

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Витушко В.А.

Исторические аспекты учения о сделках

Марюшкин М.Г.

О методологии юридических исследований

Решетова А.Е., Семенова Л.О. Подготовка кадров пенитенциарной системы в 20–30-х годах XX века

Танимов О.В.

Система юридических фикций в современном российском праве

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Горюнов В.В.

Проблемы закрепления суверенных прав Российской Федерации в конституционном законодательстве

Гришин В.В.

Сотрудничество муниципальных властей в Швеции

Кузнецов Д.С.

Современное состояние законодательства о регулировании муниципальных земельных отношений: проблемы и направления развития

Куликов М.Ю.

Классификация злоупотреблений избирательными правами

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Горелик А.П.

К вопросу о понятии и признаках юридической личности

Клочкова Е.Н.

Проблемы определения страхового случая по договору перестрахования

Корулина Ю.В.

Иск (заявление) прокурора в гражданском судопроизводстве – одна из форм государственной защиты прав граждан

Мананников О.В.

Наследование земельных участков и вещных прав на них в Германии

Марков П.А.

Правовые последствия приостановления производства по делу

Митричев И.А.

Некоторые вопросы содержания договора имущественного страхования

Нерсесян В.С., Чефранова Е.А.

Семейное право: либертарно-юридическая концепция

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Бахмудов З.Б., Джамалова Б.Б.

Некоторые факторы, способствующие росту экологической преступности и ее латентной разновидности (на примере незаконной добычи водных животных и растений)

Благодарь И.С.

Ответственность за фальсификацию доказательств в российском и зарубежном законодательстве

Гайнутдинов Д.Р.

Понятие «журналист» в статье 144 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов» Уголовного кодекса Российской Федерации

Магомедова Б.Б.

Незаконная добыча рыбы и других водных животных в системе экологических преступлений

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

Бывшева У.Б.

Проблемы, возникающие при решении вопроса об избрании меры пресечения

Мазюк Р.В., Усачев А.А.

Об осуществлении уголовного преследования в отношении конкретного лица на начальном этапе уголовного судопроизводства

Шибанова Е.В.

О структуре криминалистических методик расследования преступлений

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Исаева О.В.

Актуальные вопросы правового регулирования федеральной государственной

гражданской службы

Комиссарова М.В.

Финансово-правовое регулирование банковского надзора в сфере обязательного страхования вкладов

Тютин Ю.В.

Валютные операции по законодательству Российской Федерации

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Салманов Р.М.

Конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда: ограничение сферы применения

Сокращения, принятые в издании

Наши авторы

Вышли из печати

Исторические аспекты учения о сделках

В.А. Витушко

Современное понятие сделки, закрепленное ст. 154 ГК Республики Беларусь и ст. 153 ГК РФ, приобрело достаточно устойчивые признаки. Указанные нормы права определяют сделки как правомерные действия. Доктриной эти действия характеризуются еще и как волевые. Тем не менее содержание правовых понятий со временем меняется. По этому поводу О.С. Иоффе писал, что римская правовая терминология в эпоху глоссаторов приобретала новый смысл и новое содержание, что было обусловлено новым уровнем социально-экономического развития общества¹. Типичным примером является и различное понимание кабальной сделки в средневековом и современном гражданском праве. В условиях общепризнанной в Европе идеи о социальном государстве было бы интересно более подробно остановиться на некоторых исторических аспектах становления учения о сделках.

Прежде всего, важно выяснить, когда и как сформировалось понятие сделок. Исследователи отмечают, что понятие сделки было известно еще в древнеримском праве, где существовал специальный термин *negotium juris*. Однако М.М. Агарков указывал, что древнеримский термин *negotium* не является равнозначным современному значению понятия «сделка» в юридической терминологии. Римские юристы употребляли слово *negotium* для обозначения и судебного процесса, и торговли как промысла, а также возмездной сделки². Такой же вывод сделал и И.Б. Новицкий.

По свидетельству некоторых исследователей, впервые в юридической литературе понятие сделки (*negotium juridicum*) упомянуто в работе Неттельблада «Systema elementare universae jurisprudentiae privatae» 1749 г. И, хотя М.М. Агарков писал, что современное понятие сделки вошло в широкий оборот в XVIII в. под наименованием *actus juridicus*, что этот термин сохранился во французском юридическом языке (*acte juridique*),

тем не менее именно слово *negotium* используется в современных романоязычных странах для обозначения сделки. Утверждения, что в середине XVIII в. в ряде национальных систем права Европы пользовались терминами *actus juridicus* (лат.) и *acte juridique* (фр.), означавшими сделку в современном понимании данного слова, отвергались еще Д.И. Мейером, который писал, что юридическая сделка на французском языке обозначалась в то время словами *negoce de droit*³.

Очевидно, что юридическое понятие сделки в иерархии однородных правовых понятий занимает достаточно высокую степень. Так, на нижней и первой ступенях пирамиды правовых понятий должны находиться конкретные виды правовых действий, порождающих юридические права и обязанности типа мена, купля-продажа, наем и т.п. На второй ступени находится родовое понятие договора. И только затем стоит общее понятие сделки. Высшая форма абстракции в этой цепи – юридический факт, включающий в себя действия, в том числе сделки. Авторство на универсальное понятие договора, как известно, признается за глоссаторами (XII в.).

Римское право в этой части не оперировало такой универсальной терминологией. Так, договоры (*contractus*) согласно учению представителя поздней классической римской юриспруденции Гая группировались в четыре вида:

- о передаче вещи (реальные);
- совершаемые путем произнесения слов (вербальные);
- совершаемые путем составления документов (литеральные);
- согласованные (консенсуальные).

В связи с этим можно отметить следующие особенности понятийного юридического мышле-

¹ См.: Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000. С. 44.

² См.: Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. М.: Центр ЮриИнфоР, 2002. Т. 2. С. 333.

³ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. М.: Статут, 2000. С. 201.

ния древних римлян. Во-первых, обобщение (континуитет) понятий выходило только на вторую из указанных нами выше ступеней развития, да и то в достаточно утилитарном виде. Во-вторых, действие и воля не различались. Воля не рассматривалась как элемент сделки.

На протяжении всей истории развития древнеримского права мышление людей той поры не оперировало понятиями, связанными с социальными особенностями сделок, а тем более особенностями внутреннего мира человека. Все, что делал человек, объяснялось действием на него внешних сил, судьбы, богов. Субъективизм личности той поры носил натуралистический характер. Представлений о свободе воли и душе человека не было⁴. Поэтому для юриспруденции личная воля человека не существовала и не учитывалась ее влияние на права и обязанности субъектов правоотношений.

Формированию систематического учения о сделках в Древнем Риме мешали не только антропологические, но и правовые обстоятельства. Для раннего классицизма римского права с присущим ему индивидуализмом характерно было личное участие субъектов права в гражданском обороте⁵. Посреднические сделки и представительство возникли позднее под влиянием развития и интенсификации гражданского оборота. Соответственно, не было представлений о различиях воли принципала и доверенного лица, а также не выводились понятия односторонних и двусторонних сделок, различаемых по критерию воли⁶.

В отечественной романистике считается, что древний глагол *contrahere* (стягивать) был синонимом глаголов *obligare*, *adstringere* и относился не только к договорам, но и ко всем обязательствам, в том числе и деликтам⁷. Такое состояние этимологии понятий объективно показывало многофункциональную природу отражаемых ими правовых явлений. Однако глагол «стягивать» заслонял волевой характер сделок и не позволял рассматривать согласование воли как признак понятия договора и сделки.

Еще в XII в. в период Ренессанса, развивая учения о договоре, глоссаторы рассматривали его как разумное основание возникновения прав, но не как согласование интересов. В ту эпоху разгула субъективизма и индивидуализма не могло идти речи о согласовании действий различных лиц, особенно разделенных на соци-

альные классы и прослойки. Культура Европы для этого еще не созрела.

С XIII в. благодаря движению канонистов, проповедовавших идеи об обязательной силе одного факта соглашения, родились представления о договоре как разумном компромиссе, соглашении. Принцип *solus consensus obligat* («соглашение как таковое порождает обязательство») окончательно утвердился лишь в конце XVI в.

Было и еще одно обстоятельство познавательного свойства. После распада Римского государства Кодекс Юстиниана и римское право были утрачены для Западной и Восточной Европы, они развивались своим путем. И лишь с XII в., когда первый глоссатор Ирнерия случайно обнаружил тексты римского права, они получили известное применение. Поэтому последовательного развития права и теории сделок не могло быть в Европе.

В Средние века способность порождать права и обязанности, как правило, признавалась только за договорами и деликтными действиями. Согласно либералистской теории, лежавшей в основе ГК Франции 1804 г., одностороннее действие не способно обязать перед кем-нибудь ни того, кто его совершает, ни тем более других лиц. В противном случае ущемлялись бы личные свободы и того, и другого. И только позднее, в период социализации права, стала признаваться возможность лица, совершающего сделку, односторонне обязать себя юридически перед кем-нибудь в силу одного своего желания.

Важнейшим обстоятельством, формирующим сложную природу сделки, является ее понимание как фактического действия с набором таких составляющих ее элементов, как физиологическое проявление воли (медицинский аспект сознательности ее совершения) с одной стороны и акт интеллектуального свойства, отражающий способность лица понимать значение своих действий и руководить ими, – с другой. Однако аспект социального свойства, определяемый тем, что воля проявляется всегда в рамках действия семейной, корпоративной, государственной и иной коллективной воли, не учитывается. Хотя о коррекции индивидуальной воли волей даже случайной толпы писал еще З. Фрейд.

К сожалению, социальный аспект проявления воли и соответствующие проблемы действительности сделок еще не получили должного внимания в отечественной судебной практи-

⁴ См.: Лосев А.Ф. *История античной эстетики. Поздний эллинизм*. М.: Искусство, 1980. С. 152, 173–174, 266.

⁵ См.: *Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского*. М.: Юрист, 1996. С. 7.

⁶ См.: Там же. С. 363–364.

⁷ См.: Там же. С. 314.

ке, которая в значительной мере, если не целиком, зависит от медицинских судебно-психиатрических экспертиз при исследовании волевого элемента сделок.

Общие положения понятийного характера о действиях, направленных на возникновение и прекращение гражданских прав, появились впервые в Прусском земском уложении 1794 г. Пандектное право к концу XIX в. дало ГГУ 1896 г., где впервые законодательно было закреплено специальное учение о сделках наиболее полно⁸.

В других правовых системах разработка темы велась в рамках договорно-обязательственного права и по узким направлениям. Гражданский кодекс Франции 1804 г. не выделял общих положений о сделках. Теория сделки возникает во французской юридической науке в трудах Салейя (1906 г.) и других ученых в конце XIX – начале XX вв. В России теорию сделки хорошо знал и применял еще А.Н. Радищев (XVIII в.), а на уровне сенатской практики она широко применялась с середины XIX в. В Англии и США общие положения о сделках и соответствующая теория стала развиваться с 20-х гг. XX в. Поэтому возникновение научного правового понятия сделки следует относить к XVIII–XIX вв.

Сегодня в понятие соглашения мы включаем солидарную волю. Для понятия договора существенным признаком является выражение соглашения в указанном его смысле. А для сделки как родового понятия главный признак – это проявление той же солидарной воли, которую можно выразить и одному лицу.

Договорное право ЕС учитывает не только личную внутреннюю и внешнюю волю участника сделки, но и то, как ее мог понимать контрагент

с точки зрения понимания обществом разумности поведения⁹.

Вопрос разъединения и соединения актов социального действия и воли порождает не только проблему понятия, но и проблему соотношения воли и волеизъявления при определении силы сделки. Исторически здесь известны два подхода. Либерализм исходил из примата внутренней воли человека, совершающего сделку. Однако практика стала свидетельством того, что внутренняя воля порой проявляется вовне в искаженном виде. Таким образом, обнаружилась коллизия, которая формулировалась как коллизия между волей и волеизъявлением. Поэтому социалисты пошли по пути другой крайности, отдавая приоритет волеизъявлению¹⁰. Современные подходы не основываются на противопоставлении указанных позиций. Решения находят на базе сбалансированного их сочетания. На действительность сделок также оказывают влияние гуманистические требования, цели сделок (ст.ст. 171, 401, 439 ГК Белоруссии; ст.ст. 170, 431, 465 ГК РФ и др.). Важная роль при этом отводится принципам права.

Таким образом, воля в современном гражданском праве – это сложное социально-биологическое явление, означающее способность реализовать права и обязанности с учетом личных и социальных интересов, требований разумности, добросовестности и справедливости. Действительная, непорочная воля должна базироваться на балансе противоположных мотивов, интересов и иных социальных обстоятельств.

В связи с этим можно говорить и о сложной социально-биологической природе вины в гражданском праве. Однако это уже вопрос, требующий отдельного изучения.

⁸ См.: Большая энциклопедия / Под ред. С.Н. Южакова и П.Н. Милюкова. СПб.: Просвещение, 1896–1904. Т. 17. С. 201.

⁹ См.: Мазаев Р.И. Особенности регулирования заключения договора «Принципами европейского договорного права» // Международное публичное и частное право. 2004. № 2. С. 45.

¹⁰ См.: Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. Т. 1. С. 331.

О методологии юридических исследований

М.Г. Марюшкин

В настоящее время ряд исследователей в области юридических наук полагает, что настало время создать «новый каркас» теории права¹. Однако некоторые юридические исследования недостаточно философски обоснованы. Более того, прямо указывается, что философские постулаты не могут служить методологической основой для исследований в данной области².

На наш взгляд, эта позиция требует коррекции. Этому должен содействовать тщательный анализ содержания и объема основополагающих философских категорий. Прежде всего это касается структурного ряда понятий: отношение, связь, активность, поведение, деятельность. Излагаемая позиция далека от утверждения, что какие-то правовые категории требуют коренного пересмотра. Речь идет только об уточнении содержания и определения соотношения этих понятий.

Исходной является категория «отношение». Она обозначает фундамент строения нашего мира, форму его бытия. Поскольку в мире существует (бытийствует) бесчисленное число объектов, то они не просто существуют, а существуют совместно, т.е. сосуществуют. Это совместное бытие (со-бытие) и обозначает понятие «отношение». Свое толкование на этот счет Аристотель выразил следующим образом: «*Соотнесенные между собой [стороны], надо полагать, по природе существуют вместе*» (курсив мой. – М.М.)³. Далее он уточняет, что это верно в большинстве случаев, кроме отношений предметов и знаний о них. Отношения «самого по себе» не существует, оно всегда подразумевает наличие, по крайней мере, двух объектов.

Таким образом, «отношение» – это категория, обозначающая различные виды совместного существования объектов любой природы. Видами

совместного существования объектов по признаку наличия их влияния друг на друга выступают связь (зависимость) и обособление (разграничение, т.е. независимость). Поскольку деление дихотомическое, то других видов здесь просто не может быть.

Смысл понятия «связь» дал также Аристотель. «Соотнесенным называется то, о чем говорят, что то, что оно есть, оно *есть в связи с другим или находясь в каком-то ином отношении к другому*» (курсив мой. – М.М.)⁴. Здесь ясно указывается, что связь выступает одним из видов отношений. «Связь» (зависимость) – это отношение, при котором наличие и изменение одного объекта влияет (воздействует) на изменение другого объекта. «Связь – взаимообусловленность существования явлений, разделенных в пространстве и (или) во времени»⁵. Обособленность (независимость) – отношение, при котором наличие и изменение одного объекта не влияет (не воздействует) на изменение другого объекта.

Заметное изменение состояния объекта внешне воспринимается как активность. Другими словами, связь и активность соотносятся как сущность и явление. Поэтому связь следует понимать как отношение активности, а обособленность – как пассивность. Иначе говоря, активность есть проявление связи (зависимости), а пассивность демонстрирует обособленность, отсутствие зависимости (или подавление ее другой, большей зависимостью) в отношениях конкретных объектов, т.е. необходимость активности диктуется наличием зависимости. Эти отношения имеют место и в живой, и в неживой при-

¹ См., напр.: Шагиева Р.В. Концептуальные основы теории правовой деятельности: Монография. М.: РПА МЮ РФ, 2005. С. 4.

² См.: Там же. С. 73, 79.

³ Аристотель. Сочинения: В 4 т. М., 1978. Т. 2: Категории. С. 69.

⁴ Там же. С. 66.

⁵ Философский энциклопедический словарь / Под ред. Л.Ф. Ильичева, П.Н. Федосеева, С.М. Ковалева, В.Г. Панова. М.: Советская энциклопедия, 1983. С. 598.

роде⁶. Для живых существ их подвижность как форма активности приобретает особое значение, выступая фактором выживания⁷. Активность живых существ вызывается их зависимостью от ресурсов окружающей среды, с которой они вынуждены обмениваться веществом и энергией для поддержания жизни.

В социальной сфере отношения делятся на различные виды активности и пассивности людей. Активность людей воспринимается в виде различных действий, которые, с одной стороны, порождаются зависимостью людей друг от друга, а с другой – сами порождают новые связи. Такой подход фактически используют некоторые правоведы⁸, однако очень часто ведется речь о возникновении и исчезновении правоотношений. В соответствии с данным выше определением понятия «отношение» правоотношения между объектами имеют место всегда, пока существуют объекты, а не возникают или исчезают под влиянием каких-то факторов⁹. Поэтому в обществе возникать или не возникать, развиваться и исчезать могут не правоотношения (раз возникнув, они могут теперь исчезнуть только вместе с людьми), а связи (зависимости) между субъектами права. Ведь люди в цивилизованном обществе от рождения до смерти являются субъектами правоотношений. А если быть более точным, то придется отметить распространение правоотношений и на еще не родившийся плод, и на уже умершего человека.

В философской и правоведческой литературе десятки лет используются понятия «деятельность» и «поведение». Однако очевидно, что четкое разделение этих понятий и их четкое соотношение с понятием «активность» не осуществлено. Обратимся к наиболее распространенному определению. «Деятельность – специфически человеческая форма активного отношения к окружающему миру, содержание которой составляет его целесообразное изменение и преобразование»¹⁰. Отметим, что здесь, на наш взгляд, справедливо только то, что понятия «деятельность» и «активность» соотносятся как вид и род, а видо-

вые отличия деятельности указаны неверно. Тем не менее в соответствии с правилами логики необходимо указывать понятие, которое обозначает другие виды активности живых существ, в том числе и человека, которые не охватываются понятием деятельность. Таким понятием является «поведение»¹¹. Для исключения пересечения объемов понятий «деятельность» и «поведение» нужно четко указывать их видообразующие признаки. Судя по приводимым определениям деятельность от поведения отличает целесообразное преобразование окружающего мира. Иначе говоря, получается, что если субъект осуществляет ожидаемое обществом поведение, то оно не целесообразное и не связано ни с каким преобразованием. Конечно, такие рассуждения ошибочны. Следовательно, необходимо указывать другие отличительные признаки. В правовой сфере потребность в четком определении указанных понятий актуальна. Иначе закономерно возникает вывод, что «перенесение различий в понимании категорий «деятельность» и «поведение» в философской и психологической науке на правовую сферу оказывается малоэффективным, поскольку все те действия и бездействия, которые имеют правовое значение, с точки зрения этих определений, одновременно могут быть названы и поведением, и деятельностью»¹². В высказанной позиции обращают на себя внимание, по крайней мере, два аспекта. Во-первых, утрата методологической функции философской и психологической наукой в отношении правовой сферы. Во-вторых, связывание понятия «действие» с понятием «деятельность», а понятия «бездействие» с понятием «поведение». На наш взгляд, и то, и другое – ошибка, что является результатом нерешенности указанной выше задачи.

Попытаемся еще раз проанализировать видообразующие признаки обсуждаемых видов активности. Ясно, что и поведение, и деятельность человека осуществляются целесообразно, возможно в разной степени, но разумно, интеллектуально. В своих характерных чертах виды человеческой активности во многом совпадают¹³. В при-

⁶ Различные объекты неживой природы могут характеризоваться такими свойствами, как сейсмическая активность, радиоактивность, оптическая активность и т.п. К примеру, оптическая активность – это «свойство ряда веществ (сахара, скипидара и др.) вызывать поворот плоскости поляризации проходящего через них света». См.: Словарь иностранных слов. 8-е изд., стереотип. М.: Русский язык, 1981. С. 23.

⁷ См.: Еникеев М.П. Психологический энциклопедический словарь. М., 2006. С. 8.

⁸ См., напр.: Шагиева Р.В. Концепция правовой деятельности в современном обществе. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2005. С. 145.

⁹ См.: Аристотель. Сочинения: В 4 т. М., 1976. Т. 1: Метафизика. С. 296.

¹⁰ Философский энциклопедический словарь / Под ред. Л.Ф. Ильичева, П.Н. Федосеева, С.М. Ковалева, В.Г. Панова. С. 151.

¹¹ См.: Там же. С. 504.

¹² Шагиева Р.В. Концепция правовой деятельности в современном обществе. С. 48.

¹³ См.: Еникеев М.П. Указ. соч. С. 315.

водимом перечне только одна черта существенно отличает поведение от деятельности. При интеллектуальном поведении индивид «осуществляет систему исполнительских действий»¹⁴. На наш взгляд, именно исполнительность отличает социальное поведение от деятельности. В более широкой, природной сфере индивид вынужден следовать «указаниям» уже не только других людей, но и законов биологических, физических и др., что и составляет поведение в широком смысле. Деятельность же заключается в том, что человек, опираясь на познание объективных законов мира, строит собственную (автономную) программу действий. А социальное поведение означает реализацию (исполнение) программы действий, которая построена другими людьми. Такой подход уточняет определение, данное В.Н. Сагатовским: «Деятельность есть саморазвивающаяся система активных отношений субъектов к объекту и друг другу, опосредованное средствами воздействия и программами (автономными программами – М.М.)»¹⁵.

Существуют многообразные классификации форм деятельности, точнее активности. Одна из них – деление по признаку наличия творческого характера в ней. Здесь выделяют два вида: репродуктивная деятельность (поведение), которая направлена на получение уже известного результата известными уже средствами, и продуктивная деятельность, или творчество, связанное с выработкой новых целей и средств или с достижением известных целей с помощью новых средств¹⁶. Совершенно очевидно, что творчество составляет меньшую часть активности любых индивидов, в какой бы то ни было сфере. В основном же реализуется исполнительская активность, т.е. поведение. Поведение или исполнительство точнее, на наш взгляд, отражает эту форму активности, чем репродукция. Ведь в сфере, например, политических отношений часто приходится действовать при отсутствии реального предмета репродукции. Иначе говоря, индивиды и общности нередко вынуждены выполнять указания, которые являются результатом текущего, актуально совершающегося творчества (деятельности) руководителя.

Таким образом, предлагаются следующие определения. Деятельность – это творческая активность субъекта. Поведение – это исполнительская активность субъекта. Представляется, что в

правовой сфере такое понимание данных категорий открывает новые возможности для оценки действий и бездействий как творцов (организаторов), так и исполнителей чьих-либо программ. В этом смысле правовое поведение понимается как активность, осуществляемая в соответствии с правом, законопослушное поведение – в соответствии с законом. Определение понятия «правовая деятельность»¹⁷, на наш взгляд, соответствует представленному здесь подходу. В целом для исключения ошибок при отсутствии дополнительного анализа вместо повсеместного использования понятия «деятельность» (в том числе «правовая деятельность») корректнее было бы использование понятия «активность» (в том числе «правовая активность»).

Противоправная (с точки зрения общества) активность индивидов и групп ими самими как сознательными субъектами основывается на собственном понимании справедливости, т.е. их частного права. И в этом смысле одни творят, организуют события по своему усмотрению, т.е. осуществляют противоправную деятельность, другие идут «на поводу», выполняют указания, т.е. осуществляют противоправное поведение. А возможна и противоправная пассивность, т.е. противоправное бездействие, когда не осуществляются предписанные нормами права действия.

Необходимо подчеркнуть, что в приведенной классификации отношений понятия «поведение» («исполнительское действие») и «пассивность» («бездействие») обозначают явления разного уровня. Поэтому пассивность не может выступать частью одного из видов активности, которая является для нее антиподом. К такому выводу приводят логические правила деления понятий. Однако в правовой сфере существует традиция использовать понятие «деяние», которое «включает в себя две основные формы преступного поведения: *действие* и *бездействие*»¹⁸. Однако с точки зрения логики приведенных рассуждений бездействие не является формой поведения вообще и преступного в частности. Да и с точки зрения русского языка содержание понятия «деяние» некорректно. С.И. Ожегов определяет «деяние» как «действие, поступок»¹⁹, а «действие» – это проявление какой-то энергии²⁰. В.И. Даль объясняет родственные слова в том же смысле: «дей» – это совершитель (добродей, зло-

¹⁴ Еникеев М.П. Указ. соч.

¹⁵ Сагатовский В.Н. Деятельность как философская категория // *Философские науки*. 1978. № 2. С. 54.

¹⁶ См.: *Новая философская энциклопедия: В 4 т. М., 2000. Т. 1. С. 633.*

¹⁷ См.: Шагиева Р.В. Концепция правовой деятельности в современном обществе. С. 84–85.

¹⁸ *Юридический энциклопедический словарь / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2006. С. 174.*

¹⁹ Ожегов С.И. *Словарь русского языка. М., 2006. С. 160.*

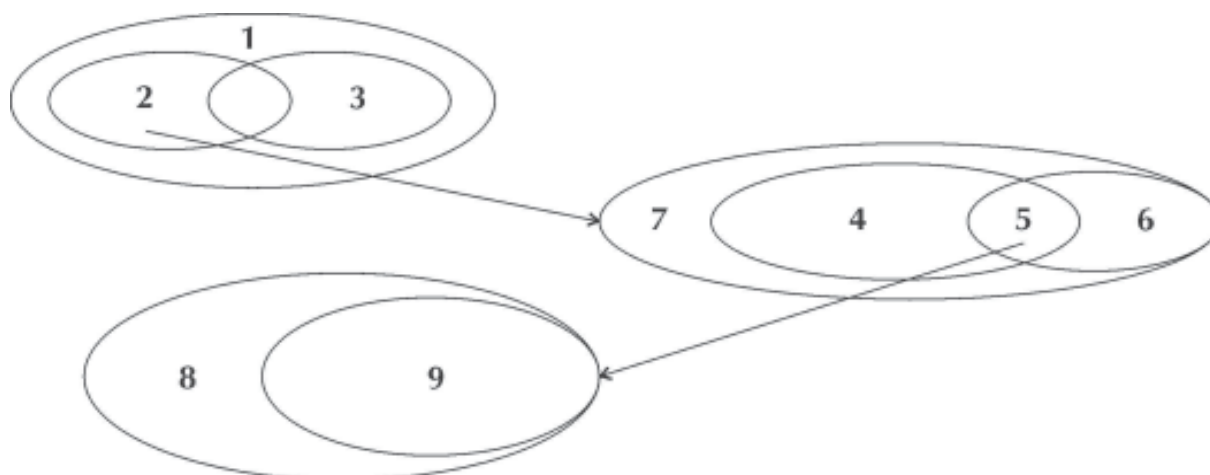
²⁰ См.: Там же. С. 154.

дей, лиходей); «дея» – это дела, что делалось²¹. Данная позиция фактически находит отражение и в работах некоторых правоведов²².

В юридических исследованиях представлена проблема обозначения одним понятием всех действий: как правовых, так и противоправных. На наш взгляд, здесь можно было бы использовать понятие «социальная активность». Однако этот термин в настоящее время некорректно используется для обозначения степени, показателя включения личности в решение общественных задач. Если степень включения низкая, то говорят о социальной пассивности, т.е. о крайне слабо выраженной человеческой деятельности²³. Здесь та же ошибка, что рассматривалась выше. Иначе говоря, личную активность, пусть и низкого уровня, обозначают как пассивность, а это – смешение сущностей. «Активность» и «пассивность» – противоречащие понятия, обозначающие несовместимые в одном и том же отношении явления. Во-первых, в обсуждаемом случае уместно понятие «интенсивность», т.е. степень напряжения сил²⁴. Во-вторых, активность (все-таки интенсивность) является не качественной характеристикой социальной деятельности, как считают многие авторы юридических исследований, а количественной характеристикой. В соответствии с теорией диалектики если некоторые изменения не превысили

меры, то смены качества не наступает. А смена качества – это отрицание деятельности (в данном случае точнее будет сказать активности), т.е. бездействие. Здесь одно из двух: или для одного и того же субъекта в одном и том же отношении наличествует социальная активность различной интенсивности, или ее нет, а наличествует социальная пассивность. Социальная пассивность отсутствует, пока наличествуют хоть какие-то социальные действия субъекта. Поэтому не социальная активность выступает разновидностью правомерного поведения, а, наоборот, правомерное поведение должно восприниматься как разновидность социальной активности. Не может родовая сущность выступать видовым признаком у своего же вида, как не может учебное заведение стать разновидностью вуза.

В заключение предлагаем классификацию рассмотренных и смежных понятий, изображенную в виде кругов Эйлера. Эта классификация предназначена для оценки бытия личности как носителя субъективных прав и юридических обязанностей. За основу взяты противоправные явления, так как, по нашему мнению, юридические исследования имеют цель прежде всего способствовать выполнению государственными органами функций контроля и удержания общественных отношений в рамках права.



- 1 – множество отношений;
- 2 – социальные отношения;
- 3 – связи (зависимости), которые проявляются как активность;
- 4 – противоправное бездействие (пассивность);
- 5 – противоправная активность;

- 6 – все остальные виды активности, в том числе правовая активность;
- 7 – все остальные социальные отношения, в том числе правовые;
- 8 – противоправное поведение;
- 9 – противоправная деятельность.

²¹ См.: Даль В.И. Большой иллюстрированный толковый словарь русского языка: современное написание. М., 2006. С. 55.

²² См.: Шагиева Р.В. Концепция правовой деятельности в современном обществе. С. 99–101.

²³ См.: Михалкин Н.В. Человек как субъект деятельности // Введение в обществознание: Учеб. пособие / Под ред. В.П. Лютотова, Б.Н. Малькова, Н.В. Михалкина и др. М., 2002. С. 41.

²⁴ См.: Словарь иностранных слов. С. 201.

Подготовка кадров пенитенциарной системы в 20–30 годах XX века

А.Е. Решетова, Л.О. Семенова

После октябрьских событий 1917 г. начинается процесс выстраивания новой системы государственного управления. Отсутствие теоретического и практического опыта решения новых задач в области уголовной и пенитенциарной политики, а также ограниченные возможности использования старых специалистов в силу ярко выраженной классовой направленности карательно-репрессивных органов обусловило использование государством системы исполнения наказаний в основном без серьезных изменений.

Одним из важнейших вопросов был вопрос о кадрах. Кадровая политика базировалась на ленинских принципах. Еще в первые годы существования советского государства В.И. Ленин подчеркивал, что «мы пришли к тому, что гвоздь положения в людях, в подборе людей»¹, что необходимо «центр тяжести перенести на подбор людей, на проверку практического исполнения»².

На этой же основе строились и ленинские принципы кадровой политики: необходимо подбирать кадры исключительно по морально-политическим и деловым качествам; внимательно и всесторонне изучать людей на практической работе; выдвигать на ответственные посты и участки лучших, испытанных работников; правильно сочетать в аппарате управления старых и молодых кадров, последовательно соблюдать принцип преемственности в работе; активнее использовать школу практической деятельности для подготовки и идейной закалки кадров; воспитывать работников в духе партийной, моральной чистоты, стойкости, творческой инициативы и высокой личной ответственности за порученное дело; проявлять заботу о кадрах и создавать условия для их творческой деятельности. Основополагающие требования к кадрам государственного аппарата выражены в ленинской формуле, указывающей на необходимость оценивать кандидатов на государственные должности «...а) с точки зрения добро-

совестности, б) с политической позиции, в) знания дела, г) администраторских способностей...»³.

Слом старой тюремной системы требовал от аппарата мест заключения не только уяснения сущности новых юридических актов, но и правильного их применения. Для этого необходимо было изучать новое законодательство. О том, какое значение придавалось этому со стороны руководства НКЮ РСФСР, свидетельствует тот факт, что даже в годы Гражданской войны и интервенции (1918–1919 гг.) по его указанию организуются первые краткосрочные курсы в Москве и в некоторых губерниях.

Закрепление кадров создавало объективные предпосылки для более интенсивного проведения начатой реорганизации тюремной системы, но этого было недостаточно. Требовалось разработать и реализовать общий план преобразования тюремного дела, согласовав его с действующим уголовным законодательством.

Важность проводимых преобразований в местах заключения требовала стабилизации кадров, повышения авторитета работников. Серьезные усилия прилагались для повышения кадрового потенциала посредством регулирования использования специалистов из числа служащих старого тюремного ведомства, привлечения новых кадров, повышения их профессионального уровня и предоставления им определенных льгот. Существовавшие трудности комплектования кадров администрация отдельных мест заключения пыталась преодолеть за счет назначения на должности надзирателей положительно характеризующихся осужденных, а то и возложения на них функций по охране территории места лишения свободы.

В середине 20-х гг. XX в. началась целенаправленная подготовка специалистов для мест

¹ Ленин В.И. XI съезд РКП(б) // Полн. собр. соч.: В 55 т. 5-е изд. М.: Госполитиздат, 1958. Т. 45. С. 110.

² Там же. С. 116.

³ Он же. Телеграмма Н.М. Книповичу // Полн. собр. соч.: В 55 т. Т. 53. С. 97.

лишения свободы. Московские пенитенциарно-педагогические курсы открылись 27 февраля 1926 г. Занятия проходили дважды в неделю. Курс составлял три месяца. Общее количество слушателей – 80 человек. Основные задачи курсов были следующие: а) сообщить необходимый запас пенитенциарно-педагогических знаний и профессиональных навыков всем работающим в местах заключения работникам; б) углубить и расширить на основе новейших методологических достижений советской пенитенциарной науки и педагогики их общее образование и общественно-политическое развитие в целях наибольшего овладения избранной специальностью. В преподавании участвовали работники Наркомпроса, что обеспечивало перенесение методических достижений педагогики в практику организации воспитательного процесса с заключенными. Многие прочитанные лекции послужили основой позднее опубликованных работ и получили достаточно широкое распространение в местах лишения свободы.

Стремление Главного управления мест заключения (далее – ГУМЗ) НКВД РСФСР добиться улучшения качественного состава кадров заставляло искать различные пути решения этой проблемы. Поэтому отнюдь не случайно в октябре 1925 г. руководство ГУМЗ обратилось с письмом к декану факультета советского права 1-го Московского государственного университета с просьбой решить вопрос о направлении студентов старших курсов на три-шесть месяцев для работы по учебно-воспитательной части мест заключения. Такое согласие было получено, и студенты проходили практику и занимались исследовательской работой.

К 1925 г. относится и организация подготовки сотрудников мест заключения в учебных заведениях. Так, в Хабаровске на младшее отделение милицейской школы среднего командного состава были приняты 11 курсантов из числа рекомендованных на учебу руководством мест лишения свободы. На старшем отделении из них была сформирована отдельная группа, и в течение шести месяцев с ними велись занятия по специальной программе. Теоретические занятия сочетались с прохождением тактики в краевом изоляторе специального назначения. Педагогическим советом выпускники были признаны подготовленными по пенитенциарным вопросам и получили назначение на руководящие должности.

Вопросы улучшения качественного состава кадров нашли отражение в постановлении ВЦИК РСФСР и СНК РСФСР от 26.03.1928 «О карательной политике и состоянии мест заключения», где отмечалось, что администрация, учебно-воспитательный персонал и надзиратели не удовлетворяют предъявляемым требованиям; предлага-

лось разработать мероприятия по улучшению качественного состава кадров мест заключения. В решении поставленной задачи активное участие принимал профессор Ю.Ю. Бехтер. В своих работах он неоднократно предпринимал попытки определить требования к педагогу-пенитенциаристу, в полном объеме они были изложены на Всесоюзном совещании пенитенциарных деятелей в 1928 г. В выступлениях других участников совещания подчеркивалось, что эффективность деятельности исправительно-трудовых учреждений находится в прямой зависимости от уровня подготовленности руководящего состава. В принятой на совещании резолюции ставилась задача организации подготовки руководящего состава на высших пенитенциарных курсах.

Выполняя требование названного постановления и резолюции совещания пенитенциарных работников, ГУМЗ НКВД поставил перед руководством 2-го Московского государственного университета вопрос о включении с осени 1928 г. в учебный план педагогического факультета пенитенциарного права и организации кафедры пенитенциарии. Правление 2-го Московского государственного университета, рассмотрев обращение ГУМЗ, решило ввиду отсутствия специальных учреждений, готовящих педагогов-пенитенциаристов, и необходимости подготовки таких специалистов ввести в учебный план в качестве факультативных курсы пенитенциарного права и основ организации культурно-просветительной работы в местах заключения с практикумами. Одновременно ГУМЗ рекомендовалось организовать курсы повышения квалификации персонала учебно-воспитательных частей с помощью педагогической секции отдела вузов Главпрофобра. Руководство ГУМЗ НКВД это решение не удовлетворило, и оно внесло замечания и предложения: на правовых факультетах предусмотреть специальный цикл дисциплин для лиц, направляемых в места заключения; осуществить замену администрации исправительно-трудовых учреждений теоретически подготовленными кадрами; довести общее количество лиц, считая начальников мест заключения и их помощников, до 1 тыс. человек; подготовить специалистов с технико-производственной и экономической подготовкой для рабочих частей – 50–60 человек.

Таким образом, руководство ГУМЗ НКВД фактически сформулировал кадровую политику на ближайшую перспективу и создало предпосылки повышения теоретической подготовки служащих мест заключения.

С осени 1929 г. в Москве начали работать Высшие курсы по подготовке старшего начальствующего состава милиции и исправительно-тру-

довых учреждений. Слушатели курсов по исправительно-трудовому делу делились на два отделения: административное и педагогическое. На административном отделении готовился командный состав – помощники начальников административных отделов по местам заключения, начальники и их помощники по административной работе и хозяйственной части. На педагогическом отделении готовились заведующие учебно-воспитательными частями, их заместители, библиотекари и заведующие клубами мест заключения.

В начале 30-х гг. XX в. в исправительно-трудовых колониях и лагерях уделялось большое внимание решению вопросов подбора кадров, их расстановки, воспитания и обучения. Важной мерой для организации кадровой работы в исправительно-трудовом учреждении стало утверждение постановлением ВЦИК РСФСР и СНК РСФСР от 10.09.1931 нового Устава службы в исправительно-трудовом учреждении РСФСР, действие которого распространялось на лиц административно-хозяйственного и оперативно-государственного состава.

По штатному расписанию в исправительно-трудовых лагерях только высший руководящий состав замещался аттестованными сотрудниками. На эти должности назначались выпускники специальных школ ОГПУ (НКВД), в том числе выпускники Центральной школы ГУЛАГа. На всех остальных административно-хозяйственных должностях, инженерно-технических и иных использовались заключенные из числа специалистов, часть из которых проходила подготовку на специально организованных курсах.

Наличие значительного числа заключенных и бывших заключенных в учетно-распределительных службах – результат сложившейся практики. Только в октябре 1939 г. была поставлена задача

обратиться за помощью в райкомы и обкомы ВКП(б), ВЛКСМ, а также в ближайшие городские и районные комитеты партии и комсомола по вопросу оказания помощи в укомплектовании учетно-распределительных отделов лагерей. О том, какое значение придавалось укреплению указанных аппаратов, свидетельствует и решение Политбюро ЦК КП(б) Украины, в соответствии с которым для укомплектования лагерей,строек ГУЛАГа работниками учетно-распределительных и культурно-воспитательных отделов областными комитетами партии было выделено 1 тыс. коммунистов и комсомольцев, подлежащих направлению на работу после обучения на специальных курсах. В частности, в июле 1940 г. состоялся первый выпуск работников учетно-распределительных отделов Киевских курсов ГУЛАГа в количестве 324 человек.

Если оценивать систему подготовки персонала для пенитенциарных учреждений России в 20–30 гг. XX в., то следует отметить, что едва ли не решающим условием создания основ советской УИС стало то, что она создавалась не на пустом месте, а в значительной мере восприняла и адаптировала дореволюционные организационно-правовые, материальные институты и структуры. Пенитенциарным системам и учреждениям в силу их сущностно-функциональных характеристик и параметров свойственна определенная статичность, они менее других звеньев государственного механизма подвержены радикальным изменениям и трансформациям. Если не принимать во внимание идеологическую составляющую, то в целом можно признать, что кадровая политика в сфере подготовки кадров пенитенциарной системы советского государства была не лишена некоторой рациональности, но все же носила не системный характер.

Система юридических фикций в современном российском праве

О.В. Танимов

Значение фикций в современном праве мотивируется так же, как 50 лет назад: именно доктринальное и судебно-практическое толкование, осуществляемое при помощи системы специальных средств юридической техники, в том числе и фикций, имеет своей задачей поддержание гармонии между законом и жизнью.

Понятие «фикция» имеет три основных смысловых значения: общеупотребительное, философское и правовое. В общеупотребительном значении понятие «фикция» представляет собой вымышленное положение, построение, не соответствующее действительности, используемое как действительное с какой-либо целью¹. В философском (логическом) понимании фикция – образование, формирование, создание в смысле выдумывания, мнимое, ложное, вымышленное, нечто несуществующее².

Юридическая фикция – установленное законом или иным юридическим актом положение, противоречащее объективной действительности³.

Таким образом, фикция во всех значениях есть положение, не соответствующее действительности, заведомо ложное; для юридической же фикции, помимо прочего, характерно закрепление ее в нормативном материале.

В связи с тем что в рамках одной статьи невозможно проанализировать все существующие на сегодня точки зрения относительно понятия «юридическая фикция», ограничимся рассмотрением некоторых, на наш взгляд, наиболее интересных из них.

Так, К.К. Панько предлагает определить юридическую фикцию как «один из приемов законодательной техники, состоящей в признании существующим несуществующего и обратно, а

также свойство нормы права не соответствовать потребностям общества в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности»⁴.

Юридическая фикция трактуется так же, как и «всякое предположение, которым прикрывают или стараются прикрыть тот факт, что правило закона подверглось изменению, то есть, что его буква осталась прежней, а применение изменилось»⁵. Ее предназначением в этом случае считается способность фикции представлять (замещать) истинное, а не обнаруживать его в действительности.

Для того чтобы выработать более общее определение юридической фикции, рассмотрим ее в качестве приема законодательной техники. В самом широком смысле техника – это приемы непосредственного воздействия на тот или иной предмет (объект) с целью создания или преобразования чего-либо. Законодательная техника – это методические приемы работы над текстом нормативного акта, правила его составления и оформления. Она должна обеспечивать максимально полное и точное соответствие формы нормативных актов их содержанию, а также доступность, простоту, исчерпывающий охват регулируемых вопросов. Однако понятие «законодательная техника» имеет и более узкий смысл – лишь как стадия технического построения нормы с присущими ей техническими приемами и средствами⁶. Одним из таких приемов (средств) и является фикция.

