖК РФ, где земельный участок императивно включен в общее имущество. Таким образом, необходимо урегулировать процедуру передачи участка в общую собственность.

В контексте данной работы не представляется целесообразным рассматривать приобретение права общей долевой собственности в силу приобретательной давности и добросовестное приобретение от неуправомоченного отчуждателя. Несмотря на то что эти способы весьма интересны теоре-

тически и весьма значимы практически, их рассмотрение подменило бы предмет данного исследования, так как судьба доли в общем имуществе полностью следует правовой судьбе главной вещи комплекса, рассмотрение же ее вне контекста комплекса невозможно и не имеет ни теоретической, ни практической значимости.

Интересную группу способов возникновения права собственности представляют собой различные виды дополнительного строительства: либо когда происходит приращение уже существующего дома (возводится мансарда и пр.), либо когда возводится отдельный объект градостроительного учета, входящий, однако, в общее имущество многоквартирного дома. Безусловно, в данном случае происходит изменение не только самого общего имущества (в количественном выражении и внутренней структуре), но изменение прав собственников на него. Общее имущество данных объектов вливается в общее имущество ранее существовавшего дома. Между тем возникает вопрос о порядке возникновения прав на общее имущество собственников помещений в нововозведенной части многоквартирного дома. В связи с увеличением числа собственников произойдет уменьшение доли каждого из прежних сосособственников на общее имущество.

По нашему мнению, данная проблема снимается требованием закона (п. 1 ч. 2 ст. 44, ч. 1 ст. 46 ЖК РФ) об обязательной процедуре принятия решения о расширении и надстройке многоквартирного дома. Следует считать, что если большинством более чем в две трети от общего числа собственников помещений принято решение о реконструкции, то это решение следует рассматривать как согласие на соответствующее уменьшение доли в праве общей собственности. Такое понимание отвечает отмеченной специфике общей собственности в многоквартирных домах.

Кроме описанной ситуации, сложность вызывает неразрешенная законодателем проблема с произведенными ранее сосособственниками неотделимыми улучшениями общего имущества (вопрос улучшений общего имущества вообще весьма сложен для данной разновидности общей собственности). Возникает вопрос об обоснованности безвозмездного поступления этих благ (через возникновение доли в праве собственности) лицам, не понесшим затрат на их создание<sup>23</sup>. Вопрос этот

<sup>23</sup> В качестве примера можно привести ситуацию, когда сосособственниками было принято решение провести улучшение общего имущества на привлеченные, а не на собственные средства. Так, после заключения кредитного договора с банковской организацией и получения предоставленного кредита, который тратится на улучшение общего имущества, у собственников возникают обязательства по отношению к банку по выплате основной суммы кредита и процентов по нему. При этом данные обязательства следуют не из факта наличия у лица доли в праве, а вытекают из кредитного договора, в котором перечислены обязанные субъекты. Таким образом, при появлении новых сосособственников возникает ситуация, когда они получают долю в праве собственности на общее имущество с улучшениями, не участвуя при этом в расходах по его созданию.

достаточно серьезен и может повлечь последствия вплоть до кондикционных. В данном случае можно допустить две модели разрешения.

В соответствии с первой моделью при получении права собственности на помещение в достроенном объекте новые сосособственники должны выплатить прежним некоторую компенсацию, равную сумме понесенных последними затрат на улучшение общего имущества. Возникает вопрос, каково правовое основание возложения на лиц расходов, воли на несение которых они не выражали. Впрочем, поскольку квартира в многоквартирном доме представляет собой, как сказано выше, некий имущественный комплекс, допустимо предположить, что увеличение стоимости общего имущества соответственно увеличивает стоимость и доли в праве собственности на него, входящей обязательным компонентом в приобретаемую квартиру<sup>24</sup>. При принятии такой модели самим фактом приобретения квартиры в пристроенном объекте лица будут входить в понесенные ранее сосособственниками затраты по улучшению общего имущества.

Вторая модель основана на том же подходе, что и в случае с уменьшением доли в праве общей собственности. Собственники помещений, принимая квалифицированным большинством голосов решение о реконструкции дома путем пристройки дополнительных помещений, выражают тем самым согласие на вхождение (точнее, «впадение») их будущих собственников в общую собственность без каких-либо дополнительных требований к возмещению расходов. Ведь правовые основания такого требования, как уже было сказано выше, не вполне очевидны. Законодатель должен каким-либо образом разрешить данную проблему, установив в гл. 6 ЖК РФ то, каким образом должно происходить распределение расходов в случае улучшения общего имущества. Как отмечалось выше, сделано это может быть даже противоположными способами, но должно быть

сделано законодателем, а не отдаваться на откуп судебной практике.

Важнейшими способами возникновения права собственности на общее имущество без преувеличения можно назвать приватизацию и куплю-продажу помещений в многоквартирных домах. Однако купля-продажа помещения, несмотря на свою распространенность, не вызывает проблем, связанных именно с общей собственностью. Это объясняется императивно установленным единством судьбы компонентов имущественного комплекса квартир в многоквартирном доме.

Легальное основание приватизация квартир в многоквартирных домах получила 11 июля 1991 г. после вступления в силу Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации»<sup>25</sup>, а постановлением Конституционного Суда РФ от 03.11.1998 № 25-П<sup>26</sup> была разрешена и приватизация отдельных комнат в коммунальных квартирах.

В рамках социалистического позитивного регулирования<sup>27</sup> могло существовать только две модели отношений в многоквартирном доме. Первая модель, типичная для общества, где «нет ничего частного», – унитарная государственная собственность на весь дом, при которой об общем имуществе не может быть речи, а существуют лишь места общего пользования для нанимателей<sup>28</sup>. Вторая, более сложная модель (инкорпорированный, чуждый системе элемент) возникала при кооперативной собственности. Речь идет о так называемом многоквартирном доме жилищно-строительного коллектива индивидуальных застройщиков (ст. 106 ГК РСФСР), данный термин воплощался в объективной реальности в форме жилищно-строительного кооператива – юридического лица. Однако и здесь речь шла лишь о собственности юридического лица, которое только передавало право пользования квартирой своим участникам. Право пользования следует относить к ограниченным вещным правам (таким, как ранее существовавшее

<sup>24</sup> Тем более что за вычетом стоимости работ и услуг строительных организаций сумма стоимости реализованных помещений в пристроенных частях должна поступать в общую собственность сосособственников и распределяться между ними, так как только сосособственники могут принимать решения относительно судьбы общего имущества. Эти выводы подтверждаются определением Верховного суда РФ от 25.12.2000 по делу № 78-Г00-61 и решением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 12.03.1996 (см.: Сидоренко А.Д., Чефранова Е.А. Особенности правового режима на общее имущество в многоквартирном доме // *Нотариус*. 2004. № 6. С. 38).

<sup>25</sup> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 28. Ст. 959.

<sup>26</sup> СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5603.

<sup>27</sup> «Правовым» его можно назвать, лишь следуя известному определению: «Право – совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке... в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и удобных господствующему классу» (см.: Вышинский А. Основные задачи науки советского социалистического права // *Основные задачи науки советского социалистического права*. М., 1938. С. 8).

<sup>28</sup> Следует отметить оригинальное социально-лингвистическое исследование, посвященное проблеме жилищных отношений в советский период (см.: Сарнов Б.М. Жилплощадь // *Наш советский новояз: Маленькая энциклопедия реального социализма*. М., 2002. С. 129–136).

право застройки и существующие до настоящего времени права пожизненного наследуемого владения и бессрочного пользования земельными участками, являвшимися суррогатами земельной собственности в ее отсутствие), то есть имеет место известная еще римскому праву конститутивная сукцессия<sup>29</sup>. Соответственно, места общего пользования многоквартирного дома оставались в собственности ЖСК.

После исторического экскурса очевидно, что лишь после проведения приватизации жилого фонда и возникла проблема общего имущества собственников квартир. С момента осуществления первой приватизационной передачи квартиры в доме возникает долевая собственность нового собственника и публичного образования на общее имущество дома.

Сходная с результатами приватизации ситуация складывается в ЖК, ЖСК и ЖНК. Общая собственность (как и общее имущество) возникает лишь после полной выплаты пая первым членом ЖК и ЖСК. Тогда первично приобретенный

кооперативом как юридическим лицом дом теряет свой унитарный статус, и в нем появляются уже знакомые нам помещения как имущественные комплексы – объекты прав различных собственников. В ЖНК ситуация зависит от выбранной кооперативом стратегии. В случае строительства возникновение прав на общее имущество после полной выплаты членом пая тождественно ситуации, описанной для ЖК и ЖСК, а в случае купли-продажи доля в праве собственности возникает на общих основаниях (как компонент имущественного комплекса) сначала у ЖНК, а затем и у физического лица.

Разумеется, что упомянутое сходство весьма условно (как известно, *omne simile claudet* – каждое уподобление хромает), ведь такое сравнение не затрагивает существенных аспектов данных явлений, но лишь указывает на появление вместо собственности одного лица на весь дом как единый объект права коммунальной собственности двух и более лиц на помещения и общее имущество многоквартирного дома<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 140–141.

<sup>30</sup> Подробнее о данной разновидности собственности см.: Певницкий С.Г. Право коммунальной собственности в многоквартирных домах // Юрист. 2006. № 2.

## Внешний и финансовый контроль в свете изменений бюджетного законодательства

**Ю.А. Крохина**

В обществе, построенном на демократических принципах, в частности на принципе разделения властей, деятельность государственного финансового контроля охватывает не только потребности органов исполнительной власти в контроле за состоянием государственных финансов, но и потребности общества в контроле за финансовой деятельностью самой исполнительной власти.

Инструментом контроля общества за финансовой деятельностью исполнительной власти является организуемая государством система внешнего финансового контроля. Для реализации этой цели создаются счетные палаты, на которые и возлагается ответственность за аудит государственных доходов и расходов, за обеспечение финансовой безупречности и подотчетности государственной финансовой системы.

Специфика функций Счетной палаты РФ – проверка законности финансовой деятельности в первую очередь исполнительной ветви власти – обуславливает изначальную конфликтность и политическую напряженность и, следовательно, вынужденный компромисс в законодательном обеспечении ее деятельности. Однако такое положение не должно приводить к автоматическому ограничению контрольных полномочий Счетной палаты РФ.

Сегодня в российском законодательстве и юридической литературе достигнуто однозначное закрепление и понимание правового статуса Счетной палаты РФ, а также ее места в системе органов государственной власти.

В настоящее время в Счетной палате РФ сложилась и действует четкая и логически завершенная система финансового контроля. Однако она не стоит на месте. В новых экономических условиях Счетная палата РФ постепенно начинает испытывать потребность в дальнейшей модификации выстроенной ей системы контроля и приспособлении ее задач и функций к современному бюджетному процессу, к современным требованиям повышения эффективности финансового управления.

Существенным образом повлияла на деятельность Счетной палаты РФ и предопределила мно-

гие возникшие в настоящее время проблемы ее функционирования казначейская система исполнения федерального бюджета и технология единого счета федерального бюджета (счета Федерального казначейства). На Счетную палату РФ возложены задачи, выполнение которых при казначейской системе исполнения федерального бюджета требует наличия у нее и соответствующих участников бюджетного процесса необходимых организационных, материально-технических и информационно-коммуникационных условий. Отсутствие в настоящее время таких условий приводит к автоматическому подстраиванию правового регулирования деятельности Счетной палаты РФ к новой системе.

Так, в соответствии с Федеральным законом от 20.08.2004 № 120-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования межбюджетных отношений»<sup>1</sup> с 1 января 2006 г. изменена редакция ст.ст. 138 и 140 БК РФ, которыми предоставлено право контрольным органам субъектов Российской Федерации проверять местные бюджеты получателей финансовой помощи из бюджета субъекта Российской Федерации, а Счетной палате РФ право проверять бюджеты субъектов Российской Федерации – получателей финансовой помощи из федерального бюджета.

Напомним, что особенностью регулирующих источников, используемых в бюджетном регулировании, является их наличие в нижестоящем бюджете (региональном или муниципальном) в качестве дохода, а в федеральном бюджете или бюджете субъекта Российской Федерации – в качестве расходной функции. В процессе бюджетного регулирования происходит движение бюджетных денежных средств в рамках бюджетной системы. Для вышестоящего бюджета (федерального или бюджета субъекта Российской Федерации) подобное перемещение ресурсов выражает метод распределения государственных денежных средств, а

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3535.

для нижестоящего (регионального или муниципального) – метод формирования.

Данное обстоятельство (сохранение права собственности на передаваемые денежные средства в порядке бюджетного регулирования за бюджетом того уровня, их которого эти денежные средства выделены) закреплено в качестве правовой позиции Конституционного Суда РФ в постановлении от 11.11.2003 № 16-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 81 Закона Челябинской области «О бюджетном устройстве и бюджетном процессе в Челябинской области» в связи с запросом Челябинского областного суда»<sup>2</sup>.

В связи с этим представляется целесообразным наделить контрольные органы законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации правом осуществлять контроль за расходованием средств, поступивших в местные бюджеты из бюджетов субъектов Российской Федерации, а Счетную палату РФ – правом проверять бюджеты субъектов Российской Федерации – получателей финансовой помощи из федерального бюджета.

Предлагаемая поправка будет направлена на усиление внешнего финансового контроля и укрепление единой системы государственного финансового контроля в целом.

В настоящее время Минфином России разработан и представлен в Правительство РФ проект федерального закона «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации». Предлагаемые поправки к БК РФ существенно изменяют намеченные подходы к оптимизации управления бюджетными средствами.

Законопроектом признается утратившей силу ст. 151 БК РФ, в которой указываются органы государственного или муниципального финансового контроля. В новой редакции БК РФ данные органы указываются только как участники бюджетного процесса. Таким образом, из БК РФ исключается основополагающая норма о системе органов государственного и муниципального контроля, что не соответствует международным стандартам государственного финансового контроля, действующим в развитых странах с рыночной экономикой. Необходимо исключить данное положение из законопроекта.

Законопроектом вводится новая норма, в соответствии с которой законодательный (представительный) орган не имеет права на предварительный и текущий контроль за исполнением

бюджетов. Такая жесткая норма в отношении законодательных (представительных) органов представляется недопустимой, поскольку ограничивает их права в части получения информации о ходе формирования бюджетов и регулярной информации об исполнении бюджетов.

Кроме того, законопроектом предусматривается ограничить финансовый контроль законодательных (представительных) органов только рассмотрением заключений органов государственного контроля на проекты бюджетов и отчетов об их исполнении. По нашему мнению, законодательные (представительные) органы государственной власти должны осуществлять финансовый контроль на всех трех стадиях формирования и исполнения бюджета: при его принятии, текущем исполнении бюджета и на стадии рассмотрения отчета об исполнении бюджета.

Предлагаемые законопроектом нормы, связанные с изменением организации государственного финансового контроля, противоречат основополагающим принципам, на основе которых организуется государственный финансовый контроль в государствах с рыночной экономикой и развитой бюджетной системой. Более того, предлагаемые изменения способствуют ослаблению контроля за расходованием бюджетных средств на всех уровнях бюджетной системы.

Значение же оперативного контроля Счетной палаты РФ невозможно переоценить. Оперативный контроль гармонично встроено как во внутреннюю систему деятельности Счетной палаты РФ по проверке законности и предупреждению нарушений в бюджетной сфере, так и в систему внешнего оповещения о состоянии исполнения федерального бюджета. Оперативные отчеты – это информация о качестве финансового управления страной, подтвержденная независимой экспертной оценкой органа внешнего государственного контроля. Только такая информация способна обеспечить реализацию полномочий парламента в отношении деятельности исполнительной власти.

Необходимо также учитывать, что с приостановлением (отменой) оперативного контроля теряют смысл многие контрольные полномочия Счетной палаты РФ, которые связаны с предупреждением нарушений бюджетной дисциплины и неэффективного использования государственных средств на ранних этапах деятельности участников бюджетного процесса.

С проблемой организации контрольной деятельности Счетной палаты РФ тесно связан вопрос оптимизации осуществляемого ею в настоящее время последующего контроля за исполнением федерального бюджета. Его решение должно

<sup>2</sup> *СЗ РФ. 2003. № 46 (Ч. 2). Ст. 4509.*

способствовать четкому распределению компетенции между органами государственного финансового контроля и построению их эффективной и согласованной системы.

Представляется, что Счетная палата РФ как орган внешнего контроля не должна выполнять в полном объеме последующий контроль за исполнением федерального бюджета. Кропотливый и повседневный контроль исполнения бюджета в большей мере отвечает целям и задачам исполнительной власти по управлению финансами. Счетной палате РФ в сфере финансового контроля должны быть свойственны функции контролера эффективности бюджетной политики страны. Через проверку субъектов государственного финансового управления и особо значимых сфер бюджетной деятельности Счетная палата РФ должна гарантировать стабильность федерального бюджета, строгое воплощение ориентиров бюджетной политики и программ социально-экономического развития, эффективность реализации поставленных перед Правительством РФ целей и задач.

Тем более что Счетная палата РФ, как бы она не стремилась к этому, не в состоянии проконтролировать весь процесс исполнения федерального бюджета. Счетная палата РФ должна заниматься стратегически наиболее важными вопросами государственного финансового контроля. Она должна, прежде всего, контролировать выполнение целевых государственных программ, финансовую эффективность выделяемых государственных финансовых средств, нацеливаться на проверку министерств и ведомств. Проверять насколько эффективно были израсходованы средства, выделенные им за счет средств налогоплательщиков.

К сожалению, оптимизация деятельности органов исполнительной власти в бюджетной сфере достигается не за счет повышения ее качества, а в основном за счет изменения в пользу последних установленного баланса бюджетных полномочий. В частности, это происходит посредством устранения контроля законодательных (представительных) органов и контрольно-счетных органов за ходом исполнения соответствующих бюджетов, упрощения бюджетного законодательства Российской Федерации и одновременного расширения нормотворческих и надзорных полномочий органов исполнительной власти в сфере бюджетного процесса.

В постановлении от 23.04.2004 № 9-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений федеральных законов «О федеральном бюджете на 2002 год», «О Федеральном бюджете на 2003 год», «О Федеральном бюджете на 2004 год» и приложений к ним в связи с запросом

группы членов совета федерации и жалобой гражданина А.В. Жмаковского»<sup>3</sup> Конституционный Суд РФ отметил, что согласно ст. 101 (ч. 5) Конституции РФ для осуществления контроля за исполнением федерального бюджета Совет Федерации и Государственная Дума образуют Счетную палату РФ, состав и порядок деятельности которой определяются федеральным законом. По смыслу данной конституционной нормы федеральный законодатель обладает достаточной свободой при установлении конкретных полномочий, порядка и форм деятельности Счетной палаты РФ, однако вводимое им правовое регулирование должно быть таким, чтобы Счетная палата РФ имела возможность беспрепятственно и в надлежащей законодательной форме выполнять свое предназначение в качестве специализированного постоянно действующего органа парламентского контроля за исполнением федерального бюджета.

Несмотря на отмеченное постановление Конституционного Суда РФ от 03.04.2004 № 9-П, проект изменений БК РФ отменяет внешний предварительный и текущий контроль за исполнением бюджетов, делая, как уже отмечалось, акцент на их последующем контроле. В то же время он не подкрепляет данный контроль необходимой нормативно-правовой базой. Статья 264.3 «Внешняя проверка годового отчета об исполнении бюджета» БК РФ в нарушение ст. 101 (ч. 5) Конституции РФ и ст. 9 Федерального закона от 11.01.1995 № 4-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» (в редакции от 01.12.2004)<sup>4</sup> фактически переподчиняет Счетную палату РФ и другие созданные по ее подобию контрольно-счетные органы субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. Они превращаются в независимые аудиторские организации, привлекаемые в обязательном порядке финансовыми органами для проверки своих годовых отчетов об исполнении бюджетов. Контрольно-счетные органы получают указанные отчеты до их внесения в законодательные (представительные) органы и представляют финансовым органам свои заключения для исправления допущенных недостатков и направления в законодательные (представительные) органы.

Однако контрольно-счетные органы выполняют совсем иную задачу. Все они являются специализированными органами парламентского контроля и обеспечивают деятельность законодательных (представительных) органов. Внешняя проверка отчета об исполнении бюджета проводится ими исключительно в интересах последних в целях информирования о достоверности показателей представленного отчета. Заключение органа внеш-

<sup>3</sup> *Российская газета*. 2004. № 89.

<sup>4</sup> *Российская газета*. 1995. № 9–10.

него контроля – основа для утверждения законодательным (представительным) органом указанного отчета и ответственности правительства за его достоверность.

Счетная палата РФ, как и любой другой орган государственной власти, является составной частью государственного аппарата, находится в постоянном и сложном взаимодействии с другими государственными органами с целью реализации возложенных на нее задач и функций. Поэтому скорейшего законодательного оформления требует вопрос взаимоотношения Счетной палаты РФ с федеральными контрольными и правоохранительными органами. Он должен включать установление четких процедур и методологии совместной деятельности контрольных структур.

Цель деятельности Счетной палаты РФ – гласный контроль для обеспечения граждан, парламента достоверной, объективной информацией о финансовом и социально-экономическом положении государства. В противном случае Счетная палата РФ будет вырождаться в орган проверки только действий исполнительной власти по исполнению бюджета, провоцировать противостояние двух ветвей власти и загружать необоснованными исками третью. Такое распределение функций не будет способствовать соблюдению законности и повышению эффективности использования государственных финансовых ресурсов.

В условиях действующего законодательства Счетная палата РФ имеет все предпосылки, чтобы стать одним из звеньев системы сдержек и противовесов, которая всегда на практике дополняет разделение властей. В конечном итоге Счетная палата РФ может стать независимой «судебной инстанцией» между законодательной и исполнительной ветвями власти в финансовой сфере, будет способствовать их согласованной деятельности в сфере бюджета и объективному анализу ее эффективности. Счетные палаты, создававшиеся почти во всех зарубежных странах, исторически стали первым видом судов административной юстиции. Счетная палата современной Франции рассматривает юридические споры по доходам бюджетов<sup>5</sup>.

В качестве перспективных мер оптимизации внешнего финансового контроля представляется возможным реформировать статус Счетной палаты РФ и счетных палат субъектов Российской Федерации, предоставив им, подобно зарубежным аналогам, все функции органов финансовой юстиции.

При дальнейшем совершенствовании бюджетного законодательства следует помнить и о

становлении института контрольно-счетных органов в субъектах Российской Федерации. В условиях формирования России на принципах подлинного федерализма, когда каждый субъект Российской Федерации и каждое муниципальное образование получили право формировать собственные бюджеты, структура Счетной палаты РФ должна включать не только свой центральный аппарат, но и региональные отделения по субъектам Российской Федерации или федеральным округам. Региональный опыт функционирования контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации достаточно убедительно доказал необходимость независимости данных органов от законодательной и исполнительной власти.

Субъекты Российской Федерации образуют самостоятельные контрольно-счетные органы, правовой статус которых устанавливается региональным законодательством. Отсутствие на федеральном уровне правовых основ создания и функционирования региональных счетных палат зачастую приводит к пересечению с функциями Счетной палаты РФ либо, напротив, к отсутствию должного контроля за финансовой деятельностью на соответствующей территории.

В этой связи представляется целесообразным выявить сферы совместных финансовых интересов федерального центра и субъектов Российской Федерации в целях последующего закрепления в федеральном законодательстве проверочных полномочий (исключительных, совместных и делегируемых), относящихся к компетенции каждого территориального уровня государственной власти. Сферами совместных финансово-контрольных полномочий региональных контрольных органов и Счетной палаты РФ являются межбюджетные отношения, инвестиционные программы, гарантирование Правительством РФ региональных ценных бумаг, обслуживание и погашение государственного долга, соблюдение специальных налоговых режимов, контроль за бюджетной дисциплиной и т.д.

Федеральный закон от 11.01.1995 № 4-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» может стать «учредительной конституцией» контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации, закрепив общие принципы образования и функционирования региональных счетных палат, определив основы их взаимоотношений с иными органами государственной власти и органами местного самоуправления, установив гарантии судебной защиты деятельности и другие основополагающие аспекты их правового статуса.

<sup>5</sup> Брэбан Г. Французское административное право / Под ред. С.В. Боботова. М.: Прогресс, 1988. С. 13.



# Особенности административной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства как специальных субъектов нарушения режима охраны Государственной границы и режима пребывания на территории Российской Федерации

Действующее российское законодательство при регулировании общественных отношений, осложненных иностранным элементом, исходит из основополагающего принципа национального режима, предоставляющего возможность иностранным гражданам и лицам без гражданства обладать определенным комплексом прав и обязанностей наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом и международным договором Российской Федерации (ч. 3 ст. 63 Конституции РФ).

Вопрос о дифференциации между российскими гражданами, с одной стороны, иностранными гражданами и лицами без гражданства, с другой, имеет немаловажное практическое значение прежде всего в силу допускаемых в законодательстве отдельных исключений<sup>1</sup>.

Особо отчетливо специфика правового статуса иностранных граждан и лиц без гражданства проявляется в административных правоотношениях, в которых, предоставляя иностранным гражданам и апатридам широкие возможности для реализации предоставленных прав, в том числе и посредством обращения в компетентные государственные органы в судебном и внесудебном (административном) порядке, государство требует от них соблюдения соответствующих правил, за невыполнение которых они подлежат административной ответственности<sup>2</sup>. В частности, в интересах обеспечения суверенитета и безопасности государства, охраны общественного порядка и обороны страны установлены режимы охраны Государственной границы РФ, пограничный режим, режим в пунктах пропуска через государственную границу, режим пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Российской Федерации, главной основой введения которых является суверенная концепция собственной национальной безопасности России, опирающаяся на внутренние экономические и поли-

**В.Е. Степенко**

тические факторы и принимающая во внимание соответствующие международно-правовые условия сосуществования мирового сообщества. Посредством введения этих режимов в государстве должен обеспечиваться достаточный уровень личной, общественной и государственной безопасности, необходимый для защиты собственных национальных интересов от любых посягательств со стороны других государств.

Являясь субъектами управленческих общественных отношений, обладающими специальным правовым статусом, иностранные граждане и лица без гражданства, временно пребывающие, временно или постоянно проживающие на территории России, обычно подлежат ответственности за совершение административных правонарушений на тех же основаниях, что и российские граждане (чч. 1, 2 ст. 2.6 КоАП РФ), за исключением лиц, которые не подпадают под юрисдикцию Российской Федерации и пользуются соответствующими привилегиями и дипломатическим иммунитетом в соответствии с российским законодательством и международными договорами<sup>3</sup>. Данное правило вытекает из содержания нормы ч. 1 ст. 2.6 КоАП РФ и основывается на принципе государственного суверенитета, согласно которому каждое государство устанавливает пределы ответственности иностранных граждан самостоятельно.

Вопрос же об ответственности за административные правонарушения, совершенные на территории Российской Федерации иностранными гражданами, которые согласно действующему закону и международным договорам пользуются иммунитетом от административной юрисдикции Российской Федерации, разрешается дипломатическим путем в соответствии с нормами международного права (ч. 3 ст. 2.6 КоАП РФ).

