Вестник Пермского университета
2012. Выпуск 1(15)
Научный журнал
Выходит 4 раза в год
Учредитель: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Пермский государственный национальный исследовательский университет»

Юридические науки

Рассматриваются фундаментальные и прикладные проблемы юридической науки. Исследуются современное состояние российского законодательства, правоприменительная практика, формулируются предложения по развитию и совершенствованию различных отраслей права. Анализируются теоретические и исторические аспекты государственно-правовых явлений, международное и зарубежное законодательство, проводится сравнительное изучение правовых институтов в России и других странах.

Vestnik Permskogo universiteta
2012. Vypusk 1(15)
Nauchnyj zhurnal
Vyhodit 4 raza v god
Uchreditel': Federal'noe gosudarstvennoe bjudzhetnoe obrazovatel'noe uchrezhdenie vysshego professional'nogo obrazovanija «Permskij gosudarstvennyj nacional'nyj issledovatel'skij universitet»

Juridicheskie nauki

Rassmatrivajutsja fundamental'nye i prikladnye problemy juridicheskoj nauki. Issledujutsja sovremennoe sostojanie rossijskogo zakonodatel'stva, pravoprimenitel'naja praktika, formulirujutsja predlozhenija po razvitiju i sovershenstvovaniju razlichnyh otraslej prava. Analizirujutsja teoreticheskie i istoricheskie aspekty gosudarstvenno-pravovyh javlenij, mezhdunarodnoe i zarubezhnoe zakonodatel'stvo, provoditsja sravnitel'noe izuchenie pravovyh institutov v Rossii i drugih stranah.

Perm University Herald

2012. Number №1(15)
Quarterly scientific journal

Founder: Federal State Budgetary Educational Establishment of Higher Professional Education "Perm State National Research University"

Yuridical scinces

Fundamental and applied problems of juridical science are being considered. Under investigation is modern state of Russian legislature, law enforcement practice, suggestions of development and improvement in different branches of law are being formulated. Theoretical and historical aspects of state-law phenomena, international and foreign legislature are being analysed and legal institutions of Russia and other countries are being relatively investigated.

Ответственный ученый секретарь редакционного совета:
Голубцов Валерий Геннадьевич,
д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса
Пермского государственного национального исследовательского университета

Главный редактор журнала:
Кузнецова Ольга Анатольевна,
д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса,
заместитель декана по науке юридического факультета
Пермского государственного национального исследовательского университета

Решением Президиума Высшей аттестационной комиссии Министерства образования и науки Российской Федерации журнал включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук

© Редакционная коллегия, 2012

Адрес редакции: 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
Подписной индекс в каталоге ОАО «Роспечать»: 66011
Тел.: 8 (342)2396275
Эл. почта: vesturn@yandex.ru
Сайт: http://www.jurvestnik.psu.ru

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций. Свид. о регистрации средства массовой информации ПИ № ФС77-33087 от 5 сент. 2008 г.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

Андреева Татьяна Константиновна,
к.ю.н., заместитель Председателя Высшего арбитражного суда РФ, заслуженный юрист РФ;
Бугров Леонид Юрьевич,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой трудового права и права социального обеспечения Пермского государственного национального исследовательского университета, заслуженный работник высшей школы РФ;
Витрянский Василий Владимирович,
д.ю.н., профессор, заместитель Председателя Высшего арбитражного суда РФ, заслуженный юрист РФ;
Гусов Кантемир Николаевич,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой трудового права и социального обеспечения Московской государственной юридической академии, Президент Российской ассоциации трудового права и права социального обеспечения, заслуженный деятель науки РФ;
Красавчикова Лариса Октябриевна,
д.ю.н., профессор, судья Конституционного суда РФ, заслуженный юрист РФ;
ЛаФордж Уильям Н.,
профессор кафедры стратегического менеджмента и общественной политики Школы бизнеса Университета Джорджа Вашингтона;
Лушникова Марина Владимировна,
д.ю.н., профессор, заместитель декана по научной работе юридического факультета Ярославского государственного университета;
Маланин Владимир Владимирович,
д.ф.-м. н., президент Пермского государственного национального исследовательского университета, заслуженный деятель науки РФ;
Марченко Михаил Николаевич,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой теории государства и права и политологии Московского государственного университета, президент Ассоциации юридических вузов, заслуженный деятель науки РФ;
Мозолин Виктор Павлович,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского и семейного права Московской государственной юридической академии;
Нешатаева Татьяна Николаевна,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой международного права Российской академии правосудия, судья Высшего арбитражного суда РФ;
Николюк Вячеслав Владимирович,
д.ю.н., профессор, главный научный сотрудник ВНИИ МВД РФ, заслуженный деятель науки РФ;
Новоселова Людмила Александровна,
д.ю.н., профессор, судья Высшего арбитражного суда РФ, заслуженный юрист РФ;
Оганян Оганес Арменакович,
д.т.н., председатель Комитета Совета Федерации Федерального собрания РФ по экономической политике, предпринимательству и собственности;
Свистунов Алексей Александрович,
к.ю.н., доцент, советник ректора Московской государственной юридической академии им. О.Е.Кутафина, заместитель председателя учебно-методического объединения по юридическому образованию ВУЗов России, председатель правления ассоциации юридического образования;
Средкова Красимира,
д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой трудового права и соцобеспечения Софийского университета;
Голубцов Валерий Геннадьевич,
д.ю.н. (ответственный ученый секретарь совета)

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Борисевич Галина Яковлевна,
к.ю.н., доцент, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Боровых Любовь Витальевна,
к.ю.н., доцент, зав. кафедрой уголовного права и прокурорского надзора
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Васильева Юлия Валерьевна,
д.ю.н., доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Замараева Зинаида Петровна,
д.соц.н., профессор, зав. кафедрой социальной работы
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Игнатенко Аргира Валериановна,
д.ю.н., профессор кафедры истории государства и права
Уральской государственной юридической академии, г. Екатеринбург;
Кодан Сергей Владимирович,
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права
Уральской государственной юридической академии, г. Екатеринбург;
Кочев Владимир Александрович,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой конституционного и финансового права
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Кузнецова Ольга Анатольевна,
д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса,
заместитель декана по науке юридического факультета
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь (главный редактор);
Майфат Аркадий Викторович,
д.ю.н., профессор кафедры гражданского права
Уральской государственной юридической академии, г. Екатеринбург;
Михайлов Сергей Георгиевич,
к.ю.н., профессор, декан юридического факультета
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Москалев Александр Васильевич,
д.ю.н., профессор кафедры конституционного и финансового права
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Прошляков Алексей Дмитриевич,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой уголовного процесса
Уральской государственной юридической академии, г. Екатеринбург;
Реутов Валерий Павлович,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой теории и истории государства и права
Пермского государственного национального исследовательского университета, г. Пермь;
Сийгур Хейно Александрович,
д.ю.н., профессор Университета города Тарту, Эстония;
Тужилова-Орданская Елена Марковна,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского права
Института права Башкирского государственного университета, г. Уфа;
Щенникова Лариса Владимировна,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского права
Кубанского государственного университета, г. Краснодар

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА 8
Воронин М.В. (г. Казань). Развитие правосистемных образований как проявление динамики права 8
Григорьев А.В. (г. Минск). Современная юридическая наука о принципах организации и функционирования механизма государства 14
Калинина Е.Ю. (г. Санкт-Петербург). Целостность и пограничность в средневековом правосознании (на примере Испании) 27
Петров А.В. (г. Челябинск). К вопросу о правовом обеспечении организации и деятельности милиции Временного правительства и милиции «белых» правительств Урала и Сибири 35
Самойлова М.В. (г. Тверь). Регулирование заемных отношений библейскими установлениями 42
Соловьев С.Г. (г. Миасс). Понятие предмета правового регулирования и его взаимосвязь с другими юридическими категориями 47
Широбоков С.А. (г. Пермь). Правовая мотивация взаимодействия граждан и государства в Российской Федерации 53
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО 60
Гасумова С.Е. (г. Пермь). Анализ соответствия интернет-ресурсов органов местного самоуправления законодательству Российской Федерации 60
Кочев В.А. (г. Пермь). Основные характеристики системы государственной власти 67
III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС 73
Артебякина Н.А. (г. Ульяновск). Заявители и другие заинтересованные лица по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок – лица, участвующие в деле 73
Бондаренко Н.Л. (г. Минск). Проблема защиты прав поручителей в отношениях банковского кредитования в Республике Беларусь 78
Буничева М.Г. (г. Пермь). Понятие правопреемства при реорганизации юридических лиц 84
Вагина О.С. (г. Пермь). Отношения долевого строительства как объект частноправового регулирования 90
Васильев В.В. (г. Тверь). Понятие гражданско-правового института как структурного элемента системы гражданского права 98
Грачев Р.Ю. (г. Москва). Особенности антимонопольного регулирования рынка ритуальных услуг 104
Кванина В.В. (г. Челябинск). Проблемы применения административно-правовой и гражданско-правовой ответственности при осуществлении хозяйствующим субъектом деятельности в отсутствии лицензии 112
Лепехин И.А. (г. Тверь). Существенные условия кредитного договора, обеспеченного ипотекой 121
Микрюков В.А. (г. Москва). Об ограничении права на отмену доверенности 131

Мингалева Ж.А., Логинова Т.Е. (г. Пермь). Опыт правового регулирования объектов интеллектуальной собственности и инновационной деятельности (на примере Германии).....139
Насиров Х.Т. (г. Душанбе). Содержание субсидиарных обязательств.....149
Тагаева С.Н. (г. Душанбе). К проблеме компенсации морального вреда в семейном праве.....157
Щенникова Л.В. (г. Краснодар). Имущественные отношения в гражданском праве: теория и практика.....165
IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ.....176
Замараева З.П. (г. Пермь). Нормативно-правовые основы современной системы социальной защиты населения в России.....176
V. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО.....180
Задорин М.Ю. (г. Архангельск). «Традиционные знания» коренных народов в области рыболовства и «устойчивое развитие»: международно-правовая практика.....180
Ижиков М.Ю. (г. Москва). Культурный релятивизм как проблема взаимодействия международного и внутригосударственного права в области защиты прав человека.....184
Шуралева С.В., Ваньков А.В. (г. Пермь). Систематизация этических правил поведения государственных гражданских служащих в российском и международном праве.....192
VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС.....202
Борисевич Г.Я. (г. Пермь). Документы как доказательства в российском уголовном процессе.....202
Левушкин А.Н. (г. Ульяновск). Деятельность органов прокуратуры по предотвращению насилия в отношении несовершеннолетних: анализ теории и судебная практика (на примере Ульяновской области).....217

Contents

I. THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW 8
Voronin M.V. (Kazan City). Development of lawful systems formations as the manifestation of the dynamics of the right law 8
Grigoriev A.V. (Minsk City). Modern jurisprudence about the principles of the organization and functioning of the mechanism of the state 14
Kalinina E.Yu. (Saint Petersburg City). Integrity and borders of medieval juridical consciousness: the example of Spain 27
Petrov A.V. (Chelyabinsk City). To a question on legal maintenance of the organisation and activity of militia of provisional government and militia 35
Samoilova M.V. (Tver City). The regulation of debt relations by the biblical precepts 42
Solovyov S.G. (Miass City). Concept of a subject of legal regulation and its interrelation with other legal categories 47
Shirobokov S.A. (Perm City). Legal motivation of interaction of citizens and the state in the course of joint development 53
II. CONSTITUTIONAL, MUNICIPAL AND FINANCIAL LAW 60
Gasumova S.E. (Perm City). The analysis of conformity of local governments' internet resourses to the legislation of Russian Federation 60
Kochev V.A. (Perm City). Basic characteristics of the system of govermental authority 67
III. CIVIL LAW AND PROCEDURE 73
Artebyakina N.A. (Ulyanovsk City). Claimants and other persons involved in legal proceedings investigating applications for grants of compensation for breach of the right for a trial within reasonable time limits or the right for the execution of court order within reasonable time limits have to be included in the category of persons taking part in the case 73
Bondarenko N.L. (Minsk City). Problem of protection of the rights of guarantors in the relations of bank crediting in Republic of Belarus 78
Bunicheva M.G. (Perm City). The concept of succession in the reorganization of legal entities 84
Vagina O.S. (Perm City). Relationship of shareholding in housing construction as an object of private legal regulation 90
Vasiliev V.V. (Tver City). The concept of civil legal institute as a structural element of civil rights 98
Grachev R.Y. (Moscow City). Particular antimonopoly market of funeral services 104
Kvanina V.V. (Chelyabinsk City). The problem of administrative and civil liability in the implementation of economic entities in the absence of a licence 112
Lepekhin I.A. (Tver City). Essential conditions the credit contract, secured by mortgage 121
Mikryukov V.A. (Moscow City). About lmimtation of right to power of attorney revocation 131
Mingaleva Zh.A., Loginova T.E. (Perm City). Experience of legal regulation of intellectual property and innovation activity (German example) 139
Nasirov Kh.T. (Dushanbe City). Substance of subsidiary obligations 149
Tagaeva S.N. (Dushanbe City). The problem compensation of moral harm in family law 157
Schennikova L.V. (Krasnodar City). Property relations in civil law: the theory and practice 165

IV. LABOR LAW AND THE LAW OF SOCIAL PROVISION 176
Zamaraeva Z.P. (Perm City). Standard and legal bases of modern system of social protection of population in Russia 176
V. FOREIGN LAW 180
Zadorin M.Y. (Arkhangelsk City). Indigenous 'traditional knowledge' in fishery and 'sustainable development': international legal practice 180
Izhikov M.Yu. (Moscow City). Cultural relativism as a problem of interplay between international and domestic law in the field of human rights protection 184
Shuraleva S.V. Vankov A.V. (Perm City). Systematization of ethic rules of conduct for civil servants in russian and internarional law 192
VI. CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 202
Borisevich G.Y. (Perm City). Documents as proofs in the russian criminal procedure 202
Levushkin A.N. (Perm City). Activity of bodies of office of public prosecutor on prevention of violence concerning minors: the analysis of the theory and judiciary practice (on an example of the ulyanovsk region) 217

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340.15:34.04

РАЗВИТИЕ ПРАВОСИСТЕМНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ КАК ПРОЯВЛЕНИЕ ДИНАМИКИ ПРАВА

М.В. Воронин

Ассистент кафедры теории и истории государства и права
Казанский (Приволжский) федеральный университет
420008, г. Казань, ул. Кремлевская, 18
E-mail: maksim.v.voronin@mail.ru

Поднимается проблема правового развития на основе представлений о праве как системе. Выделяется категория «правосистемное образование», приводятся ее характеристики. В статье дается анализ развития правосистемных образований как проявления правовой динамики.

Ключевые слова: динамика; право; правосисистемные образования; проявление; развитие права; системность права

Развитие общества сказывается на качественном преобразовании права. Здесь важно понять два аспекта? необходимых для познания такого преобразования: какие именно составляющие будут влиять на правовую динамику и какие показатели будут ее отражать. С нашей точки зрения, ответить на такие вопросы без обращения к знаниям о системности права достаточно сложно.

Актуальность поставленной проблемы объясняется бурным процессом модернизации, происходящим в нашей стране. Проведение комплексного преобразования системы общественных отношений практически неосуществимо без должного инструментария. Так, применительно к правовой плоскости, модернизацию государственности невозможно проводить без четко работающей системы правового регулирования, правореализации, правового воспитания и образования, без плодотворной работы ученых, обеспечивающих глубокое изучение и анализ этих процессов. Более того, право, ввиду своей природы, должно учитывать изменения в конкретных сферах общественной жизни, «успевать» за социальными реалиями. В момент преобразований особо остро встает вопрос о правовой динамике, при изучении которого выявляются статичные и динамичные составляющие правовой действительности.

Здесь необходимо учитывать, что на правовую динамику влияют тенденции развития разного уровня социальных систем. При таком подходе исследовать правовую динамику без учета изменений во всех сферах общественной жизни нельзя. Необходимо понимать, что правовая динамика неотделима от оснований системности права, которые связаны с факторами, показывающими конкретную специфику регулирующего содержания права. Среди таких оснований и факторов выделим: общественные отношения, находящиеся в системном взаимодействии; государственно-властную волю законодателя, проецируемую на проводимую в стране правовую политику; принципы права; особенности правовой семьи; правовые традиции; менталитет и личностный фактор субъектов правовой жизни.

С учетом вышесказанного необходимо обратиться к такому основополагающему составляющему общеправового развития России, как системность права. Рассмотрение правовой динамики через призму системности права позволяет исследователю увидеть глубинные связи, на уровне как системы права, так и правовой системы общества, проанализировать механизм формиро-

© Воронин М.В., 2012

вания основополагающих векторов развития правовой политики, проследить, как и на уровне каких элементов правовой системы происходят изменения.

Решая поставленные в данной статье задачи, безусловно, необходимо определиться с пониманием компонентного наполнения правовой системы общества. Подходя к правовой системе с позиции системного анализа вполне логично сказать о «многосистемности» правовой системы. При этом следует подчеркнуть связь правовой системы с внешней средой, которая существенно влияет на ее развитие. Под «внешней средой» мы понимаем не только реалии отдельной социальной системы в рамках конкретно взятого общества (первый уровень), но и в целом социально-правовые реалии. Это вполне объяснимо в условиях усиления глобализационных взаимодействий и интеграционных межсферных связей.

В современной юридической науке в правовую систему включаются все правовые явления: действующее право, правовая идеология, правовая психология, правовые отношения, юридическая практика, правовые учреждения [12, с. 419]. Все они призваны «решать задачи адекватного системного реагирования правовой действительности на жизнь общества» [10, с. 70]. Ключевую роль, несомненно, играет право, представляющее собой систему правовых норм, являющееся основой системы права, правовой системы. Его динамика связана с качественным развитием системы правовых норм, переориентацией векторов целей права, изменением интегративных связей в системе права.

Изучая развитие внешних по отношению к праву правосистемных образований как фактора правовой динамики, необходимо сказать о следующем. Уловить качественные изменения относительно самостоятельных системных образований правовой жизни гораздо легче, чем дожидаться, пока изменения вторичной социальной системы (права) глубинно укоренятся в первичных социальных отношениях, приведут к необратимым изменениям, поправить которые будет достаточно сложно. Здесь вопрос стоит не просто об эффективности правотворчества и правореализации, а о роли определения, верификации качества обновления правового поля при осуществлении данных видов юридической практики. Знания о развитии отдельных правосистемных образований позволят вырабатывать адекватные меры при правотворческой и правореализационной деятельности.

Несмотря на то, что правосистемные образования не входят в содержание самого права, они занимают видное место в правовой системе общества, являясь наполнением, внешней средой для права.

Появление понятия «правосистемное образование» неслучайно: оно порождено из анализа научной литературы разных десятилетий издания. Исследуя системность права, остановимся на определении, которое дает Д.А. Керимов в своей монографии «Методология права»: «Системность права – это объективное объединение по содержательным признакам определенных правовых частей в структурно упорядоченное целостное единство, обладающее относительной самостоятельностью, устойчивостью, автономностью функционирования» [7, с. 251]. Из данного определения следует: системность права есть некий результат объединения, т.е. не свойство права, которое приводит к появлению системных связей. Под данное определение можно подвести любое правосистемное образование, любой целостный элемент правовой системы общества, что представляется не совсем верным. В другой монографии Д.А. Керимова дается аналогичное определение, только свойственное для «системы в праве» [8, с. 278]. Таким образом, мы видим, что происходит определенное отождествление системы в праве и системности права.

Поэтому, на наш взгляд, необходимо исходить из позиции В.Г. Афанасьева о понимании системности: «Способность процессов и явлений мира образовывать системы, наличие систем, системного строения материальной действительности и форм ее познания получила название системности. Иначе говоря, понятие системности отражает одну из важных черт действительности: способность вступать в такого рода взаимодействия, в результате которых образуются новые качества, не присущие исходным

объектам взаимодействия» [3, с. 30]. Тогда становится ясным, что наиболее верным является определение и совокупность признаков, выделенные Д.А. Керимовым в монографии [8], где речь идет о системе в праве.

Анализируя признаки системы в праве, приведенные в вышеупомянутой монографии, думается, что относить их следует к правосистемным образованиям вообще:

– части системного правового образования объективно объединены;

– связи частей правосистемного образования обусловлены содержательными признаками;

– системное правовое образование обладает единством, структурной упорядоченностью частей, определяющей функциональные зависимости и взаимодействие;

– системное правовое образование относительно самостоятельно, устойчиво, автономно функционирует.

Кроме того, можно выделить и другие свойства, присущие, на наш взгляд, правосистемному образованию: организованность; целостность; интегрированность [9, с. 305]; иерархичность; эмерджентность («система не есть элемент») [13, с. 16–17]; цикличность; функциональная завершенность; избирательность контакта со средой [13, с. 16; 1, с. 43]; фрактальность (запечатленность в элементарных единицах системы свойств и характеристик, присущих данной системе как целостному, составляющих ее качественную специфику) [6, с. 149]; сложность; лабильность (изменчивость системы); функциональная анизотропность (неоднородность и неравнозначность функциональных возможностей для преобразования и действия системы в различных направлениях, неравномерность элементов и связей в правосистемности) [6, с. 158]; инерционность (способность системы сохранять свое состояние, в особенности, направленность функционирования и развития, и оказывать сопротивление силам, вызывающим его изменение) [6, с. 161]; цель и целесообразный характер; функционирование и развитие [4, с. 61–64].

Необходимость выделять правосистемные образования объясняется следующим:

1) разными интегративными качествами системности права и правосистемности;

2) разнопорядковым компонентным составом рассматриваемых систем;

3) связи и взаимодействия между элементами, составляющими систему права и правовую систему, обладают неодинаковыми характеристиками.

Динамика права неотделима от развития образований внутри правовой системы конкретного общества и влияния внешних по отношению к правовой системе правовых образований.

Обращаясь к социальной динамике, необходимо заметить, что она сама по себе есть «сложное системное образование, обладающее определенной структурой, которую можно определять через призму правового развития, комплекс элементов правовой системы или систему внешних функций правовой системы общества» [5, с. 141]. Поэтому вполне возможно говорить об относительной самостоятельности, а точнее, о специфике процесса развития отдельного правового образования. Так, например, правосознание или правоотношения развиваются под влиянием единых законов общеправового развития, однако, имеют специфические черты в своей динамике. Правосознание представляет собой не право, а отношение людей к праву. Оно выступает своего рода показателем правового развития, но трудно поддающимся эмпирической верификации. Тем не менее развитие правового сознания не просто отражает правовую динамику, но и стимулирует ее при определенных условиях. История знает немало примеров, когда правосознание выступало в качестве саморегулирующего составляющего поведения субъектов правовой жизни. Особенно выражено это «при становлении правовых систем (речь идет о конститутивных элементах – правовой идеологии, практике)» [2, с. 68], когда самостоятельные элементы правовой действительности – правосистемные образования, в частности правосознание, способны как бы заменить право. «Как свидетельствует история советского права, в первые годы социалистической революции правосознание трудящихся, основанное на марксистско-ленинской

идеологии, еще до издания новых, советских законов как бы заменяло само право, выступало в качестве нормативной основы юридического регулирования. И после того как правовая система сформирована, правовая идеология, взаимодействуя с действующими нормами права и юридической практикой, взаимообогащаясь и развиваясь в этом процессе взаимодействия, сопутствует праву, примыкает к нему, выражая его особенности, его глубинные черты» [2, с. 68–69].

Вопрос о развитии правоотношений – непростая проблема. Как отдельные правосистемные образования, правоотношения могут рассматриваться через «ситуационные праворегулирующие комплексы» [11, с. 103]. При таком рассмотрении четко прослеживается направленность их развития и целевая ориентация. Сами по себе правоотношения − наиболее динамичный компонент правовой жизни. Динамика права проявляется в функционировании конструкции правоотношения как системного образования. Правоотношения воплощают реальную правовую жизнь, «сопровождая» объективное право. В его содержание включаются субъективные права и обязанности. Правоотношения, являясь результатом реализации права, опосредуются при изучении и обобщении правореализационной юридической практики. Это необходимая составляющая, которая учитывается при правотворчестве. Динамика правоотношений диалектически связана с правовым развитием через субъективные и объективные основания.

Вполне логично говорить об особенностях взаимовлияния различных правосистемных образований в структуре правовой динамики. Поднимать вопросы развития отдельных правосистемных образований необходимо, учитывая особенности каждого выраженного, относительно автономно существующего, имеющего свою функциональную заданность компонента правовой системы общества.

Обозначенные нами аспекты развития правосистемных образований в правовой динамике оставляют простор для размышлений в данной области познания правовых явлений. В рамках данной статьи нами предпринята попытка показать роль развития важных с точки зрения познания системы права компонентов, выступающих по отношению к ней в качестве внешней среды. Безусловно, что правосистемные образования влияют на наполнение содержания права. Это связано с их обратнорегулирующим объективным воздействием в результате инерционного влияния на деятельность субъекта правотворчества и правореализации.

Знать особенности развития правосистемных образований необходимо ввиду того факта, что по мере усложнения социальных отношений, правовой действительности повышается степень системности права. Все с более интенсивно начинают интегрироваться правовые системные образования. В условиях динамично развивающегося общества необходимо умело решать задачи адекватного системного реагирования усложнившихся и все более подвергающихся институциализации общественных отношений. В правовой плоскости это возможно сделать, воспринимая полисистемное строение права, осознавая его роль как социальной системы, регулирующей первичные общественные отношения, состоящей из сложных, по-своему развивающихся компонентов.

Библиографический список

1. *Аверьянов А.Н.* Системное познание мира: методологические проблемы. М.: Политиздат, 1985. 263 с.
2. *Алексеев С.С.* Общая теория права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2008. 576 с.
3. *Афанасьев В.Г.* Системность и общество. М.: Политиздат, 1980. 368 с.
4. *Блауберг И.В., Юдин Э.Г.* Становление и сущность системного подхода. М.: Наука, 1973. 270 с.
5. *Взаимодействие* политики и права / науч. ред. и сост. Ю.С. Решетов / Казан. гос. ун-т. Казань, 2009. 204 с.
6. *Виноград Э.Г.* Основы общей теории систем / Кемер. техн. ин-т пищ. пром. Кемерово, 1993. 339 с.
7. *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М.: Аванта +, 2001. 560 с.

8. *Керимов Д.А.* Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. 472 с.
9. *Крон Г.* Исследование сложных систем по частям – диакоптика. М.: Наука, 1972. 544 с.
10. *Основные* характеристики российской правовой действительности / под науч. ред. Ю.С. Решетова / Казан. ун-т. Казань, 2010. 172 с.
11. *Правовое* регулирование и правореализация / Л.Т. Бакулина, И.Г. Горбачев, Д.Н. Горшунов и др.; науч. ред. Ю.С. Решетов. Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008. 164 с.
12. *Радько Т.Н.* Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Академический Проект, 2005. 816 с.
13. *Сетров М.И.* Основы функциональной теории организации: филос. очерк. Л.: Наука, 1972. 164 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Aver'janov A.N.* Sistemnoe poznanie mira: metodologicheskie problemy. M.: Politizdat, 1985. 263 s.
2. *Alekseev S.S.* Obwaja teorija prava: uchebnik. 2-e izd., pererab. i dop. M.: TK «Velbi», Izd-vo «Prospekt», 2008. 576 s.
3. *Afanas'ev V.G.* Sistemnost' i obwestvo. M.: Politizdat, 1980. 368 s.
4. *Blauberg I.V., Judin Je.G.* Stanovlenie i suwnost' sistemnogo podhoda. M.: Nauka, 1973. 270 s.
5. *Vzaimodejstvie* politiki i prava / nauch. red. i sost. Ju.S. Reshetov / Kazan. gos. un-t. Kazan', 2009. 204 s.
6. *Vinograj Je.G.* Osnovy obwej teorii sistem / Kemer. tehn. in-t piw. prom. Kemerovo, 1993. 339 s.
7. *Kerimov D.A.* Metodologija prava (predmet, funkcii, problemy filosofii prava). M.: Avanta +, 2001. 560 s.
8. *Kerimov D.A.* Filosofskie problemy prava. M.: Mysl', 1972. 472 s.
9. *Kron G.* Issledovanie slozhnyh sistem po chastjam – diakoptika. M.: Nauka, 1972. 544 s.
10. *Osnovnye* harakteristiki rossijskoj pravovoj dejstvitel'nosti / pod nauch. red. Ju.S. Reshetova / Kazan. un-t. Kazan', 2010. 172 s.
11. *Pravovoe* regulirovanie i pravorealizacija / L.T. Bakulina, I.G. Gorbachev, D.N. Gorshunov i dr.; nauch. red. Ju.S. Reshetov. Kazan': Izd-vo Kazan. gos. un-ta, 2008. 164 s.
12. *Rad'ko T.N.* Teorija gosudarstva i prava: uchebnik dlja vuzov. M.: Akademicheskij Proekt, 2005. 816 s.
13. *Setrov M.I.* Osnovy funkcional'noj teorii organizacii: filos. ocherk. L.: Nauka, 1972. 164 s.

DEVELOPMENT OF LAWFUL SYSTEMS FORMATIONS AS THE MANIFESTATION OF THE DYNAMICS OF THE RIGHT LAW

M.V. Voronin

Kazan (Volga Region) Federal University
18, Kremlyovskaya st., Kazan, 420008
E-mail: maksim.v.voronin@mail.ru

The problem of legal development on the basis of ideas about the right as system is observed in this article. The attempt to give answer to the questions is undertaken: what precisely components will influence legal dynamics and what indices will reflect it. The answer to them is given through the prism of the lawful systems formations, which the basis of the systematization of right in turn influences.

Lawful dynamics is not separated from the basis of the systematization of the rights, which are connected with the factors, which show the concrete specific character of the regulated content of right. It is worthy to single out among such factors and foun-

dations social relations, which are found in system interaction; the official government will of legislator, projected to the conducted in the country legal policy; the principles of right; the special feature of lawful family; lawful traditions; mentality and the personal factor of the subjects of legal life.

The dynamics of right is connected with the qualitative development of the system of lawful standards, the reorientation of the vectors of the targets of right, a change of the integrative connections in the system of right. In our view, it is completely possible to determine the reflection of lawful dynamics during the lawful systems formations, which do not enter into the content of right itself, they occupy visible place in the lawful system of society, coming out as filling, by environment for the right.

In the article is given the substantiation of the isolation of category "lawful systems formation", its essential characteristics are separated. The juridical relationships and legal conscience are examined as an example.

The knowledge of the special features of the development of lawful systems formations is necessary, to the form of that fact that the degree of the systematization of right grows in proportion to the complication of social relations, lawful reality. Increasingly with the larger objective intensity begin to be integrated lawful system formations. Under the conditions of the dynamically developing society it is necessary to skillfully solve the problems of the adequate system reaction complicated and of ever more being undergone institutionalization (process of regulation formalization and standardization, forming social institutes) social relations. In the lawful sphere this is possible to make, receiving the polysystemic structure of right, realizing its role as the social system of that regulating primary social relations that consists of the complex in its own way developing components.