Фикция как прием необходима законодательной технике, которая без нее не может обойтись именно в силу ее исключительности. Фик-

¹ См.: *Словарь русского языка: В 4 т. М., 1961. Т. 4. С. 717.*

² См.: *Логический словарь-справочник. М., 1975. С. 395.*

³ См.: *Юридический словарь: В 2 т. М., 1956. Т. 2. С. 578.*

⁴ Панько К.К. *Юридические фикции в современном российском праве // Проблемы юридической техники: Сб. ст. / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 461.*

⁵ Мэн Г.С. *Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873. С. 21.*

⁶ См.: *Проблема юридической техники в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве: Сб. науч. ст. Ярославль, 1966.*

цию как прием используют только тогда, когда другие средства и приемы в достижении законодательной цели не эффективны. Фикции сразу же выделяются из общего ряда средств юридической техники; как прием фикция подменяет действительность. Именно в этом проявляется ее исключительность: она заставляет принимать за существующее несуществующее и наоборот.

Фикция как особый технико-юридический прием правовой регламентации общественных отношений представляет собой, таким образом, социальную категорию, с помощью которой сознательно созданное мнимое, вымышленное положение объявляется существующим и приобретает обязательный характер в силу отражения его в законе. Фикция закрепляет надуманный, противоречащий действительности факт с тем, чтобы затем из этого искусственно сделать какие-либо юридические выводы.

Таким образом, фикция – это отступление, которое целесообразно признать совершенной необходимостью для закона, поскольку иных путей нет.

Исходя из всего вышесказанного, считаем необходимым сформулировать следующее определение юридической фикции. Юридическая фикция – это универсальный технико-юридический прием разработки и реализации норм права, состоящий в признании несуществующего положения существующим, имеющий особое целевое назначение в механизме правового регулирования общественных отношений и являющийся одним из способов преодоления состояния неопределенности в правовом регулировании.

Анализ российского законодательства позволяет сделать вывод о значительной роли фикций в правовом регулировании. Юридические фикции известны различным отраслям права, но, пожалуй, более всего их в процессуальном праве, и прежде всего в гражданском судопроизводстве. При этом процессуальные фикции – это всегда исключение из общих правил производства по делу, без которых нельзя правильно и справедливо рассмотреть и разрешить гражданское дело. Так, непреложным требованием является обязательное извещение судом лиц, участвующих в деле, о времени и месте заседания (ст.ст. 113, 114 ГПК РФ). В противном случае решение подлежит безусловной отмене (п. 3 ст. 223 ГПК РФ). Как же нужно поступить, если заинтересованное лицо во время производства по делу сменило место жительства, не известив об этом суд? В таком случае есть достаточные основания полагать, что гражданин уклоняется от суда. И в подобной ситуации возможен и целесообразен единственный вариант: выслать судебную повестку по ранее известному адресу, после чего

полагать выполненной процессуальную обязанность извещения гражданина и продолжать рассматривать гражданское дело по существу.

Данный вариант как правовая норма закреплен в ст. 118 ГПК РФ: «При отсутствии такого сообщения (о перемене своего адреса во время производства по делу) судебная повестка или иное судебное извещение посылаются по последнему известному суду месту жительства или месту нахождения адресата и считаются доставленными, хотя бы адресат по этому адресу более не проживает или более не находится». Указанная норма представляет собой юридическую фикцию.

Например, в ч. 3 ст. 79 ГПК РФ установлена юридическая фикция результатов судебной экспертизы, не проведенной по вине одной из сторон: «При уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым». В указанных случаях фиктивным будет вывод суда о признании стороной сведений, содержащихся в непредставленном средстве доказывания, а также об установлении или опровержении факта, по которому экспертиза не была проведена. Выводы суда с очевидностью не соответствуют реальной действительности (непредставленное средство доказывания не исследовалось, экспертиза не проводилась), но они необходимы, чтобы преодолеть невыполнение одной из сторон своих процессуальных обязанностей и осуществить правосудие по делу. Эти фикции вполне соответствуют сущности состязательного процесса.

Конечно, применение фикций не способствует установлению судом объективной истины по делу. Но они целесообразны, разумны и потому нужны в системе гражданско-процессуальных средств осуществления правосудия.

Все указанные фикции – действующие нормы, закрепленные в ГПК РФ. Они дополняют обычные процессуальные нормы и предназначены для преодоления негативных последствий процессуальной недисциплинированности лиц, участвующих в деле. Практическое значение процессуальных фикций предопределено их воздействием на судопроизводство. Они сокращают ход и объем доказательственного материала, облегчают процесс установления обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. А фикции, установленные ст.ст. 118 и 119 ГПК РФ, служат юридиче-

ским основанием для возбуждения заочного производства и постановления заочного решения (ст. 233 ГПК РФ). Обоснованность применения данной фикции подтверждается определением Конституционного Суда РФ от 14.12.2000 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Костина Александра Федоровича на нарушение его конституционных прав статьей 213.1 ГПК РСФСР»⁷.

В целом фикции являются мерами, обеспечивающими процессуальную экономию юридических средств и сил судей, а также лиц, участвующих при отправлении правосудия по гражданским делам. Помимо процессуальных фикций суд применяет фикции других отраслей права. Так, при рассмотрении в порядке особого производства дела об объявлении гражданина умершим суд исходит из того, что днем смерти этого человека считается день вступления в законную силу решения (ч. 3 ст. 45 ГК РФ). Фиктивным является и начало исчисления срока для признания гражданина безвестно отсутствующим (ст. 42 ГК РФ).

Следует отметить, что фикция служит также одним из способов преодоления часто возникающего состояния неопределенности в правовом регулировании. Например, ч. 2 ст. 435 ГК РФ отмечает: «Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается не полученной». Подобная конструкция по аналогии предусмотрена и ст. 439 ГК РФ об отзыве акцепта.

Фикции нашли применение и в уголовном праве. Например, снятая или погашенная судимость признается несуществующей (ст. 86 УК РФ), освобождение от уголовной ответственности при деятельном раскаянии, несмотря на то, что преступное деяние было совершено (ст. 75 УК РФ).

Довольно широкое распространение получили фикции в семейном праве. Вот лишь некоторые из них: изменение даты и места рождения усыновленного ребенка (ст. 135 СК РФ); запись усыновителей в качестве родителей усыновленного ребенка (ст. 136 СК РФ); запись отца ребенка, рожденного вне брака, по фамилии матери, имени и отчества отца ребенка по ее указанию (ч. 3 ст. 51 СК РФ) и некоторые другие.

Примером конституционной фикции может послужить формулировка ч. 2 ст. 12 Федерального закона от 10.07.1999 «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»⁸: «Избиратели, проживающие за пределами территории РФ, приписыва-

ются к одномандатным избирательным округам, образованным на территории РФ».

Таким образом, российское законодательство в своем составе имеет целый комплекс юридических фикций, который для качественного исследования необходимо свести в систему, классифицировать и т.д.

Что же входит в систему юридических фикций? По мнению О.А. Курсовой, нормотворческие фикции можно классифицировать по ряду оснований. Так, в зависимости от принадлежности к материальным и процессуальным отраслям автором выделяются фикции материальных отраслей права (в основном служат целям преодоления состояния неопределенности) и фикции процессуальных отраслей (кроме того, выполняют некоторые другие функции, отражающие специфику именно процессуальной отрасли, например: преодоление процессуальной недисциплинированности участников судопроизводства). По отраслям права фикции делятся на конституционные, административные, гражданские и т.д. По источнику различаются конституционные фикции; фикции, содержащиеся в законах; фикции подзаконных актов (в том числе ведомственных и локальных). По способу выражения фикции могут быть сформулированы в виде суждений (отрицательных или утвердительных), а также в виде непровержимых предположений⁹.

На наш взгляд, такая классификация не совсем корректна. Например, первый и второй критерии можно объединить в один – по отраслям права.

На наш взгляд, суть юридических фикций адекватно отражена в классификации, предложенной К.К. Панько. В частности, исследователь выделяет следующие группы: 1) традиционные фикции, предусмотренные действующим законодательством и изучаемые правовой наукой (например, институт снятия или погашения судимости); 2) фикции в праве при противоречии законов друг другу; 3) любые фикции, в том числе и не включенные в систему действующего законодательства, исследуемые методами права¹⁰.

Помимо указанной классификации фикций К.К. Панько считает целесообразным произвести подразделение фикций по степени соответствия между общественными отношениями как содержанием и правом как формой их опосредования. По данному критерию автор выделяет фикции – антипод закона и фикции, имманентные закону. Относительно первого вида фикций необходимо отметить, что их сущность заключается в искажении

⁷ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 2001. № 2.

⁸ См.: СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3178.

⁹ См.: Курсова О.А. Юридические фикции современного российского права: сущность, виды, проблемы, действия // Проблемы юридической техники: Сб. ст. / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 458–459.

¹⁰ См.: Панько К.К. Указ. соч. С. 466–467.

содержания закона, выразившемся в отсутствии социальных связей между поведением субъекта и требованием закона, между индивидуальными притязаниями субъекта и общественно необходимыми требованиями правовых норм. Эта сторона понятия юридической фикции совершенно не разработана в правовой науке. Все современные авторы рассматривают юридическую фикцию как прием законодательной техники. Что же касается фикций второго вида, то они вносят в правовое регулирование достаточную устойчивость, способствуют охране прав граждан, делают систему права более простой и экономичной, способствуют стабильности правопорядка, вносят качественную определенность в правовые институты.

Фикции в процессе реализации права могут быть по отношению к праву и противоправными. В целом это негативные явления, противоречащие основам правопорядка и нравственности, порождаемые такими отрицательными факторами, как: правовой нигилизм, несовершенство законодательства и т.д. Фикции такого рода выступают в виде отдельных фактов – актов, поступков (например, фиктивное банкротство, лжесвидетельство, фиктивная сделка и т.п.) или фиктивных состояний. К таким состояниям, например, относятся: фиктивный брак, фиктивное расторжение брака, фиктивное разделение общего имущества супругов.

Таким образом, фикции «бытуют» на всех уровнях существования права, влияют друг на друга, порождают друг друга.

Рассмотренный выше комплекс теоретических вопросов, касающихся системы фикций в праве, вызывает необходимость более частной их классификации по следующим основаниям:

1. *По отраслевой принадлежности права.* Речь прежде всего идет о фикциях в конституционном, административном, уголовном, гражданском и других отраслях права, которые подразделяются на:

- фикции отраслей материального права;
- фикции отраслей процессуального права.

Фикции первого подвида, как отмечалось, в основном служат целям преодоления состояния неопределенности. Практическое значение процессуальных фикций предопределено их воздействием на судопроизводство. Они сокращают ход и объем законодательного материала, облегчают процесс установления обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. В целом фикции являются мерами, обеспечивающими процессуальную экономию юридических средств и сил судей, а также лиц, участвующих при отправлении правосудия по конкретным категориям дел.

2. *По источнику:*

- фикции, закрепленные в Конституции РФ;

- фикции, закрепленные в международных нормативных правовых актах;

- фикции, закрепленные в федеральных конституционных законах и федеральных законах;

- фикции, закрепленные в нормативных актах Президента РФ, актах палат Федерального Собрания РФ, нормативных актах Правительства РФ, иных актах министерств и ведомств;

- фикции, закрепленные в конституциях и уставах субъектов Российской Федерации, их законах и подзаконных актах;

- фикции, закрепленные в актах о местном самоуправлении;

- фикции, закрепленные в локальных актах.

3. *По соответствию потребностям общества:*

- негативные фикции;

- позитивные фикции.

4. *По характеру воздействия:*

- социально одобряемые. Таких фикций подавляющее большинство. Применение фикций в некоторых случаях, например, в гражданском судопроизводстве ставит другую сторону в привилегированное положение. Так, при применении ст. 167 ГПК РФ истец, явившийся в суд, получает очевидную процессуальную льготу (при условии отсутствия противоположной стороны): никто не будет опровергать его доводы, а суд при вынесении решения будет основываться на представленных доказательствах;

- социально не одобряемые. Это фикции, негативно влияющие на тех или иных участников правоотношений. Так, согласно ч. 3 ст. 79 ГПК РФ при уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым. Данное утверждение о признании результатов экспертизы явно фиктивно. Эти положения, в частности, дополняют обычные процессуальные нормы и предназначены для преодоления негативных последствий недисциплинированности лиц, участвующих в деле, представляя собой своеобразные юридические санкции (гражданскую процессуальную ответственность) в отношении названных участников судопроизводства.

Данная классификация не лишена элемента относительности. В конечном счете все зависит от того, применительно к какому участнику правоотношений рассматриваются положения, устанавливаемые правовой нормой.

Проблемы закрепления суверенных прав Российской Федерации в конституционном законодательстве

В.В. Горюнов

Суверенитет – такое свойство государства, которое делает его власть уникальной в своем роде и в определенном смысле неисчерпаемой. Непосредственное свое проявление суверенные свойства государственной власти находят в реализации суверенных прав государства. В связи с этим исследование суверенных прав государства является одним из важнейших аспектов проблемы государственного суверенитета¹. В настоящей статье мы рассмотрим вопрос закрепления суверенных прав Российской Федерации прежде всего в конституционном законодательстве.

Как отмечает А.Н. Кокотов, «суверенитет государства выражается в его суверенных правах, которые в ходе их юридической конкретизации облекаются в полномочия его органов»². Иными словами, суверенные права непосредственно реализуются через полномочия тех или иных органов государства. В конституционном законодательстве России можно выделить два уровня формализации суверенных прав государства. На *первом уровне* распределяются не полномочия конкретных государственных органов, но предметы ведения самого суверена в целом, т.е. Российской Федерации. Иначе говоря, определяются сферы общественных отношений, где осуществляются суверенные права Российской Федерации. На *втором уровне* закрепляются конкретные полномочия за государственными органами в рамках тех или иных предметов ведения, т.е. полномочия производны от предметов ведения и предопределяются ими³.

Так, например, п. «а» ст. 71 Конституции РФ относит к предметам ведения Российской Федерации принятие и изменение Конституции РФ.

Между тем гл. 9 Основного закона России определяет конкретные полномочия федеральных органов государственной власти в рамках данной сферы отношений.

Обратим внимание на то, что если предметы ведения Российской Федерации установлены Конституцией РФ, то полномочия органов государства закрепляются также и в федеральном законодательстве. Следовательно, Конституцией РФ изначально задаются рамки полномочий органов Федерации в тех или иных сферах общественно-политической жизни.

Нередко в юридической литературе смешиваются понятия «предмет ведения федерации», «компетенция государства», «полномочия органа государственной власти»⁴. Так, например, М.А. Шафир отмечает, что «под компетенцией государства следует понимать предметы его ведения (т.е. те или иные сферы общественной жизни и методы воздействия на эти сферы), а также конкретные полномочия, необходимые для реализации предметов ведения данного государства»⁵. В учебниках по конституционному праву, изданных после принятия ныне действующей Конституции РФ, также можно встретить аналогичные определения: «Компетенция Российской Федерации – это ее полномочия по решению вопросов, отнесенных Конституцией к ее ведению»⁶. Для изложенного подхода свойственно отнесение понятия «полномочия» именно к государству.

В то же время А.И. Умнова подчеркивает, что компетенция и полномочия – свойства, при-

¹ В дореволюционной юридической литературе иногда вместо понятия «суверенные права» употреблялось понятие «державные права». См., напр.: Гессен В.М. *Общее учение о государстве*. СПб., 1913. С. 57.

² Кокотов А.Н. *Доверие. Недоверие. Право*. М.: Юристъ, 2004. С. 99.

³ См.: Чертков А.Н. *Четкость и единообразие конституционно-правовых понятий и разграничение компетенции* // Журнал рос. права. 2004. № 2.

⁴ Подробнее об этом, в частности, см.: *Конституционное право России: Учебник* / Под ред. Г.Н. Комковой. М.: Юристъ, 2005. С. 205, 206.

⁵ Шафир М.А. *Компетенция СССР и союзной республики (конституционные вопросы)*. М., 1968. С. 47.

⁶ *Конституционное право Российской Федерации* / Отв. ред. М.И. Кукушкин, В.Д. Первалов. Екатеринбург: УрГЮА, 1995. С. 188.

сушие государственному органу. Разграничение предметов ведения – это вопрос об отношениях между Федерацией и ее субъектами, однако вопрос о разграничении компетенции и полномочий касается отношений между отдельными видами федеральных органов и органов субъектов Федерации. В связи с этим автор считает некорректным употребление термина «предметы ведения» органов государственной власти вне их полномочий, а термин «полномочие» должен использоваться в отношении конкретного органа государства⁷.

Данной позиции придерживается также А.А. Белкин, который отмечает, что «предметы ведения» принадлежат публично-территориальным образованиям. В то же время «полномочия» присущи именно органам государственной власти⁸.

На первый взгляд может показаться, что Основной закон России воспринял именно последний из названных подходов, поскольку в ст.ст. 71 и 72 определяются именно предметы ведения Федерации и ее субъектов, а не их полномочия. В то же время ст. 73 Конституции РФ гласит, что вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации последние обладают всей полнотой государственной власти. Кроме того, в ч. 3 ст. 5 Конституции РФ содержится положение о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. С позиции данной конституционной формулировки и составлялись так называемые вертикальные внутрироссийские договоры, наименование которых обозначалось по такому образцу: «Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъекта РФ».

Иными словами, модель закрепления суверенных прав, использованную в тексте Конституции РФ, трудно назвать ясной и определенной, поскольку она не дает четкого ответа на вопрос о том, кому все-таки принадлежат «предметы ведения» и «полномочия»: публично-территориальным образованиям (федерации и ее субъектам) или же органам государственной власти?

Не совсем ясным представляется подход, которым руководствовались создатели Конституции РФ при формулировании предметов ведения в ст.ст. 71 и 72: в одних случаях данные статьи подразумевают области государственного управления (государственной деятельности), т.е. сферы общественных отношений, в других случаях – отрасли законодательства. Например, в п. «в» ст. 72 Конституции РФ к предметам совместного ведения относятся владение, пользование и распоряжение недрами (т.е. управление недрами), а в п. «к» той же статьи к совместному ведению относится также законодательство о недрах.

С учетом изложенного А.А. Белкин отмечает, что «было бы более правильным однородное описание предметов ведения, причем именно как перечисление объектов, в отношении которых осуществляются управление и регулирование (например, железнодорожное сообщение, школьное образование, таможенное дело)⁹».

На наш взгляд, позиция, согласно которой предметы ведения – это принадлежность публично-территориальных образований, а полномочия – принадлежность органов государства, выглядит более обоснованной. Представляется, что с точки зрения сложившейся в юридической литературе практики словоупотребления такое понятие, как «полномочие», используется главным образом для описания правосубъектности конкретного государственного органа, а не государства.

В справочных юридических изданиях понятие «полномочие» также зачастую определяется «как составная часть компетенции и статуса органа, должностного лица, выполняющего управленческие функции в организации, а также некоторых иных лиц, реализующих функции, предусмотренные для них законодательством или учредительными документами юридического лица»¹⁰. В этом смысле понятие «полномочие» и употребляется почти во всех отраслях публичного права. Так, например, БК РФ работает с понятием бюджетных полномочий органов государственной власти и органов местного самоуправления, а о бюджетных полномочиях публично-территориальных образований не упоминается. Налоговый кодекс РФ оговаривает полномочия законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации и представительных органов муниципальных образований по ус-

⁷ См.: Умнова И.А. Конституционные основы современного российского федерализма. М.: Дело, 2000. С. 170, 171.

⁸ См.: Белкин А.А. Избранные работы 90-х годов по конституционному праву. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 301.

⁹ Там же. С. 299.

¹⁰ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. Изд. 5-е, доп. и перераб. М., 2001. С. 654.

тановлению налогов и сборов (ст. 12). В ГСК РФ определяются полномочия органов государственной власти и органов местного самоуправления в области градостроительной деятельности.

Однако в ряде актов природоресурсного законодательства определяются полномочия именно публично-территориальных образований: Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Так, ВК РФ определяет полномочия указанных образований в области использования и охраны водных объектов (ст.ст. 65, 65.1, 68), ЗК РФ особо оговаривает их полномочия в области земельных отношений (ст.ст. 9–11). Иной подход использован в ЛК РФ, ст. 46 которого определяет полномочия Российской Федерации в области использования, охраны, защиты лесного фонда и воспроизводства лесов, однако в ст.ст. 47 и 48 уже говорится о полномочиях органов государственной власти субъектов Федерации и полномочиях органов местного самоуправления.

В другом направлении законодатель пошел в федеральных законах от 30.11.1995 № 187-ФЗ «О континентальном шельфе Российской Федерации»¹¹ и от 17.12.1998 № 191-ФЗ «Об исключительной экономической зоне Российской Федерации»¹². В названных законодательных актах отдельно упоминаются права Российской Федерации, ее суверенные и исключительные права, юрисдикция, а также компетенция федеральных органов государственной власти соответственно на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне. Причем в текстах законов сначала перечисляются права Российской Федерации посредством таких понятий, как суверенные права, исключительные права и юрисдикция, а затем определяется компетенция федеральных органов государственной власти.

Остается неясным, чем руководствовался законодатель при разграничении таких понятий, как: «суверенные права», «исключительные права», «юрисдикция» и просто «права Российской Федерации». Правда, в ст. 5 Федерального закона «О континентальном шельфе Российской Федерации» применительно к суверенным правам России в отношении континентального шельфа оговаривается, что эти права являются исключительными в том смысле, что, если Российская Федерация не производит разведку континентального шельфа или не разрабатывает его минеральные или живые ресурсы, никто не может делать это без согласия Российской Федерации.

Отдельно следует сказать о подходе, который использован в Федеральном законе от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹³. В названном законе используются более четкие по сравнению с Конституцией РФ формулировки. Так, в указанный закон Федеральным законом от 04.07.2003 № 95-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹⁴ (далее – Закон о внесении изменений...) введена гл. IV.1 «Общие принципы разграничения полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъекта Российской Федерации». В данной главе в качестве ключевого используется понятие «полномочия органов государственной власти по предметам ведения федерации (субъектов)»¹⁵. Понятия полномочий Федерации или ее субъектов названный закон не содержит.

Следует обратить внимание на то, что Закон о внесении изменений... является одним из позднейших законодательных актов, регулирующих вопросы отграничения суверенных прав Российской Федерации от прав ее субъектов по предметам совместного ведения. Это дает основание полагать, что в дальнейшем в конституционном законодательстве (хотя предпочтительнее, чтобы и во всех других отраслях российского законодательства) будет использоваться именно тот подход, который реализован в Законе о внесении изменений... Изложенный подход заслуживает поддержки, поскольку способен обеспечить единообразие применения конституционно-правовой терминологии, кроме того, отвечает сложившимся

¹¹ См.: СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4694.

¹² См.: СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6273.

¹³ См.: СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

¹⁴ См.: СЗ РФ. 2003. № 27 (Ч. 2). Ст. 2709.

¹⁵ Ранее действовавший Федеральный закон от 24.06.1999 № 119-ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации» (см.: СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3176) также не оперировал понятием полномочий Федерации либо ее субъектов. В то же время ст. 2 названного закона, содержащая определения основных понятий, давала определение понятия «полномочия органа государственной власти», под которыми понимались права и обязанности органа государственной власти в отношении принятия правовых актов, а также осуществления иных государственно-властных действий.

ся в теории права значениям понятий «полномочие» и «предмет ведения».

В то же время Закон о внесении изменений... не содержит понятия «суверенные права» и в связи с этим оставляет открытым вопрос об их соотношении с полномочиями органов государственной власти. Между тем необходимо учитывать, что, во-первых, суверенные права принадлежат Российской Федерации в целом, в то время как полномочия – это элемент статуса конкретного государственного органа, т.е. суверенные права как бы распыляются на полномочия органов государства. В этом смысле полномочия органов государства производны от суверенных прав, т.е. вторичны по сравнению с последними. Во-вторых, суверенное право государства – это практически то же, что в теории права понимается под субъективным правом, а именно мера возможного поведения управомоченного лица (государства) в целях удовлетворения его интересов¹⁶. Однако полномочие государственного органа – это не просто право, а такое право, которое одновременно является его обязанностью¹⁷, что обусловлено принципом правового государства (ст. 1 Конституции РФ).

Таким образом, полномочиями обладают именно государственные органы, но по предметам ведения, соответственно, Федерации либо ее субъектов. С этой точки зрения компетенция Российской Федерации могла бы быть определена как совокупность полномочий федеральных органов государственной власти по предметам исключительного ведения Российской Федерации и по предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. С другой стороны, совокупность суверенных прав Российской Федерации, закрепленных в законодательстве в виде полномочий федеральных органов государственной власти, представляется возможным также свести к компетенции Российской Федерации.

Сведение совокупности суверенных прав государства к его компетенции, однако, не означает сведения суверенных прав и компетенции к суверенитету. Если суверенные права государства, как и его компетенция, могут быть ограничены, то суверенитет не подлежит ограничению в принципе. Обусловлено это тем, что суверенные права и компетенция государства – явления, измеряемые количественными признаками, в то время как суверенитет – явление качественного порядка.

¹⁶ См., напр.: *Теория государства и права* / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. 2-е изд., изм. и доп. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2001. С. 352.

¹⁷ См.: Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. *Указ. соч.* С. 654.

Сотрудничество муниципальных властей в Швеции

В.В. Гришин

В результате реформ местного самоуправления в 1952–1974 гг. в Швеции были созданы муниципалитеты и муниципальные округа с оптимальной численностью населения для самостоятельного решения вопросов местного значения¹, что, казалось бы, во многом определило отсутствие необходимости их объединения. Однако на практике вышло совсем иначе, так как деятельность местных властей показала, что все же существует целый ряд вопросов, для решения которых такое объединение просто необходимо.

Часто подобное сотрудничество муниципальных образований предопределяется необходимостью совместного решения вопросов местного значения на соответствующих территориях и реализуется путем заключения простых договоров. Например, у одного муниципального образования может возникнуть необходимость использования очистных сооружений сточных вод, расположенных в другом муниципалитете. Кроме того, в случае если потребуются более институционализированная форма взаимодействия, то два или несколько муниципальных образований могут совместно создать фонд или другое юридическое лицо, например: предприятие транспортного обслуживания. Стоит отметить, что сегодня под управлением местных властей в Швеции находится более 1 700 различных предприятий и фондов, большинство из которых находится в собственности какого-то одного муниципалитета или муниципального округа. Как правило, предприятия, принадлежащие муниципальным образованиям, специализируются на оказании технических услуг, таких как уборка улиц и вывоз мусора, а также на управлении недвижимым имуществом и обеспечении энергоснабжения на соответствующих территориях. В деятельности муниципальных предприятий в отличие от част-

ных компаний есть одно принципиальное различие, в основе которого лежит так называемый принцип открытости публичной власти, закрепленный в Конституции Швеции и более полно раскрывающийся в Законе об администрации² и Законе о конфиденциальной информации³. Согласно данным законам все органы публичной администрации, включая органы муниципальных образований, обязаны предоставлять гражданам информацию и консультации по вопросам, относящимся к сфере деятельности этих органов. Право на получение информации о деятельности муниципальных предприятий закреплено в § 9 ст. 1 Закона о конфиденциальной информации, в соответствии с которым документация муниципальных предприятий доступна для общественности. Именно поэтому любой гражданин, проживающий на территории муниципального образования, имеет право знакомиться с отчетами и другими документами соответствующего муниципального предприятия. Практически единственным исключением является информация, представляющая собой государственную тайну (в таком случае предприятие обычно имеет статус государственного, а не муниципального) или касающаяся личной жизни конкретных граждан. Следует отметить, что деятельность государственных предприятий регулируется отдельными законами и принцип всеобщей открытости информации на них не распространяется.

Долгосрочное сотрудничество местных властей в свою очередь осуществляется посредством создания так называемых объединений муниципальных образований и национальных ассоциаций местных властей.

¹ В результате серии реформ, проведенных в период 1952–1974 гг., количество муниципалитетов сократилось сначала до 1 037, а затем до 278 в 1974 г. На тот момент правительственная комиссия, занимающаяся вопросами реформирования коммун, исходила из того, что каждый муниципалитет должен представлять собой единый хозяйственно-географический район, население которого составляет не менее 8 тыс. человек.

² См.: *Forvaltningslag (1986:223)*, *Uppdaterad: SFS 2006:703*.

³ См.: *Sekretesslag (1980:100)*, *Uppdaterad: SFS 2006:941*.

Объединения муниципальных образований создаются муниципалитетами и муниципальными округами для совместного решения общих вопросов местного значения. Объединения могут создаваться между муниципалитетами, муниципальными округами или муниципалитетами и муниципальными округами. Основные цели и задачи подобных объединений устанавливаются их уставами. Муниципальные образования – члены объединения передают ему часть своих полномочий по решению вопросов местного значения. Объединения также могут быть наделены правом осуществлять контроль за действиями органов муниципальных образований, входящих в состав объединения, в сфере прав и обязанностей отдельных граждан и юридических лиц.

На начало 2005 г. в Швеции насчитывалось 84 объединения муниципальных образований. Кроме того, согласно шведскому законодательству с 1 января 1986 г. возможна иная форма сотрудничества двух и более муниципальных образований, представляющая собой в некоторой степени «упрощенную» форму подобного объединения. Речь идет о создании совместных советов по решению конкретных вопросов местного значения в нескольких муниципальных образованиях. Обычно такие советы создаются для организации работы сети учреждений первичной медицинской помощи и средних общеобразовательных школ. Закон о здравоохранении и медицинском обслуживании⁴, принятый в 2003 г., значительно расширил потенциальные возможности муниципальных образований по формированию и деятельности совместных советов в данной области. Согласно данному закону через подобные советы муниципальные образования могут активно сотрудничать на коммерческой основе с государственными службами занятости населения и страховыми компаниями в сфере охраны здоровья и реабилитации граждан. На сегодняшний день в Швеции существует 22 совместных совета. Кроме того, с 1 января 2003 г. муниципалитеты и муниципальные округа получили возможность формировать объединенные органы местной власти, которые могут заниматься вопросами регионального развития, для чего государство может передавать этим органам часть своих полномочий.

Объединение муниципальных образований, как правило, включает в себя несколько элементов: совет, правление, аудиторов, исполнительный комитет, избирательный комитет, а также некоторые другие комитеты и комиссии. Примером организационной структуры подобного сотрудничества может быть объединение 33 муниципалитетов округа Сконе, расположенного на юге Швеции. Собрание уполномоченных каждого муниципалитета, входящего в состав данного объединения, избирает в совет объединения муниципальных образований своих представителей, число которых пропорционально численности населения муниципального образования на начало года, в котором проходят выборы представителей. Так, количество членов совета объединения муниципальных образований округа Сконе на 1 июля 2006 г. составило 175 человек.

Совет объединения, собрание которого проводится ежегодно, из своих членов назначает правление. Заседания правления проводятся шесть раз в год. Основными задачами правления являются определение основных направлений деятельности объединения в соответствии с его уставными целями, утверждение его бюджета и одобрение крупных проектов, направленных на развитие муниципалитетов округа.

Совет объединения, собрание которого проводится ежегодно, из своих членов назначает правление. Заседания правления проводятся шесть раз в год. Основными задачами правления являются определение основных направлений деятельности объединения в соответствии с его уставными целями, утверждение его бюджета и одобрение крупных проектов, направленных на развитие муниципалитетов округа.

Основу бюджета любого объединения муниципальных образований составляют членские взносы, размер которых ежегодно определяется на совете объединения и зависит от численности населения муниципального образования. Кроме того, в структуре объединения выделяется несколько комитетов, центральным из которых является исполнительный комитет, который предварительно готовит все вопросы, рассматриваемые на правлении. Также исполнительный комитет занимается вопросами международного и европейского сотрудничества. Заседания исполнительного комитета проводятся по мере необходимости, но, как показывает практика, не реже шести раз в год. Заседания профильных комитетов проводятся ориентировочно четыре раза в год. Все комитеты объединения, за исключением избирательного комитета, осуществляющего процедуру распределения мест среди представителей муниципалитетов в совете объединения, несут ответственность перед правлением, а не перед советом. Для осуществления финансового и административного контроля за деятельностью объединения совет из своих членов назначает не менее трех аудиторов и столько же их заместителей, которые при помощи квалифицированной помощи профессиональных аудиторов ежегодно подготавливают и представляют отчет о деятельности объединения муниципальных образований на утверждение совету объединения.

Объединение муниципальных образований округа Сконе является совладельцем нескольких крупных компаний, среди которых известная телекоммуникационная компания «Skonet AB». Для

⁴ См.: *Lag om gemensam namnd inom vard-och omsorgsomradet (2003:192), Uppdaterad: SFS 2004:190.*

повседневного управления делами объединение нанимает исполнительного директора и секретариат (приблизительно 30 человек). Крупные объединения, такие как в округе Сконе, часто имеют несколько офисов, расположенных в наиболее развитых муниципалитетах.

До 1 января 2007 г. свою деятельность в Швеции осуществляют две национальные ассоциации местных властей – Шведская ассоциация муниципалитетов и Шведская федерация муниципальных округов. Членами Шведской ассоциации муниципалитетов являются все 290 муниципалитетов страны. В состав Шведской федерации муниципальных округов входят 20 муниципальных округов, а также муниципалитет Готланд, в котором муниципальный округ отсутствует, а его функции выполняют органы власти муниципалитета.

Основными задачами Шведской ассоциации муниципалитетов являются содействие развитию местного самоуправления, защита общих муниципальных интересов, обеспечение сотрудничества между муниципалитетами и помощь в предоставлении муниципальных услуг.

Шведская федерация муниципальных округов была создана в целях содействия устойчивому развитию местного самоуправления в муниципальных округах. Приоритетными направлениями деятельности федерации является совершенствование системы здравоохранения, развитие профсоюзного движения и поддержка демократии на местах.

Шведская ассоциация муниципалитетов и Шведская федерация муниципальных округов имеют сходную структуру с региональными объединениями муниципальных образований, которая включает в себя съезд ассоциации или федерации, правление, аудиторов, отдельные управления по различным вопросам и секретариат, возглавляемый исполнительным директором. В 2006 г. штат ассоциации муниципалитетов составил около 300 служащих, а федерации муниципальных округов – около 180 служащих⁵. Съезд каждой национальной ассоциации местных властей так же, как и правление⁶, избирается на партийно-политической основе выборными представителями муниципальных образований и по своему составу отражает результаты предшествующих выборов в собрания уполномоченных муниципальных образований. Выборы представителей проводятся собраниями уполномоченных по избирательным

округам, территориально совпадающим с муниципальными округами.

Деятельность национальных ассоциаций местных властей финансируется в первую очередь за счет членских взносов, а также организуемых ими обучающих семинаров и предоставляемых консультаций.

Национальные ассоциации местных властей не могут напрямую влиять на процесс принятия решений отдельными муниципальными образованиями, так как решения данных ассоциаций носят рекомендательный характер. При этом необходимо отметить, что обычно данные рекомендации разрабатываются при участии шведского правительства, так что на практике все муниципальные образования страны придерживаются указанных рекомендаций по решению вопросов местного значения. Как правило, в таких случаях национальные ассоциации местных властей заключают с правительством Швеции соглашения по различным вопросам, например: по поводу местного налогообложения или социального обеспечения детей и пенсионеров.

Взаимодействие муниципальных образований с государственной властью страны в основном происходит через национальные ассоциации местных властей, которые имеют своих представителей в подавляющем большинстве центральных административных ведомствах и ведомственных комиссиях, а также в различных объединенных советах, создаваемых для решения тех или иных вопросов.

Кроме того, например, в Шведской ассоциации муниципалитетов существует специальное аудиторское управление, которое может непосредственно участвовать в аудите как муниципалитетов, так и муниципальных округов, а также предоставляет муниципальным образованиям квалифицированную помощь и обучение по вопросам аудита. Профессиональная помощь муниципальным образованиям предоставляется и по ключевым правовым вопросам.

Для национальных ассоциаций местных властей свойственна активная деятельность в сфере предоставления муниципальным образованиям разнообразных товаров и услуг по максимально низким ценам. В основном такое обеспечение возможно благодаря деятельности различных предприятий, находящихся в собственности одного или нескольких муниципальных образований, входящих в состав ассоциации. Сами национальные

⁵ Речь идет о служащих, для которых ассоциации выступают в качестве работодателя. В штат ассоциаций не входят представители муниципальных образований, являющиеся делегатами съезда.

⁶ Правление избирается на общем съезде ассоциации или федерации, проходящем один раз в четыре года.

ассоциации тоже часто выступают в качестве собственника или совладельца тех или иных предприятий. Например, обе национальные ассоциации являются владельцами и управляющими таких компаний, как: «*Kommundata AB*» в сфере компьютерного обеспечения работы органов местной власти; «*Kommentus Gruppen AB*», специализирующейся на учебных материалах и офисном оборудовании.

Особую роль в деятельности национальных ассоциаций местных властей играет международное сотрудничество и участие в крупномасштабных проектах, посвященных развитию местного самоуправления на едином европейском пространстве. Кроме того, национальные ассоциации представляют своих делегатов для участия в Конгрессе местных и региональных властей Совета Европы (*CLRAE*).

Таким образом, деятельность национальных ассоциаций местных властей в первую очередь направлена на поддержку и консультационную помощь муниципальным образованиям всех уровней по правовым, экономическим, социальным, управленческим, техническим и другим вопросам. Кро-

ме того, ассоциации местных властей отстаивают интересы местного самоуправления перед правительством и парламентом Швеции, а также представляют местное самоуправление страны на европейском и международном уровнях.

В мае 2003 г. съездами Шведской ассоциации муниципалитетов и Шведской федерации муниципальных округов было принято решение о слиянии этих двух организаций, в результате которого должна была быть создана единая Шведская ассоциация муниципальных образований. Это означает, что новая ассоциация должна объединять два уровня местного самоуправления.

С 1 января 2005 г. уже создан и функционирует единый офис ассоциации, занимающийся мониторингом правового, экономического и социального развития регионов и местного самоуправления.

Единый орган управления новой ассоциацией должен быть сформирован в 2007 г., и тогда Шведская ассоциация муниципалитетов и Шведская федерация муниципальных округов прекратят свое существование.

Современное состояние законодательства о регулировании муниципальных земельных правоотношений: проблемы и направления развития

Д.С. Кузнецов

Одной из важных проблем в ходе реализации земельной реформы в Российской Федерации является проблема правового регулирования управления земельным фондом на различных уровнях: федеральном, региональном и муниципальном. Известно, что регулирование земельных отношений осуществлялось на всех этапах развития человеческого общества. Его цель – реализация интересов отдельных граждан и групп людей, связанных с землей, а также разрешение возникающих при этом противоречий¹. В современном обществе с возникновением новых отраслей и производств усилилась потребность в регулировании земельных отношений, появилась необходимость в целевом перераспределении земельных ресурсов и их эффективного использования в целях ускорения социально-экономического развития общества².

Исследователи отмечают, что современное состояние законодательства Российской Федерации, регулирующего земельные отношения, представляется недостаточно разработанным в части правового оформления земельных отношений в городских и иных поселениях³.

Говоря об основных проблемах современного законодательства в сфере регулирования муниципальных земельных правоотношений, прежде всего необходимо отметить, что проблемы разграничения государственной собственности на землю имеют самое непосредственное отношение к принципу построения федеративного государства⁴. Одна из основных проблем развития страны – это проблема федерализма, его польза для российского государства. В настоящее время федерализм развивается в конкретных сферах,

одной из которых является регулирование земельных отношений. Здесь обнажаются проблемы в экономике, видны усилия законодателя в разработке проблем соотношения Конституции РФ и других нормативных правовых актов.

Исследователи в конце 1990-х гг. отмечали, что «основная проблема, связанная с разграничением государственной и муниципальной собственности на землю, заключается в том, что субъекты Федерации не желают передавать земли в муниципальную собственность. Такое положение вещей может привести к тому, что муниципальной собственности не будет вообще»⁵.

В соответствии со ст.ст. 12, 130–133 Конституции РФ полномочия органов местного самоуправления по регулированию земельных отношений связаны с обеспечением самостоятельного решения вопросов местного значения, пользования, владения и распоряжения муниципальной собственностью.

В чч. 2, 3, и 4 ст. 50 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁶ (далее – Закон о местном самоуправлении) перечислено имущество, которое может находиться в собственности поселений, муниципальных районов и городских округов (в состав данного имущества могут входить и земельные участки, отнесенные к собственности того или иного муниципального образования на основании федерального зако-

¹ См.: Волкова Т.В. Правовое регулирование управления земельным фондом Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 3.

² См.: Государственное регулирование земельных отношений / Под ред. А.А. Варламова и В.С. Шаманаева. М.: Колос, 2000. С. 3.

³ См.: Ляшевский И.С. Особенности гражданско-правового регулирования земельных отношений в городах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 4.

⁴ См.: Проблемы экологического, земельного права и законодательства в современных условиях: Обзор выступлений участников науч.-практ. конф. «Софрино-4» // Государство и право. 1999. № 2. С. 44.

⁵ Там же. С. 46.

⁶ См.: СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

на⁷). Состав имущества, которое может находиться у муниципалитетов, зависит от перечня вопросов, находящегося в компетенции муниципального образования. Именно поэтому перечень имущества городского округа шире, чем у поселений и муниципальных районов.

В ч. 5 ст. 50 Закона о местном самоуправлении подчеркнуто, что имущество муниципальных образований должно использоваться только для решения вопросов местного значения, осуществления отдельных государственных полномочий и для обеспечения деятельности органов и должностных лиц местного самоуправления, работников муниципальных предприятий и учреждений. Если у муниципального образования возникают права собственности на иное имущество, это имущество должно быть реперофилеровано либо отчуждено.

Если вспомнить, то в Законе о местном самоуправлении 1995 г. речь шла о праве создания предприятий, учреждений и организаций для осуществления хозяйственной деятельности без каких бы то ни было ограничений. Теперь эти структуры образуются только для осуществления полномочий по решению вопросов местного значения. Таким образом, практика создания предприятий, не связанных с задачами местного самоуправления, становится незаконной.

С одной стороны, данное правило является правовой гарантией реализации социального предназначения местного самоуправления, которое состоит прежде всего в непосредственном обеспечении жизнедеятельности населения. С другой стороны, такой подход к формированию муниципального имущества вызывает ряд вопросов. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 14, ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 16 Закона о местном самоуправлении муниципалитет вправе решать иные вопросы, не отнесенные к компетенции иных субъектов публичной власти и не исключенные законами из компетенции самого муниципаль-

ного образования. Таким образом, муниципалитеты вправе расширять перечень решаемых ими вопросов, однако при этом они смогут владеть муниципальной собственностью лишь в соответствии со строго ограниченным перечнем.

Установленный названным законом подход к муниципальному имуществу лишает муниципальные образования важных инструментов для решения задач собственного комплексного социально-экономического развития, а также сводит к минимуму неналоговые источники доходов местного бюджета. Между тем муниципальная собственность должна служить интересам комплексного социально-экономического развития муниципального образования, увеличения его экономического потенциала. Местное самоуправление без экономической независимости безжизненно.

Затрагивая вопрос о компетенции органов местного самоуправления по ведению государственного земельного кадастра, необходимо констатировать факт отсутствия в федеральном законодательстве перечня их полномочий⁸. Отсюда следует закономерный вывод о необходимости установления четких задач и функций органов местного самоуправления в области осуществления этой деятельности в законе в целях исключения дублирования ими функций государственного управления.