<sup>1</sup> Ануфриева Л.П. *Правовое положение физических лиц в международном частном праве // Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2001. С. 214.*

<sup>2</sup> Галенская Л.Н. *Правовое положение иностранцев в СССР. М., 1982. С. 40.*

<sup>3</sup> Овсянко Д.М. *Административное право: Учебное пособие. М., 2002. С. 49.*

Однако следует подчеркнуть, что иностранные граждане и лица без гражданства не привлекаются к административной ответственности за действия, совершенные ими за пределами государства пребывания, если эти действия не затрагивают интересы данного государства или его граждан<sup>4</sup>.

Все административные правонарушения, совершаемые иностранными гражданами и лицами без гражданства в области защиты Государственной границы РФ и обеспечения режима пребывания на территории России, могут быть подразделены на две основные группы:

а) административные правонарушения, за совершение которых к ответственности на общих основаниях привлекаются как российские, так и иностранные граждане, а также лица без гражданства (нарушение режима Государственной границы РФ (ст. 18.1 КоАП РФ); нарушение режима в пунктах пропуска через Государственную границу РФ (ст. 18.4 КоАП РФ); нарушение беженцем или вынужденным переселенцем правил проживания (ст. 18.12 КоАП РФ));

б) административные правонарушения, за совершение которых к ответственности могут быть привлечены только иностранные граждане и лица без гражданства, поскольку иностранные граждане и апатриды обязаны соблюдать установленные правила пребывания на территории российского государства и исполнять возложенные на них дополнительно юридические обязанности, которые не распространяются на российских граждан, в силу чего последние не могут являться субъектами второй категории правонарушений (ст. 18.8 КоАП РФ «Нарушение иностранным гражданином или лицом без гражданства режима пребывания в Российской Федерации», ст. 18.11 КоАП РФ «Нарушение иммиграционных правил»).

Поэтому следует согласиться с мнением В.И. Новоселова<sup>5</sup>, согласно которому все составы административных правонарушений в зависимости от субъектного состава (широкий круг лиц, включающий и российских, и иностранных граждан, и лиц без гражданства; только иностранные граждане и лица без гражданства) можно подразделить на общие (предусмотренные ст.ст. 18.1, 18.4, 18.12 КоАП РФ) и специальные (ст.ст. 18.8, 18.11 КоАП РФ).

Исходя из содержания составов административных правонарушений, включенных в гл. 18 КоАП РФ «Административные правонарушения в области защиты Государственной границы Российской Федерации и обеспечения ре-

жима пребывания иностранных граждан или лиц без гражданства на территории Российской Федерации», административными правонарушениями, совершаемыми в области защиты Государственной границы РФ и обеспечения режима пребывания на территории Российской Федерации иностранными гражданами и лицами без гражданства, являются:

1) нарушения правил пересечения Государственной границы РФ;

2) нарушения установленного порядка следования от Государственной границы РФ до пунктов пропуска через Государственную границу РФ и в обратном направлении;

3) нарушения правил въезда в пункты пропуска через Государственную границу РФ, пребывания и выезда из них, ввоза, нахождения и вывоза грузов, товаров и животных, устанавливаемых исключительно в интересах создания необходимых условий для осуществления пограничного, таможенного и иных видов контроля;

4) нарушения, выразившиеся в несоблюдении установленного порядка регистрации (передвижения), порядка выбора места жительства; уклонении от выезда из Российской Федерации по истечении определенного срока пребывания; в несоблюдении правил транзитного проезда через территорию Российской Федерации (со стороны иностранного гражданина и лица без гражданства);

5) нарушения иммиграционных правил;

6) нарушения правил проживания на территории России со стороны беженцев и вынужденных переселенцев.

В общем виде данные административные правонарушения, совершаемые достаточно часто со стороны иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Российской Федерации, по факту совершения которых уполномоченные органы и должностные лица назначают те или иные административные наказания, изложены в ст.ст. 18.1, 18.4, 18.8, 18.11, 18.12 КоАП РФ.

Административная ответственность, наступающая в случае нарушения установленного режима Государственной границы РФ, пунктов пропуска через нее, режима пребывания на территории Российской Федерации иностранных граждан или лиц без гражданства, рассматривается нами в качестве одного из видов юридической ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства за совершенные ими противоправные виновные деяния, изложенные в ст.ст. 18.1, 18.4, 18.8, 18.11, 18.12 Особенной части КоАП РФ

<sup>4</sup> Административное право: Учебник / Под ред. Ю.М. Козлова, Л.А. Попова. М., 2001. С. 140.

<sup>5</sup> Новоселов В.И. Правовое положение граждан в отраслях государственного управления. Саратов, 1977. С. 160.

(гл. 18), за которые уполномоченными должностными лицами государственных органов назначаются административно-правовые санкции.

Отметим, что институт административной ответственности значительно расширен по сравнению с ранее действовавшим КоАП РСФСР, это связано с тем, что расширена сфера общественных отношений, подлежащих административно-правовой охране за счет установления административной ответственности за некоторые деяния в сфере обеспечения режима пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства на территории России. В частности, впервые в КоАП РФ предусмотрены противоправные деяния, объектом посягательства которых являются порядок привлечения и использования в Российской Федерации иностранной рабочей силы (ст. 18.10), иммиграционные правила (ст. 18.11), порядок проживания беженцев и вынужденных переселенцев (ст. 18.12). Кроме того, в КоАП РФ по сравнению с ранее действовавшим законодательством были не только увеличены максимальные размеры штрафов, налагаемых за ряд правонарушений, но и смягчены отдельные жесткие санкции, принятые в последние годы.

В частности, в аспекте рассматриваемых проблем, связанных с обеспечением охраны Государственной границы РФ и режима пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Российской Федерации, приведем сравнительный анализ применения к виновным лицам мер административной ответственности за совершение деяний, предусмотренных в ст. 184 КоАП РСФСР (ст. 18.8 КоАП РФ). За нарушение иностранными гражданами или лицами без гражданства режима пребывания в Российской Федерации предельный размер штрафа был увеличен с 1/2 до 15 МРОТ<sup>6</sup>. Причем за данный вид административного правонарушения в настоящее время не назначается предупреждение, предусматриваемое в качестве санкции в КоАП РСФСР, а в качестве дополнительного наказания возможно применение к виновным лицам административного выдворения за пределы Российской Федерации.

За нарушение режима Государственной границы РФ размер штрафных санкций, налагаемых на должностных лиц, был снижен с 50 МРОТ до 20 МРОТ. Кроме того, в новом КоАП РФ за совершение данного правонарушения не применяется та-

кой вид административного наказания, как конфискация орудия совершения или предмета совершенного административного правонарушения, который был предусмотрен в КоАП РСФСР. В данном составе не предусматривается и такой квалифицирующий деяние признак, как повторное в течение года нарушение режима Государственной границы РФ. Аналогичное снижение размера штрафных санкций предусматривается и за нарушение пограничного режима в территориальном море и во внутренних морских водах Российской Федерации.

Административные правонарушения, посягающие на установленный режим Государственной границы РФ и режим пребывания на территории Российской Федерации иностранцев и апатридов, могут быть совершены как в форме активных действий, так и в форме бездействия.

При этом в качестве действия будут рассматриваться, в частности, несоблюдение иностранными гражданами и лицами без гражданства установленного порядка пересечения Государственной границы РФ, правил в пунктах пропуска через Государственную границу РФ, порядка регистрации, передвижения и выбора места жительства, правил транзитного проезда, а также уклонение от выезда из Российской Федерации по истечении определенного срока пребывания.

Бездействие же, предполагающее пассивное поведение, будет, наоборот, выражаться в несовершении лицом тех действий, которые оно должно было и могло совершить в силу лежащих на нем обязанностей (в частности, объективную сторону правонарушения, предусмотренного ст. 18.7 КоАП РФ, характеризует противоправное действие (бездействие), заключающееся в неповиновении законному распоряжению или требованию военнослужащего в связи с исполнением им обязанностей по охране Государственной границы РФ).

В качестве объектов административных правонарушений в рассматриваемой области правового регулирования могут выступать:

- режим Государственной границы РФ;
- режим в пунктах пропуска через Государственную границу РФ;
- режим пребывания в Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства;
- иммиграционные правила;
- порядок проживания в Российской Федерации беженцев и вынужденных переселенцев и др.<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> См.: Федеральный закон от 09.05.2004 № 37-ФЗ «О внесении изменения в статью 18.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2004. № 19 (Ч. I). Ст. 1838.

<sup>7</sup> Степенко В.Е. Административная ответственность иностранных граждан и лиц без гражданства за нарушение правил пребывания в РФ // Закон и право. 2003. № 11. С. 42; Он же. Вопросы совершенствования правоохранительной деятельности по привлечению к административной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства за нарушение правил пребывания в Российской Федерации // Актуальные проблемы современного гражданского и предпринимательского права: Материалы Всероссийской научно-практической конференции. Екатеринбург, 2004. С. 237.

Объективную сторону образуют следующие противоправные деяния:

- нарушение правил пересечения Государственной границы РФ;
- нарушение установленного порядка следования от Государственной границы РФ до пунктов пропуска через Государственную границу РФ и в обратном направлении;
- нарушение правил въезда в пункты пропуска через Государственную границу РФ, пребывания и выезда из них, ввоза, нахождения и вывоза грузов, товаров и животных, устанавливаемых исключительно в интересах создания необходимых условий для осуществления пограничного, таможенного и иных видов контроля;
- несоблюдение установленного порядка регистрации;
- несоблюдение установленного порядка передвижения;
- несоблюдение установленного порядка выбора места жительства;
- уклонение от выезда по истечению определенного срока пребывания;
- несоблюдение правил транзитного проезда через территорию Российской Федерации.

Субъектами данных административных правонарушений, совершаемых в рассматриваемой сфере правового регулирования, как было отмечено ранее, могут являться:

- а) российские граждане, в том числе вынужденные покинуть основное место жительства и признанные вынужденными переселенцами;
- б) иностранные граждане и лица без гражданства, в том числе ищущие убежища на территории Российской Федерации, а также признанные в установленном законодательством порядке беженцами.

К иностранным гражданам и лицам без гражданства, нарушающим нормы действующего законодательства в области обеспечения установленных режима охраны Государственной границы РФ, режима в пунктах пропуска через нее, режима пребывания на территории Российской Федерации, в интересах охраны законности и правопорядка в государстве, защиты прав и законных интересов российских граждан применяются меры административного принуждения различной целевой направленности и правового содержания (меры административного принуждения пресекающего характера, административно-правовые санкции в виде предупреждения, административного штрафа с выдворением за пределы Российской Федерации или без такового, а также меры обеспечительного характера).

Следовательно, по отношению к иностранным гражданам и лицам без гражданства, совершившим административное правонарушение в области обеспечения режимов Государственной границы РФ и пребывания на территории Российской Федерации, уполномоченными государственными органами и должностными лицами применяются административные санкции, которые в подавляющем большинстве случаев аналогичны общим санкциям – предупреждение, административный штраф. К числу же особых административно-правовых санкций, применяемых к иностранным гражданам и лицам без гражданства при нарушении ими соответствующих административно-правовых норм, установленных действующими режимами (режим Государственной границы РФ, режим в пунктах пропуска через государственную границу), относится административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства<sup>8</sup>.

В соответствии с КоАП РФ (гл. 23) дела об административных правонарушениях в сфере охраны Государственной границы РФ и обеспечения режима пребывания на территории Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства уполномочены рассматривать и назначать в отношении виновных лиц меры административной ответственности конкретные должностные лица.

Органы, которые занимаются реализацией механизма возложения мер административного пресечения и мер административной ответственности за нарушение установленных режимов в сфере обеспечения охраны Государственной границы РФ и пребывания на территории России иностранных граждан и лиц без гражданства, можно разделить на две группы:

1. Должностные лица органов, уполномоченных возбуждать дело за данный вид правонарушения и составлять соответствующий административный протокол.

2. Органы и должностные лица, уполномоченные рассматривать материалы дела о данном правонарушении (судьи (об административных правонарушениях, предусмотренных чч. 2, 3 ст. 18.1, ч. 2 ст. 18.4, ст.ст. 18.11, 18.12 КоАП РФ), органы внутренних дел, пограничные органы, органы единой системы организации воздушного движения Российской Федерации).

По общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 28.3 КоАП РФ, протоколы об административных правонарушениях составляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

ях в соответствии с гл. 23 КоАП РФ в пределах предоставленной компетенции. В частности:

- должностные лица пограничных органов (об административных правонарушениях, предусмотренных ст.ст. 18.1, 18.4 КоАП РФ);

- должностные лица органов внутренних дел (об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 18.8 КоАП РФ);

- должностные лица органов единой системы организации воздушного движения Российской Федерации (об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 18.1 КоАП РФ в части нарушения воздушного пространства Российской Федерации).

Однако, помимо вышеперечисленных должностных лиц, протоколы об административных правонарушениях вправе составлять должностные лица органов, уполномоченных на осуществление функций по контролю и надзору в сфере миграции населения (об административных правонарушениях, предусмотренных ст.ст. 18.8, 18.11, 18.12 КоАП РФ).

Таким образом, можно констатировать, что в отношении иностранных граждан и апатридов в Российской Федерации установлены специальные административно-правовые режимы въезда (выезда) и пребывания, направленные на обеспечение соблюдения иностранными гражданами и лицами

без гражданства установленного в Российской Федерации порядка пересечения ее Государственной границы, пунктов пропуска через нее, порядка регистрации, передвижения и выбора места жительства, а также порядка выезда с территории Российской Федерации по истечении определенного срока пребывания. Данные административно-правовые режимы, как и большинство правовых режимов, в равной степени предусматривающих обеспечение суверенитета и безопасности государства и охрану общественного порядка, выступают важнейшим способом обеспечения соблюдения иностранными гражданами и лицами без гражданства установленных правил пребывания на территории Российской Федерации.

Именно благодаря совокупности административно-правовых средств регулирования происходит упорядочение и защита правоотношений по обеспечению и поддержанию государственного суверенитета, обороны государства и охраны общественного порядка, установление прав и обязанностей по обеспечению режима пребывания участников управленческого процесса, которые занимают юридически неравное положение, выражающееся преимущественно в усилении полномочий государственных органов и возложении новых обязанностей на иностранцев и лиц без гражданства.

## Судебный порядок защиты нарушенных прав субъектов бюджетного права

**В.А. Фомин**

В Конституции РФ институционально закреплена гарантия судебной защиты прав и свобод человека и гражданина (ст. 46). Статья закрепляет важные демократические начала, гарантирующие гражданам судебную защиту их прав и свобод. Она сформулирована в соответствии с международными договорами, в том числе в соответствии со ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В зависимости от характера нарушаемого права защита может осуществляться в порядке уголовного, административного, гражданского и конституционного судопроизводства. Именно эти виды судопроизводства, через которые реализуется судебная власть в России, зафиксированы в ст. 118 Конституции РФ.

Такая защита наиболее эффективна и доступна каждому человеку, поскольку в суд могут быть обжалованы любые решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц. Объектом обжалования могут быть законы, действия и указы Президента РФ, постановления Правительства РФ и т.д. Суд, таким образом, осуществляет надзор за законностью в стране, обеспечивает приоритет прав и свобод граждан перед любыми акциями государства<sup>1</sup>. Процедура обращения граждан в судебные органы регулируется Законом РФ от 27.04.1993 № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»<sup>2</sup>. Впоследствии в этот закон периодически вносились изменения, в том числе Федеральным законом от 14.12.1995<sup>3</sup>. Данные изменения расширили действие вышеназванного закона в отношении ответственности государственных служащих.

Судебная власть в Российской Федерации осуществляется самостоятельно и независимо, подчиняясь только Конституции РФ и закону. Вме-

сте с тем характер судебной процедуры является гласным, состязательным и основывается на принципе равенства всех перед законом и судом. Также неотъемлемыми положительными чертами российской судебной деятельности являются доступность правосудия, высокое качество, включающее в себя всесторонность, полноту и объективность судебного разбирательства, законность судопроизводства, оперативность и правовую состоятельность вынесенного судом решения, его обоснованность и справедливость.

Судебная власть Российской Федерации осуществляется через судебную систему, установленную Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»<sup>4</sup> (далее – Закон о судебной системе Российской Федерации).

На построение судебной системы оказывают влияние несколько факторов.

1. Особенность правового спора, которая требует специальной процессуальной процедуры. Согласно ч. 2 ст. 118 Конституции РФ судебная власть осуществляется посредством конституционного гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Эта конституционная норма послужила основанием для выделения таких элементов судебной системы, как:

1. Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъектов Федерации. Полномочия Конституционного Суда РФ установлены ст. 125 Конституции РФ, а порядок его деятельности определен Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации». Конституционные (уставные) суды могут создаваться субъектом Российской Федерации для рассмотрения вопросов соответствия законов субъектов Федерации, нормативных право-

<sup>1</sup> Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М.: Норма-Инфра-М, 1999.

<sup>2</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 19.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1995. № 51. Ст. 4970.

<sup>4</sup> Российская газета. 1997. № 3.

вых актов органов государственной власти субъекта Федерации, органов местного самоуправления конституции (устава) субъекта Федерации, а также для толкования конституции (устава) субъекта Федерации (ст. 27 Закона о судебной системе Российской Федерации). Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъекта Федерации не образуют единой системы судов, осуществляющих правосудие в порядке конституционного судопроизводства, а действуют самостоятельно. Это означает, что Конституционный Суд РФ не выступает в качестве вышестоящего суда по отношению к конституционным (уставным) судам субъекта Федерации. Порядок деятельности конституционного (уставного) суда субъекта Федерации устанавливается региональным законом.

В Конституции РФ вопросы бюджета и бюджетной политики занимают незначительное место. Не исправил ситуацию и БК РФ, принятый 31 июля 1998 г. Этот акт содержит много пробелов и противоречит другим законодательным актам. Одним из основных дефектов БК РФ, по мнению многих авторов, является недостаточная проработка процедурных вопросов бюджетного процесса<sup>5</sup>.

В качестве примера можно привести исследование вопросов бюджетного процесса Конституционным Судом РФ при вынесении постановления от 23.04.2004 № 9-П<sup>6</sup> в связи с жалобой гражданина Жмаковского А.В. Фабула дела состояла в следующем: гражданин Жмаковский А.В., уволенный с военной службы, обратился в Одинцовский городской суд Московской области с иском к командиру воинской части № 33790 и главе Одинцовского района Московской области о принуждении воинской части к выплате ему ежемесячной денежной компенсации за наем жилого помещения, право на которую установлено в Федеральном законе от 27.05.1998 № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих»<sup>7</sup> (абз. 2 п. 14 ст. 15). Однако действие данного положения было приостановлено федеральными законами о федеральном бюджете на 2002 и 2003 гг., в связи с чем в удовлетворении иска гражданину Жмаковскому А.В. было отказано.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ гражданин Жмаковский А.В. просил проверить конституционность ст. 135 Федерального закона от 30.12.2001 № 194-ФЗ «О федеральном бюджете на 2002 год»<sup>8</sup> и п. 34 приложения 17 к данному закону, ст. 128 Федерального закона от 24.12.2002 № 176-ФЗ «О федеральном

бюджете на 2003 год»<sup>9</sup> и подп. 34 п. 1 приложения 20 к данному закону. По мнению заявителя, приостановление выплат компенсации нарушает конституционное право на социальную защиту и право на жилье.

Рассмотрение данного дела предоставило Конституционному Суду РФ возможность дать принципиальную оценку экономическим решениям, которые принимаются в ходе ежегодного бюджетного процесса без учета конституционных принципов и норм.

Одним из важнейших аспектов реализации государственной жилищной политики является система финансирования, порядок которой устанавливается БК РФ, федеральными законами о бюджете, а также Регламентом Государственной Думы Федерального Собрания РФ в части процедуры отмены и приостановления прав, закрепленных федеральными законами.

Согласно ст. 184 БК РФ федеральные органы исполнительной власти на втором этапе формирования бюджета имеют право на разработку предложений об отмене нормативных правовых актов, исполнение которых влечет расходование бюджетных средств, не обеспеченное реальными источниками финансирования в очередном финансовом году, о приостановлении действия указанных нормативных правовых актов или об их поэтапном введении.

Поскольку право военнослужащих на жилье является одной из форм реализации социальной политики России и призвано обеспечивать исполнение ст. 7 Конституции РФ, любые изменения законодательства, регулирующего указанные вопросы, должны вноситься с учетом принципа прозрачности и открытости. Данный принцип прозрачности (транспарентности) крайне важен при принятии решений и изменений законодательных актов, реализующих основные конституционные права.

2. Система арбитражных судов, рассматривающих экономические споры и иные дела, отнесенные к их компетенции федеральным законом.

Суды, выделенные из общей судебной системы по такому основанию, как специфика правового спора, называются специализированными судами. Особенность таких судов состоит в том, что их компетенция строго определена законом. Все иные правовые споры, которые выходят за рамки компетенции специализированных судов, рассматриваются судами общей юрисдикции.

<sup>5</sup> Баренбойм П.Д., Гаджиев Г.А., Лафитский В.И., Мау В.А. Конституционная экономика. М.: ЗАО Юстицинформ, 2006. С. 387–389.

<sup>6</sup> Российская газета. 2004. № 89.

<sup>7</sup> Российская газета. 1998. № 104.

<sup>8</sup> Российская газета. 2001. № 256.

<sup>9</sup> Российская газета. 2002. № 244.

3. Система судов общей юрисдикции, рассматривающей гражданские, уголовные и административные дела, т.е. все дела, кроме тех, которые отнесены к исключительной компетенции специализированных судов.

II. Федеративный характер российского государства потребовал образования системы федеральных судов и системы судов субъектов Федерации. Это основание дифференциации внутри судебной системы не связано со спецификой правового спора. Поэтому рассмотрение одних и тех же по характеру споров может быть отнесено и к компетенции федеральных судов, и к компетенции судов субъекта Федерации. Специфику правового спора, которая лежит в основе обособления специализированных судов, не следует смешивать со спецификой категорий дел, рассмотрение которых закон относит к компетенции федерального суда или суда субъекта Федерации. Здесь распределение полномочий осуществляется совсем по иным, более сложным основаниям, зависящим от специфики федеративного устройства того или иного государства, уровня развития федеративных отношений, устойчивости этих отношений и др.

Закон о судебной системе Российской Федерации отнес к судам субъектов Российской Федерации конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации и мировых судей (п. 4 ст. 4). Все остальные суды являются федеральными (п. 3 ст. 4).

III. Третьим основанием, лежащим в основе построения судебной системы, является право граждан на эффективную судебную защиту своих прав и свобод. Эффективность судебной защиты зависит от многих обстоятельств, в том числе и от возможности оспорить судебное решение перед вышестоящим судебным органом. Право граждан на пересмотр состоявшихся судебных решений вышестоящим судом является их конституционным правом (ч. 3 ст. 50 Конституции РФ). В результате в судебной системе в обязательном порядке создаются вышестоящие суды, которые не только вправе пересматривать решения, принимаемые нижестоящими судами, но и рассматривать в первой инстанции наиболее сложные дела.

Поскольку пересмотр судебных решений может осуществляться в различном процессуальном порядке (в апелляционном, кассационном, надзорном), то вышестоящие суды именуются апелляционными, кассационными, надзорными судами или соответственно апелляционными, кассационными, надзорными инстанциями. Один и тот же вы-

шестоящий суд может выступать в качестве апелляционной, кассационной или надзорной инстанции. Для обеспечения объективности проверки законности и обоснованности судебных решений важно, чтобы указанная проверка не осуществлялась одними и теми же судьями (ст. 60 УПК РСФСР).

Таким образом, судебная система Российской Федерации включает в себя **суды общей юрисдикции** (федеральные суды, мировые суды субъектов Российской Федерации и военные суды) и **специализированные суды** (арбитражные суды всех уровней).

Система судов общей юрисдикции, в компетенции которой находится рассмотрение гражданских, уголовных и административных дел, состоит из **федеральных судов и мировых судей** субъектов Российской Федерации.

Теперь проиллюстрируем работу судебной системы Российской Федерации на примере бюджетных споров, рассмотренных в Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Комитет по земельным ресурсам и землеустройству по Московской области (далее – Мособлкомзем) обратился в Арбитражный суд Московской области с заявлением о признании незаконным представления от 07.07.2003 № 48-01-08/195 Контрольно-ревизионного управления (далее – КРУ) Минфина России по Московской области в части возложения на Мособлкомзем обязанности по устранению нарушения БК РФ, выражающейся в необходимости перечисления в федеральный бюджет в 2003 г. денежных средств в сумме 656 158 руб.

Решением Арбитражного суда Московской области от 25.11.2003, оставленным без изменения постановлением от 21.01.2004, в удовлетворении требований отказано. При этом суд исходил из законности и обоснованности оспариваемого акта.

Мособлкомзем, не согласившись с выводами суда, настаивает на отмене судебного акта по основаниям неправильного применения судом норм материального права, а именно ст. 67 БК РФ, ст.ст. 525, 532 ГК РФ, также не применены подлежащие применению подп. 2 ст. 15, пп. 1, 2 ст. 17 Федерального закона от 31.07.1995 № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации»<sup>10</sup>. Судами первой и апелляционной инстанций в нарушение ст.ст. 200, 201, 268, 270, 271 АПК РФ не исследован предмет спора о факте целевого или нецелевого использования средств федерального бюджета и не дана его правовая оценка, а также не дана оценка доказательств, приведенных истцом. Указанные нарушения норм процессуального права и непра-

<sup>10</sup> СЗ РФ. 1995. № 31. Ст. 2990.



вильное применение норм материального права привели к принятию неправильного решения.

В судебном заседании представитель заявителя поддержал доводы и требования кассационной жалобы.

Представители КРУ Минфина России по Московской области, Управления федерального казначейства (далее – УФК) по Московской области, возражая против удовлетворения жалобы, указали на законность и обоснованность судебного акта.

Федеральный арбитражный суд Московского округа, изучив материалы дела, заслушав и обсудив доводы представителей сторон, проверив в порядке ст. 286 АПК РФ правильность применения норм материального права и соблюдения норм процессуального права, не находит оснований к отмене судебных актов.

Суд на основании всестороннего исследования фактических обстоятельств по делу и объективной оценки доказательств пришел к правильному выводу о соответствии закону представления от 07.07.2003 № 48-01-08/195 КРУ Минфина России по Московской области и отсутствию оснований для признания его незаконным и отмене в оспариваемой части. При этом суд исходил из подтвержденности выводов КРУ Минфина России по Московской области о нецелевом использовании средств федерального бюджета<sup>11</sup> заявителем.

Судом первой и апелляционной инстанций установлено, что КРУ Минфина России по Московской области проведена ревизия расходования Мособлкомземом средств федерального бюджета, внебюджетных средств и доходов от имущества, находящегося в федеральной собственности за 2001–2002 гг., по итогам которой составлен акт ревизии от 27.05.2003.

Ревизия выявила нецелевое использование бюджетных средств в размере 656 158 руб., из них 654 204 руб. – по коду 111040 «Прочие текущие расходы» и 1 954 руб. – по коду 110110 «Оплата труда гражданских служащих».