Keywords: dynamics; right; lawful systems formations; manifestation; the development of right; the systematization of right

УДК 340.1

СОВРЕМЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА О ПРИНЦИПАХ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ МЕХАНИЗМА ГОСУДАРСТВА

А.В. Григорьев

Адъюнкт кафедры теории и истории государства и права
Академия МВД Республики Беларусь
220005, г. Минск, пр-кт Машерова, 6
E-mail: grigor-alex@mail

Проанализированы научные точки зрения, имеющиеся в современной юридической литературе, по теоретическим проблемам принципов организации и функционирования государственного механизма. Акцентируется внимание на принципе разделения властей как основополагающем принципе организации и функционирования механизма современного правового государства. Предлагается авторское видение теоретико-правового понятия принципов организации и функционирования государственного механизма и перспектив его применения в юридической науке.

Ключевые слова: механизм государства; принципы; принципы организации и функционирования механизма государства; разделение властей

Организация, функционирование и перспективы совершенствования механизма государства являются одной из актуальных теоретических и практических проблем, исследуемых юридической наукой. Дело в том, что для социального демократического правового государства крайне важен вопрос его рационального взаимодействия с институтами гражданского общества, развитие которого невозможно без теоретической разработки и внедрения в практику стабильных основополагающих начал в качестве которых выступают принципы механизма государства. В этой связи с целью повышения эффективности деятельности государственного механизма возникает необходимость переосмысления и всестороннего анализа принципов его организации и функционирования.

Необходимость дальнейшего исследования принципов организации механизма современного государства обусловлена и тем, чтобы на основе уже раскрытых и сформулированных ранее принципов его построения, с учетом форм и методов их использования, выработать рекомендации по совершенствованию механизма государства, максимально приблизив последний к механизму правового государства, что возможно лишь при раскрытии специфических свойств, присущих механизму правового государства. Следовательно, одной из задач современной теоретической юридической науки является разработка целостной концепции принципов организации государственного механизма. Представляется, что исследование принципов организации и функционирования механизма государства должно основываться на анализе всей предыдущей практики.

Вышеизложенное предопределяет проведение исследования, направленного на поиск и разработку научно обоснованного единого подхода к проблеме принципов механизма государства с учетом исторических закономерностей их становления, функционирования, развития и новых социально-экономических реалий нашего государства. Эта задача может быть решена, если будет дан ответ на вопрос: каковы основные

© Григорьев А.В., 2012

принципы, на которых зиждется организация и деятельность механизма правового государства?

Принципы организации и функционирования государственного механизма, в смысле опознанного закона развития, разрабатывались, обосновывались и претворялись в жизнь в процессе его деятельности. Так, советскими учеными в качестве таковых были выявлены и обоснованы следующие отправные начала: принцип партийного руководства, принцип демократического централизма, социалистической законности, интернационализма и социалистического федерализма и др. Как видим, исследование принципов организации и функционирования советского государственного механизма осуществлялось советской юридической наукой строго в рамках марксистко-ленинской идеологии как основного методологического подхода.

Кардинальные изменения в государственном механизме в связи с распадом СССР заставили ученых по-новому взглянуть на проблему принципов механизма государства, тем более, что многие принципы характерные для советского периода в новых условиях себя полностью исчерпали.

На современном этапе развития юридической мысли проблематика принципов организации и функционирования государственного механизма стала сферой интересов многих белорусских ученых, среди которых В.А. Божанов [3], Г.А. Василевич [7; 5], А.Ф. Вишневский [10], С.Г. Дробязко [11], А.В. Красуцкий [14], А.В. Матусевич [18], В.В. Подргуша [22], Н.В. Сильченко [23], А.Г. Тиковенко [29; 30], О.И. Чуприс [31] и др.

Таким образом, в последние годы в юридической литературе наблюдается повышение научного интереса к проблеме принципов механизма государства, однако, несмотря на значительный объем исследований существующих на современном этапе развития правовой науки, можно констатировать, что комплексный их анализ в Республике Беларусь не проводился.

При наличии множества теоретических и практических проблем по данной теме в современной юридической науке одной из них является проблема разрешения спора по поводу того, являются ли принципы организации и функционирования механизма государства законодательно закрепленными отправными началами, идеями, требованиями или прямого законодательного закрепления и специального определения как принципа не требуется?

Так, например, исследователь З.Н. Курдюкова определяет принципы как законодательно закрепленные отправные начала, идеи, требования, лежащие в основе формирования, организации и функционирования механизма государства [15, с. 9]. Иной точки зрения придерживается профессор Г.А. Василевич, утверждая, что конституция содержит не только правовые нормы, но и принципы (руководящие идеи, определяющие основные направления деятельности) [8, с. 65], высказывая при этом идеи о том, что «… конституционные принципы формируют правовую парадигму …», «… пронизывают весь текст конституции …», «… преамбула Конституции содержит основополагающие идеи, которые мы можем определить как конституционные принципы» и др. [6, с. 45–46]. Аналогичным образом правовед А.И. Косарев предлагает под ними понимать совокупность отправных (узловых) начал и идей, на основе которых создается и функционирует система органов государственной власти [26, с. 63].

Вторая позиция представляется нам наиболее обоснованной, поскольку далеко не все принципы механизма находят нормативное выражение. Так, отдельные из них могут закрепляться косвенным путем (принцип представительства граждан во всех звеньях государственного механизма). Другие и вовсе не имеют нормативного закрепления (принцип научного подхода к управленческой деятельности). Думается, что формализация всех принципов организации и деятельности государственного механизма не является обязательным условием их реализации. Другими словами, для

эффективного функционирования государственного механизма посредством реализации его принципов не требуется их исчерпывающего нормативно закрепленного перечня. В этой связи нельзя не разделить мнение Н.Л. Бондаренко о том, что принципы служат определенным ориентиром для правоприменительных органов и одновременно своеобразным критерием оценки их деятельности, а глубокое понимание их сути является свидетельством высокого уровня правосознания и правовой культуры соответствующих субъектов [4].

Можно согласиться с тем, что закрепление принципов на законодательном уровне является свидетельством признания объективности их существования, однако отсутствие законодательно закрепленного их понятия и перечня не является препятствием для их эффективного воздействия на организацию и функционирование механизма государства.

Таким образом, принципы организации и функционирования механизма государства следует рассматривать как наиболее важные отправные начала, идеи и требования, лежащие в основе его построения и функционирования, которые раскрывают сущность, социальное содержание и назначение, основные цели и задачи государственного механизма.

Вместе с тем из анализа вышеприведенных определений можно сделать вывод о том, что принципы организации и функционирования механизма государства должны обладать такими качествами, как фундаментальность, общеобязательность, доктринальная фиксированность в соответствии с развитием представлений о государстве на современном этапе, нормативная закрепленность отдельных из них.

Плюрализм мнений наблюдается и в отношении вопроса о системе принципов организации и функционирования механизма государства и их классификации.

Для последней особенно важно выяснение конкретной сущности принципов организации и функционирования принципов механизма. Общеизвестно, что в науке классификация рассматривается как важнейший способ научного познания путем раскрытия внутренних и внешних связей между группами явлений и предметов. Поэтому и задача классификации состоит в научной систематизации групп этих явлений и предметов с тем, чтобы практическая деятельность людей соответствовала их объективному содержанию и требованиям. Отсюда очевидно теоретическое и практическое значение научной классификации принципов организации и функционирования государственного механизма. Придерживаясь точки зрения М.И. Байтина [2, с. 9], Е.А. Парасюк классифицирует принципы на общие, относящиеся к механизму государства в целом, и частные, действие которых распространяется лишь на некоторые звенья государственного механизма, отдельные органы или группы органов [21, с. 8]. В свою очередь, общие принципы можно разделить на две группы. К первой относятся принципы, закрепленные в Конституции, ко второй – принципы, сформулированные в текущем законодательстве. Первая группа объединяет классические конституционно-закрепленные принципы организации и деятельности государственного механизма: народовластие, гуманизм, разделение властей, законность [21, с. 10]. К принципам первой группы, называя их общими требованиями, предъявляемыми к процессу организации и деятельности государственных аппаратов разных стран, М.Н. Марченко относит: принцип оптимальности построения структуры государственного аппарата, принцип его эффективности, законности и конституционности, высокого профессионализма государственных служащих, соблюдения высоких этических стандартов членами парламентов и чиновниками, их полной политической лояльности и др. [17, с. 215]. По мнению профессора А.Г. Тиковенко, «перечисление конституционных принципов и отдельных конституционных институтов свидетельствует о том, что Конституция Беларуси содержит в себе огромный потенциал, который должен повсеместно использоваться в государственном управлении, правотворческой и правоприменительной практике» [28, с. 41]. Соблюдение же принципов правового демократического государства, по утверждению Г.А. Василевича,

– важнейшее условие разумного правового регулирования, т.е. такого правового воздействия на общественные отношения, которое способствует прогрессивному развития общества в силу учета объективно складывающихся закономерностей [8, с. 65]. Ученый убежден, что основой для приближения стран молодой демократии к эталону правового государства являются принципы правового государства, сформулированные или «выводимые» из текста Конституции. По его мнению, к ним относятся: принцип разделения и взаимодействия властей; принцип непридания актам, устанавливающим или усиливающим ответственность, обратной силы; создание отлаженного механизма восстановления нарушенного права и др. [6, с. 46–48].

Конституционные принципы организации и деятельности механизма государства применительно к Республике Беларусь получают свое дальнейшее развитие и конкретизацию во второй группе принципов, закрепляемых в текущем законодательстве. Полагаем, что комплексное выражение эта группа принципов получила в Законе Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь» от 14 июня 2003 г. №204-З. К ним относятся: верховенство Конституции Республики Беларусь; служение народу Республики Беларусь; законность; приоритет прав и свобод человека и гражданина, гарантии их реализации; гуманизм и социальная справедливость; единство системы государственной службы и ее дифференциация исходя из концепции разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную; гласность; профессионализм и компетентность государственных служащих; подконтрольность и подотчетность государственных служащих, персональная ответственность за неисполнение либо ненадлежащее исполнение ими своих служебных обязанностей; добровольность поступления граждан на государственную службу; равный доступ граждан к любым должностям в государственной службе и продвижения по государственной службе в соответствии с их способностями и профессиональной подготовкой; стабильность государственной службы в целях обеспечения преемственности власти; экономическая, социальная и правовая защищенность государственных служащих [19, ст. 6].

Раскрывая содержание принципа профессионализма в контексте проблем совершенствования правового института организации государственной службы Республики Беларусь, О.И. Чуприс указывает, что данный принцип приобретается в результате долговременной работы в отдельной сфере (отрасли, области) или на отдельных должностях, которые могут быть зачтены в стаж государственной службы при переходе на нее [31, с. 225].

Анализируя значение принципов как основополагающих начал создания и функционирования государственной службы, судья Конституционного суда Республики Беларусь В.В. Подргуша подчеркивает их зависимость от адекватности понимания внутренних закономерностей общественных отношений. В то же время и принципы способны влиять на устанавливаемую модель государственной службы, ее правовое регулирование [22]. Поэтому стоит согласиться с мнением А.Г. Тиковенко, о том, государственная служба основывается как на основополагающих принципах организации и деятельности государственного аппарата, так и на присущих ей специальных принципах. Принципы, закрепленные в ст. 6 Закона о государственной службе, характеризуют основополагающие черты и особенности самого института государственной службы, объективно отражают его направленность, природу и выступают в качестве руководящих идей, ориентиров при организации и функционировании [29]. Ученый, анализируя данные принципы, не указывает конкретно, какие из них характерны для государственного механизма в целом, а какие отражают особенности государственной службы. Так как специальные принципы государственной службы являются отправными началами, указанными в Закона о государственной службе, следовательно, к принципами организации и функциониро-

вания государственного механизма А.Г. Тиковенко относит принципы верховенства Конституции Республики Беларусь, служения народу Республики Беларусь, законности, приоритета прав и свобод человека и гражданина, гарантии их реализации; гуманизма и социальной справедливости, гласности.

По справедливому утверждению С.Г. Дробязко, к принципам государственного механизма относятся: приоритет прав и свобод человека, демократизм, законность, профессионализм и разделение властей [11, с. 101–102]. К указанным А.И. Косарев добавляет принципы научности и внепартийности аппарата государства [26, с. 63–65]. В свою очередь А.С. Пиголкин акцентирует внимание на принципе представительства интересов граждан во всех звеньях государственного аппарата [27, с. 166]. Г.Г. Фастович обращает внимание на принцип эффективности в деятельности государственного механизма как один из основополагающих принципов государственного управления, важное средство борьбы с коррупцией в государственного механизме, необходимое условие демократической системы сильного эффективного государства [31, с. 24]. Полагаем, что относить указанный принцип к основополагающим можно с большой долей условности, поскольку он больше отражает степень реализации рассмотренных выше принципов, которые, на наш взгляд, и стоит отнести к основополагающим принципам организации и функционирования государственного механизма. Представляется, что эффективность зависит от степени реализации указанных принципов, что и позволяет судить об эффективности государственного механизма. Заслуживает внимания точка зрения Р.У. Айбазова, который сквозь призму государственного управления рассматривает принципы организации и деятельности механизма государства, относя к последним оптимальную организацию аппарата управления, обеспечение его эффективной деятельности; профессионализм и ответственность управленческих кадров; искоренение бюрократизма и коррупции; законность и контроль исполнения решений государственных органов власти и управления [1, с. 30].

По мнению В.В. Лазарева, система принципов государственного механизма включает в себя принципы гуманизма, гласности, национального равноправия, централизма, научного подхода к управленческой деятельности, сочетания единоначалия и коллегиальности в принятии решений [16, с. 399–400]. Любая система характеризуется целостностью, разновидностью, сложностью элементов, устойчивостью, взаимосвязью и взаимодействием образующих ее составных частей. В качестве таковых универсальных положений и выступают принципы организации и функционирования государственного механизма. Следует отметить, что использование при дефинировании принципов организации и функционирования механизма государства таких выражений, как «основополагающие, руководящие, исходные идеи», «универсальные положения», «своеобразный фундамент», указывает на их абстрактность, в то же время принципы механизма государства – объективно-субъективная категория, которая находит закрепление как в юридической доктрине, так и в текущем законодательстве. Их объективность заключается в том, что они отражают сущность явлений и процессов, содержащихся в реальных связях законов и закономерностей, т.е. принципы, как и законы, объективны и не зависят от воли людей. Однако в результате познания законов и закономерностей объективного мира людьми формулируются и выявляются принципы как руководящие начала с целью соответствия повседневно практической деятельности законам природы и общества, что, на наш взгляд, и отражает их субъективный характер. В этой связи совершенно справедлива точка зрения профессора Г.А. Василевича, который полагает, что «конституционные принципы не изобретаются людьми, они ими выявляются, как и всякие объективно существующие законы» [9, с. 98].

Таким образом, количественное разнообразие рассматриваемых принципов свидетельствует о значительной доле субъективизма при их формулировании, что

обусловлено авторской либо идеологической позицией ученых.

Перечисленные принципы организации и функционирования государственного механизма подробно исследованы юридической наукой. Поэтому, не ставя цель рассмотреть все или многие из важных, основных принципов организации и деятельности государственного механизма, остановимся на раскрытии принципа разделения властей, являющегося по сути методологическим узлом теории правового государства.

Итак, принцип разделения властей предполагает сложную систему взаимоотношений, взаимосвязей между законодательной, исполнительной и судебной властями, что выражается в так называемой системе сдержек и противовесов. Элементами этой системы являются: конституционный контроль, право вето на законопроекты, срочность полномочий должностных лиц, право парламента преодолевать президентское вето, право парламента отозвать поддержку правительства и отправить его в отставку, право правительства на законодательную инициативу и др.

Теория разделения властей, в классическом ее варианте, создана французским ученым Шарлем Монтескье, затем была реализована в Конституции США 1787 г., и только в 1994 г. в нашем государстве конституционное закрепление впервые она получила в ст. 6 (в Конституции 1978 г. закреплялась руководящая и направляющая роль компартии) Конституции Республики Беларусь. Вместе с тем, данные обстоятельства не свидетельствуют об отсутствии белорусской традиции концепции разделении властей как атрибута правового государства. Большой вклад в развитие теории правового государства внесли белорусские мыслители Ф. Скорина, С. Будный, А. Волан, М. Литвин, Л. Сапега. Кроме того, положения Статута Великого Княжества Литовского 1588 г. ограничивали великокняжескую (исполнительную) власть Сеймом (законодательным органом); предусматривали наличие независимых судов (судебная власть) [25], что позволяет сделать вывод о юридическом закреплении принципа разделения властей. Обращаясь к нормам Статута Великого Княжества Литовского, как к историческому аспекту развития правовой системы и становления белорусской государственности, следует согласиться с позицией профессора Н.В. Сильченко: «Трэба мец на ўвазе, што гісторыя нашай дзяржаўнасці, нашай прававой сістэмы павінна быць разгледжана ў кантэкце не толькі гісторыі расійскай дзяржавы, але і ў кантэксце гісторыі еўрапейскай і сусветнай супольнасці. Толькі так, паступова, крок за крокам, разглядаючы адну праблему за другой праз прызму сваіх нацыянальных інтарэсай, мы здолеем пабудаваць сваю адметную, скіраванную на ўласныя нацыянальныя інтарэсы, гісторыю дзяржавы і права і сфарміраваць уласна беларускую тэорыю дзяржавы і права» [24, с. 5].

Вместе с тем необходимо учитывать, что разделение властей, возникнув как теоретическая концепция, превратилось в конституционный принцип, а взаимоотношения между ветвями власти находятся в тесной взаимосвязи с историческими особенностями политико-правового режима, обусловленного особенностями различных этапов становления государственности. Отсюда понято, что рассматриваемый принцип характерен в основном для государства, признающего идеологию правового государства.

Что же касается социалистического государства, то в качестве основного принципа организации и деятельности его механизма выступала руководящая роль марксистко-ленинской партии. К другим политическим принципам относились: принцип демократического централизма, принцип национального равноправия и принцип социалистической законности и др.

Современный конституционный принцип разделения властей в Республике Беларусь представлен следующим образом: «Государственная власть в Республике Беларусь осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную. Государственные органы в

пределах своих полномочий самостоятельны: они взаимодействуют между собой, сдерживают и уравновешивают друг друга» (ст. 6) [12]. Подчеркивая значение этого конституционного положения, Г.А. Василевич указывает: «Данная теория прошла проверку практикой и является наиболее оптимальной базой для такой организации государственной власти, которая исключает или в значительной мере предотвращает сползание к авторитаризму и тирании в различных их проявлениях, способствует укреплению конституционной законности. Поэтому в качестве основы для создания системы власти в республике была взята доктрина разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную» [7]. Наиболее полную реализацию концепции разделения властей, отмечает ученый, обеспечивает принцип верховенства права (ст. 7), согласно которому государство, все его органы связаны правом, действуют в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней законов [5, с. 21].

Принцип разделения властей, по мнению А.Г. Тиковенко, имеет своей целью защиту общества, человека и гражданина от тоталитарного государства, его неограниченной власти с помощью расчленения последней на несколько ветвей, зачастую на три ветви, их надлежащего организационно-правового ограничения [30, с. 32].

На наш взгляд, теория разделения властей есть классическая теория, положения которой легли в основу устройства и функционирования государственного механизма большинства стран, однако, в современному эпоху она приобретает новое содержание. Вполне закономерно теория разделения властей на белорусской исторической почве приобрела несколько иную, отличную от классического образца, национальную модель. Недопустимость отождествления концепции разделения властей в ее современном понимании и классической теории А.В. Красуцкий справедливо объясняет значительными различиями в подходах к отдельным вопросам, в частности, таким, как степень властных и контрольных полномочий каждой из ветвей власти [14, с. 11–12]. Смысл теории разделения властей, по мнению Н.В. Сильченко, и состоит именно в том, чтобы рассредоточить осуществление функций верховной государственной власти между различными субъектами, не допустив концентрацию всей верховной государственной власти в руках какого-то одного органа [23, с. 212]. Итак, в современных условиях принцип разделения властей заключается в первую очередь не в разграничении функций (компетенций, полномочий), а в недопущении сосредоточения всей полноты власти у одной из ее ветвей, установления ее «единовластия», иначе говоря – диктатуры, поэтому в обеспечении свободы личности и недопущении тоталитаризма и авторитаризма профессор В.А. Божанов аналогично видит основное содержание теории разделения властей [3, с. 7]. Отмечая значение указанного принципа для государственного строительства, А.В. Матусевич, отмечает, что разделение властей в Республике Беларусь стало не только правовой, но и исторической реальностью в организации государства. При осуществлении принципа разделения властей иерархия органов сменяется вертикальной иерархией права, как основы деятельности всех государственных органов [18, с. 192–193].

Принцип разделения властей имеет длительную историю развития, а также различную степень реализации в практике государственно-правового строительства, однако в современном правовом государственном механизме он обеспечивает предметно-функциональную и структурную обособленность высших органов государственной власти и, следовательно, их относительную самостоятельность и независимость друг от друга. Именно поэтому рассматриваемый принцип служит критерием демократизма политической системы общества, а его реализация возможна в рамках демократического правового государства. Между тем в научной литературе высказываются диаметрально противоположные суждения: от безоговорочного принятия теории разделения властей до весьма скептического отношения к ней не только как научной концепции, но и как к конституционному принципу организации и деятельности органов власти конкретного государства

[13, с. 230]. Отметим, что многие белорусские ученые стали заниматься исследованием теории правового государства и, как следствие, принципом разделения властей только после его нормативного выражения. Представляется, этот факт вызван тем, что реконструировать теорию правового государства можно было только тогда, когда выявлена сущность государства и права, а главное, обоснованы источники обязательности права для государства. Закрепление принципа разделение властей на конституционном уровне явилось позитивно-правовым основанием исследования указанного отправного начала.

Современная юридическая наука характеризуется отсутствием единства методологических подходов к принципам организации государственного механизма, их классификации и системе, что, с одной стороны, обусловливает сложность исследования указанной научной проблемы, с другой – отсутствие этатистской идеологии и доминирующей методологии в научных исследованиях способствует всестороннему анализу и реализации принципа объективности научного познания.

Теория государства и права содержит большое разнообразие принципов организации механизма государства, преодоление чего является проблематичным, поскольку выявление принципов осуществляется зачастую субъективно и в основном они носят оценочный характер. Однако, на наш взгляд, следует придерживаться точки зрения, различающей общие и частные принципы. Общие принципы являются основополагающими. Вместе с тем формулировка этих принципов достаточно разнообразна. Это объясняется тем, что в одних случаях принципы организации механизма государства определяются историческим период развития государственности, в других случаях разнообразие принципов зависит от субъективного подхода того или иного ученого.

Позитивистский подход рассматривает принципы организации и функционирования механизма государства как закрепленные отправные начала. Мы же считает, что прямого законодательного закрепление той или иной идеи и специального определения ее как принципа не требуется. Дело в том, что далеко не все принципы механизма находят нормативное выражение. Так, отдельные из них могут закрепляться косвенным путем, другие и вовсе не имеют нормативного закрепления. Представляется, что для эффективного функционирования государственного механизма посредством реализации его принципов не требуется их исчерпывающего нормативно закрепленного перечня.

Обобщая взгляды ученых по данной проблеме, следует отметить, что к принципам организации и функционирования механизма правового государства следует отнести: демократизм, приоритет прав и свобод человека, законность, разделение властей, принцип оптимальности построения структуры государственного механизма, профессионализм государственных служащих. Постоянное и всестороннее исследование этих проблем составляет приоритетную задачу теории и истории государства и права, конституционного, административного права и других наук, что указывает на комплексный характер проблемы. Тем более, традиционная классификация и организация научных дисциплин уже давно не отвечает потребностям времени, поскольку уже давно наиболее плодотворные исследования и теоретические разработки идут на стыках науки или в междисциплинарных областях [20, с. 7]. Являясь отправной точкой, определяющей направления развития общей теории государства и права в условиях выработки общей концепции механизма государства, именно принципы организации и функционирования государственного механизма становятся ценностными ориентирами сбалансированной политики государства. Проблема принципов механизма государства затрагивает первостепенные теоретические вопросы правоведения, поскольку определение их содержания отражает специфику функционирования государственного механизма.

Всесторонний учет принципов организации и функционирования механизма государства, носящих объективно-субъективный характер, позволяет обеспечить максимальную эффективность государственного управления обществом.

Большинство принципов механизма государства нашло свое закрепление в Конституции Республики Беларусь и текущем законодательстве. Их содержание, безусловно, отражает определенные особенности современного белорусского государства.

Теоретические знания о принципах позволяют сформулировать научнообоснованный взгляд обо всей системе принципов механизма государства. Важным является изучение их содержательной стороны не только на уровне отдельного (каждого принципа в отдельности), но также в их единстве и во взаимосвязи. Именно такой подход обеспечивает наибольшую полноту сведений о системной сущности принципов, каждый из которых имеет свою индивидуальность и функциональное назначение.

Уяснение основных принципов организации и функционирования государственного механизма позволяет дать их научное определение в следующем изложении: принципы организации и функционирования механизма современного правового государства – это основополагающие относительно стабильные доктринально закрепленные начала (отдельные из них имеют нормативное выражение), лежащие в основе формирования, организации и функционирования механизма современного правового государства и определяющие его сущность, социальное назначение, функциональную направленность, носящие общеобязательный характер.

Таким образом, принципы организации и деятельности механизма государства обеспечивают его целенаправленность, единство и целостность, необходимые для его успешного функционирования. Представляя совокупность отправных начал и идей, они, характеризуя сущность, социальное назначение, цели, задачи и функции государственного механизма, пронизывают и формируют всю его структуру, а также распространяют свое действие на правоприменительную практику государственных органов в целом и органов внутренних дел в частности.

Библиографический список

1. *Айбазов Р.У.* Конституция и государственное управление (социальная и правовая природа, понятийный аппарат и принципы) // Юристъ-Правоведъ. 2002. №2. С. 26–31.
2. *Байтин М.И.* Механизм современного российского государства // Правоведение. 1996. №3. С. 6–9.
3. *Божанов В.А.* Разделенная власть: классическая теория и современность // Место и роль Национального собрания Республики Беларусь в конституционной системе разделения властей: материалы науч.-теорет. конф., Минск, 16 дек. 2008 г. / Ин-т парламентаризма и предпринимательства ; редкол.: В.А. Божанов, А.В. Горелик. Минск, 2008. С. 4–11.
4. *Бондаренко Н.Л.* Применение принципов гражданского права в процессе осуществления судопроизводства (по состоянию на 29.12.2010 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». [Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информации Республики Беларусь. Минск, 2012].
5. *Василевич Г.А.* Конституция Беларуси – акт высшей юридической силы // Вестн. Конституц. суда Республики Беларусь. 1997. №1. С. 21–25.
6. *Василевич Г.А.* Конституция суверенной Беларуси // Демократическое социальное правовое государство – основной вектор развития Республики Беларусь: материалы респ. науч-практ. конф., Минск, 11 марта 2009 г. / М-во юстиции Республики Беларусь. Минск, 2009. С. 43–48.
7. *Василевич Г.А.* Научно-практический комментарий к Конституции Республики Беларусь (по состоянию на 05.01.2006 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». [Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой ин-

формации Республики Беларусь. Минск, 2012.
8. *Василевич Г.А.* Правовые принципы – основа разумного правового регулирования // Право Беларуси. 2003. №7. С. 65–67.
9. *Василевич С.Г.* Правовые принципы административной ответственности // Весн. Канстытуц. суда Рэсп. Беларусь. 2007. №3. С. 96–103.
10. *Вишневский А.Ф.* Основные признаки правового государства в современной юридической науке // Демократическое социальное правовое государство – основной вектор развития Республики Беларусь: материалы респ. науч-практ. конф., Минск, 11 марта 2009 г. / М-во юстиции Республики Беларусь. Минск, 2009. С. 110–115.
11. *Дробязко С.Г.* Общая теория права: учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2007. 480 с.
12. *Конституция* Республики Беларусь 1994 года (с изм. и доп., принятыми на респ. референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). Минск: Амалфея, 2007. 48 с.
13. *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России конца XIX – начала XX века. М.: Юрлитинформ, 2005. 337 с.
14. *Красуцкий А.В.* Контрольные функции Национального собрания Республики Беларусь – важный фактор сдержек и противовесов в системе разделения властей // Место и роль Национального собрания Республики Беларусь в конституционной системе разделения властей : материалы науч.-теорет. конф., Минск, 16 дек. 2008 г. / Ин-т парламентаризма и предпринимательства; редкол.: В.А. Божанов, А.В. Горелик. Минск, 2008. С. 11–17.
15. *Курдюкова З.Н.* Теоретические проблемы механизма государства // Актуальные проблемы механизма государства. 2009. №2. С. 8–10.
16. *Лазарев В.В.* Теория государства и права: учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2002. 576 с.
17. *Марченко М.Н.* Теория государства и права: учеб. пособие. М., 2001. 624 с.
18. *Матусевич А.В.* Государственное строительство в Республике Беларусь: состояние законодательства и разделение властей // Правотворческая деятельность в Республике Беларусь / Белорус. ин-т гос. строительства и законодательства. Минск: ООО «Скарына», 1997. С. 192–211.
19. *О государственной* службе в Республике Беларусь: Закон Республики Беларусь от 14 июня 2003 г. №204-З (в ред. Закона Республики Беларусь от 19 дек. 2011 г.) // Нац. реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. №70. 2/953; 2011. №140. 2/1877.
20. *Павлов В.И.* От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права. Минск: Акад. МВД, 2011. 319 с.
21. *Парасюк Е.А.* Теоретико-правовое исследование понятия «механизм государства» // Рос. юстиция. 2009. №11. С. 7–11.
22. *Подргуша В.В.* Институт государственной службы: основные составляющие [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». [Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информации Республики Беларусь. Минск, 2012].
23. *Сильченко Н.В.* О верховенстве закона в условиях разделения властей // Правотворческая деятельность в Республике Беларусь / Белорус. ин-т гос. строительства и законодательства. Минск: ООО «Скарына», 1997. С. 212–219.
24. *Сільчанка М.У.* Паходжанне дзяржавы і права: вучэб. дапам. Гродна: ГрДУ, 2005. 147 с.
25. *Статут* Вялікага княства Літоўскага 1588 / пер. на беларус. А.С. Шагун. Мінск: Беларусь, 2005. 206 с.

26. *Теория* государства и права: учеб. пособие / под ред. А.И. Косарева. М.: ЮНИТИ, 2000. 207 с.
27. *Теория* государства и права: учебник / под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юрайт, 2005. 613 с.
28. *Тиковенко А.Г.* Конституция Беларуси – основа жизни и модель поведения общества и государства // Вестн. Молодеж. науч. о-ва. 2004. №2. С. 40–41.
29. *Тиковенко А.Г.* Постатейный комментарий к Закону Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь» / К.И.Кеник, В.В. Подгруша, А.Г. Тиковенко (по состоянию на 15.12.2009 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». [Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информации Республики Беларусь. Минск, 2012].
30. *Тиковенко А.Г.* Принцип разделения властей: теория и практика // Вестн. Конституц. суда Республики Беларусь. 1997. №1. С. 32–37.
31. *Фастович Г.Г.* К вопросу о реализации принципа эффективности в деятельности механизма государства Российской Федерации: общетеоретические аспекты // Право и государство: теория и практика. 2010. №12(72). С. 23–25.
32. *Чупирс О.И.* Совершенствование правового института организации государственной службы Республики Беларусь // Демократическое социальное правовое государство – основной вектор развития Республики Беларусь: материалы респ. науч-практ. конф., Минск, 11 марта 2009 г. / М-во юстиции Республики Беларусь. Минск, 2009. С. 225–231.