С 1 января 2006 г. наступила активная фаза реформы местного самоуправления. Одновременно Российская Федерация переходит на новую систему налогообложения земли – на основе кадастровой стоимости, и с этими моментами связана следующая проблема современного законодательства о регулировании муниципальных земельных правоотношений⁹.

Поскольку с 1 января 2006 г. вступили в силу лишь отдельные положения Закона о местном самоуправлении, а полностью указанный закон вступит в силу в 2009 г., то в переходный период (с 2006 по 2008 гг.) особенно актуальной

⁷ Примером отнесения земельных участков к муниципальной собственности может служить, в частности, Федеральный закон от 14.03.1995 «Об особо охраняемых природных территориях» (см.: СЗ РФ. 1995. № 12. Ст. 1024), согласно п. 6 ст. 2 которого особо охраняемые природные территории местного значения являются собственностью муниципальных образований и находятся в ведении органов местного самоуправления.

⁸ Наличие нормативных правовых актов законодательных органов власти субъектов Российской Федерации о государственном земельном кадастре решает проблему правового регулирования отношений, связанных с ведением государственных земельных кадастров субъектов Российской Федерации, имеющих определенное место в иерархической структуре единого государственного земельного кадастра наряду с федеральным государственным земельным кадастром и государственными земельными кадастрами муниципальных образований. См.: Мустакимов Н.С. Законы республик-субъектов Российской Федерации в системе источников аграрного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 16.

⁹ Согласно ст. 15 НК РФ к местным налогам относятся земельный налог и налог на имущество физических лиц. Как следует из п. 4 ст. 12 НК РФ, порядок введения в действие местных налогов на территории муниципальных образований устанавливается нормативными правовыми актами представительных органов муниципальных образований. Из этого следует, что с 1 января 2006 г. на территории вновь образованных муниципальных образований должны вступить в силу новые нормативные правовые акты о местных налогах, причем принять их и опубликовать муниципалитеты должны в соответствии с п. 1 ст. 5 НК РФ, т.е. до 1 декабря 2005 г.

становится проблема упорядочивания взаимодействия налоговых органов и органов местного самоуправления. Порядок такого взаимодействия регламентирован постановлением Правительства РФ от 12.08.2004 № 410 «О порядке взаимодействия органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления с территориальными органами федерального органа исполнительной власти, уполномоченного по контролю и надзору в области налогов и сборов»¹⁰. Данным постановлением были утверждены Правила взаимодействия органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления с территориальными органами федерального органа исполнительной власти, уполномоченного по контролю и надзору в области налогов и сборов. В соответствии с п. 2 указанных правил цель взаимодействия органов местного самоуправления с налоговыми органами – обеспечить финансовые органы местных администраций информацией, необходимой для формирования и исполнения местных бюджетов в части налогов и сборов, контролируемых налоговыми органами. В свою очередь финансовые органы местных администраций обязаны представлять необходимую информацию в налоговые органы. Обмен (передача и прием) такой информацией должен происходить в электронном виде (п. 5).

Как известно, в соответствии с действующим налоговым законодательством Российской Федерации на сегодняшний день земельный налог является стабильным источником доходов местных бюджетов. Величина поступлений данного налога в бюджет в 2005 г. составила около 50 млрд руб.¹¹.

Чтобы сохранить такой немаловажный для местных бюджетов источник доходов, муниципальные образования должны были до 1 декабря 2005 г. принять и опубликовать акты о введении земельного налога в соответствии с гл. 31 НК РФ. Кроме того, некоторые проблемы, важность которых не вызывает сомнений, остаются нерешенными.

Основной проблемой методологического характера, на наш взгляд, является порядок исчисления и уплаты налога по земельным участкам, находящимся под линейными объектами. Так, если взять, к примеру, земельный участок, расположенный под железной дорогой, то этот участок проходит по территориям многих муниципальных образований. При этом данный земельный участок поставлен на учет в базе данных как единый объект и зарегистрирован на одного правообладателя.

В гл. 31 НК РФ не определен порядок расчета земельного налога, относящегося к части земельного участка и подлежащего уплате в бюджет конкретного муниципального образования. В связи с этим, по нашему мнению, ФНС России должна направить официальный запрос в Минфин России как орган, полномочный давать официальные разъяснения по применению налогового законодательства. Без получения соответствующих разъяснений (и опубликования порядка их применения) в настоящее время исчислить налог по земельным участкам под линейными объектами не представляется возможным.

Также, по мнению представителей налоговых органов, идентификация налогоплательщиков – физических лиц, получивших земельные участки до 1998 г., вызовет у налоговых органов наибольшие затруднения¹². Сведения об указанных лицах могут находиться в архивах земельных комитетов и муниципальных образований, которые в указанный период времени занимались выделением земельных участков. В эту категорию попадают и дольщики сельскохозяйственных предприятий, получившие в собственность в начале 1990-х гг. доли сельхозугодий. В настоящее время состав этих дольщиков в большинстве случаев неизвестен.

Таковы лишь некоторые проблемы современного законодательства о регулировании муниципальных земельных правоотношений и направления развития законодательства в данной сфере.

¹⁰ См.: СЗ РФ. 2004. № 33. Ст. 3497.

¹¹ См.: Гусев В.В. Реформа местного самоуправления и земельный налог // Рос. налоговый курьер. 2006. № 1–2.

¹² Напомним, что именно с 1998 г. ведется Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Классификация злоупотреблений избирательными правами

М.Ю. Куликов

В настоящее время все более распространенным явлением становятся так называемые «грязные» избирательные технологии, к которым следует отнести методы политической борьбы, противоречащие как избирательному законодательству, так и моральным ценностям, принятым в обществе¹. При этом угроза может исходить и от формально правомерных избирательных технологий, которые могут нанести не меньший вред, чем противоправные.

Законодатель пытался бороться с этими технологиями путем их запрещения. Так, если анализировать законодательство о выборах с 1993 по 2005 г., можно заметить, что соответствующие нормативные правовые акты становятся по мере движения к современности более объемными. Это связано с тем, что законодатель более детально устанавливал порядок реализации избирательных прав и запрещал поведение, причиняющее вред человеку, обществу и государству. Однако, как свидетельствует электоральная практика, невозможно запретить все действия (бездействие), которые причиняют вред². В интересах реализации п. 3 ст. 17 Конституции РФ, закрепляющей правило, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, Центральной избирательной комиссией Российской Федерации предлагается закрепление принципа недопустимости злоупотребления избирательными правами в целях борьбы с «грязными» избирательными технологиями³. К сожалению, юридической наукой единое понятие злоупотребления избирательными правами так и не выработано. Например, М.С. Ма-

тейкович считает, что злоупотребление избирательными правами проявляется в превышении управомоченным субъектом избирательного процесса меры возможного поведения, т.е. использовании в рамках дозволенного ему общего типа поведения (возможности избирать и быть избранным, участвовать в иных избирательных действиях) таких вариантов поведения, которые препятствуют реализации прав других субъектов избирательного процесса и противоречат интересам избирательного корпуса в целом⁴. И.С. Советников говорит о злоупотреблении правом в избирательном процессе, включающем как злоупотребление избирательными, так и другими правами в период избирательной кампании. Под злоупотреблением правом в избирательном процессе он подразумевает умышленные действия кандидатов, избирательных объединений, их доверенных лиц и уполномоченных представителей, СМИ, избирателей, избирательных комиссий и иных лиц по реализации их субъективных прав, формально не составляющие правонарушения, но направленные на причинение вреда избирательным правам граждан⁵. Как видно из этих дефиниций, оба автора под злоупотреблением правом в избирательном процессе и, соответственно, злоупотреблением избирательными правами понимают использование права без формального нарушения закона, которое при этом причиняет вред, препятствует реализации прав других субъектов избирательного процесса и противоречит интересам избирательного корпуса в

¹ См.: Еременко О.В. «Грязные» избирательные технологии: общая характеристика и правовые способы защиты прав граждан от их использования // Сборник конкурсных работ в области избирательного права и избирательного процесса и законодательства о референдуме, выполненных студентами и аспирантами высших юридических учебных заведений (юридических факультетов вузов) Российской Федерации в 2003–2004 учебном году. М.: РЦОИТ, 2004. С. 267.

² См.: Советников И. Злоупотребление пассивным избирательным правом // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 2. С. 138.

³ См.: Вестник Центральной избирательной комиссии Российской Федерации. 2004. № 14. С. 21.

⁴ См.: Матейкович М.С. Защита избирательных прав граждан в Российской Федерации. М.: МГУ, 2003. С. 137.

⁵ См.: Советников И. Злоупотребление пассивным избирательным правом. С. 139.

целом. Однако эти авторы упускают, что не все такие вредные действия в процессе реализации субъективных избирательных прав являются правомерными. Некоторые из них запрещены законодательно⁶.

Таким образом, проблема злоупотребления избирательными правами видится несколько шире, так как при наделении субъекта правом, т.е. предоставлении ему действовать (бездействовать) определенным образом, законодательство, как правило, устанавливает пределы и способы осуществления этого права.

Однако суть состоит в том, что нельзя предусмотреть все возможные варианты осуществления права, чем и пользуются недобросовестные субъекты в своих интересах, нередко причиняя вред личности, обществу и государству. Таким образом, злоупотребления избирательными правами можно подразделить на противоправные (запрещенные законодательно) и формально правомерные (совершаемые в рамках закона)⁷. Оба вида причиняют вред другим субъектам и противоречат конституционному и общеправовому принципу запрета на осуществление прав и свобод человека и гражданина (п. 3 ст. 17 Конституции РФ). Но если за противоправное злоупотребление установлена юридическая ответственность, то совершение субъектом злоупотребления избирательными правами не влечет какой-либо ответственности, так как она не предусмотрена законодательством.

Совершенствование законодательства идет по пути установления запретов на осуществление права, причиняющего вред, закрепляя его конкретные формы. Однако это, как отмечалось ранее, не всегда эффективно. Поэтому следует поддержать мнение Центральной избирательной комиссии Российской Федерации о запрете таких действий путем введения в избирательное законодательство правового запрета злоупотребления избирательными правами. Думается, что под злоупотреблением избирательными правами сле-

дует понимать особый вид конституционного правонарушения (деликта), суть которого состоит в умышленном осуществлении участниками выборов своих субъективных избирательных прав в противоречии с их назначением, влекущем неправомерное ограничение прав и законных интересов других участников выборов, а также причинение вреда иным лицам.

Злоупотребление избирательными правами как многоаспектное понятие можно классифицировать по следующим критериям⁸:

- по видам избирательных прав, которыми злоупотребляют. Здесь необходимо внести дополнительные критерии деления избирательных прав граждан. Первый критерий подразумевает подразделение избирательных прав по их целевой направленности на *активные* (право избирать) и *пассивные* (право быть избранным). В соответствии с конкретным содержанием можно выделить огромное количество избирательных прав (право на участие в голосовании, на выдвижение кандидата, сбор подписей, проведение предвыборной агитации и т.д.);

- по стадии избирательного процесса, на которой допущено злоупотребление, следует различать злоупотребления при назначении выборов, формировании организационной основы выборов, выдвижения и регистрации кандидатов, в процессе предвыборной агитации, в ходе голосования, подсчета голосов, определения итогов голосования и результатов выборов и их опубликования;

- по субъектам, которые совершили действия (бездействие), являющиеся злоупотреблением, следует выделять злоупотребления, совершенные кандидатами на выборные должности, избирательными объединениями, доверенными лицами и уполномоченными представителями кандидатов и избирательных объединений, избирателями, наблюдателями⁹;

- по умыслу субъекта злоупотребления избирательными правами можно классифицировать

⁶ См., напр.: ст. 56 Федерального закона от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (см.: Рос. газ. 2002. 15 июня), устанавливающая ограничения при проведении предвыборной агитации, агитации по вопросам референдума, т.е. запрещающая использовать право на предвыборную агитацию и агитацию по вопросам референдума в формах, причиняющих вред.

⁷ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М.: МЗ-Пресс, 2002. С. 39–45.

⁸ Сходную классификацию злоупотреблений правом в избирательном и референдумном процессах предложил И.В. Советников. См.: Советников И.В. Злоупотребление правом в избирательном и референдумном процессах // Сборник конкурсных работ в области избирательного права и избирательного процесса и законодательства о референдуме, выполненных студентами и аспирантами высших юридических учебных заведений (юридических факультетов вузов) Российской Федерации в 2004–2005 учебном году. М.: ПЦОИТ, 2005. С. 213.

⁹ Необходимо заметить, что, по нашему мнению, злоупотреблением избирательными правами не является совершение избирательными комиссиями, их членами, органами государственной власти, местного самоуправления, лицами, занимающими государственные и муниципальные должности, государственными и муниципальными служащими при исполнении своих полномочий действий, подпадающих под признаки злоупотребления, поскольку в данном случае будет иметь место злоупотребление полномочиями. Хотя в литературе есть и другое мнение. См.: Советников И.В. Злоупотребление правом в избирательном и референдумном процессах. С. 213.

на совершенные с прямым и косвенным умыслом¹⁰. В случае совершения злоупотребления с прямым умыслом субъект осознает, что осуществление им своего избирательного права противоречит его назначению, предвидит неизбежность причинения вреда личности, обществу и государству и желает наступления такого вреда. В случае совершения злоупотребления с косвенным умыслом субъект осознает, что осуществление им своего избирательного права противоречит его назначению, предвидит неизбежность причинения вреда личности, обществу и государству и, не желая наступления такого вреда, сознательно допускает возможность причинения такого вреда или относится к этому безразлично;

- по форме злоупотребления избирательными правами выражаются в виде действия, т.е. совершения определенных действий, и бездействия, т.е. несовершения действий;

- по противоправности злоупотребления можно подразделить на противоправные, т.е. запрещенные законодательно (например, ограничения при проведении предвыборной агитации), и формально-правомерные, которые с точки зрения законодательства не являются правонарушениями, но причиняют вред субъектам права (выдвижение «кандидатов-двойников»);

- по наличию соучастия при совершении злоупотребления существуют злоупотребления правом, которые совершил один субъект избирательного права, и злоупотребления, совершенные несколькими субъектами (совершенные в соучастии);

- по множественности можно выделить злоупотребление правом, совершенное впервые, и злоупотребления, совершенные неоднократно;

- по стадии совершения можно выделить неоконченное и оконченное злоупотребления избирательными правами. К неоконченным злоупотреблениям следует относить случаи, когда субъект совершил все действия по реализации своего избирательного права в противоречии с его назначением, но по не зависящим от него причинам вред этими действиями не был причинен. К оконченным следует относить такие злоупотребления, когда такой вред был все же причинен субъектам права;

- по категории злоупотребления избирательными правами можно подразделить на малозначительные, значительные и особо значительные. Малозначительные злоупотребления представляют собой действия (бездействие), не причиняющие серьезного вреда субъектам права. Значительные злоупотребления уже ведут к ограничению прав других лиц. Особо значительные злоупотребления вызывают самые серьезные последствия (недоверие к законности процедуры выборов, признание выборов несостоявшимися или недействительными).

Предложенная классификация является условной, но тем не менее помогает обобщить злоупотребления избирательными правами по некоторым критериям и установить, какое злоупотребление имело место в конкретном случае. Думается, что со временем законодатель придет к тому, чтобы запретить злоупотребление любыми избирательными правами, а данная классификация наряду с признаками злоупотребления поможет квалифицировать, является ли то или иное деяние злоупотреблением избирательными правами.

¹⁰ Следует согласиться с мнением И.В. Советникова, что не может быть злоупотребления избирательными правами, совершенного неумышленно, так как только имея умысел на причинение вреда формально правомерными действиями (бездействием) в противоречии назначению избирательных прав, лицо совершает злоупотребление. Если же в его действиях нет умысла, то нет и злоупотребления избирательными правами. См.: Советников И.В. Злоупотребление правом в избирательном и референдумном процессах. С. 212–213.

К вопросу о понятии и признаках юридической личности

А.П. Горелик

В гражданском законодательстве большинства зарубежных стран отсутствует определение юридического лица, а даются всего лишь его краткие формулировки.

Среди наших ученых-цивилистов также существуют различные точки зрения относительно сущности юридического лица.

Для того чтобы организация была признана субъектом гражданских правоотношений – юридическим лицом, она должна обладать определенными установленными законом признаками. Определение признаков, составляющих содержание понятия юридического лица, – это выявление тех условий деятельности общественного (коллективного) образования, при наличии которых оно становится самостоятельным носителем прав и обязанностей, т.е. юридическим лицом¹.

Глава 4 ГК РФ посвящена юридическим лицам. В п. 1 ст. 48 ГК РФ перечисляются традиционные признаки юридического лица, согласно которым: «Юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего собственного имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде».

Для наглядности данные признаки «перечисляются порознь, однако следует помнить, что каждый признак в отдельности не дает основания признать организацию юридическим лицом, таким основанием служит лишь наличие всех необходимых признаков. Организации, не обладающие этими признаками, не могут быть субъектами гражданских прав»². В.А. Тархов также акцентирует внимание на том, что имущественная ответственность не имеет самостоятельного значения, а является следствием наличия у юридического лица

обособленного имущества и права выступать от своего имени, которое не может существовать без ответственности³.

Выступление от собственного имени некоторые авторы рассматривают не как самостоятельный и необходимый признак юридического лица, а как закономерное следствие признания организации субъектом права. Как справедливо отмечает С.Н. Братусь, «способность к самостоятельному участию в гражданских правоотношениях является тем же самым, что и выступление в качестве юридического лица»⁴.

В.Н. Цирульников считает, что такие признаки юридического лица, как «способность выступать от своего имени» и «способность нести самостоятельную имущественную ответственность», вообще не могут являться признаками организации, так как способность не признак конструкции, а ее суть, качество. По его мнению, качественные характеристики субъекта гражданских отношений следует относить к области его правосубъектности.

Кроме того, с точки зрения В.Н. Цирульникова, все признаки юридического лица следует разделить на две большие группы: *существенные* – имущественная обособленность и организационное единство, выступающие базовыми элементами конструкции юридического лица; *индивидуализирующие* – организационно-правовая форма, наличие учредительных документов, государственная регистрация, наличие банковских счетов и бухгалтерского баланса, наличие органов юридического лица, местонахождение, печати и штампы, т.е. признаки, наполняющие содержанием конструкции существенные. Обе группы признаков юридического лица находятся в необходимой диалектической связи между собой⁵.

¹ См.: Братусь С.Н. *Субъекты гражданского права*. М., 1950. С. 134–135.

² См.: Тархов В.А. *Гражданское право. Общая часть: Курс лекций*. Чебоксары, 1997. С. 157.

³ См.: Там же.

⁴ См.: Советское гражданское право: *Субъекты гражданского права*. М., 1984. С. 54.

⁵ См.: Цирульников В.Н. *Признак «организационное единство» и его влияние на правоспособность коммерческих организаций (теоретический и правовой аспекты)*: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1998.

Анализируя различия во взглядах российских ученых на сущность юридического лица, можно заметить сходство в следующем. Гражданская правосубъектность, представляя организации правовые возможности участия в имущественных отношениях, требует не просто признания за общественным образованием качества субъекта права, но и наличие определенных законом признаков, объективно позволяющих этому образованию стать участником таких отношений, т.е. признаков юридического лица.

К традиционным основополагающим признакам, необходимым и достаточным для признания организации юридическим лицом, гражданское право относит:

1) *организационное единство*, означающее наличие у юридического лица целей и задач, объединяющих людей в единое целое, в организацию, выступающую в гражданском обороте как одно лицо, один субъект права.

Необходимость организационного единства для признания какого-либо образования юридическим лицом признается подавляющим большинством ученых. Однако есть и те, которые ставят под сомнение обязательное существование такого признака юридического лица, как организационное единство⁶;

2) *имущественную обособленность*, означающую, что имущество юридического лица, составляющее его материальную базу, отделено, обособлено от имущества других юридических лиц.

Имущественная обособленность присуща всем без исключения юридическим лицам с момента их создания, тогда как появление у конкретного юридического лица обособленного имущества, как правило, приурочено к моменту формирования его уставного капитала. Все имущество организации учитывается на ее самостоятельном балансе или проводится по самостоятельной смете расходов, в чем и находит внешнее проявление имущественная обособленность данного юридического лица⁷;

3) *самостоятельную имущественную ответственность* – признак, который означает, что любая организация, являющаяся юридическим лицом, самостоятельно несет гражданско-правовую ответственность по своим обязательствам принадлежащим ему имуществом.

Важнейшим условием этого вида ответственности является наличие у юридического лица обособленного имущества, служащего при необходимости объектом притязаний кредиторов.

Взыскания по требованиям кредиторов могут быть обращены лишь на обособленное имущество данного юридического лица. При недостатке имущества, имеющегося у юридического лица, к ответственности по его долгам в виде исключения, прямо предусмотренного законом, могут быть привлечены его учредители или участники (например, учреждения, ассоциации, союзы и т.п.)⁸;

4) *выступление в гражданском обороте от собственного имени*, означающее возможность от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и исполнять обязанности, выступать истцом и ответчиком в суде по гражданско-правовым спорам, т.е. способность быть истцом и ответчиком в суде общей компетенции, арбитражном и третейском суде.

Кроме того, для выступления в гражданском обороте от своего имени юридическое лицо по правилам п. 1 ст. 54 ГК РФ должно иметь свое наименование, содержащее указание на его гражданско-правовую форму, а также в предусмотренных законом случаях – указание на характер деятельности организации. Место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в его учредительных документах не установлено другое. Наименование и местонахождение юридического лица позволяет отличить его от других организаций, и поэтому отражаются (указываются) в его учредительных документах и фиксируются при государственной регистрации, которая является последней точкой в создании юридического лица.

Отечественные цивилисты, традиционно выделяя эти четыре основополагающих признака юридического лица, кроме вышеизложенных определений придают каждому из них определенную направленность:

- организационное единство – организационный признак;
- имущественная обособленность – экономический признак;
- самостоятельная имущественная ответственность – материально-правовой признак;
- выступление в гражданском обороте от собственного имени – процессуально-правовой признак⁹.

Все выше перечисленные признаки юридического лица закреплены в действующем законодательстве (ГК РФ, Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих органи-

⁶ См., напр.: Ахметьянова З.А. Правовой статус имущества юридических лиц: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1997. С. 26.

⁷ См.: Гражданское право: Учебник для вузов / Под ред. В.В. Залесского, М.М. Рассолова. М., 2002. С. 54–55.

⁸ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1997. С. 390.

⁹ См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. М.: Юристъ, 2001. Ч. 1. С. 92–93.

зациях»¹⁰ и др.) и отражаются в учредительных документах, которые конкретизируют общие нормы права применительно к своим интересам.

Гражданский кодекс РФ подразделяет юридические лица на виды по следующим критериям:

1. В зависимости от целей создания и деятельности юридические лица делятся на *коммерческие* и *некоммерческие* организации.

Законодателем определено, что коммерческие организации – это те юридические лица, основной целью деятельности которых является извлечение прибыли с помощью любой, не запрещенной законом деятельности.

Некоммерческие организации не преследуют извлечения прибыли в качестве основной цели и не распределяют полученную прибыль между участниками (п. 1 ст. 50 ГК РФ, ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях»).

2. В зависимости от правового режима имущества ГК РФ подразделяет юридические лица на три категории:

- *субъекты права собственности* (товарищества и общества, кооперативы и все некоммерческие организации, кроме учреждений);

- *субъекты права хозяйственного ведения* (государственные и муниципальные унитарные предприятия, дочерние предприятия);

- *субъекты права оперативного управления* (федеральные казенные предприятия, учреждения).

3. В зависимости от того, сохраняют ли их учредители какие-либо права в отношении имущества созданной организации, юридические лица подразделяются на:

- *организации, на имущество которых учредители не сохраняют никаких прав* (все некоммерческие организации, кроме некоммерческих партнерств);

- *организации, на имущество которых учредители сохраняют обязательственные права* (товарищества, общества, кооперативы, некоммерческие партнерства);

- *организации, на имущество которых учредители сохраняют право хозяйственного ведения* (дочерние предприятия);

- *организации, на имущество которых учредители сохраняют право собственности* (государственные и муниципальные унитарные предприятия, федеральные казенные предприятия, учреждения).

4. В зависимости от способов создания и целей деятельности юридические лица подразделяются правовой наукой на *публичные* и *частные*.

К юридическим лицам публичного права принято относить организации, которые создаются помимо воли частных лиц путем издания правовых актов органами государственной власти и управле-

ния. Выражение этой воли осуществляется путем издания учредителем юридического лица публичного права соответствующих императивных норм. Юридические лица публичного права возникают помимо воли частных лиц на основании публично-правового акта в интересах неопределенного круга лиц. Правовое положение юридических лиц публичного права требует специального нормативного закрепления – указа Президента РФ, постановления Правительства РФ, распоряжений комитетов по управлению государственным имуществом, фондов государственного имущества.

В свою очередь юридические лица – *частные права*, как правило, создаются путем совершения учредителями гражданско-правовых сделок по воле частных лиц и не носят нормативного характера.

5. В зависимости от характера участия государственных органов в регистрации юридического лица наука гражданского права традиционно выделяет следующие способы образования юридических лиц:

- *образуемые в разрешительном порядке*, т.е. создание организации разрешено тем или иным компетентным органом;

- *образуемые в нормативно-явочном порядке*, когда регистрирующий орган проверяет только соответствие представленных учредительных документов и действий учредителей нормам права, после чего обязан зарегистрировать юридическое лицо. Вступать в обсуждение вопроса о целесообразности или полезности создаваемого юридического лица регистрирующий орган не вправе. Данный способ образования юридического лица наиболее распространен как в России, так и в большинстве зарубежных стран.

Государственная регистрация является завершающим этапом образования юридического лица, на котором компетентный орган проверяет соблюдение условий, необходимых для создания нового субъекта права, и принимает решение о признании организации юридическим лицом. Основные данные об организации заносятся в Единый государственный реестр юридических лиц и становятся доступными для всеобщего ознакомления.

Чтобы быть полноправным субъектом гражданских правоотношений, организация должна соответствовать признакам той или иной признаваемой законом группы юридических лиц.

Таким образом, юридическое лицо можно охарактеризовать как организацию, признанную государством в качестве субъекта права, обладающую обособленным имуществом, отвечающую этим имуществом по своим обязательствам и выступающую в гражданском обороте от своего имени.

¹⁰ См.: *СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.*

Проблемы определения страхового случая по договору перестрахования

Е.Н. Ключкова

Категория страхового случая занимает центральное место в страховых отношениях. Закон РФ от 27.11.1992 № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»¹ (далее – Закон об организации страхового дела) в отношении договоров перестрахования содержит требование, согласно которому данный вид договоров должен быть заключен в соответствии с нормами гражданского законодательства. Согласно ст. 942 ГК РФ условие о страховом случае является существенным условием договоров страхования, а соответственно, и договоров перестрахования как разновидности договоров имущественного страхования. Следовательно, при отсутствии данного условия договор перестрахования считается незаключенным.

Вопрос о страховом случае в договоре перестрахования в настоящее время остается дискуссионным. Доктрина страхового права, российская судебная практика и специалисты в области перестрахования по-разному трактуют данное понятие.

Легальное понятие страхового случая дано в п. 2 ст. 9 Закона об организации страхового дела. Так, страховым случаем является совершившееся событие, предусмотренное договором страхования или законом, с наступлением которого возникает обязанность страховщика произвести страховую выплату страхователю, выгодоприобретателю или иным третьим лицам.

Определение момента наступления страхового случая имеет большое значение, поскольку наступление страхового случая порождает правоотношение между перестрахователем и перестраховщиком, в силу которого у перестрахователя возникает право требовать от перестраховщика выплаты страхового возмещения, а у перестраховщика – обязанность произвести такую выплату.

Согласно п. 1 ст. 967 ГК РФ по договору перестрахования может быть застрахован «риск выплаты страхового возмещения или страховой

суммы» по договору страхования. Основываясь на данной норме, российская судебная практика признает страховым случаем по договору перестрахования факт выплаты страхового возмещения перестрахователем по основному договору страхования. Другими словами, с момента производства перестрахователем страховой выплаты перестраховщик обязуется осуществить выплату перестраховочного возмещения.

Указанное понимание страхового случая имеет ряд негативных моментов, которые мы рассмотрим подробнее.

Событие, рассматриваемое в качестве страхового случая, должно обладать такими обязательными признаками, как вероятность и случайность его наступления. Вероятность заключается в возможности наступления страхового случая. Так, выплата страхового возмещения может произойти, а может и не произойти в силу различных причин, например, отсутствия страхового случая по договору страхования или наличия обстоятельств, освобождающих страховщика от обязанности произвести выплату. Случайность означает, что, хотя событие является допустимым, о его наступлении заранее не известно ни одной заинтересованной стороне. А.И. Худяков, исследуя признаки страхового случая, справедливо отмечает, что страховой случай не выступает актом волеизъявления сторон договора и не является результатом их действий².

Перестрахователь, выступая по договору страхования в качестве страховщика, решает вопрос о выплате страхового возмещения самостоятельно на основании предоставленных страхователем документов. Даже признав событие страховым случаем, страховщик может отказать в выплате страхового возмещения, например, в ситуации, если страхователь сообщил при заключении договора страхования заведомо ложные

¹ См.: Рос. газ. 1993. 12 янв.

² См.: Худяков А.И. *Страховое право*. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 134–135.

сведения об объекте страхования, не поставил в известность страховщика о существенных изменениях обстоятельств, влияющих на вероятность наступления страхового случая, или, напротив, осуществить так называемую компромиссную выплату, т.е. выплатить часть страхового возмещения, поскольку в соответствии с договором страхования либо подлежащими применению правилами страхования событие может быть не признано страховым случаем. Таким образом, страховой случай по договору перестрахования (выплата страхового возмещения) наступает в результате активных действий перестрахователя, что не укладывается в понятие страхового случая по договору страхования как *события*, происходящего без участия сторон договора.

И.В. Морозов указывает, что «с момента наступления страхового случая по основному договору страхования у страховщика возникает обязательство произвести выплату, и, соответственно, возможность выплаты перестает быть случайным событием. Следовательно, сама выплата выгодоприобретателю более не может рассматриваться в качестве предполагаемого случайного события и становится событием закономерным и практически неизбежным... событие, рассматриваемое в качестве «перестраховочного» риска, более таковым не является, ибо утратило императивно установленную законом случайность наступления»³.

Отметим, что существенным условием договора перестрахования является условие о сроке договора. Событие признается страховым случаем только тогда, когда имело место в период действия договора перестрахования. В результате понимания страхового случая по договору перестрахования как выплаты перестрахователем страхового возмещения в судебной практике возникло несколько прецедентов, оказывающих неоднозначное влияние на отношения по перестрахованию⁴.

Речь идет о споре, в котором арбитражный суд признал правомерным отказ перестрахователя произвести выплату перестраховочного возмещения на том основании, что страховой случай произошел за сроком действия договора перестрахования. Как правило, договоры перестрахования содержат оговорку, согласно которой ответственность перестраховщика по договору

перестрахования (период действия перестраховочной защиты) начинается и заканчивается одновременно с ответственностью перестрахователя по основному договору страхования (период действия страховой защиты). В период действия обоих договоров произошел страховой случай по договору страхования. Расследование страхового случая оказалось продолжительным по времени, в связи с чем на момент выплаты страхового возмещения по договору страхования истек срок действия договора перестрахования. Поскольку страховым случаем по договору перестрахования являлся факт выплаты страхового возмещения, перестраховщик отказал в выплате. Суд при разрешении данного спора исходил из следующих соображений. Согласно ст. 942 ГК РФ срок действия договора является существенным условием договора страхования. Сторонами срок действия перестраховочного слипа был согласован. Следовательно, выплаты, производимые истцом за пределами срока действия договора, не могут являться страховым случаем.

Высший Арбитражный Суд РФ в п. 2 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования⁵, давая свое заключение по подобному вопросу, отметил следующее: поскольку выплата страхового возмещения была произведена за сроками действия договора перестрахования, перестрахователь лишился права требовать возмещения от перестраховщика.

Действующее законодательство и принятые на его основе судебные решения противоречат устоявшейся международной доктрине перестрахования, поскольку неверно трактуют саму суть перестраховочных отношений, не позволяют сторонам достичь целей, ради которых заключался договор перестрахования, делая в результате сам институт перестрахования неполноценным.

В договорах перестрахования встречается определение момента наступления страхового случая по договору перестрахования как момента признания перестрахователем события страховым случаем по договору страхования. Таким моментом является, как правило, момент составления страхового акта о наступившем событии, составляемый после расследования обстоятельств страхового случая и содержащий рассчитанный

³ Морозов И.В. *Страховой случай по договору перестрахования – ходим по кругу* // Юридическая и правовая работа в страховании. 2006. № 2.

⁴ См., напр.: постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 16.02.2001 № А65-8558/2000-СГ1-10; постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 01.08.2000 № КГ-А40/3225-00.

⁵ См.: информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28.11.2003 № 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 1.

размер страхового возмещения, который подлежит уплате страховщиком. Однако такое определение страхового случая не позволяет решить описанную выше проблему. В случае если событие, обладающее признаками страхового случая, произойдет в последние дни срока действия договора перестрахования, расследование по нему может затянуться, а, соответственно, принятие перестрахователем решения о том, является ли событие страховым случаем, произойдет за пределами срока действия договора.

В настоящий момент для избежания указанных проблем стороны включают в договоры перестрахования оговорки о продлении срока действия договора перестрахования на период, который необходим для урегулирования страхового случая по договору страхования, произошедшего в период действия перестраховочной защиты, и производства выплаты страхового возмещения, которое не может быть осуществлено в первоначально согласованный договором срок.

Отметим, что в международной практике перестрахования не возникает подобных вопросов, поскольку согласно трактовке, принятой международным перестраховочным рынком, страховым случаем по договору перестрахования является страховой случай по договору страхования. Именно с момента наступления страхового случая по договору страхования у перестраховщика наступает обязанность произвести выплату перестраховочного возмещения. Следовательно, именно страховой случай по договору страхования должен иметь место в течение срока действия договора перестрахования, независимо от момен-

та, когда будет произведена выплата страхового возмещения. Данная концепция исходит из слияния моментов наступления страхового случая по договору страхования и перестрахования, что, на наш взгляд, полностью отражает сущность перестрахования и максимально отвечает интересам сторон договора.

В отечественной литературе высказывается предложение об определении страхового случая по договору перестрахования как наступления обязанности перестрахователя произвести выплату по договору страхования. Оно фактически тождественно приведенному международному определению. Обязанность произвести выплату в конкретном размере наступает у страховщика с момента наступления страхового случая. Момент наступления страхового случая и момент наступления обязанности произвести выплату не отделимы друг от друга.

Подводя итог вышесказанному, стоит отметить, что гражданское законодательство не содержит прямых указаний по поводу того, что является страховым случаем по договору перестрахования. Кроме того, п. 22 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования, указывает, что страховым случаем по договору перестрахования является выплата перестрахователем страхового возмещения по договору страхования, *если иное не указано в договоре перестрахования*. Таким образом, сторонам договора перестрахования предоставлено право самостоятельно, исходя из условий договора перестрахования и намерений сторон, определить, какое событие будет являться страховым случаем.

Иск (заявление) прокурора в гражданском судопроизводстве – одна из форм государственной защиты прав граждан

Ю.В. Корулина

Актуальность деятельности прокуроров по участию в гражданском судопроизводстве обусловлена приоритетностью осуществляемого прокуратурой надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Большая часть исков (заявлений) прокуроров предъявляется в суды общей юрисдикции по результатам рассмотрения ими жалоб граждан и по итогам надзорных проверок.

Анализ данных статистики и материалов прокурорской практики свидетельствует об активизации исковой работы прокуроров. Количество исков (заявлений), предъявленных прокурорами в суды общей юрисдикции в 2006 г., по сравнению с 2005 г. увеличилось на 26,5 %: с 661 003 заявлений на сумму 7 153 063 руб. до 836 385 заявлений на сумму 9 446 546 руб. Из рассмотренных судом удовлетворено 98,4 % заявлений (в 2005 г. – 98,8 %), 85,2 % – на основании судебного постановления, 13,2 % – добровольно ответчиком.

Большая часть исков (заявлений) (498 904) предъявлена прокурорами в интересах граждан и неопределенного круга лиц, что обусловлено не только востребованностью прокуратуры обществом, но и сменой приоритетов государственной политики, переосмыслением роли государства в обеспечении прав граждан, социальной направленностью экономических преобразований в стране. Это находит выражение и в повышении роли прокуратуры как государственного защитника прав и законных интересов граждан.

Так, увеличение количества исков в защиту жилищных прав граждан с 4 652 в 2005 г. до 8 951 в 2006 г., т.е. на 92,4 %, в определенной степени связано с выявлением прокурорами нарушений, допущенных органами государственной власти и местного самоуправления при реализации приоритетного национального проекта «Доступное и комфортное жилье – гражданам России».

Значительная часть исков предъявлена на защиту трудовых прав граждан: 347 107 на сумму 2 608 689 руб. Почти все они удовлетворены судом или добровольно ответчиком. В подавляющем большинстве случаев прокуроры заявляли требование о взыскании задолженности по заработной плате.

Несвоевременная выплата заработной платы – проблема, чрезвычайно актуальная для всех регионов России. По данным Росстата на 1 января 2007 г., суммарная задолженность организаций по заработной плате (без учета субъектов малого предпринимательства) составила 4 млрд 159 млн руб.

Активность прокуроров по предъявлению такого рода исков (одной только Прокуратурой Республики Башкортостан предъявлено 29 337 исков) во многом объясняется тем, что сами работники предприятий из-за опасения потерять работу в условиях острого дефицита рабочих мест и высокого уровня безработицы, особенно в небольших городах, предпочитают не обращаться в суд, попадая в «добровольное рабство» к работодателю. По данным социологического исследования, проведенного в 2006 г.¹, 20 % россиян часто испытывают страх перед будущим из-за ситуации на работе, а 44 % – иногда. «Боязнь потерять работу (или страх ухудшения ситуации на работе) определяется россиянами опасениями лишиться возможности поддерживать и без того достаточное скромное существование»².

Вместе с тем судебная практика складывается неоднозначно. В некоторых субъектах Российской Федерации судьи полагают (и такую позицию поддерживает Верховный Суд РФ³), что зависимость работника от работодателя не пре-

¹ См.: интервью директора Института социологии РАН М.К. Горшкова и его заместителя Н.Е. Тихоновой (см.: Реформы с чужого плеча // Рос. газ. 2006. 21 июня. С. 12); Социологические исследования. 2006. № 12. С. 3.

² Аникин В.А. Жизненные проблемы россиян и их запросы к социальной политике // Социологические исследования. 2006. № 12. С. 16, 17.

³ См., напр.: определение судьи Верховного Суда РФ от 12.10.2005 № 45-ФП05-2 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 8. С. 22.

пятствует самостоятельному обращению гражданина в суд и не является основанием для предъявления соответствующего иска прокурором. При этом не учитывается то обстоятельство, что иски о взыскании задолженности по заработной плате предъявляются прокурорами в основном по итогам надзорных проверок, в связи с обращениями в прокуратуру граждан или получением прокурорами информации об этих нарушениях из других источников, в интересах всех или значительного числа работников предприятия. Не принимается во внимание и то, что для большинства лиц, работающих по найму, заработная плата – единственный источник средств к существованию не только для них самих, но и их семей, в которых, как правило, есть дети. Между тем 30 % семей с двумя детьми и 22 % семей с одним ребенком живет за чертой или на черте бедности⁴.

Российская Федерация – социальное государство, признающее человека, его права и свободы высшей ценностью и возлагающее на себя обязанность защитить эти права и свободы (ст.ст. 2, 7 Конституции РФ). Создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, реализацию им права на вознаграждение за труд (ст. 37 Конституции РФ), не является сугубо личным делом самого человека, а возводится в ранг общегосударственной политики. Государство должно контролировать состояние законности в сфере трудовых отношений, препятствовать злоупотреблению работодателями своими правами. Для более эффективного выполнения этой функции полномочия прокурора как представителя государства по защите трудовых прав граждан должны не ограничиваться, а расширяться.

Проблемы, связанные со сложной демографической ситуацией в стране, трудностями воспитания подрастающего поколения, были актуальны и раньше, но сейчас дети нуждаются в повышенном внимании государства. Согласно докладу Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации В.П. Лукина «за последние восемь лет численность детей в возрасте до 18 лет уменьшилась в России с 35,8 млн до 29,1 млн, при этом количество детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, за это же время выросло на 18 % и составило 734,1 тыс. Число детей, постоянно живущих в интернатных учреждениях, составляет 477,8 тыс., половина из них – дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей»⁵.

В 2006 г. по сравнению с 2005 г. на 36,7 % количество заявлений прокуроров, предъявленных в защиту прав несовершеннолетних увеличилось: с 55 162 до 75 422. Это объясняется неудовлетворительным положением с защитой прав детей как воспитывающихся в семье, так и находящихся в детских воспитательных и образовательных учреждениях. Заявления прокуроров в интересах несовершеннолетних об ограничении (лишении) родительских прав, ограничении дееспособности родителей, злоупотребляющих спиртными напитками и наркотическими средствами, в основной своей массе вызваны такими негативными социальными явлениями, как кризис семьи, нежелание многих родителей исполнять возложенные на них обязанности, недостатки в работе органов социальной защиты.

Несовершенство системы социального обеспечения, бездействие специальных органов государственной власти и местного самоуправления потребовало принятия мер прокурорского реагирования по восстановлению прав детей-инвалидов на здравоохранение, доступ к объектам инфраструктуры.

Прокурорами также предъявлялись иски о взыскании опекунских пособий. Однако на судебную практику по указанной категории дел отрицательно влияет позиция Верховного Суда РФ⁶, полагающего, что надлежащим истцом по делу о взыскании денежных средств на содержание несовершеннолетнего ребенка, находящегося под опекой, является его опекун, и поэтому прокурор, обращаясь в суд с таким требованием, должен обосновать невозможность предъявления данного иска опекуном. Тем не менее во многих регионах суды принимают к рассмотрению и удовлетворяют такие иски прокурора.

Представляется, что ограничительное толкование Верховным Судом РФ положений ст. 45 ГПК РФ не только не соответствует ее буквальному смыслу, но и противоречит конституционным принципам, международным обязательствам России.

Согласно ч. 1 ст. 45 ГПК РФ прокурор вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. Заявление в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина может быть подано прокурором только в слу-

⁴ См.: интервью директора Института социологии РАН М.К. Горшкова и его заместителя Н.Е. Тихоновой.

⁵ См.: *Официальные документы в образовании. 2006. № 31.*

⁶ См., напр.: *определение судьи Верховного Суда РФ от 27.06.2005 № 58-ВПР05-76 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 3. С. 4.*

чае, если гражданин по состоянию здоровья, возрасту, недееспособности и другим уважительным причинам не может сам обратиться в суд.