В июне 2003 г. КРУ Минфина России по Московской области проведена дополнительная проверка целевого использования средств федерального бюджета, внебюджетных средств и доходов от имущества, находящегося в федеральной собственности, за 2001–2002 гг. с целью подготовки заключения на разногласия по акту

ревизии от 27.05.2003, о чем также составлен акт от 21.06.2003.

Представление от 07.07.2003 № 48-01-08/195, направленное в адрес руководителя Мособлкомзема КРУ Минфина России по Московской области, обязало Мособлкомзем устранить выявленные финансовые нарушения, обеспечить закрытие в установленном порядке расчетных счетов в банках, оприходовать по учету выявленные излишки товарно-материальных ценностей, перевести в федеральную собственность товарно-материальные ценности, собственниками которых значатся подразделения комитета, привлечь к ответственности виновных в нарушениях законодательства должностных лиц и о принятых мерах сообщить в КРУ Минфина России по Московской области.

В УФК по Московской области 7 июля 2003 г. направлено представление № 48-01-04/150 с предложением взыскать с Мособлкомзема средства федерального бюджета в сумме 656 158 руб., использованные не по целевому назначению, путем изменения (уменьшения) бюджетных ассигнований по соответствующим кодам бюджетной классификации.

Судом первой и апелляционной инстанций проверены выводы КРУ Минфина России по Московской области, сделанные по результатам проверки, о фактах нецелевого использования бюджетных средств Мособлкомземом и с учетом всей совокупности имеющихся в деле доказательств сделан обоснованный вывод о подтвержденности результатов проверки.

Судом сделан правильный вывод о том, что оспариваемое представление КРУ Минфина России по Московской области вынесено в соответствии с Инструкцией о порядке проведения ревизии и проверки контрольно-ревизионными органами Минфина России, утвержденной Приказом Минфина России от 14.04.2000 № 42н<sup>12</sup>.

Согласно п. 23 указанной инструкции по результатам проведенной ревизии руководитель контрольно-ревизионного органа направляет руководителю проверенной организации представление для принятия мер по пресечению выявленных нарушений, возмещению причиненного государству ущерба и привлечению к ответственности виновных лиц.

Руководителем контрольно-ревизионного органа материалы ревизии по вопросам целевого

<sup>11</sup> Под нецелевым использованием бюджетных средств следует понимать направление и использование их на цели, не соответствующие условиям получения указанных средств, определенным утвержденным бюджетом, бюджетной росписью, уведомлением о бюджетных ассигнованиях, сметой доходов и расходов либо иным правовым основанием их получения. Оно влечет наложение штрафов на руководителей, получателей бюджетных средств в соответствии с КоАП РФ, изъятие в бесспорном порядке бюджетных средств, используемых не по целевому назначению, а также (при наличии состава преступления) уголовные наказания, предусмотренные УК РФ (см.: Комментарий к Бюджетному кодексу Российской Федерации / Бобкова О.В., Борисов М.С., Гагин А.М. и др. М.: Экзамен, 2005. С. 652).

<sup>12</sup> Финансовая газета. 2003. № 23.

использования средств федерального бюджета передаются в установленном порядке в органы федерального казначейства для организации работы по реализации этих материалов.

Положением о КРУ Минфина России в субъекте Российской Федерации, утвержденным постановлением Правительства РФ от 06.08.1998 № 888<sup>13</sup>, КРУ Минфина России по Московской области делегированы полномочия давать обязательные указания о возмещении причиненного ущерба, привлечении к ответственности виновных лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Обжалуемое представление не содержит в себе обязанности перечисления в федеральный бюджет в 2003 г. денежных средств в сумме 656 158 руб.

Контрольно-ревизионное управление Минфина России по Московской области в соответствии со своими полномочиями, возложенными упомянутым положением и инструкцией, а также Порядком взаимодействия УФК Минфина России по субъектам Российской Федерации и КРУ Минфина России в субъектах Российской Федерации по организации, проведению и реализации материалов ревизий и проверок, утвержденным приказом Минфина России от 28.12.1998 № 265<sup>14</sup>, по результатам ревизии направляет в УФК Минфина России по Московской области представления для принятия соответствующих мер. Органы Федерального казначейства самостоятельно решают вопрос о достаточности оснований для привлечения организаций к ответственности. По итогам рассмотрения данного вопроса УФК либо принимают представление КРУ Минфина России в субъектах Российской Федерации к исполнению и выносят постановление о привлечении к ответственности, либо возвращают предписание без исполнения.

Согласно п. 6 Инструкции о порядке применения органами федерального казначейства мер принуждения к нарушителям бюджетного законодательства Российской Федерации, утвержденной приказом Минфина России от 26.04.2001 № 35н, наделены полномочиями по применению мер при-

нуждения, в том числе по списанию в бесспорном порядке средств федерального бюджета, используемых не по целевому назначению, либо оформлению уведомлений об изменении (уменьшении) бюджетных ассигнований, руководители (заместители руководителей) УФК Минфина России по субъектам Российской Федерации.

При таких обстоятельствах оснований к отмене судебного акта, вынесенного в соответствии с подлежащими применению нормами материального права и с соблюдением норм процессуального права, суд не нашел.

Доводы же кассационной жалобы, сводящиеся к иной, чем у суда оценке доказательств, не могут служить основаниями для отмены обжалуемых судебных актов, так как они не опровергают правомерность выводов арбитражного суда и не свидетельствуют о неправильном применении норм материального и процессуального права. Не установлено судом кассационной инстанции нарушение норм процессуального права, которые могли бы служить основанием к отмене судебных актов.

Руководствуясь ст.ст. 284–289 АПК РФ, Федеральный арбитражный суд Московского округа постановил решение от 25.11.2003 и постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда Московской области от 21.01.2004 по делу № А-А41-К2-12313/03 оставить без изменения, кассационную жалобу Мособлкомзема – без удовлетворения.

Необходимо также отметить особое значение судебного способа защиты нарушенных бюджетных прав для получателей бюджетных средств, поскольку, если в течение нормативного срока лимит бюджетных обязательств не финансируется в полном объеме (за исключением применения блокировки расходов и сокращения расходов бюджета более чем на 10 %), получатель бюджетных средств имеет право на компенсацию в размере недофинансирования. В то время как компенсация осуществляется исключительно в судебном порядке.

Таким образом, наличие судебного способа защиты нарушенных прав субъектов бюджетного права является одной из гарантий соблюдения их прав и интересов.

<sup>13</sup> Российская газета. 1998. № 156.

<sup>14</sup> Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

# Предупреждение преступного поведения военнослужащих (теоретический аспект)

**О.А. Косован**

Становление личности, формирование и развитие ее социальной сущности – это сложный, непрерывный и многогранный процесс, названный в философской и социально-психологической литературе социализацией.

Данный процесс изучается различными гуманитарными науками и включает как биологические предпосылки, так и непосредственное вхождение индивида в социальную среду: социальное общение, социальное познание, овладение навыками практической деятельности, включая предметный мир и всю совокупность социальных функций, ролей, норм, прав и обязанностей и т.д., активное переустройство окружающего (природного и социального) мира; изменение и качественное преобразование самого человека, его всестороннее и гармоническое развитие<sup>1</sup>.

С одной стороны, социализация целенаправленное воздействие социальных условий, различных социальных институтов на человека с целью приобщения его к системе оценок, представлений, социальных норм и иных ценностей культуры, принятых в обществе, с другой – его собственная социальная деятельность. Таким образом, в результате включения индивида в систему оценок, норм, представлений и других ценностей одновременно происходит и индивидуализация социального опыта и социализация индивида<sup>2</sup>.

Именно в этом процессе индивид становится личностью. В процессе социализации образуются следующие личностные системы: а) социальные потребности и интересы; б) социальные ориентации и позиции; в) стратегическая организация поведения; г) социальная активность<sup>3</sup>.

Конкретным показателем результативности и содержательной направленности социализации является поведение личности. Категория «поведение» охватывает не всякую человеческую активность, а ограниченную двумя критериями:

во-первых, ее социальной значимостью и, во-вторых, ее выражением вовне в форме конкретных физических действия<sup>4</sup>.

Основой же поведения являются личностные характеристики: интересы, потребности, ценностные ориентации, идеалы, взгляды: «Никто не может сделать что-нибудь, не желая этого вместе с тем ради какой-либо из своих потребностей и ради органа этой потребности»<sup>5</sup>.

Поэтому, если поведение человека приобрело социально одобряемые формы, речь идет о социализации в позитивном направлении. Формирование поведения, адекватного требованиям социальных норм, является частью и задачей процесса социализации личности.

Негативное поведение, проявляющееся в том числе и в различных видах социальных отклонений, является также результатом социализации, но с отрицательной ориентацией.

Асоциальное поведение по своей природе является частью социального поведения вообще, его конкретно исторической разновидностью. Таким образом, налицо десоциализация личности военнослужащего.

Чтобы восстановить в сознании такого человека общественно значимые нормы и сформировать навыки устойчивого положительно оцениваемого в рамках данного общества поведения, необходим процесс ресоциализации. Однако это уже более сложный, трудоемкий и материалоемкий процесс, чем предупреждение десоциализации личности.

Исходя из содержательной характеристики социализации, представляется возможным сделать вывод о том, что предупреждение социальных отклонений – это прежде всего неотъем-

<sup>1</sup> Парыгин Б.Д. *Основы социально-правовой теории*. М., 1971. С. 165.

<sup>2</sup> Ратинов А.Р. *Психология личности преступника. Ценностно-нормативный подход // Личность преступника как объект психологического исследования*. М., 1979. С. 13.

<sup>3</sup> Момов В. *Человек, мораль, воспитание*. М., 1975. С. 64.

<sup>4</sup> Кудрявцев В.Н. *Право и поведение*. М., 1988. С. 8.

<sup>5</sup> Маркс К., Энгельс Ф. *Соч.: В 50 т. 2-е изд. М., 1955–1981. Т. 3. С. 245.*

лемый компонент общественного развития, который должен включать воздействие на социальные условия, на различные институты, социализирующие личность, на предметный мир, социальные функции и личностные качества человека, а также учитывать уровень развития общества.

Для уяснения сущности предупреждения асоциального поведения военнослужащих узловыми выступают две категории – «предупреждение» и «социальное поведение».

Термин «социальное поведение» имеет смысл лишь в сочетании с понятием социальная норма.

В своем единстве эти две категории выражают взаимосвязь двух сторон социальной реальности, социальная норма – неотъемлемая часть общественного развития, одно из средств ориентации поведения личности или социальной группы в определенных условиях и средство контроля со стороны общества за их поведением<sup>6</sup>.

Социальную норму чаще всего определяют как требования общества к личности, в которых определены более или менее точно объем, характер, а также границы возможного и допустимого в его поведении<sup>7</sup>.

Специфический набор социальных норм, определяющих поведение военнослужащих, содержат воинские уставы и иные многочисленные источники военно-правового характера. При этом требования, предъявляемые к военнослужащим этими нормами, хотя и не противоречат общесоциальным, тем не менее не вполне совпадают с ними.

Социальные отклонения – это отступление от существующих социальных норм, их нарушение, несоблюдение их требований, выбор иного варианта поведения в отличие от указанного<sup>8</sup>.

Четкое определение границ асоциального поведения имеет научное и практическое значение. Оно позволяет обозначить круг исследуемых явлений, найти их общее и особенное, и на этой основе отработать механизм предупреждения антиобщественного поведения, адекватный негативным процессам.

При этом, учитывая, что и норма, и аномалия (отклонение, патология) выступают нередко как форма адаптации к конкретной среде, следует думать об их социально приемлемом замещении, а не о простой ликвидации. В противном случае «ликвидируемая» нежелательная форма адаптивного поведения заместится иной» возможно, более опасной формой<sup>9</sup>.

В условиях Вооруженных сил РФ, кроме общих закономерностей, характеризующих социальные отклонения, имеется множество непосредственных и частных, присущих только этой социальной среде. Изучение этих непосредственных явлений и процессов помогает правильно понять мотивационный механизм конкретных видов противоправного поведения и на этой основе построить систему эффективных мер раннего предупреждения преступных деяний<sup>10</sup>.

Исследование проблемы специалистами различных наук, разработка понятийного аппарата, уточнение сущности категорий привело к появлению терминов «социальные отклонения», «девиантность», «фоновые явления преступности» и «антиобщественное поведение», которые в основном применяются как равнозначные. На наш взгляд, отождествление этих понятий в рамках общей теории социальных отклонений допустимо лишь при условии, что они обозначают явления негативной направленности.

Наряду с этим существует мнение, что в условиях нашего общества можно говорить только о негативном отклоняющемся поведении, так как социально позитивное поведение, опережающее средние темпы, масштабы, есть всегда не отклонение от его социальных норм и требований, а выражение на их перспективу<sup>11</sup>.

В криминологической науке утвердилась характеристика структуры социальных отклонений военнослужащих, включающая; кроме преступлений и иных правонарушений, пьянство, алкоголизм, тунеядство, наркоманию, самоубийства<sup>12</sup>. Взгляд на социальные отклонения как на

<sup>6</sup> Афанасьев В.Г. Социальная информация и управление обществом. М., 1975. С. 134.

<sup>7</sup> Пеньков Е.М. Социальные нормы – регуляторы поведения личности. М., 1972. С. 47.

<sup>8</sup> Социальные отклонения: Введение в общую теорию. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В.Н. Кудрявцева. М., 1989. С. 6, 72, 97.

<sup>9</sup> Гилинский Я.И. Некоторые проблемы исследования социальной патологии и воздействие на нее // За здоровый образ жизни: Материалы конференции: В 2 ч. Брест, 1988. Ч. 1. С. 27.

<sup>10</sup> См. об этом, напр.: Командиру о военно-уголовном законодательстве / Под ред. А.Г. Горного. М., 1985. С. 159; Эминов В.Е., Машкевич И.М. Преступность военнослужащих: исторический, криминологический, социально-правовой анализ. М., 1999. С. 5; Крупнов И.В. Профилактика криминально-агрессивного поведения в воинском коллективе. М., 2003. С. 5 и др.

<sup>11</sup> Миньковский Г.М. О некоторых общих положениях криминологического изучения личности // Теоретические проблемы учения о личности преступника. М., 1970. С. 25.

<sup>12</sup> Гилинский Я.И. «Отклоняющееся поведение» как социальное явление // Человек и общество. Л., 1971. Вып. VIII. С. 116, 156 и др.; Дамаскин О.В. Правовая работа командиров (начальников) по предупреждению правонарушений военнослужащих // Военное право: Учебник. М., 2004. Гл. 13; Сахаров А.Б., Волошина Л.А. Общетеоретические проблемы криминологии. М., 1974. Вып. 20. С. 17–18; Харabet К.В. К вопросу о роли военной девиантологии в системе криминологических и военно-правовых исследований // Современное состояние военного права и его влияние на национальную безопасность Российской Федерации: Материалы конференции: Российский военно-правовой сборник. 2004. № 1 и др.

фоновые явления преступности позволил криминологам включить в их структуру аморальное поведение, беспризорность и безнадзорность<sup>13</sup>. Одним из самых изученных является наиболее опасное социальное отклонение – преступность.

Применительно к социальным отклонениям военнослужащих более пристальное внимание военными учеными различных специальностей уделялось дисциплинарным проступкам и воинским преступлениям.

Исследование криминологами содержания преступности, ее причин, механизмов и закономерностей их действия, вопросов социальной обусловленности данного явления, его признаков и общественной опасности<sup>14</sup> позволили выработать наиболее общее ее определение.

Преступность – социально обусловленное, исторически переходящее, изменяющееся социально-правовое явление, включающее в себя совокупность всех преступлений, совершенных в стране или регионе за соответствующий период времени, и характеризующееся количественными (динамика, состояние) и качественными (структура, характер) показателями<sup>15</sup>.

В Вооруженных силах РФ находят отражение все те социальные явления и процессы, которые протекают в обществе: «в истории армии с поразительной ясностью резюмируется вся история гражданского общества»<sup>16</sup>.

Причины современных преступных проявлений в армии и на флоте не имеют существенных отличий от причин преступности в обществе в целом, но все же характеризуется некоторыми особенностями.

Основная специфика причин совершаемых в войсках преступлений заключается в своеобразном преломлении общих причин преступности через особые условия жизни, быта, досуга и всей жизнедеятельности военнослужащих<sup>17</sup>.

Индивидуальное проявление преступности – это конкретное преступление, которое соотносится с ней как единое и общее, а преступление – видовое понятие категории правонарушения.

Обращая внимание на распространенность последнего термина, заметим, что во многих случаях в практике профилактической работы, а также и в учебно-методической, педагогической литературе он применяется больше в роли образной метафоры, чем научной категории, что особо недопустимо при междисциплинарных исследованиях.

Правонарушение, как это следует из самого термина, есть нарушение права, акт, противный праву, закону; совершить правонарушение – значит, «преступить право»<sup>18</sup>.

Приводимые в научной и учебной литературе его определения несколько отличаются друг от друга<sup>19</sup>, хотя и близки по своему содержанию.

Остановимся на том, что правонарушение – это виновные противоправные деяния деликтоспособных людей, влекущие за собой юридическую ответственность<sup>20</sup>. Следовательно, правонарушения имеют общие признаки: противоправность, виновность, общественную опасность, наказуемость.

Сущность правонарушений как антиобщественных поступков состоит в том, что они направлены против правопорядка, являются нарушениями законности и наносят вред интересам личности, общества и государства, т.е. важнейшим социальным нормам поведения и деятельности, возведенными в закон.

Исходя из положения о том, что право вбирает в себя и закрепляет наиболее существенные из социальных норм, правонарушение следует рассматривать как посягательство на важнейшие общественные отношения, т.е. как действие (бездействие), характеризующее общественной опасностью.

Структура правонарушений характеризуется соотношением видов (групп) правонарушений и классифицируется по различным признакам. Таковыми могут быть характер и степень общественной опасности правонарушений; сфера общественных отношений, на которые они посягают, область правовой регламентации ответственности за них.

<sup>13</sup> Аванесов Г.А. Криминология и социальная профилактика. М., 1980. С. 257; Гилинский Я.И. Социологическое исследование преступности и иных антиобщественных проявлений: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1985. С. 8; Социальные отклонения: Введение в общую теорию. С. 7 и др.

<sup>14</sup> Карпец И.И. Проблемы преступности. М., 1969. С. 128; Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М., 1969. С. 173; Стручков Н.А. Преступность как социальное явление: Лекции по криминологии. Л., 1979. С. 14; Бабаев М.М., Быков А.А., Звирбуль В.К., Кузнецова Э.Ф. Изучение преступности. М., 1973. С. 19–21 и др.

<sup>15</sup> Криминология: Учебник / Под ред. Е.В. Коробейникова, Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. М., 1988. С. 63; Курс советской криминологии: Предмет, методология, преступность и причины. Преступник. М., 1985. С. 138.

<sup>16</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 29. С. 154.

<sup>17</sup> Советское уголовное право. Воинские преступления: Учебник / Под ред. А.Г. Горного. М., 1978. С. 104.

<sup>18</sup> Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 6.

<sup>19</sup> Кобец Н.Г. Предупреждение правонарушений в производственном коллективе: вопросы теории и практики. М., 1982. С. 13; Малеин Н.С. Указ. соч. С. 11; Теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1987. С. 407; Теория государства и права: Учебник / Отв. ред. А.И. Королев, Л.С. Явич. Л., 1987. С. 506.

<sup>20</sup> Теория государства и права / Отв. ред. А.И. Королев, Л.С. Явич. С. 506.

Так, воинский дисциплинарный проступок – это противоправное виновное нарушение военнослужащим урегулированного законами и общественными уставами порядка и правил несения службы, за которое применяются меры ответственности, предусмотренные Дисциплинарным уставом Вооруженных сил РФ. Здесь, однако, следует уточнить, что за некоторым исключением как воинские дисциплинарные проступки рассматриваются и административные правонарушения, совершаемые военнослужащими.

Каждый вид правонарушений является виновным противоправным деянием деликтоспособного лица, посягающим на определенные, регулируемые общественным правилом общественные отношения, и обладает присущим только ему свойством общественной опасности. Это осознанный человеком асоциальный поступок, имеющий юридическую форму. Поэтому правонарушение с внешней его стороны является нарушением выраженного в норме права обязательного правила поведения<sup>21</sup>.

Внутренняя сущность правонарушений состоит в нарушении общественных и личных интересов, общественного правопорядка и субъективных прав, их социальная сущность определяется в результате изучения причин и условий их совершения, а также личности правонарушителя.

Таким образом, противоправность поведения рассматривается как общее понятие, включающее в себя большой диапазон правонарушений (гражданские, административные, дисциплинарные, уголовные и другие деликты).

Преступное поведение также представляет собой особый случай противоправного поведения. Иногда, подчеркивая это обстоятельство, применяют термины «преступное поведение» и «непреступное противоправное поведение».

Следующим компонентом структуры антиобщественного поведения, образованной по признаку нарушаемых норм, является аморальное поведение. Таковым его можно считать, если оно объективно не соответствует моральным нормам. Их отличие от правовых норм состоит в том, что они не всегда имеют формальную определенность писанных правил.

Нравственность – это система норм, в совокупности определяющих поведение, человека. Эти нормы при неисполнении не обеспечиваются государственным принуждением, их исполнение, как правило, основано на общественном воздействии<sup>22</sup>. В этом состоит особенность оценки и регулирования нравственного поведения личности<sup>23</sup>. Поэтому представляется, что действующее в Вооруженных силах РФ дисциплинарное законодательство и десятилетиями устоявшаяся практика его применения к военнослужащим за аморальные проступки, не посягающие на урегулированные военным законодательством общественные отношения, требуют самого критического осмысления.

Это становится особенно актуальным в связи с разработкой в настоящее время новых общевоинских уставов и иных актов военного законодательства<sup>24</sup>.

Это не исключает необходимости учитывать то, что «моральная норма» зачастую представляет модель не столько того или иного человеческого поступка, сколько определенных, в некотором смысле идеальных черт личности<sup>25</sup> (добродетель, честность, справедливость, принципиальность, ответственность и т.д.). Именно эти качества во многом преопределяют возможное поведение личности.

Изложенное означает, что в данном случае (в отличие от правовых норм) оценивается не только поведение личности, но система ценностных ориентаций, побудивших это поведение. Это положение далеко не безынтересно для теорий предупреждения социальных отклонений. Ибо именно оно нацеливает на поиски допустимого, практически значимого и научно обеспеченного вмешательства не только на уровне поведенческого аспекта, но и на уровне нормативного аспекта, негативно характеризуемого деформациями нравственного сознания.

В научной литературе предложены классификации норм отклонений по различным основаниям<sup>26</sup>.

Так, в сфере нормативного регулирования выделено три компонента системы социальной регуляции: индивидуальная моральная норма (нор-

<sup>21</sup> Данным проблемам посвящены работы Н.И. Ветрова, А.И. Долговой, К.Е. Игошева, С.М. Иншакова, И.И. Карлеца, В.Н. Кудрявцева, Б.В. Коробейникова, Н.Ф. Кузнецовой, В.В. Лунеева, Г.М. Миньковского, А.М. Малеина и др.

<sup>22</sup> Андрианов Н.И. Правовые и нравственные аспекты социального управления. Киев, 1987. С. 12.

<sup>23</sup> Об этом см. также, напр.: Христианство. Нравственность. Право: Материалы научной конференции к 2000-летию христианства / Под ред. А.А. Тер-Акопова. М., 2000.

<sup>24</sup> На наш взгляд, заслуживают поддержки высказанные в разное время предложения некоторых военных юристов (например, А.А. Тер-Акопова, И.Л. Жаданова и др.) о необходимости строго кодифицировать составы воинских дисциплинарных проступков в новом военном законодательстве.

<sup>25</sup> Социальные отклонения: Введение в общую теорию. С. 313.

<sup>26</sup> См., напр., Анисимов С.Ф. Мораль и поведение. М., 1978; Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М., 1986; Здравомыслов А.Г. Потребности, интересы, ценности. М., 1988; Социальные отклонения: Введение в общую теорию.

ма моральной саморегуляции), выражающая моральное сознание, внутреннюю свободу и автономность личности; общепринятые (наиболее распространенные, типичные, фактически действующие в обществе) представления о нормах и принципах морали (к ним относятся общественные нравы, общепринятые нравственные ценности, обычаи, градаций и т.д.); моральные и нравственные идеалы, выражающие высшие моральные образцы взаимоотношений людей. На уровне индивидуального поведения определены соответствующие моральной норме проявления и отклоняющиеся от нее.

С позиций регрессирующего развития выделяются три ступени: ослабление моральной мотивации поступка; деформация самих моральных оценок и представлений; качественный сдвиг в сознании субъекта, выражающийся в прямой дискретизации неугодных моральных норм и принципов. На основании последней классификации, считаем, что морально отклоняющееся поведение может быть случайным, сознательно повторяющимся и устойчиво негативным, и второй, и третий тип поведения свидетельствует об аморальности личности и низком уровне или полном отсутствии развитых моральных свойств. Моральные свойства, ценностные ориентации и моральные установки определяют направленность поведения личности.

Они же являются базой для формирования правосознания личности. Правомерному поведению соответствует нравственное поведение, а правонарушение противоречит морали. Тесную взаимосвязь правового и нравственного сознания постоянно подчеркивают советские криминологи.

Таким образом, моральное воспитание, формирующее нравственную направленность личности и ее моральное поведение, имеет особо важную роль не только для предупреждения аморального, но и противоправного поведения.

Преступное, непроступное противоправное и аморальное поведение представляют собой разновидности социальных отклонений по типу нарушаемой нормы. Вместе с тем такие виды негативного поведения, как алкоголизм, наркомания, самоубийства, социальный паразитизм, в рассматриваемую классификацию не укладываются, так как в различных своих проявлениях они могут быть отнесены к разным группам норм<sup>27</sup>.

Разделяя точку зрения о том, что большая часть из них первоначально представляет собой отклонения от нравственных норм, которые могут перерасти в правонарушения (в том числе и

преступления)<sup>28</sup>, остановимся на характеристике их сущности как фоновых явлений преступности.

Социальный паразитизм – это антиобщественный образ действий, а нередко и образ жизни, основными чертами которого являются извлечение нетрудовых доходов и уклонение от общественно-полезного труда; люди, ведущие паразитический образ жизни, обычно характеризуются низким культурным уровнем, искаженной системой ценностных ориентаций. Допускаемые ими аморальные поступки со временем перерастают в противоправные. Военными криминологами и педагогами давно отмечается, что военнослужащие именно с таким допризывным прошлым чаще других в условиях службы допускают дисциплинарные проступки и совершают воинские преступления.

Паразитирование, ненадлежащее исполнение воинских обязанностей, пьянство и алкоголизм в среде военнослужащих в значительной мере являются следствием безнадзорности в прошлом со стороны взрослых членов семьи, отвечающих за их воспитание, а в условиях армий – командиров и воспитателей. Именно она выступает существенной детерминантой последующего аморального и противоправного поведения. Проводимая в военной криминологии классификация причин преступных деяний, совершаемых в войсках, в полной мере может быть распространена на все виды социальных отклонений военнослужащих.