Bibliograficheskij spisok

1. *Ajbazov R.U.* Konstitucija i gosudarstvennoe upravlenie (social'naja i pravovaja priroda, ponjatijnyj apparat i principy) // Jurist#-Pravoved#. 2002. №2. S. 26–31.
2. *Bajtin M.I.* Mehanizm sovremennogo rossijskogo gosudarstva // Pravovedenie. 1996. №3. S. 6–9.
3. *Bozhanov V.A.* Razdelennaja vlast': klassicheskaja teorija i sovremennost' // Mesto i rol' Nacional'nogo sobranija Respubliki Belarus' v konstitucionnoj sisteme razdelenija vlastej: materialy nauch.-teoret. konf., Minsk, 16 dek. 2008 g. / In-t parlamentarizma i predprinimatel'stva; redkol.: V.A. Bozhanov, A.V. Gorelik. Minsk, 2008. S. 4–11.
4. *Bondarenko N.L.* Primenenie principov grazhdanskogo prava v processe osuwestvlenija sudoproizvodstva (po sostojaniju na 29.12.2010 g.) [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus». [Belarus'. Tehnologija 3000 / OOO «JurSpektr», Nac. centr pravovoj informacii Respubliki Belarus'. Minsk, 2012].
5. *Vasilevich G.A.* Konstitucija Belarusi – akt vysshej juridicheskoj sily // Vestn. Konstituc. suda Respubliki Belarus'. 1997. №1. S. 21–25.
6. *Vasilevich G.A.* Konstitucija suverennoj Belarusi // Demokraticheskoe social'noe pravovoe gosudarstvo – osnovnoj vektor razvitija Respubliki Belarus': materialy resp. nauch-prakt. konf., Minsk, 11 marta 2009 g. / M-vo justicii Respubliki Belarus'. Minsk, 2009. S. 43–48.
7. *Vasilevich G.A.* Nauchno-prakticheskij kommentarij k Konstitucii Respubliki Belarus' (po sostojaniju na 05.01.2006 g.) [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus». [Belarus'. Tehnologija 3000 / OOO «JurSpektr», Nac. centr pravovoj informacii Respubliki Belarus'. Minsk, 2012.
8. *Vasilevich G.A.* Pravovye principy – osnova razumnogo pravovogo regulirovanija // Pravo Belarusi. 2003. №7. S. 65–67.
9. *Vasilevich S.G.* Pravovye principy administrativnoj otvetstvennosti // Vesn. Kanstytuc. suda Rjesp. Belarus'. 2007. №3. S. 96–103.
10. *Vishnevskij A.F.* Osnovnye priznaki pravovogo gosudarstva v sovremennoj juridicheskoj nauke // Demokraticheskoe social'noe pravovoe gosudarstvo – osnovnoj vektor razvitija Respubliki Belarus': materialy resp. nauch-prakt. konf., Minsk, 11 marta 2009 g. / M-vo justicii Respubliki Belarus'. Minsk, 2009. S. 110–115.

11. *Drobjazko S.G.* Obwaja teorija prava: ucheb. posobie dlja vuzov. Minsk: Amalfeja, 2007. 480 s.
12. *Konstitucija* Respubliki Belarus' 1994 goda (s izm. i dop., prinjatymi na resp. referendumah 24 nojabrja 1996 g. i 17 oktjabrja 2004 g.). Minsk: Amalfeja, 2007. 48 s.
13. *Kornev V.N.* Problemy teorii gosudarstva v liberal'noj pravovoj mysli Rossii konca HIH – nachala HH veka. M.: Jurlitinform, 2005. 337 s.
14. *Krasuckij A.V.* Kontrol'nye funkcii Nacional'nogo sobranija Respubliki Belarus' – vazhnyj faktor sderzhek i protivovesov v sisteme razdelenija vlastej // Mesto i rol' Nacional'nogo sobranija Respubliki Belarus' v konstitucionnoj sisteme razdelenija vlastej: materialy nauch.-teoret. konf., Minsk, 16 dek. 2008 g. / In-t parlamentarizma i predprinimatel'stva; redkol.: V.A. Bozhanov, A.V. Gorelik. Minsk, 2008. S. 11–17.
15. *Kurdjukova Z.N.* Teoreticheskie problemy mehanizma gosudarstva // Aktual'nye problemy mehanizma gosudarstva. 2009. №2. S. 8–10.
16. *Lazarev V.V.* Teorija gosudarstva i prava: uchebnik dlja vuzov. 2-e izd., ispr. i dop. M.: Spark, 2002. 576 s.
17. *Marchenko M.N.* Teorija gosudarstva i prava: ucheb. posobie. M., 2001. 624 s.
18. *Matusevich A.V.* Gosudarstvennoe stroitel'stvo v Respublike Belarus': sostojanie zakonodatel'stva i razdelenie vlastej // Pravotvorcheskaja dejatel'nost' v Respublike Belarus' / Belorus. in-t gos. stroitel'stva i zakonodatel'stva. Minsk: OOO «Skarына», 1997. S. 192–211.
19. *O gosudarstvennoj* sluzhbe v Respublike Belarus': Zakon Respubliki Belarus' ot 14 ijunja 2003 g. №204-Z (v red. Zakona Respubliki Belarus' ot 19 dek. 2011 g.) // Nac. reestr pravovyh aktov Respubliki Belarus'. 2003. №70. 2/953; 2011. №140. 2/1877.
20. *Pavlov V.I.* Ot klassicheskogo k neklassicheskomu juridicheskomu diskursu. Ocherki obwej teorii i filosofii prava. Minsk: Akad. MVD, 2011. 319 s.
21. *Parasjuk E.A.* Teoretiko-pravovoe issledovanie ponjatija «mehanizm gosudarstva» // Ros. justicija. 2009. №11. S. 7–11.
22. *Podrgusha V.V.* Institut gosudarstvennoj sluzhby: osnovnye sostavljajuwie [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus». [Belarus'. Tehnologija 3000 / OOO «JurSpektr», Nac. centr pravovoj informacii Respubliki Belarus'. Minsk, 2012].
23. *Sil'chenko N.V.* O verhovenstve zakona v uslovijah razdelenija vlastej // Pravotvorcheskaja dejatel'nost' v Respublike Belarus' / Belorus. in-t gos. stroitel'stva i zakonodatel'stva. Minsk: OOO «Skarына», 1997. S. 212–219.
24. *Sil'chanka M.U.* Pahodzhanne dzjarzhavy i prava: vuchjeb. dapam. Grodna: GrDU, 2005. 147 s.
25. *Statut* Vjalikaga knjastva Litoŭskaga 1588 / per. na belarus. A.S. Shagun. Minsk: Belarus', 2005. 206 s.
26. *Teorija* gosudarstva i prava: ucheb. posobie / pod red. A.I. Kosareva. M.: JuNITI, 2000. 207 s.
27. *Teorija* gosudarstva i prava: uchebnik / pod red. A.S. Pigolkina. M.: Jurajt, 2005. 613 s.
28. *Tikovenko A.G.* Konstitucija Belarusi – osnova zhizni i model' povedenija obwestva i gosudarstva // Vestn. Molodezh. nauch. o-va. 2004. №2. S. 40–41.
29. *Tikovenko A.G.* Postatejnyj kommentarij k Zakonu Respubliki Belarus' «O gosudarstvennoj sluzhbe v Respublike Belarus'» / K.I. Kenik, V.V. Podgrusha, A.G. Tikovenko (po sostojaniju na 15.12.2009 g.) [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus». [Belarus'. Tehnologija 3000 / OOO «JurSpektr», Nac. centr pravovoj informacii Respubliki Belarus'. Minsk, 2012].
30. *Tikovenko A.G.* Princip razdelenija vlastej: teorija i praktika // Vestn. Konstituc. suda Respubliki Belarus'. 1997. №1. S. 32–37.
31. *Fastovich G.G.* K voprosu o realizacii principa jeffektivnosti v dejatel'nosti mehanizma gosudarstva Rossijskoj

Federacii: obweteoreticheskie aspekty // Pravo i gosudarstvo: teorija i praktika. 2010. №12(72). S. 23–25.

32. *Chupirs O.I.* Sovershenstvovanie pravovogo instituta organizacii gosudarstvennoj sluzhby Respubliki Belarus' // Demokraticheskoe social'noe pravovoe gosudarstvo – osnovnoj vektor razvitija Respubliki Belarus': materialy resp. nauch-prakt. konf., Minsk, 11 marta 2009 g. / M-vo justicii Respubliki Belarus'. Minsk, 2009. S. 225–231.

MODERN JURISPRUDENCE ABOUT THE PRINCIPLES OF THE ORGANIZATION AND FUNCTIONING OF THE MECHANISM OF THE STATE

A.V. Grigoriev

Academy of the Ministry of Internal Affaires of the Republic of Belarus
6-a, Masherov av., Minsk, 220005
E-mail: grigor-alex@mail.ru

The doctrinal approaches to the definition of the principles of the organization and functioning of the mechanism of the state in jurisprudence are investigated. The attention is focused on the principle of the division of the powers as a basic principle of the organization and functioning of the mechanism of a modern lawful state. The scientific points of view which are available in the modern legal literature, on theoretical problems of the principles of the organization and functioning of the mechanism of the state are analyzed. The absence of the unity of the methodological approaches in the modern jurisprudence to the principles of the organization of the mechanism of the state, their classification and system is noticed that on the one hand causes complexity of research of the specified scientific problem, with another – the absence of the ideology of the etatism and dominating methodology in scientific researches promotes the all-round analysis and realization of a principle of objectivity of scientific knowledge.

The author comes to the conclusion that fastening of the principles at the legislative level is the certificate of the recognition of the objectivity of their existence; however the absence of their legislatively fixed concept and the list is not an obstacle for their effective influence on the organization and functioning of the mechanism of the state. The author's vision of the theoretical-legal concept of the principles of the organization and functioning of the mechanism of the state and the prospect of its application in the jurisprudence is offered. The explanation of main principles of the organization and functioning of the mechanism of the state has allowed to make their scientific definition in a following statement: the principles of the organization and functioning of the mechanism of a modern lawful state are basic rather stable and doctrinal fixed beginnings separate from which have the standard expression, underlying the formations, organizations and functioning of the mechanism of a modern lawful state and defining its essence, social appointment, the functional orientation, having obligatory character.

Keywords: the mechanism of the state; the principles; the principles of the organization and functioning of the mechanism of the state; the division of the powers

УДК 340.153

ЦЕЛОСТНОСТЬ И ПОГРАНИЧНОСТЬ В СРЕДНЕВЕКОВОМ ПРАВОСОЗНАНИИ (НА ПРИМЕРЕ ИСПАНИИ)

Е.Ю. Калинина

Кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории права и гражданско-правового образования
Российский государственный педагогический университет им. А.И.Герцена
191186, г. Санкт-Петербург, Набережная реки Мойки, 48, корп. 20
E-mail: bellaflor@mail.ru

Правосознание, язык, знаковая система Средневековья являются унифицированной системой, отражающей целостность общества. Однако границы с необходимостью существуют и определяют бытие общества. Граница представляет собой условие для существования общества, а также конкретного индивида. В статье рассматривается сочетание целостности и пограничности в средневековом правосознании на примере Испании.

Ключевые слова: средневековое правосознание; граница; средневековая Испания

В данной статье предполагается вести речь о таком феномене, как пограничное символичное мышление в средневековой Испании, в частности о правовом мышлении. Формирование такого типа правосознания имело место на Иберийском полуострове уже в античную эпоху, когда на развитие иберийской цивилизации оказывали влияние иные высокоразвитые культуры Античности: финикийцы, греки, римляне. Именно это влияние, которое было разнообразным по содержанию, создало особый тип правовой культуры, который был свойственен средневековой Испании.

Право в Средневековье, в отличие от современной эпохи, не являлось отдельной сферой социальных взаимоотношений. Оно было неотделимо от культуры в целом, являлось важной частью религии, политики, экономических отношений. Следовательно, язык права, его основные понятия неотделимы от своего рода «метаязыка» культуры Средневековья. Это определяет то, что речь здесь пойдет не только и не столько о праве в том виде, как мы привыкли в нашей повседневной юридической практике.

Средневековая культура в целом отличается символичностью. Правовая культура символична в особенности. Формирование средневекового правового мышления в Испании происходит в период Античности. Это подготовило почву для последующего развития испанской культуры в эпоху Средневековья, когда складывается национальная государственность. Одновременно в этот период происходит тесное общение между представителями наций и этносов, влекущее за собой культурный обмен, принятие ряда новых компонентов культуры (в искусстве, политике, экономике, юриспруденции и других сферах общественной практики). Часто это происходит насильственно, когда во время завоеваний или колонизации победившие народы навязывают свои культурные ценности, при этом нередко уничтожая ценности покоренных народов. Подобная форма влияния была свойственна, например, римлянам. Они поступали таким образом с народами, находящимися на более высоких ступенях развития (греки), примерно на том же уровне (финикийцы) и на низших ступенях развития (иберы). С другой стороны, побежденные народы часто сами принимают те формы общественной жизни, которые им кажутся более приемлемыми. При этом, вопреки распространенному мнению, завоеванные народы, которые находятся на примерно равном культурном уровне, более охотно воспринимают чужую культуру, тогда как народы, признаваемые «отсталыми», сопротивляются наиболее ожесточенно, оберегая

© Калинина Е.Ю., 2012

свою идентичность. В Испании это особенно заметно на примере жителей юга полуострова, которые на тот момент времени считались принадлежащими высокоразвитой культуре, и кельтиберов. Кельтиберам удалось отстоять свою идентичность, что повлекло за собой последующее формирование в рамках единой испанской нации разных национальностей, отличающихся как языком, так и другими социально-культурными компонентами.

Вместе с тем нередко победители признают, что ряд культурных форм завоеванных народов более отвечает их потребностям, и в этом случае перенимают определенные формы культуры: быт, политическое и правовое устройство. Например, так нередко поступали финикийцы. Вестготы (визигоды) же пытались оказать сопротивление засилью римской культуры, но были вынуждены принять римское право в целом, хотя и с отдельными оговорками.

Этот пример показывает, что для более развитых форм цивилизации как в Античности, так и в эпоху Средневековья свойственно большее размывание границ, а для менее развитых цивилизаций идентичность является наиболее важным компонентом, цементирующим культуру. С одной стороны, это способствует формированию нации, этноса. С другой стороны, это показывает, что понятие «граница» в их сознании более оформлено и «граница» эта имеет более четкие очертания.

Однако это утверждение требует дополнительного комментария. Одно из основных заблуждений, когда мы сравниваем уровень цивилизационного развития, − это оценочная характеристика. В данном случае она недопустима. Речь идет о «времени жизни» рассматриваемой цивилизации, а также об обстоятельствах этой «жизни» (например, был ли народ завоеван или сам стал завоевателем, в какие отношения и с какими народами вступал и т.п.). Стало быть, под более развитыми цивилизациями мы будем понимать цивилизации, прошедшие более длительный путь развития. С другой стороны, не обойдемся мы и без того, чтобы рассматривать степень развития материальной культуры, развитие экономики и политики, социальной сферы.

Символичность, как одно из основных определяющих качеств средневековой культуры, в том числе правовой культуры, по мнению многих исследователей, служит основой для «отделения» от других эпох. Это же обстоятельство позволяет считать средневековую культуру иррациональной. Такая картина мира средневекового человека свидетельствует о целостности мировоззрения, что, в свою очередь, подразумевает отсутствие членения мышления, а значит, культуры, на отдельные сферы. Следовательно, понимание границы совершенно иное, нежели в настоящее время или, по крайней мере, в другие эпохи. Граница не представляет собой непреодолимое или труднопреодолимое препятствие, она расплывчата, и те грани бытия, которые разделены этой границей, в определенных обстоятельствах могут перетекать одно в другое, встречаться на границе и обмениваться содержательными компонентами. Не разделяются также целое и его часть: так часть воспринимается обладающей всеми свойствами целого; так и язык, знаковая система средневековья, является унифицированной системой, отражающей целостность общества. По словам А.Я. Гуревича, «есть только один язык, одна всеобъемлющая знаковая система, всякий раз особым образом расшифровываемая в зависимости от той сферы человеческой деятельности, к которой она применяется»[2, с. 24].

Следовательно, право, правовое мышление, правовая культура в целом неотделимы от иных форм культуры, мышления. Тогда, объясняя особенности других сфер культуры, мы может познать особенности правового бытия. Первое, что можно отметить: право средневековой Испании символично и ритуально. Римляне глубоко религиозны, а потому судебные действия, а также гражданско-правовые сделки неразрывно связаны с религиозным ритуалом. Уже греков, как представителей более развитой цивилизации, «искренне удивляла крайняя и искренняя религиозность римлян, подчинявших свои действия, в том числе и военные, знамениям ауспиций, жертвоприношениям, совершаемым самими консулами», «Полибий отмечает, что римская богобоязнь и следование ритуалам и обетам пред-

ставляется грекам нелепой, а у римлян она составляет основу государства» [7, с. 287–288]. Эти принципы распространялись и на завоеванные территории, формируя в ментальности проживающих на них народов сходные принципы. Как уже отмечалось, автохтонное население Иберии, проживающее на восточном и южном побережьях полуострова, а также в юго-восточной части полуострова по своему уровню развития, как считается, приближалось к уровню завоевателей: карфагенян и римлян; и это послужило одной из причин восприятия ряда культурных форм. Другой важной причиной является наличие общих экономических и торговых интересов. Как отмечал, в частности, И.А. Покровский, «необходимо было новое право, которое было бы свободно от всяких местных и национальных особенностей, которое могло бы одинаково удовлетворить римляна и грека, египтянина и галла. Нужно было….. *право всемирное, универсальное*» [5, с. 14]. Так в средневековом испанском правосознании сформировались две уникальные черты: ритуальность, связанная с религиозностью, и универсальность (целостность) мышления.

Вместе с тем все сказанное вовсе не означает, что для средневекового человека нет различия между «своим» и «чужим». Инаковость сознается довольно остро уже в силу психофизиологических особенностей индивидов. В этом смысле нельзя сказать, что люди в рассматриваемый период кардинально отличаются от современного человека. Эти два, казалось бы, противоположные свойства личности и общества в совокупности составляют базис для формирования правовой культуры: единство и многообразие, центробежность и центростремительность, уникальность и стереотипность. Уже само римское право укрепило в правосознании иберийских народов такое свойство, как пограничность. Как отмечают исследователи римского права, в частности Г.Ф. Пухта, «римляне не имели обыкновения стеснять различные национальности, подчиненные их владычеству, одними и теми же специальными формами управления, в противном случае им пришлось бы вести бесцельную борьбу с упорными элементами, обладавшими большою силою» [6, с. 131]. Принуждение к следованию нормам римского права происходит позже, когда римская администрация утверждается на полуострове. Вместе с тем «принятие римского основного закона, написанного на латыни, давало местному населению в Испании серьезные привилегии, особенно в вопрос налогообложения, что, в частности, и обеспечивало распространенность права» [3, с. 290]. В результате происходило преодоление общинной замкнутости и складывались основы для формирования единого правосознания, которое стало базисом для появления единой испанской нации. Таким образом, граница в иберийском правосознании осознавалась, однако не была непроницаемой.

Сходная ситуация сложилась, когда в Испанию пришли варвары-вестготы (визигоды). На завоеванной территории проживало большое количество римских граждан, а также местное население, воспринявшее римские нормы. Для них была установлена система «личной подсудности», позволявшая им судиться по частноправовым спорам в соответствии с нормами римского права. «В силу этого принципа подсудность определялась не местонахождением лица, но принадлежностью его к тому или иному племени» [4, с. 2]. Впоследствии вестготы восприняли нормы римского права. Многие авторы XIX в., как в России, так и за рубежом, объясняют это тем почтением, которое питали германцы к римскому праву, когда осознали его превосходство над своими, разрозненными, установлениями. Однако скорее в римском праве варваров могла привлекать эта универсальность, целостность, которая позволяла учесть интересы разнородных племен и общин и создать единую систему государственного управления. На этой основе именно вестготы начали создание единой государственности в Испании, процесс которого был прерван арабским вторжением.

Процесс формирования универсального (целостного) и в то же время пограничного правосознания в средневековой Испании продолжился во время арабской конкисты (завоевания) полуострова. С одной стороны,

была продолжена традиция формирования единой государственности на основе установления неких единых правил общежития, с другой стороны, резче обозначились границы, в том числе в связи с нарастанием процесса преодоления границ в рамках необходимости трансграничной коммуникации. В это же время в качестве особого интегрирующего фактора начинает выступать христианская религия. Она становится важным инструментом, формирующим как обыденное сознание, так и правосознание населения. В то же время она становится фактором объединения страны и начала реконкисты (отвоевания). Это происходит, поскольку религия включает некоторый концентрированный текст, понятный определенной группе людей, даже если это и происходит на уровне коллективного бессознательного, общественной памяти, как бы мы ни назвали это явление. В любом случае религия через ритуал служит транслятором в символической форме определенного набора ценностей, свойственных представителям той или иной культуры, а также их иерархии. Религия также несет в себе информацию об основах построения общества, государства и права, а следовательно, способствует формированию правосознания.

Когда Испания оказалась разделена на мусульманскую и христианскую, образовалось множество «пограничных» групп, которые не подпадали фактически под определение «исламский» или «христианский» в чистом значении. Например, можно выделить мувалладов (христиан из состава местного населения, захваченного маврами и принявшего ислам), мудехаров (мусульман, оказавшихся на территориях, отвоеванных христианами и вынужденных приспосабливать нормы ислама к требованиям королевской власти), ренегатов (христиан, самостоятельно принявших решение о смене религии на ислам и переходе на сторону мавров), марранов (евреев, принявших христианство), мосарабов (христиан, оказавшихся на территории, завоеванной мусульманами, и вынужденных приспосабливаться к условиям, определяемым властями Аль-Андалуса). Многие крестьяне (и этот феномен действительно особенно ярко проявлялся в сельской местности) к моменту начала арабского завоевания, по сути, еще оставались язычниками, поскольку не так давно произошло вестготское завоевание, которое привело государство к христианству, но не смогло укоренить веру в простом народе. Именно это население либо перешло в ислам, либо значительно арабизировалось, что привело к принятию народом новых правил существования в государстве, управляемом арабами. Вопрос об идентичности каждой из этих групп достоин стать предметом отдельного исследования.

Как отмечает в своем исследовании о социальных группах Аль-Андалуса профессор университета Мохаммедия (Mohammedia) Марокко Ахмед Тахири (Ahmed Tahiri) [9, p. 11], в течение долгого времени как в арабской, так и испанской научной традиции было принято изучать социальную жизнь, например, мусульманской территории Испании либо по «расовому» критерию (население таким образом делится на автохтонов и «пришлых», среди которых особенно выделялись арабы, берберы и славяне, также речь иногда идет о «черных людях»), либо по религиозному критерию (христиане, мусульмане, иудеи). В результате мы получаем учение статическое, которое не дает никакого представления о «живом» историческом процессе, о том, как жили и взаимодействовали эти люди в одном городе, селении. Несмотря на то, что нам известно о ряде правовых актов, которые запрещают тесное общение между представителями разных религий и наций, также мы знаем, что общение на бытовом и иных уровнях происходило довольно интенсивно. В результате смешанных браков рождались дети, которых невозможно было отнести ни к какой категории. В результате торговых и иных экономических контактов появлялись общности людей, которые также «выпадали» из своей социальной группы. Эти люди начинали говорить на другом языке, совершать иные социальные ритуалы, переходить в другую религию, заключать гражданско-правовые сделки и судиться по иным правовым нормам.

Это обстоятельство влияло и на политико-правовые процессы, поскольку возникала настоятельная необходимость не толь-

ко регулировать правовое и общесоциальное положение таких групп, но и отношения, возникающие между ними, не допускать конфликтов, а следовательно, создавать законодательство, учитывающее разнообразные интересы. Впоследствии это приводит к тому, что в политико-правовой культуре Испании формируется такое свойство, как стремление к компромиссу. Компромисс этот может показаться уникальным. В результате могли меняться многие социальные нормы, которые и сегодня представляются незыблемыми для представителей традиционной культуры. Поэтому применительно к Средним векам это может показаться выходящим за все возможные социальные рамки. Это происходит из ошибочного убеждения о «косности» и мракобесии, которые «царили» в Средние века. Так, например, люди, проживая на определенной территории и принадлежа к определенной социальной группе, могли поменять религию. Особенно интересен этот момент по отношению к мусульманам, поскольку известно, что за отказ от религии отступника ждала смерть. Примерно такая же судьба (в зависимости от ситуации и географического положения) могла ожидать и европейского христианина. Это соответствовало не только религиозным и моральным убеждениям, но и политическим и правовым. Правовой аспект здесь заключается в том, что смена религии носила не столько моральный характер, сколько считалась уголовным преступлением. Впрочем, четкую границу провести при этом практически невозможно, поскольку в Средние века право было неотделимо от морали. В «пограничной зоне» эти запреты не снимались полностью, что свидетельствовало бы о ломке традиционных религиозно-правовых институтов, но допускались определенные вариации, зафиксированные в нормативно-правовых актах. Как отмечает И.И. Варьяш, «переход мусульман в христианство фигурирует в грамотах как обыденное явление», что на практике не гарантировало защиты «от гнева своих бывших единоверцев, которые иногда пускались на различные козни и судебные разбирательства, дабы отравить существование новоиспеченному или будущему христианину» [1, с. 108−109]. Естественно, что в восприятии современников подобные нормы права и морали зависели от времени, места, позиции правителя и прочих факторов. Однако то, что в правосознании жителей средневековой Испании закрепилось подобная возможность, свидетельствует о том, что универсальность является отличительной чертой иберийского правосознания. С другой стороны, как мусульманские, так и христианские правители, несмотря на попытку дистанцироваться от инконфессиональных общин на своих территориях (например, принимая нормативно-правовые акты о различиях), вынуждены были оговаривать отдельно «смешанные казусы», способы решения проблем между представителями различных групп, что, в свою очередь, закрепляло такую черту средневекового иберийского правосознания, как пограничность (подробнее об этом см., напр., [1]).

Результатом неизбежно должен был стать политико-правовой компромисс. Это свойство стало одним из коренных в политической и правовой культуре и правосознании населения Испании. Это свойство в полной мере проявляется и в современной политической жизни: несмотря на то, что Испания сегодня является унитарным государством, это единство – лишь форма. Внутри же политическая жизнь представляет собой совокупность разноплановых интересов, которые необходимо свести к единому знаменателю. Универсальность уникальным образом сочетается с пограничностью в общей и правовой культуре, в частности. Испания – одно из немногих унитарных государств, где регионы обладают широкими полномочиями, зафиксированными прежде всего в Конституции. Перечень этих полномочий позволяет говорить о создании компромиссной формы государственного устройства − между унитарным и федеративным. Это отражается в гражданском правосознании и правовой культуре Испании.

Стремление к целостности, компромиссу, но также пограничности создает на Иберийском полуострове особый тип правовой культуры и правосознания, который

позволяет говорить о таком феномене, как пограничная правовая культура. Граница с необходимостью существует и, более того, определяет само бытие общества. Это происходит потому, что граница представляет собой условие для существования самого общества, а также конкретного индивида. Граница – способ оформления вещи. За пределами границы вещь прекращает свое существование и начинается существование «не-вещи». Для социального бытия это определяющее качество. Поэтому мы наблюдаем не только размывание границы, но и прежде всего возникновение на этой основе нового типа правовой культуры.

Интересно также отметить: и в самих мусульманской или христианской частях Испании в обществе постоянно происходит взаимодействие, в том числе и конфликтное, без участия «пришлых» социальных групп. Об этом свидетельствуют прежде всего конфликты и восстания, жестоко подавляемые властью, вне зависимости от национальной или религиозной принадлежности их участников. Это, например, граница между родовой и служилой знатью как в Аль-Андалусе, так и в Кастилии, Леоне и других частях христианской Испании. Это граница между горожанами и крестьянами – очень важная для развития государственности и определяющая в социальной жизни. Это граница между аристократией и «простыми» людьми. В Аль-Андалусе это также граница между арабами и берберами; и не менее важные племенные границы, разделяющие социальные группы.

Еще одной характерной, почти парадоксальной, чертой разделения на социальные группы и формирования социальных, политических и правовых границ между ними было определяющее значение приближенности к аппарату управления. В результате складывалась ситуация, когда привычная нам иерархия социальных групп не вполне соответствовала нашим представлениям. Так, придворные рабы Аль-Андалуса или королевские рабы, например, в Кастилии занимали в социальной иерархии гораздо более высокое место, чем разбогатевшие представители городов или тем более землевладельцы. Вторые и третьи в течение долгого времени вообще не принимали участия в политической жизни. И на территории Испании формируется так называемый средний класс, который не имел никаких политических и очень мало экономических прав, что со временем не могло не повлиять на развитие государственности (подробнее об этом см., напр., [8, p. 83−86]).

Таким образом, можно отметить основные компоненты, которые оказали влияние на формирование пограничной символичной правовой культуры в Испании в эпоху Средневековья. В результате сформировались правовая культура и правосознание, характеризующиеся, казалось бы, противостоящими друг другу качествами. С одной стороны, это целостность, универсальность, стремление к объединению, взаимовосприятию. С другой стороны, это пограничность, которая была необходима для формирования идентичности, отделения себя от «другого». В целом эти два компонента сформировали такой тип правовой культуры и правосознания, который можно называть пограничным в том смысле, что он сложился на границе влияния различных типов цивилизаций. Произошел процесс идентификации и становления единой нации на основе принятия тех качеств и свойств разных культур, которые оказались наиболее успешными в процессе становления государственности в Испании. Это как интегрирующие компоненты, которые способствовали формированию идентичности на Иберийском полуострове (например: единая религия как метаязык; римское право как нормативный способ оформления общества; компоненты, привнесенные другими народами), так и разграничивающие, устанавливающие социальные границы (сословность, религия, племенные признаки, формирующаяся национальная идентичность). Базисом для формирования специфического испанского средневекового правосознания послужило прежде всего римское право, а также христианская религия, которые и придали ему свойство универсальности, целостности. Однако несомненное влияние оказали и другие культурные компоненты, вошедшие как составные части в испанскую правовую культуру.

Библиографический список

1. *Варьяш И.И.* Правовое пространство ислама в христианской Испании XIII–XV вв. М.: УРСС, 2001. 188 с.
2. *Гуревич А.Я.* Категории средневековой культуры. М.: Искусство, 1984. 350 с.
3. *Кофанов Л.Л.* Восприятие сущностных элементов римского права в Испании I в. н.э. На материале lex Coloniae genetivae juliae, LXV и lex municipii malacitani, LXIIII: к проблеме эволюции legis actio sacramento in rem //Античная цивилизация и варвары / отв. ред. Л.II. Маринович; Ин-т всеобщей истории РАН. М.: Наука, 2006. С. 290−304.
4. *Муромцев С.А.* Рецепция римского права на Западе. М., 1886. 153 с.
5. *Покровский И.А.* История римского права. СПб.: Изд.-торг. дом «Летний сад», 1998. 211 с.
6. *Пухта Г.Ф.* История римского права. М., 1864. 400 с.
7. *Токмаков В.Н.* Рим и Македония в споре за Элладу: варвары покоряют греков // Античная цивилизация и варвары / отв. ред. Л.П. Маринович; Ин-т всеобщей истории РАН. М.: Наука, 2006. С. 243−290.
8. *García de Cortázar J.A.* Historía de España. La época medieval. Madrid: Alianza Editoral, 1988. 425 p.
9. *Tahiri A.* Las clases populares en al-Andalus-Málaga: Editoral SARRIA, 2003. 139 p.