Из Федерального закона от 21.12.1996 № 159-ФЗ «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей»⁷, Положения о порядке выплаты денежных средств на питание, приобретение одежды, обуви, мягкого инвентаря для детей, находящихся под опекой (попечительством), утвержденного приказом Минобразования России от 19.08.1999 № 199⁸, следует, что соответствующие денежные средства предназначаются детям, а не их опекунам. Поэтому невыплата пособия затрагивает в первую очередь интересы конкретного ребенка, который в силу возраста не может сам обратиться в суд за защитой нарушенного права. Опекун же является надлежащим истцом по делу лишь потому, что он выступает законным представителем несовершеннолетнего, не обладающего в полном объеме гражданской процессуальной дееспособностью (ст. 37 ГПК РФ, ст. 32 ГК РФ). Кроме того, ст. 10 названного федерального закона предоставляет прокурору равное с опекуном (попечителем) ребенка право на обращение в суд в его интересах.

Считая, что опекуны (попечители) имеют преимущественное право на защиту их интересов, судьи исходят из добросовестности этих граждан, тогда как не все законные представители надлежащим образом исполняют возложенные на них обязанности. Более того, некоторые из них действуют вопреки интересам своих подопечных.

В соответствии со ст.ст. 17, 39 и 45 Конституции РФ в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина, а также государственная защита этих прав и свобод. Каждому гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом. Таким образом, реализация гражданином своего конституционного права на социальное обеспечение не может ставиться в зависимость от воли или возможностей его законного представителя. Кроме того, в ст. 38 Конституции РФ специально отмечено, что детство находится под защитой государства. Данное положение Основного закона корреспондирует п. 3 ст. 10 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и ст. 24 Международного пакта о гражданских и политических правах, согласно которым особые меры охраны

и помощи должны приниматься в отношении детей и подростков, каждый ребенок имеет право на такие меры защиты, которые требуются в его положении как малолетнего со стороны его семьи, общества и государства.

Детям, находящимся на полном государственном обеспечении в воспитательных учреждениях, опекуны (попечители) не назначаются. Выполнение их обязанностей возлагается на администрации этих учреждений (ст. 147 СК РФ), что отнюдь не гарантирует соблюдение прав их воспитанников.

Так, Туймазинским межрайонным прокурором Республики Башкортостан направлено в суд 174 исковых заявления в интересах детей-сирот о взыскании с Серафимовского детского дома-интерната, куда они были помещены в связи с инвалидностью, сумм, незаконно снятых с их личных счетов администрацией данного учреждения. В пользу каждого ребенка судом взыскано по 24 тыс. руб.

На 57,1 % возросло количество заявлений, предъявленных прокурорами в защиту пенсионных и иных социальных прав: с 21 074 в 2005 г. до 33 108 в 2006 г.

Значительная часть таких заявлений подана в связи с бездействием органов социальной защиты, а в ряде случаев и ввиду нарушений с их стороны.

Только после вмешательства Сысертского межрайонного прокурора на основании решения районного суда, вынесенного по его иску, Управление социальной защиты населения по Сысертскому району Свердловской области выдало гражданину П. незаконно изъятое у него этим управлением удостоверение инвалида, перенесшего лучевую болезнь вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС.

Решением районного суда об удовлетворении иска прокурора Железнодорожного района Екатеринбурга, предъявленного в интересах гражданина Ш., была исправлена «ошибка» Управления социальной защиты населения этого района, в результате которой гражданину Ш., участнику ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС, за шесть лет (с 2000 г.) была недоплачена компенсация в возмещение вреда здоровью в размере 2 млн руб.

Однако есть и проблемы: нередко суды отказывают прокурорам в принятии заявлений в интересах граждан, получающих пенсию по старости, полагая, что они способны самостоятельно обратиться в суд, т.е. подать иск на приеме у су-

⁷ См.: СЗ РФ. 1996. № 52. Ст. 5880.

⁸ См.: Рос. газ. 2000. 10 марта.

дьи или направить его по почте. Между тем под способностью самостоятельного обращения в суд, на наш взгляд, следует понимать способность гражданина самостоятельно и в полном объеме реализовать свое право на доступ к правосудию, судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ), т.е. подготовить исковое заявление, сформулировать и обосновать свои требования, поддержать их в судебном заседании. Граждане преклонного возраста, в основной своей массе не обладающие юридическими знаниями, на это, как правило, не способны. Маленький размер пенсии не позволяет им воспользоваться услугами адвоката. Расширение действия принципа состязательности сторон, принятие судом решения (за редким исключением) только в пределах заявленных требований (ст.ст. 12 и 196 ГПК РФ) практически не оставляют пенсионерам шанса на выигрыш спора. В связи с этим они вправе рассчитывать на помощь прокурора, заявление которого суд должен принять без каких-либо дополнительных обоснований невозможности предъявления иска самим гражданином.

Возвращая без рассмотрения заявления прокурора, предъявленные в интересах граждан, отказывая в принятии этих заявлений (п. 1 ч. 1

ст. 134, ст.ст. 135 и 136 ГПК РФ), судьи руководствуются не только положениями ч. 1 ст. 45 ГПК РФ, но и ч. 3 ст. 131 ГПК РФ, предусматривающей, что «в случае обращения прокурора в защиту законных интересов гражданина в заявлении должно содержаться обоснование невозможности предъявления иска самим гражданином».

Согласно ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Представляется, что положения ч. 1 ст. 45 и ч. 3 ст. 131 ГПК РФ (в их взаимосвязи с нормами п. 1 ч. 1 ст. 134, ст.ст. 135 и 136 ГПК РФ) в той мере, в какой эти положения по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, подразумевают под обращением в суд сам факт подачи (направления) в суд заявления, ограничивают возможности государственной защиты прав граждан, имеющих законных представителей, допускают оценку судом уважительности причин, по которым гражданин не может сам обратиться в суд, и в случае признания их неуважительными – возвращение (отказ в принятии) заявления прокурора, предъявленного в защиту прав, свобод и законных интересов этого гражданина, противоречат ст.ст. 2, 7, 17, 37, 38, 39, 45 и 46 Конституции РФ.

Наследование земельных участков и вещных прав на них в Германии

О.В. Мананников

По мнению П. Лягарда, несмотря на сближение гражданского законодательства государств-членов ЕС, «в области гражданско-правового регулирования имущественных отношений супругов и наследования между государствами ЕС остаются существенные различия¹». Особенно характерны эти различия при сравнении гражданского законодательства Франции и Германии. Отметим, что, невзирая на исторический генезис из французского права, российская доктрина в значительной степени поддерживает теоретические положения ГГУ.

Утверждение ГГУ (1900 г.) явилось результатом стремления в национальном движении XIX в. к унификации и упрощению системы германского права. При его создании были использованы работы выдающегося правоведа К.Ф. фон Савиньи, который систематизировал и творчески переосмыслил основные принципы и дефиниции римского и старогерманского права, и других известнейших германских цивилистов.

Согласно § 1922 ГГУ со смертью лица (открытие наследства) его имущество (наследство) как целое переходит к одному или нескольким другим лицам (наследникам). До момента перехода к наследникам под наследством понимается объект наследования (*Erbschaft*). После перехода наследство именуется *Nachlass* и подразумевает совокупность всего имущества и вещей, принадлежавших по праву наследования наследникам. Четкой дефиниции наследства ГГУ не содержит, но указывает на необходимость составления инвентарной описи наследства. В описи должны быть перечислены предметы, в том числе земельный участок (§ 2111 ГГУ), входящие в наследственную массу, и их стоимость, а также обязательства наследства (§ 2001 ГГУ). В состав наследства входят права требования, принадлежавшие наследодателю (§ 2039, 2173, 2175 ГГУ), и права в отношении земельного участка (§ 2113 ГГУ). К наследству относится также все, что при-

обретено на основании права, входящего в наследственную массу, либо приобретено в качестве возмещения за гибель, порчу или изъятие предмета наследственного имущества, либо по сделке, совершенной в отношении наследственного имущества (§ 2041 ГГУ).

Земельный участок относится к телесным предметам и является составной вещью, куда входят права и существенные части². В число последних включаются вещи, прочно связанные с землей (в частности, строения), а также продукты земельного участка, пока они соединены с почвой. Семена и растения признаются составными частями с момента посева или посадки. Права считаются составными частями, только если они связаны с правом собственности на земельный участок (§ 90–95, 946 ГГУ). Здесь очевидна преемственность римского права, которое отождествляло право собственности на вещь с самой вещью, именуя *res corporales*. Однако в отличие от права Юстиниана германское законодательство исключает возможность слияния вещных прав на земельный участок, т.е. право на чужой земельный участок не прекращается в результате *confusio* – объединения собственника и обладателя ограниченного вещного права в одном лице (§ 889 ГГУ). Отметим, что к составным частям земельного участка не могут быть отнесены временно присоединенные вещи, т.е. связанные с землей лишь для временных целей, а также строения и иные объекты, возведенные лицом с целью реализации своего права на чужой земельный участок (§ 95 ГГУ). С земельными участками могут осуществляться различные операции при условии последующей регистрации в поземельной книге. Так, несколько участков могут быть объединены в один или превращены в составные части другого участка (§ 890 ГГУ). Л. Эннекцерус

¹ Центр нотариальных исследований: Материалы и статьи. Екатеринбург: Изд-во АМБ, 2003. Вып. 4: Нотариат в международных отношениях. С. 36.

² См. также: § 5 ст. 231 Вводного закона к ГГУ.

утверждает: «Земельному участку по его природе не присуща обособленность, которая позволила бы ему выступать в качестве вещи. Здесь понятие всегда покоится исключительно на том, что так установлено людьми. Решающим для вопроса о том, должна ли определенная часть земной поверхности рассматриваться только как часть земельного участка, как целый земельный участок, как ряд земельных участков или как отдельные части различных земельных участков, является не единое или различное хозяйственное назначение земель и не расположение и взаимное их соотношение, а (по общему правилу) то, как земли занесены в поземельную книгу»³. Кроме документальной индивидуализации дискретность земельного участка в натуре достигается установлением межевых знаков. Способы и порядок межевания определяются локальными законами земель или местными обычаями. При этом собственник участка может требовать от своего соседа содействия в установке постоянных межевых знаков или в их восстановлении (§ 919 ГГУ).

Третья книга ГГУ, именуемая «Вещное право», открывается дефиницией «владение», под которым подразумевается фактическое господство лица над вещью (§ 854 ГГУ). Известно, что германская доктрина различает понятия вещно-правового договора или соглашения (*Einigung*) и обязательственного договора (*Vertrag*). Первый из названных юридических фактов выступает в качестве основания возникновения всех вещных прав, в том числе владения. Лицо может владеть вещью либо как непосредственный владелец в качестве пользователя, залогодержателя, арендатора, нанимателя, хранителя (§ 868 ГГУ), либо как собственник, когда владеет вещью как ему принадлежащей (§ 872 ГГУ) или владеет вещью с целью осуществления права пользования (§ 955 ГГУ). Значение владения состоит также в том, что в случае смешения границ участка и невозможности определения их действительного расположения межевые знаки устанавливаются по фактическому владению (§ 920 ГГУ). Владение прекращается в случае составления соглашения, отказа владельца от фактического господства над вещью либо утраты владения иным образом. Временный перерыв не влечет прекращения владения. Наконец, владение входит в наследственную массу и может передаваться по наследству (§ 856–857 ГГУ).

Под правом *собственности* понимается субъективная возможность лица распоряжаться вещью по своему усмотрению и устранять любое воздействие на вещь со стороны других лиц

(§ 903 ГГУ). В отношении земельного участка это право простирается на пространство над и под его поверхностью. Границы воздействия других лиц в указанных направлениях определяются утратой интереса собственника в связи со значительной удаленностью от поверхностного слоя (§ 905–906 ГГУ). Содержание права собственности на земельный участок также включает в себя возможность требовать выплаты от соседа ренты за непреднамеренное нарушение границ земельного участка застройкой или даже выкупа застроенной части участка. Право на получение ренты имеется также у обладателя наследственного права застройки (суперфиция) и у сервитуария (§ 912–916 ГГУ). Следует отметить, что для регулирования отношений по наследственному праву застройки земельного участка ст. 184 Вводного закона отсылает к предписаниям § 1017 ГГУ, который уже не действует.

Земельный сервитут рассматривается как обременение земельного участка в пользу собственника другого земельного участка таким образом, чтобы он имел право использовать чужой земельный участок, либо чтобы на этом земельном участке не могли совершаться конкретные действия, либо чтобы в отношении этого участка не осуществлялось право, которое следует из права собственности на обремененный земельный участок (§ 1018 ГГУ). Сервитут предоставляет определенные права сервитуарию – собственнику господствующего участка (правомочному лицу). Данное обстоятельство свидетельствует о его вещно-правовом характере. Возможность перехода прав сервитуария по наследству напрямую законом не закреплена, но включение сервитута в наследственную массу как имущественного вещного права подтверждается отсутствием смерти сервитуария в числе оснований прекращения сервитута. *Узуфрукт* в отличие от сервитута прекращается смертью пользователя (§ 1061 ГГУ).

Следующим вещным правом является *преимущественное право покупки*, под которым понимается обременение земельного участка в пользу лица с предоставлением ему по отношению к собственнику приоритета при покупке этого участка. Преимущественное право покупки земельного участка распространяется на принадлежности этого участка. Обладателем этого права может быть собственник другого земельного участка. В отношении третьих лиц право преимущественной покупки имеет силу предварительной записи в обеспечение возникающего при осуществлении этого права требования о передаче права собственности (§ 1094–1098 ГГУ).

³ См.: Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. М.: Изд-во иностранной литературы, 1950. Т. 1. С. 14.

Предварительная запись вносится в поземельную книгу и ей отводится функция защиты интересов правомочного лица, что влечет недействительность распоряжения земельным участком или правом на него, совершенным после внесения предварительной записи⁴. При этом, если требование обеспечено предварительной записью, наследник обязанного лица не может ссылаться на ограничение своей ответственности (§ 883–884 ГГУ). Возможность перехода по наследству права преимущественной покупки земельного участка зависит от содержания этого права. Если оно установлено в пользу собственника земельного участка, то оно не зависит от личности собственника, а неотделимо от права собственности на конкретный земельный участок. Естественно, такое право будет входить в наследственную массу умершего собственника вместе с правом на земельный участок. Если же преимущественное право установлено в пользу определенного лица, то оно неотделимо уже от субъекта права и аналогично узурфрукту прекращается вследствие смерти субъекта (§1103 ГГУ). Не следует смешивать вешное преимущественное право покупки земельного участка с обязательственным преимущественным правом покупки земельного участка, которое может быть реализовано только в случае заключения договора купли-продажи между обязанным лицом и третьим лицом (§ 463 ГГУ) и переходит по наследству, если только его осуществление ограничено определенным сроком (§ 470, 473 ГГУ). Наконец, по наследству может переходить право преимущественной покупки, принадлежащее одному из сонаследников, при продаже другим сонаследником своей доли в наследстве третьему лицу (§ 2034 ГГУ).

В книгу о вешных правах германский законодатель включил также *вешное обременение* на земельный участок, содержание которого заключается в периодических имущественных предоставлениях за счет участка. Вешное обременение отличается от рентного долга и других обязательственных отношений тем, что предполагает исполнение не только в денежном выражении, но и в натуральной форме, и не имеет регулярного характера. В любом случае, осуществление права допускается только при условии, чтобы не создавалось препятствий собственнику обремененного земельного участка. Условия включения в наследственную массу права лица требовать исполнения предоставления (вешное обременение) аналогичны положениям о праве преимущественной покупки и зависят только от субъекта, который получает пользу от обременения (§ 1105–1111 ГГУ).

Земельный участок может быть обременен условием выплаты определенной денежной суммы за счет этого участка тому лицу, в пользу кого установлено обременение (§ 1113 ГГУ). Вешное право требования одного лица выплаты денежной суммы за счет недвижимого имущества, принадлежащего другому лицу, называется *ипотекой*. Ипотека подлежит регистрации в поземельной книге и на нее выдается ипотечное свидетельство (§ 1115–1116 ГГУ). Уложение предусматривает общую возможность передачи ипотеки к новому кредитору при условии одновременной передачи основного требования (§ 1153 ГГУ). Кроме того, установлено положение о том, что требование о погашении ипотеки при наличии чужих прав может принадлежать правопреемнику кредитора (абз. 3 § 1179а ГГУ). Отличие вешного права *поземельного долга* от ипотеки заключается в том, что поземельный долг может быть не связан с требованием, в результате которого возникло обременение, и может не являться основанием для требования. Поземельный долг может быть установлен и в пользу собственника, а свидетельство о поземельном долге может оформляться на предъявителя, т.е. обладать признаками ценной бумаги. Ипотека и поземельный долг могут быть преобразованы друг в друга, при этом согласия обладателей других прав на такое преобразование не требуется (§ 1191–1198 ГГУ). Если поземельный долг (определенная денежная сумма) выплачивается в регулярные сроки, то он именуется *рентным долгом*. Погашение рентного долга должно быть предусмотрено выплатой денежной суммы, которая определяется сторонами договора и фиксируется в поземельной книге (§ 1199 ГГУ). Указанные нормы, а также упоминание о возможности включения в состав наследства ипотечного требования, поземельного или рентного долга (§ 2114, 2165–2168 ГГУ) позволяют с уверенностью говорить о допустимости передачи перечисленных ограниченных вешных прав в порядке не только сингулярного, но и универсального правопреемства в случае смерти кредитора. Этот вывод поддерживается распространением положений об ипотеке в определенных случаях на поземельный долг и взаимным преобразованием поземельного и рентного долга (§ 1203 ГГУ), а также тем, что указанные вешные права не являются неотъемлемыми от личности их обладателя, т.е. могут передаваться путем сингулярного правопреемства (например, цессией), и не прекращаются со смертью своего носителя.

⁴ В российском праве несовершеннолетним аналогом предварительной записи как обеспечительной формы является регистрация в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним правопритязаний в форме «Особых отметок». Подробнее см.: Мананников О.В. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним: Науч.-практ. постат. коммент. к Закону. М.: Викор-Медиа, 2006. С. 96–97.

Правовые последствия приостановления производства по делу

П.А. Марков

Приостановление производства по делу в арбитражном процессе является одной из форм временной остановки судебного разбирательства (гл. 16 АПК РФ). Причинами приостановления производства по делу являются объективные обстоятельства, наличие которых не позволяет вести разбирательство по делу и, как следствие, принять законный и обоснованный судебный акт.

Законодательство закрепляет перечень обязательных и факультативных оснований приостановления производства по делу. Статья 143 АПК РФ регламентирует случаи, когда суд обязан приостановить производство по делу. Императивный характер данной нормы свидетельствует о том, что приостановление не зависит от усмотрения суда, основания для приостановления производства в определении суда должны определяться предельно точно и ясно¹.

Согласно п. 1 ст. 143 АПК РФ арбитражный суд обязан приостановить производство по делу в случае невозможности рассмотрения данного дела до разрешения другого дела, рассматриваемого Конституционным Судом РФ, конституционным (уставным) судом субъекта Российской Федерации, судом общей юрисдикции, арбитражным судом.

Данное положение позволяет сделать несколько заключений. Во-первых, дело, препятствующее рассмотрению арбитражного дела, должно быть возбуждено, заявление принято к производству.

Во-вторых, норма закона прямо указывает на статус суда, рассматривающего дело. Иначе говоря, рассмотрение дела, хотя и имеющего значение для арбитражного дела, третейским судом или иным юрисдикционным органом не будет являться основанием для приостановления производства по делу².

При этом в АПК РФ нет указания на то, какие действия суд должен производить при наличии данного обстоятельства. Скорее всего, в данном случае дело подлежит отложению, так как

в ч. 2 ст. 158 АПК РФ закреплено, что суд может отложить судебное разбирательство по ходатайству обеих сторон в случае их обращения за действием к суду или посреднику в целях урегулирования спора.

В-третьих, приостановление по данному обстоятельству возможно только при наличии зависимости между делами, речь идет о невозможности рассмотрения арбитражным судом спора до принятия решения по другому делу³.

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 145 АПК РФ срок приостановления по данному основанию – до вступления судебного акта соответствующего суда в законную силу.

Вторым обязательным основанием приостановления производства по делу является пребывание гражданина-ответчика в действующей части Вооруженных сил РФ или ходатайства гражданина-истца, находящегося в действующей части Вооруженных сил РФ.

Особенность данного положения заключается в том, что истец подает соответствующее ходатайство, тем самым извещая суд о невозможности участвовать в судебном процессе. Срок приостановления производства согласно ст. 145 АПК РФ заканчивается после устранения обстоятельств, послуживших основанием для приостановления производства по делу.

Третьим основанием приостановления производства по делу является смерть гражданина, являющегося стороной в деле, если спорное правоотношение допускает правопреемство. В данном случае речь идет о юридическом факте – событии, наступлением которого приостанавливается производство по делу, так как отсутствует лицо, участвующее в деле. В случае невозможности правопреемства дело должно быть прекращено на основании

¹ См.: Орловская Я.О. О некоторых вопросах приостановления производства по делам по пункту 1 части 1 статьи 143 АПК РФ // *Арбитражная практика*. 2006. № 9.

² См.: Беркович Н.В. Приостановление производства по делу в арбитражном процессе // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2004. № 11.

³ См.: Орловская Я.О. Указ. соч.

ст. 150 АПК РФ. При установлении правопреемства судебное производство возобновляется.

Четвертым основанием обязательного приостановления производства по делу является утрата гражданином, являющимся стороной в деле, дееспособности. Данное основание относится только к физическому лицу, гражданину, который является стороной в процессе, т.е. либо истцом, либо ответчиком в соответствии со ст. 44 АПК РФ. Возобновляется производство в случае назначения недееспособному лицу представителя (п. 3 ст. 145 АПК РФ).

Следует отметить, что в ч. 2 ст. 143 АПК РФ арбитражный суд обязан также приостановить производство по делу в случаях, предусмотренных иными федеральными законами. В качестве примера можно привести Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁴ (далее – Закон о банкротстве).

Согласно ст. 144 АПК РФ арбитражный суд вправе приостановить производство по делу в случае назначения арбитражным судом экспертизы; реорганизации организации, являющейся лицом, участвующим в деле; привлечения гражданина, являющегося лицом, участвующим в деле, для выполнения государственной обязанности; нахождения гражданина, являющегося лицом, участвующим в деле, в лечебном учреждении или длительной служебной командировке; рассмотрения международным судом, судом иностранного государства другого дела, решение по которому может иметь значение для рассмотрения данного дела.

Как видно из содержания статьи, перечень факультативных оснований приостановления производства по делу закрытый, в статье отсутствует ссылка на иные федеральные законы.

Факультативные основания приостановления производства по делу позволяют суду действовать по своему усмотрению в каждом конкретном случае, учитывая срок, на который может быть приостановлено производство, доказательства, дающие основания приостановить производство.

Согласно ст. 147 АПК РФ в случае приостановления производства по делу арбитражный суд выносит определение, которое может быть обжаловано.

Вопрос о том, на какой стадии арбитражного процесса возможно приостановление производства по делу, АПК РФ оставляет открытым. Несмотря на то что гл. 16 «Приостановление производства по делу» расположена в разд. II, регулирующим производство в суде первой инстанции, представляется, что приостановление производства по делу возможно не только при рассмотрении дела в первой инстанции, но и в апелляционной, кассационной

инстанциях. Так, согласно ст.ст. 266, 284 АПК РФ в апелляционной, кассационной инстанциях дело рассматривается по правилам рассмотрения дела судом первой инстанции с особенностями, установленными в гл.гл. 35, 36 АПК РФ. Каких-либо особенностей для приостановления производства по делу в названных главах не предусмотрено⁵.

В гл. 16 АПК РФ отсутствует статья, указывающая на правовые последствия приостановления производства, что относится к безусловному пробелу действующего АПК РФ. Кроме того, в связи с отсутствием нормы, указывающей на правовые последствия приостановления, возникают вопросы и трудности на практике.

Если под приостановлением производства по делу в теории арбитражного процессуального права понимается прекращение всех процессуальных действий⁶, то возникает вопрос о правомерности применения в ходе уже приостановленного производства по делу, например, обеспечительных мер, назначения и проведения экспертизы, истребования доказательств и совершение иных процессуальных действий, не направленных на разрешение спора по существу⁷.

Тем не менее прекращение всех процессуальных действий невозможно в силу прямого указания в АПК РФ. В соответствии с ч. 2 ст. 147 АПК РФ предусмотрено обжалование определения об отказе в возобновлении производства по делу. Анализ указанной нормы позволяет сделать вывод о том, что суд по приостановленному делу вправе в силу закона рассматривать вопрос о возобновлении производства по делу, по результатам рассмотрения выносить судебный акт об отказе, который может быть обжалован. Соответственно, обжалование будет происходить при приостановленном производстве по делу.

Также, существует процессуальный вопрос: каким образом рассматривать ходатайство о возобновлении производства по делу?

В соответствии с ч. 1 ст. 159 АПК РФ, ходатайства лиц, участвующих в деле, разрешаются судом после заслушивания мнения других лиц, участвующих в деле. Данная норма предполагает проведение судебного заседания для рассмотрения ходатайства, в судебном заседании могут быть заявлены другие ходатайства, отводы.

Обеспечительные меры арбитражного суда играют важную роль в процессе. Они являются гарантией обеспечения прав и законных интересов лиц, участвующих в деле, они выполняют важную функцию по защите прав заявителей при обращении в арбитражный суд и в ходе арбитраж-

⁴ См.: СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

⁵ См.: Беркович Н.В. Указ. соч.

⁶ См.: Особенности рассмотрения дел в арбитражном процессе: Практик. пособие / Отв. ред. А.А. Арифалин и И.В. Решетникова. М.: Норма, 2005. С. 109.

⁷ См.: Беркович Н.В. Указ. соч.

ного процесса, а также для последующего исполнения судебного акта.

Глава 8 «Обеспечительные меры арбитражного суда» АПК РФ не содержит какой-либо нормы, ограничивающей применение обеспечительных мер. В законе четко указано, какие действия должен произвести суд: удовлетворить ходатайство об обеспечении иска, отказать в удовлетворении ходатайства об обеспечении иска, оставить ходатайство об обеспечении иска без движения. Кроме того, обеспечительные меры могут быть применены на любой стадии судебного разбирательства, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Поэтому при рассмотрении вопроса о допустимости обеспечительных мер в процедуре приостановления производства по делу возникают определенные трудности.

С одной стороны, приостановление производства по делу означает прекращение каких-либо действий по арбитражному делу. Данная позиция подтверждается постановлениями Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.05.2002 № КГ-А40/3060-02 и Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 07.08.2002 № 1637, в которых содержится, что приостановление производства по делу означает прекращение на неопределенный срок процессуальных действий, совершаемых арбитражным судом. При этом совершение процессуальных действий по делу возможно только после устранения обстоятельств, вызвавших его приостановление, и возобновления производства. Поэтому обжалуемое определение об обеспечении иска, принятое в период, когда производство по делу приостановлено, нельзя признать законным, в связи с чем оно подлежит отмене.

С другой стороны, в законе нет прямого указания на невозможность применения обеспечительных мер после приостановления производства по делу.

Согласно теории права в случае возникновения вопроса о применении общей или специальной нормы применяется специальная норма закона, которая наиболее точно регулирует общественные отношения. Так, применительно к арбитражному процессу специальный закон по отношению к нормам арбитражного процессуального законодательства имеет приоритетное значение, в том числе и в сфере установления норм процессуального права⁸. В связи с этим единственный ответ на рассматриваемый вопрос о правовых последствиях приостановления производства по делу дается в информационном письме Президиума ВАС РФ от 14.06.2001 № 64 «О некото-

рых вопросах применения в судебной практике Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», где в п. 7 указано: «Приостановление производства по делу о банкротстве означает лишь то, что по делу, по которому производство приостановлено, арбитражным судом не могут быть вынесены решения или определения, предусмотренные статьей 48 Закона о банкротстве». Указанное информационное письмо разъясняет положения статьи старого Закона о банкротстве, но содержание статьи не изменилось, и в ст. 58 нового Закона о банкротстве указано, что в случае приостановления производства по делу арбитражный суд не вправе принимать такие судебные акты, как: решение о признании должника банкротом, решение об отказе в признании должника банкротом, определение о введении одной из процедур банкротства, определение о прекращении производства по делу, определение об оставлении заявления о признании должника банкротом без рассмотрения. Речь идет о судебных актах, которыми завершается рассмотрение дела по существу. Следовательно, на наш взгляд, совершение иных процессуальных действий после приостановления производства по делу представляется возможным.

Согласно ст. 58 Закона о банкротстве, а также письму Высшего арбитражного суда РФ от 25.05.2004 № С1-7/УП-600 производство по делу о банкротстве может быть приостановлено по ходатайству лица, участвующего в деле о банкротстве, в случае обжалования судебных актов, которыми заканчивается рассмотрение дела по существу, обжалования решений собрания кредиторов (комитета кредиторов), в иных предусмотренных АПК РФ случаях. Как видно из приведенной нормы, перечень оснований приостановления производства по делу о банкротстве неисчерпывающий.

Пункт 3 ст. 58 Закона о банкротстве прямо указывает, что приостановление производства по делу не является препятствием для вынесения иных предусмотренных законом определений, а также осуществления арбитражным управляющим и иными лицами, участвующими в деле о банкротстве, действий, предусмотренных законом.

С учетом изложенного можно сделать вывод о том, что вопрос о правовых последствиях приостановления производства по делу в судебной практике остается открытым. Отсутствует единство судебной практики по рассматриваемой проблеме, нет нормы права, на которую можно было бы сослаться при решении вопроса о принятии обеспечительных мер или об отказе в их принятии в связи с тем, что производство по делу приостановлено, что не повлекло бы за собой его отмену вышестоящей инстанцией.

⁸ См.: Скворцов О.Ю. Соотношение законодательства о несостоятельности (банкротстве) и арбитражного процессуального законодательства // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 8.

Некоторые вопросы содержания договора имущественного страхования

И.А. Митричев

Основным и наиболее распространенным юридическим фактом, обуславливающим возникновение страховых правоотношений в имущественном страховании, является договор. В научной литературе многими авторами подчеркивается многопонятийный характер договора. Так, О.С. Иоффе писал: «Помимо того, что так именуется соглашение сторон, иногда под договором понимают само обязательство, возникающее из такого соглашения, а в некоторых случаях этот термин обозначает документ, фиксирующий факт возникновения обязательства по воле его участников»¹. В настоящей статье договор будет пониматься как основание возникновения прав и обязанностей, т.е. как юридический факт.

Рассмотрение договора в качестве сделки (ст. 154 ГК РФ) имеет большое значение. Отмечая, что многозначное представление о договоре практически реализовано в ГК РФ, М.И. Брагинский и В.В. Витрянский пишут: «Назначение договора состоит в том, что он служит самостоятельным основанием возникновения обязательства»². Договор среди других сделок занимает особое место, поскольку представляет собой соглашение двух или более лиц (п. 3 ст. 154 ГК РФ). О.А. Красавчиков задолго до принятия нового ГК РФ подчеркивал, что «договор, напомним еще и еще раз, – соглашение сторон»³. В гл. 48 ГК РФ, посвященной страхованию, термин «договор» как раз и используется в значении юридического факта (сделки).

Действующий ГК РФ не содержит общего определения договора страхования, давая определение двум его разновидностям: договорам имущественного (ст. 929) и личного страхования (ст. 934). Данное обстоятельство является в некоторой мере следствием споров, ведущихся по поводу соотношения договоров имущественного и

личного страхования⁴. Наличие или отсутствие легального общего определения договора страхования зависело от того, какая точка зрения имела приоритет в тот или иной момент времени. Например, ГК РСФСР 1922 г. в ст. 367 содержал следующее общее определение договора страхования: по договору страхования одна сторона (страхователь) обязуется уплатить условленный взнос (страховую премию), а другая сторона (страховщик) обязуется в случае наступления предусмотренного в договоре события (страхового случая) при имущественном страховании возместить страхователю или третьему лицу (выгодоприобретателю) понесенные ими убытки в пределах условленной по договору суммы (страховой суммы), при личном же страховании – уплатить страховую сумму. Общее определение договора страхования приводилось и в первоначальной (до 1997 г.) редакции Закона РФ от 27.11.1992 № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»⁵ (далее – Закон о страховом деле).

В настоящее время большинство ученых склоняется к выводу, что в целях единства договора страхования как правового института общее определение договора страхования должно иметь место хотя бы в рамках науки страхового права⁶. Для целей же настоящей статьи общее определение договора страхования не имеет большого значения, поскольку определение договора имущественного страхования, содержащееся в ст. 929 ГК РФ, является общим для целого ряда договоров: договора страхования имущества (ст. 930 ГК РФ), договора страхования ответственности за причинение вреда (ст. 931 ГК РФ), дого-

¹ Иоффе О.С. *Избранные труды: В 4 т. СПб., 2004. Т. 3: Обязательственное право. С. 75.*

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга первая: общие положения. М.: Статут, 2003. С. 15, 21.*

³ Красавчиков О.А. *Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск: СЮИ, 1980. С. 10.*

⁴ См., напр.: Брагинский М.И. *Договор страхования. М.: Статут, 2000. С. 74.*

⁵ См.: *Ведомости ВС РФ. 1993. № 2. Ст. 56.*

⁶ См.: Худяков А.И. *Страховое право. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 546; Брагинский М.И. Указ. соч. С. 73–75; Белых В.С., Кривошеев И.В. *Страховое право. М.: Норма, 2001. С. 126–130; Фогельсон Ю.Б. Договор страхования в российском гражданском праве: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 11 и др.**

вора страхования ответственности по договору (ст. 932 ГК РФ), договора страхования предпринимательского риска (ст. 933 ГК РФ).

Рассматривая договор имущественного страхования в качестве юридического факта (сделки), необходимо обратить внимание на его содержание. При этом следует помнить, что, поскольку само понятие договора является многозначным, когда говорят о содержании договора, имеют в виду либо договор как правоотношение, либо договор как сделку (соглашение), либо договор в качестве документа. И если под содержанием правоотношения понимаются права и обязанности его участников, то под содержанием договора, как основания возникновения правоотношения, понимаются условия о правах и обязанностях сторон (условия договора)⁷.

Вопрос о классификации договорных условий в цивилистической литературе является спорным⁸. На наш взгляд, следует поддержать позицию тех авторов, которые различают две группы условий в договоре: существенные и несущественные⁹.

В соответствии с п. 2 ст. 432 ГК РФ существенными признаются три группы условий: условия о предмете договора; условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Пункт 1 ст. 942 ГК РФ существенными условиями договора имущественного страхования называет: 1) условие об определенном имуществе либо ином имущественном интересе, являющемся объектом страхования¹⁰; 2) условие о характере события, на случай наступления которого осуществляется страхование (страхового случая); 3) условие о размере страховой суммы; 4) условие о сроке действия договора. К существенным условиям договоров страхования следует отнести также условия, хотя и не указанные в ст. 942 ГК РФ, но без которых заключение договора становится невозможным: условие о страховой стоимости для договора страхования имущества и предпринимательского риска (пп. 1, 2 ст. 947 ГК РФ) и условия о страховой премии и страховых взносах (ст. 945 ГК РФ).

Говоря об условиях договоров имущественного страхования, нельзя оставить без рассмотрения

правила страхования. Согласно п. 1 ст. 943 ГК РФ условия, на которых заключается договор страхования, могут быть определены в стандартных правилах страхования соответствующего вида, принятых, одобренных или утвержденных страховщиком либо объединением страховщиков. Правила страхования упоминает и Закон о страховом деле, устанавливающий в п. 3 ст. 3, что добровольное страхование осуществляется на основании договора страхования и правил страхования, определяющих общие условия и порядок его осуществления. Однако правила страхования есть и в обязательном страховании, утверждаемые для всех страховщиков и страхователей соответствующими органами власти. Пример тому – постановление Правительства РФ от 07.05.2003 № 263 «Об утверждении правил обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств»¹¹. В правилах страхования должны содержаться положения о субъектах страхования, объектах страхования, страховых случаях, страховых рисках, порядке определения страховой суммы, страхового тарифа, страховой премии (страховых взносов), порядке заключения, исполнения и прекращения договоров страхования, правах и обязанностях сторон, определении размера убытков или ущерба, порядке определения страховой выплаты, случаях отказа в страховой выплате и иные положения.

Что же представляют собой правила страхования? В первую очередь для ответа на этот вопрос необходимо определить их правовую природу. В литературе была высказана позиция, согласно которой правила страхования, разрабатываемые и утверждаемые страховыми организациями и их объединениями, рассматриваются в качестве локальных нормативных правовых актов. Противоположную позицию занимает А.И. Худяков. По его мнению, трактовка актов страховой организации в качестве правовых (локальных) актов является ошибочной и не соответствует современной правовой действительности, поскольку такая ситуация была характерна для советского периода, но в настоящее время страховые организации являются негосударственными субъектами, а право – это продукт государства¹².

Следует поддержать данную позицию, что правила страхования не являются локальными правовыми актами, но по другим основаниям¹³.

⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 295.

⁸ Подробный анализ существующих позиций рассматривается в совместной работе М.И. Брагинского и В.В. Витрянского (см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 295–340).

⁹ См.: Белых В.С., Кривошеев И.В. Указ. соч. С. 164.

¹⁰ Мы поддерживаем точку зрения тех авторов, которые не признают имущество в качестве самостоятельного объекта страхования. Указание на имущество в ст. 942 ГК РФ, скорее всего, является ошибкой законодателя.

¹¹ См.: СЗ РФ. 2003. № 20. Ст. 1897.

¹² См.: Худяков А.И. Указ. соч. С. 224–225.

¹³ Современная теория права признает правотворчество негосударственных юридических лиц. См.: Теория государства и права: Учебник для вузов / Отв. ред. В.Д. Перевалов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2004. С. 188.

Договор страхования – «это правовое средство индивидуального регулирования общественных отношений»¹⁴. Согласно п. 1 ст. 943 ГК РФ правила страхования не что иное, как стандартные условия договора страхования определенного вида. Они разрабатываются и принимаются страховой организацией с одной целью: для регулирования страхового правоотношения между страховой организацией – страховщиком и страхователем. Таким образом, правила страхования как раз и направлены на регулирование указанных правоотношений. Локальные же нормативные акты направлены исключительно на регулирование отношений внутри организации.

При определении правовой природы правил страхования возникает вопрос, чем они являются: примерными условиями договора страхования (ст. 427 ГК РФ) или же это договор присоединения (ст. 428 ГК РФ)? Последняя точка зрения является господствующей в учебной и научной литературе. Остановимся на этом вопросе подробнее.

Под договором присоединения понимается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Наличие таких договоров в мире не редкость и связано с концентрацией и централизацией капитала, при которых не может идти речь о равенстве субъектов экономических отношений¹⁵.

Критика данной позиции относительно правовой природы правил страхования основывается на положении п. 3 ст. 943 ГК РФ, в соответствии с которым страховщик и страхователь при заключении договора страхования могут договориться об исключении или изменении отдельных положений правил страхования или дополнении правил. Данный подход характерен для договора с примерными условиями, тем более, что примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия. При этом предложенное М.И. Брагинским толкование ст. 943 ГК РФ как частного случая п. 2 ст. 428 ГК РФ¹⁶ несколько неточно: в п. 2 ст. 428 ГК РФ речь идет о заключенном договоре, и права, гарантируемые данным пунктом присоединившейся стороне, предоставляются ей постольку, поскольку у нее не было возможности участвовать при определении условий договора. А в ст. 943 ГК РФ как

раз и говорится об определении условий договора при использовании страховщиком стандартных условий страхования¹⁷.

Хотя страховщик вправе применять стандартные формы договора (страхового полиса) по отдельным видам страхования, разработанные им или объединением страховщиков, при заключении договора страхования, это не означает, что страхователь заключает договор присоединения. Указанная норма п. 3 ст. 420 ГК РФ о стандартных формах корреспондирует норме п. 2 ст. 943 ГК РФ о стандартных условиях договора. В той же ст. 943 ГК РФ содержатся положения, в соответствии с которыми страхователь и страховщик могут договориться об изменении или исключении отдельных положений правил страхования и о дополнении указанных правил. Кроме того, страхователь (выгодоприобретатель) вправе ссылаться в защиту своих интересов на правила страхования соответствующего вида, на которые имеется ссылка в договоре страхования (страховом полисе), даже если эти правила для него необязательны. Эти положения о стандартных условиях договоров страхования и позволяют говорить о том, что договор страхования, в котором используются правила страхования, не может рассматриваться как договор присоединения, поскольку последний предусматривает полное принятие условий такого договора целиком.

В то же время для признания условий договора примерными необходима их публикация, чего, как правило, в отношении стандартных условий страховых договоров не наблюдается. Это обстоятельство и не позволяет признать стандартные правила страхования примерными условиями договора. В соответствии со ст. 427 ГК РФ в договоре может быть предусмотрено, что его отдельные условия определяются примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. В то же время для получения лицензии на право осуществления страховой деятельности среди прочих документов лицензиату необходимо предоставить правила страхования по видам страхования, предусмотренным Законом о страховом деле, с приложением используемых документов (подп. 10 п. 2 ст. 32 Закона о страховом деле). Можно ли это считать «опубликованием» примерных условий? Думается, что нет.

Таким образом, на наш взгляд, следует сделать вывод, что стандартные правила страхования имеют признаки, характерные как для дого-

¹⁴ Бельх В.С., Кривошеев И.В. Указ. соч. С. 127.

¹⁵ Бельх В.С. Понятие договора в английском праве // Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности: Сб. науч. тр. / Отв. ред. В.С. Бельх. Екатеринбург: У-Фактория, 2002. С. 330–331.

¹⁶ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 265.

¹⁷ Мнения, что использование при заключении договора имущества имущественного страхования правил страхования нельзя рассматривать как заключение договора присоединения, придерживаются Е.Ю. Валявина, И.В. Елисеев, А.А. Иванов и др. См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998. Ч. 2. С. 510.

воров присоединения, так и для договоров с примерными условиями.

В п. 2 ст. 943 ГК РФ предусмотрены четыре случая, когда стандартные условия правил страхования становятся обязательными для страхователя (выгодоприобретателя):

1. Условия, содержащиеся в правилах страхования, включены в текст договора страхования (страхового полиса). При этом, как отмечает А.И. Худяков, включенные в текст договора какие-либо условия (даже стандартные) должны быть рассмотрены как договорные условия безотносительно того, существуют ли эти условия в иных формах¹⁸.

Остальные случаи, описанные в п. 2 ст. 943 ГК РФ, возможны при соблюдении следующей формальности: условия, содержащиеся в правилах страхования, хотя и не включены в текст договора страхования (страхового полиса), но при этом в договоре прямо указывается на применение таких правил, а сами правила страхования изложены одним из следующих способов.

2. Правила страхования содержатся в одном документе с договором (страховым полисом). Однако при этом возникает вопрос: насколько данный случай отличается от случая, когда условия, содержащиеся в правилах страхования, включены в текст договора страхования (страхового полиса) при том условии, что в соответствии с п. 2 ст. 940 ГК РФ договор страхования должен быть заключен путем составления одного документа? Включение правил страхования в единый с договором страхования документ позволяет говорить, что такие условия являются частью данного договора.