Эти причины подразделяют на две группы: а) причины, связанные с условиями воспитания, жизни и деятельности правонарушителей до призыва на военную службу; б) причины, связанные с условиями службы и воспитания правонарушителей в воинских частях и подразделениях.

Поясняя первую группу причин, В.В. Лунев отмечает, например, что, оказавшись в неблагоприятных условиях (неправильное семейное воспитание, беспризорность и т.д.), некоторые юноши еще задолго до призыва в армию попадают под влияние антиобщественных элементов, в результате чего приобретают дурные привычки и другие отрицательные социально-психологические качества. Будучи призванными на военную службу, эти лица порой оказывают криминогенное влияние на других неустойчивых военнослужащих и при определенных обстоятельствах могут совершить преступление<sup>29</sup>.

Суицид (самоубийство) в среде военнослужащих по призыву чаще всего возникает как противоречие между стремлением далеко еще не сформировавшейся личности проявить свою ин-

<sup>27</sup> Социальные отклонения: Введение в общую теорию. С. 109.

<sup>28</sup> Там же.

<sup>29</sup> Советское уголовное право. Воинские преступления: Учебник / Под ред. А.Г. Горного. М., 1978. С. 104.

дивидуальность, защитить достоинство и жестким давлением командиров и сослуживцев, «выталкиванием» из рефрентной среды, обостренным восприятием межличностных и личных проблем. Весьма специфическим и не столь редким в армейских условиях является суицид на почве непереносимости воинского правопорядка. Это в свое время отмечали военные психиатры, хотя, к сожалению, их наблюдения и выводы остались почти не замеченными военными юристами.

Как показывают исследования, каждый из названных видов социальных отклонений является и причиной, и следствием других.

Так, например, паразитирование, пьянство, административные правонарушения в допризывной период приводят в условиях военной службы к дисциплинарным проступкам, а они нередко предшествуют совершению воинских преступлений. Перечень всевозможных сочетаний значительно обширнее. В плане нашего исследования более важен обобщенный вывод о том, что одни социальные отклонения детерминируют другие; степень их криминогенности при увеличении их совокупности постепенно также увеличивается. В результате формируется устойчивое противоправное поведение<sup>30</sup>.

Социальные отклонения в отличие от видовых, как правило, не сводятся к одному поступку. Следовательно, отклонение от социальной нормы – понятие более сложное и многоплановое, чем, например, понятие правонарушения, которое ограничено известными признаками объекта, субъекта, объективной и субъективной сторон и, как правило, относится к единичному случаю – конкретному поступку (реже – к серии точно определенных действий). При отклонении же от социальной нормы речь идет о самых разнообразных формах поведения (деятельности), по

разным параметрам не укладывающихся в действующие стандарты<sup>31</sup>.

Особенностью индивидуального уровня социальных отклонений является возможность их многовариантного проявления в отношении одной социальной нормы. На уровне массового явления это элемент общественной жизни, ее нежелательный процесс. В целом социальные отклонения – это такие нарушения социальных норм, которые характеризуются определенной массовостью, устойчивостью и распространенностью при сходных социальных условиях<sup>32</sup>.

В воинских подразделениях, где распространение таких отклонений не получает соответствующего профилактического реагирования, нередко складываются устойчивые группы военнослужащих асоциальной направленности, способные серьезно противодействовать мероприятиям командования по укреплению воинского правопорядка и оказывать отрицательное влияние на других сослуживцев. Именно в таких коллективах чаще всего культивируются неуставные взаимоотношения и совершаются связанные с ними воинские преступления.

Анализ различных видов социальных отклонений позволяет прийти к выводу о необходимости их рассмотрения не только как совокупности нарушений объективно существующих социальных норм (норм права, нравственности, общежития), но и как комплекса взаимосвязанных и взаимообусловленных явлений на уровне общественной практики и общественного сознания.

Эта попытка осмысления сущности асоциальных отклонений с позиций системного подхода является особенностью исследования весьма значимой не только для теории, но и для практического выбора правильных направлений профилактической работы, в том числе и в студенческой среде.

<sup>30</sup> См. об этом, напр.: Атанов В. Предупреждать и пресекать туеядство // Советская юстиция. 1983. № 20. С. 19; Анисимов Л.Н. Профилактика пьянства, алкоголизма и наркомании среди молодежи. М., 1988. С. 19; Алексеев А.И., Герасимов С.И., Сухарев А.Я. Криминологическая профилактика: теория, опыт, проблемы: Монография. М., 2001 и др.

<sup>31</sup> Социальные отклонения: Введение в общую теорию. С. 100.

<sup>32</sup> Социальные отклонения: Введение в общую теорию. С. 93–103.



## Социальные предпосылки уголовной ответственности за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг

**О.Ю. Ясинов**

Для того чтобы предвидеть изменения, зависящие от социальных факторов, в динамике преступности, связанной с фальшивомонетничеством, и активно влиять на процесс искоренения этого преступления, надо ясно представлять конкретные взаимосвязи причин и следствий в области социального поведения. Все это необходимо для того, чтобы осуществлять криминологическое прогнозирование преступления, которое, на наш взгляд, в значительной мере должно быть направлено в социальное русло.

Следует отметить, что в течение последнего столетия в мире неоднократно предпринимались попытки сравнить данные уголовной статистики фальшивомонетничества различных стран. В этих целях проводились многочисленные исследования, охватывающие, как правило, некоторые развитые страны по более или менее сопоставимым и выборочным формам преступного поведения. На этой основе вырабатывались некоторые обобщающие определения, позволяющие хоть в какой-то мере сопоставлять причины данного преступления с далеко не схожими в разных странах уголовным и процессуальным законодательством, судебной практикой и другими статистически значимыми условиями. Однако проведенный нами анализ рассматриваемой темы, позволяет сделать вывод, что уголовно-правовые и криминологические аспекты фальшивомонетничества в большей мере рассматриваются в отрыве от социального аспекта данного вопроса или социальный аспект отходит на второй, третий план в его теоретическом и практическом осмыслении.

Говоря о социальных предпосылках фальшивомонетничества, в первую очередь надо отметить, что любое общество представляет собой множество индивидов, которые находятся в определенной системе связей, взаимодействий и отношений. Подделка денег детерминирована конкретной системой норм и ценностей, что, собственно, регулирует как индивидуальное, так и коллективное поведение фальшивомонетчиков.

По мнению П. Лаве, руководителя отдела Интерпола по фальшивомонетничеству, это преступление зависит от следующих четырех социальных факторов<sup>1</sup>:

- доходности фальшивомонетничества;
- отсутствия или недостатка эффективного действия мер принудительного характера;
- использования относительно дешевого высокотехнического оборудования;
- восприятия фальшивомонетничества как безопасного преступления.

Масштаб фальшивомонетничества определяется и тем, что люди сегодня не до конца осознают, что фальшивомонетничество является серьезной и возрастающей проблемой. Получить точную статистику по этому виду преступления из-за скрытого характера деятельности фальшивомонетчиков сложно. Как показывает изученная литература, фальшивомонетничество сегодня в мире оценивается между 5 и 7 % от всех экономических преступлений. В то же время нет никаких достоверных данных, насколько верна эта цифра, хотя она широко используется для того, чтобы проиллюстрировать степень данной проблемы.

Социальная острота проблемы фальшивомонетничества заключается в том, что в современном мире государства довольно тесно связаны друг с другом прежде всего в финансово-экономической области. Общеизвестно, что каждое государство в пределах своей территории ведет борьбу с любыми видами данного преступления, это составляет его суверенную юрисдикцию. По словам П. Лаве: «Фальшивомонетничество – чума XX-го столетия, которая выливается в экономические войны между странами, гражданские смерти, увеличения уровня организованной преступности. Скрытый характер фальшивомонетничества делает чрезвычайно трудным идентификацию и выявление коли-

<sup>1</sup> Lowe P. ICC Counterfeiting Intelligence Bureau. Maritime House. Linton Road. Barking. Essex IG11 8HG. United Kingdom // <http://www.PeterLowe.com>.

чества данного преступления, что способствует увеличению преступлений»<sup>2</sup>.

Все это происходит по той причине, что существует сложная взаимная связь и обусловленность совокупности факторов, способствующих криминализации финансовых отношений в хозяйственной системе, включая сферу экономической деятельности<sup>3</sup>.

Анализ тенденций развития преступности, связанной с изготовлением и распространением фальшивых денежных знаков, доказывает не только расширение международных границ, но и повышение уровня организованности преступных групп фальшивомонетчиков на основе «разделения труда» между преступными группировками, организаторами, изготовителями, крупными и мелкими распространителями. В целях максимального снижения риска быть изобличенными ими все чаще проводится предварительное детальное изучение складывающейся инфраструктуры внутригосударственного и межгосударственного денежного обращения, системы защиты денежной единицы и правоохранительных мер.

При выявлении социальных причин фальшивомонетничества в России необходимо выделить обстоятельства, действующие на макроуровне и определяющие само наличие данной преступности в финансовой сфере общества либо благоприятствующие ей, и обстоятельства, способствующие совершению конкретных преступлений. Сложное и противоречивое взаимодействие этих обстоятельств и формирует криминогенную ситуацию у нас в стране в этом виде преступлений.

Среди причин общего характера, обуславливающих состояние и тенденции современного фальшивомонетничества, можно выделить следующие:

1) неподготовленность государства к рыночным реформам и, как следствие, деструктивная направленность социальной политики;

2) необоснованное отстранение государства от публично-правового регулирования финансовых отношений в условиях становления рынка;

3) длительное сохранение в финансовой сфере правового вакуума;

4) правовая безграмотность общества в рыночных отношениях;

5) неспособность контролирующих органов в сфере финансовой деятельности к выявлению взаимозависимостей нарушений в финансовой сфере и новых экономических отношений;

6) недостаточная оперативность в деятельности правоохранительных органов при прогно-

зировании фальшивомонетничества в новых экономических условиях;

7) целенаправленные действия преступного мира, преследующего в финансовой сфере собственные специфические корпоративные интересы.

Разумеется, названные причины выделены как самостоятельные условно. На практике они тесно и неразрывно взаимосвязаны и взаимообусловлены.

При анализе конкретных социальных причин фальшивомонетничества необходимо проанализировать причины, приводящие личность к такому виду преступления, выделить основные психологические факторы, которые составляют действующую модель фальшивомонетничества.

Традиционная система экономических отношений, сложившаяся в нашей стране в советский период, отличалась крайне высокой степенью нормативной заданности и жесткостью административно-законодательного контроля, отсутствием естественных стимулов высокопроизводительного труда и интенсивного развития и т.п. Детерминирующим фактором ее глобального разрушения стали прежде всего обусловленный общим кризисом системы тоталитарного социализма распад государственности вообще и механизмов государственной власти в частности и связанные с ними демонтаж плановой системы хозяйственного управления, утрата способности управления экономическими и социально-политическими процессами в стране.

Как признают специалисты, первоначальное накопление капитала за счет обнищания населения стало характерным признаком российских рыночных преобразований и превратилось в своего рода генератор мощных криминогенных последствий. За эти годы произошла либерализация всех факторов производства, кроме труда и его оплаты. Средняя заработная плата в российской промышленности в 5–7 раз ниже пособия по безработице, выплачиваемого в западных странах. В решениях ООН сказано, что нельзя платить работнику менее 3 долларов в час, иначе последует неизбежное разрушение трудового потенциала национальной экономики. Если принять среднюю заработную плату квалифицированного работника в России за 3000 руб., то тогда час его работы будет оплачиваться 18 руб., что составит 0,6 долларов США, т.е. в 5–6 раз меньше рекомендованного решениями ООН. Кроме того, ситуация усугубляется хроническими и длительными задержками выплаты населению заработной платы, пенсий и пособий. При этом данное явление

<sup>2</sup> Lowe P. *Op. cit.*

<sup>3</sup> Керимов Д.А. *Философские проблемы права. М., 1972. С. 584.*

ние стало типичным для большинства регионов страны. Не говоря уже о тех людях, которые получают заработную плату в размере 400–500 руб. в месяц. Низкий уровень жизни населения – это не просто социальная беда. Это вопрос, напрямую относящийся к проблеме расширения преступления по подделке денег: нет денег – их просто начинают подделывать.

Для каждого преступления необходимы условия его осуществления. Увеличение количества преступлений за годы рыночных реформ говорит о том, что для фальшивомонетничества эти условия прямо вытекают из социальных причин:

- недостаточного учета и контроля за расходованием легкоплавких металлов и цинка;
- недостатков в обеспечении сохранности материалов и оборудования на предприятиях полиграфической промышленности;

- слабого контроля со стороны администрации предприятий за использованием оборудования (гальванических ванн, прессов, металлообрабатывающих станков);

- слабого знания лицами, принимающими деньги от населения, отличительных признаков подлинных денег;

- халатного отношения к служебным обязанностям со стороны лиц, связанных с приемом денег от населения;

- бесконтрольности за режимом допуска лиц к множительной аппаратуре.

Наряду с существующими условиями, способствующими росту преступности, в целом на увеличение числа преступлений этого вида оказывает воздействие значительная группа специфических факторов различной природы. На наш взгляд, эти факторы могут быть представлены следующим образом.

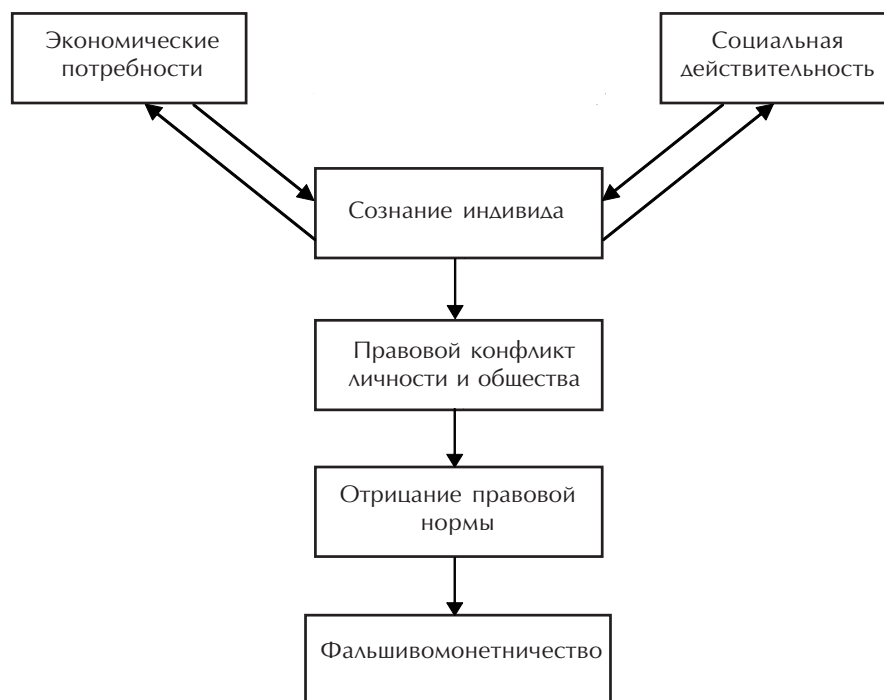
### Факторы, способствующие развитию фальшивомонетничества и подделке ценных бумаг



Увеличению преступности (пик фальшивомонетничества пришелся на 1994–1995 гг.) в этой области в определенной мере способствовал получивший право на существование в конце 90-х гг. лозунг о том, что главное иметь больше, чем другие, и можно идти на любые действия для достижения этой цели. Во многом возникновению этого настроения способствовали годы перестройки. Ситуация усугублялась еще и тем обстоятельством, что полноценные товарно-денежные отношения в нашем обществе не могли возникнуть естественно-исторически, поскольку этот путь на многие десятилетия был прерван. В связи с этим их появление и развитие всецело детерминировано намерениями и действиями реформаторов.

События последних лет только усилили это настроение. В результате действия указанных факторов возникает ситуация, когда на все уменьшающееся богатство претендует все больше желающих его получить. Что может стать результатом этой ситуации, совершенно очевидно. Социальные нормы, существовавшие в нашем обществе, не предусматривали подобной ситуации. Выход за рамки социальных норм неизбежен.

Таким образом, социальный конфликт личности и общества выливается в формирование ауры дозволенности фальшивомонетничества, что, на наш взгляд, схематично может выглядеть следующим образом.



К социальным причинам расширения границ фальшивомонетничества необходимо отнести также следующие обстоятельства:

- растущую инфляцию и связанное с ней падение курса многих национальных денежных единиц;
- увеличение в обороте денежной массы валют ведущих стран;
- постоянное совершенствование полиграфического оборудования;
- широкое распространение и сдачу в аренду (лизинг) многоцветных копируемых устройств с программным управлением, обеспечивающих качественное и быстрое воспроизводство сложных по рисунку и цветовой гамме денежных знаков;
- несовершенство в ряде стран уголовно-правовых норм.

Последнее, о чем надо сказать, рассматривая социальные причины фальшивомонетничества, это то, что общий рост преступности оказывает негативное воздействие на само преступление по подделке денег и этому способствуют:

- все более видимая безнаказанность данного преступления;
- возрастающая информированность общественности о способах совершения данного преступления;
- большое количество лиц, вовлеченных в фальшивомонетничество.

Таким образом, мы имеем саморазвивающуюся систему: усиливающиеся социальные и экономические факторы приводят к росту фальшивомонетничества.

## Особые условия деятельности в развитии и становлении личности

**А.Ф. Карavaев**

Изучение смысла и содержания экстремальных условий деятельности, их роли в развитии личности, субъекта этой деятельности предлагает выявление ее специфики и взаимозависимостей. Социальный способ человеческой жизнедеятельности как необходимый элемент в развитии общества с необходимостью порождает свойственную ему систему потребностей и средств их удовлетворения. Потребность в обеспечении безопасности личности, общества и государства в целом принадлежит к числу важнейших. Средством удовлетворения этой потребности является сложившаяся в государстве правоохранительная система. Необходимо иметь в виду, что в правоохранительной системе работают сотни тысяч специалистов. Функция данной системы как специфической сферы деятельности заключается в укреплении законности и правопорядка в обществе. Существует глубокая зависимость деятельности правоохранительной системы от объективного содержания самой действительности, которую она отражает, поэтому важной характеристикой такой деятельности являются ее особые условия. Следовательно, именно они оказывают влияние на личность субъекта деятельности. До настоящего времени нет единой концепции развития личности, которая бы учитывала особенности психической деятельности в необычных условиях существования субъекта. Отсутствие концептуальных положений теории заметно затрудняет решение задач, поставленных перед правоохранительной системой государством и современной практикой.

Для психологического анализа личности важно понять сущность и структуру деятельности, выявить особые условия ее протекания и попытаться определить систему психологических свойств личности, развиваемых в процессе этого. Очевидно, что деятельность любого человека

определяется его непосредственным окружением, степенью его активности и требованиями общества. По этой причине в психологии сложилось понимание о деятельности как об «активном взаимодействии с окружающей действительностью, в ходе которого живое существо выступает как субъект, целенаправленно воздействующий на объект и удовлетворяющий таким образом свои потребности»<sup>1</sup>. Некоторые исследователи<sup>2</sup> выделили отличительные психологические черты специального типа человеческой активности:

- содержание деятельности порождается потребностью как источником активности, но управляется сознаваемой целью как регулятором активности;

- психика должна отражать собственные объективные свойства вещей и определять способы достижения поставленной цели;

- деятельность должна обладать способностью управлять поведением, стимулировать и поддерживать активность ее субъекта так, чтобы реализовать эти целенаправленные действия<sup>3</sup>.

Изложенные отличительные черты убеждают в том, что деятельность неразрывно связана с познанием и волей, опирается на них и невозможна без познавательных и волевых процессов. В контексте изложенного деятельность представляет собой внутреннюю (психическую) и внешнюю (физическую) активность человека, регулирующую сознаваемой целью. Чтобы можно было говорить о деятельности, необходимо выявить в активности ее субъекта наличие сознаваемой цели. Любая деятельность, осуществляемая субъектом наряду, с целью включает в себя средства, процесс преобразования и ее результат. При этом цель деятельности формируется у субъекта как образ

<sup>1</sup> Краткий психологический словарь / Сост. Л.А. Карпенко; под общ. ред. А.В. Петровского, М.Г. Ярошевского. М.: Политиздат, 1985. С. 91.

<sup>2</sup> Общая психология: Учебник для студентов пед. ин-тов. 3-е изд., перераб. и доп. / Сост. А.В. Петровский, А.В. Брушлинский, В.П. Зинченко и др.; под ред. А.В. Петровского. М.: Просвещение, 1986. С. 198.

<sup>3</sup> Соболев В.В. Развитие личности в особых условиях деятельности: Монография. Новосибирск, 1997. С. 256.

предвидимого результата. Целевой и преобразующий характер деятельности позволяет личности выйти за рамки практически любой ситуации и вписаться в общий контекст профессионального бытия, найти средство, выходящее за пределы возможностей данной детерминации, что и обуславливает ее развитие. Целевое исполнение формирует специфический контекст, который задается особыми условиями деятельности, в которых субъект функционирует.

Специфика деятельности предписывает ее сотрудникам организацию и неукоснительное исполнение федеральных законов и других нормативных правовых актов государственной власти. В этой связи просматривается особенность принадлежности такого субъекта к различным иерархическим уровням системы управления. Все сотрудники пребывают в подсистеме исполнения законодательства, неисполнение которого может привести к тяжким последствиям. Организация и осуществление оперативно-розыскной деятельности, дознания и предварительного следствия обуславливают строгую регламентированность деятельности и ответственность за безопасность государства. Борьба с терроризмом, организованной преступностью, контрабандой, незаконным оборотом оружия и наркотических средств, с деятельностью незаконных вооруженных формирований, преступных групп и т.д., ставящих своей целью насильственное изменение конституционного строя и ряд других функций, указывает на необходимость выделения иных особых условий. Именно они порождают критические ситуации (стресс, фрустрацию, конфликт, кризис и т.д.), которые проявляются в различной степени переживания.

К числу основных видов деятельности для сотрудников ОВД, входящих в круг их новых профессиональных обязанностей, относятся: а) оперативно-розыскная (познавательная); б) информационно-аналитическая (исследовательская); в) коммуникативная деятельность.

Анализ структуры оперативно-розыскной деятельности позволяет выявить ряд наиболее важных групп профессиональных действий: создание негласных позиций и их использование в выявлении, предупреждении и пресечении преступлений, отнесенных к ведению МВД России, налоговой полиции и т.д.; оперативный розыск лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступления; негласное вскрытие других преступлений, отнесенных к компетенции органов.

Информационно-аналитическая деятельность является частью профессиональной и включает в себя анализ получаемой информации и

осуществление прогноза развития ситуаций и возможных угроз.

Коммуникативная деятельность – порождение особых условий деятельности. Это обусловлено тем, что при исполнении своих функций и решении задач сотрудники во взаимодействии с другими правоохранительными и иными государственными органами и гражданами выполняют профессиональные задачи.

Как видно из вышеизложенного, основные виды деятельности, входящие в профессиональные обязанности, являются достаточно сложными. По этой причине для их успешного осуществления сотрудники должны обладать определенным комплексом необходимых врожденных и приобретенных качеств. Изменения, происходящие в государстве, реформирование правоохранительной системы на фоне растущей криминализации общества, исключительная сложность стоящих перед сотрудниками ОВД задач обуславливают новые повышенные требования к ним в современных условиях. Структурно личные и деловые качества можно классифицировать по следующим группам: а) общепрофессиональные; б) теоретические; в) общекультурные и морально-этические; г) психологические; д) физические. Наибольший интерес для нас представляют психологические: когнитивные (память, мышление и восприятие); эмоционально-волевые; психогенные реакции на экстремальные ситуации.

Очевидно, что необычные условия проанализированной нами деятельности обладают отличительными характеристиками. Именно последнее обуславливает изменения в психологических процессах и особенностях личности, определенную динамику ее развития. В контексте изложенного можно констатировать, что следствием особых условий деятельности является следующее: 1) возникновение и дифференциация некоторых видов деятельности, которые отличают их от других; 2) формирование и перестройка психических процессов, характеризующихся особенностями психической деятельности вследствие экстремальности профессиональной деятельности; 3) необходимость психологического изменения личности.

Особые условия деятельности формируют системообразующие начала целостной профессиональной деятельности. Перечень особенностей деятельности сотрудников правоохранительной системы, осуществляющих ее в особых условиях, достаточно широк. Однако более подробное их описание представлено в ведомственных нормативных актах. Ясно одно, что деятельность в особых условиях как вид социального производства своей целью имеет обеспечение безопасности общества и государства, создание правопорядка на

основе идей законности и демократии. Каждый вид профессиональной деятельности, в том числе протекающей в особых условиях, имеет свои тенденции развития, но при этом подчиняется единым законам материального производства и развития жизни людей и общества в целом. Отношения, возникающие в процессе такой деятельности, безусловно, специфичны. Их специфика заключается, по крайней мере, в трех существенных моментах, характеризующих также особенности самой деятельности, протекающей в особых условиях:

1) эти отношения складываются преимущественно по поводу безопасности общества и государства;

2) они складываются в процессе регламентированной законом деятельности с преобладанием элементов активности, риска и т.д.;

3) они протекают в условиях жесткого психологического давления, оказываемого на личность сотрудника.

Чтобы понять эту специфику, оценить ее место и роль в развитии личности, необходимо исходить из главного основного фактора: отношения, сложившиеся в сфере деятельности правоохранительных органов, являются отражением прежде всего отношений, существующих в обществе, а потому они во многом определяются характеристиками, едиными для всего комплекса конкретных общественных отношений.

Особые условия деятельности оказывают воздействие на ее субъекта и обеспечивают формирование, трансформацию и закрепление свойств, которые образуют определенную психологическую их совокупность и способствуют развитию личности. Именно в процессе сбли-

жения субъекта деятельности в системе общественных отношений происходит превращение его психических процессов в психические свойства его личности<sup>4</sup>.

Некоторые авторы<sup>5</sup> отмечают, что различные экстремальные условия воздействуют прежде всего на чувства, эмоционально-волевую сферу личности и вызывают различные психологические состояния: фрустрацию, аффект, стресс, тревожность, страх и т.д. Особенно заметными они становятся при воздействии психологических и информационных стрессов. В результате такого воздействия у сотрудников формируются чувства депрессии, подавленности, страха, напряженности. Кроме того, стресс может (при оказании на личность негативного воздействия) привести к дезорганизации ее деятельности в целом. Складывающийся из негативных эмоций дистресс проявляется также в физических симптомах (головная боль, бессонница и нервное истощение), что в итоге приводит к формированию чувства неадекватности и состоянию нервного срыва. Различные виды профессиональной деятельности оказывают на личность различное по степени воздействие, что обуславливает возможность построения определенной иерархии уровней стресса, которые в тех или иных формах проявляются у ее субъектов.