Bibliograficheskij spisok

1. *Var'jash I.I.* Pravovoe prostranstvo islama v hristianskoj Ispanii XIII–XV vv. M.: URSS, 2001. 188 s.
2. *Gurevich A.Ja.* Kategorii srednevekovoj kul'tury. M.: Iskusstvo, 1984. 350 s.
3. *Kofanov L.L.* Vosprijatie suwnostnyh jelementov rimskogo prava v Ispanii I v. n.je. Na materiale lex Coloniae genetivae juliae, LXV i lex municipii malacitani, LXIIII: k probleme jevoljucii legis actio sacramento in rem //Antichnaja civilizacija i varvary / otv. red. L.II. Marinovich; In-t vseobwej istorii RAN. M.: Nauka, 2006. S. 290−304.
4. *Muromcev S.A.* Recepcija rimskogo prava na Zapade. M., 1886. 153 s.
5. *Pokrovskij I.A.* Istorija rimskogo prava. SPb.: Izd.-torg. dom «Letnij sad», 1998. 211 s.
6. *Puhta G.F.* Istorija rimskogo prava. M., 1864. 400 s.
7. *Tokmakov V.N.* Rim i Makedonija v spore za Jelladu: varvary pokorjajut grekov // Antichnaja civilizacija i varvary / otv. red. L.П.Marinovich; In-t vseobwej istorii RAN. M.: Nauka, 2006. S. 243−290.
8. *García de Cortázar J.A.* Historía de España. La época medieval. Madrid: Alianza Editoral, 1988. 425 r.
9. *Tahiri A.* Las clases populares en al-Andalus-Málaga: Editoral SARRIA, 2003. 139 r.

INTEGRITY AND BORDERS OF MEDIEVAL JURIDICAL CONSCIOUSNESS: THE EXAMPLE OF SPAIN

E.Yu. Kalinina

Herzen State Pedagogical University of Russia
48-20, Moika embankment, Saint Petersburg, 191186

The juridical consciousness, language, sign system of the Middle Ages, are the unified system reflecting integrity of a society. However borders with necessity exist and define society existence. The border represents a condition for existence of the society, and also the concrete individual.

The boundary consciousness is peculiar to the Mediterranean civilizations. The Iberian culture was created in virtue of the different ancient cultures influence, and it caused its features during Middle Ages epoch when the nation came into being.

The law of medieval Spain is symbolical and ritual. On the other hand, such distinctive feature as integrity, universality is peculiar to it. This characteristic was introduced into the Spanish legal culture from the Roman law. It was conducive to create the integrative system of the government, to consolidate the people of different grades of legal development. Visigoths and Arabs, who launched invasion on peninsula later, accepted this universal legal system that helped them to hold the subdued people in submission.

During the centuries of the Arabian invasion, integrity of the juridical consciousness remains. Christian religion becomes a basis for the phenomenon. It forms identity of the nation. On the other hand, the realization of borders is also formed. Communications on borders give rise to new types of legal relations. New social groups emerge. The government is obliged to create the system of the law which would consider not only interests and aims of the groups divided by borders, but also those people who was found in transboundary groups.

Subsequently it leads to the forming in politic and legal culture of Spain such a quality as tendency to the compromise. The compromise and universality combination creates the special type of legal culture and juridical consciousness which allows saying about such phenomenon as boundary legal culture on Iberian Peninsula. It was necessary for identity formation.

In the article the combination of integrity and borders in medieval juridical consciousness is studied, and the Spanish case is considered as an example.

Keywords: medieval juridical consciousness; Border; Medieval Spain; Society

УДК 340.158

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ ОРГАНИЗАЦИИ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ МИЛИЦИИ ВРЕМЕННОГО ПРАВИТЕЛЬСТВА И МИЛИЦИИ «БЕЛЫХ» ПРАВИТЕЛЬСТВ УРАЛА И СИБИРИ

А.В. Петров

Доктор юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории государства и права
Южно-Уральский государственный университет
454080, г. Челябинск, пр-кт. Ленина, 76
E-mail: araukaria@yandex.ru

Исследуются проблемы нормативного регулирования организации и деятельности народной милиции Временного правительства и милиции «белых» правительств, действовавших на территории Урала и Сибири в период Временного правительства и Гражданской войны.

Автор проводит сравнительный анализ организации народной милиции Временного правительства и милиции «белых» правительств, сопоставляя в историко-правовом аспекте не только отдельные стороны функционирования, но и нормативную правовую базу их деятельности, а также вопросы финансирования и комплектования кадрами.

Ключевые слова: правоохранительные органы; история милиции; охрана общественного порядка

Революции 1917 года и Гражданская война занимают особое место в истории России. В ходе революционных событий были упразднены государственные органы дореволюционной России, в том числе и органы Министерства внутренних дел. Период между двумя революциями 1917 года − Февральской и Октябрьской – характеризовался разрушением системы старых и созданием новых органов правопорядка. В результате 17 апреля 1917 г. Временным правительством были изданы постановления «Об учреждении милиции» и «Временное положение о милиции» [3, с. 56–64], согласно которым органом охраны правопорядка признавалась народная милиция Временного правительства.

Октябрьская революция 1917 года положила начало становлению Советского государства. Советская власть выработала новые принципы принятия нормативных актов, что значительно повлияло на формирование института советской милиции. Правовым основанием организации новой, советской, милиции стал нормативный акт НКВД «О рабочей милиции» от 28 октября 1917 г. [2, с. 15].

Однако установление режима «демократической контрреволюции» в 1918 году привело к повсеместной ликвидации советского государственного аппарата. В период Гражданской войны было создано свыше 60 «революционных» и «контрреволюционных» национально-государственных образований [9, с. 3], в том числе на территории, где была ликвидирована Советская власть, насчитывалось более двадцати различных антибольшевистских правительств [20, с. 58].

На территории Сибири наиболее крупным являлось Временное Сибирское правительство [12, с. 98], на Урале – Временное Областное правительство Урала (Екатеринбург, август – ноябрь 1918 г.) [7, с. 2] и Комитет членов Учредительного собрания (Самара, июня 1918 – по январь 1919 г.) [11, с. 75]. Впоследствии правительства Комитета членов Учредительного Собрания, Временного Областного правительства Урала и Временного Сибирского правительства передали власть Российскому Правительству во главе с А.В. Колчаком,

© Петров А.В., 2012

который 18 ноября 1918 г. объявил себя Верховным правителем России.

Различные направления деятельности народной милиции Временного правительства были отражены в трудах В.В. Баранова, Р.С. Мулукаева, В.Ф. Некрасова, А.О. Несмиянова, П.Ф. Николаева и др. Изучением проблем формирования и деятельности милиции «белых» правительств занимались Г.К. Гинс, С.П. Звягин, В.С. Кобзов, А.И. Семенов, А.Я. Малыгин, А.Н. Никитин, Д.А. Сафонов, М.М. Степанов, И.Ф. Фирсов и др.

Вместе с тем вопросы сравнительного анализа организации народной милиции Временного правительства и милиции «белых» правительств не получили должного освещения. Поэтому представляется актуальным исследование нормативной базы деятельности правоохранительных органов, существовавших в разные периоды российского государства.

Необходимо провести сравнение в историко-правовом плане отдельных аспектов организации народной милиции Временного правительства и милиции «белых» правительств, нормативной правовой базы их деятельности, а также вопросов финансирования и комплектования кадрами. Данное сравнение позволяет более подробно изучить поставленные проблемы, по-новому интерпретировать введенную в научный оборот информацию, сформировать более широкий контекст рассмотрения особенностей организации милиции в период двоевластия и Гражданской войны на Урале и в Сибири.

В соответствии с постановлением Временного правительства «Об учреждении милиции» от 17 апреля 1917 г. милиция объявлялась исполнительным органом государственной власти на местах, «состоящим в непосредственном ведении земских и городских общественных управлений». Начальник милиции назначался и увольнялся городской или уездной земской управой без определения срока его службы. Он должен был ежегодно отчитываться перед городской думой или уездным собранием, а также перед комиссаром Временного правительства данной местности, что подтверждается многочисленными письмами и телеграммами [21, с. 309].

Нормативным актом, регулировавшим деятельность милиции Временного Сибирского правительства, являлось Временное положение о сибирской милиции [1, с. 2–8], принятое Административным советом Временного Сибирского правительства 17 сентября 1918 г. В соответствии со ст. 1 милиция называлась исполнительным органом Временного Сибирского правительства на местах в составе МВД. Милиция определялась как орган охраны общественной безопасности и порядка, защита граждан от насилия и самоуправства. Поддержание порядка было главной задачей милиции на территории, которую контролировали другие антибольшевистские правительства.

Такое представление о задачах милиции, по-видимому, дало основание советским исследователям отождествлять милицию с органами государственной безопасности. В.В. Гармиза писал о том, что охрана порядка безопасности граждан вверялась тогда милиции, а точнее, полиции, так как функции ее в значительной степени совпадали с функциями «охранки» [4, с. 53]. Однако, как отмечал С.П. Звягин, анализ документов и деятельности сибирской милиции показывает, что такое представление не в полной мере отражало многообразие милицейской службы [8, с. 172].

Милиция «белых» правительств в отличие от народной милиции Временного правительства не была подотчетна органам местного самоуправления. Начальники и их помощники уже не избирались городскими и земскими управами, а назначались МВД по представлению губернских и областных комиссаров. Все же прочие чины милиции назначались губернским (областным) комиссаром по представлению начальников милиции (ст. 13). Это свидетельствовало о предпосылках формирования сильной вертикали власти.

В соответствии с постановлением от 17 апреля 1917 г. милиционерами не могли стать лица, состоящие под следствием и судом по обвинению в преступлении, несостоятельные должники, состоящие под опекой за расточительство, содержатели домов терпимости. На службу в милицию могли

быть приняты лица, осужденные за кражу, мошенничество, укрывательство похищенного, подлоги, лихоимство, ростовщичество, если со дня отбытия наказания прошло более 5 лет. Начальниками милиции и их заместителями могли стать лица, имеющие образование не ниже среднего. Начальник милиции должен был ежегодно отчитываться перед комиссаром Временного правительства в данной местности. Министру внутренних дел принадлежало общее руководство деятельностью милиции, издание инструкций и наказов для нее, а также производство ревизий.

В отличие от постановления Временного правительства Временное положение «О сибирской милиции» вводило еще одну категорию граждан, которые не могли служить в милиции, – ответственные работники при Советах (ст. 15).

Если сотрудники советской рабоче-крестьянской милиции не могли продолжать службу в милиции Временного Сибирского правительства, то отношение к бывшим полицейским и жандармам было нейтральным. Правительство привлекало на службу в органы внутренних дел бывших жандармов и полицейских. Через органы печати к ним даже обратились с предложением вступать в ряды милиции. Директор Департамента милиции В.Н. Пепеляев обосновал подобное решение тем, что на службу в милицию принимают бывших полицейских и жандармов, которые «не опорочены по суду и ни в чем предосудительном не замечены, как людей, подготовленных теоретически и практически» [14, с. 63].

В период Гражданской войны непосредственно на местах милицией руководили губернские (областные) комиссары, переименованные постановлением правительства от 28 декабря 1918 г. в управляющих. Им, в свою очередь, подчинялись начальники отделов милиции губернских и областных управлений. Интересно, что, как и в царской России, эти должностные лица имели весьма ограниченные полномочия. Вся полнота власти по руководству милицией, в том числе кадровые назначения, была в руках руководителей губернии (области).

В период функционирования народной милиции Временного правительства в губерниях и в крупных городах предусматривалось учреждение должности правительственного комиссара по делам милиции. Впоследствии губернским комиссарам было предоставлено право временно отстранять от исполнения своих обязанностей начальника милиции. Постановление Временного правительства «Об учреждении милиции» не стало тем нормативным актом, который определил принципы ее устройства и деятельности, прежде всего для низового звена. Объяснялось это тем, что на местах не существовало единообразия в системе местных органов власти и управления [17, с. 35–36]. Назначив своими комиссарами на местах председателей земских управ в губерниях и уездах, городских управ – в городах, т.е. руководителей местного самоуправления, Правительство тем самым провело широкую децентрализацию государственного управления [10, с. 6].

Однако, как и в период Временного правительства, какого-либо органа, руководившего милицией Временного Сибирского правительства на губернском уровне, не предусматривалось. Такое руководство осуществлялось губернским комиссаром, и без того имевшим весьма широкий круг полномочий. Отсутствие специального губернского руководящего органа не могло сказаться на качестве выполнения милицией возложенных на нее задач.

Вопрос о финансировании милиции решался Временным правительством и Временным Сибирским правительством поразному. Так, по постановлению Временного правительства от 17 апреля 1917 г. расходы на милицию в 1917 г. не должны были превышать расходов на полицию. Однако к марту 1917 г. расходы на милицию составляли 73 231 руб., а на содержание бывшей полиции отпускалось 8 620 руб. Следовательно, постановление Временного правительства не исполнялось. Именно поэтому Тобольская городская дума постановила: «Если испрашиваемый думой кредит на содержание милиции отпущен не будет, то последняя, в силу крайней необходимости, будет расформирована городским само-

управлением вследствие отсутствия у города средств» [16, с. 289].

Вопрос о финансировании милиции «белых» правительств решался иным образом. В соответствии со ст. 8 Положения о сибирской милиции органы местного самоуправления должны были нести одну треть расходов по финансированию милиции (соответственно уездную милицию финансировали уездные земские органы, городскую милицию – органы городского самоуправления). Остальная часть расходов возлагалось на государственный бюджет.

В докладе городского головы Екатеринбурга на имя Верховного правителя от 22 февраля 1919 г. говорилось, что за период с 1 августа 1918 г. по 1 января 1919 г. город выплатил на содержание милиции 620 тыс. руб. От областного правительства Урала было получено лишь 254 тыс. Таким образом, долг казны городу к 1 января 1919 г. составил 360 тыс. руб. [6, с. 42]. А всего в соответствии с объяснительной запиской к проекту штатов и окладов Екатеринбургской уездной милиции на содержание Екатеринбургской уездной милиции требовалось в год 3 309 800 руб. [5, с. 89].

При этом в Екатеринбурге органы городского самоуправления предлагали совершить зачет требований: вместо выплаты одной трети расходов городские управления предоставляли «помещения для милиции: для управления милиции, канцелярии участковых начальников и арестантских помещений» [5, с. 103].

Финансирование милиции (основной ее части) из государственного бюджета позволило значительно улучшить ее снабжение, а также увеличить (в основном руководящему составу) оклады. Например, начальник Новониколаевской городской стал получать 750 руб., а оклад старшего милиционера был равен 300 руб., младшего – до 250 руб. [15, с. 269]. Необходимо отметить, что действие Временного положения о сибирской милиции утратило свою силу после занятия территории Сибири и Урала войсками Красной Армии во второй половине 1919 г.

Как отмечает М. М. Степанов, в качестве основы организации и правового регулирования органов внутренних дел «белых» правительств использовались организационно-правовые начала органов внутренних дел дореволюционной России, при этом в государственных образованиях «демократической контрреволюции» использовалось законодательство Временного правительства [18, с. 84].

Заслуживает внимания точка зрения И.Ф. Фирсова. По его мнению, Временное Сибирское правительство не предложило никаких принципиально новых подходов к построению органов милиции и лишь воспользовалось идеями, провозглашенными в марте 1917 г. Временным правительством, в частности подчинило милицию губернским и уездным комиссарам. При этом от принципов, заложенных в организацию народной милиции после 7 апреля 1917 г. (децентрализация, выборность, подчиненность органам местного самоуправления), Временное Сибирское правительство полностью отказалось, осознавая, видимо, ошибочность такого подхода [19, с. 65].

На наш взгляд, согласиться с таким мнением не представляется возможным, так как при разработке Временного положения о сибирской милиции учитывался дореволюционный опыт построения органов охраны правопорядка.

Вполне обоснованной представляется точка зрения А.Я. Малыгина, А.Н. Никитина, которые полагали, что разработчики Положения о сибирской милиции использовали не только Временное положение от 17 апреля 1917 г., но и Устав уголовного судопроизводства, опыт царской полиции и милиции Временного правительства [13, с. 49].

Формирование правоохранительных органов в период Временного правительства и гражданской войны имело как общие, так и особенные черты. Основными нормативными актами, регулировавшими деятельность милиций в период от февраля по октябрь 1917 г. являлись Временное положение о милиции, а в период Гражданской войны – Временное положение о сибирской милиции. Данные нормативные акты регулировали организационно-правовые вопросы формирования и деятельности милиций. Таким образом, в основу нормативного регулирования деятельности милиции «анти-

большевистских» правительств было заложено как дореволюционное, так и законодательство Временного Правительства.

Характерной чертой организации милиций являлось то обстоятельство, что народная милиция Временного правительства находилась в ведении местного самоуправления, а милиция «антибольшевистских» правительств – в ведении центральных органов власти. В связи с этим существовал разный порядок финансирования милиции. В период гражданской войны на службу в органы МВД принимались бывшие сотрудники полиции и жандармы. При этом специальная норма Временного положения о сибирской милиции непосредственно запрещала ответственным работникам при Советах быть сотрудниками милиций (п. 6 ст. 16 Положения). В период между двумя революциями 1917 г.– буржуазно-демократической и социалистической – создавалась муниципальная милиция, в период же Гражданской войны – наблюдалась тенденция воссоздания сильной государственной власти, в результате чего милиция являлась исполнительным органом в составе МВД.

Библиографический список

1. *ГА РФ.* Ф. 1700. Оп. 5. Д. 78.
2. *Газета* «Временный Рабочий и Крестьянское Правительство» 1917. №2 // Собр. Узаконений РСФСР. 1917. №1.
3. *ГАОмО.* Ф. 1112. Оп. 1. Д. 2.
4. *Гармиза В.В.* Крушение эсеровских правительств. М.: Мысль, 1970. 158 с.
5. *ГАСО.* Ф. 2601. Оп. 1. Д. 311.
6. *ГАСО.* Ф. Р-1956. Оп.1. Д. 19.
7. *ГАСО.* Ф. Р-569. Оп. 1. Д. 1.
8. *Звягин С.П.* Правоохранительная политика А.В. Колчака. Кемерово, 2001. 352 с.
9. *Константинов С.И.* Вооруженные формирования противобольшевистских правительств Поволжья, Урала и Сибири в годы гражданской войны. Екатеринбург: ИРА УТК, 1997. 314 с.
10. *Курицын В.М.* Октябрьская революция и создание Советского государства. М.: Моск. Акад. МВД России, 2000.
11. *Лапандин В.А.* Комитет членов Учредительного Собрания. Самара: СЦАИ, 2003. 242 с.
12. *Лившиц С.Г.* Временное Сибирское правительство (июль – ноябрь 1918 г.) // Вопросы истории. 1979. №12.
13. *Малыгин А.Я., Никитин А.Н.* Милиция белых правительств // Юрист. 1997. №9. С. 39–64.
14. *Малыгин А.Я., Степанов М.М.* Правоохранительные органы белых правительств. М., ЮИ МВД России, 1998. 169 с.
15. *Никитин А.Н.* Органы государственной власти «белой» России: борьба с должностными преступлениями. М., 1997. 68 с.
16. *Организация* самоуправления в Тобольской губернии (вторая половина XIX – начало XX вв.): сб. док. и материалов. Тюмень, 1995. 366 с.
17. *Органы* полиции и войска МВД. Краткий исторический очерк / ред. коллегия: В.И. Воронцов, Л.П. Головнев, Н.И. Демидов, В.А. Евдокимов, В.Ф. Некрасов, П.Г. Пономарев, А.А. Фурс. М., 1996. 464 с.
18. *Степанов М.М.* Органы внутренних дел белых правительств периода гражданской войны в России: дис. … канд. юрид. наук. М., 1998.
19. *Фирсов И.Ф.* О структуре и функциях тюменской милиции в период Сибирского Временного правительства // Словцовские чтения – 2001: тез. докл. и сообщений науч.-практ. конф. Тюмень, 2001.
20. *Хрисанфов В.И.* История государства и права России 1917–1999 гг.: курс лекций. СПб., 1999. 224 с.
21. *ЦДНИ ЧО*. Ф. 184. Оп. 1. Д. 184.

Bibliograficheskij spisok

1. *GA RF*. F. 1700. Op. 5. D. 78.
2. *Gazeta* «Vremennyj Rabochij i Krest'janskoe Pravitel'stvo» 1917. №2 // Sobr. Uzakonenij RSFSR. 1917. №1.
3. *GAOmO*. F. 1112. Op. 1. D. 2.
4. *Garmiza V.V.* Krushenie jeserovskih pravitel'stv. M.: Mysl', 1970. 158 s.
5. *GASO*. F. 2601. Op. 1. D. 311.

6. *GASO*. F. R-1956. Op.1. D. 19.
7. *GASO*. F. R-569. Op. 1. D. 1.
8. *Zvjagin S.P.* Pravoohranitel'naja politika A.V. Kolchaka. Kemerovo, 2001. 352 s.
9. *Konstantinov S.I.* Vooruzhennye formirovanija protivobol'shevistskih pravitel'stv Povolzh'ja, Urala i Sibiri v gody grazhdanskoj vojny. Ekaterinburg: IRA UTK, 1997. 314 s.
10. *Kuricyn V.M.* Oktjabr'skaja revoljucija i sozdanie Sovetskogo gosudarstva. M.: Mosk. Akad. MVD Rossii, 2000.
11. *Lapandin V.A.* Komitet chlenov Uchreditel'nogo Sobranija. Samara: SCAI, 2003. 242 s.
12. *Livshic S.G.* Vremennoe Sibirskoe pravitel'stvo (ijul' – nojabr' 1918 g.) // Voprosy istorii. 1979. №12.
13. *Malygin A.Ja., Nikitin A.N.* Milicija belyh pravitel'stv // Jurist. 1997. №9. S. 39–64.
14. *Malygin A.Ja., Stepanov M.M.* Pravoohranitel'nye organy belyh pravitel'stv. M., JuI MVD Rossii, 1998. 169 s.
15. *Nikitin A.N.* Organy gosudarstvennoj vlasti «beloj» Rossii: bor'ba s dolzhnostnymi prestuplenijami. M., 1997. 68 s.
16. *Organizacija* samoupravlenija v Tobol'skoj gubernii (vtoraja polovina XIX – nachalo XX vv.): sb. dok. i materialov. Tjumen', 1995. 366 s.
17. *Organy* policii i vojska MVD. Kratkij istoricheskij ocherk / red. kollegija: V.I. Voroncov, L.P. Golovnev, N.I. Demidov, V.A. Evdokimov, V.F. Nekrasov, P.G. Ponomarev, A.A. Furs. M., 1996. 464 s.
18. *Stepanov M.M.* Organy vnutrennih del belyh pravitel'stv perioda grazhdanskoj vojny v Rossii: dis. … kand. jurid. nauk. M., 1998.
19. *Firsov I.F.* O strukture i funkcijah tjumenskoj milicii v period Sibirskogo Vremennogo pravitel'stva // Slovcovskie chtenija – 2001: tez. dokl. i soobwenij nauch.-prakt. konf. Tjumen', 2001.
20. *Hrisanfov V.I.* Istorija gosudarstva i prava Rossii 1917–1999 gg.: kurs lekcij. SPb., 1999. 224 s.
21. *CDNI ChO*. F. 184. Op. 1. D. 184.

TO A QUESTION ON LEGAL MAINTENANCE OF THE ORGANISATION AND ACTIVITY OF MILITIA OF PROVISIONAL GOVERNMENT AND MILITIA

A.V. Petrov

South Ural State University
76, Ave. Lenina, Chelyabinsk, 454080
E-mail: araukaria@yandex.ru

The summary: In article “To a question on legal maintenance of the organisation and activity of militia of Provisional government and militia” white »the governments of Urals Mountains and Siberia» problems of standard regulation of the organisation and activity of national militia of Provisional government and militia of the “white” governments operating in territory of Urals Mountains and Siberia in provisional government and Civil war are investigated.

The author carries out the comparative analysis of the organisation of national militia of Provisional government and militia of the “white” governments, comparing in istoriko-legal aspect not only the separate parties of functioning, but also standard legal base of their activity, and also questions of financing and acquisition by shots. Use of methods of comparison has allowed the author to open more deeply the put problems, in a new fashion to interpret the information entered into a scientific turn, to generate wid-

er context of consideration of features of the organisation of militia in a diarchy and civil war in Urals Mountains and in Siberia.

As a result of the carried out research the author has come to conclusion, that formation of law enforcement bodies during the considered period had as the general, and distinctive lines in the decision of organizational-legal questions of formation and activity of militias. In a basis of standard regulation of activity of militia of the "Antibolshevist" governments the Provisional government legislation has been put in pawn both pre-revolutionary, and. In article such standard legal certificates regulating activity of militias during the period from February till October, 1917, as Time position about militia, and in civil war – Time position about the Siberian militia are analysed.

Among the most significant distinctive lines the author allocates that circumstance, that the national militia of Provisional government was in local government conducting, and militia of the "Antibolshevist" governments – under the authority of the central bodies. In this connection there was a different order of financing of militia. In civil war on service in bodies of the Ministry of Internal Affairs the former employees of police and gendarmes were accepted. Thus the special norm of Time position about the Siberian militia directly forbade ranking officers to be at Councils employees of militias. During the period between two revolutions of 1917 – bourgeois-democratic and socialist – the municipal militia was created, during the period of civil war – the militia was an executive office as a part of the Ministry of Internal Affairs that testified to the tendency of a reconstruction of the strong government.

Keywords: law enforcement bodies; militia history; public order protection

УДК 27-23::[347.455+347.466]

РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗАЕМНЫХ ОТНОШЕНИЙ БИБЛЕЙСКИМИ УСТАНОВЛЕНИЯМИ

М.В. Самойлова

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
Тверской государственный университет
170021, г. Тверь, 2-я Грибоедова, 22
E-mail: Alizeeeee@yandex.ru

В статье анализируются особенности субъектного состава и содержания договора займа. Обращается внимание на то, что заемные отношения между израильтянами должны были быть безвозмездными. Исполнение заемного обязательства обеспечивалось залогом, существовали ограничения в отношении предмета залога. Общее правило о прощении долга связывалось с наступлением каждого седьмого (субботнего) и пятидесятого (юбилейного) года. В новозаветных установлениях о займе и залоге говорится в свете христианского учения о прощении грехов и Царстве Небесном.

Ключевые слова: Библия; заемные отношения; общее правило о безвозмездности займа; залог; прощение долга

Заемные отношения имеют многовековую историю. Одним из важнейших источников познания сути названных отношений, а также критериев их правовой и нравственной оценки являются соответствующие библейские тексты. Рассмотрим некоторые положения Ветхого Завета о заемных отношениях.

1. Презумпция безвозмездности займа. О безвозмездном характере договора займа говорится в нескольких книгах Священного Писания [3]. Так, в книге «Второзаконие» читаем: «Не отдавай в рост брату твоему ни серебра, ни хлеба, ни чего-либо другого, что *можно* отдавать в рост» (Втор. 23, 19). В Книге «Исход» говорится: «Если дашь деньги взаймы бедному из народа Моего, то не притесняй его и не налагай на него роста» (Исх. 22, 25). В Книге Левит также упоминается о бедности должника: «Если брат твой обеднеет и придет в упадок у тебя, то поддержи его, пришелец ли он, или поселенец, чтоб он жил с тобою; Не бери от него роста и прибыли и бойся Бога твоего; чтоб жил брат твой с тобою; Серебра твоего не отдавай ему в рост и хлеба твоего не отдавай ему для *получения* прибыли» (Лев. 25, 35−37). По поводу сказанного комментаторы отмечают, что «запрещалось брать проценты с денег, данных взаймы обедневшим израильтянам» [4, с. 187], что на нуждающихся братьев нельзя было налагать роста ни деньгами, ни съестными припасами и ничем другим [2, с. 144]. Обращается также внимание на то, что, подобно запретам на взимание ссудного процента с собратьев-израильтян, указанные положения из Книги «Левит» имеют целью помочь человеку в затруднительном финансовом положении и защитить его от попадания в долговое рабство из-за невозможности вернуть долг. Кроме того, эти законы позволяли должнику сохранить чувство собственного достоинства, так как обязывали окружающих относиться к нему с большим почтением, чем к рабу или чужеземцу [5, с. 151].

Поскольку в Исх. 22, 25, Лев. 25, 35−37 говорится о бедном израильтянине-заемщике, то можно предположить, что в указанных положениях вопрос о безвозмездности либо возмездности договора займа решается в зависимости от имущественного положения заемщика: договор займа с бедным заемщиком во всех случаях должен быть безвозмездным, а с достаточно обеспеченным – договор займа может предусматривать взимание процентов. Однако следует иметь в виду, что, как пишет

© Самойлова М.В., 2012

Д.В. Щедровицкий, комментируя Исх. 22, 25, «в оригинале здесь употреблен очень интересный и своеобразный оборот речи. Говорится о займе, предоставляемом… буквально “народу Моему, бедняку”» [6, с. 190].

В отношении заемщика-иноземца действовало иное правило. В Книге «Второзаконие» сказано: «Иноземцу отдавай в рост, а брату твоему не отдавай в рост …» (Втор. 23, 20). Комментируя это положение, Д.В. Щедровицкий пишет: «Разрешается, однако, давать в рост богатому иноземцу (Втор. 23, 20): ведь Израиль не изъят из системы экономических взаимоотношений между народами мира. Но тому, кто беден и нуждается в помощи, категорически запрещается оказывать ее с корыстным расчетом – независимо от того, является ли он туземцем или пришельцем. Бескорыстная взаимопомощь привлекает благословение ко всему обществу» [7, с. 388]. По поводу «богатого» иноземца следует заметить, что во Втор. 23, 20 об иноземце говорится безотносительно к его богатству или бедности. В других комментариях указание на «богатого» иноземца отсутствует [2, с. 218].

Анализируя экономические и социальные условия жизни в израильском обществе того времени, исследователи отмечают, что в ограничении права на взимание процента при даче денег взаймы проявляются два принципа: во-первых, осознание людьми, воспитанными в традициях аграрной сельской культуры, необходимости взаимопомощи для выживания; во-вторых, взимание процентов – явление городской культуры, представители которой, купцы, имевшие иногда дело с сельскими жителями, не были связаны с сельской общиной. Поэтому для сохранения равенства всех израильтян и предотвращения антагонизма между сельским и городским населением дача денег в рост была объявлена незаконной. Ссужать деньги под проценты разрешалось только иноземцам [5, с. 104].