3. Правила страхования изложены на оборотной стороне договора (страхового полиса). Данный случай, очевидно, является частным случаем предыдущего.

4. Правила страхования прилагаются к договору (страховому полису). В данном случае вручение страхователю при заключении договора правил страхования должно быть удостоверено записью в договоре. Приложенные к договору страхования правила будут являться частью страхового договора (страхового полиса), т.е. должны рассматриваться как такие же условия договора страхования, как и те, что изложены непосредственно в тексте договора. Применение данного способа изложения правил страхования зависит лишь от применяемой страховщиком техники договорной работы¹⁹.

Итак, любое использование стандартных условий правил страхования в договоре позволяет говорить о них как о «договорных условиях». Необязательны правила страхования лишь тогда, когда они не включены в договор страхования, т.е. не становятся условиями договора.

В завершение хотелось бы обобщить сделанные в статье выводы.

1. Договор страхования, как и всякий гражданско-правовой договор, имеет несколько значений. Он может пониматься как документ, юридический факт, обязательство. Многозначность понятия «договор» формирует ситуацию, при которой многозначным становится и понятие «содержание договора»²⁰. При этом под содержанием договора как основания возникновения страхового обязательства всегда понимается система его условий.

2. Понятие договора имущественного страхования является собирательным, поскольку можно выделить различные виды (подвиды) договора имущественного страхования: договор страхования имущества, договор страхования гражданской ответственности за причинение вреда, договор страхования договорной ответственности, договор страхования предпринимательского риска.

3. Правила страхования не являются локальными нормативными актами. Они не регулируют внутренние отношения страховой организации. Согласно п. 1 ст. 943 ГК РФ стандартные правила страхования – это определенные (выдвинутые) страховщиком условия, на основании которых заключается договор страхования.

4. Существует несколько способов закрепления условий договора страхования в правилах страхования. Речь идет лишь о юридической технике составления договоров страхования.

5. В статье делается вывод о том, что договоры имущественного страхования, в которых используются стандартные правила страхования, сочетают в себе черты договоров присоединения и договоров с примерными условиями. Страхователь вправе требовать включения или исключения каких-либо условий договора имущественного страхования, которые он считает существенными (что отличает договор страхования от договора присоединения). Но, как правило, договоры и правила страхования страховой организации не публикуются (что не позволяет говорить о договоре страхования как о договоре с примерными условиями).

¹⁸ См.: Худяков А.И. Указ. соч. С. 579.

¹⁹ В частности, С.А. Хохлов писал: «Одним из способов упорядочения и взаимоувязки различных условий договора является их ссыльное изложение». Применение системы отсылок данный автор считал весьма эффективным. Суть данного способа изложения содержания договоров заключается «прежде всего в том, что содержание договора фиксируется в основном договорном документе и приложениях к нему». См.: Хохлов С.А. Техника договорной работы // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. ст. М.: Статут, 2001. С. 203.

²⁰ См.: Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 10.

Семейное право: либертарно-юридическая концепция

Научно-методологические основы
семейного права

В.С. Нерсесян, Е.А. Чефранова

Исходный принцип и исходное понятие права (и государства). Основу либертарно-юридической концепции права и государства составляют понимание права (и государства) как некоторой целостности, состоящей из *единой правовой сущности* и многообразия возможных форм ее проявления (из правовых явлений), и использование в качестве внутренней основы права (правовой сущности) одного исходного принципа – принципа формального равенства – и одного исходного понятия – общего (единого) понятия права и государства, производного от исходного принципа и являющего собой форму выражения этого принципа в общественной жизни людей. Под правовыми явлениями имеются в виду официально установленные законы, наличная официальная власть, поведенческие акты субъектов социальной жизни и их взаимоотношения и т.д.¹

Принцип формального равенства и исходное понятие права (и государства) включают в себя три находящихся в единстве, подразумевающих друг друга и несводимых друг к другу общезначимых, необходимых и достаточных компонента (сущностных свойств): *формальную свободу* индивидов в их отношениях, *формальное равенство* (уравнивание) индивидов в свободе их отношений и *формальную справедливость* в отношениях

индивидов как выражение достигнутого равенства (уравненности) в свободе их отношений.

Формальная свобода – это (в контексте психологической концепции деятельности²) объект правовой, уравнивающей деятельности индивида; формальное равенство (уравнивание) – его преобразующая, уравнивающая *деятельность*, реализуемая в правоотношении; формальная справедливость – *предмет* (результат) этой деятельности³.

Различение и соотношение (соответствие, единство) права как сущности и закона как явления имеют необходимую и закономерную основу. Право как сущность постигается абстрактно-теоретически, понятийно в процессе исторической деятельности поколений и носит *объективный* характер, а закон как явление устанавливается в процессе официально-властной деятельности, зависит от воли, усмотрения и, возможно, произвола законодателя и носит *субъективный* характер. В контексте отмеченного выше деятельностного подхода (психологической концепции деятельности) различение права и закона обусловлено тем, что они разрабатываются разными субъектами и, что существенно, на основе разных форм деятельности: право – на основе умственной (абстрактно-теоретической) формы деятельности, ведущей к искомому понятийному

¹ См.: Нерсесян В.С. Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема // Вопросы философии права. М., 1973. С. 39–44; Он же. Концепция Советского правового государства в контексте истории учений о правовом государстве // Социалистическое правовое государство. Проблемы и суждения. М., 1989. С. 45–67; Он же. Право и закон. М., 1983; Он же. Философия права. М., 2006; Он же. Общая теория права и государства. М., 2002.

² См.: Выготский Л.С. Избранные психологические исследования. М., 1956; Леонтьев А.Н. Проблемы развития психики. М., 1965; Талызина Н.Ф. Управление процессом усвоения знаний (психологические основы). М., 1984; Габай Т.В. Учебная деятельность и ее средства. М., 1988; Нерсесян В.С. Повышение квалификации и переподготовка судей и работников аппаратов судов и подготовка кандидатов в судьи на современном этапе: деятельностная концепция. Вопросы теории и практического применения: Учеб. пособие: В 2 ч. М.: РАП, 2002. Ч. 1: Вопросы теории; Он же. Профессионально-деятельностные игры в освоении трудового права: Методика и практика. М.: РАП, 2005. С. 65–86.

³ См.: Нерсесян В.С. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: Учеб. пособие. М.: РПА МЮ РФ, 2006. С. 47–51.

знанию, а закон – на основе материальной (материализованной) и внешнеречевой форм деятельности⁴, ведущих к искомому материальному (материализованному), эмпирическому объекту и чувственному знанию в форме восприятий и представлений⁵. Соотношение, соответствие закона праву, их искомое единство обусловлено необходимостью формирования правового закона, т.е. закона, соответствующего сущности права (принципу формального равенства).

Движение и конкретизация (диалектика) понятия права. Исходное общее понятие права (и государства) как общезначимая, абстрактно-теоретическая, формально-содержательная форма отношений (подобно исходному правовому принципу) находится в *непрерывном движении* (от исходной правовой идеи и до ее воплощения в жизни), *изменении и развитии*: меняет форму, конкретизируются (с учетом условий и обстоятельств рассматриваемой конкретно-определенной области общественной жизни и сферы правового регулирования), сохраняя при этом свои сущностные свойства⁶. «Только в *понятии* истина обладает стихией своего существования»⁷. Диалектическое движение, «имманентное развитие понятия»⁸ являют собой абсолютный метод познания.

Конкретизация исходного понятия права (исходного принципа) может быть связана с различными формами деятельности. При разработке общей теории права и государства и отрасле-

вых теорий права она связана с абстрактно-теоретической (умственной, понятийной) формой деятельности, в правоустановлении – с материальной (материализованной) и внешнеречевой формами деятельности, в правореализации и правоприменении – с материальной (материализованной) формой деятельности.

Либертально-юридическая теория права и государства, построенная как выражение движения и конкретизации своего исходного понятия (исходного принципа), может быть определена как теория понятийного права. Понятийными являются и учение о «юридизированном»⁹ моральном праве И. Канта, и учение о философии права Г.В.Ф. Гегеля.

Семейное право как форма конкретизации исходного понятия права, составная часть системно целостной юриспруденции. Различают четыре основных этапа конкретизации исходного понятия права (исходного принципа), образующих системно целостную, логически согласованную и непротиворечивую либертарно-юридическую юриспруденцию: 1) формирование общей теории права и государства как общенаучной основы всей юриспруденции; 2) формирование конкретно-определенной отраслевой теории как основы установления соответствующего отраслевого права (закона), наук исторического профиля, специальных и смежных наук; 3) реализация (применение) отраслевого права (закона)¹⁰.

⁴ См.: Гальперин П.Я. Развитие исследований по формированию умственных действий // Психологическая наука в СССР. М., 1959. Т. 1; Он же. Основные результаты исследований по проблеме «Формирование умственных действий и понятий». М., 1965.

⁵ См.: Нерсесян В.С. Профессионально-деятельностные игры в освоении трудового права: Методика и практика. С. 70–78.

⁶ См.: Нерсесян В.С. Повышение правового качества законодательства как проблема юридической теории // 35 лет Российской правовой академии МЮ РФ и ее роль в развитии юридического образования: Материалы Международ. науч.-практ. конф. (Москва, 13 октября 2005 г.): В 2 т. / Отв. ред. И.Э. Звечаровский. М.: РПА МЮ РФ, 2005. Т. 1. С. 71–81; Он же. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства. С. 81–93; Он же. Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийного права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том числе судебного правоприменения: Доклад на Международ. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики». М.: РПА, 2006; Он же. Принцип формального равенства в контексте деятельностного подхода: Выступление на заседании общерос. «круглого стола», посвященного памяти академика В.С. Нерсесянца. М.: ИГП РАН, 2006; Он же. Семейные отношения в контексте либертарно-юридического правопонимания: Выступление на заседании общерос. «круглого стола», посвященного теме «Правовые проблемы гендерного равенства в России: философия, социология, юридическая техника». М.: ИГП РАН, 2006; Он же. Диалектика понятия права: Выступление на Общерос. науч. конф. «Первые философско-правовые чтения памяти В.С. Нерсесянца». М.: Изд-во Гос. ун-та – Высшей школы экономики, 2006; Он же. Критерий истины в праве: Выступление на Общерос. науч. конф. «Первые философско-правовые чтения памяти В.С. Нерсесянца»; Он же. Понятие свободы в физике и в праве: Доклад на Второй Всерос. конф. «Державинские чтения». М.: РПА МЮ РФ, 2006.

⁷ См.: Г.В.Ф. Гегель. Сочинения. М., 1959. Т. 4. С. 3.

⁸ См.: Он же. Сочинения. М., 1937. Т. 5. С. 4.

⁹ И. Кант подчеркивает, что в свободном моральном поступке личность подчинена «только своему собственному и тем не менее всеобщему законодательству» (см.: Сочинения. М., 1964. Т. 4. Ч. 1. С. 27). Это совпадение собственного и всеобщего законодательства является следствием кантовской юрисдизации морали: принципом морали (для всех и каждого) у И. Канта оказывается (по смыслу его категорического императива) принцип права – принцип «всеобщего законодательства». См.: Нерсесян В.С. Философия права. С. 488.

¹⁰ См.: Нерсесян В.С. Семейные отношения в контексте либертарно-юридического понимания: Выступление на заседании общерос. «круглого стола», посвященного теме «Правовые проблемы гендерного равенства в России: философия, социология, юридическая техника».

Возводимое в процессе конкретизации функционально-структурное «здание» юриспруденции имеет четыре этажа: подвально-фундаментальный, первый – наземный, второй и третий – надземные. Конкретно-определенное отраслевое право (и семейное право, в частности) как форма конкретизации исходного понятия права (исходного принципа) занимает в этом «здании» отдельную отраслевую «квартиру» с трехэтажной вертикальной планировкой, горизонтально обособленную от других, подобных ей, отраслевых «квартир». Связь между «квартирами» (между отдельными отраслевыми науками, теориями – между семейным и трудовым правом, налоговым или административным и т.д.) осуществляется через подвально-фундаментальный этаж, через исходное понятие права и исходный принцип, формами конкретизации которых они являются. Конкретизация позволяет определить понятие (предмет) и метод семейного права и на этой понятийно-методологической основе создать целостную, согласованную и непротиворечивую теорию семейного права, а в совокупности с подобным образом определенными другими отраслевыми теориями, теориями других дисциплин (исторических, специальных, смежных) и общей теории права и государства – системно целостную либертарно-юридическую юриспруденцию.

Без понятийного права нет и не может быть системно целостной юриспруденции и семейного права как ее адекватной составной части.

Критерием выбора той или иной концепции правопонимания (легистской, естественно-правовой или либертарно-юридической) является возможность формирования на базе этой концепции полного алгоритма движения и конкретизации (диалектики) понятия права, права как формы отношений, необходимого для конкретного решения задачи о повышении правового качества семейного законодательства в ее полной (интегральной, нередуцированной) постановке. Легистский и естественноправовой подходы ведут к задачам о правовом качестве семейных законов в их приближенной (редуцированной, неполной, некорректной) постановке, и только либертарно-юридический подход, основанный на различении и соотношении (совпадении, единстве) права как сущности и закона как явления, позволяет получить адекватное решение задачи.

Понятие (предмет) и метод семейного права, цель и ценность

Формула семейного права. Семейное право можно рассматривать как отдельную, относительно самостоятельную юридическую науку, основанную на *понятийно-правовой конкретизации* исходного принципа формального равенства, исходного понятия права (и государства) применительно к семейной области общественной жизни и сферы правового регулирования, и как практику правоустановления и правореализации в этой сфере отношений. При этом действующее семейное право (семейное законодательство) можно определить как форму нормативно-правовой конкретизации исходного принципа (исходного понятия)¹¹.

Понятие (предмет) и метод семейного права. *Понятие науки семейного права* определяется как соответствующий (с учетом области исследований и сферы отношений) аспект исходного понятия права (и государства). Сходным образом определяется и предмет науки семейного права как соответствующий аспект предмета общей теории права и государства, предмета всей юриспруденции как отдельной юридической науки.

Предмет науки – это понятие, результат абстрактно-теоретического (научного) познания. Поэтому *предмет науки семейного права* – это понятие (теоретическая конструкция, теория) семейного права, которое находится в определенном (необходимом и закономерном) различении и соотношении с позитивным семейным правом, представленным в виде эмпирически данных нормативных правовых актов. Конкретизируя исходное понятие права применительно к семейным отношениям, можно определить понятие (и предмет) семейного права как форму выражения формальной свободы и формального равенства субъектов семейного права в их формально справедливых (частно-правовых и публично-правовых) семейных отношениях¹².

Если исходное понятие права (и государства) является своеобразным «геном» общей теории права и государства, всей юриспруденции, то понятие науки семейного права как аспект исходного понятия права является, соответственно, «геном» семейного права.

Метод семейного права – это юридический метод в семейном праве, или иначе – исходное понятие права и понятие семейного права в их

¹¹ См.: Нерсисян В.С. *Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийно-права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том числе судебного правоприменения: Доклад на Междунаро. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики».*

¹² См.: Там же.

движении, развитии и формировании семейного права как специфической области исследований и сферы частных и публичных правовых отношений, как формы конкретизации правового принципа формального равенства¹³.

Объектами науки семейного права являются исходные элементы семейного права в их эмпирической данности. В задаче правоустановления – это общественные отношения людей в семейной сфере, в задаче правореализации (правоприменения) – это нормы семейного законодательства.

Цель и ценность семейного права. Ценностные свойства и начала семейного права определяются его «генетической» связью с правовым принципом формального равенства и, соответственно, трактовкой *фундаментальных ценностей человеческого бытия* (свободы, равенства и справедливости) в их формально-юридических значениях и определениях в качестве основных моментов именно правовой и семейно-правовой форм должностования – в качестве правовых и семейно-правовых (а не моральных, нравственных, религиозных и иных неправовых) ценностей¹⁴.

Цель семейного права и ценность семейного права взаимосвязаны и обуславливают друг друга. Цель семейного права (и нормы семейного права) – это прогресс свободы, равенства и справедливости в семейных (частных и публичных) правовых отношениях, т.е. движение все большего числа субъектов семейного права ко все большей свободе, это утверждение и прогрессивное развитие ценностных свойств и начал самого семейного права, обусловленных его связью с принципом формального равенства.

Рассматривая семейное право (как сущность) в его различии, соотношении и исском единстве с семейным законом (как явлением), можно заключить, что семейное право – это ценность и цель семейного закона¹⁵.

В процессе действия и реализации норм семейного права решаются и находят свое удовлетворение различные экономические (имущественные), социальные, политические и другие неправовые цели, задачи, интересы и потребности, являющиеся объектами семейно-правовой регуляции. Семейное право содействует осуществ-

лению и удовлетворению таких неправовых целей, интересов и потребностей не прямо и непосредственно, а опосредованно всеобщей правовой форме исходя из чисто семейно-правовых ценностей и целей.

Поэтому семейное право не следует превращать в средство и инструмент экономики, политики, идеологии и т.д. и судить об эффективности действия семейного права по степени достижения соответствующих экономических, политических, идеологических и иных неправовых целей¹⁶. Об эффективности действия семейного права надлежит судить по количеству и качеству свободы¹⁷ в семейных отношениях.

Совершенствование семейного права. Либертарно-юридическое совершенствование и развитие (а фактически формирование новой) теории семейного права (а на ее основе – правоустановления и правореализации, правоприменения в сфере семейных отношений) включают в себя два познавательного взаимосвязанных, но различных момента: 1) *качественное преобразование* всего прежнего юридического знания в сфере семейных отношений на основе и с точки зрения нового (либертарно-юридического) исходного понятия права (и государства) и соответствующего понятия семейного права, т.е. переинтерпретация, новое толкование прежних знаний, положений и концепций с позиций и в смысловом контексте нового исходного понятия права и понятия семейного права; 2) продолжение в русле совершенствованной (новой) теории прерванного появлением нового понятия права *количественного роста* юридического знания в сфере семейных отношений и *соответствующих изменений* в самой этой (совершенствованной, новой) теории с позиции и в рамках нового понятия права¹⁸.

Семья как специфическая сфера частно-правовых и публично-правовых отношений

Семья – «ячейка» человечества, сфера специфических интересов и возможностей. Семья, как и этнос (нация, народность, раса и т.д.), непосредственно не входит в систему граждан-

¹³ См.: Нерсесян В.С. *Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийного права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том числе судебного правоприменения: Доклад на Международ. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики».*

¹⁴ См.: Нерсесян В.С. *Общая теория права и государства. С. 78–81.*

¹⁵ См.: Там же. С. 497.

¹⁶ См.: Там же. С. 477.

¹⁷ См.: Там же. С. 310.

¹⁸ См.: Нерсесян В.С. *Общая теория права и государства. С. 13; Нерсесян В.С. Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийного права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том числе судебного правоприменения: Доклад на Международ. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики».*

ского общества, а представляет собой естественно-человеческую *предпосылку* гражданского общества, но не «ячейку» или часть самого гражданского общества.

Семья – это «ячейка» человечества, особая общность, основанная на родственных (и кровно-родственных) связях, и специфические отношения в семье (между мужем и женой, родителями и детьми и т.д.) существенно отличаются от отношений между отдельными свободными индивидами, действующими в качестве членов гражданского общества. Когда же отношения между членами семьи уподобляются формально-правовым отношениям чуждых друг другу частных лиц гражданского общества, это как раз и свидетельствует о распаде данной семьи, ее конце¹⁹.

Изначально семья обосновывалась на господстве мужа, и дети со временем в качестве прямых наследников вступали во владение отцовским имуществом²⁰. Фактическое господство мужчины над женщиной в браке обуславливалось экономическими причинами. Развитие моногамной семьи привело к *равноправию полов*, обретению женщиной имущественной независимости, освобождению ее от «семейных оков» и появлению в перспективе такого особого поколения женщин, которым не нужно отдаваться мужчине из каких-либо других побуждений, кроме подлинной любви, и которые не отказываются от близости с любимым мужчиной из боязни экономических последствий²¹.

В условиях современной России семья является уникальным консолидирующим и интегрирующим началом, ареной социализации подрастающего поколения, экономической деятельности, психологической защиты²². Семья – бесспорная общечеловеческая ценность²³, «шокопоглотитель» общества, единственная стабильная точка в быстро изменяющемся мире²⁴.

Семья, общество и государство находятся в определяющей взаимосвязи и взаимозависимости: семья не может функционировать и воспроизводиться вне общества и государства, а общество и государство не могут функционировать и

воспроизводить себя без участия семьи. Особенность семейных отношений состоит в том, что они прямо или косвенно затрагивают жизненно важные *интересы* как общества и государства, так и каждого отдельного человека: далеко не всякий отказывается в сфере прямого воздействия трудового, земельного или уголовного права, даже многих институтов гражданского права, но всякий вовлечен и, как правило, достаточно активно в сферу семейного права. Для общества же и государства брак и семья, родительство и детство составляют высшую социальную ценность, ибо обеспечивают их (т.е. общества и государства) воспроизводство²⁵. В Российской Федерации «материнство и детство, семья находятся под защитой государства» (п. 1 ст. 38 Конституции РФ, п. 1 ст. 1. СК РФ).

Совершенствование семейного права и оптимизация семейного правового регулирования требуют адекватного учета всего комплекса действующих в семейной сфере и конкурирующих интересов, в частности интереса государства и общества в контроле и повышении эффективности процесса воспроизводства собственных граждан, а значит, и самих себя, интересов индивида как члена семьи в социальной поддержке его усилий при решении им своих семейных проблем и его же интереса в разумном (следовательно, достаточно малом и аккуратном) вмешательстве права (т.е. государства) в его личную жизнь²⁶, интереса к обретению большей свободы в семейных отношениях. Необходим баланс («равновесие») интересов личности, семьи и общества, основанный на принципах свободы личности, равноправия и партнерства²⁷.

Частно-правовые отношения в семье. Семья является арендой частно-правовых (гражданско-правовых) и публично-правовых отношений, что обусловлено характером действующих в семейной сфере интересов, выражающих, говоря словами юриста Ульпиана, «полезное в частном отношении» и «полезное в общественном отношении». Члены семьи (супруги, родители и дети, братья и сестры, бабушки и дедушки, другие чле-

¹⁹ См.: Нерсисянц В.С. *Общая теория права и государства*. М., 1999. С. 285.

²⁰ См.: Энгельс Ф. *Происхождение семьи, частной собственности и государства*. М., 1985. С. 69.

²¹ См.: Там же. С. 84.

²² См.: Климанова Г.И. *Государственная семейная политика современной России: Учеб. пособие*. М., 2004. С. 5, 6.

²³ См.: Римашевская Н.М. *Роль семьи в условиях социальных трансформаций // Семья, гендер, культура: Материалы Международ. конф. 1994, 1995 гг. / Под ред. В.А. Тишкова*. М., 1997. С. 116.

²⁴ См.: Тоффлер А. *Фуршок / Пер. с англ.* М., 2000. С. 187–191.

²⁵ См.: Тарусина Н.Н. *Семейное право*. М., 2001. С. 5; *Защита прав ребенка в современной России / Отв. ред. А.М. Нечаева*. М., 2004; *Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства / Отв. ред. В.Н. Литовкин*. М., 2005.

²⁶ См.: Тарусина Н.Н. *Указ. соч.* С. 5.

²⁷ См.: *Эволюция семьи и семейная политика в СССР / Отв. ред. А.Г. Вишневецкий*. М., 1992; Климанова Г.И. *Указ. соч.* С. 12.

ны семьи) – в зависимости от того *какие интересы* (в конкретных условиях и обстоятельствах их взаимодействия) *они отстаивают* и, соответственно, *какие функции выполняют* в качестве субъектов общественных (частных) или государственных (публично-властных) отношений.

Имущественные отношения. Родители не имеют права собственности на имущество ребенка, а ребенок не имеет права собственности на имущество родителей. Поэтому имущественные отношения между родителями (родителем) и ребенком (как отношения по поводу материальных и иных благ, имеющих *экономическую форму товара*)²⁸ является частно-правовыми. В равной мере таковыми являются имущественные отношения и между супругами, имеющими право собственности на свое (обособленное) имущество, между братьями, сестрами, другими членами семьи²⁹. К имущественным отношениям, которые носят *эквивалентно-возмездный характер*, свойственный нормальному товарообмену, стоимостным экономическим отношениям, принято относить так же некоторые отношения, которые основаны на *безвозмездной передаче* материальных и иных благ другому лицу, в частности отношения дарения, безвозмездного займа, безвозмездного использования чужого имущества и др.³⁰. К этим отношениям, если они не урегулированы в полной мере семейным законодательством, применяется гражданское законодательство, поскольку это не противоречит существу рассматриваемых отношений (ст. 4 СК РФ). В необходимых случаях применяется аналогия закона или аналогия права (ст. 5 СК РФ).

Публично-правовые отношения. Семейные отношения являются публично-правовыми, если в них выражен государственный интерес.

Отношения содержания (алиментные отношения). Семейное право защищает в приоритет-

ном порядке права и законные интересы несовершеннолетних, нетрудоспособных и нуждающихся членов семьи (п. 3 ст. 1 СК РФ) путем предоставления им соответствующих *прав-преимуществ компенсационного характера* (семейно-правовых льгот) на получение материального (денежного) содержания (алиментов). Учитывается, что эти лица как социально ущемленные или слабо защищенные по объективным (социально признанным и легитимизированным) причинам не в состоянии в полной мере (наравне с другими членами семьи, бывшей семьи) воспользоваться общим правовым равенством (равной правоспособностью) и нуждаются в дополнительной поддержке со стороны права³¹. Подобные ситуации возникают в условиях, когда нормальное функционирование семьи нарушается: расторгается брак и изменяется семейно-правовой и имущественный статус супругов, других членов семьи; член семьи теряет дееспособность или имеют место другие негативные явления, которые обуславливают появление социально-ущемленных или слабо защищенных членов семьи. При определении размера содержания (алиментов) учитываются материальное и семейное положение сторон и другие заслуживающие внимания обстоятельства.

Отношения содержания – это отношения по поводу материальных благ (имущества, денег), но они не могут быть определены как частно-правовые имущественные отношения, поскольку *объект* этих правоотношений не имеет экономической формы товара, а сами отношения – эквивалентно-возмездного характера. Содержание – это обязательный платеж, и отношения содержания как отношения, основанные на *обязанности* одних членов семьи (трудоспособных, имеющих) содержать других членов семьи (нетрудоспособных, не имеющих), являются публично-правовыми³².

²⁸ См.: Гражданское право: В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. Т. 1: Общая часть. С. 33.

²⁹ См.: Чехранова Е.А. Правовое регулирование имущественных отношений с участием несовершеннолетних членов семьи // Защита прав ребенка в современной России: Материалы науч.-практ. конф. / Отв. ред. А.М. Нечаева. М., 2004. С. 67–79; Она же. Порядок и условия совершения сделок между супругами // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства: Сб. ст. / Отв. ред. В.Н. Литовкин. М., 2005. С. 117–141; Нерсесян В.С. Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийного права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том числе судебного правоприменения: Доклад на Международ. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики»; Он же. Семейные отношения в контексте либертарно-юридического понимания: Выступление на заседании общерос. «круглого стола», посвященного теме «Правовые проблемы гендерного равенства в России: философия, социология, юридическая техника».

³⁰ См.: Гражданское право: В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 36.

³¹ См.: Лапаева В.В. Социология права. М., 2000. С. 186; Нерсесян В.С. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: Учеб. пособие. С. 21–22, 119–120; Он же. Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийного права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том числе судебного правоприменения: Доклад на Международ. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики»; Он же. Семейные отношения в контексте либертарно-юридического понимания: Выступление на заседании общерос. «круглого стола», посвященного теме «Правовые проблемы гендерного равенства в России: философия, социология, юридическая техника».

³² См.: Нерсесян В.С. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: Учеб. пособие. С. 21–22; Он же. Исходное единое понятие права и государства как основа общей теории понятийного права (и государства) и системной целостности юриспруденции, в том

Между лицом, обязанным уплачивать алименты, и их получателем (а при недееспособности лица, обязанного уплачивать алименты, и (или) получателя алиментов – между законными представителями этих лиц) может быть заключено соглашение об уплате алиментов, устанавливающее размер, условия и порядок выплаты алиментов (ст. 99 СК РФ) и не ущемляющее права и законные интересы получателя алиментов. Однако формальная возможность заключения такого соглашения не изменяет общего публично-правового характера отношений содержания: если соглашение не достигнуто или если достигнуто, но не исполняется должным образом, то обязанность предоставить содержание реализуется через соответствующее судебное решение. Злостное уклонение от уплаты алиментов является уголовно наказуемым (ст. 157 УК РФ).

По общему правилу, вытекающему из правового принципа формального равенства, все нетрудоспособные и нуждающиеся члены семьи имеют законное право на преимущества компенсационного характера – получение содержания (алиментов) от трудоспособных и (или) имущих членов своей семьи (бывшей семьи). Это в равной мере касается и плательщика алиментов, который (при определенных условиях) может стать получателем алиментов. «Взаимная обязанность предоставлять содержание возлагается в первую очередь на родителей и детей (в том числе на усыновителей и усыновленных), а также на супругов»³³.

Отношения «родитель-ребенок». Ребенок имеет право жить и воспитываться в семье и знать своих родителей, право на воспитание своими родителями и обеспечение его интересов (ст. 54 СК РФ). Родители являются законными представителями (опекунами, попечителями)³⁴ своих детей, выступают в защиту их прав и интересов без специальных полномочий (ст. 64 СК РФ). В случаях утраты родительского попечения право ребенка на воспитание и защиту его интересов обеспечиваются органом опеки и попечительства (ст. 54 СК РФ) или назначенным представителем (ст. 64 СК РФ).

Отношения «родитель-ребенок» как отношения между незащищенным, нуждающимся в поддержке и воспитании и недееспособным членом семьи и его трудоспособным и (или) имущим, дееспособным родителем является *публично-правовыми*³⁵, поскольку «родители обязаны воспитывать своих детей» (п. 1 ст. 63 СК РФ), «обязаны содержать своих несовершеннолетних детей» (п. 1 ст. 80 СК РФ). «Сложность защиты прав ребенка состоит в комплексном характере семейного права. Его основу составляют и так называемые нормы материального права, и правила административно-правовые, и предписания сугубо гражданско-процессуального характера. Защищают права ребенка нормы, которые принято относить к частно-правовым либо к публично-правовым. Они взаимодействуют, дополняя друг друга, когда речь идет о конкретных способах защиты прав ребенка, в чем *непосредственно заинтересовано государство* в лице органов опеки и попечительства»³⁶. Уместно отметить, что принципиальная возможность использования в семейном праве норм и институтов других отраслей права (гражданского, гражданско-процессуального, административного, конституционного и т.д.) *без разрушения его* (семейного права) *предметного единства и системной целостности* имеют либертарно-юридическую основу и обусловлена тем, что взаимодействующие с семейным правом области права имеют *сходное* семейным правом *происхождение*: все они являются формами конкретизации (с учетом области исследований и сферы отношений) одного и того же принципа формального равенства и соответствующего исходного общего (единого) юридического понятия.

Свое преимущественное право воспитывать и содержать своего ребенка (ст.ст. 63 и 64 СК РФ) родители осуществляют добровольно, в любви, по велению сердца и без всяких на то указаний и требований со стороны публичной власти, но когда *добровольность отсутствует*, начинают действовать соответствующие императивные обязанности. «Государство уделяет

числе судебного правоприменения: Доклад на Международ. науч. конф. «Судебное правоприменение: проблемы теории и практики»; Он же. Семейные отношения в контексте либертарно-юридического понимания: Выступление на заседании общерос. «круглого стола», посвященного теме «Правовые проблемы гендерного равенства в России: философия, социология, юридическая техника».

³³ См.: Чехранова Е.А. Имущественные отношения в российской семье: Практик. пособие. М., 1997. С. 80, 81.

³⁴ См.: Она же. Правовое регулирование имущественных отношений с участием несовершеннолетних членов семьи // Защита прав ребенка в современной России: Материалы науч.-практ. конф. / Отв. ред. А.М. Нечаева. С. 69.

³⁵ См.: Нерсесян В.С. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: Учеб. пособие. С. 21–22.

³⁶ См.: Нечаева А.М. Защита прав ребенка: законодательство и правоприменительная практика // Защита прав ребенка в современной России: Материалы науч.-практ. конф. С. 4.

особое внимание формированию и развитию отношений между родителями и несовершеннолетними детьми, отнюдь не оставляя эти отношения на усмотрение сторон... Широко применяются обязывания, ограничения, санкции»³⁷. Согласно Конституции РФ «забота о детях, их воспитание – *равное право и обязанность* родителей (курсив наш. – В.Н., Е.Ч.)» (п. 2 ст. 38 СК РФ). «Равное право и обязанность» – это право-обязанность должностного лица, представителя общей (публичной) власти³⁸. Следовательно родитель в отношениях «родитель-ребенок» наделяется полномочиями соответствующего должностного лица³⁹. В каждом конкретном случае право родителя как должностного лица – это вместе с тем и его обязанность (право-обязанность) действовать в соответствии с данным ему правом, совершать соответствующие публично-властные действия. В то же время обязанность, возложенная на родителя (как на должностное лицо), означает и его право (обязанность-право) совершать в установленном порядке соответствующие действия публично-властного характера⁴⁰.

Резюмируя все вышесказанное, можно отметить, что родитель в отношениях «родитель-ребенок» (а также и все лица, обязанные уплачивать алименты, в отношениях с получателями алиментов) наделяются полномочиями (правом-обязанностью) должностного лица и обязаны действовать как публично-правовые должностные лица. Это является формой выражения и реализации государственного интереса в совершенствовании семейных правовых отношений. Защита прав и интересов детей, оставшихся без попечения родителей, возлагается на органы опеки и попечительства (ст. 121 СК РФ).

Личные неимущественные отношения. Члены семьи имеют право на заключение и прекращение брака, иметь ребенка и воспитывать его, заключать соглашения о способах решения семейных вопросов и т.д.; ребенок как член семьи имеет право знать своих родителей, право на их защиту, на совместное с ними проживание, право на имя, на защиту и выражение своего мнения и т.д. Права по поводу *неимущественных (нематериальных)* благ, которые тесно связаны с личностью их обладателя (члена семьи), неотчуждаемы

и не могут быть переданы другому члену семьи и как таковые являются *объектами* личных неимущественных семейных отношений.

Отношения между супругами, другими членами семьи по поводу использования их личных неимущественных прав сводятся в значительной мере к защите этих прав от неправомерных посягательств на них со стороны других лиц. Возникающая как частно-правовые, эти отношения в процессе своей реализации (или не реализации) переходят (преобразуются, порождают) в отношения публично-правовые, образуя таким образом последовательно взаимосвязанное единство *частных и публичных* семейных отношений. К примеру, иметь (или не иметь) ребенка – это личное (частное) право супругов, которое они реализуют на основе взаимного согласия. Однако если ребенок родился (и ему дано имя), то *государственная регистрация* этого важного акта гражданского состояния (учитывая, что права и свободы человеку даются от рождения (п. 2 ст. 17 Конституции РФ)) становится *публично-правовой обязанностью* (правом-обязанностью) супругов – родителей.

Родители вправе заключить соглашение о порядке осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка. Оно должно учитывать интересы и мнение ребенка, и в соответствии с ними родитель, с которым проживает ребенок, не должен препятствовать общению ребенка с другим родителем. Если же родители не могут прийти к соглашению, частно-правовому по своей природе, или если соглашение достигнуто, но реализуются не надлежащим образом, то отношения между родителями ребенка приобретают *публично-правовой характер*, спор разрешается судом (п. 2 ст. 66 СК РФ), а право родителя, с которым проживает ребенок – не препятствовать общению ребенка с другим родителем – становится его правом-обязанностью.

Либертарно-юридическая основа взаимосвязи частного и публичного в семейном праве. Рассматривая вопрос о соотношении и различении частного и публичного права (частно-правовых и публично-правовых норм и отношений), следует отметить, что деление единого по своей сути права на частное и публичное является условным: нет отраслей чисто частно-правовых и чисто публич-

³⁷ См.: Чевранова Е.А. Правовое регулирование имущественных отношений с участием несовершеннолетних членов семьи // Защита прав ребенка в современной России: Материалы науч.-практ. конф. / Отв. ред. А.М. Нечаева. С. 71.

³⁸ См.: Нерсесян В.С. Общая теория права и государства. С. 263.

³⁹ См.: Нерсесян В.С. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: Учеб. пособие. С. 22.

⁴⁰ См.: Нерсесян В.С. Общая теория права и государства. С. 263; Нерсесян В.С. Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: Учеб. пособие. С. 22, 114, 115.

но-правовых. «Любая норма права в любой отрасли права, если речь идет не о произвольном установлении, а, действительно, о норме права как конкретизации требований принципа формального равенства, объединяет в себе (и по смыслу общеправового принципа формального равенства должна объединять в себе) оба начала: публично-правовое и частно-правовое»⁴¹. Смысл деления права на публичное и частное состоит не в том, чтобы в одних нормах и отраслях права выразить отдельно только полезное в общественном отношении (общественную пользу, благо, интерес, волю и т.д.), а в других нормах и отраслях права выразить отдельно только полезное в частном отношении (частную пользу, благо, интерес, волю и т.д.), а, напротив, в том, чтобы во всех нормах (и отраслях) права надлежащим образом учесть и выразить правовое значение и общественной пользы, и частной пользы (общественного и частного благ, интересов, воли) в их взаимосогласованном единстве⁴². И семейное право не является исключением из этого либертарно-юридического правила: изложенное выше наглядное этому подтверждение. В публичном праве интересы государства лишь преобладают, хотя его нормы в конечном счете

могут служить и частным интересам. Также обстоит дело и с частным правом, нормы которого нередко в той или иной мере, прямо или косвенно реализуют интересы всего общества. Для частного права характерна диспозитивность его правил, для публичного – императивность⁴³.

Совершенствование и развитие теории семейного права и на ее основе правоустановления и правореализации (правоприменения) в сфере семейных отношений определяющим образом зависят от принятой концепции правопонимания и правового понимания государства.

Использование легистского (позитивистского) и естественноправового (юстуралистического) подходов с целью совершенствования права и законодательства приводит к приближенным задачам (задачам в редуцированной, урезанной постановке) и не обеспечивает, по определению, получения корректных результатов.

Реализация предлагаемых в статье новых понятийно-правовых подходов, разработанных на основе либертарно-юридической концепции права и государства, позволит, на наш взгляд, более полно и корректно решить задачу совершенствования семейного права и законодательства.

⁴¹ См.: Нерсесянц В.С. *Общая теория права и государства*. С. 433.

⁴² См.: Там же.

⁴³ См.: Санфилиппо Ч. *Курс римского частного права*. М., 2000. С. 26; *Гражданское право: В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов*. С. 4.

Некоторые факторы, способствующие росту экологической преступности и ее латентной разновидности (на примере незаконной добычи водных животных и растений)

В сфере противодействия незаконной добыче водных животных и растений значительную роль играют правоохранительные органы, поскольку на них государство возлагает функцию по обеспечению законности и правопорядка в стране. Однако, с другой стороны, именно их «поведение» является одним из важных факторов роста экологической преступности, в том числе ее латентной разновидности.

Как известно, в качестве одного из существенных индикаторов результативности работы правоохранительных органов в сфере борьбы с незаконной добычей водных животных и растений выступает уровень латентности этих преступлений. В связи с тем что последний составляет свыше 99 %, говорить об эффективности работы рассматриваемых органов не приходится. При этом внушительная часть деликтов, содержащих признаки анализируемых преступлений, остаются латентными по вине самих сотрудников правоохранительных органов. Сложность ситуации в сфере экологической безопасности населения подтверждается выступлением бывшего Генерального прокурора РФ В.В. Устинова на расширенном заседании коллегии Генеральной прокуратуры РФ 3 февраля 2006 г., которым было заявлено, что обобщенные сводные данные о состоянии преступности в России, поступающие из учетно-регистрационных органов, не отражают истинных размахов экологической преступности в стране, а лишь «красноречиво характеризуют «активную» работу контролеров-защитников природных ресурсов...»¹.

На первый взгляд может показаться, что неэффективная, а в ряде случаев недобросовестная работа сотрудников правоохранительных и контрольно-ревизионных органов по выявлению и раскрытию экологических преступлений влияет

З.Б. Бахмудов, Б.Б. Джамалова

только на уровень латентности этих преступлений. Однако это не так, поскольку упускается из виду проблема самодетерминации экологической преступности, которая при браконьерстве весьма значительна. Одно удачно совершенное преступление, связанное с незаконной добычей водных животных и растений, как правило, порождает новые преступления в данной сфере. А учитывая, что выявляется только малая часть совершаемых экологических преступлений, значительный криминальный стаж, профессионализация стала атрибутом экологической преступности. Как правильно отмечает Е.Г. Клетнева, «личность современного преступника – это прежде всего личность преступника-профессионала»². При этом процесс профессионализации проходит как на уровне отдельных граждан, так и целых преступных групп. Таким образом, можно констатировать, что факторы, способствующие латентности незаконной добычи водных животных и растений, связанные с деятельностью правоохранительных и контрольно-ревизионных органов, также оказывают влияние и на рост количества совершаемых преступлений, связанных с незаконной добычей водных животных и растений. В связи с этим далее мы будем рассматривать конкретные факторы, способствующие латентности экологических преступлений, имея в виду, что они же являются детерминантами роста всей экологической преступности.

Одним из важнейших факторов, способствующих росту экологической преступности и ее латентной разновидности, является слабая координационная деятельность между различными органами, участвующими в противодействии не-

¹ См.: Архивные материалы Прокуратуры Республики Дагестан за 2006 г.

² Клетнева Е.Г. Профессионализация экологической преступности // Академия управления «ТИСБИ». Режим доступа: www.tisbi.ru/science/vestnik/2004/issue4/jurist6.htm. Загл. с экрана.

законной добычи водных животных и растений. Проявлением отсутствия отлаженной совместной работы являются различные данные, представляемые компетентными органами по основным показателям борьбы с преступностью. Кроме того, исходя из доверительных бесед, проведенных с оперативными сотрудниками водной милиции МВД Республики Дагестан, между различными правоохранительными органами не налажен даже надлежащий обмен оперативной информацией, который позволил бы более эффективно выявлять и раскрывать экологические преступления. При этом отсутствие надлежащего обмена информацией между ними порой приводит и к дублированию оперативной работы. Это, конечно же, негативно отражается на скорости оперативной работы по каждому факту браконьерства. Между тем хорошо известно, что быстрота оперативной и следственной работы во многих случаях предопределяет позитивный результат³.