Проведенный В.В. Собольниковым<sup>6</sup> анализ по ранжированию уровня стресса у представителей самых разных профессий (у работников налоговой полиции, таможни, МВД России, прокуратуры, службы безопасности) показал, что эмоционально-поведенческие проявления стресса наиболее ярко выражены у следующих сотрудников (см. табл.).

Распределение ответов респондентов по ранжированию уровня стресса

Органы, профессии	Налоговая полиция	Таможня	МВД России	Суд, прокуратура	Служба безопасности
1. Сотрудник органа	8	8	10	9	8,8
2. Представитель пресс-службы	4,5	4	5	4	5
3. Психолог	5	5	6	5	5
4. Секретарь	4	4	4,5	4	5
5. Юрисконсульт	4	4	4,2	4	5
6. Аналитик	5	4	5	4,5	5
7. Техник	3	3	3	3	3
8. Оператор ЭВМ	3	3	3	3	3
9. Библиотекарь	2	2	2	2	2

<sup>4</sup> Рубинштейн С.А. Проблемы общей психологии. 2-е изд. М.: Педагогика, 1976; Ананьев Б.Г. Человек как предмет познания. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. С. 315.

<sup>5</sup> Зазыкин В.Г. Психолого-акмеологические основы деятельности специалистов в особых условиях: Автореф. дис. ... д-ра психол. наук. М., 1994; Смирнов В.Н. Концепция экстремально-психологической подготовки сотрудников ОМОН и СОБР // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2002. № 1 (17). С. 47–56.

<sup>6</sup> Собольников В.В. Указ. соч.

Проблема личности и ее развития в психологии является многоаспектной, понятие «личность» в литературе используется достаточно широко. Под ним понимается любой человек, обладающий сознанием, а также достигший определенного уровня развития. Следовательно, личность является продуктом исторического развития и составляет индивидуально отличительную характеристику человека. Однако психология обновляется и нуждается в новых взглядах на личность именно в контексте взаимодействия ее со средой в особых условиях деятельности.

Развитие личности в онтогенезе предполагает прохождение ею определенного пути. Одним из таких аспектов является достижение самодетерминации, самоуправления, самопрограммирования независимо от внешних стимулов, а также реализация потенциальных возможностей психики и преодоления своего «Я», трансценденция. Следовательно, в развитии личности четко просматриваются особые условия деятельности как детерминанта, так и стремление личности к самоактуализации как самодетерминанта.

Исследуя особые условия деятельности, В.В. Соболев вывел ведущие и наиболее значимые ее компоненты (когнитивный, коммуникативный и психологический, связанный с факторами риска, стресса, опасности для жизни и т.д.)<sup>7</sup>. В наших исследованиях на важность когнитивной деятельности (память, мышление, внимание, наблюдательность) указали 91 % сотрудников. Это обстоятельство обусловлено тем, что у сотрудников основными являются три группы профессиональных действий: создание условий для выявления, предупреждения и пресечения преступлений.

А.Н. Леонтьев отмечал, что «психология описывала и изучала зависимость восприятия, представления, мышления от того, что человеку нужно»<sup>8</sup> и особенно в условиях дефицита времени и информации. В частности, когда и информационная характеристика воспринимаемого объекта в особых условиях деятельности явно недостаточна для ее распознавания, когнитивный процесс осуществляется путем вероятного его конструирования с экстерииоризацией (порождение внешней деятельности на основе преобразования внутренних структур психологической деятельности) представлений, соответствующих предлагаемому объекту. В данном случае человек для осуществления когнитивной деятельности получает первоначальный толчок, и весь последующий процесс зависит от его жизненного опыта, установок и т.д.

Роль интеллектуального компонента в процессе мыслительной деятельности весьма высока.

Приходится оценивать ситуации по целому ряду параметров, находить решение с учетом вероятности наступления каких-либо событий, выбирать варианты действий в зависимости от динамики ситуаций. Умение сотрудников полагаться на самостоятельный анализ, личные ориентиры (в этом смысле, например, самодостаточность) в сочетании с активностью и решительностью составляют группу потенциально значимых качеств<sup>9</sup>. На важность коммуникативной компетентности в профессиональной деятельности указывают 96 % сотрудников.

Круг профессионального общения достаточно широк, он не имеет четких границ и включает, как правило, все слои общества. Общение может характеризоваться конфликтностью и активностью противостояния объекта воздействия и т.д. Последняя обуславливает необходимость обладания сотрудниками правоохранительной системы коммуникативной компетентностью в целях организации оптимального профессионального общения. В своей основе последнее должно быть предельно гибким, нестандартным и творческим, что потребует формирования необходимого уровня коммуникативной компетентности. Однако интенсивность уровня общения с различными категориями людей (и прежде всего с лицами из криминальной среды) может привести личность к профессиональной деформации, утрате чувства бдительности, развитию бездушия, формализма, черствости и т.д. Кроме того, сложность осуществления деятельности в особых условиях усиливает фактор опасности и риска. Вероятность получения травмы, наличие множества ситуаций ожидания экстренного вызова, фактов возможного проявления агрессивного поведения со стороны объекта общения являются постоянно действующим стрессором в деятельности. В контексте изложенного следует подчеркнуть, что возможность внезапного возникновения опасности в психологическом плане также вызывает повышенную вероятность проявления инстинктивных форм поведения или рискованных вариантов действий. Систематическое пребывание в таком состоянии, как правило, вызывает привыкание к опасности, следовательно, снижается адекватность оценки собственных возможностей.

Необходимо отметить, что особые условия деятельности (опасность, риск, экстремальность и т.д.) обуславливают вероятность введения личности в специфическое психическое состояние. В этом плане наиболее продуктивной является концепция психологических факторов сложности деятельности. Сущность последней заключается

<sup>7</sup> Соболев В.В. Указ. соч. С. 256.

<sup>8</sup> Леонтьев А.Н. Проблемы развития психики. М.: Изд-во МГУ, 1959. С.55.

<sup>9</sup> Соболев В.В. Указ. соч. С. 256.



в представлении взаимозависимых факторов, которые могут быть систематизированы. Все варианты процессных представлений о деятельности в особых условиях могут быть описаны при конкретизации исходного ее определения единства цели, средств и результата. Особые условия деятельности формируют профессиональную специальную реальность, которая и обуславливает определенные психологические состояния личности.

Обращение к интегральной индивидуальности человека приводит к сознанию активности как врожденных, заложенных в самой органической природе задатков человека. Очевидно, это составляет основу роста личности. По этой причине развитие личности начинается как «рост изнутри» и рассматривается в качестве способности развития через генерализацию индивидуально выработанных способов деятельности, возникающих на основе задатков и имеющегося опыта. Воздействие общества и различных социальных систем обретает характер вторичного. Развитие личности, понимаемое как ее самоактуализация в различных системах отношений с людьми, является необходимым условием оптимального существования человека. Специфика этого подхода состоит в тесной взаимосвязи проблем активности, общения и самовыражения<sup>10</sup>. Общение, отмечает Л.И. Анциферова, является одной из наиболее значимых «побудительных сил личности, источник ее внутренней активности, лежащей в основе формирования наиболее значимых личностных структур индивида»<sup>11</sup>. «Отражаясь во мне, другой человек, – утверждает В.А. Петровский – выступает как активное деятельное начало, имеющее мой взгляд на вещи, формирующее новые побуждения, ставящее передо мной новые цели»<sup>12</sup>. Различные изменения в направленности и степени активности личности осуществляются в процессе отражения субъектами деятельности друг друга. В этом случае происходит «переживание» личностью своей собственной динамики, той ее части, которая неотделима от личности воспринимающего и выступает как фрагмент отраженной субъективности. Развитие личности обусловлено наличием внутренних противоречий, которые имеют место в ней на данный момент<sup>13</sup>. Исследование мотивации актуальной деятельности предполагает выделение двух потребностей: 1) стремление к чему-либо желае-

мому; 2) функциональная потребность в активности и деятельности.

Следовательно, противоречия могут возникать между целевой активностью относительно желаемого в будущем качества, связанного с содержательной стороной личности, и актуально осуществляющимся процессом деятельности, определяющимся в зависимости от условий и связанным с динамической стороной личности (с ее функциональными возможностями). Поэтому движущей силой развития личности можно признать противоречие между двумя состояниями субъекта – потенциальным и актуальным.

Проблема личностного развития, видимо, связана с превращением потенций в актуальные образования. Под «потенциальными» следует понимать свойства и возможности личности, которые могут развиваться и стать реальностью либо как результат их совершенствования, либо как сложное системное психическое новообразование, которое включает в себе иные, вновь зарождающиеся силы дальнейшего развития. Раскрывая термин «актуальные», мы исходим из того, что развитые и действующие свойства и особенности личности, которые ранее находились в потенциальном состоянии, выходят на качественно иной уровень развития потенции и формируют психические новообразования и мотивацию деятельности. Между ними складываются отношения, когда первое переходит во второе, а далее – в его результат под воздействием как субъективных (личностных), так и объективных (среда, менталитет, культура и т.д.) факторов развития.

Воспроизведение личностно-потенциального и актуального конкретизируют психологические процессы функционирования, проявления, актуализации, изменения и совершенствования, создавая определенную динамику развития человека. Потенциальное под действием внутренних и внешних факторов начинает актуализироваться, проявляться, функционировать в ходе особых условий деятельности, изменяться, развиваться и превращаться в актуальное. Актуальное становится определенным результатом активности личности и по сравнению с потенциальным это уже другой, более высокий уровень существования психического образования в личности. На каждом этапе развития личности потенциальное выступает как предпосылка либо как результат

<sup>10</sup>Анциферова Л.И. Психология самоактуализирующейся личности в работах Абрахама Маслоу // Вопросы психологии. 1973. № 4. С. 174.

<sup>11</sup>Анциферова Л.И. Методологические принципы и проблемы психологии // Психологический журнал. 1982. № 2. С. 13.

<sup>12</sup>Петровский В.А. К психологии активности личности // Вопросы психологии. 1975. № 3. С. 34.

<sup>13</sup>Асеев В.Г. О диалектике детерминации психологического развития: (Принцип развития в психологии). М.: Наука, 1978; Леонтьев В.Г. Психологические механизмы. Новосибирск: НГПИ, 1992; Асмолов А.Г. Психология личности: Учебник М.: Изд-во МГУ, 1990.

развития актуального. Усложнение решаемых задач в особых условиях деятельности обуславливает формирование определенных потенциальных психических свойств как итог личностного развития. Они в дальнейшем могут стать актуальными, тем самым обеспечивая в целом процесс развития личности.

Таким образом, движущей силой развития личности признается наличие противоречий между потенциальным и реальным. Иными словами, между изменяющимися в особых условиях деятельности потребностями и возможностями их удовлетворения. В этой связи следует отметить, что структура детерминации развития личности может себя проявлять в различных вариантах, в частности: а) в сознательном развитии личности; б) в стихийном развитии; в) в воспитании (воздействие на субъект исходит извне). В двух последних случаях противоречия возникают между субъективно складывающейся системой особых условий деятельности в виде требований, предъявляемых к субъекту, и его реальной деятельностью. На данном этапе объективная система требований проявляется через показатель «эффективно – неэффективно» и т.п. К внутренней регуляции поведения подстраивается внешнее воздействие, что оптимально согласуется с общим положением о том, что «воздействие внешних факторов на самодвижущуюся систему тем значительнее, чем менее организована сама система»<sup>14</sup>.

Очевидно, степень организованности личности как системы оценивается с точки зрения предъявляемых требований со стороны правоохранительных органов как социального института, решающего сложные задачи. В каждом случае их воздействие может идти по пути как развития личности, так и фиксации ее качеств на требуемом уровне. Вместе с тем во всех случаях развитие личности осуществляется через деятельность, и этот процесс представляется следующим: а) выявление противоречий; б) формирование эмпирических узкоситуативных средств их разрешения; в) образование обобщенных личностных свойств.

С устранением частного противоречия развитие личности не прекращается, поскольку в процессе деятельности возникают новые мотивационные установки, а следовательно, и иные противоречия, требующие своего разрешения. При актуализации потенциальных свойств и возникает новое противоречие – между необходимостью их систематического использования и от-

сутствием специфического для них механизма регулирования. В теоретическом отношении представляется важной концептуализация данного механизма в контексте понимания личности как активной и склонной к трансформации системы. Фиксация существующих изменений, которые, очевидно, происходят в самой личности, дает возможность получить о ней достаточную полную характеристику<sup>15</sup>.

В решении сотрудниками ОВД сложных задач исключительное значение имеет личностный потенциал субъекта деятельности, под которым понимается наличие индивидуально-психологических потенциальных возможностей субъекта деятельности, протекающей в особых условиях, которые могут быть использованы при решении конкретной профессиональной задачи и достижении поставленной цели<sup>16</sup>.

Проблемы развития личности целесообразно рассматривать в контексте отношения к человеку как к биологической и одновременно к социальной системе. Н.А. Бердяев в свое время подчеркивал: «Человек – точка пересечения двух миров. Об этом свидетельствует двойственность человеческого самосознания, проходящая через всю историю. Человек сознает себя принадлежащим двум мирам, природа его двойится, и в сознании его побеждает то одна природа, то другая, и человек с равной силой обосновывает самые противоположные самосознания, одинаково оправдывает их фактами своей природы»<sup>17</sup>. Следовательно, по Н.А. Бердяеву, одной из центральных характеристик человеческого существования является противоречие между природой и деятельностью. Наличие такого рода противоречия предполагает формирование определенной совокупности психических внутренних условий человека, выполняющих определенную «приспособительную» функцию. В данном случае можно вести речь о некоей «интегральной индивидуальности» как саморегулирующей и самоорганизующей системе, состоящей из разнопарядковых подсистем деятельности<sup>18</sup>.

Для личности, деятельность которой протекает в особых условиях, важными элементами развития является выявление системы ее идентификации. К их числу можно отнести возникновение качественно нового психического образования (или его состояния), направленность, необратимость, единство количественных и качественных изменений, цикличность и развертывание во вре-

<sup>14</sup> Ананьев Б.Г. О проблемах современного человеческого знания. М.: Изд-во МГУ, 1977. С. 550.

<sup>15</sup> Вязерев Ф. Самодвижение // Философская энциклопедия: В 5 т. М.: Наука, 1967. Т. 4. С. 230–232.

<sup>16</sup> Бузин В.Н. Краткий отборочный тест. М.: Смысл, 1992. С. 72.

<sup>17</sup> Бердяев Н.А. Смысл творчества. М.: Мысль, 1989. С. 187.

<sup>18</sup> Мерлин В.С. Очерк интегрального исследования индивидуальности. М.: Педагогика, 1986. С. 153.

мени. Уникальность психологического подхода заключается в том, что «именно с этим регулятором отождествляет себя личность в своей жизнедеятельности»<sup>19</sup>. В этом качестве личность опосредует свое развитие, усваивая социально-обусловленные и собственные технологии саморазвития. Таким образом, накапливающиеся возможности видоизменяют интегральную индивидуальность личности, создавая при этом соответствующий личностный потенциал.

Развитие личности осуществляется в соответствии с ее возрастными особенностями. Уровень активности личности варьирует в зависимости от этого и ориентирован на управление собственным развитием. Осуществляя и переосмысливая нереализованные в прошлом идеи, личность тем самым преумножает накопленный в прошлом личностный актив (жизненный опыт, профессиональное мастерство, особенности и т.д.). Здесь, развитие выступает как процесс одновременно и восходящий и возвращающийся, поскольку в нем прошлое, настоящее и будущее не располагаются линейно, одно после другого, и не сменяются одно другим, а взаимно пронизывают и обуславливают друг друга. В таком динамическом развитии имеет место «не просто убежание будущего от прошлого, а их противоречивое смыкание, и чем выше форма развития, тем глубже будущее захватывает прошлое в качестве своего потенциала»<sup>20</sup>.

Некоторые важнейшие аспекты природы потенциальных психических новообразований являются малоизученными в области психологии личности. Например, в одной из работ Б.Г. Ананьев, анализируя процесс развития человека, правомерно ставит вопрос о раскрытии истинного

потенциала личности, в частности, он подчеркивает, что «человек как субъект деятельности обладает определенным потенциалом – трудоспособностью и работоспособностью, специальными способностями, активностью в форме ценностных ориентаций, мотивов, наконец, сформированным в самой деятельности практическим опытом с различными степенями общественности»<sup>21</sup>. Л.Н. Коган в проведенном им исследовании<sup>22</sup> отмечает наличие у личности определенного потенциала и характеризует его следующими аспектами: познавательным, ценностным, творческим, коммуникативным и художественным. Многие авторы, исследуя личностный потенциал работника, выделяют в его структуре следующие элементы: профессиональную компетентность, психофизиологический потенциал, образовательный потенциал, творческий потенциал, коммуникативный потенциал, мировоззренческий и нравственный потенциал.

Изучение практики деятельности личности в особых условиях и анализ психологической литературы убеждают, что психологическую потенцию личности целесообразно рассматривать в различных аспектах: когнитивном, коммуникативном и эмоционально-волевом. Очевидно, перечисленные аспекты и составляют основы личностного потенциала субъекта деятельности в особых условиях, а их структурное единство обеспечивает развитие интегральных способностей личности к самопреобразованию и саморазвитию. Организуя единство в пространстве и времени, личностный потенциал концентрирует в себе одновременно три уровня связей и отношений – прошлое, настоящее и будущее.

<sup>19</sup> Материалистическая диалектика как общая теория развития: (Философские основы теории развития) / Под общ. ред. Л.Ф. Ильичева. М.: Наука, 1982. С. 29.

<sup>20</sup> Там же. С. 29.

<sup>21</sup> Ананьев Б.Г. О проблемах современного человеческого знания. М.: Изд-во МГУ, 1977. С. 550.

<sup>22</sup> Коган Л.Н. Цель и смысл жизни человека. М.: Мысль, 1984. С. 30.

## Некоторые вопросы реализации международных стандартов уголовного процесса по делам несовершеннолетних в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации

Реформа системы правосудия в отношении несовершеннолетних правонарушителей признана Десятым конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Вена, 10–17 апреля 2000 г.) одной из ключевых проблем в современном мире.

«Пекинские правила» (1985 г.) стали во многих государствах-членах ООН моделью для создания национальной системы судопроизводства по уголовным делам в отношении несовершеннолетних. В решениях очередного – Десятого конгресса ООН закреплено положение о том, что содействовать созданию и развитию системы правосудия для несовершеннолетних путем применения международных документов – значит осуществить реформу системы правосудия в отношении несовершеннолетних.

Россия до сих пор не в полной мере выполнила эти обязательства, если иметь в виду содержание УПК РФ 2002 г.

Обеспечение конфиденциальности – общепризнанный принцип судопроизводства по делам несовершеннолетних. В ст. 8 «Пекинских правил» содержится требование обеспечить неотъемлемое право несовершеннолетнего на конфиденциальность на всех этапах судопроизводства, чтобы избежать причинения ему вреда из-за ненужной огласки или из-за возможности нанесения ущерба его репутации. В соответствии с «Пекинскими правилами» законодательство должно содержать:

- запрет на доступ к материалам дела несовершеннолетнего третьих лиц;
- запрет на допуск представителей прессы в суд;
- запрет на оглашение сведений о несовершеннолетнем в СМИ;
- требование о закрытости уголовного процесса.

В ст. 21 «Пекинских правил» установлено, что материалы дел несовершеннолетних хранятся строго конфиденциально и не должны использоваться при рассмотрении дел взрослых в последующих случаях, связанных с тем же правонарушителем.

Между тем в гл. 50 УПК РФ нет ни одной нормы, обязывающей орган дознания, дознавателя,

А.Н. Попов

следователя, прокурора, суд принимать меры к обеспечению данного неотъемлемого права несовершеннолетнего в ходе производства по уголовному делу.

По общему правилу предварительное расследование по всем делам является конфиденциальным, однако с разрешения лица или органа, ведущего процесс, в случаях, указанных в ч. 3 ст. 161 УПК РФ, данные предварительного расследования могут быть преданы гласности. Следовательно, закон не делает никаких исключений для дел несовершеннолетних, что не соответствует указанным выше международным стандартам.

В ст. 241 УПК РФ содержится норма о том, что закрытое судебное разбирательство допускается на основании решения суда в случаях, когда рассматриваются уголовные дела о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими 16 лет.

Представляется, что данная норма устанавливает дискриминацию в отношении несовершеннолетних в возрасте от 16 до 18 лет. Судебный процесс в отношении данной категории лиц является открытым, что противоречит международным правилам.

По нашему мнению, для устранения указанных выше недостатков гл. 50 УПК РФ следует дополнить ст. 420<sup>1</sup> следующего содержания:

**«Статья 420<sup>1</sup>. Недопустимость разглашения данных уголовного судопроизводства по делам несовершеннолетних**

1. Данные уголовного судопроизводства по делам несовершеннолетних не подлежат разглашению. Дело о преступлении несовершеннолетнего рассматривается судом в закрытом судебном заседании.

2. Суд, прокурор, следователь, орган дознания или дознаватель предупреждает участников уголовного судопроизводства о недопустимости разглашения ставших им известными данных уголовного судопроизводства по делам несовер-

шеннолетних, о чем у них берется подписка с предупреждением об ответственности в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации».

Кроме того, в УК РФ следует предусмотреть норму об уголовной ответственности за разглашение данных уголовного судопроизводства по делам несовершеннолетних, чтобы полностью обеспечить соблюдение указанного запрета.

Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергнутых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, 1998 г. (принцип 4), задержание и все меры, затрагивающие права задержанного или находящегося под стражей лица, должны осуществляться только на основании постановления судебного органа. В соответствии с принципом 21 данного Свода «запрещается злоупотреблять положением задержанного или находящегося в заключении лица с целью принуждения его к признанию, какому-либо изобличению самого себя или даче показаний против любого другого лица». Статья 10.3 «Пекинских правил» устанавливает: «Контакты между полицией и несовершеннолетними должны осуществляться таким образом, чтобы уважать правовой статус несовершеннолетнего и избегать причинения ему любого дополнительного ущерба».

Общая норма УПК РФ (ч. 2 ст. 95) предусматривает, что при необходимости проведения оперативно-розыскных мероприятий допускаются встречи сотрудника органа дознания, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с подозреваемым с письменного разрешения дознавателя, следователя и прокурора, в производстве которых находится дело, без разрешения суда.

В литературе высказана точка зрения, что в указанном случае закон допускает встречу сотрудника органа дознания с несовершеннолетним подозреваемым или обвиняемым в отсутствие его защитника в целях получения от него сведений (доказательств).

При этом ее авторы считают, что правила ч. 2 ст. 95 УПК РФ противоречат названным нормам международного права и не должны применяться в отношении несовершеннолетних.

С такой позицией можно частично согласиться. Что касается получения доказательств сотрудником органа дознания (оперативным работником), то нужно учитывать, что результаты оперативно-розыскной деятельности можно признать доказательствами при условии соблюдения всех правил доказывания.

Спорно высказанное некоторыми авторами утверждение о том, что нельзя подменять официальный допрос подозреваемого беседами

с лицом, не имеющим процессуальных полномочий, поскольку якобы существует опасность, что в этих случаях расследование будет вестись не следователем, в производстве которого находится дело, а лицом, лишенным процессуальных полномочий. Оперативно-розыскные мероприятия не заменяют собой следственных и судебных действий, а содействуют их производству.

В ст. 95 УПК РФ не указаны требования к обязательному участию защитника несовершеннолетнего во встрече с сотрудником органа дознания, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. Согласно ст. 53 УПК РФ такое право защитнику не предоставлено. Поэтому следует дополнить ст.ст. 95 и 53 УПК РФ положением об обязательном участии защитника в этом случае и его правом на это действие.

Представляется также необходимым предусмотреть в ст. 95 УПК РФ судебный порядок получения разрешения на указанную встречу подозреваемого с оперативным работником.

Статья 40 Конвенции о правах ребенка, ст. 17 Свода правил защиты несовершеннолетних, лишенных свободы, ст. 22 «Пекинских правил» требуют, чтобы дела несовершеннолетних велись максимально быстро, должностные лица следственных органов имели специальную подготовку, организационную специализацию, независимость, профессиональную компетентность. В этих документах ООН закреплено общепризнанное правило о том, что профессиональная квалификация является необходимым элементом обеспечения беспристрастного и эффективного отправления правосудия в отношении несовершеннолетних.

Как видно из содержания ст.ст. 151, 420 УПК РФ, закон:

- отказался от персональной подследственности и от обязательности предварительного следствия по всем делам несовершеннолетних;
- наделил дознавателей правом производить в полном объеме расследование дел о преступлениях несовершеннолетних;
- уполномочил должностных лиц органов дознания по поручению прокурора поддерживать обвинение в суде.

Все эти новеллы противоречат международным стандартам и нормам международного права, отрицают накопленный на протяжении более 40 лет в России (более ранний, чем в ряде зарубежных стран) опыт обязательного производства предварительного следствия и специализации следователей, судей и прокуроров по делам этой категории. Кроме того, ст. 420 УПК РФ распространяется и на лиц, которые на момент производства по делу уже стали совершеннолетни-

ми, что вообще не соответствует назначению гл. 50 УПК РФ.

Представляется, что для устранения указанных недостатков необходимо не только дополнить УПК РФ ст. 420<sup>1</sup>, но и изложить ст. 420<sup>1</sup> в следующей редакции:

«1. Требования настоящей главы применяются по уголовным делам в отношении лиц, не достигших к моменту производства по уголовному делу возраста восемнадцати лет.

2. Производство по уголовному делу о преступлении, совершенном лицом, не достигшим к моменту производства по уголовному делу возраста восемнадцати лет, осуществляется в общем порядке, установленном частями второй и третьей настоящего Кодекса, с изъятиями, предусмотренными настоящей главой.

3. Производство по уголовному о преступлении, совершенном лицом, не достигшим к моменту производства по уголовному делу возраста восемнадцати лет, осуществляется в общем порядке, установленном частями второй и третьей настоящего Кодекса, с изъятиями, предусмотренными статьей 421<sup>1</sup> настоящей главы.

4. Производство предварительного следствия по уголовным делам в отношении несовершеннолетних обязательно.

5. Производство по уголовному о преступлении, совершенном лицом, не достигшим к моменту производства по уголовному делу возраста восемнадцати лет, осуществляется должностными лицами, имеющими высшее юридическое образование и специальную подготовку по данной категории дел».

Специальная подготовка судей и следователей возможна в форме курсов повышения квалификации с углубленным изучением положений психологии, педагогики применительно к несовершеннолетним.

Для всестороннего, полного и объективного исследования всех обстоятельств преступления, совершенного несовершеннолетним лицом, достигшим к моменту производства по уголовному делу возраста восемнадцати лет, чтобы учесть его несовершеннолетие в момент совершения преступления, думается, необходимо дополнить УПК РФ ст. 421<sup>1</sup> следующего содержания:

**«Статья 421<sup>1</sup>. Обстоятельства, подлежащие установлению по делам о преступлениях несовершеннолетних лиц, достигших к моменту производства по уголовному делу возраста восемнадцати лет**

При производстве предварительного расследования и судебного разбирательства по уголовному делу о преступлении, совершенном несовершеннолетним лицом, достигшим к моменту производства по уголовному делу возраста во-

семнадцати лет, наряду с доказыванием обстоятельств, указанных в статье 73 настоящего Кодекса, устанавливаются все обстоятельства, указанные в статье 421 настоящего Кодекса с учетом достижения им совершеннолетия».