Таким образом, систематическое толкование Втор. 23, 19; Исх. 22, 25; Лев. 25, 35−37 приводит к выводу о безусловной безвозмездности договора займа в отношениях между израильтянами (братьями). Слово «брат» имеет в Библии несколько значений, в том числе братом именуется лицо, происходящее из одного и того же народа [1, с. 98]. Более того, такой беспроцентный займодавец угоден Богу. В Книге Псалтирь читаем, в частности, о тех, кто достоин предстать пред Богом: «Кто серебра своего не отдает в рост …» (Пс. 14, 5). Если же на стороне заемщика выступал иноземец, договор займа, по общему правилу, был возмездным. Условие безвозмездности займа могло быть включено в договор с заемщиком по соглашению сторон.

2. *Обеспечение исполнения заемного обязательства залогом.* Залог неоднократно упоминается в тексте Ветхого Завета, что свидетельствует о широком применении данного способа обеспечения заемных обязательств в имущественном обороте того времени. Обращают на себя внимание правила об ограничении круга предметов залогового отношения. В Книге «Второзаконие» сформулирован категорический запрет: «Никто не должен брать в залог верхнего и нижнего жернова, ибо таковой берет в залог душу» (Втор. 24, 6). Комментаторы поясняют, что «взяв два жернова (верхний и нижний) в залог, заимодавец обрекал должника на голодную смерть, т.е. отнимал у него жизнь – “душу”» [4, с. 274]. Если заемщиком была вдова, круг возможных предметов залога еще более сужался: «…у вдовы не бери одежды в залог» (Втор. 24, 17). Нечестивцами являются те, которые «…у вдовы берут в залог вола» (Книга Иова 24, 3).

Устанавливался строгий порядок передачи предмета залога: «Если ты ближнему твоему дашь что-нибудь взаймы, то не ходи к нему в дом, чтобы взять у него залог, Постой на улице, а тот, которому ты дал взаймы, вынесет тебе залог свой на улицу» (Втор. 24, 10−11).

Срок действия залогового отношения определялся условиями договора займа, однако для бедного заемщика действовало особое правило: «Если же он будет человек бедный, то ты не ложись спать, имея залог его; Возврати ему залог при захождении солнца, чтоб он лег спать в одежде своей и благословил тебя, – и тебе поставится *сие* в праведность пред Господом, Богом твоим» (Втор. 24, 12−13). Такое же правило установлено в Книге «Исход»: «Если возьмешь

в залог одежду ближнего твоего, то до захождения солнца возврати ее, Ибо она есть единственный покров у него, она – одеяние тела его: в чем будет он спать?» (Исх. 22, 26−27). По словам комментаторов, если в залог бралась одежда ближнего, она должна была возвращаться до захода солнца, чтобы в холодное время суток человек не страдал из-за ее отсутствия [4, с. 125]. Как сказано в Книге Иова, нечестивые «…и с нищего берут залог» (Иов. 24, 9), а в числе преступников пред Господом, которым нет пощады, называются те, которые «на одеждах, взятых в залог, возлежат при всяком жертвеннике…» (Книга Пророка Амоса. 2, 8).

Залогодатель, не уплативший долг, мог оказаться в очень тяжелом положении. Так, в Книге Неемии описываются события, связанные с восстановлением разрушенной Иерусалимской стены. Строившие и охранявшие стену люди не могли обрабатывать свои земельные наделы, их семьи голодали. В народе начался ропот, «были и такие, которые говорили: поля свои, и виноградники свои, и домы свои мы закладываем, чтобы достать хлеба от голода. Были и такие, которые говорили: мы занимаем серебро на подать царю *под залог* полей наших и виноградников наших; У нас такие же тела, какие тела у братьев наших, и сыновья наши такие же, как их сыновья; а вот, мы должны отдавать сыновей наших и дочерей наших в рабы, и некоторые из дочерей наших уже находятся в порабощении. Нет никаких средств для выкупа в руках наших; и поля наши и виноградники наши у других» (Неем. 5, 3−5). Пророк Неемия обратился к займодавцам с упреками и просил их простить должников: «Возвратите им ныне же поля их, виноградные и масличные сады их, и домы их, и рост с серебра, и хлеба, и вина, и масла, за который вы ссудили их» (Неем. 5, 11). В ответ займодавцы дали клятву, что они так и сделают (см.: Неем. 5, 12). Здесь можно отметить акцессорный (дополнительный) характер залогового права по отношению к обеспечиваемому им требованию: возникновение, изменение и прекращение права залога связано с возникновением, изменением и прекращением этого требования.

3. Общее правило о прощении долга. Общее правило о прощении долга установлено в Ветхом Завете в связи с наступлением каждого седьмого (субботнего) и пятидесятого (юбилейного) года (см.: Исх. 23, 10−11; Лев. 25, 1−7; 8−22). В Книге «Второзаконие» читаем: «В седьмой год делай прощение. Прощение же состоит в том, чтобы всякий заимодавец, который дал взаймы ближнему своему, простил *долг* и не взыскивал с ближнего своего или с брата своего, ибо провозглашено прощение ради Господа; С иноземца взыскивай, а что будет твое у брата твоего, прости» (Втор. 15, 1−3). Далее (см.: Втор. 15, 7−8) следует указание займодавцу на тот случай, если его нищий соплеменник просит дать ему взаймы, а седьмой год уже вскоре наступит: «Но открой ему руку твою и дай ему взаймы, смотря по его нужде, в чем он нуждается; Берегись, чтобы не вошла в сердце твое беззаконная мысль: «приближается седьмой год, год прощения», и чтоб *от того* глаз твой не сделался немилостив к нищему брату твоему, и ты не отказал ему; ибо он возопиет на тебя к Господу, и будет на тебе грех» (Втор. 15, 8−9). Заимодавцу, выполняющему эти предписания, дается благословение: «Дай ему *взаймы*, и когда будешь давать ему, не должно скорбеть сердце твое, ибо за то благословит тебя Господь, Бог твой, во всех делах твоих и во всем, что будет делаться твоими руками» (Втор. 15, 10).

4. Новозаветные установления о займе и залоге. В текстах Евангелий о заемных отношениях говорится в свете учения Иисуса Христа о прощении грехов и Царстве Небесном. В главе 18 Евангелия от Матфея Иисус притчей повествует о том, как царь простил своему должнику десять тысяч талантов (см: Мф. 18, 23−27). «Раб же тот, выйдя, нашел одного из товарищей своих, который должен был ему сто динариев, и, схватив его, душил, говоря: “отдай мне, что должен”. Тогда товарищ его пал к ногам его, умолял его и говорил: “потерпи на мне, и все отдам тебе”. Но тот не захотел, а пошел и посадил его в темницу, пока не отдаст долга» (Мф. 18, 28−30) [4, с. 1291]. Узнав об этом, «… государь его призывает его и говорит: “злой раб! весь долг тот я простил тебе, потому что ты упросил меня; Не

надлежало ли и тебе помиловать товарища твоего, как и я помиловал тебя?" И, разгневавшись, государь его отдал его истязателям, пока не отдаст ему всего долга» (Мф. 18, 32−34). Завершает Иисус притчу словами: «Так и Отец Мой Небесный поступит с вами, если не простит каждый из вас от сердца своего брату своему согрешений его» (Мф. 18, 35). Поясним, что в Евангелии от Матфея слово «талант» упоминается в значении денег. В других книгах Библии, например, Вторая книга Царств. 12, 30; Третья книга Царств. 20, 39, это слово относится к мерам веса. Денарий (лат. denarius; синод. «динарий») серебряная монета, примерно равная по стоимости греческой драхме [3, с. IX−X]. Римский динарий был дневным заработком простого работника. Сумма, которую задолжал второй раб первому, сравнивается здесь с долгом первого раба государю – она составляла приблизительно одну шестидесятитысячную от него [4, с. 1291].

В Евангелии от Луки читаем: «И если взаймы даете тем, от которых надеетесь получить обратно, какая вам за то благодарность? Ибо и грешники дают взаймы грешникам, чтобы получить обратно столько же. Но вы люби́те врагов ваших и благотворите, и взаймы давайте, не ожидая ничего; и будет вам награда великая, и будете сынами Всевышнего; ибо Он благ и к неблагодарным и злым» (Лк. 6, 34−35). Пример заемных отношений используется и в другой притче Иисуса Христа: «Иисус сказал: у одного заимодавца было два должника: один должен был пятьсот динариев, а другой пятьдесят, Но как они не имели чем заплатить, он простил обоим. Скажи же, который из них более возлюбит его? Симон отвечал: думаю, тот, которому более простил. Он сказал ему: правильно ты рассудил» (Лк. 7, 41−43).

Таким образом, судя по многочисленным упоминаниям в тексте Священного Писания заемных отношений, последние были достаточно широко распространены во времена как Ветхого, так и Нового Завета и подробно регламентировались религиозными и нравственными нормами. Современное российское законодательство оперирует целым рядом библейских понятий, связанных с заемными отношениями. В частности, в случаях, предусмотренных п. 3 ст. 809 Гражданского кодекса Российской Федерации, устанавливается презумпция безвозмездности договора займа.

Библиографический список

1. *Библейская* энциклопедия: труд и изд. архимандрита Никифора. М.: Терра, 1990. 902 с.
2. *Библейский* словарь: энцикл. словарь / сост. Э. Нюстрем; пер. со швед.; под ред. И.С. Свенсона. Торонто: Мировая христиан. миссия, 1989. 517 с.
3. *Библия*: книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета в русском переводе с параллельными местами и приложениями. М.: Рос. библейское об-во, 2010. 925, 292, XXXI с.
4. *Новая* Женевская учебная Библия: синодальный перевод / рус. изд.; под общ. ред. В.А. Цорна. Корнталь: Ханссслер-Верлаг, 1998. 2052 с.
5. *Уолтон Д.Х.*, *Мэтьюз В.Х., Чавалес М.У.* Библейский культурно-исторический комментарий: в 2 ч. СПб.: Мирт, 2003. Ч. I: Ветхий завет. 983 с.
6. *Щедровицкий Д.В*. Введение в Ветхий Завет. М.: Теревинф, 1997. Т. 2: Книга Исход. 359 с.
7. *Щедровицкий Д.В*. Введение в Ветхий Завет. М.: Теревинф, 2000. Т. 3: Книги Левит, Чисел и Второзакония. 461 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Biblejskaja* jenciklopedija: trud i izd. arhimandrita Nikifora. M.: Terra, 1990. 902 s.
2. *Biblejskij* slovar': jencikl. slovar' / sost. Je. Njustrem; per. so shved.; pod red. I.S. Svensona. Toronto: Mirovaja hristian. missija, 1989. 517 s.
3. *Biblija*: knigi Svjawennogo Pisanija Vethogo i Novogo Zaveta v russkom perevode s parallel'nymi mestami i prilozhenijami. M.: Ros. biblejskoe ob-vo, 2010. 925, 292, XXXI c.
4. *Novaja* Zhenevskaja uchebnaja Biblija: sinodal'nyj perevod / rus. izd.; pod obw. red. V.A. Corna. Korntal': Hanssler-Verlag, 1998. 2052 s.

5. *Uolton D.H., Mjet'juz V.H., Chavales M.U.* Biblejskij kul'turno-istoricheskij kommentarij: v 2 ch. SPb.: Mirt, 2003. Ch. I: Vethij zavet. 983 s.
6. *Wedrovickij D.V.* Vvedenie v Vethij Zavet. M.: Terevinf, 1997. T. 2: Kniga Ishod. 359 s.
7. *Wedrovickij D.V.* Vvedenie v Vethij Zavet. M.: Terevinf, 2000. T. 3: Knigi Levit, Chisel i Vtorozakonija. 461 s.

THE REGULATION OF DEBT RELATIONS BY THE BIBLICAL PRECEPTS

M.V. Samoilova

Tver State University
22, 2 Griboedova st., Tver, 170021
E-mail: Alizeeeee@yandex.ru

The different methods of cognition, concerning special social relations, are used in judicial researches. The authors usually refer to the norms of Roman private law, using historic and comparative methods, which value is undeniable for a modern civilistics. However the appropriate biblical settings have a great importance too. The numerous references of debt ratio in the Bible witnessed , that loan agreement was widely spread at the time of the Old and New Testaments. The debt ratio were regulated by law and ethics in details. The learning of the texts of the Bible, which related to the loan agreement, enrich the knowledge of historic development, the essence and elements of debt ratio.

We analyze in our article the Bible settings concerning participants of the treaty of loan, about its containing, execution and stopping. The voluntary loan relations between Israels are described in several books of the Bible. The commentators of the Old Testament underline, that the ban for the imposting of loan percents from Israels had the purpose not only to help a man in a hard situation, to save him from becoming a slave, but let him preserve the dignity, as people had to treat him with more honor, than stranger or slave, if they were on his side.

The treaty of loan was onerous. For ensuring debenture used bail. The bail had some restrictions. For example, it was banned to take in bail upper or lower millstones. It was banned to take from the widow clothes or an ox. It was established the strict order of passing the things of bail. The term of pledge relations depended on the material position of the debtor, if the debtor was poor, the pledge holder had to return him the thing of the bail before sunset. The general rule was established in the Old Testament in connecting with coming every seventh day (Saturday) and the fiftieth (anniversary) year. Special instruction was made on that case, if the seventh day would come soon.

The texts of the Bible are devoted to the Christian doctrines of forgiveness of sins and kingdom of Heaven. Jesus Christ speaks in parables about requirements, which have to hold, we have to forgive the debt, inspite of its size, we must help the man in need.

The modern Russian legislation operates a number of biblical concepts, which connected with debt ratio, in particular, in cases, par. 3 article 809 Civil Law RF, established a presumption of gratuitous loan.

Keywords: the Bible; debt ratio; the general rule of loan gratuitousness; bail; forgiveness of a debt

УДК 340.113

ПОНЯТИЕ ПРЕДМЕТА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ЕГО ВЗАИМОСВЯЗЬ С ДРУГИМИ ЮРИДИЧЕСКИМИ КАТЕГОРИЯМИ

С.Г. Соловьев

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой конституционного, административного и муниципального права
Филиал ФГБОУ ВПО ЮУрГУ.
456318, Челябинская область, г. Миасс, пр-кт Октября, 16
E-mail: araukaria@yandex.ru

Исследуется актуальная для современного правоведения проблема предмета правового регулирования в его взаимосвязи с такими юридическими категориями, как правоотношения, метод правового регулирования, правотворчество, принципы права и др. Понимание предмета правового регулирования во многом определяет подход к понятию права, его делению на публичное и частное, сущности правоотношений, а также понимание других правовых категорий.

Ключевые слова: предмет правового регулирования; общественные отношения; правоотношения; метод правового регулирования; правотворчество; принципы права

Право, как регулятор общественных отношений, во многом определяется их характером, особенностями, юридической и социальной природой. В науке теории государства и права они получили название «предмет правового регулирования». Данное понятие позволяет проследить взаимосвязь между различными правовыми явлениями, отражает логику правового воздействия. Понимание предмета правового регулирования во многом определяет подход к понятию права, его делению на публичное и частное, сущности правоотношений, а также понимание других правовых категорий.

Правовое регулирование, как вид социального регулирования, призвано обеспечивать законность и правопорядок в обществе. При этом предполагается создание системы материальных и процессуальных норм, рассчитанных на правомерное (позитивное) поведение участников правоотношений, предусматривающих реакцию общества на нарушение установленных предписаний и также направленных на защиту сложившихся в нем отношений.

В соответствии с определением, предложенным С.С. Алексеевым, предметом правового регулирования являются разнообразные общественные отношения, которые объективно, по своей природе могут поддаваться нормативно-организационному воздействию и в существующих условиях требуют такого воздействия, осуществляемого при помощи юридических норм и всех иных юридических средств, образующих механизм правового регулирования [1, с. 211].

Отношения, входящие в предмет правового регулирования, должны поддаваться правовому регулированию и объективно нуждаются в нем. То, что общественные отношения поддаются правовому регулированию, означает, что право с помощью различных правовых средств в состоянии оказать на них воздействие. Таким образом, общественные отношения должны соответствовать следующим критериям: это внешне выраженные акты поведения людей, их взаимодействия; это волевые целенаправленные отношения; это устойчивые типичные повторяющиеся отношения (поскольку право, обладающее таким свойством, как нормативность, не смогут «заинтересовать» отдельные жизненные обстоятельства того или иного субъекта, не будет оснований для возникновения нормы); они поддаются внешнему контролю (в противном случае сложно будет определить действительно ли

© Соловьев С.Г., 2012

соответствует поведение субъекта установленным правовым предписаниям); они должны предполагать возможность выбора из нескольких вероятных вариантов поведения (иначе утрачивается необходимость в оказании воздействия и право будет лишь отражать (описывать) объективно сложившееся поведение субъекта).

Объективная необходимость правового регулирования предполагает наличие такого критерия, как социальная значимость отношений и невозможность их урегулирования при помощи других социальных норм. Значимость общественных отношений будет отражаться в целях осуществляемого регулирования, которые будут определять характер используемых средств.

Требуют ли общественные отношения именно правового регулирования, зависит также от регулятивной способности различных социальных норм: могут ли они посредством своего воздействия привести к упорядоченности общественных отношений. Это определяется используемыми средствами, формой закрепления и механизмом воздействия норм, обеспеченностью принудительной силой, способностью урегулировать (закрепить четкие требования, предписания, определяющие, каким должно быть поведение субъектов), а не просто оценить общественные отношения. Так, например, нормы морали являются достаточно универсальными, но они могут дать только оценку отношениям, возникающим между людьми в таких сферах, как управление, осуществление хозяйственной, производственной деятельности, охрана правопорядка. Эти сферы требуют наличия специализированных норм, позволяющих определить конкретную модель отношения, права и обязанности их участников. Указанные нормы также не будут справляться с регулированием обозначенных сфер общественных отношений в силу своего формального закрепления (в устной форме) и обеспеченности принудительными возможностями исключительно только общества.

Отсюда следует и понимание правоотношений. Согласно позитивно-правовой концепции, правоотношения есть отношения между людьми и их организациями, урегулированные нормами права и состоящие во взаимной связи субъективных прав и юридических обязанностей участников правоотношения [5, с. 366]. В.А. Поляков определяет правоотношения, возникающие на основе норм государственного права, как социальное взаимодействие, осуществляемое путем реализации государственно признанных прав и обязанностей субъектов правовой коммуникации [4, с. 756]. Таким образом, прослеживается взаимосвязь с нормами права. На основе данной взаимосвязи можно выделить отношения: фактически урегулированные нормами права, которые подразделяются на объективно нуждающиеся в правовом регулировании и объективно не нуждающиеся в правовом регулировании, и не урегулированные нормами права, но объективно нуждающиеся в правовом регулировании именно в силу социальной значимости на определенном этапе развития общества (при изменении обстановки общественной жизни, даже сохраняясь в обществе, они уже могут быть урегулированы другими социальными нормами) или же того, что они в принципе не могут быть урегулированы другими социальными нормами в силу своей природы.

Понимание правоотношений как общественных отношений, фактически урегулированных правом, расширяет возможности государства в решении вопроса о необходимости и возможности регулирования той или иной сферы общественных отношений и степени его вмешательства. Если же правоотношения понимать как общественные отношения, урегулированные правом и объективно нуждающиеся в таком регулировании, то право в данном случае приобретает правовые (в естественном понимании) демократические черты.

Как отмечает С.С. Алексеев, правовое регулирование имеет особенности, связанные с тем, охватываются ли правом данные отношения, а если да, то какова его детализированность, императивность, жесткость, насыщенность. Все это и может быть названо напряженностью, интенсивностью регулирования. В соответствии с таким признаком в общественных отношениях могут быть выделены зоны интенсивного и неинтенсивного правового регулирования. В зонах неинтенсивного правового регулирова-

ния необходимо выделить два качественно различных случая: случая существования таких участков общественной жизни, которые требуют правового регулирования, которые реально, фактически еще не урегулированы или недостаточно урегулированы в правовом порядке; случая, когда общественные отношения таковы, что они и не нуждаются в интенсивном правовом регулировании (что характерно для сугубо личных, семейных отношений, где, по меткому выражению одного из отечественных правоведов, закон нередко скромно молчит).

Чрезвычайно интенсивное или недостаточно интенсивное правовое регулирование может наступить в силу субъективных причин, прежде всего в силу излишней или, напротив, недостаточной законодательной деятельности компетентных органов, ошибочных в этой области решений. Но в то же время надо учитывать, что степень интенсивности правового регулирования зависит от его предмета, других факторов. Есть общественные отношения, которые нуждаются в правовом регулировании, но в «мягком», преимущественно диспозитивном (это присуще правовому опосредствованию отношений в гражданско-правовых сделках) [1, с. 214].

Таким образом, на основе анализа предмета правового регулирования можно выделить такой аспект, как степень воздействия государства посредством норм права на общественные отношения. Если отношения, объективно не нуждаются в правовом регулировании, но фактически получили его, то это означает, что государство излишне вмешивается в межличностные отношения, не оставляя личности пространства для самовыражения и саморегулирования. К беспорядку в обществе приводят ситуации, когда общественные отношения требуют правового регулирования в силу социальной значимости именно на определенном этапе развития общества, но не получают его. Если же в процессе правотворчества не созданы нормы для регулирования отношений, объективно в нем нуждающихся именно в силу своей природы, то налицо устранение государства из тех сфер жизнедеятельности, которые не могут существовать без опоры на силу государственного принуждения.

Общепризнанным является то, что предмет правового регулирования служит критерием деления права на отрасли. Соответственно на основе его анализа мы можем характеризовать сферы жизнедеятельности, получившие развитие в рамках общества на определенном историческом этапе его развития. Предмет правового регулирования – это сфера, на которую распространяется право и которая находится под его юрисдикцией. Он является главным, материальным критерием разграничения норм права по отраслям, поскольку имеет объективное содержание, предопределен самим характером общественных отношений и не зависит в принципе от воли законодателя. Именно предмет, прежде всего, диктует необходимость выделения той или иной отрасли, а когда отрасль выделяется, появляется и соответствующий метод регулирования, который в значительной мере зависит от воли законодателя [6, с. 353–354].

Соответственно, прослеживается взаимосвязь категории предмета правового регулирования и правотворчества. Здесь мы затрагиваем вопрос о предпроектном этапе правотворчества, когда на основании анализа формирующихся отношений выявляется потребность в их регулировании, так как в противном случае состояние «неурегулированности» приводит к беспорядку, невозможности разрешить возникающие конфликты юридическими способами. Также осуществляемое саморегулирование может не соответствовать интересам общества и государства.

В теории выделяется стадия установления потребности в нормативном правовом регулировании. Это первая, предпроектная, фаза нормотворческого процесса, на которой происходит осознание необходимости урегулирования правовыми средствами определенного круга социальных связей либо внесения изменений в действующий нормативный массив. Алгоритм выявления данной потребности в классическом виде состоит из следующих шагов: обнаружение признаков проблемной ситуации; сбор информации, относящейся к проблеме; анализ проблемной ситуации на основе собранной

информации; принятие решения о разработке правового документа [3, с. 138]. На основе характера регулируемых общественных отношений нормативные правовые акты обретают предметное действие.

В процессе осуществления правотворчества также необходимо определить «стратегию» регулирования исходя из деления права на публичное и частное, поскольку определение характера, сущности регулируемых общественных отношений требует формирования представления о результатах правового воздействия на них. Критериями здесь могут выступать следующие свойства: сам характер отношений в зависимости от сочетания общественного и частного интереса; сфера жизнедеятельности (управления и охраны правопорядка или имущественная, гражданско-правовая сфера); использование принципа юридической централизации или децентрализации как наиболее эффективного; применение императивного или диспозитивного метода правового регулировании; субъект инициативы защиты прав (определяется тем, чьи интересы, прежде всего, будет выражать и защищать право); субъектный состав общественных отношений; правовое регулирование, допускающее заключение договоров и соглашений на основе общего нормативного закрепления или предполагающее принятие правоприменительных актов властными субъектами.

Выработанная «стратегия» выражается в закрепляемых принципах права как исходных норм, не устанавливающих конкретные права и обязанности участников правоотношений, в соответствии с которыми вырабатываются и закрепляются регулятивные и иные нормы. Как отмечает А.В. Малько, принципы права должны отражать и выражать основные ценности, на которые ориентируется право. Принципы – это своего рода отправные пункты, показывающие вектор правового регулирования. Принципы выступают в качестве своеобразной несущей конструкции, на основе которой создаются и реализуются не только нормы, институты и отрасли, но и вся система права. Они служат своеобразными ориентирами для правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности [2, с. 168]. Можно сказать, что принципы не придумываются законодателем, не являются результатом проявления его субъективного усмотрения, а органически присущи праву в силу формирующихся общественных отношений.

Понятие предмета правового регулирования в федеративных государствах находит отражение в разграничении предметов ведения. С помощью понятия «предметы ведения» устанавливаются сферы «политических», «публичных» возможностей федерального и регионального уровней государственной власти, которые должны исходить из степени значимости той или иной сферы общественных отношений для всего государства в целом или для отдельных субъектов федерации. Под предметами ведения можно понимать сферы общественных отношений, регулирование и осуществление которых, исходя из степени социальной значимости и принципа целесообразности при фактической реализации, закреплено за федеральным и (или) региональным уровнем государственной власти. Критериями их выделения являются оптимальность, эффективность осуществления конкретного полномочия на каждом уровне власти и необходимость единообразного регулирования той или иной сферы общественных отношений на всей территории государства.

Таким образом, определить достоинства и недостатки используемого варианта разграничения предметов ведения в каждой стране возможно только на основе практики его реализации с учетом исторического, политического и экономического развития. Проблема разграничения предметов ведения федерации и ее субъектов прежде всего относится к сфере законодательной деятельности. Что же касается исполнительной власти, то она рассматривается обычно как единая вертикаль, а к судебной власти перечень предметов ведения, даваемый в конституциях, относится лишь в принципе, поскольку у судов своя подведомственность и подсудность [8, с. 56].

Понятие предмета правового регулирования с учетом классификации общественных отношений (выделения отношений, не урегулированных нормами права, но объективно нуждающихся в правовом регулировании) взаимосвязано с таким юриди-

ческим понятием, как пробелы в праве. Пробел в праве – это отсутствие нормы права, которая должна быть в системе права с точки зрения принципов и оценок самого права, или иначе – это такая ситуация, когда имеется факт (общественное отношение), по своему характеру находящийся в сфере правового регулирования, требующий правового разрешения, однако норма права, его предусматривающая, отсутствует [7, с. 256]. Соответственно можно говорить и о возможности применения аналогии закона и аналогии права. То есть они применимы в принципе, если общественные отношения требуют именно правового регулирования. Таким образом, рассматриваемое понятие предмета правового регулирования имеет большое значение для выявлении внутренних взаимосвязей между различными правовыми явлениями.

Библиографический список

1. *Алексеев С.С.* Теория права. М.: Бек, 1995. 320 с.
2. *Матузов Н.И.* Теория государства и права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2005. 640 с.
3. *Москалькова Т.Н., Черников В.В.* Нормотворчество: научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2011. 384 с.
4. *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. 472 с.
5. *Проблемы* общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2006. 832 с.
6. *Теория* государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юристъ, 1997. 776 с.
7. *Черданцев А.Ф.* Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Юрайт-М, 2002. 432 с.
8. *Чиркин В.Е.* Современное федеративное государство: учеб. пособие. М.: Изд-во МНИМП, 1997. 352 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Alekseev S.S.* Teorija prava. M.: Bek, 1995. 320 s.
2. *Matuzov N.I.* Teorija gosudarstva i prava: uchebnik. 2-e izd., pererab. i dop. M.: Jurist, 2005. 640 s.
3. *Moskal'kova T.N., Chernikov V.V.* Normotvorchestvo: nauchno-prakticheskoe posobie. M.: Prospekt, 2011. 384 s.
4. *Poljakov A.V.* Obwaja teorija prava: Problemy interpretacii v kontekste kommunikativnogo podhoda: kurs lekcij. SPb.: Izd. dom S.-Peterb. gos. un-ta, 2004. 472 s.
5. *Problemy* obwej teorii prava i gosudarstva: uchebnik dlja vuzov / pod obw. red. akad. RAN, d.ju.n., prof. V.S. Nersesjanca. M.: Norma, 2006. 832 s.
6. *Teorija* gosudarstva i prava: kurs lekcij / pod red. N.I. Matuzova, A.V. Mal'ko. M.: Jurist#, 1997. 776 s.
7. *Cherdancev A.F.* Teorija gosudarstva i prava: uchebnik dlja vuzov. M.: Jurajt-M, 2002. 432 s.
8. *Chirkin V.E.* Sovremennoe federativnoe gosudarstvo: ucheb. posobie. M.: Izd-vo MNIMP, 1997. 352 s.

CONCEPT OF A SUBJECT OF LEGAL REGULATION AND ITS INTERRELATION WITH OTHER LEGAL CATEGORIES

S.G. Solovyov

Branch FGBOU VPO SUSU
16, October av., Miass, the region of Chelyabinsk, 456318
E-mail: araukaria@yandex.ru

The summary: In article “Concept of a subject of legal regulation and its interrelation with other legal categories” the author investigates actual for modern jurisprudence a problem of a subject of legal regulation in its interrelation with such legal categories, a

method of legal regulation, principles of the right and others. Research concept of a subject of legal regulation is of great importance for revealing of internal interrelations between the various legal phenomena, allows to reflect logic of legal influence. The understanding of a subject of legal regulation in many respects defines the approach to concept of the right, its division on public and private, essence, and also understanding of other legal categories.

The author reveals features of the public relations entering into a subject of legal regulation, analyzes various approaches to concept of a subject of the legal regulation, offered by leading representatives of modern jurisprudence.

Analyzing interrelation of a subject of legal regulation the author stops on features of its separate stages, in particular, a predesign stage, and proves value of "strategy" and a role of principles of the right which serve as original reference points, law-enforcement activity.

The results of research presented in article in federative states in connection with a problem differentiation of subjects of conducting are actual. By means of concept "conducting subjects" are established spheres of "political", "public" possibilities of federal and regional levels of the government which should start with degree of the importance of this or that sphere of public relations for all state as a whole or for separate subjects of federation. The author understands spheres of public relations as subjects of conducting, regulation and which realisation, proceeding from degree of the social importance and an expediency principle at actual realisation, is fixed for federal and (or) regional level of the government. The author suggests to consider as criteria of their allocation an optimality, efficiency of realisation of concrete power at each level of the power and necessity of uniform regulation of this or that sphere of public relations in all territory of the state.

Keywords: the Subject of legal regulation; public relations; a method of legal regulation; right principles

УДК 342.571

ПРАВОВАЯ МОТИВАЦИЯ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ГРАЖДАН И ГОСУДАРСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С.А. Широбоков

Доцент кафедры международного и европейского права
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: Shirobokov-sa@perm.ru

Статья посвящена проблеме отсутствия единой системы правовых, четко обозначенных целей взаимодействия личности и государства в процессе участия гражданина в управлении делами государства. Этот процесс достаточно сложен и требует постоянного мониторинга его эффективности. Тем более, что привлечение к нему индивида допускается только на уровне правовой декларации. Существующая практика правоотношений укрепляет заблуждение о том, что именно органам государственной власти пристало решать за индивида принципиальные вопросы целепологания деятельности государственной формы. Это приводит к тому, что государство продолжает функционировать само для себя, превращая конституционно-правовое установление демократии и демократического режима правления в фикцию. Отметим, что установление целей участия граждан в управлении делами государства в Российской Федерации, правовых механизмов этой деятельности является основополагающим условием полноценного взаимодействия личности и государства.