Наиболее распространенным фактором сокрытия экологических преступлений является порочная практика приукрашать, «лакировать» на местах показатели своей деятельности⁴. Примером этому может служить выявление значительного числа очевидных, легко раскрываемых преступлений и при этом укрытие от учета как можно большего числа неочевидных, трудно раскрываемых преступлений. Именно этим можно объяснить ситуацию, при которой из всех зарегистрированных преступлений в России за 2005 г., по которым были возбуждены уголовные дела, лишь 38 % из них требовало проведения обязательного предварительного следствия⁵. Тем самым значительное количество лиц, совершивших экологические преступления, остаются безнаказанными. Это приводит к тому, что в обществе возникает особое психологическое состояние допустимости, разрешенности преступных действий и представление о слабости, ничтожности законов. Следствием такого положения дел является то, что общество, во-первых, не воспринимает лиц, занимающихся незаконной добычей водных животных и растений, как преступников; во-вторых,

самостимулирует (самодетерминирует) данный вид преступной деятельности⁶.

На стадии возбуждения уголовного дела осуществляется сбор основной массы доказательств (около 57 %) ⁷, которые в дальнейшем позволяют полно и всесторонне раскрыть преступление. Таким образом, своевременное и быстрое реагирование на информацию о совершенном преступлении практически предопределяет исход расследования. При этом ошибки в деятельности правоохранительных органов, приводящие к чрезмерной волоките, на данной стадии могут способствовать и часто приводят к утрате важнейших доказательств, без которых не представляется возможным дальнейшее эффективное расследование преступления. Таким образом, к факторам сокрытия экологических преступлений на этапе регистрации и разрешения заявлений и сообщений о преступлениях и иной информации также следует отнести, например, ничем не обоснованное продление сроков рассмотрения информации о совершенном преступлении.

Исходя из положений ч. 2 ст. 110 УПК РФ «основанием для возбуждения уголовного дела является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления»⁸. Следовательно, только когда уполномоченное лицо не располагает информацией, достаточной для возбуждения уголовного дела или отказа в нем, оно производит предварительную проверку (собирает дополнительную информацию об искомом факте или удостоверяется в истинности полученных ранее данных) и принимает решение в срок не позднее трех суток со дня поступления конкретного сообщения. Этот срок может быть продлен до 10 или 30 суток, если есть необходимость проведения документальных экспертиз. Сбор дополнительной информации считается неправомерным, если вопрос об отказе в возбуждении или о возбуждении уголовного дела может быть разрешен и на основании имевшихся материалов. При этом под сбором дополнительной информации следует понимать «деятельность по собиранию дополнительных сведений (материалов) об исследуемом

³ См.: Колоколов Н. Эффективность уголовного процесса – в быстроте // *Законность*. 1998. № 6. С. 24–26.

⁴ См.: Миндзар Ф. Как предотвратить укрытие преступлений // *Законность*. 2000. № 7. С. 22.

⁵ Официальные данные Росстата за 2005 г.

⁶ См., напр.: Сулейманов А.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика незаконной порубки деревьев и кустарников (по материалам Республики Дагестан): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2002. С. 16.

⁷ См.: Сайгитов У.Т. Основные формы организованной преступной деятельности в Республики Дагестан. М., 2005. С. 81.

⁸ См. подробнее: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. М., 2002. С. 297; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.И. Радченко. М., 2006.

события с целью установления законности повода к возбуждению дела и обстоятельств, исключая производство по делу»⁹. Приведенное правило практически не реализуется в деятельности правоохранительных органов. Так, в правоохранительных органах Республики Дагестан уже стала обыкновением практика продления сроков рассмотрения информации о факте совершения преступления, хотя по большинству из них решение могло быть принято незамедлительно или в стандартные сроки. К примеру, исследовав положение дел в данной сфере в некоторых районных ОВД Республики Дагестан, Т.Б. Рамазанов пришел к выводу, что по 75 % заявлений (сообщений) вопрос о возбуждении уголовного дела решался в сроки, превышающие трое суток¹⁰. Недаром в методических рекомендациях по организации и разрешению заявлений и сообщений о преступлениях и иной информации, составленных отделом по надзору за следствием, дознанием и оперативно-розыскной деятельностью Прокуратуры Республики Дагестан, прямо указано, что «проверка сообщения о преступлении в 10 (30)-дневный срок должна проводиться в исключительных случаях»¹¹, во всех остальных случаях устанавливается трехдневный срок.

К факторам, приводящим к сокрытию экологических преступлений, следует также отнести: низкие профессиональные качества некоторых сотрудников правоохранительных органов; низкий уровень дисциплины в правоохранительных органах; корыстная или иная личная заинтересованность в неизобличении виновного лица в совершении преступления; относительно молодой состав работников следственных подразделений и в силу этого их неопытность; низкий уровень работы оперативно-розыскных и экспертно-криминалистических подразделений правоохранительных органов¹²; недобросовестное или небрежное отношение к своим служебным обязанностям; шантаж, угроза или иные преступные действия в отношении сотрудника правоохранительного органа и пр.

Наиболее распространенным способом сокрытия преступлений, связанных с незаконной добычей водных животных и растений, в настоящее время является вынесение незаконного и (или) необоснованного постановления о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям¹³. Формально все эти постановления о прекращении уголовных дел имеют на то основания, так как они обычно прямо не противоречат нормам уголовного и уголовно-процессуального права. Это связано прежде всего с тем, что большинство лиц, задержанных за экологические преступления, ранее не привлекались к уголовной ответственности. А учитывая, что незаконная добыча водных животных и растений относится к категории преступлений небольшой тяжести, то это позволяет почти на «законных» основаниях недобросовестным работникам прекращать уголовные дела. При этом нередко уголовные дела прекращаются даже в тех случаях, когда практически не установлен состав или событие преступления; достоверно не доказана вина обвиняемого или в отношении лиц, уже освобожденных от уголовной ответственности. Кроме того, в ходе доверительных бесед с браконьерами было установлено, что сами следователи (дознаватели) часто предлагают признать свою вину подозреваемым (обвиняемым), чтобы затем применить положения ст. 75 «Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием» УК РФ. Для этого дознаватели (следователи) обычно оформляют явку с повинной задним числом, переделывают имеющиеся в уголовном деле материалы. На практике доходит до того, что уголовные дела прекращаются по нереабилитирующим основаниям даже в отношении свидетелей, т.е. без признания его подозреваемым или обвиняемым¹⁴. Все эти незаконные манипуляции проводятся в основном в силу следующих причин: желание повисить показатели своей деятельности, так как дела, прекращенные по нереабилитирующим основаниям, считаются раскрытыми; корыстная заинтересованность; наличие кровно-родственных связей с

⁹ Копылова О.П. Проверка заявлений и сообщений о преступлениях: Автореф. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999. С. 7.

¹⁰ См.: Рамазанов Т.Б. Проблемы преступности в Республике Дагестан. Махачкала, 1999. С. 193.

¹¹ Методические рекомендации по организации и разрешению заявлений и сообщений о преступлениях и иной информации // Архивные материалы Прокуратуры Республики Дагестан за 2003 г.

¹² См., напр.: Игнатов С.В. Нерешенные вопросы применения оперативно-технических средств: Материалы науч.-практ. семинара. М., 1993. С. 44.

¹³ См. подробнее: Бахмудов З.Б. Некоторые уголовно-процессуальные аспекты сокрытия преступлений на стадии предварительного расследования // Научное обозрение: Сб. ст. Ассоциации молодых ученых Дагестана. Махачкала: ДНЦ РАН, 2004. Вып. 9. С. 108–114.

¹⁴ См. подробнее: Обзор практики прокурорского надзора за законностью прекращения уголовных дел за 2003–2004 годы // Архив Прокуратуры Республики Дагестан.

лицом, который должен быть привлечен к уголовной ответственности; желание скрыть свои просчеты и незаконные действия при проведении предварительного расследования; стремление избавиться от «затянувшегося» уголовного дела и т.д.

Особую актуальность в настоящее время получила проблема сокрытия экологических преступлений на стадии судебного разбирательства. К наиболее распространенным способам сокрытия экологических преступлений на рассматриваемой стадии можно отнести: необоснованный отказ прокурора от обвинения полностью либо в части, а также ходатайства прокурора о переквалификации действий подсудимого на статью УК РФ, предусматривающую более мягкую ответственность, чем предусмотрено статьей, по которой было предъявлено обвинение; изменение потерпевшими, свидетелями и обвиняемыми своих

показаний на суде и при этом необоснованное принятие их как верных; неправильная оценка судом фактических обстоятельств дела, хотя они им и признаны установленными; необоснованное мнение суда об отсутствии достаточных доказательств обвинения и при этом вынесение приговора с полным или частичным оправданием подсудимого; необоснованное признание некоторых доказательств по делу недопустимыми и т.д. Причины, обуславливающие сокрытие этих преступлений, аналогичны вышерассмотренным причинам, характерным для стадии предварительного расследования.

Подводя итог вышесказанному, мы пришли к неутешительному выводу о дальнейшем интенсивном росте экологической преступности и ее латентной части, поскольку, как видим, для этого имеется множество предпосылок.

Ответственность за фальсификацию доказательств в российском и зарубежном законодательстве

Для того чтобы проанализировать материальные аспекты привлечения к ответственности за фальсификацию доказательств по российскому уголовному законодательству, следует обратить особое внимание на то, каким образом та или иная проблема решается в зарубежном законодательстве ввиду того, что опыт других государств может быть полезен при совершенствовании отечественного законодательства.

Анализ действующего уголовного законодательства стран СНГ показал, что некоторые из них (УК Грузии (ст. 369), УК Республики Казахстан (ст. 348), УК Республики Таджикистан (ст. 359), УК Республики Белоруссия (ст. 395)) заимствовали основные положения ст. 336 Модельного УК стран СНГ.

Существенно дополняет круг лиц, выступающих субъектом фальсификации доказательств, УК Республики Белоруссия. Так, в ч. 2 ст. 395 УК Республики Белоруссия говорится: «Фальсификация доказательств по уголовному делу лицом, производящим дознание, следователем, прокурором, судьей или защитником наказывается лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или лишением свободы на срок до трех лет». По сравнению со ст. 303 УК РФ в ст. 395 УК Республики Белоруссия субъектом фальсификации доказательств по уголовному делу признается также судья.

Также следует обратить внимание на то, что по УК Республики Молдовы субъектом фальсификации доказательств является лицо, участвующее в деле, а не прокурор, следователь, дознаватель и защитник, как в УК РФ, УК Грузии, УК Республики Таджикистан, УК Азербайджанской Республики и УК Республики Казахстан.

Статья 305 УК Китайской Народной Республики предусматривает ответственность за умышленную неправильную запись протокола судебного заседания секретарем в судебном процессе. Уголовный кодекс РФ не содержит специального состава, предусматривающего ответственность за неправильную запись протокола, а протокол су-

И.С. Благодарь

дебного заседания является доказательством по делу. По сути, умышленная неправильная запись протокола является фальсификацией доказательства. Однако статья УК РФ, предусматривающая ответственность за фальсификацию доказательств, не распространяется на секретаря судебного заседания. На наш взгляд, данное обстоятельство является упущением в отечественном уголовном законодательстве.

В зарубежных странах преступным признается уничтожение, сокрытие, повреждение, перемещение, похищение, изготовление, подделка, искажение, невыдача доказательств либо предоставление фальсифицированных доказательств.

Уголовный кодекс Боснии и Герцеговины предусматривает ответственность за незаконные действия, совершенные в отношении доказательств. В УК Латвии к преступлениям против правосудия отнесены незаконные действия с материалами уголовного дела, подлог доказательств и невыдача доказательств.

Уничтожение и сокрытие доказательств является преступным по законодательству Австрии, Латвии, Польши, Голландии. Повреждение доказательств запрещено под угрозой наказания в Австрии, Латвии, Польше.

Согласно УК Дании и УК Японии преступным признается предоставление либо использование фальсифицированных доказательств.

Согласно УК Болгарии к преступлениям отнесена ложная техническая запись, при этом объективную сторону данного преступления образуют такие действия, как: уничтожение, изготовление ложной записи, а также использование лишь части достоверной записи (ст. 287а).

В ст. 434-4 отдела I «О воспрепятствовании судебному преследованию» УК Франции установлена ответственность за «изменение содержания мест совершения преступления или проступка либо путем искажения, фальсификации, или стирания отпечатков или следов...». Если это де-

яние совершено лицом, призванным в силу своих обязанностей содействовать установлению истины, наказание увеличивается с трех до пяти лет тюремного заключения, а штраф – почти вдвое. В УК Франции не раскрывается субъект данного преступления. В связи с этим под лицами, призванными в силу своих обязанностей содействовать установлению истины, следует понимать широкий круг участников процессуальных действий, которые могут подделывать доказательства. Что касается предмета данного преступления, то он сводится к вещественным доказательствам, подделать которые может и эксперт. Следовательно, к перечню лиц, выступающих субъектом фальсификации доказательств, УК Франции относит и эксперта-криминалиста.

По законодательству России такие деяния, как: уничтожение, сокрытие, повреждение, перемещение, похищение, предоставление либо использование таких доказательств, не образуют преступлений против правосудия, хотя могут при определенных, предусмотренных уголовным законом условиях содержать в себе признаки иных составов преступлений.

Уголовная ответственность за фальсификацию доказательств установлена и в других зарубежных странах.

Рассмотрим, в частности, УК Голландии, в ст. 225 которого говорится: «Лицо, которое обманным путем изготавливает или фальсифицирует документ, служащий доказательством какого-то факта, с целью использования его как подлинного и нефальсифицированного или для использования его другими лицами, виновно в подделке документов и подлежит сроку тюремного заключения не более шести лет или штрафу пятой категории». Согласно данной статье предметом подделки доказательств являются только документы, содержащие факты, имеющие отношение к делу, что, несомненно, сужает перечень фактических данных, выступающих предметом рассматриваемого преступления.

В § 269 «Подделка данных, имеющих доказательственное значение» УК ФРГ установлена ответственность лица, которое в «целях совершения обмана в правоприменительной деятельности собирает или изменяет данные, имеющие доказательственное значение таким образом, что при их восприятии представляются поддельные или фальсифицированные документы, или подобным образом применяет собранные или измененные данные».

В уголовном законодательстве Испании нормы, предусматривающие ответственность за фальсификацию доказательств, находятся в разд. XVIII «О фальсификациях» и разд. XX «Преступления

против судебной власти». В частности, ст.ст. 393 и 396 УК Испании запрещают использование заведомо подложного доказательства.

Специфические особенности ответственности за фальсификацию доказательств предусмотрены в УК Республики Молдова, которая наказывается штрафом или лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок от двух до пяти лет.

За совершение незаконных действий с доказательствами по законодательству ряда стран, таких как: Австрия, Дания, Австралия, предусмотрено наказание только в виде лишения свободы, что объясняется повышенным вниманием законодателей к данной проблеме. Уголовный кодекс Австрии предусматривает лишение свободы на срок до одного года (ст. 293), такой же срок наказания предусмотрен и по законодательству Дании и Австралии.

Наряду с лишением свободы и заключением под стражу большинство зарубежных стран при регламентации ответственности за фальсификацию доказательств предусматривает альтернативные виды наказания. За преграду правосудию по УК Албании предусмотрено наказание в виде заключения до трех лет или штрафа (ст. 301). Подлог доказательства по УК Латвии наказывается лишением свободы до трех лет, арестом или штрафом; квалифицированный вид подлога доказательств – лишением свободы до пяти лет; невыдача доказательств – лишением свободы на срок до 2 лет, штрафом, арестом либо принудительными работами; за незаконные действия с материалами уголовного дела предусмотрено наказание в виде ареста либо лишения свободы на срок до пяти лет.

Штраф в качестве альтернативного наказания установлен в уголовном законодательстве таких стран, как: Дания, Молдова, Китай, Польша, Грузия, Швеция, Голландия.

Соккрытие доказательств по законодательству Польши наказывается лишением свободы на срок до двух лет либо штрафом (ст. 236). За уничтожение, повреждение, искажение доказательств и иное воспрепятствование органам правосудия в УК Польши предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет в случае, если «лицо, не имея надлежащих на то полномочий, уничтожает, повреждает, устраняет или изменяет запись важной информации или иным способом воспрепятствует» органам правосудия. Если то же деяние касается «записи на машинном носителе информации», то лицо подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок до трех лет. Если же лицо причиняет своими действиями значительный

ущерб, то оно подлежит наказанию на срок от трех месяцев до пяти лет (ст. 268).

Уголовный кодекс Грузии за фальсификацию доказательств по гражданскому делу лицом, участвующим в деле или его представителем, предусматривает наказание в виде штрафа или исправительных работ от одного года до двух лет, либо арест на срок от двух до четырех месяцев. Уголовный кодекс Республики Таджикистан, УК Республики Белоруссии и УК Республики Казахстан за данный вид преступления предусматривает аналогичное наказание, исключив штраф и увеличив срок ареста до шести месяцев. Санкция ч. 1 ст. 395 УК Белоруссии в качестве альтернативного наказания содержит еще и лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью, а санкция ч. 1 ст. 348 УК Республики Казахстан – ограничение свободы на срок до двух лет. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики предусматривает за это преступление, кроме штрафа и исправительных работ, еще и лишение свободы сроком до шести месяцев (ст. 294.1). Часть 1 ст. 310 УК Республики Молдовы в качестве наказания за фальсификацию доказательств определяет штраф и арест на срок до шести месяцев. Согласно уголовному законодательству Венгрии размеры и виды наказания также дифференцируются в зависимости от степени тяжести деяния, по поводу которого представлено ложное доказатель-

ство. Представление ложного доказательства по поводу совершенного преступления наказывается заключением под стражу на срок до пяти лет. За предоставление ложного доказательства в гражданском процессе предусмотрено наказание на срок до трех лет, а если предмет спора – «особенно большая денежная ценность или другой особенно важный интерес», срок наказания увеличивается до пяти лет. Предоставление ложного доказательства по поводу дисциплинарного либо мелкого правонарушения наказывается заключением до одного года, общественными работами или штрафом.

Проанализировав уголовное законодательство зарубежных стран, можно сделать вывод, что во многих из них предусмотрена уголовная ответственность за деяние, по своему содержанию сходное с нормой ст. 303 УК РФ. При этом в отличие от российского уголовного законодательства признаки субъекта фальсификации доказательств в законодательстве ряда зарубежных стран специально не оговорены. Такой подход характерен для УК Австрии, Албании, Дании, Китая, Польши, Швейцарии, Швеции, Японии, Голландии, Болгарии, что позволяет охватить почти все случаи преступных посягательств на интересы правосудия по обеспечению достоверных доказательств, вне зависимости от процессуального положения виновного.

Понятие «журналист» в статье 114 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов» Уголовного кодекса Российской Федерации

Одним из необходимых условий развития и формирования ответственного правосознания граждан, несомненно, является своевременное, полное и объективное информирование общественности обо всех значимых событиях и процессах. Статья 144 УК РФ, устанавливающая ответственность за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов, несмотря на свое несовершенство, является одним из немногих правовых механизмов защиты свободы слова в России. Однако указания на то, кого следует считать журналистом, УК РФ не содержит, что заставляет нас при анализе данного состава преступления обращаться к нормам других отраслей законодательства.

Понятие «журналист» определяется в ст. 2 Закона РФ от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации»¹ (далее – Закон о СМИ) как «лицо, занимающееся редактированием, созданием, сбором или подготовкой сообщений и материалов для редакции зарегистрированного средства массовой информации, связанное с ней трудовыми или иными договорными отношениями, либо занимающееся такой деятельностью по ее уполномочию». Очевидно противоречие: под СМИ данный закон понимает периодические печатные издания, радио-, теле-, видеопрограммы, кинохроникальные программы, иные формы периодического распространения массовой информации, которые не всегда обязаны проходить процедуру государственной регистрации. В частности, предусматривается освобождение от регистрации для СМИ, учреждаемых органами государственной власти и органами местного самоуправления исключительно для издания их официальных сообщений и материалов, для периодических печатных изданий тиражом менее одной тысячи экземпляров и некоторых других. Кроме того, российским законодательством до сих пор четко не определен статус Интернет-сайтов, которые, фактически являясь СМИ, на практике не всегда признаются тако-

Д.Р. Гайнутдинов

выми, если не имеют свидетельства о регистрации в качестве СМИ. Сотрудники редакций указанных СМИ в соответствии с действующим законом не признаются журналистами и, следовательно, их деятельность не подлежит защите в соответствии со ст. 144 УК РФ.

Указанное противоречие требует пересмотра определения журналиста, данного Законом о СМИ. Представляется полезным в этой связи обратиться к опыту законодательного определения статуса журналиста в зарубежных государствах.

Закон Азербайджанской Республики «О средствах массовой информации» гласит, что статус журналиста распространяется на «1) штатных корреспондентов средства массовой информации, занимающихся сбором, подготовкой, редактированием и созданием информации; 2) внештатных корреспондентов средства массовой информации, выполняющие поручения, регулярно связанные со сбором, подготовкой и редактированием информации» (ст. 49).

Закон Латвии «О печати и других средствах массовой информации» под журналистом понимает «лицо, которое собирает, обобщает, редактирует или иным образом подготавливает материалы для средства массовой информации и которое заключило с ним трудовой договор либо осуществляет эту работу по заданию средства массовой информации, а также член объединений журналистов» (ст. 23).

В Законе Украины «О печатных средствах массовой информации (печати) в Украине» сказано, что «журналистом редакции печатного средства массовой информации... является творческий работник, который профессионально собирает, получает, создает и занимается подготовкой информации для печатного средства массовой информации и действует на основании трудовых либо иных договорных отношений с его ре-

¹ См.: Рос. газ. 1992. 8 февр.

дакцией или занимается такой деятельностью по ее уполномочию». Впрочем, этот же закон обязывает все СМИ независимо от сферы распространения, тиража и способа его изготовления проходить государственную регистрацию.

Особый интерес, по нашему мнению, представляет законодательство Литвы. Так, в Законе Литовской республики «Об общественной информации» дается следующее определение журналиста: «лицо, которое осуществляет профессиональный сбор, подготовку и представление материала подготовителю публичной информации по своей инициативе или на основании договора с подготовителем либо по его поручению и (или) является членом профессионального объединения журналистов».

Как видно, ссылка на необходимость государственной регистрации СМИ в приведенных законах отсутствует, что, безусловно, расширяет круг лиц, которые могут считаться журналистами (не будем забывать, однако, что в ряде случаев СМИ подлежат обязательной государственной регистрации).

Сопоставление законодательств дает нам два подхода к определению статуса журналиста. Первый подход, принятый в настоящее время в России, основан на фактическом закреплении статуса журналиста лишь за лицами, получившими государственную санкцию на занятие журналистикой (сотрудниками зарегистрированных в установленном порядке СМИ). Второй подход исходит из необходимости предоставления статуса журналиста всем лицам, производящим публичные материалы и сообщения. Данный подход, позволяющий легализовать деятельность журналистов незарегистрированных СМИ, предоставить им права и возложить на них обязанности, предусмотренные Законом о СМИ, кажется нам гораздо более демократичным и ответственным.

Статья 52 Закона о СМИ, распространяющая профессиональный статус журналиста в том числе на авторов, не связанных с редакцией трудовыми или иными договорными отношениями, но признаваемых ею своими внештатными авторами или корреспондентами при выполнении ими поручений редакции, не решает проблемы защиты журналистов, занимающихся, например, подготовкой материалов для иных незарегистрированных СМИ (например, Интернет-сайтов).

Таким образом, необходимость изменения действующего российского законодательства очевидна. По нашему мнению, на основе анализа норм зарубежного и российского законодательства следует сформулировать понятие журналис-

та, содержащееся в ст. 2 Закона о СМИ, следующим образом: «журналист – лицо, занимающееся редактированием, созданием, сбором или подготовкой сообщений и материалов подготовителю публичной информации по своей инициативе или на основании договора с подготовителем либо по его поручению». В этом случае пользоваться правами и нести обязанности журналиста будет любое лицо, занимающееся подготовкой публичной информации.

О грядущем реформировании Закона о СМИ начали говорить уже в конце 90-х гг. прошлого века, однако до настоящего времени в него внесли лишь поправки, ужесточая контроль за СМИ со стороны государства, тем не менее не отменяли самого закона. В необходимости модернизации законодательства о СМИ не сомневаются и авторы ныне действующего закона: Ю.М. Батурин, М.А. Федотов и В.Л. Энтин², однако в настоящее время изменения имеют совсем другой вектор, не затрагивающий принципиальных вопросов развития свободных и независимых СМИ.

К сожалению, российское законодательство не знает института общественно значимой «публичной информации». Представляется своевременным введение такого понятия в правовой оборот России путем принятия отдельного закона, как сделано, например, в Эстонии, где действует Закон «О публичной информации», определяющий условия, порядок и способы доступа к такой информации. Данный закон содержит следующее определение публичной информации – «это запечатленная и документированная любым способом и на любом носителе информация, полученная или созданная в процессе выполнения публичных обязанностей, установленных законами или изданными на их основании правовыми актами».

Заметим, что над законом, определяющим статус общественно значимой информации, трудилась в свое время рабочая группа под руководством А.Б. Венгерова. Речь идет о проекте федерального закона «О праве на информацию», который в сентябре 1997 г. даже прошел процедуру первого чтения в Государственной Думе РФ, однако так и не был принят.

Этим законом, в частности, устанавливалась обязанность органов и организаций сообщать для всеобщего сведения ставшую им известной при осуществлении своей деятельности информацию, если она может предотвратить угрозу жизни или здоровью граждан; либо требуется пресечь сообщение недостоверной информации; либо если такая информация имеет или может иметь общественно значимый характер.

² См.: Батурин Ю.Н., Федотов М.А., Энтин В.Л. Закон о СМИ: на перекрестке веков и мнений. М., 2004.

Необходимость принятия закона об информации, касающейся работы чиновников, обусловлена прежде всего тем, что деятельность журналистов подвергается угрозе, как правило, в связи с раскрытием информации, касающейся выполнения (чаще – невыполнения) своих обязанностей государственными должностными лицами, и иной информации, касающейся публичных фигур. По совершенно справедливому замечанию юрисконсульта Европейского суда по правам человека, профессора Католического Университета Милана Микеле де Сальвиа, «прессе принадлежит право контролировать от имени и за счет граждан обычай, который политические деятели делают из полномочий, которые им доверены»³.

Тем не менее представляется важным закрепить особый статус любой информации, затрагивающей общественный интерес, не ограничиваясь лишь государственной службой. К примеру, сведения о загрязнении окружающей среды частными компаниями также должны свободно передаваться гласности.

Другим аргументом в пользу подробной регламентации статуса общественно значимой

информации и установления дополнительных гарантий защиты журналистской деятельности в этой сфере является то, что свобода слова не имеет в России такой давней традиции, как в Западной, Центральной и, особенно, Северной Европе, Северной Америке. В условиях страны с коррумпированным чиновничеством, неразвитой судебной практикой в области защиты прав прессы, противоречивым и неполным законодательством, в которой, кроме того, журналисты плохо осведомлены о своих правах и обязанностях, очевидно необходим нормативный правовой акт, закрепляющий свободу обращения информации.

Анализ ст. 144 УК РФ с точки зрения защиты конституционного права на свободу мысли и слова приводит нас к выводу о необходимости изменения Закона о СМИ и принятия закона, гарантирующего свободное обращение информации, представляющей общественный интерес. Вместе с УК РФ эти два нормативных правовых акта должны образовать единый механизм защиты права человека и общества, дать возможность свободным и независимым СМИ играть роль «сторожевого пса общества».

³ Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // Судебная практика с 1960 по 2002 гг. СПб., 2004. С. 621.

Незаконная добыча рыбы и других водных животных в системе экологических преступлений

Б.Б. Магомедова

Рассмотрение социально-правовой природы и определение степени общественной опасности преступления, предусмотренного ст. 256 УК РФ, предполагает уяснение не только характера общественных отношений, которым причиняется вред в результате его совершения, но и установление его места в системе экологических преступлений. Представляется, что данные вопросы могут быть разрешены в результате исследования общего понятия «экологическое преступление», а также доктринальных положений относительно системы экологических преступлений, конструируемой в уголовно-правовой литературе с учетом особенностей родового, видового и непосредственных объектов общественно опасных деяний, предусмотренных нормами гл. 26 УК РФ.

На законодательном уровне понятие экологического преступления впервые было сформулировано в ст. 85 Закона РФ от 19.12.1991 «Об охране окружающей природной среды»¹. Под экологическим преступлением в ней понималось общественно опасное деяние, посягающее на установленный в Российской Федерации экологический правопорядок, экологическую безопасность общества и причиняющее вред окружающей природной среде и здоровью человека. Разумеется, данное определение не может быть названо исключительно уголовно-правовым. Тем не менее его анализ так же, как и оценка многочисленных научных определений понятия «экологическое преступление», позволяет более точно и адекватно с точки зрения действующего уголовного законодательства и практики его применения судить о видовом объекте и системе экологических преступлений, а также месте в ней состава незаконной добычи рыбы и других водных животных.

Доктринальное определение экологических преступлений, представленное на страницах уголовно-правовой литературы, в основном исходит из его определения в Законе РФ «Об охране окру-

жающей природной среды», хотя в интерпретации ученых приобретает нередко существенные различия. Так, по мнению Э.Н. Жевлакова, экологическими преступлениями являются общественно опасные, предусмотренные уголовным законом деяния, посягающие на общественные отношения по сохранению качественно благоприятной природной среды, рациональному использованию ее ресурсов и обеспечению экологической безопасности населения². О.Л. Дубовик и А.Э. Жалинский под экологическим преступлением понимают «предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние (действие или бездействие), посягающее на окружающую среду и ее компоненты, рациональное использование и охрана которых обеспечивают оптимальную жизнедеятельность человека, и состоящее в непосредственном использовании природных объектов как социальной ценности и приводящее к негативным их изменениям»³. В более поздней работе О.Л. Дубовик уточнила определение понятия экологического преступления указанием на экологическую безопасность как на один из объектов, на которые оно воздействует. Так, по ее мнению, экологическим признается предусмотренное уголовным законом и запрещенное под угрозой наказания виновное общественно опасное деяние (действие или бездействие), посягающее на окружающую среду и ее компоненты, рациональное использование и охрана которых обеспечивают оптимальную жизнедеятельность человека, а также на экологическую безопасность населения и территорий, и состоящее в непосредственном противоправном использовании природных объектов (или в противоправном воздействии на них) как социальной ценности, приводящее к негативным изменениям состояния и качества окружающей среды⁴.

¹ См.: *Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 10. Ст. 457.*

² См.: *Жевлаков Э.Н. Экологические преступления и экологическая преступность. М., 1996. С. 27.*

³ *Дубовик О.Л., Жалинский А.Э. Причины экологических преступлений. М., 1988. С. 70.*

⁴ См.: *Дубовик О.Л. Экологические преступления: комментарий к главе 26 УК РФ. М.: Спарк, 1998. С. 81–82.*

Несмотря на усложненный характер данного определения, в нем весьма точно подчеркнута присущая современному экологическому преступлению направленность на причинение вреда экологической безопасности. Такой подход при определении понятия и социально-правовой природы экологических преступлений преобладает в современной юридической литературе. Так, по мнению И.М. Тяжковой, экологические преступления – предусмотренные уголовным законом общественно опасные деяния (действия или бездействие), посягающие на общественные отношения по сохранению природной среды, рациональное использование природных ресурсов, экологический порядок и экологическую безопасность как населения, так и природной среды⁵. Признак экологической безопасности при характеристике экологических преступлений упоминают Д.Б. Чураков и А.И. Чучаев, утверждая, что экологическое преступление – это предусмотренное уголовным законом общественно опасное виновное деяние, посягающее на общественные отношения, обеспечивающие сохранение для нормальной жизнедеятельности человека благоприятной природной среды, рациональное использование ее ресурсов и экологическую безопасность населения⁶.

Тем не менее в приведенных выше определениях экологических преступлений так же, как и в большинстве других представленных в юридической литературе, отсутствует четкий и единый подход к выделению их видового объекта. Действительно, исходя из места экологических преступлений в системе Особенной части уголовного законодательства их родовым объектом (по смыслу названия разд. IX УК РФ) должны признаваться общественная безопасность и общественный порядок, разновидностями которых являются экологическая безопасность и экологический порядок. В то же время судя по вышеприведенным определениям экологических преступлений их видовым объектом являются: а) отношения по охране окружающей среды; б) отношения по рациональному использованию природных ресурсов; в) отношения по сохранению оптимальной для жизнедеятельности человека и иных живых существ природной среды; г) отношения по обеспечению экологической безопасности населения.

Представляется, что такая трактовка видового объекта экологических преступлений не может претендовать на бесспорность. Она затрудняет уяснение социально-правовой природы

экологических преступлений в целом, а также установление места отдельных из них, в том числе и состава незаконной добычи рыбы и других водных животных, в системе преступных посягательств на окружающую природную среду.

В этой связи представляется более удачным, хотя и требующим уточнения, определение видового объекта экологических преступлений, предлагаемое А.В. Наумовым. По его мнению, таковым является экологическая безопасность, т.е. безопасность окружающей среды как условие и средство обитания человека, а в принципе – и его выживания⁷. На уровне видового объекта преступления экологическая безопасность, на наш взгляд, представляет собой комплекс общественных отношений в сфере взаимодействия человека и природы, которые охватывают собой отношения по охране окружающей среды, отношения по рациональному использованию природных ресурсов и отношения по сохранению оптимальной для жизнедеятельности человека и иных живых существ природной среды. Представляется, что в целях согласования видового и родового объектов экологических преступлений (последний, как известно, определен в уголовном законе как «общественная безопасность и общественный порядок») было бы приемлемым именовать видовым объектом экологических преступлений не только экологическую безопасность, но и экологический порядок.

Данное уточнение принципиально важно при характеристике системы экологических преступлений и места в ней незаконной добычи рыбы и других водных животных. Отметим, что в уголовно-правовой литературе вопрос о классификации экологических преступлений является дискуссионным. При этом все авторы опубликованных по данной проблематике работ едины в том, что в основу систематизации (классификации) должен быть положен непосредственный объект экологических преступлений. Разногласия обнаруживаются как в названиях непосредственных объектов, так и в количестве классификационных групп экологических преступлений, выделяемых на их основе. Отметим, что дискуссии относительно классификации экологических преступлений были присущи отечественной уголовно-правовой науке и в период действия УК РСФСР 1960 г. Причем в качестве критериев систематизации преступлений в области охраны природы наряду с непосредственным объектом, т.е. опре-

⁵ См.: Курс уголовного права. Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова и В.С. Комиссарова. М.: Зерцало-М, 2002. С. 468.

⁶ См.: Чураков Д.Б., Чучаев А.И. Экологические преступления в уголовном праве России. Ульяновск, 2002. С. 3.

⁷ См.: Наумов А.В. Российское уголовное право: Курс лекций: В 2 т. М.: Юрид. лит., 2004. Т. 2: Особенная часть. С. 484.

деленной совокупностью общественных отношений в той или иной сфере природопользования, отдельными авторами (например, В.Д. Пакутиным⁸) рассматривался выступающий в качестве предмета посягательства вид природных богатств (ресурсов).

Дискуссия по вопросу о системе и видах экологических преступлений продолжается и в современной уголовно-правовой литературе. Разногласия среди ученых в основном имеют место при определении количества групп преступных деяний, образующих систему экологических преступлений. По мнению О.А. Дубовик, экологические преступления образуют три группы общественно опасных посягательств: а) преступления, состоящие в нарушении правил экологически значимой деятельности (ст.ст. 246–248 УК РФ); б) преступления, посягающие на отдельные компоненты окружающей среды: воду, атмосферу, почву, леса, недра, морскую воду, континентальный шельф, исключительную экономическую зону Российской Федерации (ст.ст. 250–255 УК РФ); в) преступления, посягающие на объекты флоры и фауны как составную часть окружающей среды, условия биологического разнообразия и сохранения биосферы Земли (ст.ст. 249, 256–262 УК РФ)⁹.

Сходной точки зрения придерживается В.В. Сверчков, подразделяющий все экологические преступления также на три относительно самостоятельные группы: а) преступления, выражающиеся в нарушении правил общей экологической безопасности (ст.ст. 246–248 УК РФ); б) преступления в отношении базовых объектов природной среды: вод, атмосферы, почвы, недр, континентального шельфа (ст.ст. 250–255 УК РФ); в) преступления в отношении рыбных запасов, растительного и иного органического мира (ст.ст. 249, 256–262 УК РФ)¹⁰. Сторонниками трехчленной классификации экологических преступлений также являются Н.Г. Иванов¹¹, Н.А. Нерсисян¹² и ряд других ученых.

Не меньшее разнообразие взглядов на систему экологических преступлений в действующем уголовном законодательстве России наблюдается и среди специалистов, придерживающихся так называемой двухчленной классификации данных

преступных деяний. Хотя при этом авторы в качестве критерия классификации экологических преступлений ориентируются на непосредственный объект преступления (по нашему мнению, при классификации системы или группы преступных деяний на подгруппы, подсистемы необходимо исходить не из непосредственного, а из группового объекта), само название и количество выделяемых ими подгрупп экологических преступлений различно. В частности, в литературе достаточно распространенной является классификация экологических преступлений на общие, посягающие на природную среду в целом, и специальные, причиняющие вред отдельным компонентам или составным частям природной среды¹³.

Более конкретизированной выглядит двухчленная классификация экологических преступлений, предложенная Н.А. Лопашенко. По ее мнению, все экологические преступления, предусмотренные действующим уголовным законодательством России, можно подразделить на две большие группы: 1) посягательства на общественные отношения по реализации и охране права каждого на благоприятную окружающую среду (ст.ст. 246–248 УК РФ) и 2) посягательства на общественные отношения по охране стабильности окружающей среды и ее природно-ресурсного потенциала (ст.ст. 249–262 УК РФ). В свою очередь вторая группа экологических преступлений в зависимости от вида предмета преступления – охраняемого природно-ресурсного потенциала – автором дополнительно делится на следующие виды преступлений: а) посягательства на животный мир (ч. 1 ст. 249, ст.ст. 256–258 УК РФ); б) посягательства на растительный мир (ч. 2 ст. 249, ст.ст. 260, 261 УК РФ); в) посягательства на воды (ст.ст. 250, 252 УК РФ); г) посягательства на атмосферу (ст. 251 УК РФ); д) посягательства на особо охраняемые территории и акватории, природные объекты (ст.ст. 253, 259, 262 УК РФ); е) посягательства на землю (ст. 254 УК РФ); ж) посягательства на недра (ст. 255 УК РФ)¹⁴.

Представляется, что каждая из классификаций экологических преступлений, включенных законодателем в гл. 26 УК РФ, имеет право на существование. Тем не менее отметим, что как в

⁸ См.: Пакутин В.Д. Уголовно-правовая охрана внешней природной среды: объект и система преступлений. Уфа, 1977. С. 24–45.

⁹ См.: Курс российского уголовного права. Особенная часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. М., 2002. С. 705.

¹⁰ См.: Сверчков В.В. Ответственность за экологические преступления по российскому уголовному законодательству. Н. Новгород, 1998. С. 10.

¹¹ См.: Иванов Н.Г. Уголовное право России. Общая и Особенная части. М.: Экзамен, 2003. С. 673.

¹² См.: Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. М., 2004. С. 444–445.

¹³ См.: Уголовное право России. Части Общая и Особенная / Под ред. А.И. Рарога. М.: Проспект, 2004. С. 533; Чураков Д.Б., Чучаев А.И. Указ. соч. С. 5.

¹⁴ См.: Лопашенко Н.А. Экологические преступления. СПб., 2002. С. 38–39.

двухчленной, так и в трехчленной классификации экологических преступлений названия групповых объектов, принятых в качестве классификационных критериев, не всегда соответствуют названию видового объекта экологических преступлений, под которым, как ранее отмечалось, необходимо понимать экологическую безопасность и экологический порядок. К тому же экологический порядок как объект экологических преступлений в большинстве определениях вообще не упоминается. Получается, что, к примеру, незаконная добыча рыбы и других водных животных (ст. 256 УК РФ) хотя и относится к преступным деяниям, посягающим на животный мир, тем не менее непосредственно не воздействует на экологическую безопасность и экологический порядок использования животного мира как составной части окружающей среды. В связи с этим следует ориентироваться на предложенную А.В. Наумовым классификацию экологических преступлений, в которой наименование групповых объектов соответствует видовому (экологическая безопасность и экологический порядок): 1) преступления, посягающие на общие правила экологической безопасности в сфере экологически значимой деятельности (ст.ст. 246–248 УК РФ); 2) преступления, посягающие на экологическую безопасность в сфере отдельных компонентов окружающей среды: вод, атмосферного воздуха, почвы, лесов, недр, морской среды, континентального шельфа и исключительной экономической зоны Российской Федерации (ст.ст. 250–255

УК РФ); 3) преступления, посягающие на экологическую безопасность флоры и фауны как составную часть окружающей среды, условия биологического разнообразия и сохранения биосферы Земли (ст.ст. 249, 256–262 УК РФ)¹⁵. От себя добавим, что наряду с экологической безопасностью в качестве групповых и непосредственных объектов экологических преступлений целесообразно рассматривать и экологический порядок.

Исходя из вышеизложенного, можно заключить, что незаконная добыча рыбы и других водных животных (ст. 256 УК РФ) в системе экологических преступлений относится к группе деяний, посягающих на экологическую безопасность и экологический порядок флоры и фауны как составной части окружающей среды, условия биологического разнообразия и сохранения биосферы Земли. Следовательно, можно сформулировать вывод об иерархии социальных ценностей (объектов), на которые посягает незаконная добыча рыбы.

Родовым объектом рассматриваемого преступления являются общественная безопасность и общественный порядок; *видовым* – экологическая безопасность и экологический порядок; *групповым* – экологическая безопасность и экологический порядок флоры и фауны как составной части окружающей среды, условия биологического разнообразия и сохранения биосферы Земли; *непосредственным* – экологическая безопасность и экологический порядок в сфере охраны водных биологических ресурсов.

¹⁵ См.: Наумов А.В. Указ. соч. С. 487.

Проблемы, возникающие при решении вопроса об избрании меры пресечения

У.Б. Бывшева

Достаточно большое количество вопросов возникает у судьи при осуществлении процедуры, связанной с рассмотрением ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Не ясно, кто именно должен извещать стороны о дате времени и месте рассмотрения такого ходатайства. Например, В. Горобец предлагает возложить данную обязанность на должностное лицо органов прокуратуры¹. На наш взгляд, это не совсем удачное решение, так как в условиях состязательности сторона защиты будет объективно заинтересована в том, чтобы после неявки в судебное заседание сообщить о своей неосведомленности относительно срока его начала. Полагаем, что явку сторон в судебное заседание, связанное с вопросом об избрании меры пресечения должен обеспечивать тот, кто выходит в суд с ходатайством об избрании меры пресечения, поскольку только сам следователь или дознаватель осведомлен о предполагаемой явке в суд защитника, переводчика, других лиц, а также доставки конвоем обвиняемого или подозреваемого. Однако, к сожалению, следователи и дознаватели по каким-либо причинам часто не обеспечивают явку в судебное заседание лиц, необходимых для рассмотрения такого ходатайства, либо обеспечивают явку лиц, которые не компетентны в своем вопросе. Так, например, в ходе судебного заседания при установлении личности переводчика может выясниться, что он не имеет необходимых документов (доверенности, копии диплома и т.д.), позволяющих осуществлять перевод в судебном заседании. Кроме того, часто следователи либо дознаватели приезжают в суд под конец рабочего дня, ссылаясь при этом на плохую организацию конвоирования подозреваемого либо обвиняемого, и обеспечить судье в данном случае участие сторон (адвоката, прокурора, переводчика и т.д.) при рассмотрении ходатайства об избрании меры пресечения невозможно, не говоря уже об их необходимом заблаговременном извещении телефонограммами, которые должны отправляться не позднее трех (а в некоторых случаях и пяти) дней. Подтверждением о своевременном уведомлении защитника может

быть наличие его письменного заявления с указанием причин, по которым он не может присутствовать в судебном заседании при рассмотрении ходатайства об избрании меры пресечения. При отсутствии одного из участников процесса, присутствие которого необходимо в судебном заседании (адвокат, переводчик и т.д.), судья вынужден откладывать рассмотрение вопроса об избрании меры пресечения на 72 часа для обеспечения его явки и только лишь после этого с участием сторон рассматривать ходатайство по существу.