В соответствии со ст. 20 Конвенции о правах ребенка, вступившей в силу для СССР 15 сентября 1990 г., ребенок, который временно или постоянно лишен своего семейного окружения или который в его собственных наилучших интересах не может оставаться в таком окружении, имеет право на особую защиту и помощь, предоставляемые государством. Государства-участники в соответствии со своими национальными законами обеспечивают замену ухода за таким ребенком. УПК РФ практически не развил указанное положение.

Следует отметить, что при отсутствии законного представителя у несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого и иных лиц, осуществляющих его содержание и воспитание, либо в случаях, когда условия жизни и воспитания несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого препятствуют исполнению им его процессуальных обязанностей или оставление в этих условиях жизни и воспитания оказывает на несовершеннолетнего негативное воздействие, способствующее совершению преступлений и иных правонарушений (при отсутствии оснований для избрания мер пресечения), у органов предварительного следствия и должностных лиц, ведущих уголовный процесс, нет действенных полномочий по обеспечению законных интересов несовершеннолетнего обвиняемого, подозреваемого, по предотвращению негативного воздействия его ближайшего социального окружения.

С точки зрения предупреждения негативного воздействия ближайшего окружения на несовершеннолетнего подсудимого и подсудимого показательны положения УПК Республики Казахстан.

Статья 490 УПК Республики Казахстан «Помещение несовершеннолетнего в специальное детское учреждение» гласит: «В случаях, когда несовершеннолетний обвиняемый по условиям жизни и воспитания не может быть оставлен в прежнем месте жительства, он по постановлению следователя, санкционированному прокурором, или по постановлению суда может быть помещен в специальное детское учреждение. В этих случаях несовершеннолетние обвиняемые содержатся отдельно от несовершеннолетних, находящихся в указанном детском учреждении, по иным основаниям».

В России в настоящее время создаются специализированные учреждения для несовершенно-

летних, нуждающихся в социальной реабилитации. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 27.11.2000 № 896 «Об утверждении примерных положений о специализированных учреждениях для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной реабилитации»<sup>1</sup> к указанным учреждениям отнесены: социально-реабилитационный центр для несовершеннолетних; социальный приют для детей; центр помощи детям, оставшимся без попечения родителей.

Для достижения своих задач эти специализированные учреждения, в частности, осуществляют следующие функции:

а) совместно с органами и учреждениями образования, здравоохранения, внутренних дел и других организаций осуществляют мероприятия по выявлению детей, оставшихся без попечения родителей;

б) обеспечивают временное содержание несовершеннолетних, оставшихся без попечения родителей и оказавшихся в трудной жизненной ситуации;

в) разрабатывают и реализуют программы социальной реабилитации несовершеннолетних, направленные на их дальнейшее устройство;

г) обеспечивают защиту прав и законных интересов несовершеннолетних;

д) содействуют органам опеки и попечительства в устройстве несовершеннолетних, оставшихся без попечения родителей.

Учитывая наличие необходимых условий для изъятия в ходе уголовного процесса несовершеннолетнего из социальной среды, оказывающей негативное воздействие на него, представителя, что необходимо позаимствовать этот опыт Республики Казахстан и некоторых других государств.

Учитывая, что помещение несовершеннолетнего в такого рода учреждения является ярко выраженной принудительной мерой, ее следует закрепить в гл. 14 УПК РФ «Иные меры процессуального принуждения». При этом нужно указать конкретные случаи для применения этой меры.

В этих целях гл. 14 УПК РФ следовало бы дополнить ст. 118<sup>1</sup> следующего содержания:

**«Статья 118<sup>1</sup>. Помещение несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в специализированное учреждение для несовершеннолетних**

1. В случаях, когда несовершеннолетний подозреваемый, обвиняемый по условиям жизни и воспитания не может быть в них оставлен, он по постановлению следователя, санкционированному прокурором, или по постановлению суда может быть помещен в специализированное учреждение для несовершеннолетних на период производства по уголовному делу. В этих случаях несовершеннолетние подозреваемые, обвиняемые содержатся отдельно от несовершеннолетних, находящихся в указанном учреждении, по иным основаниям.

2. К случаям, указанным в ч. 1 настоящей статьи, относятся следующие:

1) отсутствие законного представителя у несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого и иных лиц, осуществляющих его содержание и воспитание;

2) условия жизни и воспитания несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого препятствуют исполнению им его процессуальных прав и обязанностей;

3) оставление в этих условиях жизни и воспитания оказывает на несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого негативное воздействие, способствующее совершению преступлений и иных правонарушений».

<sup>1</sup> См.: СЗ РФ. 2000. № 49. Ст. 4822.





# Гарантии прав и свобод человека и гражданина от необоснованного применения технических средств при раскрытии и расследовании преступлений

**А.Е. Федюнин**

Осуществление государственными органами своих властных полномочий, в том числе правоохранительных, с неукоснительным соблюдением и уважением конституционных прав и свобод граждан является одним из важнейших критериев, характеризующих степень цивилизованности и демократичности любого государства. В целом и сам смысл существования правоохранительных органов состоит в охране и защите прав и свобод граждан, закрепленных в Конституции РФ: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием» (ст. 18).

В свою очередь защита чьих-либо прав естественно подразумевает и того, кто эти права нарушает, что обязывает государство принимать меры к гражданам, своими действиями нарушающим и ущемляющим права других граждан: осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ст. 17 Конституции РФ). Естественно, что при принятии таких мер права граждан, подозреваемых в нарушении закона или нарушающих его, могут и должны быть ограничены в целях защиты государства, общества и других граждан от преступных посягательств.

Однако ограничения прав и свобод граждан не должны быть профилактическими или неадекватными совершаемому правонарушению, поэтому в ст. 29 Всеобщей декларации прав человека<sup>1</sup> записано: «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». На данном положении базируются все ныне действующие

конституции демократических государств, включая и Россию. Статья 55 Конституции РФ гласит: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Именно эта мера и определяет ту тонкую грань, которая отделяет необходимые для защиты общества и государства ограничения прав отдельных граждан от их нарушения, характеризуя тем самым статус государства как правового и демократического.

Исходя из положений УПК РФ, Федерального закона от 12.08.1995 «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>2</sup> (далее – Закон об оперативно-розыскной деятельности), а также ряда других законов, постановлений Правительства РФ, ведомственных и межведомственных приказов и инструкций, применение технических средств при раскрытии и расследовании преступлений непосредственно затрагивает основные права граждан, перечисленные в ст.ст. 23–25 Конституции РФ, к которым, в частности, относятся неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Кроме того, может быть нарушен запрет на сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия, а также затронуты вопросы чести и доброго имени граждан.

Гарантии неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны содержатся не только в ряде норм Конституции РФ, но и в отраслевом законодательстве. В первую очередь это конституционные положения о тайне переписки и иных сообщений (ч. 2 ст. 23), о недопустимости

<sup>1</sup> См.: *Российская газета*. 1998. 10 дек.

<sup>2</sup> См.: *СЗ РФ*. 1995. № 33. Ст. 3349.

сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни лица без его согласия (ч. 1 ст. 24), о неприкосновенности жилища (ч. 1 ст. 25), о судебной защите прав и свобод (ст. 46), способствующие созданию правового режима, при котором нарушение неприкосновенности частной жизни оказывается затруднительным или невыгодным. Однако механизмы обеспечения гарантий рассматриваемых конституционных прав, призванные реализовать на практике положения норм Конституции РФ, содержатся в отраслевом законодательстве.

В нем, во-первых, устанавливаются конкретные основания, условия и порядок получения сведений, касающихся личной и семейной тайны, чем создаются препятствия для произвольного вмешательства в частную жизнь, прежде всего со стороны государственных органов. Так, органы внутренних дел, ФСБ России, иные правоохранительные структуры вправе проникать в частную жизнь граждан с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации лишь при осуществлении ими в соответствии с Законом об оперативно-розыскной деятельности оперативно-розыскных мероприятий и в связи с расследованием совершенных ими преступлений либо при наличии достоверных данных о готовящемся, совершающемся или совершенном преступлении, а также для обеспечения личной безопасности граждан и общественной безопасности (ст. 11 Закона РСФСР от 18.04.1991 «О милиции»<sup>3</sup>, ст. 13 Федерального закона от 03.04.1995 «Об органах Федеральной службы безопасности в Российской Федерации»<sup>4</sup> (далее – Закон об органах ФСБ России) и др.).

С правом на неприкосновенность частной жизни тесно связано другое право человека – на защиту своей чести и доброго имени, т.е. таких элементов характеристики личности, которые, определяя право человека на почет, уважение, признание, являются основой его положения в обществе<sup>5</sup>. Данное право может быть затронуто не непосредственно применением специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, а посредством использования материалов, полученных в результате их неправомерного применения.

Предусмотренное в ч. 2 ст. 23 Конституции РФ право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных со-

общений также является одной из важнейших гарантий прав на неприкосновенность частной жизни человека, его личную и семейную тайну.

Однако данное право может выходить за рамки частной жизни и в определенной степени распространяется на сферу служебных и иных общественных отношений. Такой вывод можно сделать, в частности, анализируя содержание ст. 22 Федерального закона 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи»<sup>6</sup>, которая со ссылкой на рассматриваемую конституционную норму гарантирует данное право любой категории отправителей и адресатов, предусматривая, что «информация о почтовых отправлениях, телефонных переговорах, телеграфных и иных сообщениях, а также сами эти отправления (сообщения) могут выдаваться только отправителям и адресатам или их законным представителям».

Право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений может быть непосредственно затронуто при осуществлении правоохранительными органами оперативно-розыскной деятельности и применении при этом специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации. Поэтому Закон об оперативно-розыскной деятельности не только предусматривает, что оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие закрепленные в ст. 23 Конституции РФ права граждан, допускаются лишь на основании судебного решения, но и устанавливает условия, когда такое судебное решение может быть принято.

Кроме того, последними изменениями, внесенными в Закон об оперативно-розыскной деятельности в связи с ратификацией Российской Федерацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод, на проведение оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением прав, перечисленных в ст. 23 Конституции РФ, были наложены дополнительные ограничения. Поэтому в настоящее время прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях.

К сожалению, до настоящего времени специальная процедура и порядок реализации положений ч. 2 ст. 23 Конституции РФ и соответствующих норм федерального законодательства в

<sup>3</sup> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 503.

<sup>4</sup> См.: СЗ РФ. 1995. № 15. Ст. 1269.

<sup>5</sup> Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации / Под общ. ред. Ю.В. Кудрявцева. М.: Фонд «Правовая культура», 1996. С. 216.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3697.

процессуальных законах не предусмотрены. Однако Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 24.12.1993 «О некоторых вопросах, связанных с применением ст. 23 и 25 Конституции Российской Федерации»<sup>7</sup> рекомендовал всем судам принимать к своему производству материалы органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, об ограничении права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений и рассматривать эти материалы незамедлительно.

Дополнительной гарантией прав граждан от необоснованного их ограничения посредством применения специальных технических средств для прослушивания телефонных и иных переговоров, делающей бессмысленными подобные нарушения при проведении оперативно-розыскных мероприятий, является Постановление пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>8</sup>. В данном постановлении Пленум обратил внимание судов на то, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, могут быть использованы в качестве доказательств по делам лишь тогда, когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством.

Конституционное положение о недопустимости сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни лица является одной из гарантий закрепленного в ст. 23 Конституции РФ права на неприкосновенность частной жизни. Оно призвано защитить частную жизнь, личную и семейную тайну от какого бы то ни было проникновения в нее со стороны как государственных органов, органов местного самоуправления, так и негосударственных предприятий, учреждений, организаций, а также отдельных граждан.

Особое значение в свете рассматриваемой проблемы имеет запрет собирать, хранить, использовать и распространять информацию о частной жизни лица без его согласия (ч. 1 ст. 24 Конституции РФ). Он непосредственно относится к специальным техническим средствам, предназначенным для негласного получения информации, а также информационным системам на

основе использования средств вычислительной техники и связи, позволяющим накапливать и определенным образом обрабатывать значительные массивы информации.

Основные положения работы с информацией о частной жизни были закреплены в Федеральном законе от 20.02.1995 «Об информации, информатизации и защите информации»<sup>9</sup>. Согласно этому закону информация о гражданах (персональные данные), т.е. сведения о фактах, событиях и обстоятельствах жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность, относится к категории конфиденциальной (ст. 2, ч. 5 ст. 10, ч. 1 ст. 11). Перечни персональных данных, включаемых в состав федеральных информационных ресурсов, информационных ресурсов совместного ведения, субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, а также получаемых и собираемых негосударственными организациями, должны быть закреплены на уровне федерального закона (ч. 1 ст. 11). Однако до настоящего времени такой закон еще не принят.

Сбор персональных данных может осуществляться как путем истребования их у лица, которого они касаются, так и путем получения их из иных источников или посредством проведения соответствующими органами и должностными лицами собственных поисковых мероприятий, в том числе оперативно-розыскных, с использованием технических средств.

Собирание конфиденциальной информации правоохранительными органами предусматривается, в частности, УПК РФ, Законом РФ от 18.04.1991 «О милиции»<sup>10</sup> и Законом об органах ФСБ России, а также Законом об оперативно-розыскной деятельности. К примеру, УПК РФ устанавливает, что при производстве дознания, предварительного следствия и разбирательстве уголовных дел в суде подлежат доказыванию обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности обвиняемого, а также иные обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого (ч. 3.1 ст. 73 УПК РФ). В соответствии с Законом об оперативно-розыскной деятельности собирание сведений о личности может осуществляться путем проведения оперативно-розыскных мероприятий, в том числе с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации. Проведение перечисленных в указанном законе оперативно-розыскных мероприятий возможно лишь при

<sup>7</sup> См.: *Бюллетень Верховного Суда РФ*. 1994. № 3. С. 12.

<sup>8</sup> См.: *Бюллетень Верховного Суда РФ*. 1996. № 1. С. 4.

<sup>9</sup> См.: *СЗ РФ*. 1995. № 8. Ст. 69.

<sup>10</sup> См.: *Ведомости Верховного Суда РФ*. 1991. № 16. Ст. 503.

наличии предусмотренных им оснований (ст. 7) и условий (ст. 8) и не должно выходить за пределы конкретных потребностей.

Хранение информации о частной жизни лица должно осуществляться таким образом, чтобы при этом исключалась возможность ее утраты или несанкционированного использования. Особый характер этой информации требует, чтобы после решения задач, в связи с которыми она собиралась, эта информация была уничтожена и не могла быть использована в других целях вопреки интересам соответствующего лица. Частью 6 ст. 5 Закона об оперативно-розыскной деятельности, например, предусматривается, что полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном порядке, хранятся один год, а затем уничтожаются, если служебные интересы или правосудие не требуют иного.

Как указывается в ч. 2 ст. 11 Федерального закона от 02.02.1995 «Об информации, информатизации и защите информации», персональные данные не могут быть использованы в целях причинения имущественного и морального вреда гражданам, затруднения реализации прав и свобод граждан Российской Федерации. Ограничение прав граждан Российской Федерации на основе использования информации об их социальном происхождении, о расовой, национальной, языковой, религиозной и партийной принадлежности запрещено и карается в соответствии с законодательством. Использование информации о частной жизни лица в корыстных или иных незаконных целях должно влечь для виновного дисциплинарную, материальную или даже (при причинении существенного вреда правам и законным интересам граждан) уголовную ответственность.

Распространение информации о частной жизни лица, т.е. ее передача помимо воли этого лица другим субъектам, допускается лишь в строго определенных законом случаях. При этом нужно отметить, что именно в части регулирования порядка распространения информации действующее законодательство носит наиболее детализированный характер. Оно во многих случаях определяет и те органы, которым может передаваться конфиденциальная информация, и порядок передачи этой информации.

Наиболее детально действующее законодательство регламентирует порядок использования и распространения информации, собираемой в

связи с выявлением, раскрытием и расследованием преступлений, что вполне объяснимо, если учесть ее характер и предназначение. Так, в соответствии с Законом об оперативно-розыскной деятельности органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается «разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами» (ч. 7 ст. 5).

Согласно ч. 6 ст. 5 Закона РФ от 18.04.1991 «О милиции» милиция не вправе разглашать сведения, относящиеся к личной жизни гражданина, порочащие его честь и достоинство или могущие повредить его законным интересам, если исполнение обязанностей или правосудие не требуют иного. Хотя эта норма в какой-то мере и сдерживает противозаконное распространение информации о частной жизни, однако вряд ли ее можно признать достаточной с точки зрения защиты интересов личности. Учитывая многообразие функций милиции, понятие «исполнение обязанностей» может толковаться весьма произвольно и не способно выполнять роль реальной гарантии интересов личности<sup>11</sup>.

Положения, обеспечивающие конфиденциальность информации, полученной в результате применения технических средств, закрепляются также в ряде других нормативных актов. Так, согласно ч. 5 ст. 6 Закона об органах ФСБ России сведения о частной жизни, затрагивающие честь и достоинство гражданина или способные повредить его законным интересам, не могут сообщаться кому бы то ни было без добровольного согласия гражданина, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом. В целях недопущения избыточного распространения сведений, касающихся частной жизни граждан, УПК РФ предусматривает рассмотрение уголовных дел в закрытых судебных заседаниях (ч. 2 ст. 241), а также недопустимость разглашения данных предварительного следствия (ст. 161).

На основе положений ч. 2 ст. 24 Конституции РФ Президентом РФ 31 декабря 1993 г. был подписан Указ «О дополнительных гарантиях права граждан на информацию»<sup>12</sup>, согласно которому деятельность государственных органов, организаций и предприятий, общественных объединений, должностных лиц должна осуществляться на

<sup>11</sup> См.: *Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации.*

<sup>12</sup> См.: *Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 2. Ст. 74.*

принципе доступности для граждан информации, представляющей общественный интерес или затрагивающей их личные интересы. Впоследствии право граждан на ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими их права и свободы, было закреплено и в ряде федеральных законов.

Так, согласно Федеральному закону от 20.02.1995 «Об информации, информатизации и защите информации» гражданам и организациям предоставляется право на доступ к документированной информации о них, на уточнение этой информации в целях обеспечения ее полноты и достоверности; они также имеют право знать, кто и в каких целях использует или использовал эту информацию. При этом на владельца документированной информации о гражданах возложена обязанность предоставлять ин-

формацию бесплатно, по требованию тех лиц, которых она касается (ст. 14).

В качестве гарантии интересов лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке и которые располагают фактами проведения в отношении себя оперативно-розыскных мероприятий, Законом об оперативно-розыскной деятельности предусмотрено право истребовать для себя от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о них информации. Это право может быть ограничено только в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны (так, при ознакомлении с оперативными данными не подлежат оглашению сведения о конфиденциальных источниках информации).

В рамках соглашения о сотрудничестве между РПА Минюста России и Университетом общественных наук Тулуза 1 (Франция) 11–12 июля 2005 г. в г. Иркутске прошел международный семинар на тему «Проблемы современного уголовного права на примере российского и европейского законодательства».

С французской стороны в семинаре приняли участие представители Университета общественных наук Тулуза 1 (Франция), судья по делам несовершеннолетних Суда высшей инстанции г. Тарба (Франция), с российской стороны – представители РПА Минюста России и Байкальского государственного университета экономики и права.

Предлагаем вниманию читателей наиболее интересные доклады, прозвучавшие на семинаре.

## Мошенничество с финансовыми средствами, находящимися в распоряжении Европейского сообщества

Борьба против махинаций с финансами Европейского сообщества основана на двух принципах.

**1. Принцип ассимиляции**, закрепленный в § 2 ст. 280 договора об учреждении Совета Европы, требует от стран-членов Евросоюза принятия для борьбы против мошенничества с финансами Европейского Сообщества мер, равных тем, которые они принимают для борьбы против мошенничества в своих собственных интересах.

**2. Принцип эквивалентности**, закрепленный в § 4 ст. 280, договора Евросоюза, согласно которому меры, принимаемые для предупреждения мошенничества с финансовыми средствами Европейского Сообщества, должны обеспечить зашиту, эффективную и равную той, которая применяется в странах-участниках Евросоюза.

Борьба с мошенничеством актуальна прежде всего в связи с защитой бюджета Европейского Сообщества. Именно эту проблему пытаются решить начиная с 70-х гг. XX в., но первые активные шаги в этом направлении<sup>1</sup> проявились лишь в 1995 г. В настоящий момент борьба против мошенничества с финансовыми средствами Европейского Сообщества, равно как и борьба с коррупцией становится приоритетным направлением европейской уголовной политики.

**К. Женесте**

Источники доходной части бюджета Европейского Сообщества многочисленны, однако основными являются следующие: часть от национальных НДС, процент ВВП, таможенные пошлины на товары из третьих стран, сельскохозяйственные взимания с продуктов, ввозимых из третьих стран, взносы коммерческих организаций и в меньшей мере штрафы за нарушение антимонопольного законодательства.

Мошенничество может затрагивать как расходную, так и доходную части бюджета Европейского Сообщества. Примеры, касающиеся Греции, ясно свидетельствуют об этом<sup>2</sup>.

Как показывает практика, мошенничество с финансовыми средствами Евросоюза связано с другими незаконными деяниями, такими как коррупция в среде государственных служащих. Это в свою очередь является объяснением расширяющейся в настоящее время борьбы с организованной преступностью.

Основная часть расходов затрагивает сельскохозяйственную политику Европейского Сообщества, а также нужды Европейского социального фонда, европейского фонда развития и сельского хозяйства.

<sup>1</sup> Система мер, направленных на борьбу против мошенничества с финансовыми средствами Европейского Сообщества, известна под аббревиатурой PIF (*protection des intirjcts financiers* – защита финансовых средств).

<sup>2</sup> Мошенничество с доходами: Постановление Европейского суда по правам человека от 21.09.1989 (Дело о греческой кукурузе). Мошенничество с расходами: Постановление Европейского суда по правам человека от 19.03.1991 (отказ Европейского фонда ориентации и гарантий сельского хозяйства (FEOGA) погасить расходы, связанные с незаконными операциями).

Подписание 26 июля 1995 г. Конвенции о защите финансовых интересов Европейского Сообщества (вступила в силу 17 октября 2002 г.) (далее – конвенция) одновременно с соответствующими протоколами (протоколом, касающимся проблемы коррупции в среде государственных служащих, и протоколом, касающимся компетенции Европейского суда по правам человека) стало важным этапом в организации усилий по борьбе с мошенничеством в странах Евросоюз.

Однако для эффективной борьбы с мошенничеством согласно Конвенции требуется его единое определение, сближение существующих норм национальных законодательств, разработка адекватных мер наказания за это преступление.

Согласно ст. 1 Конвенции мошенничество может быть связано как с расходами, так и доходами бюджета Европейского Сообщества. Речь идет о любом деянии или намеренном сокрытии средств в следующих областях:

- в области использования или представления поддельных деклараций либо неточных или неполных документов, имеющих целью получение или незаконное удержание средств из общего бюджета Европейского сообщества (расходы) или незаконное сокрытие реальных размеров ресурсов общего бюджета стран Европейского Сообщества (доходы);
- в области непредставления финансовой информации;
- в области нецелевого использования как доходной, так и расходной частей.

Таким образом, мошенничество исключает все деяния, которые, несмотря на их умышленный характер, не затрагивают сферы действия бюджета Европейского сообщества. Кроме того, деяние должно быть умышленным, поэтому в действиях лиц, представляющих документ и не знающих, что он является фальшивым, состав мошенничества с финансовыми средствами Европейского Сообщества отсутствует. Соучастие и покушение в данном случае возможны в равной степени. Страны-члены Евросоюза могут устанавливать минимальный размер нанесенного ущерба, при этом он не должен быть менее 50 тыс. евро.

Несмотря на отсутствие общего определения мошенничества с финансовыми средствами Европейского сообщества в странах-членах Евросоюза, сегодня применение принципа эквивалентности в большей степени обеспечивает однородность в уголовном преследовании мошеннических деяний.

Отчет о применении Конвенции странами-членами Евросоюза был представлен Европей-

ской комиссией в октябре 2004 г. В данном отчете Европейской комиссией было особо отмечено, что ни одно государство не обеспечивает принятия всех мер для защиты финансовых средств Европейского Сообщества. Остаются пробелы и в системе мер борьбы с мошенничеством, а именно: несмотря на наказуемость данного деяния, установленные санкции не всегда являются эффективными, пропорциональными тяжести преступления и превентивными.

Тем не менее прогресс очевиден, происходит сближение национальных норм по отдельным вопросам. Однако, поскольку данный процесс протекает медленно, возникла идея о возобновлении разработки директивы по уголовной защите финансовых средств Европейского Сообщества (работа в этом направлении была начата ранее, но пока не завершена).

Французское законодательство в этой связи вряд ли может рассматриваться в качестве самого полного, поскольку содержит пробелы, в части привлечения к ответственности за непередачу финансовой информации. В других странах (например, Бельгия, Германия, Австрия, Финляндия, Швеция) действующие нормы не полностью соответствуют определению мошенничества, данному в Конвенции, так как для квалификации деяния как мошенничества требуются дополнительные условия, что усложняет уголовное преследование.

Применительно к уголовному наказанию в отчете отмечено, что установленные санкции не всегда являются достаточными и пропорциональными, особенно, когда дело касается отдельных видов налогового мошенничества (например, ни в Бельгии, ни во Франции они не включают тюремное заключение).

В отчете отмечается также, что цель гармонизации уголовного законодательства достигнута не полностью и методы защиты финансовых интересов, существующие в настоящее время, не отвечают адекватно уголовной защите финансовых интересов, что, возможно, потребует создания новой организационной системы, обеспечивающей эффективную борьбу с мошенничеством в этой среде.

Очевидно, что для борьбы с мошенничеством недостаточно установить ответственность за действия, о которых было сказано выше. Необходимо также организовать борьбу с преступлениями, которые на практике взаимосвязаны с другими весьма опасными преступлениями. В частности, речь идет о том, что безусловно должны быть наказуемы такие деяния, как коррупция и отмывание денег. Благодаря всеобщему осознанию значимости борьбы против данных

видов преступности и наличие международных конвенций, их определяющих, степень соответствия норм государств-членов Евросоюза общеевропейским положениям достаточно высока.

В отношении коррупции, например, во Франции действующий порядок представляется достаточно разработанным, большинство законов было принято в соответствии с международными требованиями. Среди них два закона от 11.02.2005, ратифицировавшие Конвенцию ООН против коррупции. Это сделано в дополнение к нормам, уже содержащимся в УК Франции.

Что касается отмывания денежных средств, то во французском праве существует множество актов, регулирующих этот вопрос, а на европейском уровне Совет министров экономики и финансов Европейского Сообщества принял 3 Директиву против отмывания доходов от 07.06.2005.