Ключевые слова: взаимодействие граждан и государства; участие граждан в управлении делами государства; целеполагание деятельности; процесс достижения целей; процедура определения целеполагания; правовое установление целесообразности

Устанавливая цели взаимодействия граждан и государства, обратимся к положению ст. 32 Конституции Российской Федерации, в которой взаимодействие выражается как участие граждан в управлении делами государства, определяемое в доступности к участию в политической, общественной деятельности, выполнению общественных функций. Что же касается права участия в экономической, социальной и культурной жизни, то оно не устанавливается, а лишь предполагается.

В Российской Федерации конституционно устанавливаются: право участия в управлении делами государства непосредственно и (или) через своих представителей; право избирать и быть избранными; право участия в референдуме; равный доступ к государственной службе; право участия в отправлении правосудия. Позволим себе намеренно делать акцент именно на возможности индивида определять пути реализации своих способностей в процессе управления делами государства или на реализации возможностей государственного аппарата в процессе управления своими делами в интересах индивида.

Если устанавливается, что государство функционально существует для обслуживания людей, то его учреждения должны стремиться защитить фундаментальные права граждан, поддерживать политические организации, общественные организации и корпорации, которые объединяют силы людей, работающих для развития общества и реализации интересов его членов, что и вызывает саморазвитие наций. В этом случае цели взаимодействия граждан и государства необходимо рассматривать в совместном развитии исходя из структурной характеристики конституционной нормы, устанавливающей участие граждан в управ-

© Широбоков С.А., 2012

лении делами государства, т.е. с позиции гражданина, с позиции государства или с точки зрения управления делами государства.

Цель участия в управлении делами государства может быть как у граждан, так и у не граждан. Собственно граждане государства, имея формальное гражданство, по собственному желанию или волей случая могут свести до минимума или вообще отказаться от цели реализации своих гражданских прав на территории своего государства. Не граждане могут получить право участия в управлении делами государства, тогда это право будет содержать те признаки, которые устанавливаются законом для должностных лиц. Данное положение исходит из того, что гражданство – это не только формальная связь, выраженная в наличии документа. Наделение отдельными гражданскими правами не граждан ничуть не умаляет значение института гражданства и не дискредитирует его по сравнению с другими институтами гражданского общества. Более того, можно с уверенностью сказать, что вовлечение не граждан в различные гражданские процессы позволяет использовать не только потенциал действия собственно граждан, но и в какой-то мере заимствовать его у иностранных граждан, если их потенциал не оценен в собственном государстве. В этом случае прежде всего рассматривается деятельность в интересах государства пребывания. Необходимо полностью согласиться с той концепцией, что непосредственное участие индивида в управлении делами государства на местах в большей степени соответствует понятию жителя, а не гражданина [16, с. 4].

Позиция государства по этому вопросу может быть диаметрально противоположной: от полного неприятия того, что не гражданин государства может быть частично допущен к управлению какими-либо делами в государстве, вплоть до исключения возможности работать и иметь право собственности. Возможны и другие варианты, когда государство не только допускает, но стимулирует, даже и в ущерб собственным гражданам, участие иностранных граждан в управлении отдельными категориями дел, как правило, хозяйственных и местного уровня, а также и в политике, предоставляя право избирать и быть избранным в органы государственной власти. Возможны компромиссные варианты: санкционирование органов государственной власти участия собственных граждан в управлении делами другого государства; постановка в известность гражданами органов власти собственного государства о своем участии в управлении делами другого государства; выполнение задания своего государства на участие в управлении делами другого государства. Иностранные граждане и лица без гражданства могут получить право участия в управлении делами государства при отсутствии прямого запрета или прямого указания на то, что управлением могут заниматься только граждане Российской Федерации [12, ст. 366], или в случаях, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации [9, с. 23].

Цель непосредственного участия граждан может быть выражена с объективной точки зрения, т.е. как должно быть по установленным правилам или с субъективной точки зрения, так как это представляет себе личность, т.е. через сознательную деятельность или при сформированном представлении о цели и желании ее достижения. Цель реализации права участия гражданина в управлении делами государства должна быть мотивирована активной общественной позицией, его осознанным интересом к жизни общества, определенным уровнем правовой и политической культуры. Целевое выражение участия гражданина в управленческом процессе можно проследить через различные организационно-правовые формы.

Следует отметить, что в современном обществе личность, ставя перед собой цели, в большей степени ориентирована на необходимость и стремление к государственной службе, так как только служба дает постоянный достаток и определенную уверенность в перспективах своего развития. Но цели личности далеки от идеалов и устремлений, в которых заинтересовано государство. Гражданин, получив доступ к государственной службе, т.е., реализуя свою цель, чаще всего не посвящает себя служению

людям, обществу, государству, как это должно быть, а старается обеспечить себя и свою семью. Даже необходимость выполнения возложенных на него обязанностей не исключает того, что он будет стремиться использовать эти обязанности для получения определенной выгоды. Как доказательство этого – более чем затянувшаяся реформа административных органов и непрекращающаяся борьба с коррупцией.

Участие в управлении делами государства через своих представителей все больше напоминает фарс [7, с. 77]. Общество не верит, что целью деятельности представителей народа является благо общества и людей. Те граждане, которые представляют население, тратят огромные средства, чтобы получить доступ к управлению делами государства, а затем оплачивают свое лоббирование различными преференциями, не забывая при этом себя.

В идеале целеполагание участия граждан в управлении делами государства должно быть обеспечено заинтересованностью самого государства. Участие граждан в управлении делами государства может быть установлено с различных позиций: цели государственного управления; цели государственной политики; цели гражданского общества. Заметим, что цели государственного управления и функции государства это не одно и то же. По определению исследователя А.Г. Светланова, функции государства есть его действие, обусловленное определенными мотивами или целью [15, с. 8]. В этом аспекте уместно учесть мнение В.С. Нерсесянца о том, что цели и функции государства необходимо рассматривать в их взаимосвязи и определять как основные направления деятельности государства по решению стоящих перед ним задач [14, с. 629]. Государственно-значимые цели могут реализовываться в синтезе действий власти, которые осуществляются малыми руководящими группами [6, с. 14]. В широком понимании цель государственного управления может быть выражена как гармонично политически организованное сообщество, а в узком – как деятельность аппарата государственной власти и силовых структур, при помощи которых осуществляется государственное принуждение [5, с. 11–12].

Объективная причина целевого участия граждан в управлении делами государства – невозможность государственных служащих и политических руководителей все делать самим. Все чаще возникает необходимость восстановить доверие граждан к государству [1, с. 51]. Более того, цель участия граждан в управлении делами государства – придание гуманистической направленности «технической» деятельности органов исполнительной власти. Деятельность органов государства, особенно исполнительной власти, должна определяться потребностями, целями и интересами живущих в стране людей, а не спрятанными за отвлеченные утопии властными интересами господствующей олигархии [11, с. 14].

Конечная и определяющая цель обеспечения взаимодействия граждан и государства – это социальная значимость и публичная потребность в стабильной и эффективной конструкции государственной и муниципальной (публичной) власти. Через непосредственное участие организаций, граждан и институтов гражданского общества в процедурах формирования решений, принимаемых на всех уровнях государственного управления, возможно повышение качества административно-управленческих решений. Могут устанавливаться отдельные целевые программы, которые заключаются в выстраивании системы взаимосвязанных форм деятельности.

К сожалению, в Российской Федерации отсутствует целевая государственная правовая политика, ориентированная на заинтересованность в вовлечении граждан в процесс управления делами государства. Многие исследователи в качестве цели государственной политики рассматривают организацию системы исполнительной власти [4, с. 3].

Часто можно встретить выражение «деятельность в целях содействия реализации государственной политики в отдельно взятой сфере». В качестве деятельного аспекта этого процесса можно выделить следующие положения: привлечение граждан и общественных объединений к реализации государственной политики; выдвижение и

поддержка гражданских инициатив; проведение общественной экспертизы проектов федеральных законов и проектов законов субъектов Российской Федерации; оказание информационной, методической и иной поддержки; привлечение граждан, общественных объединений и представителей средств массовой информации к обсуждению различных вопросов и выработки по данным вопросам рекомендаций [13, ст. 1277].

В большинстве случаев цели государства в управлении делами государства с использованием возможностей индивида носят лишь общий установочно-неопределенный или ограничивающий характер. С идеалистических позиций, цель – достижение общего блага политического общества, создание или наличие особого органа, наделенного верховной властью во имя справедливости и закона [10, с. 31]. В большей степени цели государственной политики должны быть выражены в согласовании общественно значимых интересов или обеспечении естественного существования сообщества. Например, создание условий для проявления инициатив молодежи при формировании и осуществлении государственной молодежной политики, на основе приобщения наиболее активных и подготовленных молодых граждан к парламентской деятельности, формирования их правовой и политической культуры, поддержки созидательной, гражданской активности молодежи [21, с. 52].

Существует точка зрения: в случае создания рыночной экономики и правового государства все целевые установки развития должны быть подчинены созданию гражданского общества [2, с. 53]. В этом случае деятельность органов государственной власти должна способствовать укреплению институтов гражданского общества. Активное сотрудничество со всеми структурами гражданского общества предполагает, что все они поддерживают курс, отраженный в государственных программных документах. Наличие совместных единых целей может способствовать дебюрократизации отношений между государственными служащими, гражданами и структурами гражданского общества [11, с. 14].

Установление цели участия граждан в управлении делами государства с точки зрения чисто управленческого цикла может включать в себя управление как конечную цель или совокупность целей при реализации государственного управления. По своей значимости цели управления подразделяются на общие, высшего и низшего уровня, глобальные, генеральные и частные, стратегические и оперативные, конечные и промежуточные. Все виды целей дополняют друг друга. Логическое построение цепочки целей должно производиться с учетом комплекса факторов: закономерностей и тенденций общественного развития, опыта, ресурсов, традиций и потенциала государства [8, с. 36]. Цели могут устанавливаться и в связи с принятием нормативно-правового акта, регулирующего сам процесс управления. В этом случае данный правовой акт становится самоцелью и в искаженном виде может быть применен в социальной практике либо закладываться в основу правоотношения [17, с. 171].

Следует согласиться с утверждением Н.М. Добрынина, что цель государственного управления представляет собой желательное для управляющего субъекта состояние управляемого объекта, которого субъект управления стремится достичь в процессе управления [8, с. 35]. Интересна позиция А.И. Соловьева, который утверждает, что формулировка цели, создание некого коридора возможностей для решения проблемы тем самым открывает новую страницу для дальнейших действий государства, прежде всего, в части уточнения его интересов в данной области и рассмотрения способов урегулирования соответствующей ситуации, что предполагает выработку конкретных направлений деятельности государственных органов по производству и разработке конкретного решения, технологий его принятия и окончательного оформления [18, с. 176].

Н.М. Добрынин проблему определения цели государственного управления считает ключевой, так как именно она задает основные параметры и характеристики всей системы управления, определяя алгоритм функционирования [8, с. 36]. Необходимо учитывать тот факт, что конечная цель будет значительно корректироваться ввиду

того, что сама управленческая деятельность не имеет четко определенной системы, не зависящей от сторонних факторов [20, с. 55]. В этом случае доступность государственной службы предопределяет кадровые проблемы, связанные с неэффективностью применяемых методов расчета и прогнозирования потребностей персонала управления, со слабым нормативным обеспечением технологий и процедур отбора, закрепления и продвижения кадрового аппарата управления, с доминирующей их ориентацией на профессионально значимые качества [19, с. 32]. Нельзя не учитывать негативные тенденции, связанные с антиобщественным явлением «власть ради власти». В этом случае происходит подмена правовых средств организационно-тактическими мерами или замена нормативно-правовой нормы ведомственной инструкцией, приказом, наставлением, т.е. право заменяется властью [3, с. 40].

Формирование главной цели – вовлечение в процесс решения государственных дел индивида – проходит сложный путь становления. До тех пор, пока присутствует непонимание ценности заинтересованного и ориентированного на приоритетность главной цели удовлетворения индивидуальных потребностей гражданина, будет существовать проблема целесообразности использования государственной формы для управления общественными процессами.

Существует определенная нестыковка целей участия гражданина в процессе управления государственными делами как непосредственно, так и через своих представителей. Это тревожная тенденция так как, неправильное определение целей всегда связано с включением различных механизмов их достижения, что может привести к неверным, вредным и даже опасным для общества последствиям.

Библиографический список

1. *Бойцова Л.В.* Ответственность государства и судей за вред, причиненный гражданам при отправлении правосудия // Журнал рос. права. 2001. №9. С. 51–60.
2. *Братко А.Г.* Банк России: правовой статус и компетенция [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
3. *Гензюк Э.Е.* О некоторых признаках государственного управления // Рос. юстиция. 2007. №5. С. 40–42.
4. *Гордеева Н. А., Филь М. М.* Право и реформирование науки. Проблемы и решения / ООО «Новая правовая культура». М., 2005. 336 с.
5. *Государство,* общество, личность: проблемы совместимости / под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. М.: Юристъ, 2005. 360 с.
6. *Гражданин,* закон и публичная власть. М.: Норма, 2005. 368 с.
7. *Грудцына Л.Ю.* Общественная палата – спектакль национального масштаба // Адвокат. 2006. №5. С. 77–87.
8. *Добрынин Н.М.* Теория и практика государственного управления: учебник. 2-е изд. Тюмень: Изд-во Тюмен. гос. ун-та, 2007. 407 с.
9. *Конституция* Российской Федерации // Рос. газ. 2009. 21 янв.
10. *Маритен Жак.* Человек и государство / пер. с англ. Т. Лифинцевой. М.: Идея-Пресс, 2000. 196 с.
11. *Ноздрачев А.Ф.* Гражданин и государство: взаимоотношения в XXI веке // Журнал рос. права. 2005. №9. С. 14–26.
12. *О прокуратуре* Российской Федерации: Федеральный закон от 17 янв. 1992 г. №2202-I // Ведомости съезда нар. депутатов Рос. Федерации и Верхов. Совета Рос. Федерации. 1992. №8, ст. 366.
13. *Об Общественной* палате Российской Федерации: Федер. закон от 4 апр. 2005 г. №32-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. №15, ст. 1277.
14. *Проблемы* общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. 832 с.
15. *Светланов А.Г.* Социальная функция государства: некоторые правовые аспекты. Права человека и современное государственно-правовое развитие. М., 2007. С. 8.
16. *Система* муниципального управления / под ред. В.Б. Зотова. СПб.: Питер, 2007. 493 с.

17. *Скурко Е.В.* Принципы права: монография. М.: Ось–89, 2008. 192 с.
18. *Соловьев А.И.* Принятие государственных решений: учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2009. 344 с.
19. *Столярова В.* Проблемы государственной гражданской службы. Социальные стандарты и нормативы // Кадровик. Кадровый менеджмент. 2007. №1. С. 32.
20. *Чернобель Г.Т.* Институциональная детерминанта системы государственного управления // Журнал рос. права. 2008. №4. С. 45–55.
21. *Чертков А.Н., Артамонова Н.В.* Региональный опыт функционирования «молодежного парламентаризма» как механизма развития правовой культуры российских избирателей // Журнал рос. права. 2008. №1. С. 52–61.

Bibliograficheskij spisok

1. *Bojcova L.V.* Otvetstvennost' gosudarstva i sudej za vred, prichinjonnyj grazhdanam pri otpravlenii pravosudija // Zhurnal ros. prava. 2001. №9. S. 51–60.
2. *Bratko A.G.* Bank Rossii: pravovoj status i kompetencija [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
3. *Genzjuk Je.E.* O nekotoryh priznakah gosudarstvennogo upravlenija // Ros. justicija. 2007. №5. S. 40–42.
4. *Gordeeva N.A., Fil' M.M.* Pravo i reformirovanie nauki. Problemy i reshenija / OOO «Novaja pravovaja kul'tura». M., 2005. 336 s.
5. *Gosudarstvo*, obwestvo, lichnost': problemy sovmestimosti / pod obw. red. R.A. Romashova, N.S. Nizhnik. M.: Jurist#, 2005. 360 s.
6. *Grazhdanin*, zakon i publichnaja vlast'. M.: Norma, 2005. 368 s.
7. *Grudcyna L.Ju.* Obwestvennaja palata – spektakl' nacional'nogo masshtaba // Advokat. 2006. №5. S. 77–87.
8. *Dobrynin N.M.* Teorija i praktika gosudarstvennogo upravlenija: uchebnik. 2-e izd. Tjumen': Izd-vo Tjumen. gos. un-ta, 2007. 407 s.
9. *Konstitucija* Rossijskoj Federacii // Ros. gaz. 2009. 21 janv.
10. *Mariten Zhak.* Chelovek i gosudarstvo / per. s angl. T. Lifincevoj. M.: Ideja-Press, 2000. 196 s.
11. *Nozdrachjov A.F.* Grazhdanin i gosudarstvo: vzaimootnoshenija v XXI veke // Zhurnal ros. prava. 2005. №9. S. 14–26.
12. *O prokurature* Rossijskoj Federacii: Federal'nyj zakon ot 17 janv. 1992 g. №2202-I // Vedomosti s#ezda nar. deputatov Ros. Federacii i Verhov. Soveta Ros. Federacii. 1992. №8, st. 366.
13. *Ob Obwestvennoj* palate Rossijskoj Federacii: Feder. zakon ot 4 apr. 2005 g. №32-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2005. №15, st. 1277.
14. *Problemy* obwej teorii prava i gosudarstva / pod red. V.S. Nersesjanca. M., 1999. 832 s.
15. *Svetlanov A.G.* Social'naja funkcija gosudarstva: nekotorye pravovye aspekty. Prava cheloveka i sovremennoe gosudarstvenno-pravovoe razvitie. M., 2007. S. 8.
16. *Sistema* municipal'nogo upravlenija / pod red. V.B. Zotova. SPb.: Piter, 2007. 493 s.
17. *Skurko E.V.* Principy prava: monografija. M.: Os'–89, 2008. 192 s.
18. *Solov'jov A.I.* Prinjatie gosudarstvennyh reshenij: ucheb. posobie. 2-e izd., pererab. i dop. M.: KNORUS, 2009. 344 s.
19. *Stoljarova V.* Problemy gosudarstvennoj grazhdanskoj sluzhby. Social'nye standarty i normativy // Kadrovik. Kadrovyj menedzhment. 2007. №1. S. 32.
20. *Chernobel' G.T.* Institucional'naja determinanta sistemy gosudarstvennogo upravlenija // Zhurnal ros. prava. 2008. №4. S. 45–55.
21. *Chertkov A.N., Artamonova N.V.* Regional'nyj opyt funkcionirovanija «molodjozhnogo parlamentarizma» kak mehanizma razvitija pravovoj kul'tury rossijskih izbiratelej // Zhurnal ros. prava. 2008. №1. S. 52–61.

LEGAL MOTIVATION OF INTERACTION OF CITIZENS AND THE STATE IN THE COURSE OF JOINT DEVELOPMENT

S.A.Shirobokov

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: Shirobokov-sa@perm.ru

Article is devoted that in the Russian Federation there is no uniform system of the legal accurately designated purposes of interaction of the person and the state caused by participation of the citizen in an administrative office of the state. Available legal aspects целепологания are analyzed from the point of view of the individual, a state policy, the government. It is established, that formation process целепологания activity is combined enough and demands constant monitoring concerning efficiency of realization of those or other positions. Attraction to the given process of the individual is supposed only at level of the legal declaration. Existing practice правоотношений, citizens developing in the course of interaction and the state in a state administrative office, in many respects promotes error, that for the individual it is necessary to solve to public authorities, without attraction of the citizen to establishment process целепологания activity of the state form. And it, in turn, again leads to that the state and at democratic establishments continues to function for itself, transforming a constitution-legal establishment of democracy and a democratic mode of board in the fiction covered with high aspirations to the ideal state, satisfying all requirements of the individual and creating the general prosperity. It is defined, that the establishment of the purposes of participation of citizens in a state administrative office in the Russian Federation is the basic beginning in the course of interaction of the person and the state. The understanding and accurate representation of to what is necessary to aspire, predetermines all further activity on an establishment of legal mechanisms and helps formation of organizational-legal bases of activity of citizens, bodies of the state and officials.

Keywords: interaction of citizens and the state; participation of citizens in a state administrative office; activity for the sake of the purpose; process of achievement of the purposes; definition procedure целепологания; a legal establishment of expediency

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

УДК 342.553:00.738.2

АНАЛИЗ СООТВЕТСТВИЯ ИНТЕРНЕТ-РЕСУРСОВ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С.Е. Гасумова

Кандидат социологических наук, доцент, доцент кафедры социальной работы юридического факультета
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: svetagasumova@ya.ru

Проведен анализ проблем информационной открытости власти на муниципальном уровне, представлены результаты экспертизы соответствия интернет-ресурсов органов местного самоуправления в Пермском крае требованиям законодательства РФ и результаты опроса специалистов о проблемах информирования граждан через сайты. Показано, какие именно нормы не реализуются на практике либо реализуются не в полном объеме, и сформулированы причины сложностей в выполнении данных законодательных требований муниципальными служащими. Предложены рекомендации по решению выявленных проблем.

Ключевые слова: информация; информирование граждан; информационная открытость; интернет-ресурсы; информатизация

Постановка проблемы исследования. Население малых городов и сельских поселений в российской «глубинке» зачастую становится очень четко депривированным в удовлетворении потребностей, социально некомпетентным, гражданско неактивным. Во многом эта проблема обусловлена информационным неравенством, информационным расслоением общества, что сегодня продолжает оставаться характерными для России социальными явлениями. На органы местного самоуправления в таких условиях ложится довольно сложная задача – создать условия для вовлечения граждан в активную общественную, политическую, трудовую деятельность, в том числе посредством современных информационных технологий. С одной стороны, такие технологии позволяют успешно решать перечисленные задачи. Но, с другой стороны, ни население, ни сами работники муниципалитетов, как правило, не готовы пользоваться современными информационными технологиями. Имеются в виду и мотивационная готовность, и отсутствие соответствующих знаний и умений и, главное, необходимых технических возможностей.

С 1 января 2010 г. законодательство Российской Федерации обязало все органы власти, включая органы местного самоуправления, размещать информацию о своей деятельности на официальных сайтах в сети Интернет (Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» от 9 февр. 2009 №8-ФЗ). Четкий перечень такой информации содержит 29 пунктов.

Однако что происходит на практике? К сожалению, приходится констатировать, что в настоящее время на муниципальном уровне эти требования пока выполняются далеко не в полном объеме. Как отмечают эксперты, зачастую, даже создав собственные сайты, органы власти, как правило, ограничиваются лишь частичным исполне-

© Гасумова С.Е., 2012

нием нормативов: заводят доменное имя, размещают фотографию здания, пускают по левой колонке несколько ссылок с не требующей обновления информацией. Таким образом, вместо социально значимой информации органы власти зачастую стремятся распространить информацию о своей социальной значимости. Контент на сайтах не соответствует ни требованиям законодательства, ни потребностям и интересам целевой аудитории пользователей; отсутствует либо не оперативна обратная связь; нет интерактивных разделов, в рамках которых посетители могли бы общаться и решать текущие проблемы; отсутствует оперативное администрирование.

В результате гарантии доступа к информационным ресурсам органов власти, в особенности местного самоуправления, на практике приобретают декларативный характер и требуют разработки в части более действенного механизма их реализации. Налицо противоречие между прогрессивно формирующимися, декларируемыми в официальных документах гарантиями доступа граждан к информации и создания интернет-ресурсов органов власти всех уровней, с одной стороны, и отсутствием реального механизма обеспечения реализации этих гарантий – с другой, вызывающее, судя по эмпирическим данным, резко негативную оценку населением собственных информационных прав и свобод. Эта проблема требует исследования.

Описание и интерпретация результатов эмпирических исследований. Для стимулирования процесса взаимодействия органов местного самоуправления с населением в Пермском крае Уполномоченным по правам человека реализован проект Всемирного банка «Расширение открытости и гражданской активности на местном уровне (2010 – 2011 гг.)». Одно из направлений проекта – «Информирование населения: современные механизмы, способы и средства». В рамках проекта нами было проведено два исследования: анализ соответствия содержания сайтов органов местного самоуправления Пермского края требованиям законодательства РФ и опрос ответственных за ведение сайтов специалистов администраций о проблемах информирования населения и ведения сайтов в их районах.

Целью первого проведенного исследования было выявление степени соответствия содержания сайтов органов местного самоуправления четырех муниципальных районов Пермского края требованиям ст. 13 Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», включающим 29 пунктов. Исследование проведено на примере четырех небольших дотационных муниципальных районов Пермского края: Кизеловского (численность населения − 32,2 тыс. чел.), Косинского – приравненного к территориям Крайнего Севера (7,9 тыс. чел), Оханского (17 тыс. чел.), Суксунского (20,8 тыс. чел.).

Экспертиза контента сайтов администраций этих районов (или аудит сайтов) проводилась с использованием четырех экспериментальных групп, каждая − из 10 человек. Группы были сформированы из студентов двух факультетов (юридического и философско-социологического) Пермского государственного национального исследовательского университета. Они были распределены по районам и получили задание найти обязательную для размещения информацию (29 пунктов) на сайте определенного органа местного самоуправления. Полученные сводные данные по каждой группе (району) и сравнительный анализ сайтов всех четырех участвующих в эксперименте муниципальных районов позволили оценить соответствие содержания сайтов требованиям законодательства РФ, зафиксировать отсутствие на них определенных сведений, сформулировать вероятные причины трудностей формирования чиновниками именно этих сведений и дать рекомендации по решению выявленных проблем и преодолению информационной «закрытости» органов местного самоуправления.

Исследование проводилось в несколько этапов (развитие сайтов оценивалось в динамике) с октября 2010 г. по июнь 2011 г. В настоящей статье будут представлены только итоговые данные по состоянию на июнь 2011 г. Заметим, что на момент проведения финального этапа экспертизы требования ст. 13 Федерального закона «Об обес-

печении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», вступившие в силу с 1 января 2010 г., действовали уже в течение 1,5 лет.

Здесь в качестве дополнения необходимо также пояснить, что в начале эксперимента в ноябре 2010 г. устный неформализованный опрос специалистов, ответственных за ведение сайтов в четырех участвующих в проекте Всемирного банка муниципальных районах, показал, что они впервые от экспертов проекта услышали о том, что сайты органов местного самоуправления вообще должны соответствовать каким-либо законодательным требованиям. Это исключительно показательный факт. На тот момент упомянутый закон действовал уже в течение 11 месяцев, однако муниципальные служащие не подозревали о его существовании. Очевидно, что это может быть и недоработкой региональных властей. Целесообразно было проинформировать глав администраций инструктивным письмом о новшествах в законодательстве либо издать постановление и установить определенные сроки для приведения содержания сайтов органов местного самоуправления Пермского края в соответствие с новыми законодательными требованиями.

Итак, по состоянию на июнь 2011 г. результаты сравнительного анализа сайтов следующие. На всех сайтах присутствуют лишь 3 из 29 обязательных требований, что составляет около 10%. Очевидно, эту информацию легче всего формировать, поскольку она итак имеется во всех районах в готовом, систематизированном виде в электронной форме, а именно: 1) наименование и структура органа местного самоуправления (п. 1, а); 2) нормативные правовые акты, изданные органом местного самоуправления (п. 2, а); 3) тексты официальных выступлений и заявлений руководителей и заместителей (п. 6).

На большинстве сайтов (3 из 4 районов) размещена следующая информация: 1) административные регламенты, стандарты муниципальных услуг (п. 2, г); 2) сведения о полномочиях органа местного самоуправления, задачах и функциях структурных подразделений (п. 1, б); 3) информация об участии в целевых и иных программах, международном сотрудничестве, о проводимых мероприятиях (п. 3); 4) информация о состоянии защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций, иная информация, подлежащая доведению органом местного самоуправления до сведения граждан и организаций (п. 4); 5) сведения об использовании бюджетных средств (п. 7, б).

Далее необходимо акцентировать внимание на той информации, которая чаще всего отсутствует на сайтах муниципальных образований. На всех исследованных сайтах полностью отсутствует информация по четырем пунктам: 1) порядок обжалования муниципальных правовых актов (п. 2,е); 2) порядок поступления граждан на муниципальную службу (п. 8,а); 3) условия и результаты конкурсов на замещение вакантных должностей (п. 8,г); 4) номера телефонов для получения информации по вакантным должностям (п. 8, д).

Приходится констатировать, что 4 из 29 пунктов (около 14%), обязательных для размещения информации, нет ни на одном из проанализированных сайтов. Органам местного самоуправления необходимо целенаправленно провести сбор, формализацию этих сведений и формирование их в электронной форме для размещения в сети Интернет.

22 пункта, или 76%, информации размещены не на всех сайтах. На большинстве сайтов (3 из 4 районов) отсутствуют: 1) перечни информационных систем, банков данных, реестров, регистров (п. 1,е); 2) установленные формы принимаемых обращений, заявлений (п. 2,д); 3) информация о результатах проведенных проверок (п. 5); 4) обзоры обращений, результаты их рассмотрения и принятые меры (п. 9, в); 5) сведения о вакантных должностях (п. 8, б); 6) квалификационные требования к кандидатам на их замещение (п. 8, в).

На половине сайтов (2 из 4 районов) не представлены: 1) перечень территориальных органов и сведения о них (п. 1, в); 2) перечень подведомственных организаций (при наличии) и сведения о них (п. 1, г); 3) сведения о предоставленных организациям и индивидуальным предпринимателям льготах, отсрочках и т.п. (п. 7, в);

4) статистические данные и показатели, характеризующие состояние и динамику развития экономической, социальной и иных сфер жизнедеятельности (п. 7, а); 5) порядок и время приема граждан, порядок рассмотрения обращений (п. 9, а); 6) фамилия, имя и отчество должностного лица, ответственного за организацию приема, обеспечение рассмотрения обращений, номер справочного телефона (п. 9, б); 7) перечень подведомственных образовательных учреждений (при наличии), сведения о них (п. 8, е); 8) тексты проектов муниципальных правовых актов (п. 2, б).

Из представленных данных очевидно, что пока большая часть обязательной для размещения информации (90%) вызывает затруднения у органов местного самоуправления либо при формировании, либо при размещении в сети Интернет. Вероятно, причинами могут быть как отсутствие ведения подобной информации в местной администрации, так и незнание специалистами, ответственными за интернет-ресурс, требований законодательства о размещении подобных сведений.

Итоги соответствия требованиям законодательства интернет-сайтов четырех муниципальных районов Пермского края выглядят так: Суксунский район – на 72%, Косинский район – на 52%, Кизеловский район – на 48%, Оханский район – на 28% (рис. 1).

Рис. 1. Степень соответствия содержания сайтов муниципальных районов Пермского края требованиям законодательства РФ, % выполненных требований

Таким образом, в среднем содержание исследованных сайтов муниципальных районов Пермского края удовлетворяет законодательным требованиям ровно наполовину (50%). При этом характерно, что полученные по районам показатели сильно варьируются: от 28% до 72%. Это свидетельствует о влиянии на них целого ряда факторов (переменных величин), связанных далеко не только с уровнем экономического развития. Вероятно, что важное значение имеет личность руководителя, его заинтересованность во введении инноваций, подборе кадров и др.