На практике для обеспечения явки участников процесса судья довольно часто вынужден сам беспокоиться о явке лиц, указанных выше, так как от этого зависит соблюдение сроков принятия решения о назначении заключения под стражу или об отказе в применении данной меры пресечения, однако мы не считаем, что это правильно. Отсутствие необходимых кадров, перегруженность судей и статус «арбитра» в уголовном процессе не могут позволить судье уведомлять, просить и заставлять являться в суд тех или иных участников процесса.

Что касается принятия решения в отсутствие одного или нескольких участников, то в УПК РФ содержится следующее: «Принятие судебного решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отсутствие обвиняемого допускается только в случае объявления обвиняемого в международный розыск» (ч. 5 ст. 108). Это единственно возможный случай, когда рассмотрение судьей дела о применении заключения под стражу возможно без участия непосредственно обвиняемого.

Убедившись, что все участники судебного заседания находятся в зале заседаний, судья внимательно изучает материалы, предоставленные стороной обвинения, задает вопросы к обвиняемому (подозреваемому), стороне обвинения, заслушивает обоснования прокурора, а также возражения защиты и обвиняемого (подозреваемого),

¹ См.: Горобец В. Принятие судебных решений о заключении под стражу // Рос. юстиция. 2002. № 6. С. 17.

затем выносит решение об избрании в качестве меры пресечения заключение под стражу или отказывает в избрании данной меры. Если ходатайство возбуждается в отношении подозреваемого, задержанного в порядке, установленном ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, то в данном случае постановление и материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства, должны быть представлены судье не позднее чем за восемь часов до истечения срока задержания (ч. 3 ст. 108 УПК РФ). А с учетом особенностей работы в судах подобные ходатайства следователем, прокурором должны передаваться судьям по возможности заблаговременно, для того чтобы у судьи была возможность изучить представленный материал, проверить наличие необходимых процессуальных документов.

Известны случаи, когда самими судьями допускается формальное, поверхностное рассмотрение представленных следователем и дознавателем материалов по ходатайству об избрании меры пресечения, не учитываются в достаточной степени личность обвиняемого (подозреваемого), тяжесть инкриминируемого ему деяния, а также иные существенные обстоятельства. Некоторые судьи допускают упрощенчество процедуры рассмотрения указанных ходатайств: не ведется протокол судебного заседания, участникам не разъясняются их права и обязанности, в постановлениях не приводятся мотивы принятого решения.

Поскольку в чч. 4 и 5 ст. 108 УПК РФ установлено, что ходатайство органов предварительного расследования рассматривается в процедуре судебного заседания, а судебное заседание определяется в ст. 5 УПК как «процессуальная форма осуществления правосудия в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу», то и в данном случае необходимо руководствоваться ст. 259 УПК РФ, регламентирующей ведение протокола судебного заседания. Исходя из смысла принципов уголовного процесса в судебном заседании при рассмотрении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или продления срока содержания под стражей должен вестись протокол судебного заседания. Протокол является одним из самых важных процессуальных документов. И это не случайно, поскольку он отражает ход судебного заседания и любого процессуального действия. Записи в протоколе должны быть сделаны в той же последовательности, в какой совершались процессуальные действия, объяснения лиц, участвующих в заседании, а также должны быть отражены все существенные моменты судебного разбирательства. Судьи не должны подстраивать протокол под решение об избрании меры пресечения и тем более

подписывать его, не глядя и не проверяя. Необходимость ведения протокола обуславливается и обеспечением возможности кассационной инстанции оценить законность и обоснованность постановления судьи применительно к доводам кассационных жалоб и представления.

Неправильным и недопустимым является и то, что в некоторых случаях суд при избрании меры пресечения начинает осуществлять оценку доказательств виновности (невиновности), а также вникать в вопросы доказанности (недоказанности) вины в отношении подозреваемого (обвиняемого).

Как и прежде, за рамками закона остается в высшей степени практически важное положение, которое необходимо иметь в виду буквально в каждом случае судебного рассмотрения следственно-прокурорских ходатайств о применении меры пресечения в виде заключения под стражу: «судья не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности содержащегося под стражей лица в инкриминируемом ему преступлении»². До тех пор пока уголовное дело не поступило в суд с обвинительным заключением и не внесено в судебное разбирательство по существу, рассмотрение данного вопроса означало бы вмешательство в «чужую» процессуальную функцию (уголовного преследования), «суд до суда». Данное положение, господствовавшее в теории и практике постреформенного уголовного судопроизводства России, неоднократно подчеркивал и Верховный Суд РФ как в своих общих разъяснениях, так и в решениях по отдельным уголовным делам в период действия УПК РСФСР 1960 г., когда судебный контроль за законностью и обоснованностью ареста носил еще не предварительный, а последующий характер, т.е. осуществлялся в форме рассмотрения жалоб со стороны защиты.

Однако как же использование и фактическое применение этих новых переданных полномочий может выражаться в работе судьи? Так, при решении вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу судья, осознавая то, что арестованный им обвиняемый (подозреваемый) может быть в дальнейшем подсудимым по делу, находящемуся в производстве данного судьи, начинает более тщательно исследовать доказательства в причастности обвиняемого (подозреваемого) к определенному преступлению, так как в случае признания обвиняемого (подозреваемого) в последствии невиновным последний может обратиться в суд за возмещением как морального, так и материального вреда, причиненного ему вследствие заключения под стражу. Это может негативно сказаться на работе судьи и испортить определенные показате-

² См.: п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.04.1993 № 3 «О практике судебной проверки законности и обоснованности ареста или продления срока содержания под стражей» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 7.

ли работы суда в целом. Также при рассмотрении дела по существу, к сожалению, возможно и другое поведение судьи, при котором он, не желая признать ошибку, допущенную ранее при решении вопроса об избрании меры пресечения, а именно ее неверное избрание, выносит обвинительный приговор и назначает наказание в виде реального лишения свободы, когда в этом нет необходимости. При таком варианте, чтобы избежать дальнейшего обжалования приговора, срок назначаемого судьей наказания может соответствовать тому периоду времени, который обвиняемый уже фактически отбыл в следственном изоляторе, либо между ними может быть несущественная разница во времени, т.е. судья в данной ситуации «играет на наказании». Все это свидетельствует о том, что допущенные судьей ошибки при решении вопроса об избрании меры пресечения могут порождать в дальнейшем произвол и беззаконие. «Законность заключения под стражу должна определяться не вынесенным впоследствии судом обвинительным приговором, а обоснованностью и мотивированностью решения об аресте»³. При оценке законности и обоснованности решения об избрании меры пресечения следует учитывать, что эти меры, в том числе и заключение под стражу, носят прежде всего превентивный, в значительной степени ситуационный характер. Цель их применения заключается только в предотвращении возможного либо оказываемого противодействия со стороны подозреваемого, обвиняемого производству предварительного расследования либо рассмотрения дела в суде. Какая-либо ответственность, кара за совершенное преступление при применении любой меры пресечения, в том числе и самой строгой из них – заключение под стражу, отсутствует. Исходя из этого, законодатель и предусмотрел возможность изменения и отмены меры пресечения в случае, если в ней отпадает необходимость или изменяются основания для ее избрания (ст. 110 УПК РФ). Поэтому оценка законности и обоснованности заключения под стражу не должна основываться на признании подсудимого виновным и назначенном судом уголовном наказании при рассмотрении уголовного дела по существу. При оценке законности и обоснованности решения об аресте должны учитываться обстоятельства, которые имели место в момент принятия данного решения. Прекращение уголовного дела (уголовного преследования) не дает оснований для «автоматической» оценки ареста как незаконного. Применение меры пресечения должно признаваться незаконным, если следователем, дознавателем, прокурором или судьей допущены нарушения конкретного предписания закона при ее избрании. Практика Европей-

ского суда по правам человека также свидетельствует о правомерности изложенного выше подхода. Его правовая позиция по данному вопросу заключается в том, что отказ от обвинения и предания суду в ходе уголовного преследования не обязательно подразумевает, что постановление о заключении под стражу в начале процесса преследовало цели, не соответствующие Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 1950 г.)⁴. Мы разделяем данную позицию, так как при таком положении судья, рассматривая дело по существу, не станет признавать виновным невиновного и назначать наказание в виде лишения свободы, для того чтобы подтвердить и оправдать содержание человека под стражей. Также судья перестанет опасаться того, что оправданный может обратиться в суд за возмещением морального и материального вреда, причиненного ему вследствие «незаконного» заключения под стражу, и что это сможет испортить определенные показатели работы суда.

Исполнение постановления об избрании в отношении лица меры пресечения состоит в направлении (вручении) его копии, заверенной подписью и гербовой печатью, лицу, возбуждавшему ходатайство, прокурору, подозреваемому или обвиняемому (три копии) и подлежит немедленному исполнению органами предварительного расследования, в ведении которых находится подозреваемый или обвиняемый.

Практические вопросы исполнения постановления – освобождение лица из-под стражи либо заключение под стражу – относятся к ведению органов предварительного расследования. Реализация их допустима в помещении по месту судебного заседания.

В случае обжалования судебного решения суд, извещая об этом остальных участников, направляет материалы в вышестоящий суд. Хотя законом не установлены сроки представления материалов в суд кассационной инстанции, однако из смысла ст. 108 УПК РФ, определяющей сокращенные сроки судебного производства по этим материалам, следует, что указанные материалы должны направляться в вышестоящий суд не позднее трехдневного срока со дня поступления кассационной жалобы или представления и не позднее пятидневного срока при наличии ходатайства участников об ознакомлении с протоколом судебного заседания и рассмотрении судьей поданных ими замечаний. Как органам предварительного расследования, так и судьям необходимо соблюдать общие положения и принципы уголовно-процессуального законодательства, поскольку принципы правосудия выражают уровень правосознания в обществе.

³ Жога Е.Ю. Арест как мера пресечения в уголовном процессе и судебная проверка его законности и обоснованности. Саратов, 2001. С. 43.

⁴ См.: СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

Об осуществлении уголовного преследования в отношении конкретного лица на начальном этапе уголовного судопроизводства

В отличие от УПК РСФСР 1960 г. в УПК РФ закрепляется известное еще дореволюционным законодательству и уголовно-процессуальной науке понятие «уголовное преследование». В связи с этим возникает ряд закономерных вопросов, один из которых – осуществление уголовного преследования в отношении конкретного лица на начальном этапе уголовного судопроизводства.

В соответствии с ранее действовавшим уголовно-процессуальным законодательством указание в постановлении о возбуждении уголовного дела на лицо, предположительно совершившего преступление, не влекло приобретения данным лицом определенного уголовно-процессуального статуса, оно обычно участвовало на первоначальном этапе расследования дела как свидетель, не имея права на защиту; это лицо не могло отказаться от дачи показаний и предупреждалось об ответственности за дачу ложных показаний, что делало его фактически бесправным участником процесса, в отличие от лица, признанного подозреваемым или обвиняемым. В процессуальной литературе в свою очередь отмечалось, что акт возбуждения уголовного дела, констатируя преступное деяние, не влечет за собой появления в уголовном процессе фигуры подозреваемого¹.

Однако после принятия Федерального закона от 20.03.2001 № 26-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод»² последствием возбуждения уголовного дела в отношении определенного лица стало признание этого лица подозреваемым (ст. 52 УПК РСФСР). Аналогичное правило воспроизведено и в ст. 46 УПК РФ, согласно п. 1 ч. 1 которой подозреваемым, в частности, является лицо, в отношении которого возбуждено уголов-

Р.В. Мазюк, А.А. Усачев

ное дело по основаниям и в порядке, которые установлены гл. 20 УПК РФ.

Таким образом, уголовно-процессуальный закон говорит об основаниях возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица. В.М. Быков рассматривает сведения, указывающие на признаки конкретного лица, совершившего преступление, как дополнительные основания для возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица. Автор выделяет шесть таких оснований:

- 1) указание потерпевшим на конкретное лицо в заявлении о преступлении;
- 2) явка с повинной лица, совершившего преступление;
- 3) указание в рапорте об обнаружении признаков преступления сведений о конкретном лице, заподозренном в совершении преступления;
- 4) наличие на момент возбуждения уголовного дела оснований для задержания лица по подозрению в совершении преступления;
- 5) состав преступления, по которому возбуждается уголовное дело, предусматривает признаки специального субъекта;
- 6) наличие на момент возбуждения уголовного дела сведений о совершении преступления лицом, обладающим уголовно-процессуальным иммунитетом³.

Представляется, что употребление слова «основания» является не совсем корректным. Иначе можно придти к выводу, что количество оснований в каждом конкретном случае может быть разным, и, следовательно, возбуждение уголовного дела может быть более или менее обоснованным. Употребление же слова «основание» оз-

¹ См.: Якубович Н.А. Укрепление процессуального статуса подозреваемого – важная гарантия реализации конституционных принципов права на защиту и неприкосновенность личности // *Охрана прав граждан в уголовном судопроизводстве: Сб. науч. тр. М., 1989. С. 35.*

² См.: *СЗ РФ. 2001. № 13. Ст. 1140.*

³ См.: Быков В.М. *Проблемы стадии возбуждения уголовного дела // Журнал рос. права. 2006. № 7. С. 60–62.*

начает, что каждое дело возбуждается при наличии единого основания, предусмотренного законом, и один случай возбуждения дела не будет иметь «преимуществ» перед другим.

Учитывая все вышесказанное, представляется целесообразным внести изменения в п. 1 ч. 1 ст. 46 УПК РФ, изложив его в следующей редакции:

«1. Подозреваемым является лицо:

1) либо в отношении которого возбуждено уголовное дело в порядке, который установлен главой 20 настоящего Кодекса...».

Возникает вопрос: наличие каких данных является основанием для возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица?

Как справедливо отмечают И.В. Овсянников и В.С. Овсянников, «говоря об основаниях возбуждения уголовного дела в отношении лица, законодатель ссылается на главу 20 УПК РФ (п. 1 ч. 1 ст. 46 УПК РФ). Однако ч. 1 ст. 146 отсылает правоприменителя к ст. 140 главы 19 Кодекса, которая предусматривает лишь необходимость возбуждения уголовного дела по признакам преступления. Поэтому остается неясным, какое основание требуется для возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица. Отсутствие в законе четких указаний на это может привести как к поспешному и преждевременному вовлечению в уголовный процесс лиц в качестве подозреваемых, так и к нерешительным действиям представителей правоохранительных органов, стремлению перестраховаться, неоправданному отказу в наделении лица статусом подозреваемого»⁴.

А.В. Смирнов, указывая, что уголовное дело всегда подлежит возбуждению в отношении конкретного лица по делам, расследуемым в форме дознания (ст. 223 УПК РФ), по делам частного обвинения (ст. 318 УПК РФ), а также при производстве в отношении отдельных категорий лиц (ст. 448 УПК РФ), отмечает: «Если в первичных материалах о совершении преступления (заявлении, явке с повинной, сообщении о совершении преступления, а также материалах их проверки органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором) имеются сведения, позволяющие предположить, что преступление совершено определенным лицом, то и по любым другим делам в постановлении о возбуждении дела это лицо должно быть указано»⁵.

Ю.Б. Чупилкин считает, что уголовное дело подлежит возбуждению в отношении конкретного лица при наличии следующих обстоятельств:

1) когда в заявлениях, сообщениях о преступлении и в объяснениях очевидцев преступления прямо указывается на лицо, совершившее преступление;

2) когда лицо застигнуто на месте преступления или после его совершения;

3) когда лицо, совершившее преступление, известно из результатов оперативно-розыскной деятельности, на основании которых возбуждается уголовное дело;

4) когда у доставленного в орган дознания или предварительного следствия при личном досмотре на его одежде, при нем, а также при осмотре места происшествия обнаружены явные следы преступления⁶.

Таким образом, в научной литературе признается, что наличие оснований для задержания лица по подозрению в совершении преступления на момент возбуждения уголовного дела само по себе является основанием для возбуждения уголовного дела в отношении данного конкретного лица. Что касается таких обстоятельств, как указание потерпевшим на конкретное лицо в заявлении о преступлении, а также явка с повинной совершившего преступление лица, то наличие данных сведений на стадии возбуждения уголовного дела, как представляется, должно оцениваться субъектом возбуждения уголовного дела критически, т.е. сведения должны быть проверены с точки зрения возможного самоговора, их заведомой ложности либо добросовестного заблуждения лица, заявляющего о преступлении. При подтверждении в результате проверки сообщения о преступлении сведений о причастности какого-либо лица к его совершению такое лицо необходимо рассматривать как фактически заподозренное, что даже при отсутствии оснований для его задержания должно повлечь возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица. По верному указанию А. Панюкова, «наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления, есть не что иное, как определенная совокупность признаков, характеризующих объективную сторону того или иного события как преступного. Возбуждая дело в отношении лица, мы тем самым делаем два вывода: во-первых, о том, что имеется некое событие, которое содержит в себе признаки преступления; во-вторых, о том, что данное событие вызвано к жизни действием или бездействием конкретного лица»⁷.

⁴ Овсянников И.В., Овсянников В.С. Предъявление подозрения как гарантия прав подозреваемого // Уголовный процесс. 2006. № 1. С. 40.

⁵ Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общ. ред. А.В. Смирнова. Изд. 2-е. СПб., 2006. С. 133.

⁶ См.: Чупилкин Ю.Б. Гарантии прав подозреваемого в российском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2001. С. 6.

⁷ Панюков А. Процессуальная деятельность без возбуждения уголовного дела // Рос. юстиция. 2003. № 5. С. 53.

Ряд преступлений исходя из их специфики могут быть совершены только конкретным лицом. К таким преступлениям, в частности, относятся преступления, составы которых предусматривают признаки специального субъекта. С точки зрения уголовного права признаки специального субъекта «выступают криминообразующими. Без них либо вообще нет составов, например, воинского преступления, получения взятки, вынесения неправосудного приговора, либо нет квалифицированного деяния (получение взятки лицом, занимающим государственную должность субъекта РФ). Специальный субъект включен в деяние, автором которого он является»⁸. Так, возбуждение уголовного дела по одному из преступлений, предусмотренных гл. 33 «Преступления против военной службы» УК РФ, предполагает установление признаков субъекта преступления, определяющих лицо как военнослужащее, что в свою очередь предполагает установление сведений о каком-то конкретном лице, обладающем такими признаками.

Вместе с тем составы преступлений, предусматривающие признаки специального субъекта, как представляются, являются не единственными, по которым уголовное дело должно возбуждаться в отношении конкретного лица. В литературе также указывается на то, что «уголовные дела должны возбуждаться в отношении конкретных лиц по признакам таких преступлений, которые могут быть совершены только определенным субъектом, прямо указанным в уголовном законе (например, убийство матерью новорожденного ребенка (ст. 106 УК РФ), отказ в предоставлении гражданину информации (ст. 140 УК РФ), злостное уклонение от уплаты средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей (ст. 157 УК РФ), злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности (ст. 177 УК РФ), уклонение от уплаты таможенных платежей, взимаемых с организации или физического лица (ст. 194 УК РФ)»⁹.

Как представляется, перечень таких составов намного шире. К ним относятся не только составы, предусматривающие специальные признаки субъекта преступления, но и иные признаки,

установление которых при возбуждении уголовного дела возможно только при установлении самого субъекта преступления. В зависимости от этих признаков составы преступлений, по которым уголовное дело подлежит возбуждению в отношении конкретного лица, могут быть классифицированы на следующие группы:

1) составы, конструкция которых предусматривает ответственность за неисполнение какой-либо обязанности (ст.ст. 124, 125, 140, 143, 156, 157, 177, 185.1, 192, 198–199.1, 297, 310, 311, ч. 2 ст. 312, ст.ст. 316, 328, 339 и 345 УК РФ);

2) составы, предусматривающие уголовную ответственность за совершение преступления по неосторожности (ст.ст. 109, 118, 168, 224 и 347 УК РФ);

3) составы, содержащие признаки специального субъекта (ст.ст. 106, 121, 122, ч. 1 ст. 142, ст.ст. 142.1, 145, 145.1, 160, 169, 170, 176, 189, 193, 194, 196, 197, 199.2, 201–203, чч. 3, 4 ст. 204, ст.ст. 215.1, 225, 228.2, 235, 237, 270, 285–288, 290–293, 299–308, ч. 1 ст. 312, ст.ст. 313–315, 337 и 338 УК РФ);

4) составы, по которым для установления отдельных признаков состава необходимо определение психического или физического состояния лица в момент совершения преступления (ст.ст. 106–108, 113 и 114 УК РФ);

5) составы, предусматривающие уголовную ответственность за участие в незаконных организациях или мероприятиях (ч. 2 ст. 208, чч. 2, 3 ст. 209, чч. 2, 3 ст. 210, ч. 2 ст. 212, ч. 2 ст. 239, ст. 279, чч. 2, 3 ст. 282.1, ч. 2 ст. 282.2 и ч. 3 ст. 359 УК РФ).

Обязанность возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица по отдельным составам преступлений находит свое выражение и в практике Верховного Суда РФ. Так, в надзорном определении от 28.02.2006 № 46-Дп05-77¹⁰ Верховный Суд РФ указал, что «по смыслу закона, для возбуждения уголовного дела по признакам преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 285 УК РФ и ч. 2 ст. 286 УК РФ, установление конкретного должностного лица, занимающего государственную должность и допустившего злоупотребление и превышение, является обязательным. Возбуждение уголовного дела по факту злоупотре-

⁸ Курс уголовного права. Общая часть / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М., 2002. Т. 1: Учение о преступлении. С. 47.

⁹ Александров А.И., Величкин С.А., Кириллова Н.П. и др. Уголовный процесс России. Особенная часть: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. В.З. Лукашевича. СПб., 2005. С. 5. См. также: Махов В. Возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица // Рос. юстиция. 1997. № 12. С. 25; Гриненко А. Обеспечение права на защиту в стадии возбуждения уголовного дела // Уголовное право. 2001. № 1. С. 48–49.

¹⁰ См.: определение Верховного Суда РФ от 28.02.2006 № 46-Дп05-77 «Судебные решения по делу о злоупотреблении должностными полномочиями оставлены без изменения, поскольку для возбуждения уголовного дела по признакам преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 285 УК РФ и ч. 2 ст. 286 УК РФ, установление конкретного должностного лица, занимающего государственную должность и допустившего злоупотребление и превышение, является обязательным, а возбуждение уголовного дела по факту злоупотребления неопределенным кругом лиц является незаконным».

требления неопределенным кругом лиц является незаконным. Тот факт, что в описательной части постановления о возбуждении уголовного дела имеются ссылки на фамилии отдельных должностных лиц, совершивших действия, подпадающие под признаки указанных преступлений, не может служить основанием для признания этого постановления законным, поскольку в постановочной части указано, что дело возбуждено в отношении неконкретных должностных лиц. Доводы, изложенные в надзорном представлении, о том, что указание в постановлении о возбуждении уголовного дела конкретного лица не предусмотрено ст. 146 УПК РФ, несостоятельны, поскольку в ст. 146 УПК РФ имеются лишь ссылки на общие основания для возбуждения уголовного дела, а приложение № 12 к ст. 476 УПК РФ (бланк постановления о возбуждении уголовного дела) содержит конкретные предписания об указании в постановлении признаков преступления и конкретного лица, и это приложение является нормой уголовно-процессуального закона».

Учитывая вышеизложенное, можно сделать следующий вывод: принятие решения дознавателем, следователем и прокурором о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица необходимо рассматривать как процессуальную

обязанность, возникающую в случае установления по результатам проверки сообщения о преступлении достаточных данных о причастности конкретного лица к совершению преступления. В качестве таких данных могут выступать как обстоятельства, являющиеся основаниями для задержания лица по подозрению в совершении преступления, так и иные обстоятельства, указывающие на возможность совершения отдельных составов преступления только конкретным лицом. В целях совершенствования правовой регламентации порядка возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица предлагаем ст. 21 «Обязанность осуществления уголовного преследования» УПК РФ дополнить положением следующего содержания: «Если на момент принятия решения о возбуждении уголовного дела прокурор, следователь, орган дознания или дознаватель обладают достаточными данными о причастности лица к совершению преступления, уголовное дело возбуждается в отношении конкретного лица», которое станет дополнительной гарантией, направленной на исключение случаев осуществления уголовного преследования в отношении лица, не обладающего по уголовному делу процессуальным статусом подозреваемого, обвиняемого.

О структуре криминалистических методик расследования преступлений

Е.В. Шибанова

Понятие «криминалистическая методика расследования преступлений» многоаспектно. Под ним понимают: раздел науки криминалистики; совокупность общих положений, составляющих этот раздел; конкретные алгоритмы, созданные для реализации эффективного расследования отдельных видов преступлений (методики расследования отдельных видов преступлений). Содержание каждого из указанных аспектов в силу объективных причин (развитие научной мысли, особенности практической деятельности) имеет дискуссионные моменты. В частности, наиболее проблемным является вопрос структуры и содержания видовых методик расследования преступлений.

До недавнего времени частная методика традиционно включала в себя примерно следующий перечень элементов: криминалистическая характеристика преступлений; типовые следственные ситуации и планирование расследования; первоначальный, последующий этапы расследования; тактика производства отдельных следственных действий¹.

Методика структурировалась на основе деления процесса расследования на этапы (в нее включался также не относящийся к расследованию этап возбуждения уголовного дела).

Однако, как показывает практика, подобные методики не всегда отвечают современным требованиям и эффективны.

На сегодняшний день преступность приобретает все большую латентность, что обуславливает необходимость изначального выявления криминальных фактов, а уже потом их расследования. В этой связи целесообразным будет внесение в частную методику элемента, содержащего криминалистические рекомендации, касающиеся

способов обнаружения признаков преступлений прокурорами, следователями, оперативными работниками, общественностью, методов эффективного взаимодействия правоохранительных органов; наиболее типичные доследственные ситуации; способы возбуждения уголовных дел.

Анализ существующих частных методик расследования преступлений показывает наличие в большинстве из них элемента, именуемого «криминалистическая характеристика». Изучив историю его возникновения, содержания, отметим, что изначально он содержал в себе сведения правового и практического характера о преступлениях, по отношению к которым строилась методика расследования². Правовые сведения – это непосредственно перечень обстоятельств, подлежащих доказыванию, установлению по преступлению, а практические данные – это установленные в ходе изучения дел данной категории корреляционные связи, зависимости одних обстоятельств от других, позволяющие «восстановить» произошедшее событие. Однако постепенно из данного элемента стали «исчезать» и обстоятельства, подлежащие доказыванию, и установленные взаимозависимости. Его содержание наполнилось иллюстративной характеристикой преступлений, что породило в конце 1990-х гг. острую полемику. Предлагалось глобально решить вопрос: имеет ли право существовать криминалистическая характеристика, и если да, то каково ее место в структуре методики расследования преступлений?

Были высказаны различные мнения о необходимости и научно-практической значимости криминалистической характеристики и, соответ-

¹ См., напр.: Куклин В. Методика расследования отдельных видов преступлений: Учеб. пособие. Иваново, 1983. С. 17; Криминалистика: Учебник / Под ред. И.Ф. Пантелеева, Н.А. Селиванова. М., 1984. С. 365–377; Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. М., 1994. С. 328–329 и др.

² См.: Сергеев Л.А. Расследование и предупреждение хищений, совершаемых при производстве строительных работ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 4–5; Митричев С.П. Методика расследования отдельных видов преступлений // Криминалистика и судебная экспертиза. Киев, 1973. Вып. 10. С. 28.

ственно, включении ее в структуру методик расследования преступлений³; о возможности сочетания в структуре методики расследования обстоятельств, подлежащих установлению, и криминалистической характеристики⁴; об исключении ее из структуры частной методики и включении в нее элемента, содержащего обстоятельства, подлежащие установлению⁵.

Разделяя последнюю из приведенных точек зрения, изложим также свои аргументы по этому поводу.

Главной составляющей криминалистической характеристики являются установленные корреляционные связи между событием и оставленными следами, обнаруженными уликами и лицом, причастным к совершению преступления, преступником и выбранным им способом совершения деяния и т.д. Однако указанные взаимосвязи по своей природе условны, поскольку при их выведении учитываются лишь общие, схожие черты преступлений, но не учитываются различия; «выбираются» и включаются в методику наиболее часто встречающиеся зависимости; некоторые из исследуемых объектов изучаются лишь по нескольким параметрам, что не дает полной информационной картины (например, личность преступника изучается лишь с немногих позиций – возраст, образование, род занятий и т.д.). Кроме того, устанавливая корреляционные связи, необходимо учитывать, что обобщение уголовной практики различных регионов Российской Федерации с точек зрения криминальной, социальной обстановки не дает конкретных, достоверных и однозначных результатов. Таким образом, полученная информация имеет для практических работников не столь важное значение, кроме того, она содержится (а значит, дублируется) в таких элементах криминалистической методики, как «типичные версии и следственные ситуации», в то время как значимые для расследования обстоятельства, подлежащие установлению, не отражаются. В этой связи будет целесообразно включать в методику элемент, содержащий перечень обстоятельств, подлежащих установлению, характеризующий их криминалистически значимую информацию.

Структура частных методик расследования преступлений помимо перечисленных должна включать в себя элемент, практически исчезнувший из современных методик, содержащий рекомендации по осуществлению деятельности по предупреждению преступлений. Между тем без установления обстоятельств, способствующих совершению преступления, и принятия мер к их устранению (ч. 2 ст. 158 УПК РФ) невозможно закончить процесс расследования, поскольку они составляют предмет доказывания. Однако анализ практики показывает, что данные факты не всегда выявляются и расследуются в должной мере. Способы устранения причин, способствовавших совершению преступления, в большинстве случаев носят однотипный характер и заключаются во внесении представления соответствующим органам или должностным лицам. Изучение содержания подобных документов выявило, что их содержание в большинстве случаев имеет «трафаретный» характер (не устанавливается весь круг лиц, способных устранить благоприятные для совершения преступлений условия; содержание представлений не конкретизировано указанием необходимых действий). Хотя подобная ситуация – результат множества причин, к числу наиболее важных относится отсутствие научных разработок, вносимых в частные криминалистические методики.

Таким образом, основываясь на потребностях практики, мы предлагаем дополнить структуру частных методик расследования преступлений рекомендациями по выявлению и предупреждению преступлений, включению в нее обстоятельств, подлежащих установлению.

Однако потребности в корректировании структуры частных методик расследования преступлений имеются не только у работников следствия, прокуратуры и иных лиц, их применяющих, но и у осваивающих профессию юристов. Они заключаются в большей конкретизации некоторых элементов методик расследования преступлений, включению в них теоретических положений. Например, для неимеющих опыта прак-

³ См., напр.: Баев О.Я. *И все же: реальность или иллюзия (еще раз о криминалистической характеристике преступлений)* // Вестник криминалистики. М., 2002. Вып. 1 (3). С. 19; Лаврухин С.В. *Проблемы криминалистического исследования преступлений* // Там же. Вып. 2 (4). С. 29.

⁴ См., напр.: Каневский А.А. *Дискуссионные проблемы сущности типовой криминалистической характеристики преступлений и ее использование в процессе расследования* // Там же. Вып. 1(3). С. 24; Бурданова В.С. *Обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, как важнейший элемент частных криминалистических методик* // Там же. М., 2001. Вып. 2 (4). С. 38.

⁵ См., напр.: Белкин Р.С. *Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня*. М., 2001. С. 220; Степанов В.В. *Предмет доказывания как элемент методики расследования* // Актуальные проблемы криминалистики на современном этапе: Материалы Всерос. науч.-практ. конф. Краснодар, 2002.

тической деятельности требуется более полное описание криминалистически значимой информации, характеризующей отдельные обстоятельства, подлежащие доказыванию. В элемент «выявление преступлений» помимо конкретных рекомендаций целесообразно включение перечня уполномоченных лиц, их должностных обязанностей и полномочий, ссылки на нормативные акты, в том числе и ведомственные, регулирующие процессы выявления преступлений. Раздел «деятельность по предупреждению преступлений» также должен содержать в себе возможный круг лиц, могущий выявлять обстоятельства, способствовавшие совершению преступлений, рекомендации по предупреждению совершения конкрет-

ных видов преступления, виды и формы такой деятельности.

Основным отличием учебных методик расследования отдельных видов преступлений (т.е. рассчитанных на осваивающих курс юридических дисциплин) от методик, созданных для использования практическими работниками, является наличие в первых развернутого описания ситуационно обусловленных тактических операций и комбинаций, в то время как для второго вида методик наиболее целесообразным будет изложение последовательности действий (оперативно-розыскных, следственных, организационных и т.д.) в виде программ⁶, созданных на основе типизации задач выявления, расследования и путей их решения.

⁶ Под программой следует понимать «...упорядоченный, систематизированный, изложенный в удобных для практического применения формах типовой перечень методических рекомендаций... который отнюдь не лишает следователя самостоятельности и творческого подхода к работе, поскольку содержит в себе не жесткие предписания, подлежащие исполнению, а методические рекомендации, могущие применяться наряду с традиционной методической литературой для составления плана расследования конкретного уголовного дела». См.: Шалумов М.С. Программа расследования преступных нарушений правил электробезопасности: Метод. пособие. М., 1997. С. 3–4.

Конкурс на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы: правовые проблемы и противоречия

О.В. Исаева

Источником права, регулирующим вопросы конкурса на замещение вакантной должности государственной гражданской службы Российской Федерации, является Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹ (далее – Закон о гражданской службе).

В соответствии с ч. 12 ст. 22 Закона о гражданской службе Указом Президента РФ от 01.02.2005 № 112² утверждено Положение о конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы Российской Федерации (далее – Положение о конкурсе).

Названный указ был разработан и утвержден с учетом положений Закона о гражданской службе. Положение о конкурсе устанавливает порядок и условия проведения конкурса на замещение вакантной должности государственной гражданской службы Российской Федерации в федеральном государственном органе, государственном органе субъекта Российской Федерации или их аппаратах.

Рассмотрим институт конкурса на замещение должности федеральной гражданской службы с теоретической и практической точек зрения и выделим в связи с этим правовые проблемы и противоречия.

В соответствии с ч. 1 ст. 22 указанного закона поступление гражданина на гражданскую службу для замещения должности данной службы или замещение гражданским служащим другой должности гражданской службы осуществляется по результатам конкурса, если иное не установлено названным законом.

Согласно ч. 2 указанной статьи конкурс не проводится:

- при назначении на замещаемые на определенный срок полномочий должности гражданской службы категорий «руководители» и «помощники (советники)»;

- при назначении на должности гражданской службы категории «руководители», назначение на которые и освобождение от которых осуществляются Президентом РФ или Правительством РФ;

- при заключении срочного служебного контракта;

- при назначении гражданского служащего на иную должность гражданской службы в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 28 и чч. 1, 2 и 3 ст. 31 Закона о гражданской службе;

- при назначении на должность гражданской службы гражданского служащего (гражданина), состоящего в кадровом резерве, сформированном на конкурсной основе.

По общему правилу поступление на гражданскую службу или замещение гражданским служащим другой должности гражданской службы осуществляется по результатам конкурса, однако общее правило, закрепленное в ч. 1 ст. 22 указанного закона, содержит вышеперечисленные исключения, основным из которых, безусловно, является то, что конкурс проводится только тогда, когда должность гражданской службы не замещается из кадрового резерва. В такой ситуации довольно проблематично говорить о реальном применении института конкурса на практике.

Конкурс заключается в оценке профессионального уровня претендентов на замещение должности гражданской службы, их соответствия установленным квалификационным требованиям к должности гражданской службы.

Конкурс – особый порядок подбора кадров на определенные должности, заключающийся в том, что выбор работника принадлежит не администрации, а производится по решению коллегиального органа, которое обязательно для администрации³.

¹ См.: Рос. газ. 2004. 31 июля.

² См.: Рос. газ. 2005. 3 февр.

³ См.: Трудовое право. Энциклопедический словарь / Под ред. В.С. Андреева, К.П. Горшенина, С.А. Иванова и др. М.: Советская энциклопедия, 1979. С. 183.

На основании п. 2 Положения о конкурсе конкурс в государственном органе объявляется по решению руководителя государственного органа либо представителя указанного руководителя, осуществляющих полномочия нанимателя от имени Российской Федерации или субъекта Российской Федерации, при наличии вакантной (не замещенной гражданским служащим) должности гражданской службы, замещение которой в соответствии со ст. 22 Закона о гражданской службе может быть произведено на конкурсной основе.

Право на участие в конкурсе имеют граждане Российской Федерации, достигшие возраста 18 лет, владеющие государственным языком Российской Федерации и соответствующие установленным законодательством Российской Федерации о государственной гражданской службе квалификационным требованиям к вакантной должности гражданской службы.

Конкурс проводится в два этапа. Первый этап можно назвать формальным: государственный орган публикует объявление о приеме документов для участия в конкурсе; гражданин, изъявивший желание участвовать в конкурсе, представляет все необходимые для участия в конкурсе документы; осуществляется проверка гражданина на предмет соответствия квалификационным требованиям к вакантной должности гражданской службы. Второй этап заключается непосредственно в оценке профессиональных и личных качеств кандидатов, в частности, на основе конкретных конкурсных процедур.

В соответствии с п. 20 Положения о конкурсе заседание конкурсной комиссии проводится при наличии не менее двух кандидатов. Это означает, что между кандидатами должна быть конкуренция и соперничество, а у конкурсной комиссии в свою очередь всегда должно быть право выбора в пользу того или иного кандидата.

Однако на практике в результате реализации указанной нормы может сложиться следующая ситуация.

Вполне возможны случаи, когда только один претендент изъявляет желание участвовать в конкурсе или выявлены два кандидата, прошедшие во второй «тур», один из которых по какой-то

причине не может принять участие в конкурсе. В связи с тем что участие в конкурсе это право лица, а не обязанность, никто не может заставить кандидата явиться на заседание конкурсной комиссии, если он передумал, скажем, найдя иную работу. Таким образом, даже на втором этапе конкурса может возникнуть ситуация, когда один из кандидатов отказался от участия.

Согласно п. 15 Положения о конкурсе, если в результате проведения конкурса не были выявлены кандидаты, отвечающие квалификационным требованиям к вакантной должности гражданской службы, на замещение которой он был объявлен, представитель нанимателя может принять решение о проведении повторного конкурса. Однако данная норма говорит исключительно о кандидатах, которые не отвечают соответствующим квалификационным требованиям, т.е. этот случай никаким образом не подходит под вышеописанные. Про иные ситуации законодатель умалчивает.

Между тем вполне возможны случаи, когда из-за отсутствия необходимого числа кандидатов конкурс может не состояться на протяжении длительного периода времени. Если иметь в виду, что таких вакансий в государственном органе 50 или 60 при штатной численности более 300, получается, что осуществление деятельности структурных подразделений вполне может оказаться под угрозой по причине невозможности проведения конкурса.

У конкурсной комиссии в данной ситуации также отсутствуют варианты поведения, за исключением необходимости поиска фиктивного кандидата только для того, чтобы были соблюдены правила, установленные Положением о конкурсе.

Выхода из этой ситуации законодатель правоприменителю не предоставил.

На наш взгляд, правовые нормы, регулирующие вопросы конкурса на замещение вакантной должности федеральной государственной гражданской службы, нуждаются в коррективах и дополнениях, иначе в ходе реализации на практике соответствующих положений о конкурсе может сложиться мнение о его несостоятельности и бесполезности.

Финансово-правовое регулирование банковского надзора в сфере обязательного страхования вкладов

М.В. Комиссарова

Правовое положение, цели деятельности, функции и полномочия Банка России устанавливаются Конституцией РФ, Федеральным законом от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»¹ (далее – Закон о Банке России) и другими федеральными законами. Особенности правового положения Банка России, проблемы определения объема полномочий, а также его особое положение в системе органов государственной власти широко исследованы в юридической литературе².

При рассмотрении роли Банка России в формировании и функционировании системы обязательного страхования вкладов, созданной в связи с принятием Федерального закона от 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»³ (далее – Закон о страховании вкладов), необходимо кратко описать ключевые особенности правового положения Банка России.

Представляется, что «правовое положение» является более широким понятием по отношению к понятию «правовой статус»⁴. Правовое положение Банка России как центрального банка государства включает в себя несколько правовых статусов Банка России, к которым можно отнести конституционный статус⁵, гражданско-правовой⁶ и финансово-правовой.

Особое значение для рассмотрения полномочий Банка России в области обязательного страхования банковских вкладов имеет *финансово-правовой статус* Банка России, обусловленный публичным характером целей и государственно-властных полномочий в области финансовой деятельности государства. Финансово-правовой статус Банка России – это правовое положение Банка России в финансовых правоотношениях с его участием, содержание которого выражается совокупностью финансовых прав и обязанностей, направленных на выполнение поставленных перед ним целей и функций⁷.

Публичные цели деятельности Банка России обуславливают объем и специфический характер финансовых полномочий, которыми он наделяется. Финансовое полномочие является основной структурной составляющей финансово-правового статуса Банка России, которое представляет собой право и одновременно обязанность действовать в определенных ситуациях способами, предусмотренными Законом о Банке России, и в указанных в нем целях. При реализации финансовых полномочий Банк России осуществляет в том числе и функции органа банковского регулирования и надзора⁸.

¹ См.: СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

² См. подробнее: Гейвандов Я.А. *Центральный банк Российской Федерации: юридический статус, организация, функции, полномочия*. М.: МНИИП, 1997; Голубев С.А. *Роль Центрального банка Российской Федерации в регулировании банковской системы страны*. М.: Юстицинформ, 2000; Шестаков А.В. *Банковская система Российской Федерации: Учеб. пособие*. М.: МГИУ, 2005; Павлодский Е.А. *Центральный банк: особенности правового статуса*. М., 2001; Столяренко В.М. *Центральный банк: проблемы правового статуса*. СПб.: Лимбус Пресс, 2001; Столяренко В.М. *Центральный банк – как орган государственной власти*. М., 1999; Макарова Я.М. *Проблемы правового положения Центрального банка Российской Федерации как юридического лица*: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001 и др.

³ См.: СЗ РФ. 2003. № 52 (Ч. 1). Ст. 5029.