Конвенция и другие акты Евросоюза предусматривают уголовную ответственность руководителей организаций и юридических лиц за мошенничество, коррупцию или отмывание незаконных доходов, наносящих ущерб финансовым средствам Европейского Сообщества.

В вопросе уголовной ответственности руководителей организаций представляется сложным определить степень соответствия нормативного регулирования в различных государствах общим требованиям. При этом отдельные страны не имеют даже соответствующих нормативных актов по этому вопросу, как, например, Франция. Во Франции в данном вопросе все подчинено юридической практике, и вступление в силу Уголовного кодекса 1992 г. не затронуло серьезным образом его разрешения. Ответственность наступает при наличии вины лица, действовавшего в своих личных интересах, или вины служащего, действовавшего в интересах предприятия. Делегирование руководителем организации своих полномочий, означает, что в этом случае ответственным становится лицо, наделенное такими полномочиями, но при определенных условиях. Согласно отчету Европейской комиссии в других странах Евросоюза, таких, как Бельгия, Германия, Дания, Италия и Швеция, рамки ответственности руководителя организации остаются расплывчатыми. В этой связи Европейская комиссия считает необходимым создание специальных актов, предусматривающих уголовную ответственность руководителей предприятий.

Уголовная ответственность юридических лиц предусмотрена не всеми странами-членами Евросоюза, хотя исключений не так много (Люксембург и Австрия). В отдельных странах эта ответственность применяется в зависимости от

определенных обстоятельств. Франция значительно расширила рамки уголовной ответственности благодаря реформе 2004 г., а с 1 января 2006 г. уголовная ответственность полностью распространяется не только на физических, но и на юридических лиц (ст. 121-2 УК Франции).

Специализированными организациями в сфере борьбы с мошенничеством является *Office europeen de lutte anti-fraude* (Европейский офис по борьбе с мошенничеством) (далее – *OLAF*) и *Eurojust*<sup>3</sup>.

*OLAF* был создан в 1999 г., организация обладает независимостью и широкими полномочиями.

*OLAF* представляет Европейскую комиссию в борьбе с мошенничеством и компетентен проводить расследования не только по делам о мошенничестве, но также и по делам о коррупции и любой другой незаконной деятельности, наносящей ущерб интересам Европейского Сообщества.

Задачи *OLAF* многочисленны. Он способствует усилению сотрудничества со странами-членами Евросоюза, разрабатывает акты, определяющие его компетенцию, в том числе и по борьбе с мошенничеством, обеспечивает координацию деятельности по защите евро от подделок. Однако основная задача *OLAF* заключается в проведении административных расследований на различных уровнях: внешние расследования; расследования в странах-членах Евросоюза и в третьих странах, с которыми Европейское Сообщество заключает договоры о сотрудничестве; внутренние расследования; расследования внутри учреждений, чьи органы были утверждены на основании договоров (при Европейском парламенте, Совете Европы или Европейской комиссии, и при Европейском инвестиционном банке или Центральном европейском банке). Важно подчеркнуть, что все имеющиеся надзорные функции не систематизированы. *OLAF* ведет поиск наиболее серьезных нарушений, связанных с осуществлением профессиональной деятельности государственными служащими, сотрудниками частных организаций и органов Европейского Сообщества, подпадающих под дисциплинарное и даже уголовное преследование.

Глава *OLAF* инициирует расследование своей властью по требованию государства-члена Евросоюза или соответствующей организации. Контроль и проверки, проводимые *OLAF*, не затрагивают компетенции государств-членов Евросоюза в области уголовного преследования. Однако в ходе следствия правоохранительные и судебные органы непосредственно отчитываются

<sup>3</sup> Более подробная информация об этих организациях представлена на сайте [europa.eu.int](http://europa.eu.int)



ся перед OLAF о ходе расследования. OLAF может затребовать любую необходимую информацию. Обмен информацией на всех уровнях проводится через безопасную и эффективную сеть (Информационная система по борьбе с мошенничеством). По завершении расследования OLAF представляет отчет, содержащий выводы по делу, не делая никаких предписаний органам уголовного преследования.

Результат деятельности OLAF уже был обнародован. Выявлены следующие недостатки: государства-члены Евросоюза не всегда сообщают OLAF об имеющихся местах нарушениях, сообщают о них слишком поздно или же не предоставляют необходимые данные.

Eurojust берет свое начало с саммита в Тампере в 1999 г. Сегодня это самостоятельное юридическое лицо со своим бюджетом. В состав этой организации входят прокуроры, судьи и правоохранительные органы.

В сущности, Eurojust представляет собой юрисдикционное ответвление Европола. Миссия организации заключается в том, чтобы способствовать лучшей координации национальных властей, занимающихся уголовным преследованием, и оказывать свою помощь при расследовании по делам об организованной преступности. Eurojust тесно сотрудничает с европейской судебной системой, в частности, для упрощения исполнения международных протоколов. Eurojust также занимается координацией одновременно ведущихся в нескольких государствах полицейских операций (например, по борьбе с наркобизнесом).

Эту структуру представляют иногда «как европейскую прокуратуру первого поколения», но с этим сложно согласиться, потому что Eurojust не может предписать национальным прокуратурам провести расследование и тем более привлечь кого-то к ответственности. Поэтому возникла идея учредить общеевропейскую прокуратуру с европейским прокурором во главе для более эффективной деятельности по борьбе с мошенничеством.

Эта идея родилась вместе с *Corpus Juris* – проектом, содержащим уголовные нормы для защиты финансовых интересов Европейского Сообщества (1997 г.). Проект был разработан груп-

пой экспертов из разных европейских стран под руководством г-жи Делам-Марти и под эгидой Главного управления финансового контроля Европейской комиссии.

Решение об учреждении должности европейского прокурора нашло поддержку на европейском уровне, так как очевидны негативные последствия отсутствия европейской уголовной юрисдикции и невозможности ведения уголовного преследования от имени Европейского Сообщества.

В 2000 г. Европейская комиссия предложила создать институт независимого европейского прокурора, опирающегося на европейских прокуроров: назначаемых на национальном уровне.

Прокурор должен назначаться Советом Европы после соответствующего согласования с Европейским парламентом списка кандидатов, установленного Европейской комиссией. Мандат выдается сроком на 6 лет без возможности его возобновления. Компетенция прокурора ограничивается нарушениями, посягающими на финансовые интересы Европейского Сообщества (мошенничество, коррупция и отмывание денег). В его полномочия также входила бы возможность поддерживать уголовный иск в судах стран-членов Евросоюза и контролировать проводимые расследования на территории Европейского Сообщества. Опорой для независимого европейского прокурора служил бы *Eurojust*.

В 2001 г. Европейская комиссия приняла «зеленую книгу», которая устанавливала правовой статус и способ организации европейской прокуратуры. Организация должна быть сильно децентрализована, функция вынесения судебного решения должна сохраняться на национальном уровне.

В 2003 г. Европейская комиссия с учетом поступивших замечаний, предусмотрела, в частности, расширение компетенции европейского прокурора в сфере борьбы с мошенничеством. Однако это составило основу критики системы, поскольку получалось, что Европейское Сообщество вначале заботится о защите своих финансовых интересов и только потом о безопасности людей. Однако, учитывая результаты референдума о принятии Европейской конституции, принятие решения пока откладывается.

## Субъективное в уголовном праве

**С.В. Скляр**

Российское уголовное законодательство построено на принципе вины. Данный принцип закреплен как в Конституции РФ, так и в УК РФ. Такое же положение закреплено и в уголовном законодательстве ряда стран Европейского союза (ст. 121-3 УК Франции, § 15 УК Германии, § 4 УК Австрии и т.д.).

В то же время существует ряд проблем практической реализации принципа вины по причинам как объективного, так и субъективного характера. Такое положение связано в первую очередь с тем, что субъективные процессы, происходившие в сознании лица в момент совершения им преступления, напрямую не наблюдаемы. Поэтому вина лица в совершении преступления может быть определена исключительно на основе анализа и оценки объективных обстоятельств, что напрямую зависит от правоприменителя, его опыта, знаний и т.д.

Основными категориями, характеризующими вину, являются ее содержание, форма, сущность, степень и объем. Изучение вины в различных отраслях права и его использование в целях субъективного вменения невозможно без исследования вопросов соотношения указанных категорий.

Основной характеристикой любого явления выступает его сущность, т.е. то, что составляет суть вещи, совокупность ее существенных свойств, субстанциональное ядро самостоятельно существующего сущего. К самостоятельно существующему сущему относится явление, которое как философская категория обозначает: применительно к объективной действительности – отдельный предмет или процесс, а применительно к сознанию – отдельное психическое образование (чувство, эмоцию, потребность, мотив, мысль и т.д.). Таким образом, сущность определенных явлений, к которым, как представляется, относится и вина, можно и необходимо рассматривать в двух аспектах: объективном и субъективном.

В субъективном аспекте вина представляет собой определенные процессы, протекающие в психике человека и выражающиеся в осознании им основных характеристик совершаемых

действий (бездействия) и предвидении их последствий. В этом случае вина, мотивы, цели, чувства и другие психические образования представляют собой совокупность явлений, суть которых одна – все они относятся к не наблюдаемым напрямую психическим процессам, установить которые возможно исключительно по их проявлению в объективной действительности. При этом субъект, совершающий противоправные или аморальные действия (бездействие), может и не сознавать, что тем самым нарушает конкретные правила поведения. Однако при условии его психической полноценности он всегда будет осознавать основное содержание своего поведения и его влияние на реальную действительность.

Сознание лицом основных характеристик своих действий (бездействия) и их влияния на объективную действительность основывается на субъективных причинах его поведения – мотивах, являющихся основной двигательной силой, заставляющей человека поступать определенным образом. Поэтому мотивы поведения неразрывно связаны с виной и, более того, выступают ее основным элементом, на котором базируется как психическая активность человека, так и его внешнее поведение. По сути дела, субъективная сущность вины представляет собой определенные аспекты мотивации поведения, нарушающего нормы права, аспекты, достаточные для признания совершенных лицом действий (бездействия) уголовно-наказуемыми.

Как объективное явление, как некая реальность вина представляет собой самостоятельный институт, использующийся в различных отраслях права. Вина является основным инструментом субъективного вменения, возведенным в России в ранг конституционного принципа.

В научных работах российских ученых, посвященных изучению вины, говорится о социальной сущности вины, которая, на наш взгляд, представляет собой определенные аспекты объек-

тивной сущности вины. В российской теории уголовного права существует две основных позиции по вопросу определения социальной сущности вины. Одни авторы полагают, что социальная сущность вины заключается в самом психическом отношении лица к преступлению, другие – в отрицательном либо пренебрежительном или недостаточно внимательном психическом отношении лица к основным социальным ценностям, выраженном в конкретном преступлении.

Приведенные позиции отличаются лишь наделением психического отношения лица определенными негативными свойствами. В целом же и те и другие авторы, определяя социальную сущность вины, фактически говорят о психологической сущности вины, т.е. об определенных процессах, протекающих в психике человека. Небесспорность приведенных определений социальной сущности вины заключается также в том, что психическое отношение лица к определенным социальным ценностям само по себе не может характеризоваться как отрицательное или положительное. Такая характеристика психического отношения лица может иметь место при условии оценки его как отрицательного или положительного другими людьми применительно к совершенному конкретным индивидом конкретному поступку. Невозможно говорить об отрицательном отношении человека к каким-то ценностям, если он, например, живет один на необитаемом острове, хотя его поведение может внешне соответствовать признакам противоправного или аморального поведения, признаваемого таковым в определенном социуме. Однако при отсутствии внешней оценки поведения человека и соответствующего психического отношения лица к нему, его действия (бездействие) нельзя охарактеризовать как отрицательные, положительные или нейтральные.

Таким образом, социальная сущность вины как объективного явления состоит в оценке соответствующими органами, представляющими интересы общества и государства, психологической сущности вины в каждом конкретном случае, т.е. в определении, насколько лицо осознавало основные характеристики своих действий (бездействия), насколько предвидело их последствия и можно ли, учитывая объективные обстоятельства его поведения, привлечь данное лицо к ответственности за нарушение охраняемых законом интересов. В этом плане можно согласиться с высказанным в российской юридической литературе мнением, что сущность вины не может быть сведена лишь к психическому отношению лица к его поведению, она всегда включает, кроме психического отношения, также социально-правовую оценку от-

ношения виновного к охраняемым уголовным законом ценностям.

Все явления имеют содержание и форму, существующие в единстве и неразрывности. Единство содержания и формы определяется тем, что всякому содержанию присуща определенная форма. Содержание – это то, что наполняет форму и из чего она осуществляется. Содержание любого явления представляет собой совокупность элементов, сторон, связей, отношений в их качественной определенности и взаимодействии, образующих данное явление, единство свойств определенного целого.

Содержание вины в уголовном праве России, как это следует из законодательного определения ее форм, определяется сознанием и волей. Отсюда традиционное выделение в теории уголовного права интеллектуального и волевого моментов вины, являющихся необходимыми условиями привлечения лица к уголовной ответственности. Интеллектуальный момент включает в себя осознание лицом характера и содержания совершаемых действий (бездействия) и предвидение (либо возможность предвидения) наступления общественно опасных последствий. В зависимости от конструкции состава преступления в содержание интеллектуального момента вины также включаются: осознание лицом каких-либо дополнительных объективных обстоятельств, характеризующих потерпевшего, способ совершения преступления, других соисполнителей, время и место совершения преступления и т.д., либо мотивы и цели, когда они являются обязательными признаками основного или квалифицированного составов преступления. Волевое содержание вины проявляется в желании лица наступления общественно опасных последствий, допущении этих последствий, безразличном к ним отношении или расчете на их предотвращение.

Форма представляет собой внешнее выражение какого-либо содержания либо внутреннее строение, структуру, определенный и определяющий порядок предмета или порядок протекания процесса. В философии категория формы употребляется в двух аспектах: внешняя форма и внутренняя форма. Внешняя форма явления позволяет провести различие данного содержания в его целом от всего иного. Внутренняя форма показывает способ выражения и существования содержания.

Внешняя форма вины заключается в существовании правовых формул умысла и неосторожности, образуемых путем различных сочетаний элементов содержания вины – интеллекта и воли. В юридической литературе высказывалось мнение, что внешней формой вины являет-

ся само преступление, деяние, в котором вина находит свое отражение. Подобная позиция представляется небесспорной, так как в данном случае явление вины подменяется совершенно другим, хотя и, безусловно, связанным с виной явлением – преступлением.

Поскольку существование двух форм вины – умышленной и неосторожной – закреплено в УК РФ и сомнению в теории уголовного права не подвергается, интересен вопрос о внутренней форме вины. Как правило, при рассмотрении вопросов вины теоретики российского уголовного права рассматривают именно внутреннюю форму вины, определяя ее как соотношение психических элементов, составляющих содержание вины, упуская вопрос о закономерности строения содержания, о системе организации его элементов. Между тем именно система организации элементов содержания любого явления, в том числе и вины, составляет суть его формы.

Как уже упоминалось, элементами определенных в российском уголовном законе форм вины являются интеллектуальный и волевой моменты, которые с позиции системности организации содержания вины должны присутствовать во всех существующих формах вины в различных соотношениях. Если же провести анализ внутренней формы вины, можно убедиться в нарушении ее основного свойства – закономерности строения содержания. Так, при законодательном описании умышленной формы вины присутствуют все элементы ее содержания. В неосторожной форме вины как при легкомыслии, так и при небрежности, отсутствует интеллектуальный момент в части сознания лицом характера совершаемых им действий (бездействия), а из описания небрежности полностью исключен волевой момент. Таким образом, при описании форм вины нарушены философские положения о сути и неразрывной связи категорий содержания и формы, что требует вмешательства законодателя в строение содержания форм вины с точки зрения его закономерности.

Рассуждая о сущности, содержании и формах вины, необходимо определить соотношение вины и виновности. О виновности лица в совершении преступления как обстоятельстве, подлежащем доказыванию при производстве по уголовному делу, говорится в ст. 73 УПК РФ. В ст. 299 УПК РФ закреплена обязанность суда установить виновность подсудимого в совершении преступления. Однако определения понятия виновности в законе не дано. В теории уголовного права при исследовании вопросов вины ученые не уделяют внимания разграничению понятий вины и винов-

ности, более того, нередко используют данные понятия как синонимы, подменяя одно другим.

Представляется, что разграничение понятий вины и виновности следует проводить по их сущности и содержанию. Вина представляет собой определенный психический процесс, включающий осознание виновным основных характеристик своих действий. Содержание виновности несколько иное: исходя из смыслового значения употребляемых в УПК РФ формулировок с использованием термина «виновность» суть последней состоит в доказанности вины лица в совершении конкретного преступления. Таким образом, виновность представляет собой вывод о наличии вины субъекта в совершении преступления, сделанный на основании совокупности доказательств, собранных при производстве по уголовному делу. Иначе говоря, вина – это материальный элемент, виновность – процессуальный элемент основания привлечения лица к уголовной ответственности.

Термин «объем вины» стал употребляться в теории российского уголовного права в начале 70-х гг. прошлого века. Под объемом вины понималось осознание субъектом преступления признаков места, времени, способа совершения преступления и т.п. Такая позиция подверглась критике, поскольку, по мнению ее противников, была основана на смешении понятий содержания и формы вины. Однако в дальнейшем понятие объема вины стало повсеместно использоваться в теории российского уголовного права при исследовании различных вопросов вины, однако единого толкования не получило.

В большинстве случаев объем вины трактуется как и сама вина, как психическое отношение к определенным обстоятельствам или их отражение в сознании, что в принципе одно и то же. Однако значение категории объема вины фактически показывается российскими учеными исключительно для квалификации преступления (отношение к основным и квалифицирующим признакам состава) и индивидуализации наказания за его совершение (отношение к смягчающим и отягчающим обстоятельствам). Отметим, что само по себе психическое отношение лица к определенным обстоятельствам (или их отражение в его сознании) не может повлиять на индивидуализацию уголовной ответственности, если оно не будет установлено, доказано и зафиксировано в установленном законом порядке.

Представляется, что понятие объема вины должно соотноситься с понятием виновности. Если виновность представляет доказанность вины лица в совершении конкретного преступления, т.е. некое качество, то объем вины представляет собой количество доказанных при производ-

стве по уголовному делу обстоятельств (как объективных, так и субъективных), имеющих значение для квалификации совершенного преступления и назначения наказания.

В плане изложенного представляет интерес вопрос о соотношении категорий объема и степени вины. Категория степени вины достаточно широко используется в российской правоприменительной практике, однако устоявшегося понятия данного явления нет.

Объем вины и степень вины – категории сопоставимые, однако если объем вины представляет собой количество доказанных при производстве по уголовному делу объективных и субъективных обстоятельств, имеющих юридическое значение, то степень вины – это количественная характеристика социальной сущности вины. Таким образом, степень вины представляет собой оценочную категорию и в отличие от объема вины лежит в области материального права. Степень

позволяет индивидуализировать уголовную ответственность конкретного лица в совершении конкретного преступления. Это выражается в том, что лицам, совершившим однотипные преступления при одинаковых обстоятельствах, назначается различная мера наказания.

Таким образом, категории сущности, содержания, формы и степени вины представляют собой явления, используемые в области материального права при дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности, категории виновности и объема вины используются в процессуальном праве при доказывании вины лица в совершении конкретного преступления.

Подводя итог изложенному, можно сделать вывод о необходимости четкой регламентации института вины в уголовном законодательстве, так как именно данный институт является основой дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности.

## Трудовой договор «заемных» работников по законодательству Австрии и Франции

**В.И. Васильева**

В фокусе внимания российских и зарубежных специалистов в области трудового права находится проблема правового регулирования так называемого «заемного» («лизингового») труда<sup>1</sup>.

Данная форма привлечения персонала заключается в том, что специализированная организация (как правило, частное агентство занятости) нанимает на определенный срок работников в целях предоставления этих работников другому физическому или юридическому лицу (пользователю) для выполнения определенной работы в интересах пользователей и в соответствии с их распоряжениями. Она широко используется как в странах Европы, так и в США. Ранние формы организаций временной занятости существовали в Европе уже в XIX в. (а в XVII и XVIII вв. в Нидерландах и Великобритании), современная модель индустрии временного труда возникла в конце 40-х начале 50-х гг. XX в. в основном во Франции, Великобритании, Нидерландах и США. Самая крупная в Европе на сегодняшний день организация временной занятости – Manpower France – была образована во Франции в 1948 г.

Отношение к данному виду организации труда менялось с течением времени. Дискуссия о «заемном» труде не затихает и по сей день: в зависимости от индивидуального взгляда на проблему работа в агентствах временной занятости может расцениваться как современная и гибкая форма трудовых отношений либо как современная форма рабства.

С одной стороны, «заемный» труд рассматривается в качестве отвечающего интересам современной экономики инструмента придания гибкости трудовым отношениям. Он позволяет быстро реагировать на постоянно изменяющиеся экономические условия. Отмечается такой положительный аспект «заемного» труда, как возможность работников сочетать свою трудовую деятельность и семейные обязанности, образование.

С другой стороны, применение данного вида труда может повлечь серьезные нарушения трудовых и социальных прав работников. Исследования, проведенные в 2002 г. Европейским фондом по улучшению условий жизни и труда, выявили большое количество проблем, с которыми сталкиваются «заемные» работники: условия их труда, в том числе касающиеся заработной платы, как правило, хуже, чем у постоянных работников. Экспертами фонда были выявлены многочисленные нарушения законодательства об охране труда и о социальной защите. Были выявлены случаи, когда привлечение «заемных» работников имело целью экономическое давление на постоянных работников, в результате постоянные работники были вынуждены соглашаться на снижение заработной платы и иные ухудшения условий трудового договора<sup>2</sup>.

В настоящее время в условиях распространения деятельности агентств временной занятости правовое регулирование «заемного» труда считается единственным реальным средством защиты трудовых и социальных прав работников «заемного» труда, а также постоянных работников организации-пользователя. Защита работников в условиях «заемного» труда является также задачей коллективных договоров и предметом деятельности рабочих советов и иных органов, представляющих интересы работников.

На международном уровне общие положения о защите прав работников, пользующихся услугами частных агентств занятости, в том числе «заемных» работников, установлены Конвенцией № 181 «О частных агентствах занятости» и Рекомендацией № 188, принятыми МОТ в 1997 г. Конвенция № 181 Россией не ратифицирована.

<sup>1</sup> В немецком и австрийском трудовом праве он так и называется «Leiharbeit» – «заемный труд», в английском («temporary work») и французском («travail temporaire») вариантах – «временный труд», хотя специалисты указывают на неправильное применение определения «временный» для данного вида труда, так как существуют иные трудовые договоры с определенным сроком действия, и настаивают на применении термина «temporary agency work» – «труд на агентство временной занятости» (см.: Storrie D. *Temporary agency work in the European Union. Ireland; Dublin, 2002*).

<sup>2</sup> См.: Storrie D. *Op. cit.*

Согласно п. 3 ст. 2 одна из целей Конвенции № 181 состоит в том, чтобы разрешить функционирование частных агентств занятости и защитить в соответствии с ее положениями трудящихся, пользующихся их услугами. Статьи 11 и 12 данной конвенции нацелены непосредственно на защиту основополагающих трудовых прав «заемных» работников и предусматривают необходимость закрепления на уровне законодательства распределения ответственности между частным агентством занятости и организацией-пользователем в отношении ведения коллективных переговоров, минимальной заработной платы, продолжительности рабочего времени и других условий труда, а также установленных законом пособий по социальному обеспечению доступа к профессиональной подготовке, защитных мер в области безопасности и гигиены труда, возмещения ущерба, причиненного вследствие несчастного случая на производстве или профессионального заболевания, возмещения ущерба в случае банкротства и защиты требований работников, охраны материнства и пособий по беременности и родам, а также льгот и пособий родителям.

Согласно п. 4 Рекомендации № 188 «заемные» работники должны заключить с агентством письменный трудовой договор, в котором указываются условия их найма. Они должны быть как минимум проинформированы об условиях их найма до того, как они приступят к выполнению своих обязанностей в организации-пользователе.

В Европе «заемный» труд признается специфической формой занятости, поскольку сочетает в себе элементы трудового и гражданского права и привносит в традиционные двусторонние трудовые отношения третью сторону – агентство временной занятости (*bberlasser*) (нем.), *«temporary work agency»* (англ.), *«entreprise de travail temporaire»* (франц.), специализирующееся на предоставлении нанятых им работников для выполнения работы в организации-пользователе. Можно выделить два основных аспекта правового регулирования «заемного» труда: во-первых, регулирование коммерческой деятельности агентств временной занятости как таковой и, во-вторых, применение норм трудового права при заключении договоров и непосредственном выполнении «заемными» работниками трудовых обязанностей в организации-пользователе.

В рамках ЕС в 1995 г. были развернуты консультации социальных партнеров по вопросу регулирования атипичных форм занятости, включающих «заемный» труд. Затем в 2000 г. были начаты коллективные переговоры по поводу «заемного» труда, но соглашение подписано не было, а директива ЕС по вопросам «заемного» труда в результате консультаций так и не была принята.

Интерес представляет законодательство о «заемном» труде таких передовых европейских стран, как Австрия и Франция, которое было создано на основе долгих переговоров социальных партнеров на общенациональном уровне и представляет собой компромисс двух противоположных позиций представителей работников и работодателей.

Во Франции деятельность агентств временной занятости и правовой статус их работников урегулирован в большей степени, чем в Австрии. Соответствующие правовые нормы были приняты с 1972 по 1990 г. на базе положений, выработанных в ходе коллективных переговоров представителей работодателей и профсоюзов на общенациональном уровне, и инкорпорированы в Кодекс труда Франции. В Австрии основные положения, регулирующие «заемный» труд, содержатся в Законе 1988 г. о временном предоставлении работников (*Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)*).

Анализ норм Кодекса труда Франции и австрийского закона 1988 г. показывает, что в этих двух странах закреплена схожая модель договорного регулирования «заемного» труда, она предполагает заключение двух договоров:

- 1) трудовой договор, подписываемый «заемным» работником и его работодателем – агентством временной занятости (договор о «заемном» труде);
- 2) договор предоставления работников, подписываемый агентством временной занятости и организацией-пользователем, содержащий, с одной стороны, положения гражданско-правового характера, регулирующие взаимоотношения двух указанных организаций, а с другой – положения, направленные на защиту трудовых и социальных прав «заемного» работника, вытекающие из трудового законодательства.

При этом трудовой договор работников «заемного» труда во Франции и в Австрии имеет существенную специфику, связанную с природой возникающего трудового правоотношения и необходимостью повышенной защиты прав «заемных» работников. К особенностям данного трудового договора, как представляется, можно отнести следующие:

- особый субъектный состав участников трудового договора;
- способ закрепления и объем прав участников трудового договора, обязанностей и ответственности;
- установление требований к форме и содержанию трудового договора;
- ограничение на основе закона сферы применения «заемного» труда;
- дополнительные гарантии, связанные с расторжением трудового договора, окончанием срока действия договора о предоставлении работников, и иные гарантии, необходимые для особой защиты прав «заемных» работников.