Подчеркнем, что лидер среди исследованных сайтов – сайт Суксунского района в процессе участия в проекте Всемирного банка «Расширение открытости и гражданской активности на местном уровне» в период с ноября 2010 г. по май 2011 г. был существенно доработан. На нем появилась ранее отсутствовавшая информация по 7 из 29 пунктов, обязательных для размещения сведений. Следовательно, подобная положительная динамика развития сайта, возникшая в результате взаимодействия с экспертами проекта, теоретически была возможна и в других трех районах, однако этого не произошло. Динамика в других районах составила от 3 до 5 пунктов.

Вообще, полученные невысокие результаты в большинстве районов неудивительны. В рамках проекта нами было проведено также письменное анкетирование специалистов администраций, ответственных за ведение сайтов и информирование населения, и специалистов центров правовой информации на базе муниципальных библиотек (всего 7 человек) о проблемах информирования граждан на местном уровне. Результаты оказались ошеломляющими. Выяснилось, что даже эти специалисты считают информирование населения о деятельности органов местного самоуправления через сайты наименее эффективным способом (см. рис. 2).

Так, они упорно предпочитают информировать население о своей деятельности «традиционными способами», чаще всего через публикации в местных печатных СМИ. Именно публикации в СМИ и письма гражданам считаются специалистами администраций самыми эффективными способами информирования населения на местном уровне. Довольно часто также организуются: специальные мероприятия (встречи с

гражданами), информирование на рабочем месте, ведомственные тиражные газеты, информационные стенды и персональное консультирование в приемных. Пока муниципалитетами в районах абсолютно не используются автоинформаторы и рассылки СМС-сообщений, практически не применяются информационные терминалы в органах власти и общественных местах (рис. 2).

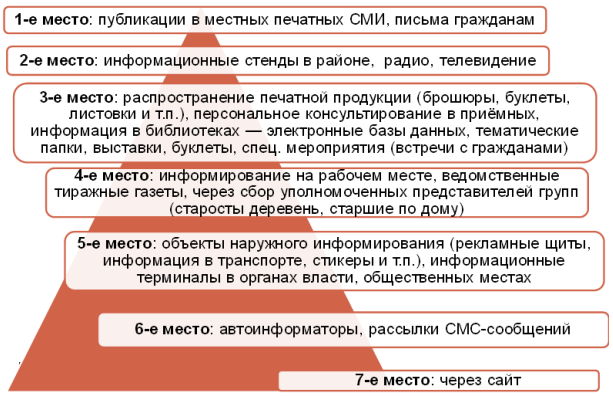

Рис. 2. Оценка эффективности различных способов информирования населения специалистами районных администраций и центров правовой информации муниципальных библиотек (по результатам опроса, данные на начало 2011 г.)

По мнению представителей администраций и центров правовой информации, наименее эффективно информирование граждан через сайт, а также с помощью автоинформаторов и рассылок СМС-сообщений. Таким образом, современные технологичные способы информирования стали аутсайдерами и по применению и заняли последние места в рейтинге эффективности. Специалисты муниципалитетов пока не видят потенциала во внедрении новых технологий информирования, скорее всего предполагая их низкую доступность населению.

Отчасти это обусловлено низким уровнем информатизации администраций муниципальных образований, который сильно варьируется, предположительно в зависимости от размеров и уровня социально-экономического развития территорий. Например, выявлены случаи, когда в районных администрациях вообще отсутствует доступ в Интернет и нет ни одного работника, имеющего навыки работы в сети Интернет. Кроме того, существует проблема отсутствия единых квалификационных требований к специалистам, наделяемым функциональными обязанностями по информированию населения. Так, обязанности по ведению официальных сайтов, за неимением специальной должности или компетентного служащего, зачастую бывают возложены, к примеру, на специалиста отдела кадров или по договору подряда переданы школьникам старших классов – детям муниципальных служащих. Зафиксирована также потребность в обучении специалистов органов местного самоуправления навыкам работы с информационно-правовыми системами «Консультант», «Гарант» или «Кодекс» (см. табл. 1).

Результаты анализа обеспечения доступа населения к сети Интернет на территории районов также крайне негативные. В части территорий он обеспечен только через пункты коллективного доступа (ПКД) на почтах, в части – только на базе муниципальных библиотек, а в части он полностью отсутствует. Во всех районах попросту нет интернет-клубов и интернет-кафе, а также нет возможности для граждан бесплатно пользоваться доступом на сайты органов власти в самих органах и организациях социальной сферы на территории района.

Неудивительно, что и формы обращений граждан в органы местного самоуправления в «глубинке» пока также сохраняются традиционные: большая часть (немногим больше половины) – в письменной, чуть меньше половины – в устной форме и лишь 1,5% – в электронной, и то только в некоторых муниципальных образованиях, где более активно ведутся официальные сайты местной администрации.

В контексте оценки Интернет-пространства муниципальных районов показательно, что большинство экспертов убеждены: в их территориях вообще нет органов, учреждений или организаций, активно работающих в сети Интернет, т.е. размещающих информацию о своей деятельности, информирующих население по вопросам жизнедеятельности, принимающих электронные обращения граждан. Часть специалистов отметили довольно активную работу по ведению сайта администрации в своих районах (поставив за нее среднюю оценку 4 балла по 5 балльной шкале), и в единичном случае были выделены как активные также образовательные учреждения

Таблица 1

Оценка уровня информатизации администраций муниципальных образований Пермского края специалистами

№ п/п	Критерии уровня информатизации	Средний показатель	Выявленные мин. и макс. показатели
1.	Общее количество персональных компьютеров	21	От 4 до 50
2.	Компьютеров с выходом в Интернет	7,5	От 0 до 18
3.	Компьютеров с установленными информационно-правовыми системами («Консультант», «Гарант» или «Кодекс»)	6	От 1 до 12
4.	Работников, имеющих навыки работы в сети Интернет	4	От 0 до 10
5.	Работников, имеющих навыки работы с информационно-правовыми системами («Консультант», «Гарант» или «Кодекс»)	3	От 1 до 5

и Пенсионный фонд (оценки по 3 балла). Нулевая интернет-активность, по мнению экспертов, – у библиотек, ТУ Министерства социального развития Пермского края и учреждений социального обслуживания населения, учреждений здравоохранения, общественных приемных и общественных организаций (см. табл. 2).

И, наконец, негативным фактором является то, что абсолютное большинство из опрошенных специалистов администраций и центров правовой информации не готовы предложить ничего для улучшения информирования населения в своих районах. Единственное предложение поступило, как ни парадоксально, от самого маленького по численности и отстающего в благоустройстве Косинского района. Оно заключается в «доработке сайта администрации, вменении в обязанности специалистам активно участвовать в работах по ведению сайта и с обращениями граждан, открытии на территории района Интернет-клубов и Интернет-кафе».

Выводы. Приходится констатировать, что в современных условиях в российской «глубинке» законодательные требования к обеспечению доступа к информации о деятельности органов местного самоуправления путем размещения этой информации на интернет-сайтах выполняются далеко не в полном объеме. В Пермском крае, как показало проведенное выборочное исследование, содержание сайтов местных администраций соответствует, в среднем, лишь 50% требований законодательства РФ. Причем этот результат был достигнут отчасти благодаря реализации проекта Всемирного

Таблица 2

Рейтинг органов, учреждений и организаций на территории муниципальных районов Пермского края, активно работающих в сети Интернет (экспертная оценка)

Место в рейтинге	Объект оценивания (орган, организация, учреждение)	Оценка активности по 5-балльной шкале, средний балл
1-е	администрация района	4
2-е	образовательные учреждения	3
3-е	Пенсионный фонд	3
—	Библиотеки, ТУ Министерства социального развития Пермского края и учреждения социального обслуживания населения, учреждения здравоохранения, общественные приемные и общественные организации	0

банка «Расширение открытости и гражданской активности на местном уровне (2010–2011 гг.)» Уполномоченным по правам человека в Пермском крае Т.И. Марголиной. В других регионах России ситуация может быть более плачевной. В процессе информирования населения муниципальным служащим не хватает, кроме технических средств, знаний в области законодательства (в частности, требований к содержанию сайтов органов местного самоуправления), доступа к нормативным актам и умения работать с ними. При этом обозначенные проблемы, по существу, зависят от недостаточной компетентности и мотивационной готовности муниципальных служащих изучать и выполнять гарантированные государством нормы. В результате формируется существенное отставание в информационной открытости местных органов власти и внедрении современных способов информирования населения в небольших муниципальных районах.

THE ANALYSIS OF CONFORMITY OF LOCAL GOVERNMENTS' INTERNET RESOURSES TO THE LEGISLATION OF RUSSIAN FEDERATION

S.E. Gasumova

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: svetagasumova@ya.ru

In this article the analysis of problems of an information openness of authorities at the municipal level is carried out, the results of examination of conformity of local government's Internet resources in the Perm region to the requirements of the legislation of Russian Federation and also the results of poll of experts about problems of informing of citizens through sites are represented. Some recommendations on the decision of the revealed problems are offered. This research is carried out through an example of Internet sites of administrations in four small municipal areas of the Perm region: Kizelovsky (population of 32,2 thousand persons), Kosinsky – the Far North equal territory (7,9 thousand persons), Ohansky (17 thousand persons), Suksunsky (20,8 thousand persons). It is shown, which positions of the federal law «About providing the access to the information on activity of state structures and local governments» from 2/9/2009 №8-FZ are not realized in practice or realized not in full by administrations of areas. The reasons of organizational character complexities in performance of the given legislative requirements by municipal employees are formulated. Also the low level of legal literacy of experts of local governments is revealed and the requirement for maintenance of the access to the legislation and training skills of work with information-legal systems "Advisers", "Guarantor" or "Code" for them is fixed. As a whole it is proved that access guarantees to the information resources of authorities, in particular local government, in practice get declarative character. It demands working out of more effective mechanism of their realization. The absence of such a kind of mechanism attracts formation of essential backlog in an information openness of local authorities and in introduction of modern ways of informing of the population in small municipal areas. Some recommendations about the decision of the revealed problems are offered. Besides, it is described, how the project of the World bank «Expansion of an openness and civil activity at local level (2010-2011)» for stimulation of realization of legislative guarantees of interaction of local governments with the population in the Perm region had been realized by the ombudsman in Perm region.

Keywords: information; informing of citizens; information openness; Internet resources; informatization

УДК 343.131:342.7

ОСНОВНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ СИСТЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

В.А. Кочев

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой конституционного и финансового права
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: kochevvladimir@mail.ru

В статье рассматриваются сущностные черты власти, концептуальную основу которых составляют понятия «единство», «концентрация» и «объем». Единство есть основа целостности государственной власти. Понятие «целостность» отражает качественно определенную устойчивость власти. Как своего рода «наполнители» категории «целостность системы власти» рассматриваются взаимодополняющие концепции интегративности, активности, связанности, цикличности, самоорганизации и некоторые другие. Важными сторонами единства власти является концентрация и объем. Последние суть пространственно-временная конкретизация сущностных свойств власти, которая имеет публично-правовое выражение. В этом смысле концентрация и объем выступают в качестве параметров, конституционно объективированных.

Ключевые слова: власть; система государственной власти; сущностные черты власти; объем власти; концентрация власти; единство и целостность системы государственной власти; пределы власти; статусные элементы; властные институты; равновесие государственно-властной системы; государственно-властный баланс; содержание и формы власти; основной правопорядок

Основные характеристики системы государственной власти определяются сущностными чертами власти как «вещи в себе». Сущность скрыта от непосредственного исследования и обнаруживается посредством логического осмысления устойчивых властных отношений. Власть как отношение и элемент политической системы, а также ее эмпирика глубоко исследуются в политологии.

Наиболее известны на Западе реляционистская (Р. Даль, Дж. Френч, Б. Рейвен, П. Блау, Д. Картрайт, Д. Хиксон, К. Хайнингс, Д. Ронг), системная (Д. Истон, М. Крозье, Т. Кларк, М. Роджерс, К. Дейч, Н. Луман) и поведенческая (Ч. Мерриам, Г. Лассуэл, Дж. Кетлин, Ж. Бюрдо, А. Ланселo, Ф. Гегель, В. Вильсон, А. Лоуэлл, Г. Форд, А. Бентли, А. Каплан) концепции [2, 3, 7]. К различным их аспектам в разное время обращались и российские ученые (И.М. Степанов, М.И. Байтин, Ф.М. Бурлацкий, М.Н. Марченко, Н.М. Кейзеров, А.И. Ким, Г.А. Григорян, А.Г. Аникевич, А.М. Витченко, И.А. Исаев, В.И. Ефимов, А.Г. Аникевич, А.А. Югов и др.). Анализ полученных научных результатов позволяет идентифицировать наиболее характерные проявления власти.

По справедливому утверждению Р. Даля, концептуальную основу исследования власти составляют понятия «объем» или «размер» власти, «интенсивность» или «сила» власти, а также «основания» или «ресурсы» власти [8]. Исследование именно этих понятий дает возможность трактовать властные отношения как разновидность причинно-следственных отношений. Особенно важно то, что они, как считает автор, могут быть измерены, выражены точным математическим языком.

Обсуждение вопросов математического описания основных, как, впрочем, и иных, характеристик власти выходит за

© Кочев В.А., 2012

рамки настоящей статьи. Отметим только, что именно в математическом выражении, распространяющемся в современных исследованиях общества М. Вебер видел ключ к раскрытию многочисленных тайн, окутывающих мир. К сожалению, надежды эти до настоящего времени не осуществились. «Чем больше проводилось исследований, тем более ускользающим казалось понятие “власть”», – отмечал Х. Юло [10].

В теоретико-математическом спектре естествознания поиск и формирование доказательственной базы может быть продолжен. При этом в конкретном публично-правовом смысле не вызывает сомнения актуальность собственно кратологической проблемы и соответственно – необходимость оптимизации функций и форм власти. Природа власти, ее основные характеристики детерминированы социально-политическими обстоятельствами и как таковые являются их непосредственным коррелянтом. Поэтому изучение основных характерных черт власти должно осуществляться в свете изложенного выше подхода.

Выделяемые Р. Далем такие основные свойства, как интенсивность (сила) и основания власти, по сути, определяют ее концентрацию. Термин «концентрация» наиболее часто встречается в российской литературе. Поэтому в исследовании динамических характеристик власти целесообразнее воспользоваться именно этим понятием.

Наряду с указанными параметрами власти фокус парадигмы рассматриваемого явления определяет характеристика его единства. Именно данное понятие используется в конституционном «лексиконе» (ч. 3 ст. 5 Конституции РФ). Его содержание отражает требование целостности, которое представляет собой одно из основных качественных свойств системы власти, позволяющее выделить ее из других однопорядковых явлений.

Итак, в исследовании сущностных черт власти следует рассматривать такие ее характеристики (параметры), как *единство, концентрация и объем.*

Целесообразность именно такого подхода объясняется, в частности, тем, что единство, концентрация и объем предопределяют рационально-ценностную природу и эффективность функционирующей властной организации. Поэтому применительно к форме власти названные параметры должны рассматриваться как детерминирующие.

В демократическом обществе степень эффективности власти определяется требованиями р а в н о в е с и я и б а л а н с а государственно-властной системы. Сбалансированная власть конструктивна и способна выполнять организационные и контрольно-регулятивные функции в обществе. И, наоборот, за границей равновесия (баланса) власть теряет динамические характеристики.

Нарушение баланса сил, стремящихся к власти и достигающих ее, в сторону чрезмерной централизации или, напротив, децентрализации влечет за собой (при его стагнации. – *В.К.*) дисфункцию и может привести к распаду политической системы [11]. Негативные политические последствия в условиях общей дисфункциональности неизбежны. Поэтому коррекция власти превращается периодически в неотложную политико-правовую проблему. При коррекции сущностные характеристики власти рационализируются, а функциональные свойства соответственно актуализируются. Вследствие этого достигается необходимое властное равновесие и эффективность в соответствии с определяющими параметрами единства, концентрации и объема.

Философско-правовое осмысление проблемы соотношения сущностных характеристик власти и их социально-ценностной рационализации уходит корнями в учения позднего Средневековья о диалектике двух типов власти: естественной, иррациональной-стихийной, основанной на грубой силе, с одной стороны, и разумной (рациональной, организующей и упорядочивающей, возвышающей общество над биологической природой) – с другой. Обе эти власти взаимно связаны, и оптимизация второй возможна лишь с использованием природных свойств первой. «…Не отклоняться от добра, если это возможно, но уметь вступать на путь зла, если это необходимо», –

постулировал Н. Макиавелли [6]. Отсюда следует весьма важный для теории конституционализма вывод о правовой мере власти, границах ее рациональности и порядка, которые заканчиваются там, где начинаются «голое» насилие, разрушение и хаос.

Исследуя метафизическую субстанцию этих явлений Платон возводит политику и закон в искусство *соразмерности*. Поэтому не случайно в античные времена закон рассматривается как форма выражения истины, которая приводит в порядок хаос и устанавливает соразмерность для борющихся сил. Упорядочивание в античной философии представляется как функция «властвующего». С тем, чтобы установить или восстановить соразмерность упорядочивающее властное воздействие должно отвечать требованию общеобязательности и быть способным использовать санкции и наказания, столь же соразмерные нарушениям [4]. В свою очередь общеобязательность, выражая в основе единство *государственных* (властных. – *В.К.*) и правовых установлений [5], определяет конституирующую сферу властных отношений, охватываемую предметом науки конституционного права.

Единство – как сущностная характеристика (параметр) власти выявлена древними философами и определяется в качестве основной ее черты исследователями раннего (Ф. Аквинский, М. Подуанский) и позднего (Н. Макиавелли, Ж. Боден) Средневековья, Нового времени (Г. Гроций, Т. Гоббс, Ж. Руссо, Б. Спиноза и др.). Характеристики единства ставятся во главу угла правоведами Новейшего времени (Л. Петражицкий, Н. Коркунов, В. Хвостов и др.), многими современными теоретиками как за рубежом (Р. Барт, Э. Каннети, Б. Рассел и др.), так и в России (В. Веселовский, И. Кравченко, В. Мушинский, Е. Осипова, Ю. Тихомиров, Е. Чиркин и др.).

При всем многообразии концептуальных положений они могут быть сведены к общему знаменателю, определяющему единство как *целостность государственной власти во взаимной связанности ее содержания и формы*. Тем самым понятия «единство» и «целостность» власти, по существу, отождествляются. Данный подход в известных условиях может быть допустим, но с определенными оговорками.

Дело в том, что целостность есть более широкое понятие. Оно отражает качественно определенную устойчивость власти, т.е. способность сохранять основные свойства в изменяющихся условиях среды. Разработка понятия целостности предопределила развитие структурно-системного и организационно-функционального подходов. Поэтому не случайно анализу свойства целостности как основного качества сложносоставных явлений посвящены многочисленные исследования.

В то же время большой интерес представляют взаимодополняющие концепции интегративности, активности, стабильности, связанности, цикличности, самоорганизации и некоторые другие научные направления, изучаемые в рамках теории систем [1]. Все они рассматриваются как своего рода «наполнители» категории «целостность системы власти», которая фокусируется в идее единства или взаимной связанности властного содержания и формы, но не сводится только к этому.

Властное содержание как предмет властных функций, будучи одним из основных составляющих системы, есть коррелянт детерминирующих условий – личностных, в том числе психологических, социально-политических и др. Исходя из этого пределы властного воздействия объективируется в конституционно-правовых нормах в качестве одного из основных требований правопорядка демократического общества. Фундаментальные элементы последнего закрепляются в конституционных положениях, определяющих исходные элементы статуса властной организации: цели, задачи, принципы и предметы ведения государственной власти, полномочия государственных органов, их акты и действия, а также процедура (режим властной деятельности) и некоторые другие.

Наиболее значимым элементом статуса государственной власти являются предметы ведения и полномочия (компетенция). В конституционных государственно-правовых системах Запада ядро властной компетенции составляют охрана и защита основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечение народного суверенитета, эффективного функционирования институтов непосредственного народовластия и народного представительства в условиях государственной безопасности и социально-политической стабильности, а также экономико-финансовое, природоресурсное, социально-культурное регулирование и соответствующий контроль и т.д.

Не менее важным статусным элементом является четкое конституционно-правовое оформление решений государственно-властных органов, а также установление необходимых процедурных порядков (последовательности) в принятии властных актов и в деятельности органов власти.

Названные статусные положения оказывают непосредственное воздействие на конституирование формы государственности. Адекватная содержанию институализация и оформление государственной власти выступают в качестве необходимых условий действенности системы власти в целом.

Конституированная система государственной власти существует в качестве средства обеспечения основного правопорядка в реальных общественных условиях. При этом в демократическом обществе непосредственное воздействие государственной власти на сферу автономного существования человека, коллективные формы его бытия (общественные объединения, общину, семью и т.п.) ограничено общеорганизационной, регулятивной и контрольной ее функциями. Это конституционно-правовое требование основного правопорядка гарантируется сбалансированным равновесием разделенных государственно-властных функций и соответствующих институтов. В указанном смысле единство содержания и формы и в то же время институциональная децентрализация власти являются понятиями соотносимыми, но не однопорядковыми: первое есть качество целостности системы, а второе – свойство структуры.

Известно, что конституционными формами предметно определенных функций традиционно выступают правотворчество, правоисполнение и правосудие. Их осуществление на основе принципа разделенной и самосдерживаемой власти как по «вертикали» (федеративное государство, субъекты Федерации, местное самоуправление) [9], так и по «горизонтали» (на каждом уровне государственной «вертикали» – это главы государств или высшие должностные лица, законодательные, исполнительные и судебные органы) предполагает, с одной стороны, относительную самостоятельность и в известной степени конкуренцию соответствующих государственно-территориальных образований и организационно-функциональных структур (органов), а с другой – их конструктивное взаимодействие.

Конструктивное взаимодействие властных институтов призвано обеспечить единство государственно-властной системы и ее эффективное функционирование. При этом не допустима как жесткая централизация и предметно неопределенная государственно-властная деятельность, а соответственно – несанкционированное вмешательство в сферу основных конституционных свобод, так и чрезмерная децентрализация и дисфункциональность, чреватые дестабилизацией основных общественных отношений.

Корреляция центробежных и центростремительных величин в политическом процессе определяет необходимое институционно-территориальное и организационно-функциональное равновесие (баланс) и эффективность государственной власти. Исходя из этого функциональная эффективность рассматривается как одно из основных внутренних свойств, определяющих социально-политическое предназначение и соответствующее устройство власти, а также динамику политического процесса.

Нарушение структурно-функционального баланса, определяемого единством содержания и формы государственной власти, выражается, с одной стороны, в образова-

нии безраздельно господствующей властной монополии, а с другой – в распаде властной системы. И в том и в другом случае утрачивается конструктивность власти: в условиях распада – это общая дисфункциональность («безвластие»), а при сосредоточении в монопольном «центре» – ничем не ограниченное государственно-властное воздействие на все общественные отношения, проявляющееся в конечном счете в нарушении властью основных конституционных свобод.

Государственно-властный моноцентризм, или деструктуризация, – характерная черта доконституционной власти. Сбалансированная же по содержанию и форме конституционная власть определяется системной целостностью и оптимальной структурной функциональной децентрализацией. Как таковая государственная власть выступает основным гарантом прав личности, гражданского общества и местного самоуправления.

Важными сторонами единства власти являются концентрация и объем. Последние суть пространственно-временная конкретизация сущностных свойств власти, которая имеет публично-правовое выражение. В этом смысле концентрация и объем выступают в качестве параметров конституционно объективированных. В данной связи они рассматриваются как коррелянты целостности структурно-функциональной организации системы. В силу значимости этого положения он заслуживает самостоятельного рассмотрения, которое за рамками настоящей статьи.

Библиографический список

1. *Автономов А.С.* Правовая онтология политики. М.: Инфограф, 2000. 384 с.
2. *Витченко А.М.* Теоретические проблемы исследования государственной власти. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1982. 194 с.
3. *Власть:* Очерки современной политической философии Запада / В.В. Мшвениерадзе, И.И. Кравченко, Е.В. Осипова и др.; под общ. ред. В.В. Мшвениерадзе и др. М.: Наука, 1989.
4. *Исаев И.А.* Метафизика власти и закона. М., 1998. 256 с.
5. *Кудрявцев В.Н., Васильев А.М.* Право: развитие общего понятия // Советское государство и право. 1985. №7. С. 3–13.
6. *Макиавелли Н.* Сочинения. М.; Л., 1934. Т. 1.
7. *Современная* буржуазная политическая наука: проблемы государства и демократии / под общ. ред. Г.Х. Шахназорова. М., 1982.
8. *Dahl R.A.* Power. P. 413.
9. *Deutsches* Staatsrecht: ein Studienbuch // von T.Maunz und R.Zippeliuns. München, 1994.
10. *Eulau H.* Political behavior // International encyclopedia of social sciences. 1969. Vol. 12.
11. *Merriam Ch.* Systematic politics. Chicago, 1945.

Bibliograficheskij spisok

1. *Avtonomov A.S.* Pravovaja ontologija politiki. M.: Infograf, 2000. 384 s.
2. *Vitchenko A.M.* Teoreticheskie problemy issledovanija gosudarstvennoj vlasti. Saratov: Izd-vo Sarat. un-ta, 1982. 194 s.
3. *Vlast'*: Ocherki sovremennoj politicheskoj filosofii Zapada / V.V. Mshvenieradze, I.I. Kravchenko, E.V. Osipova i dr.; pod obw. red. V.V. Mshvenieradze i dr. M.: Nauka, 1989.
4. *Isaev I.A.* Metafizika vlasti i zakona. M., 1998. 256 s.
5. *Kudrjavcev V.N., Vasil'ev A.M.* Pravo: razvitie obwego ponjatija // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1985. №7. S. 3–13.
6. *Makiavelli N.* Sochinenija. M.; L., 1934. T. 1.
7. *Sovremennaja* burzhuaznaja politicheskaja nauka: problemy gosudarstva i demokratii / pod obw. red. G.H. Shahnazorova. M., 1982.
8. *Dahl R.A.* Power. P. 413.
9. *Deutsches* Staatsrecht: ein Studienbuch // von T.Maunz und R.Zippeliuns. München, 1994.

10. *Eulau H.* Political behavior // International encyclopedia of social sciences. 1969. Vol. 12.
11. *Merriam Ch.* Systematic politics. Chicago, 1945.

BASIC CHARACTERISTICS OF THE SYSTEM OF GOVERMENTAL AUTHORITY

V.A. Kochev

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: kochevvladimir@mail.ru

The article «Basic characteristics of the system of governmental authority» is devoted to the essential features of authority. Conceptual basis of its content consists in the following notions: «unity», «concentration» and «volume» of authority. In science unity is defined as integrity of governmental authority in mutual connectedness of its content and form. So the notions «unity» and «integrity» of authority factually are identified. This approach in certain conditions may be acceptable but with some clauses. Because integrity is more general notion. It reflects qualitatively defined stability of authority, possibility to save its main characteristics in varying conditions of the environment. That`s because numerous researches are devoted to the analysis of the characteristic of integrity. At the same time mutually complemented concepts of integrity, activity, stability, connectivity, cyclicity, self-organization and some other approaches, studied within the theory of the systems, are also very interesting. All of them are considered as a type of the «filler» of the category of «integrity of the system of authority», focused at the idea of unity or mutual connectedness of the content and form of authority but not limited by it. Important sides of unity are concentration and volume. The latest is the spatially-temporal concretization of essential characteristics of authority which possesses publically legal expression. In these sense concentration and volume play a role of constitutionally objectified parameters. Because of that they are considered as of the integrity of structurally functional organization of the system.

Keywords: authority; system of governmental authority; essential characteristics of authority; concentration of authority; unity and integrity of the system of governmental authority; limits of authority; status elements; authoritative institutes; equilibrium of system of governmental authority; governmentally authoritative balance; basic law and order

III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.9

ЗАЯВИТЕЛИ И ДРУГИЕ ЗАИНТЕРЕСОВАННЫЕ ЛИЦА ПО ДЕЛАМ О ПРИСУЖДЕНИИ КОМПЕНСАЦИИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВА НА СУДОПРОИЗВОДСТВО В РАЗУМНЫЙ СРОК ИЛИ ПРАВА НА ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНОГО ПОСТАНОВЛЕНИЯ В РАЗУМНЫЙ СРОК – ЛИЦА, УЧАСТВУЮЩИЕ В ДЕЛЕ

Н.А. Артебякина

Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса
Ульяновский государственный педагогический университет им. И.Н. Ульянова
432700, г. Ульяновск, площадь 100-летия со дня рождения В.И. Ленина, 4
E-mail: bna_81@mail.ru

В статье дается характеристика процессуального положения заявителей и других заинтересованных лиц по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок. Доказывается позиция, согласно которой указанную категорию участников гражданского судопроизводства необходимо отнести к числу лиц, участвующих в деле. Им присущи все признаки, характерные для лиц, участвующих в деле, главным из которых является юридическая заинтересованность в исходе гражданского дела.

Ключевые слова: заявители и другие заинтересованные лица по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок; лица, участвующие в деле

Классификация участников гражданского судопроизводства и, в частности, выделение среди них лиц, участвующих в деле, имеет важное практическое значение. Каждая из таких групп имеет определенный законом набор процессуальных прав и обязанностей. Например, лица, участвующие в деле, отличаются от лиц, содействующих осуществлению правосудия, по объему процессуальных прав и обязанностей. Так, принудительному приводу могут подвергнуться свидетели, относящиеся к кругу лиц, содействующих осуществлению правосудия. Подобная мера к лицам, участвующим в деле, не может быть применена.

Ошибка в определении процессуального положения лица неизбежно повлечет нарушение его процессуальных прав [2, с. 5].

Гражданский процессуальный кодекс РФ [3] (далее – ГПК РФ) в ст. 34 устанавливает закрытый перечень участников гражданского судопроизводства, относящихся к числу лиц, участвующих в деле. Таковыми являются стороны, третьи лица, прокурор, лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным ст. 4, 46 и 47 ГПК РФ, заявители и другие заинтересованные лица по делам особого производства и по делам, возникающим из публичных правоотношений.

В правоведении под лицами, участвующими в деле, понимаются «юридически заинтересованные в исходе судопроизводства субъекты гражданских процессуальных правоотношений, наделенные в силу своей заинтересованности правом совершать про-

© Артебякина Н.А., 2012

цессуальные действия, влияющие на движение судопроизводства» [1, с. 10].

Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. №69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок"» [4] ввел в ГПК РФ главу 22.1 «Производство по рассмотрению заявлений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок». Иными словами, речь идет о новом виде гражданского судопроизводства, имеющим свои особенности, к числу которых относится и специфический круг его участников.

Обратиться в суд с заявлением о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок вправе заявитель – лицо, полагающее, что государственным органом, органом местного самоуправления, иным органом, организацией, учреждением, должностным лицом нарушено его право на судопроизводство в разумный срок, включая досудебное производство по уголовному делу, или право на исполнение судебного постановления в разумный срок (ч. 1 ст. 244.1 ГПК РФ). В соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 30 апреля 2010 г. №68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» [5] к указанным лицам относятся граждане Российской Федерации, иностранные граждане, лица без гражданства, российские, иностранные и международные организации, являющиеся в судебном процессе сторонами или заявляющими самостоятельные требования относительно предмета спора третьими лицами, взыскатели, должники, а также подозреваемые, обвиняемые, подсудимые, осужденные, оправданные, потерпевшие, гражданские истцы, гражданские ответчики в уголовном судопроизводстве. Другие лица, чье право на судопроизводство или право на исполнение судебного акта в разумный срок нарушено, могут обратиться в суд с заявлением о присуждении компенсации только в случае, прямо предусмотренном федеральным законом.