⁴ См.: Бараненков В.В. *Соотношение понятий «правовое положение», «правовой статус» и «правосубъектность» юридического лица* // Юрид. мир. 2006. № 1.

⁵ См.: Кобзарь Д.А. *Компетенция Банка России как элемент его конституционно-правового статуса: старый конфликт* // Банковское право. 2005. № 5. С. 11–14.

⁶ См.: Ефимова Л.Г. *Правовая природа Центрального банка Российской Федерации* // Хозяйство и право. 1994. № 5. С. 19–23.

⁷ См.: Крохина Ю.А. *Финансовое право России: Учебник для вузов*. М.: Норма, 2004. С. 553.

⁸ См.: Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В., Хоменко Е.Г. *Банковское право*. М.: Юристъ, 2006. С. 52.

Среди большого числа полномочий Банка России значимыми для исследования обязательного страхования вкладов являются: издание Банком России нормативных правовых актов, регулирующих деятельность кредитных организаций; осуществление лицензирования банковской деятельности и банковский надзор.

Так, ст. 1 Закона о страховании вкладов предусматривает, что отношения в случаях, предусмотренных данным законом, регулируются принимаемыми в соответствии с ним нормативными актами Банка России⁹. В целях реализации своих полномочий Банком России издан целый ряд нормативных актов в области обязательного страхования вкладов¹⁰.

Важнейшим полномочием Банка России в сфере обязательного страхования вкладов выступает лицензирование деятельности кредитных организаций, в частности деятельность по выдаче, отзыву или аннулированию лицензий на привлечение во вклады денежных средств физических лиц и открытие банковских счетов физических лиц, так как выдача указанной лицензии банку влечет включение его в перечень банков-участников системы обязательного страхования вкладов, а отзыв или аннулирование лицензии является страховым случаем.

Кроме того, Банк России в сфере обязательного страхования вкладов осуществляет функции органа банковского регулирования и надзора. Банк России является единственным субъектом, уполномоченным осуществлять банковское регулирование и надзор, объектом которого выступает вся банковская система (в широком смысле) и конкретная кредитная организация или банковская группа (в узком смысле)¹¹.

В целях раскрытия финансово-правового статуса Банка России, как участника системы обязательного страхования вкладов (ст. 4 Закона о страховании вкладов) необходимо более подробно исследовать природу банковского регулирования и надзора. При рассмотрении их сущно-

сти следует прежде всего обратить внимание на различие содержания понятий «регулирование» и «надзор» в банковской сфере.

Представляется, что банковский надзор является составной частью банковского регулирования¹². Банковский надзор выражается в реализации Банком России комплекса мероприятий, направленных на обеспечение режима законности в организации и функционировании банковской системы государства¹³. Функциональная характеристика банковского надзора заключается в постоянной проверке Банком России соблюдения кредитными организациями и банковскими группами банковского законодательства, нормативных актов Банка России¹⁴, т.е. наделении Банка России особыми надзорными полномочиями, выражающимися в публичных целях и финансово-правовом регулировании.

Для целей обязательного страхования вкладов особое значение приобретает раскрытие публично-правовой составляющей банковского надзора, поскольку особое значение надзора в банковской сфере проявляется в непосредственной взаимосвязи с проблемой защиты законных интересов кредитных организаций и их клиентов (вкладчиков)¹⁵.

Публично-правовая природа банковского регулирования и надзора обуславливает цели, преследуемые государством при их осуществлении, в частности цели поддержания стабильности банковской системы и защиты интересов кредиторов и вкладчиков.

Цели и задачи банковского надзора позволяют установить, что сущность банковского надзора заключается в осуществлении специальным субъектом – Банком России, наделенным соответствующей компетенцией, постоянной, непрерывной проверки исполнения норм банковского законодательства банковской системой в целом и кредитными организациями (банковскими группами).

Особое внимание следует уделить вопросам правового регулирования отношений, скла-

⁹ См.: Братко А.Г. Специфика нормативных актов Банка России // *Право и экономика*. 2006. № 7.

¹⁰ См., напр.: указание Банка России от 16.01.2004 № 1379-У «Об оценке финансовой устойчивости банка в целях признания ее достаточной для участия в системе страхования вкладов» // *Вестник Банка России*. 2004. № 5; Положение Банка России от 16.01.2004 № 247-П «О порядке рассмотрения Банком России заявления об обжаловании отрицательного заключения Банка России на повторное ходатайство о соответствии банка требованиям к участию в системе страхования вкладов» // *Вестник Банка России*. 2004. № 5; указание Банка России от 17.11.2004 № 1516-У «О порядке конкурсного отбора банков-агентов для осуществления выплат Банком России по вкладам физических лиц» // *Вестник Банка России*. 2004. № 74 и др.

¹¹ Указанной позиции придерживаются некоторые правоведы в области банковского дела. См., напр.: Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В., Хоменко Е.Г. Указ. соч. С. 83.

¹² См.: Тосунян Г.А. *Теория банковского права: В 2 т. 2-е изд., перераб. и доп.* М.: Юристъ, 2004. Т. 1. С. 339–340.

¹³ См.: Ерпылева Н.Ю. *Банковское регулирование и надзор: новеллы российского законодательства* // *Законодательство и экономика*. 2005. № 3–4.

¹⁴ См.: *Финансовое право: Учеб. пособие для вузов / Под ред. М.М. Рассолова.* М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2002. С. 339.

¹⁵ См.: Братко А.Г. *Банковское право России: Учеб. пособие.* М.: Юрид. лит., 2003. С. 474.

дывающих между Банком России и кредитными организациями в процессе банковского надзора. Отнесение правового регулирования указанных отношений к сфере финансового права обусловлено несколькими факторами.

Прежде всего, объектом банковского надзора является финансовая деятельность кредитных организаций, связанная с аккумулярованием значительных денежных средств клиентов в децентрализованные денежные фонды и дальнейшим размещением в реальный сектор экономики.

Кроме того, надзорные полномочия Банка России выступают элементом его финансово-правового статуса, поскольку публичные финансовые отношения складываются между Банком России и кредитными организациями, в том числе в связи с осуществлением Банком России полномочий по банковскому надзору¹⁶. Анализ публично-правовой природы банковского надзора позволяет отнести его к разновидности государственного финансового контроля¹⁷, поскольку финансовый контроль является неотъемлемой частью финансовой деятельности государства, которую в свою очередь реализуют Банк России и кредитные организации¹⁸.

Исходя из изложенного банковский надзор представляет собой контроль за деятельностью банков, преследующий публичные цели обеспечения безопасности вкладов и стабильности банковской системы государства¹⁹. Банковский надзор имеет статус публично-правовой деятельности, главными целями которого являются поддержание стабильности банковской системы и защита интересов вкладчиков и кредиторов и который осуществляется в виде лицензирования, регулирова-

ния и контроля за экономическими нормативами, инспекции и ревизии деятельности элементов банковской системы²⁰.

Финансово-правовая сущность банковского регулирования и надзора обусловлена методами регулирования. Выступая неотъемлемой частью государственного финансового контроля²¹, банковский надзор осуществляется методами, в том числе присущими финансовому контролю. Методом правового регулирования отношений, складывающихся между кредитными организациями (банковскими группами) и Банком России в процессе осуществления им надзорных полномочий, является метод «власти и подчинения», не основанный на субординации²². Как справедливо указывает Ю.В. Красикова, «в этих правоотношениях, складывающихся в области банковского регулирования и надзора, отсутствует равенство сторон, они носят вертикальный характер, но не организационной административно-правовой подчиненности, а функциональный, определяемый властными полномочиями Банка России»²³.

Таким образом, правоотношения в области банковского надзора урегулированы в основном нормами финансового права, поскольку связаны с контролем финансовой деятельности кредитных организаций и являются видом государственного финансового контроля. Банк России, обладая особым финансово-правовым статусом, осуществляет государственное управление банковской системой, в том числе выполняет публичные функции органа банковского регулирования и надзора, в целях поддержания стабильности банковской системы и защиты интересов и прав кредиторов и вкладчиков.

¹⁶ См.: Карасева М.В. *Финансовое право Российской Федерации: Учебник*. М.: Юристъ, 2002. С. 527.

¹⁷ См.: Саттарова Н.А. *Банковский надзор в системе государственного финансового контроля // Банковское право*. 2005. № 5.

¹⁸ См.: Грачева Е.Ю., Толстопятенко Г.П., Рыжкова Е.А. *Финансовый контроль: Учеб. пособие*. М.: Камерон, 2004. С. 185.

¹⁹ Приведенные выше позиции авторов в данном контексте позволяют сделать вывод о тождественности понятий «банковский контроль» и «банковский надзор» и отнесении банковского надзора к виду государственного финансового контроля.

²⁰ См.: *Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Е.Ю. Грачева, Г.П. Толстопятенко*. М.: ТК Велби: Проспект, 2004. С. 525–526.

²¹ См.: Варфоломеева Ю.А. *Финансовый контроль: сущность и виды // Аудитор*. 2006. № 2. С. 22.

²² См.: Карасева М.В. *Указ. соч.* С. 527–529.

²³ Красикова Ю.В. *Конституционно-правовой статус Центрального банка Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук*. М., 1999.

Валютные операции по законодательству Российской Федерации

Ю.В. Тютин

Проблемы правового регулирования валютных отношений, в частности в сфере осуществления валютных операций, на современном этапе в Российской Федерации становятся все более актуальными и значимыми. Это прежде всего связано со вступлением России в ВТО и отменой валютных ограничений на осуществление валютных операций, включая валютные операции движения капитала, поскольку одним из требований государств-членов ВТО было требование либерализации валютного законодательства. В связи с этим в последние годы произошли существенные изменения в регулировании валютных операций законодательством Российской Федерации, направленные на уменьшение, а затем и полную отмену валютных ограничений при осуществлении валютных операций. Начавшееся в 2003 г. реформирование валютного законодательства Российской Федерации в сфере регулирования осуществления валютных операций продолжается и в настоящее время.

Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»¹ (далее – Закон о регулировании и контроле) не содержит определения понятия «валютные операции», что является недостатком данного закона. При определении валютных операций законодатель избрал иной подход – через перечисление самих валютных операций.

Так, в соответствии с п. 9 ч. 1 ст. 1 Закона о регулировании и контроле валютными операциями являются:

1) приобретение резидентом у резидента и отчуждение резидентом в пользу резидента валютных ценностей на законных основаниях, а также использование валютных ценностей в качестве средства платежа;

2) приобретение резидентом у нерезидента либо нерезидентом у резидента и отчуждение резидентом в пользу нерезидента либо нерезидентом в пользу резидента валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг на законных основаниях, а также использование валютных ценностей, валюты Россий-

ской Федерации и внутренних ценных бумаг в качестве средства платежа;

3) приобретение нерезидентом у нерезидента и отчуждение нерезидентом в пользу нерезидента валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг на законных основаниях, а также использование валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг в качестве средства платежа;

4) ввоз на таможенную территорию Российской Федерации и вывоз с таможенной территории Российской Федерации валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг;

5) перевод иностранной валюты, валюты Российской Федерации, внутренних и внешних ценных бумаг со счета, открытого за пределами территории Российской Федерации, на счет того же лица, открытый на территории Российской Федерации, и со счета, открытого на территории Российской Федерации, на счет того же лица, открытый за пределами территории Российской Федерации;

6) перевод нерезидентом валюты Российской Федерации, внутренних и внешних ценных бумаг со счета (с раздела счета), открытого на территории Российской Федерации, на счет (раздел счета) того же лица, открытый на территории Российской Федерации.

Закон о регулировании и контроле не содержит четкой классификации валютных операций, но исходя из содержания данного закона можно выделить следующие виды валютных операций в зависимости от субъектов, которые их осуществляют:

- валютные операции, осуществляемые резидентами;
- валютные операции между резидентами и нерезидентами;
- валютные операции между нерезидентами.

¹ См.: СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

Рассмотрим подробнее каждый вид. Начнем с валютных операций, осуществляемых резидентами. По общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 9 Закона о регулировании и контроле, валютные операции между резидентами запрещены. Однако законодатель из этого общего правила сделал ряд исключений.

Так, резиденты вправе без ограничений совершать 15 видов валютных операций, закрепленных в ч. 1 ст. 9 Закона о регулировании и контроле, например:

1) операции, связанные с расчетами в магазинах беспошлинной торговли, а также с расчетами при реализации товаров и оказании услуг пассажирам в пути следования транспортных средств при международных перевозках;

2) операции по договорам транспортной экспедиции, перевозки и фрахтования (чартера) при оказании экспедитором, перевозчиком и фрахтовщиком услуг, связанных с перевозкой вывозимого из Российской Федерации или ввозимого в Российскую Федерацию груза, транзитной перевозкой груза по территории Российской Федерации, а также по договорам страхования указанных грузов;

3) операции, связанные с осуществлением обязательных платежей (налогов, сборов и других платежей) в федеральный бюджет, бюджет субъекта Российской Федерации, местный бюджет в иностранной валюте в соответствии с законодательством Российской Федерации. Данное положение, закрепленное в п. 7 ч. 1 ст. 9 Закона о регулировании и контроле, в части, касающейся уплаты налогов в бюджетную систему Российской Федерации, следует применять с учетом изменений, внесенных в налоговое законодательство Российской Федерации и вступивших в силу с 1 января 2007 г. Дело в том, что до 1 января 2007 г. в соответствии с п. 3 ст. 45 НК РФ иностранные организации, а также физические лица, не являющиеся налоговыми резидентами Российской Федерации, могли исполнять обязанность по уплате налога в иностранной валюте. Согласно действующей редакции ст. 45 НК РФ обязанность по уплате налога исполняется исключительно в валюте Российской Федерации;

4) операции при оплате и (или) возмещении расходов физического лица, связанных со служебной командировкой за пределы территории Российской Федерации, а также операций при погашении неизрасходованного аванса, выданного в связи со служебной командировкой. Этот пункт можно разбить на две составляющие: на операции при оплате или возмещении расходов физического лица, свя-

занных со служебной командировкой за пределы территории Российской Федерации, и на операции при погашении неизрасходованного аванса, выданного в связи со служебной командировкой (под служебной командировкой понимается поездка работника по распоряжению работодателя на определенный срок для выполнения служебного поручения вне места постоянной работы (ТК РФ));

5) переводы физическим лицом – резидентом из Российской Федерации в пользу иных физических лиц – резидентов на их счета, открытые в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, в суммах, не превышающих в течение одного операционного дня через один уполномоченный банк суммы, равной в эквиваленте 5 тыс. долларов США по официальному курсу, установленному Банком России на дату списания денежных средств со счета физического лица – резидента;

6) переводы физическим лицом – резидентом в Российскую Федерацию со счетов, открытых в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, в пользу иных физических лиц – резидентов на их счета в уполномоченных банках. До внесения дополнений в Закон о регулировании и контроле Федеральным законом от 18.07.2005 № 90-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»² операции, названные в пп. 12 и 13, проводились, но по причине отсутствия прямого разрешения и невозможности определения статуса контрагента по переводу их либо списывали на расчеты с нерезидентами, либо увязывали с ч. 3 ст. 14 Закона о регулировании и контроле и Указанием Банка России от 30.03.2004 № 1412-У «Об установлении суммы перевода физическим лицом – резидентом из Российской Федерации без открытия банковских счетов»³ в части контроля только суммы перевода и др.

Перечень валютных операций резидентов, совершаемых без ограничений, продолжает ч. 3 ст. 9 Закона о регулировании и контроле. Так, без ограничений осуществляются валютные операции между резидентами и уполномоченными банками, связанные:

- с получением и возвратом кредитов и займов, уплатой сумм процентов и штрафных санкций по соответствующим договорам;

- со внесением денежных средств резидентов на банковские счета (в банковские вклады) (до востребования и на определенный срок) и получением денежных средств резидентов с банковских счетов (банковских вкладов) (до востребования и на определенный срок);

² См.: *СЗ РФ. 2005. № 30 (Ч. 1). Ст. 3101.*

³ См.: *Вестник Банка России. 2004. № 22.*

- с банковскими гарантиями, а также с исполнением резидентами обязательств по договорам поручительства и залога;

- с приобретением резидентами у уполномоченных банков векселей, выписанных этими или другими уполномоченными банками, предъявлением их к платежу, получением по ним платежа, в том числе в порядке регресса, взысканием по ним штрафных санкций, а также с отчуждением резидентами указанных векселей уполномоченным банкам в порядке, установленном Федеральным законом от 11.03.1997 № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе»⁴;

- с куплей-продажей физическими лицами наличной и безналичной иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, за валюту Российской Федерации и иностранную валюту, а также с обменом, заменой денежных знаков иностранного государства (группы иностранных государств), приемом для направления на инкассо в банки за пределами территории Российской Федерации наличной иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, не для целей осуществления физическими лицами предпринимательской деятельности;

- с уплатой уполномоченным банкам комиссионного вознаграждения;

- с иными валютными операциями, отнесенными к банковским операциям в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Разновидностью валютных операций резидентов являются валютные операции по сделкам между уполномоченными банками, совершаемыми ими от своего имени и за свой счет.

Поскольку уполномоченные банки являются резидентами по валютному законодательству Российской Федерации, то, соответственно, на них распространяются все правила, установленные валютным законодательством Российской Федерацией в отношении резидентов. Однако в силу специфичности выполняемой уполномоченными банками деятельности (банковских операций и банковских сделок) банки вправе дополнительно без ограничений совершать следующие виды валютных операций от своего имени за свой счет, которые перечислены в Указании Банка России от 28.04.2004 № 1425-У «О порядке осуществления валютных операций по сделкам между уполномоченными банками»⁵, в частности:

- операции, отнесенные к банковским операциям в соответствии с законодательством Российской Федерации;

- операции, связанные с исполнением обязательств по выплате иностранной валюты в соответствии с договорами поручительства и договорами залога, исполнение регрессных требований поручителей;

- операции, связанные с приобретением у третьих лиц – уполномоченных банков, а также с уступкой третьим лицам – уполномоченным банкам за иностранную валюту требований исполнения обязательств в денежной форме и другие (все-го девять видов операций).

Второй вид валютных операций – валютные операции, осуществляемые нерезидентами. Порядок осуществления валютных операций нерезидентами регулируется ст. 10 «Валютные операции между нерезидентами» и ст. 13 «Счета (вклады) нерезидентов, открываемые на территории Российской Федерации» Закона о регулировании и контроле. По общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 10 указанного закона, нерезиденты вправе без ограничений осуществлять между собой переводы иностранной валюты со счетов (с вкладов) в банках за пределами территории Российской Федерации на банковские счета (в банковские вклады) в уполномоченных банках или банковских счетов (банковских вкладов) в уполномоченных банках на счета (во вклады) в банках за пределами территории Российской Федерации или в уполномоченных банках. Нерезиденты вправе осуществлять между собой валютные операции с внутренними ценными бумагами на территории Российской Федерации с учетом требований, установленных антимонопольным законодательством Российской Федерации, а именно Законом РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁶, и законодательством Российской Федерации о рынке ценных бумаг, а именно Федеральным законом от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»⁷. Валютные операции между нерезидентами на территории Российской Федерации в валюте Российской Федерации осуществляются через банковские счета (банковские вклады), открытые на территории Российской Федерации в порядке, предусмотренном ст. 13 Закона о регулировании и контроле. В соответствии с названной статьей нерезиденты на территории Российской Федерации вправе открывать банковские счета (банковские вклады) в иностранной валюте и валюте Россий-

⁴ См.: СЗ РФ. 1997. № 11. Ст. 1238.

⁵ См.: Вестник Банка России. 2004. № 33.

⁶ См.: Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

⁷ См.: СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

ской Федерации только в уполномоченных банках. Порядок открытия и ведения банковских счетов (банковских вкладов) нерезидентов, открываемых на территории Российской Федерации, устанавливает Банк России (п. 2 ст. 13 Закона о регулировании и контроле). В развитие данного положения указанного закона Банк России издал Положение от 04.05.2005 № 269-П «Об открытии Банком России банковских счетов нерезидентов в валюте Российской Федерации и проведение операций по указанным счетам»⁸. В соответствии с п. 3 ст. 13 Закона о регулировании и контроле нерезиденты имеют право без ограничений перечислять иностранную валюту и валюту Российской Федерации со своих банковских счетов (с банковских вкладов) в банках за пределами территории Российской Федерации на свои банковские счета (в банковские вклады) в уполномоченных банках. Нерезиденты имеют право без ограничений перечислять иностранную валюту со своих банковских счетов (с банковских вкладов) в уполномоченных банках на свои счета (во вклады) в банках за пределами территории Российской Федерации.

Третий вид валютных операций – валютные операции между резидентами и нерезидентами. По общему правилу валютные операции между резидентами и нерезидентами осуществляются без ограничений. В соответствии со ст. 6 «Валют-

ные операции между резидентами и нерезидентами» Закона о регулировании и контроле валютных операций между резидентами и нерезидентами осуществляются без ограничений, за исключением валютных операций, предусмотренных ст.ст. 7, 8 и 11 данного закона, в отношении которых ограничения устанавливаются в целях предотвращения существенного сокращения золотовалютных резервов, резких колебаний курса валюты Российской Федерации, а также для поддержания устойчивости платежного баланса Российской Федерации. Указанные ограничения носят недискриминационный характер и отменяются органами валютного регулирования по мере устранения обстоятельств, вызвавших их установление. В настоящее время при применении ст. 6 Закона о регулировании и контроле следует учитывать, что ст. 7 названного закона утратила силу с 1 июля 2006 г., ст. 8 утратила силу с 1 января 2007 г., чч. 3–6 ст. 11, в которых устанавливались валютные ограничения, также утратили силу с 1 июля 2006 г. Таким образом, в настоящее время валютные операции между резидентами и нерезидентами осуществляются без ограничений⁹.

Таким образом, тенденция развития валютного законодательства Российской Федерации такова, что все больше валютных операций совершается без ограничений как между резидентами, так и с участием нерезидентов.

⁸ См.: Вестник Банка России. 2005. № 29.

⁹ До 1 января 2007 г. валютным законодательством Российской Федерации предусматривалось два вида ограничений по валютным операциям между резидентами и нерезидентами: требование об использовании специального счета и требование о резервировании.

Конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда: ограничение сферы применения

Р.М. Салманов

Конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда (далее – Конвенция), принятая 30 июня 2005 г. Гаагской конференцией по международному частному праву, как и большинство других конвенций, разработанных в сфере международного частного права, прежде всего имеет своей целью достижение двух основных целей:

- преодоление территориального характера судебной власти;
- разграничение полномочий по вопросам юрисдикции в целях придания судебному решению реальной эффективности.

Потребность в разработке и принятии Конвенции объяснялась также необходимостью достижения третьей цели, которую можно сформулировать как удовлетворение потребностей экономической глобализации.

Конвенция призвана привести баланс между арбитражными и гражданскими судами, так как с момента вступления в силу Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.)¹ тяжущиеся стороны предпочитают арбитраж рассмотрению дела в суде даже в тех случаях, когда такое решение не совсем выгодно для целей разбирательства. Таким образом, применение данной конвенции позволило бы обеспечить доступ физических и юридических лиц к реализации их права на эффективную судебную защиту, предоставив, таким образом, выбор между процессом в гражданском суде и арбитражным разбирательством.

Сфера применения Конвенции. Предметная сфера определяется в ст. 1 Конвенции, согласно которой Конвенция применяется для регулирования отношений в области гражданского и торгового права, имеющих международный характер и основанных на соглашениях об исключительном месте судебного разбирательства. Вопрос о том, подпадает ли какой-либо фактический состав под действие Конвенции, решается не в со-

ответствии с квалификацией *lege fori*, а исходя из системы понятий и цели самой конвенции.

Согласно названной статье «конвенция применяется в международных судебных разбирательствах к соглашениям об исключительной судебной юрисдикции в гражданских или торговых правоотношениях».

Предполагается, что контрагенты, находящиеся в разных государствах-участниках Конвенции, на основе принципа свободы выбора места судебного разбирательства по спорам, возникшим между ними из контрактных обязательств или в связи с такими отношениями, выбирают суды определенного ими государства для разрешения возникшего спора или какой-либо конкретный суд такого государства, исключая тем самым юрисдикцию другого суда, который был бы вправе рассмотреть данный спор.

Решение, вынесенное выбранным сторонами судом, должно быть признано и приведено в исполнение судом на территории соответствующего государства, которому направлен запрос о признании и исполнении такого решения.

Таким образом, в соответствии с текстом данной статьи Конвенция будет применяться в международных спорах; к соглашениям об исключительной судебной юрисдикции; к гражданским и коммерческим делам².

Основной целью введения в проект Конвенции ограничения ее применения исключительно к международным спорам заключается в том, что это позволило бы судам стран-участниц применять национальное право в спорах исключительно «внутреннего» характера, т.е. при отсутствии иностранного элемента в отношениях между сторонами соглашения или контракта.

Отличительные характеристики судебного дела в целях определения юрисдикции. В целях

¹ См.: Ведомости ВС СССР. 1960. № 46. Ст. 421.

² Исключения составляют указанные в ст. 2 Конвенции виды споров.

определения юрисдикции международный характер судебного дела должен отвечать следующим условиям. В соответствии со ст. 1.2: «судебное дело не является международным, если стороны являются резидентами страны-участницы суда, рассматривающего данное судебное дело, а также если характер взаимоотношений между данными сторонами и другие сопутствующие элементы дела носят исключительно внутренний характер», т.е. связаны лишь с одной из стран-участниц Конвенции. При этом необходимо отметить, что местонахождение в той же стране, что и стороны по рассматриваемому делу, не является обязательным фактором для суда в целях квалификации данного судебного разбирательства как имеющего исключительно внутренний характер.

Это означает, что правила определения юрисдикции данной конвенции применяются лишь в случае, когда одна или несколько сторон судебного спора не являются резидентами страны местонахождения суда, принявшего данное дело к рассмотрению, или если существует какой-либо другой элемент, относящийся к данному судебному делу и имеющий связь с каким-либо другим государством.

Изначально в ст. 1.2 проекта Конвенции³ тест на определение международного характера дела был связан с определенным моментом во времени. В частности, предлагалось рассматривать судебное дело как международное за исключением таких ситуаций, когда на момент заключения соглашения и на момент начала судебного разбирательства стороны являются резидентами страны местонахождения суда, рассматривающего данное дело, и взаимоотношения между данными сторонами и другие сопутствующие элементы дела, вне зависимости от местонахождения выбранного сторонами суда, носят исключительно внутринациональный характер.

В окончательном тексте Конвенции ст. 1.2 была упрощена и представлена в вышеизложенном виде.

Вместе с тем решение судом вопроса относительно международного характера дела может быть осложнено в силу различных причин. Например, после подписания соглашения об исключительном выборе суда одна из договаривающихся сторон может перенести свое местонахождение в страну, резидентом которой является другая сторона соглашения. Таким образом, суду при рассмотрении спора между сторонами придется решать вопрос наличия или отсутствия международного характера данного дела.

Существуют три варианта решения судом данного вопроса:

1) с момента подписания сторонами соглашения не принимать во внимание изменение его международного характера на внутринациональный и наоборот;

2) характер соглашения не имеет значения на момент его подписания, и, таким образом, ст. 1.2 Конвенции будет применяться лишь во время рассмотрения дела в суде;

3) оба вышеупомянутых варианта могут применяться как в момент заключения сторонами соглашения об исключительной юрисдикции, так и в момент начала судебного разбирательства между сторонами, из чего следует, что вне зависимости от характера какого-либо судебного дела или изменения его международного характера на внутринациональный и наоборот, оно подпадает под действие гл. 2 Конвенции⁴.

На наш взгляд, первый вариант не в полной мере соответствует потребностям сторон соглашения об исключительной юрисдикции, так как не учитывает изменений, которые могут произойти после заключения такого соглашения. Так, например, не ясно, какие последствия будут иметь изменения, внесенные в текст соглашения и приведшие к изменению его международного характера на внутринациональный. Следует ли в таком случае суду в целях принятия дела на рассмотрение рассматривать в качестве даты заключения соглашения дату, на которую было подписано соглашение, или же дату внесения сторонами в него последних изменений?

Нельзя со всей уверенностью утверждать, что второй вариант в полной мере соответствует требованиям определенности и предсказуемости. Несмотря на то что второй вариант положительным образом отличается от первого, его основным недостатком является фактор неопределенности. Так, например, в ситуации, когда одна из сторон соглашения об исключительном выборе места рассмотрения судебных споров, предвидя возбуждение судебного процесса другой стороной соглашения и в целях поиска более удобного для себя форума, меняет место своей регистрации, судебное дело автоматически приобретает международный или внутринациональный характер, в зависимости от преследуемых такой стороной целей.

Третий вариант, несомненно, гораздо в большей степени удовлетворяет требованиям определенности и предсказуемости, так как вне зависимости от изменения характера дела оно под-

³ См.: Гагская конференция по международному частному праву. Рабочий документ № 110.

⁴ См.: Consultation Paper by Directorate General for Justice, Freedom and Security.

падает под действие гл. 2 Конвенции и таким образом удовлетворяет целям добросовестных сторон, заключивших такое соглашение. Однако следует отметить, что при этом суд, рассматривающий вопрос о международном характере дела и, соответственно, принятии его к рассмотрению, лишается своих дискреционных полномочий и определенной гибкости при вынесении решений.

Думается, второй вариант решения данного вопроса является более верным с точки зрения справедливого судебного процесса, так как позволяет суду рассматривать обстоятельства и характер дела по существу, без привязки к моменту заключения соглашения между сторонами.

Вместе с тем необходимо признать, что решение данного вопроса не является столь однозначным, так как при этом необходимо учитывать потребности государства в проведении своей политики в правовой сфере (т.е. публичный порядок), например предотвращение серьезной юридической несправедливости или обеспечение применения некоторых видов эксклюзивной подсудности. При решении данного вопроса необходимо учитывать необходимость в гарантированном рассмотрении дела выбранным сторонами судом, а также признании и исполнении полученного решения за рубежом, при этом не нарушая публичного порядка государств-участников Конвенции.

Действующая редакция Конвенции в ст. 1.2 не содержит конкретного указания на какой-либо из вышеизложенных вариантов, но, исходя из текста данной статьи, можно предположить, что разработчики Конвенции предпочли второй вариант, сохранив таким образом за судом дискреционные полномочия.

Отличительные характеристики судебного дела для его признания и исполнения. Статья 1.3 проекта Конвенции помимо прочего предусматривает придание судебному делу международного характера в случаях, когда признание и исполнение запрашиваются на территории иной страны-участницы, нежели там, где было вынесено судебное решение по данному делу.

Так, например, в соответствии с формулировкой ст. 1.3 можно предположить, что если суд выносит решение по «внутреннему» делу при условии, что стороны заключили соглашение об исключительном выборе в пользу данного суда, то в случае, если по прошествии определенного периода времени истец обратится за признанием и исполнением полученного решения в суд любой другой страны-участницы соглашения, последний будет иметь основания для вынесения положительного решения.

Таким образом, перед судом, в который поступило ходатайство о признании и исполнении решения иностранного суда, встанет вопрос об определении характера дела.

По нашему мнению, с практической стороны было бы целесообразней дополнить п. 3 ст. 1 Конвенции следующим образом: «...для целей Раздела 3 дело является международным в случаях, когда запрашивается признание и исполнение иностранного судебного решения, вынесенного в соответствии с Разделом 2 настоящей Конвенции».

Вместе с тем сохранение за судом дискреционных полномочий в ст. 1.2 позволяет рассчитывать на самостоятельное и эффективное раз решение данного вопроса судами государств-участников Конвенции.

Домициль как способ ограничения сферы применения Конвенции. Ввиду того что Конвенция будет применяться только к тем соглашениям, которые были заключены между сторонами, являющимися резидентами стран-членов Конвенции, место регистрации, или домициль, юридического лица, о котором говорится в ст. 4.2 Конвенции, можно рассматривать в качестве еще одного способа ограничения сферы применения Конвенции.

При разработке данной Конвенции Специальная комиссия попыталась охватить различные принципы как стран обычного права, так и стран гражданского права.

Статья 4.2 Конвенции предлагает несколько способов определения домициля, или принадлежности юридического лица к одной из стран-членов Конвенции:

- а) по месту регистрации (*statutory seat*);
- б) по закону места учреждения (*law of incorporation*);
- в) по месту нахождения центрального управления (*central administration*);
- г) по месту нахождения основного предприятия (*principal place of business*).

В предварительном докладе Т. Хартли и М. Дугаучи⁵ включения этих четырех принципов оправдывается их необходимостью для юридических целей и, как было сказано выше, необходимостью учесть различные позиции по данному вопросу стран-участниц Конвенции.

Принцип места регистрации хорошо известен в странах гражданского права, но не используется в странах обычного права. При этом в целях более эффективного судебного процесса закон места учреждения используется в Конвенции как альтернатива критерию закона, в соответствии с которым юридическое лицо было образовано, а также с целью заполнить пробел, имеющий место

⁵ См.: Гагская конференция по международному частному праву. Рабочий документ № 24.

в некоторых странах, в которых не представляется возможным основываться на критерии места регистрации как связующем факторе. Данная концепция преимущественно используется в странах обычного права и некоторых странах гражданского права, таких как Дания и Нидерланды.

Принцип местонахождения центрального управления используется как связующий фактор, относящийся к месту нахождения руководства юридического лица и осуществления управленческой деятельности. Вместе с тем с использованием новых технических средств связи становится все труднее определить такое место, особенно когда компании осуществляют свою деловую активность сразу в нескольких странах и более.

По сравнению с предыдущим понятием местонахождение основного предприятия имеет отношение к месту основной хозяйственной деятельности компании, поэтому оно должно определяться с учетом особенностей деятельности компании. Однако определение такого места может быть существенно затруднено, если компания выполняет идентичную хозяйственную деятельность сразу в нескольких странах. При этом необходимо отметить, что если хозяйственная деятельность осуществляется посредством дочерних предприятий, то представляется возможным более точно установить место осуществления компанией своей основной хозяйственной деятельности.

По нашему мнению, применение данной конвенции, в частности вышеупомянутых статей,

требует более детального разъяснения ее разработчиками, так как при Гагской конференции по международному частному праву не существует какого-либо органа, подобного Европейскому суду правосудия при ЕС, который давал бы разъяснения относительно применения законодательства или международной конвенции, как это имеет место в нашем случае.

Вместе с тем, несмотря на некоторые недостатки, Конвенция могла бы внести в международное частное право вклад, равный по значимости эффекту принятия 130 странами Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Данная конвенция могла бы служить целям определенности и предсказуемости в международном гражданском процессе, а также позволила бы тяжущимся сторонам избежать «дублирования» судебных процедур, а также манипуляций по затягиванию процесса или исполнения судебного решения.

Принимая во внимание недостаточное количество двусторонних договоров о взаимном признании и исполнении судебных решений между Российской Федерацией и другими странами, ратификация данной конвенции в значительной степени способствовала бы признанию решений российских судов за рубежом, что, помимо прочего, несомненно, отвечает текущим и будущим интересам российского бизнеса.

Сокращения, принятые в журнале

- АПК** – Арбитражный процессуальный кодекс
АЭС – Атомная электростанция
Банк России – Центральный банк Российской Федерации
БК – Бюджетный кодекс
Ведомости ВС и СНД – Ведомости Верховного Совета и Съезда народных депутатов
ВКП(б) – Всесоюзная коммунистическая партия (большевиков)
ВЛКСМ – Всесоюзный Ленинский Коммунистический Союз молодежи
ВТО – Всемирная торговая организация
ВЦИК – Всероссийский центральный исполнительный комитет
ГГУ – Гражданское уложение Германии
ГК – Гражданский кодекс
ГПК – Гражданский процессуальный кодекс
ГУЛАГ – Главное управление лагерей
ЕС – Европейский союз
КП(б) – Коммунистическая партия (большевиков)
Минобразование России – Министерство образования Российской Федерации
Минфин России – Министерство финансов Российской Федерации
Минюст России – Министерство юстиции Российской Федерации
НК – Налоговый кодекс
НКВД – Народный комиссариат внутренних дел
НКЮ – Народный комиссариат юстиции
ОВД – отдел внутренних дел
ОГПУ – Объединенное государственное политическое управление
РАН – Российская академия наук
РКП(б) – Российская коммунистическая партия (большевиков)
Росстат – Федеральная служба государственной статистики
РСФСР – Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика
РФ – Российская Федерация
СЗ – Собрание законодательства
СК – Семейный кодекс
СМИ – средства массовой информации
СНГ – Содружество Независимых Государств
СНК – Совет народных комиссаров
США – Соединенные Штаты Америки
ТК – Трудовой кодекс
УИС – уголовно-исполнительная система
УК – Уголовный кодекс
УПК – Уголовно-процессуальный кодекс
ФНС России – Федеральная налоговая служба Российской Федерации
ФРГ – Федеративная Республика Германия
ЦК – Центральный комитет

Наши авторы

Бахмудов Заур Бахмудович – старший преподаватель кафедры уголовного права и криминологии Северо-Кавказского (г. Махачкала) филиала РПА Минюста России, кандидат юридических наук

Благодарь Ирина Сергеевна – аспирант кафедры уголовного права и криминологии РПА Минюста России

Бывшева Ульяна Борисовна – помощник судьи Головинского районного суда г. Москвы, соискатель кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики РПА Минюста России

Витушко Владимир Александрович – профессор кафедры гражданского права и процесса Частного учреждения образования «БИП – институт правоведения», доктор юридических наук

Гайнутдинов Дамир Равильевич – аспирант кафедры уголовного права и криминологии РПА Минюста России

Горелик Анатолий Павлович – начальник отдела НИЦ ВНИИ МВД России, кандидат юридических наук

Горюнов Виталий Владимирович – аспирант кафедры конституционного права Уральской государственной юридической академии

Гришин Вячеслав Вячеславович – аспирант кафедры конституционного и административного права Государственного университета – Высшей школы экономики

Джамалова Бика Багавдиновна – директор Юридического колледжа Северо-Кавказского (г. Махачкала) филиала РПА Минюста России

Исаева Ольга Владимировна – ведущий консультант отдела государственной службы и кадров Федерального агентства по строительству и жилищно-коммунальному хозяйству, аспирант кафедры административного права РПА Минюста России

Клочкова Екатерина Николаевна – аспирант кафедры гражданского права, гражданского процесса Московского государственного промышленного университета

Комиссарова Мария Вячеславовна – соискатель кафедры финансового права РПА Минюста России

Корулина Юлия Валерьевна – старший научный сотрудник НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации

Кузнецов Дмитрий Сергеевич – старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Юридического института Иркутского государственного университета

Куликов Михаил Юрьевич – преподаватель кафедры конституционного права Иркутского юридического института (филиала) РПА Минюста России

Магомедова Бика Багавдиновна – старший преподаватель кафедры уголовного права и криминологии Северо-Кавказского (г. Махачкала) филиала РПА Минюста России

Мазюк Роман Васильевич – преподаватель кафедры уголовного процесса и криминалистики Байкальского государственного университета экономики и права

Мананников Олег Владимирович – старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса Архангельского государственного технического университета, аспирант кафедры гражданского права РПА Минюста России

Марков Павел Алевтинович – судья, председатель судебного состава Арбитражного суда г. Москвы, кандидат юридических наук

Марюшкин Михаил Григорьевич – доцент кафедры философии и социально-экономических дисциплин, кандидат философских наук

Митричев Илья Алексеевич – преподаватель кафедры предпринимательского права Уральской государственной юридической академии

Нерсесян Вазген Сумбатович – главный специалист факультета повышения квалификации РПА Минюста России, кандидат технических наук, доцент

Решетова Анастасия Евгеньевна – директор филиала Московского государственного университета технологий и управлений в г. Чебоксары

Салманов Расул Магомедович – юрист фирмы «Van Bael and Bellis»

Семенова Людмила Олеговна – заведующая Центром дополнительного образования филиала Московского государственного университета технологий и управлений в г. Чебоксары

Танимов Олег Владимирович – декан юридического факультета Средне-Волжского (г. Саранск) филиала РПА Минюста России, кандидат юридических наук

Тютин Юлиа Викторовна – доцент кафедры финансового права РПА Минюста России, кандидат юридических наук

Усачев Александр Александрович – доцент кафедры уголовного права и процесса Иркутского (г. Иркутск) юридического института (филиала) РПА Минюста России, кандидат юридических наук

Чифранова Елена Александровна – проректор по повышению квалификации, кандидат юридических наук, профессор

Шибанова Екатерина Владимировна – доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики РПА Минюста России, кандидат юридических наук

Вышли из печати

Россинский, Б.В.

Правовые акты исполнительной власти : учеб. пособие / Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков ; ГОУ ВПО РПА Минюста России. – М. : РПА МЮ РФ, 2006. – 78 с. – 150 экз. – ISBN 5-89172-070-1.

В учебном пособии рассматриваются понятие, признаки, виды, юридическое значение и действие правовых актов управления. Освещаются правовые акты Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, локальные правовые акты организаций.

Издание содержит теоретические положения, практические задачи и задания, решение и выполнение которых позволяет глубже усвоить изучаемые вопросы, а также необходимые приложения.

Рассчитано на студентов всех форм обучения, а также слушателей факультета повышения квалификации.

Сидоров, В.Н.

Правосубъектность некоммерческих организаций : монография / В.Н. Сидоров ; ГОУ ВПО РПА Минюста России. – М. : РПА МЮ РФ, 2007. – 114 с. – 1 000 экз. – ISBN 5-89172-073-6.

В монографическом исследовании раскрывается природа и пределы правосубъектности некоммерческих организаций, особенности ее возникновения, реализации и современные тенденции развития некоммерческих юридических лиц. Основное место в работе занимает анализ таких теоретических и практических проблем правового регулирования создания и деятельности некоммерческих организаций, как: понятие и признаки некоммерческой организации; специальная правоспособность некоммерческих организаций, ее содержание; организационно-правовые формы некоммерческих юридических лиц; особенности правового регулирования предпринимательской деятельности, осуществляемой некоммерческими организациями; недействительность сделок некоммерческих организаций, совершаемых за пределами ее правоспособности.

Издание адресовано научным работникам, преподавателям юридических вузов, аспирантам, судьям, специалистам-практикам, интересующимся теорией гражданского права.

Чефранова, Е.А.

Механизм семейно-правового регулирования имущественных отношений супругов : монография / Е.А. Чефранова ; ГОУ ВПО РПА Минюста России. – М. : РПА МЮ РФ, 2006. – 404 с. – 1 000 экз. – ISBN 5-89172-068-X.

Данное издание представляет собой монографическое исследование проблем механизма правового регулирования имущественных отношений супругов.

В книге излагаются воззрения автора на один из центральных институтов семейного права – имущественные отношения супругов. По ходу изложения теоретических проблем освещаются практические аспекты законного и договорного режима имущества супругов, алиментных обязательств супругов, обращения взыскания на общее имущество супругов, а также сделок, заключаемых супругами между собой и с третьими лицами.

Книга адресована научным и практическим работникам, преподавателям юридических вузов, аспирантам. Может быть использована в качестве учебного пособия для студентов юридических вузов.