Столь значительные особенности, присущие данному договору, позволяют выделить его в отдельный вид как трудовой договор «заемных» работников. Рассмотрим названные особенности в той же последовательности, начиная с особенности, связанной с субъектным составом.

Как уже было указано, одной из сторон данного договора является работник, нанятый агентством временной занятости (его работодателем) с целью его предоставления для выполнения работы в другой организации, – «заемный» работник.

В качестве работодателя по трудовому договору в сфере «заемного» труда выступает агентство временной занятости, в отношении которого законодательством страны закреплены специальные требования, гарантирующие надлежащее исполнение им обязанностей работодателя, а также и правовой статус указанного агентства.

Так, во Франции статус агентства детально урегулирован, что находит свое проявление в целом ряде моментов. На агентство временной занятости возложены обязательства, которые отличны от обязательств обычной компании, в частности, оно регистрируется в Министерстве труда и занятости Франции, что обеспечивает финансовые гарантии, а также регулярно отчитывается о своей деятельности уполномоченным органам власти. До начала своей деятельности агентство должно также предоставить финансовую гарантию (ст. L.124-8 Кодекса труда Франции), предоставление гарантии строго регламентировано нормами законодательства (ст. R.124-7 и последующие статьи Кодекса труда Франции). Указанная гарантия может заключаться в поручительстве, предоставленном обществом взаимного страхования, страховой компанией или банком.

Наряду с этим агентство, как это установлено Кодексом труда Франции (ст.ст. L.124-11 и R.124-4), должно ежемесячно представлять в Ассоциацию занятости в промышленности и торговле отчет о договорах о выполнении временной работы, заключенных со своими работниками.

Несколько иной порядок деятельности рассматриваемых агентств установлен в Австрии. В соответствии с австрийским законодательством агентства временной занятости должны получить разрешение на осуществление своей деятельности, выдаваемое уполномоченными властями (главами земель для осуществления деятельности внутри страны, Федеральным министерством по экономике и труду для предоставления австрийских работников за границу). Во время получения разрешения заинтересованные социальные партнеры (представители работодателя и работника) могут высказать свое мнение властям, уполномоченным выдавать такое разрешение. Разрешение может содержать ограничения, касающиеся максимального количества «заемных» ра-

ботников по отношению к постоянным, и максимальный срок их работы в организации-пользователе.

В отличие от французского австрийское законодательство не предусматривает предоставление органам государственной власти каких-либо финансовых гарантий, поскольку Законом о временном предоставлении работников 1988 г. установлено, что организация-пользователь несет ответственность в качестве поручителя за выплату заработной платы «заемным» работникам.

В соответствии с § 13 Закона о временном предоставлении работников 1988 г. агентство временной занятости должно один раз в год (до 31 июля) представить Федеральному органу в области социальной защиты следующие данные: количество переданных за отчетный период организациям-пользователям «заемных» работников, общее количество нанятых за отчетный период «заемных» работников, количество продолжающихся трудовых правоотношений «заемных» работников.

Интересным представляется опыт Австрии по созданию начиная с 1994 г. некоммерческих агентств временной занятости (таких, как «ESPORA», «JONA», «Trendwerk», «Flexwork»). Они организованы с целью оказания помощи в трудоустройстве определенным категориям граждан, которым в силу различных социально значимых причин сложно найти постоянную работу на рынке труда. К таким категориям в Австрии относятся граждане, долгое время бывшие безработными, лица из числа молодежи, граждане в возрасте после 50 лет, инвалиды. Указанные организации действуют во взаимодействии с государственными службами занятости, им предоставляются государственные субсидии. Результаты деятельности некоммерческих агентств занятости свидетельствуют об их социальной пользе: более 50 % их работников находят постоянную работу в организациях-пользователях на равных условиях с иными сотрудниками, работающими на условиях трудового договора на неопределенный срок.

Следующей особенностью являются требования к форме и содержанию трудового договора «заемных» работников.

Во Франции трудовой договор о «заемном» труде должен быть заключен в письменной форме и направлен работнику не позднее двух рабочих дней с даты начала работы (ст. L.124-4 Кодекса труда).

Согласно указанной статье Кодекса труда договор должен содержать следующие существенные условия: квалификацию работника, виды вознаграждения, включая компенсацию за нестабильность труда, испытательный срок, положения о переезде работника, если работа осуществляется за границей, упоминание о том, что не запрещен наем работника организацией-пользователем по окончании срока договора о выполнении временной работы.



Трудовой договор о «заемном» труде обязательно является договором на определенный срок. Статья L.124-2-2 (п. III) Кодекса труда устанавливает, что указанный договор может быть заключен с неопределенным сроком действия (для замещения временно отсутствующего работника, для найма сезонных работников, работников в определенных отраслях, в которых на основе обычаев не предусмотрено использование договоров на определенный срок). Эта статья также устанавливает, что договор может быть заключен на срок не более 18 месяцев (24 месяца для выполнения временной работы за границей, 9 месяцев для выполнения срочных заданий или в случае ожидания приема на работу работника на основе договора на определенный срок).

Согласно ст. L.124-2-2 Кодекса труда договор о «заемном» труде может быть пролонгирован только один раз в рамках установленного максимального срока.

В Австрии согласие работника на выполнение «заемного» труда должно быть определено выражено в письменном трудовом договоре (§ 2 Закона о временном предоставлении работников 1988 г.). Трудовой договор должен содержать сумму вознаграждения, дату выплат вознаграждения, положения о ежегодном отпуске, период предупреждения об увольнении (не позднее чем за 14 дней до даты увольнения), определение трудовой функции и место работы. Кроме того, работнику до поступления на работу в организацию-пользователя должно быть предоставлено отдельное письменное уведомление, содержащее наиболее важную информацию об условиях труда (наименование организации, режим рабочего времени, срок, в течение которого он будет выполнять трудовые обязанности, сумма оплаты труда).

Австрийским законодательством не предусматривается максимальный срок работы при найме работника агентством временной занятости. Как свидетельствует практика деятельности указанных агентств, почти 2/3 «заемных» работников наняты на срок не более 6 месяцев<sup>3</sup>.

Важной из рассматриваемых особенностей является ограничение сферы применения «заемного» труда.

Во Франции сфера применения «заемного» труда в значительной степени ограничена по аналогии с положениями, регулирующими сферу применения трудовых договоров на определенный срок. Договоры «заемных» работников и договоры на определенный срок могут заключаться в одних и тех же случаях. Статья L.124-2 Кодекса труда Франции содержит общее положение о том, что целью или результатом деятельности агентств временной занятости не может быть обеспечение занятости, связанной с обычной и постоянной деятельностью компании. При этом строго запрещено

использовать агентства временной занятости для замещения бастующих работников, для выполнения особо опасных работ или для замены работника, который был уволен по экономическим причинам (ст. L.124-2-3 Кодекса труда Франции).

Нарушение закона в данном случае влечет двойную трансформацию договоров, когда работник, заключивший договор с агентством временной занятости, может ссылаться на существование трудового договора с организацией-пользователем (первая трансформация), и, хотя заключенный договор был договором на определенный срок, работник может ссылаться на существование договора на неопределенный срок (вторая трансформация) (абз. 2 ст. L.124-7 Кодекса труда Франции).

В отличие от детального регулирования ограничений «заемного» труда во Франции по австрийскому законодательству «заемные» работники лишь не могут быть предоставлены в организации, в которых объявлены забастовка или локаут.

Последней из особенностей трудового договора работников «заемного» труда являются гарантии, связанные с расторжением трудового договора.

Согласно Кодексу труда Франции, если агентство расторгает трудовой договор до окончания оговоренного срока при отсутствии форс-мажорных обстоятельств или грубого проступка работника, оно должно предложить ему в течение трех дней новый договор без значительных изменений условий труда. В противном случае оно должно обеспечить работнику выплату обусловленного вознаграждения до окончания срока трудового договора, включая компенсацию за нестабильный характер труда. Расторжение договора о предоставлении работников не является случаем форс-мажора.

Таким образом, можно сделать вывод, что во Франции и в меньшей степени в Австрии на законодательном уровне создана обширная система правовых, организационных, финансовых гарантий трудовых и социальных прав «заемных» работников. Особое место в этой системе занимают нормы, регулирующие трудовой договор «заемного» работника и агентства временной занятости, направленные на обеспечение наибольшей защиты «заемного» работника как в отношениях с работодателем-агентством, так и с организацией-пользователем. Особые требования к форме, содержанию трудового договора о «заемном» труде, гарантийные механизмы, связанные с его расторжением и возможностью трансформации в трудовой договор на неопределенный срок, позволяют говорить о нем как о средстве ограничения сферы использования «заемного» труда.

Следует полагать, что позитивный опыт, связанный с деятельностью указанных агентств и регулированием «заемного» труда во Франции и в Австрии, может быть использован в дальнейшем реформировании трудового законодательства в Российской Федерации.

<sup>3</sup> См.: Wroblewski A., Wallace C. *Temporary agency work: national reports. Austria: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002 // www.eurofound.eu.int.*

# Рецензия на монографию Н.Г. Муратовой «Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики»<sup>1</sup>

**В.И. Серегин**

Монография о современных проблемах судебного контроля по уголовным делам предназначена для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов, а также юристов-практиков и представляет комплексное исследование проблемы судебного контроля в уголовно-процессуальном праве.

Монография состоит из введения, заключения и трех разделов, включающих 12 глав. В качестве приложения в монографии даны проекты законов «О следственных судьях в Российской Федерации» и «О пенитенциарных судьях в Российской Федерации». Объем монографии составляет 20 печатных листов, что позволило автору достаточно полно изложить основные вопросы содержания и форм судебного контроля как на стадии досудебного производства, так на стадии апелляционного и кассационного обжалования судебных решений. Монография может быть использована в качестве учебного пособия при чтении курса «Уголовный процесс» в юридических вузах.

Автором был проведен сравнительный историко-правовой анализ развития механизма судебного контроля от памятников древнерусского права до современности, исследован внушительный пласт правоприменительного опыта уголовного процесса зарубежных стран, что позволило достаточно обоснованно прийти к справедливой критике действующего УПК РФ, который не дает ответов на многие принципиальные вопросы, связанные с реализацией судебного контроля в досудебном производстве.

Важнейшим достижением реформы уголовного судопроизводства России следует считать

введение принципа состязательности и равноправия сторон во всех судебных инстанциях. Суд освобожден от обвинительных функций. Новый УПК РФ возложил функцию обвинения на все государственные органы, ведущие предварительное расследование: дознавателя, следователя, начальника следственного отдела, прокурора – и органы, занимающиеся оперативно-розыскной деятельностью. Им противостоит обвиняемый (подозреваемый), иногда заключенный под стражу, и защитник, лишенный права собирать доказательства путем проведения следственных действий.

Автор обоснованно заметил, что неравенство очевидно. Для его преодоления возможно осуществление ряда мер: 1) введение фигуры судебного следователя, который был бы лишен обвинительных функций (старорусская модель); 2) введением адвокатского расследования с возможным привлечением ныне действующих частных детективов; 3) введением института следственных судей.

Обосновывая последнюю меру, автор опирается на мнения А.Д. Назарова и В.М. Лебедева о необходимости создания института следственных судей как специализированного федерального суда, полностью отделенного от судов общей юрисдикции<sup>2</sup>. С теоретической точки зрения это предложение может существовать, но, видимо, следует согласиться с тем, что введение в полном объеме института следственных судей потребует внесения изменений в дей-

<sup>1</sup> См.: Муратова Н.Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики. Казань: Казанский государственный университет, 2004.

<sup>2</sup> Назаров А.Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. СПб., 2003; Лебедев В.М. Судебная власть в современной России. СПб., 2001.

ствующую судебную систему и дополнительных ассигнований.

Важным достижением автора является обоснование деятельности Конституционного Суда РФ на современном этапе осуществления судебной реформы и развития судебного контроля в уголовном судопроизводстве. Вполне убедителен вывод автора о том, что формирование правовых позиций Конституционного Суда РФ невозможно без учета международно-правовых норм, касающихся прав человека. В качестве примеров приводятся случаи использования при подготовке его решений положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Международного пакта о граж-

данских и политических правах, а также Всеобщей декларации прав человека.

В результате исследований автором выработаны концептуальные предложения по совершенствованию механизма судебного контроля, дальнейшему развитию российского уголовно-процессуального законодательства, а также рекомендации по применению норм уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного, конституционного и международного права.

Структура монографии, ее логическая последовательность, аргументированность, стиль изложения свидетельствуют о высоком качестве работы. Содержание же монографии характеризует автора как высококвалифицированного специалиста в области уголовного процесса.

## Обзор диссертаций

Диссертационные советы Д 229.001.01 и К 229.001.02 и при Российской правовой академии Минюста России приняли к защите и рассмотрели диссертационные исследования по научным специальностям:

**12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право** (Соктоева Е.И. «Уголовная ответственность за невыплату заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат (по материалам судебной и прокурорской практики Уральского, Сибирского и Дальневосточного федеральных округов)» (научный руководитель – доктор юридических наук, доцент С.В. Пархоменко), Шулепова Л.Ф. «Дополнительное уголовное право Федеративной Республики Германии (понятие, система, источники)» (научный руководитель – Заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, доцент В.П. Верин));

**12.00.14 – административное право; финансовое право; информационное право** (Хрипко А.Ю. «Административно-правовое регулирование отношений в области таможенного дела в морских пространствах (по материалам Дальневосточного региона)» (научный руководитель – доктор юридических наук, профессор Б.В. Россинский), Матинов А.С. «Специальные налоговые режимы» (научный руководитель – доктор юридических наук, профессор И.И. Кучеров), Хоринев А.О. «Организационно-правовые проблемы государственной службы в аппаратах судов общей юрисдикции» (научный руководитель – Заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, доцент Н.Г. Салишева));

**12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право** (Мардахаева П.Н. «Лишение родительских прав как мера семейно-правовой ответственности» (научный руководитель – доктор юридических наук, профессор Л.Ю. Михеева));

**12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве** (Манахова Ю.В. «Правотворческая деятельность в современном российском обществе (теоретический аспект)» (научный руководитель – канди-

дат юридических наук, доцент Р.В. Шагиева), Соколов К.В. «Правительственная связь Российской империи: конец XVIII – начало XIX в.» (научный руководитель – доктор юридических наук Ю.А. Новиков, доктор исторических наук, профессор В.Н. Бабенко), Асланов Рамиль Махир оглы «Становление вертикали власти в России: историко-правовой анализ» (научный руководитель – доктор юридических наук, профессор А.В. Морозов)).

Вашему вниманию представляется обзор некоторых из указанных диссертаций.

Диссертационное исследование на соискание степени кандидата юридических наук **Е.И. Соктоевой «Уголовная ответственность за невыплату заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат (по материалам судебной и прокурорской практики Уральского, Сибирского и Дальневосточного федеральных округов)»** посвящена исследованию общественных отношений в сфере уголовно-правовой охраны конституционных прав человека и гражданина на вознаграждение за труд и социальное обеспечение.

В диссертации проанализировано состояние научной разработанности данной проблемы в российском уголовном праве; проведен сравнительный анализ отечественного и зарубежного законодательства в части регламентации уголовной ответственности за невыплату социальных выплат; выработаны научно обоснованные рекомендации по квалификации деяний, предусмотренных ст. 145.1 УК РФ; сформулированы рекомендации по применению положений ст. 11 УК РФ при совершении рассматриваемого преступления; разработаны предложения по совершенствованию уголовного законодательства для повышения эффективности нормы об ответственности за невыплату социальных выплат.

Ценность работы заключается в использовании обширной эмпирической базы, которую

составили данные официальной статистики преступности в Российской Федерации и социально-экономического положения населения за 1999–2004 гг.; данные, полученные в результате изучения 256 уголовных дел, находившихся в период с 1999 г. по январь 2005 г. в производстве прокуратур и судов Уральского, Сибирского и Дальневосточного федеральных округов; данные, полученные при анкетировании 178 работников (следователей и прокуроров) указанных федеральных округов.

Диссертационное исследование на соискание степени кандидата юридических наук **А.Ю. Хрипко «Административно-правовое регулирование отношений в области таможенного дела в морских пространствах (по материалам Дальневосточного региона)»** отличается современной постановкой проблемы, применением комплексного подхода к изучению влияния международно-правового режима морских пространств, функционального режима морского судна на регулирование отношений в области таможенного дела. Вызывает интерес исследование системы взаимосвязи этапов таможенного контроля и административных процедур таможенного оформления, что позволило сделать вывод о соответствии каждому этапу таможенного контроля процедур таможенного оформления, состоящих из трех обязательных элементов: проверки документов, действий с товарами или транспортными средствами, анализа информации.

В диссертации разработаны признаки, характеризующие таможенную юрисдикцию Российской Федерации в морских пространствах; сделаны предложения по совершенствованию таможенного законодательства в целях использования прилегающей зоны в полном объеме; выявлены признаки и элементы, характеризующие административно-правовой режим таможенной границы в морских пространствах; дано определение таможенного режима; выработаны конкретные предложения по совершенствованию Таможенного кодекса РФ 2003 г.

В диссертационном исследовании на соискание степени кандидата юридических наук **П.Н. Мардахаевой «Лишение родительских прав как мера семейно-правовой ответственности»** впервые в концептуальной форме на основе анализа современного российского законодательства в соотношении с конкурирующими гражданскими, административными и уголовными нормами представлено комплексное исследование сложившейся в последние годы судебной практики, связанной с ответственностью родителей за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию и содержанию детей. На этой основе автором делаются теоретические выводы,

разрабатываются предложения по внесению изменений и дополнений в семейное, гражданское, уголовное и административное законодательство Российской Федерации, даются практические рекомендации для правоприменительной деятельности судов.

В работе обосновывается утверждение о том, что к числу мер отраслевой семейно-правовой ответственности могут быть отнесены только лишение родительских прав, отстранение опекуна и попечителя от исполнения ими своих обязанностей, отмена усыновления (в случае виновного противоправного поведения усыновителя). Диссертант предлагает рассматривать лишение родительских прав как исключительную (крайнюю) меру, которая, будучи одновременно способом защиты прав ребенка и мерой ответственности родителей, оказывает комплексное правовое воздействие на правоотношение между ними и детьми, имеет срочный характер.

Поскольку лишение родительских прав как правовая мера должно оказывать комплексное воздействие, в диссертации предлагается усовершенствовать нормы о восстановлении родительских прав с целью максимально возможного сохранения биологической связи «родитель-ребенок». С этой целью П.Н. Мардахаева предлагает разработать и внедрить градацию степеней исправления, дающую возможность объективно оценить личность и поведение лица, желающего восстановиться в родительских правах. Кроме того, диссертант считает целесообразным закрепить законодательно право родителя, лишённого родительских прав, в некоторых случаях общаться с ребенком.

В диссертационном исследовании на соискание степени кандидата юридических наук **Ю.В. Манаховой «Правотворческая деятельность в современном российском обществе (теоретический аспект)»** объектом изучения является система общественных отношений, складывающихся в результате осуществления правотворческой деятельности, и сама правотворческая деятельность в Российской Федерации.

Новизна исследования заключается в комплексном, взаимосвязанном и всестороннем изучении правотворчества в современном российском обществе через призму поведенческо-деятельностного подхода, что позволило сформировать теоретическую модель правотворчества как составную часть общей концепции правообразования в отечественной юридической науке.

В исследовании сформирован общетеоретический подход к пониманию правовой природы правотворчества как разновидности юридической деятельности. С комплексных позиций исследованы формы и виды правотворчества в Российс-

кой Федерации, даны правовые характеристики этим двум понятиям и их классификация. На основе анализа российского законодательства, актов федеральных органов государственной власти определены пути совершенствования правотворческой деятельности, что выразилось в составлении автором проекта федерального закона «О нормативных правовых актах».

Достоинством работы является то, что диссертантом затронут дискуссионный в теории права и государства вопрос о соотношении правообразования и правотворчества. Диссертантом формируются новые определения правотворчества и правообразования. В частности, правообразование предложено рассматривать как процесс естественного зарождения права, его развития, динамичность которого обеспечивается за счет социальных, экономических, политических и иных правообразующих факторов и целью которого является формирование права. Правотворчество представлено в качестве этапа правообразования, выступающего как организационно оформленная деятельность в основном государственных органов по выявлению потребностей в правовом регулировании общественных отношений с учетом сложившихся экономических, социальных, политических и иных закономерностей. Целью деятельности является создание норм права.

Отдельно автором исследуется дискуссионный в юридической литературе вопрос о правотворческой деятельности Конституционного Суда РФ, связанной с толкованием Конституции РФ и разрешением споров о праве; пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, касающейся разъяснений, которые в дополнение к законам служат правовым основанием для деятельности нижестоящих судов.

В диссертационном исследовании на соискание степени кандидата юридических наук **К.В. Соколова «Правительственная связь Российской империи: конец XVIII – начало XIX в.»** объектом изучения являются процессы организации и функционирования правительственной связи в России. Изучение объекта диссертационного исследования как совокупности процессов в сфере функционирования всех видов специальной связи для монархов, правящей политической элиты и правительства России позволяет подойти к концептуальному рассмотрению данного феномена в социальном, политическом и историко-правовом аспектах.

Новизна исследования состоит в том, что оно является первым в рамках истории отечественного государства и права комплексным изучением института правительственной связи Российской империи с конца XVIII до начала XX вв.

В диссертации анализируется развитие нормативной базы организации и функционирования правительственной связи, процесс ее реализации в условиях мирного и военного времени, рассматривается обусловленность основных направлений изменения законодательства о правительственной связи объективными потребностями государственного управления. В работе дано цельное представление о многогранности организации и основных функциях правительственной связи, определяется ее место в механизме государственных институтов России и сфере международного сотрудничества. Проведен детальный анализ порядка комплектования и прохождения фельдъегерской службы, правовое регулирование которой отражает специфику формирующегося института службы правительственной связи в целом.

Диссертационное исследование на соискание степени кандидата юридических наук **Р.М. -оглы Асланова «Становление вертикали власти в России: историко-правовой анализ»** является научной работой, в которой на основе исследований автора проведен историко-правовой анализ теоретических проблем укрепления вертикали власти в Российской Федерации, развития федеративных отношений и формирования правового института полномочных представителей Президента РФ в федеральных округах как составляющей механизма государства в объеме, достаточном для выработки научно обоснованных предложений и рекомендаций по развитию и укреплению государственности.

В диссертационном исследовании получены новые научные результаты, касающиеся практики упорядочения взаимоотношений субъектов Федерации, роли полномочного представителя Президента РФ в механизме федеративного государства, обеспечивающего системность государственного управления, и необходимые для обоснования развития законодательного процесса и укрепления государственности Азербайджанской Республики. Обоснован новый научный вывод о том, что для России с точки зрения исторической перспективы предпочтительной является конституционная федерация, исключающая право выхода из нее образующих ее субъектов и построенная по административно-территориальному принципу, что также может быть применимо для Азербайджана.

В диссертации сделан вывод о необходимости совершенствования законодательства в целях обеспечения стабильности федеративного устройства, определения порядка и процедур взаимоотношений между органами государственной власти федерации и ее субъектов.

## Сокращения, принятые в журнале

- АО** – акционерное общество  
**АПК** – Арбитражный процессуальный кодекс  
**БК** – Бюджетный кодекс  
**Ведомости СНД и ВС** – Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Суда  
**ГК** – Гражданский кодекс  
**ГОСТ** – Государственный образовательный стандарт  
**ГПК** – Гражданский процессуальный кодекс  
**ЕГЭ** – Единый государственный экзамен  
**ЖК** – Жилищный кодекс  
**ЖК** – жилищный кодекс  
**ЖСК** – жилищно-строительный кооператив  
**ЖНК** – жилищно-накопительный кооператив  
**КоАП** – Кодекс об административных правонарушениях  
**МВД России** – Министерство внутренних дел Российской Федерации  
**Минздравсоцразвития России** – Министерство здравоохранения и социального развития Российской Федерации  
**Минобразование России** – Министерство образования Российской Федерации  
**Минфин России** – Министерство финансов Российской Федерации  
**Минюст России** – Министерство юстиции Российской Федерации  
**МРОТ** – минимальный размер оплаты труда  
**НИИ** – научно-исследовательский институт  
**ОАО** – открытое акционерное общество  
**ОВД** – органы внутренних дел  
**ООН** – Организация Объединенных Наций  
**РПА** – Российская правовая академия  
**РСФСР** – Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика  
**РФ** – Российская Федерация  
**СЗ** – Собрание законодательства  
**СМИ** – средства массовой информации  
**СССР** – Союз Советских Социалистических республик  
**ТК** – Трудовой кодекс  
**УК** – Уголовный кодекс  
**УПК** – Уголовно-процессуальный кодекс

## Наши авторы

**Васильева Вера Игоревна** – аспирантка кафедры трудового права МГУ им. М.В. Ломоносова

**Гайнутдинов Равиль Камилевич** – директор филиала Института международного права и экономики им. А.С. Грибоедова (г. Мурманск), кандидат философских наук, доцент кафедры философии и социологии Мурманского государственного педагогического университета

**Илюшина Марина Николаевна** – доцент кафедры гражданского права РПА Минюста России, кандидат юридических наук

**Исмаилов Михаил Фиатович** – начальник отдела законодательства, банковской и внешнеэкономической деятельности Департамента экономического законодательства Минюста России

**Караваев Александр Федорович** – начальник кафедры психологии и педагогики Омской академии МВД России, кандидат педагогических наук, доцент

**Коршунов Николай Михайлович** – заведующий кафедрой гражданского и арбитражного процессуального права РПА Минюста России, заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор

**Косован Олег Александрович** – начальник Управления Федерального агентства специального строительства Российской Федерации, полковник, кандидат юридических наук

**Крохина Юлия Александровна** – проректор по научной работе, заведующая кафедрой финансового права РПА Минюста России, доктор юридических наук, профессор

**Пишита Александр Николаевич** – профессор кафедры медицинского права Российской

медицинской академии последипломного образования, доктор медицинских наук

**Певницкий Сергей Геннадьевич** – исполнительный директор НИИ нотариата Российской академии юридических наук, заместитель главного редактора журналов «Нотариус», «Бюллетень нотариальной практики», аспирант кафедры гражданского права РПА Минюста России

**Попов А.Н.** – доцент кафедры политологии и права Сибирского государственного технологического университета, кандидат юридических наук

**Протасов Валерий Николаевич** – профессор кафедры теории и истории государства и права РПА Минюста России, доктор юридических наук

**Серегин Виктор Иванович** – профессор кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики РПА Минюста России, доктор юридических наук

**Степенко Валерий Ефремович** – заместитель директора по информации и научной работе Тихоокеанского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент

**Федюнин Антон Евгеньевич** – кандидат технических наук, доцент кафедры оперативно-розыскной деятельности и специальной техники Саратовского юридического института МВД России

**Фомин Владимир Анатольевич** – аспирант кафедры финансового права РПА Минюста России

**Шкарлупина Галина Дмитриевна** – доцент кафедры истории России Армавирского государственного педагогического университета, кандидат исторических наук

**Ясинов Олег Юрьевич** – проректор по общим вопросам РПА Минюста России