К числу других заинтересованных лиц процессуальный закон относит лиц, действия (бездействие) которых повлекли увеличение срока судопроизводства или исполнения судебного акта.

Таким образом, можно сказать, что заявители и другие заинтересованные лица по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок являются основными участниками гражданского судопроизводства по таким категориям дел.

Им присущи признаки, характерные для лиц, участвующих в деле: право на совершение процессуальных действий от своего имени; право на совершение волеизъявлений, т.е. процессуальных действий, направленных на возникновение, развитие и окончание гражданского судопроизводства в той или иной стадии [2, с. 5]. Например, лицо, полагающее, что государственным органом, органом местного самоуправления, иным органом, организацией, учреждением, должностным лицом нарушено его право на судопроизводство в разумный срок, включая досудебное производство по уголовному делу, или право на исполнение судебного постановления в разумный срок, вправе обратиться в суд с заявлением о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок (ч. 1 ст. 244.1 ГПК РФ).

Подобно другим лицам, участвующим в деле, на заявителей и других заинтересованных лиц в рамках рассматриваемого вида гражданского судопроизводства распространяется в установленных законом пределах законная сила судебного решения.

Суд, рассматривая гражданское дело, разрешает возникший между сторонами (в

широком смысле) правовой конфликт, тем самым устанавливая судебную истину по делу.

Основной характеристикой лиц, участвующих в деле, является наличие у них юридической заинтересованности в рассмотрении и разрешении судом гражданского дела. Несомненно, что заявители и другие заинтересованные лица по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок обладают юридической заинтересованностью к исходу дела. Заинтересованность указанных лиц носит личный (субъективный) характер, под которой понимается основанное на законе намерение участников дела в получении определенного правового результата, который должен найти отражение в судебном акте, непосредственно затрагивающим их права, обязанности и законные интересы.

Кроме того, законодатель проявил непоследовательность. Не указав в ст. 34 ГПК РФ заявителей и других заинтересованных лиц по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок в числе лиц, участвующих в деле, тем не менее в п. 2 ст. 244.3 ГПК РФ используется термин «лица, участвующие в деле» («…наименование лица, подающего заявление, с указанием его процессуального положения, места нахождения или места жительства, наименования ответчика и других лиц, участвующих в деле…»). Из смысла пункта со всей очевидностью вытекает, что названные в его тексте участники гражданского судопроизводства предполагаются как лица, участвующие в деле. Здесь же используется термин «ответчик», что характерно для искового производства (производство о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок скорее подпадает под признаки неисковых видов гражданского судопроизводства).

Таким образом, заявители и другие заинтересованные лица по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок обладают всеми характеристиками, присущими кругу лиц, участвующих в деле. Они обладают определенными качествами, которые не являются характерными для остальных участников гражданского судопроизводства. Главное из таких свойств – наличие юридической заинтересованности к исходу гражданского дела, рассматриваемого и разрешаемого судом.

Библиографический список

1. *Викут М.А.* Проблема правового регулирования процессуального положения и деятельности сторон в советском гражданском судопроизводстве: автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Свердловск, 1971. 34 с.
2. *Викут М.* Строго соблюдать права лиц, участвующих в рассмотрении гражданского дела // Сов. юстиция. 1968. №18. С. 5–6.
3. *Гражданский* процессуальный кодекс Российской Федерации: Федер. закон от 14 нояб. 2002 г. №138-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. №46, ст. 4532.
4. *О внесении* изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»: Федер. закон от 30 апр. 2010 г. №69-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. №18, ст. 2144.
5. *О компенсации* за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок: Федер. закон от 30 апр. 2010 г. №68-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. №18, ст. 2145.

Bibliograficheskij spisok

1. *Vikut M.A.* Problema pravovogo regulirovanija processual'nogo polozhenija i dejatel'nosti storon v sovetskom grazhdanskom sudoproizvodstve: avtoref. dis. … d-ra jurid. nauk. Sverdlovsk, 1971. 34 s.
2. *Vikut M.* Strogo sobljudat' prava lic, uchastvujuwih v rassmotrenii grazhdanskogo dela // Sov. justicija. 1968. №18. S. 5–6.
3. *Grazhdanskij* processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii: Feder. zakon ot 14 nojab. 2002 g. №138-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2002. №46, st. 4532.
4. *O vnesenii* izmenenij v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii v svjazi s prinjatiem Federal'nogo zakona «O kompensacii za narushenie prava na sudoproizvodstvo v razumnyj srok ili prava na ispolnenie sudebnogo akta v razumnyj srok»: Feder. zakon ot 30 apr. 2010 g. №69-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2010. №18, st. 2144.
5. *O kompensacii* za narushenie prava na sudoproizvodstvo v razumnyj srok ili prava na ispolnenie sudebnogo akta v razumnyj srok: Feder. zakon ot 30 apr. 2010 g. №68-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2010. №18, st. 2145.

CLAIMANTS AND OTHER PERSONS INVOLVED IN LEGAL PROCEEDINGS INVESTIGATING APPLICATIONS FOR GRANTS OF COMPENSATION FOR BREACH OF THE RIGHT FOR A TRIAL WITHIN REASONABLE TIME LIMITS OR THE RIGHT FOR THE EXECUTION OF COURT ORDER WITHIN REASONABLE TIME LIMITS HAVE TO BE INCLUDED IN THE CATEGORY OF PERSONS TAKING PART IN THE CASE

N.A. Artebyakina

Ulyanovsk State Pedagogical University named after I.N. Ulyanov
4, Square of 100th anniversary of V.I. Lenin's birthday, Ulyanovsk, 432700
E-mail: bna_81@mail.ru

The article describes procedural place of Claimants and other persons involved in legal proceedings investigating applications for grants of compensation for breach of the right for a trial within reasonable time limits or the right for the execution of court order within reasonable time limits.

The goal of the article is to prove that the indicated category of participants of civil legal proceedings should necessarily be included to the category of Persons Taking Part in the Case.

Jurisprudence theory explains the concept of a Person Taking Part in the Case as "the subject of civil procedural legal relations juristically interested in the result of legal proceedings and possessing through their involvement the right to procedurally act and influence the process of the legal proceedings". (M.A. Vikut).

Article 34 of the Code of Civil Procedure of Russian Federation establishes a limited list of participants of civil legal proceedings who are included in the category of Persons Taking Part in the Case.

Seen as the persons taking part in the case shall be the parties, third persons, public prosecutor and persons applying to the court for the protection of the rights, freedoms and lawful interests of the other persons or joining the process for the purposes of giving the conclusion on the grounds stipulated in Articles 4, 46 and 47 of the Code of Civil Procedure, the claimants and other interested persons in cases of the special procedure and in the cases arising from public legal relations.

Persons Taking Part in the Case possess particular characteristics which indicate that these persons are to be included in the indicated group.

Claimants and other persons involved in legal proceedings investigating applications for grants of compensation for breach of the right for a trial within reasonable time limits or the right for the execution of court order within reasonable time limits, possess all the characteristics of the Persons Taking Part in the Case:

- They are participants of the civil legal proceedings.
- They possess the right to procedurally act on their own behalf, and the right to express their will, i.e. act procedurally to initiate, promote and conclude civil legal proceedings at any stage of the lawsuit.
- They possess legal power limited and established by law to make court decisions.
- They are juristically interested in the examination and resolution of the case and this involvement is subjective (personal).

Keywords: Claimants and other persons involved in legal proceedings investigating applications for grants of compensation for breach of the right for a trial within reasonable time limits or the right for the execution of court order within reasonable time limits; persons taking part in the case

УДК 347.447:336.77 (476)

ПРОБЛЕМА ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОРУЧИТЕЛЕЙ В ОТНОШЕНИЯХ БАНКОВСКОГО КРЕДИТОВАНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Н.Л. Бондаренко

Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского и трудового права
Академия МВД Республики Беларусь
220005, г. Минск, пр-кт Машерова, 6
E-mail: 2iu@tut.by

Одной из наиболее остро стоящих проблем современной Республики Беларусь является проблема защиты прав добросовестных участников гражданского оборота. В наибольшей степени она проявляется в сфере банковского кредитования при защите прав поручителей. На примере одного судебного дела, получившего большой общественный резонанс, автор статьи предпринимает попытку осветить проблему защиты прав граждан, выступающих поручителями по договорам банковского кредита.

Ключевые слова: гражданское законодательство; банковское законодательство; договор; кредитный договор; поручительство; поручитель; банк

Получай разумную прибыль и обращайся по-человечески со своими клиентами, и они будут возвращаться к тебе снова и снова
Л.Л. Бин

В соответствии с законодательством Республики Беларусь исполнение обязательств по кредитному договору может обеспечиваться гарантийным депозитом денег, переводом на кредитодателя правового титула на имущество, в том числе на имущественные права, залогом недвижимого и движимого имущества, поручительством, гарантией и иными способами, предусмотренными законодательством Республики Беларусь или договором (ст. 147 Банковского кодекса Республики Беларусь (далее – БК Республики Беларусь) [1]. Основной целью использования банками различных способов обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору является минимизация возможных потерь банка в случае невыполнения заемщиком своих обязательств по договору.

Поручительство, при котором ответственным перед кредитором за исполнение обеспеченного поручительством обязательства, наряду с должником, становится другое лицо – поручитель, за счет имущества которого, наряду с имуществом должника, могут быть удовлетворены требования кредитора при нарушении обязательства должником, неслучайно относится к числу наиболее востребованных способов обеспечения исполнения кредитных обязательств. Очевидно, что для банка этот способ вполне удобен, поскольку, согласно ст. 343 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК Республики Беларусь), при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законодательством или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя. Солидарная ответственность означает, что кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности как полностью, так и в части долга. При солидарной ответственности в случае неисполнения обязательства должником кредитор вправе потребовать исполнения как от должника, так и от поручителя, причем кредитор не обязан требо-

© Бондаренко Н.Л., 2012

вать исполнения сначала с должника. Кроме того, поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора. Таким образом, соглашение об установлении поручительства порождает акцессорное, дополнительное, обязательство, призванное обеспечить исполнение главного, основного, обязательства (п. 1 ст. 341 ГК Республики Беларусь) [3].

Несмотря на то, что договор поручительства представляет собой двустороннюю сделку, сторонами которой являются кредитор (веритель) по обеспечиваемому обязательству и поручитель, в отношениях поручительства взаимодействуют три лица: должник по основному обязательству, его кредитор и третье лицо – поручитель, принимающий на себя обязательство отвечать полностью или в части за исполнение обязательства основным должником. Воля лица, подписавшего договор поручительства, представляет собой его безусловное намерение нести имущественную ответственность наравне с должником. В соответствии с п. 14 постановления Пленума Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь от 16 декабря 1999 г. №16 «О применении норм Гражданского кодекса Республики Беларусь, регулирующих заключение, изменение и расторжение договоров» хозяйственные суды не должны выяснять характер отношений между поручителем и должником, а также вопрос о том, в силу каких причин поручитель согласился отвечать за конкретного должника, поскольку для ответственности поручителя перед кредитором эти обстоятельства значения не имеют [5]. И хотя мотивы в сделке по утвердившемуся в цивилистической науке мнению правового значения не имеют, в данном случае они должны приниматься во внимание исходя из специфики отношений поручительства.

В силу ст. 343 ГК Республики Беларусь договор поручительства признается односторонним договором. Это означает, что у верителя имеется только право – требовать от поручителя нести ответственность за неисправного должника, а у поручителя – только обязанность отвечать за исполнение должником обеспечиваемого поручительством обязательства полностью или в части. Договор поручительства чаще всего является безвозмездным. Это означает, что поручитель действует не с целью получения оплаты или встречного предоставления, следовательно, мотивы, побуждающие его к заключению поручительства, иные.

Как правило, к возможному поручителю с просьбой о предоставлении поручительства обращается должник. Подобная просьба должника является мотивом для совершения сделки поручительства, ибо ее удовлетворение, как писал К.П. Победоносцев, «предполагается актом благоволения к должнику, безмездной о нем заботы…» [7, с. 269]. Это своего рода рекомендация, положительная характеристика кого-нибудь, ручательство за положительные качества какого-нибудь лица. Таким образом, можно предположить, что именно уверенность в добропорядочности и добросовестности должника является побудительным мотивом для заключения договора поручительства.

Между тем в практике встречаются ситуации, когда кредитополучатель путем мошеннических действий получает кредит, а затем банк истребует денежные средства с поручителя. Возникает вопрос: должен ли поручитель нести ответственность за действия такого должника? Приведем пример из белорусской судебной практики.

Так, одним из банков был выдан кредит кредитополучателю на потребительские нужды. В качестве обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору между банком и гражданином-поручителем заключен договор поручительства, согласно условиям которого последний несет перед банком солидарную ответственность в сумме всех платежей по кредитному договору. В связи с ненадлежащим исполнением обязательств по кредитному договору банк обратился в суд с иском о взыскании образовавшейся задолженности с кредитополучателя и поручителя в солидарном порядке. Судом С-го района вынесено решение о взыскании в пользу банка задолженности по кредитному договору с кредитополучателя и поручителя солидарно. Позднее судом О-го района вынесен обвинительный приговор в отношении кредитополучателя по факту совершения мошеннических действий при

получении данного кредита (представление в банк поддельных справок о своих доходах и доходах поручителя). По вступлении приговора суда в законную силу поручитель обратился в суд П-го района с иском о признании договора поручительства недействительным. Поручитель указал на то, что не знал о мошенничестве со стороны кредитополучателя и, подписывая договор поручительства, не брал на себя обязательства отвечать перед банком за кредитополучателя по возмещению ущерба, причиненного его преступными действиями. При подписании договора поручитель полагал, что кредитополучатель действует добропорядочно, и не знал о том, что заключаемый кредитный договор является способом хищения денежных средств. Суд пришел к выводу, что поручитель подписал договор поручительства под влиянием обмана со стороны кредитополучателя о характере совершаемых им действий и о природе самого кредитного договора, заключение которого являлось для кредитополучателя лишь способом хищения денежных средств в банке.

Банк не согласился с вынесенным решением суда, полагая, что, поскольку поручитель подписал договор поручительства собственноручно и осознавал правовые последствия его заключения, это свидетельствует о его волеизъявлении на заключение договора поручительства на оговоренных в нем условиях. Договор поручительства, заключенный между банком и поручителем полностью, соответствует требованиям законодательства (соблюдена форма, предусмотрены существенные условия и т.п.), и нет оснований для признания его недействительным, поскольку ни со стороны кредитополучателя, ни со стороны банка введения в заблуждение и обмана относительно предмета договора поручительства и его условий не было.

В статье «Признание договора поручительства недействительным при совершении кредитополучателем мошенничества» М. Голубых пытается укрепить позицию банков, выдвигая ряд аргументов, которые нам представляются спорными. Первый аргумент – кредитополучатель не является стороной по договору поручительства, а для признания сделки недействительной по основаниям, предусмотренным ст. 179, 180 ГК Республики Беларусь, необходимо, чтобы введение в заблуждение и обман исходили от стороны по сделке, а не от стороны третьих лиц. И второй – «лица, намеревающиеся завладеть денежными средствами банка подобным способом, могут вовлекать в свою преступную деятельность других граждан (в качестве поручителей) без риска для последних нести какую-либо ответственность перед банком, а в отдельных случаях еще и за вознаграждение (например, в случае сговора)» [2, с. 62]. Приведем контраргументы, руководствуясь принципами гражданского права и основываясь на нормах действующего белорусского законодательства и положениях гражданско-правовой доктрины.

Начнем с того, что справедливость вынесенного судом решения сомнений не вызывает, поскольку главное в правосудии – следовать справедливости. Вместе с тем, с точки зрения норм материального права, договор поручительства следовало признать недействительным не как сделку, заключенную под влиянием обмана, а как сделку, совершенную под влиянием заблуждения. Сделки, заключенные под влиянием обмана (ст. 180 ГК Республики Беларусь) и под влиянием заблуждения (ст. 179 ГК Республики Беларусь), относятся к сделкам с пороками воли. Волевой характер сделок определяется двумя взаимосвязанными факторами – субъективным и объективным. В качестве субъективного фактора представляется необходимым рассматривать волю субъекта сделки; в качестве объективного – его волеизъявление. Для заключения сделки требуется желание ее совершить (внутренняя воля) и выражение этого желания вовне (волеизъявление). Если внутренняя воля, направленная на совершение сделки, формируется ненормально или если волеизъявление не соответствует внутренней воле, говорят, что сделка страдает пороками воли. Участник такой сделки вправе оспорить действительность сделки, ссылаясь на несоответствие его воли волеизъявлению.

Сделка может быть признана совершенной под влиянием обмана в случае умышленного целенаправленного введения другой стороны в заблуждение относитель-

но фактов, могущих повлиять на заключение сделки. Принято считать, что обман может совершаться не только действиями стороны в сделке, но и третьими лицами. Однако следует согласиться с О.С. Иоффе, который отмечал, что обман в сделке может исходить либо от контрагента во взаимной сделке, либо от лица, в интересах которого совершается односторонняя сделка. Важно лишь, чтобы обман затрагивал такие моменты, которые имеют существенное значение для формирования воли, направленной на заключение сделки. Умысел, направленный на обман, может быть выражен посредством как бездействия (умолчание об обстоятельствах, которые могли бы воспрепятствовать совершению сделки), так и активных действий (сообщение ложных сведений). Очевидно, что, представляя в банк поддельные справки о своих доходах и доходах поручителя, кредитополучатель совершил действия, которые могут квалифицироваться как обман. Есть все основания рассматривать кредитный договор как сделку, совершенную под влиянием обмана.

Заблуждение обладает некоторыми чертами сходства с обманом, поскольку недействительность сделки обусловливается не противоречием между волей и волеизъявлением, а ненормальным процессом формирования воли, направленной на совершение сделки. Порок такой сделки заключается в том, что действительная воля участника сделки искажается под влиянием негативного воздействия на нее заблуждения, имеющего существенное значение, в результате чего сделанное участником сделки волеизъявление оказывается не соответствующим его действительной воле. Вместе с тем принципиальное различие между заблуждением и обманом состоит в том, что для признания обмана не требуется, чтобы он исходил от другой стороны (контрагента). К обману может прибегнуть и третье лицо по просьбе контрагента или с его ведома. Если контрагент не знает, что сведения, исходящие от третьего лица, являются ложными и, следовательно, он к обману не причастен, сделка считается заключенной под влиянием существенного заблуждения. Именно подобную ситуацию описывал О.С. Иоффе: «Если два субъекта вступают в отношение по сделке под влиянием обманных действий третьего лица, претензии, вытекающие из факта обмана, они вправе предъявить только к этому третьему лицу, а в их взаимных отношениях имеет место заблуждение, но не обман» [4, с. 218].

Обман всегда является результатом умышленных действий, в то время как заблуждение результатом – преднамеренных действий других участников сделки не может быть. Совершение сделки под влиянием заблуждения признается лишь в том случае, если вина другой стороны имела место в форме неосторожности. Заблуждение может быть также результатом неосмотрительности (неосторожности) обоих участников сделки. Оно может быть результатом действий третьих лиц (в исследуемом случае это действия кредитополучателя).

При этом следует учитывать, что не всякое заблуждение может повлечь недействительность сделки. Такие последствия в силу ст. 179 ГК Республики Беларусь могут наступить, когда заблуждение имеет существенное значение (заблуждение относительно природы сделки, тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению). Признание заблуждения существенным или несущественным – это вопрос, решение которого зависит от конкретных обстоятельств каждого конкретного спора. Если в результате оценки обстоятельств дела суд придет к выводу, что при отсутствии заблуждения сделка не была бы совершена, то такое заблуждение признается существенным, а сделка, заключенная под его влиянием, – недействительной. Таким образом, мы приходим к выводу, что анализируемый договор поручительства следует квалифицировать как сделку, совершенную под влиянием заблуждения.

Перейдем к анализу второго аргумента М. Голубых В числе основных начал гражданского законодательства Республики Беларусь закреплен принцип-презумпция добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений (ст. 2 ГК Республики Беларусь). По этой причине высказанное автором предположение, что граждане Республики Беларусь начнут подобным образом «зарабатывать», входит в

противоречие с названным принципом. По той же причине судом обосновано принят во внимание довод поручителя, что на момент заключения договора поручительства он исходил из добросовестности кредитополучателя и не брал на себя обязательства отвечать перед банком за кредитополучателя по возмещению ущерба, причиненного преступными действиями. Полагаем, что, имея информацию о том, что кредитополучатель совершает противоправные действия, добросовестный гражданин (каким его презюмирует законодатель) не стал бы выступать в роли поручителя.

В то же время можно предположить, что, заключая договор поручительства, поручитель разумно исходил из того, что банк осуществит проверку всех предъявленных кредитополучателем документов надлежащим образом (во всяком случае, банк имеет в своем арсенале достаточно средств и способов осуществления подобной проверки) [6]. Тогда возникает закономерный вопрос, почему гражданин-поручитель как добросовестный участник гражданского оборота, с одной стороны, и банк-предприниматель, обязанный осуществить проверку всех предъявляемых кредитополучатем документов (в том числе и на предмет их подлинности), с другой стороны, должны нести одинаковый риск быть обманутыми?

Осуществляемая банками деятельность по кредитованию субъектов гражданского права является предпринимательской и направлена на получение прибыли. При этом, будучи предпринимательской, она носит рисковый характер. Рассчитывая на получение прибыли, предприниматель допускает и риск потерь. Неслучайно банку предоставлено право застраховать риск невозврата (непогашения) кредита и (или) просрочки возврата (погашения) кредита (ст. 146 БК Республики Беларусь) [1]. Кроме того, законодательством к предпринимателям как к профессиональным участникам гражданского оборота традиционно предъявляются более жесткие, повышенные требования, учитывая наличие у них знаний и навыков, которые ставят их изначально в более выгодное положение по сравнению с другими участниками гражданского оборота. Очевидно, что банк и гражданин находятся «в разных весовых категориях» и из двух сторон кредитного правоотношения «слабой» стороной, очевидно, является все же не банк.

Автор настоящей статьи выражает надежду на то, что его точка зрения будет интересна российскому читателю, учитывая некоторую содержательную схожесть норм российского и белорусского законодательства.

Библиографический список

1. *Банковский* кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс]: принят Палатой представителей 3 окт. 2000 г.: одобр. Советом Республики Беларусь 12 окт. 2000 г.: в ред. Закона Республики Беларусь от 14 июня 2010 г. №132-З. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
2. *Голубых М.* Признание договора поручительства недействительным при совершении кредитополучателем мошенничества // Юрист. 2010. №11(114). С. 61–65.
3. *Гражданский* кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З [Электронный ресурс]: принят Палатой представителей 28 октября 1998 г.: одобр. Советом Республики Белорусь 19 нояб. 1998 г.: в ред. Закона Республики Беларусь от 3 июля 2011 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
4. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право (курс лекций). Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. 511 с.
5. *О применении* норм Гражданского кодекса Республики Беларусь, регулирующих заключение, изменение и расторжение договоров: постановление Пленума Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь 16 декабря 1999 г. №16 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. *Об утверждении* Инструкции о порядке предоставления (размещения) банками денежных средств в форме кредита и их возврата [Электронный ресурс]: постановление Правления Национального банка Республики Беларусь от 30 дек.

2003 г. №226: в ред. постановления от 4 июля 2011 г. №271. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права : в 3 ч. СПб.: Синод. тип., 1896. Ч. 3: Договоры и обязательства. 620 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Bankovskij* kodeks Respubliki Belarus' [Jelektronnyj resurs]: prinjat Palatoj predstavitelej 3 okt. 2000 g.: odobr. Sovetom Respubliki Belarus' 12 okt. 2000 g.: v red. Zakona Respubliki Belarus' ot 14 ijunja 2010 g. №132-Z. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
2. *Golubyh M.* Priznanie dogovora poruchitel'stva nedejstvitel'nym pri sovershenii kreditopoluchatelem moshennichestva // Jurist. 2010. №11(114). S. 61–65.
3. *Grazhdanskij* kodeks Respubliki Belarus' ot 7 dekabrja 1998 g. № 218-Z [Jelektronnyj resurs]: prinjat Palatoj predstavitelej 28 oktjabrja 1998 g.: odobr. Sovetom Respubliki Belorus' 19 nojab. 1998 g.: v red. Zakona Respubliki Belarus' ot 3 ijulja 2011 g. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
4. *Ioffe O.S.* Sovetskoe grazhdanskoe pravo (kurs lekcij). Obwaja chast'. Pravo sobstvennosti. Obwee uchenie ob objazatel'stvah. L.: Izd-vo Leningr. un-ta, 1958. 511 s.
5. *O primenenii* norm Grazhdanskogo kodeksa Respubliki Belarus', regulirujuwih zakljuchenie, izmenenie i rastorzhenie dogovorov: postanovlenie Plenuma Vysshego hozjajstvennogo suda Respubliki Belarus' 16 dekabrja 1999 g. №16 [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
6. *Ob utverzhdenii* Instrukcii o porjadke predostavlenija (razmewenija) bankami denezhnyh sredstv v forme kredita i ih vozvrata [Jelektronnyj resurs]: postanovlenie Pravlenija Nacional'nogo banka Respubliki Belarus' ot 30 dek. 2003 g. №226: v red. postanovlenija ot 4 ijulja 2011 g. №271. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
7. *Pobedonoscev K.P.* Kurs grazhdanskogo prava : v 3 ch. SPb.: Sinod. tip., 1896. Ch. 3: Dogovory i objazatel'stva. 620 s.

PROBLEM OF PROTECTION OF THE RIGHTS OF GUARANTORS IN THE RELATIONS OF BANK CREDITING IN REPUBLIC OF BELARUS

N.L. Bondarenko

Academy of Ministry of Internal Affairs of Republic of Belarus
220005, Masherova pr-kt, Minsk, 220005
E-mail: 2iu@tut.by

One of the most actual problems of modern Byelorussia is the problem of protection of the rights of diligent participants of a civil turn. In sphere of bank crediting at protection of the rights of guarantors it is shown to the greatest degree. On an example of one action of proceeding which has received the big public resonance, the author of article makes an attempt to cover a problem of protection of the rights of the citizens acting as guarantors in contracts of the bank credit.

Keywords: civil legislation; bank legislation; contract; credit agreement; guarantee; guarantor; bank

УДК 347.191.6

ПОНЯТИЕ ПРАВОПРЕЕМСТВА ПРИ РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

М.Г. Буничева

Аспирант кафедры гражданского права и процесса
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: mariasun@mail.ru

В настоящей статье рассматриваются правовые подходы к пониманию правопреемства; указывается на изменение субъектного состава правоотношений при переходе прав и обязанностей от реорганизуемого лица к его правопреемникам; определяются виды правопреемства при реорганизации юридических лиц: универсальный (при слиянии, присоединении, разделении и преобразовании) и сингулярный (при выделении). В работе формулируется понятие правопреемства при реорганизации юридических лиц, его признаки.

Ключевые слова: реорганизация юридических лиц; правопреемство

Понятие «правопреемство» не является новым в частном праве, свое начало оно берет с римского права, которому принадлежат многие разработки, используемые в современном гражданском законодательстве. В настоящее время данное понятие настолько прочно вошло в гражданский оборот, что без его уяснения немыслимо понимание перехода прав и обязанностей от одного субъекта к другому.

В юридической литературе сложились два подхода к пониманию правопреемства: переходности и непереходности прав и обязанностей. Сторонники первого подхода (К.Н. Анненков, Б.Б. Черепахин, Д.И. Степанов и др.), который является преобладающим, допускают возможность перехода прав и обязанностей от одного субъекта к другому. Ученые, поддерживающие второй подход (К.И. Скловский, В.А. Белов, В.С. Толстой и др.), отрицают саму возможность перехода прав и обязанностей, основываясь на том, что права и обязанности как категории идеологические неспособны перемещаться в пространстве, а потому переходить от одного лица к другому они не могут.

На наш взгляд, теория переходности правильно отражает правовую природу правопреемства. Любое гражданское правоотношение, как и всякая любая другая общественная связь, не является одномоментным явлением и протекает во времени более или менее длительный период [13, с. 10]. Правоотношение – правовая конструкция, которая отражает процесс, динамику. И это объяснимо: объем прав и обязанностей, условия их реализации, гарантии, степень защиты и другие компоненты находятся в постоянной динамике, они не могут оставаться неизменными [1].

На определенном этапе реализации правоотношения может возникнуть необходимость в изменении его субъекта, с сохранением в неизменном виде объекта и содержания данного правоотношения. Замена одного субъекта другим позволяет сохранить правоотношение в действии и в его рамках продолжить реализацию гражданских прав и обязанностей. Изменение правоотношения, а не его прекращение придает гражданскому обороту определенную устойчивость, поскольку правовые последствия замены субъекта права достаточно очевидны и просты для участников правоотношений. При прекращении одного правоотношения и возникновении нового возникают вопросы, связанные с основанием возникновения, объемом и содержанием со-

© Буничева М.Г., 2012

ответствующих прав и обязанностей со всеми отсюда вытекающими последствиями.

По мнению О.С. Иоффе, действие обязательства исчерпывается, как только входящие в его состав права и обязанности будут полностью осуществлены [3, с. 181]. Если встать на позицию отрицания возможности перехода прав и обязанностей, то, по сути, каждый раз при прекращении одного и возникновении другого правоотношения, разрывается сложившаяся правовая связь, при недостижении правового результата. Как отмечает Е.В. Вавилин, моментом завершения действия правового отношения является факт достижения цели реализации субъективного гражданского права и, соответственно, исполнения субъективной гражданской обязанности – установление материального либо нематериального фактического результата [1]. Представляется, что изменение правоотношения путем замены субъекта (перехода прав и обязанностей от одного лица к другому) соответствует процессам динамики правоотношения.

Правопреемство, «переносящее права и обязанности», в цивилистической литературе именуется транслятивным. Вместе с ним в правовой доктрине принято рассматривать и конститутивное правопреемство.

Как указывает Б.Б. Черепахин, правопреемство называется транслятивным, когда оно производно от приобретения субъективного права или гражданско-правовой обязанности, «новое» правоотношение возникает потому, что существовало первоначальное правоотношение. Конститутивное правоприобретение, по его мнению, не является правопреемством в точном смысле, в этом случае имеется в некотором роде «переход» правомочий от одного лица к другому, но без потери их и соответствующего права в целом правопредшественником; на основе права праводателя создается право с иным содержанием (более ограниченным) [14, с. 311, 320]. Е.А. Крашенинников полагает, что конститутивное приобретение является правопреемством, т.е. приобретением, производным от права правопредшественника, потому что дочернее право возникает лишь при существовании материнского права и только в пределах принадлежащих его носителю правовых возможностей [4].

Иное мнение высказывает Д.И. Степанов, отмечающий, что конститутивное правопреемство не является правопреемством, если под последним понимать переход прав и обязанностей от одного лица к другому, поскольку в данном случае не происходит движения прав или обязанностей. Правопреемством его называют лишь потому, что в данном случае имеется производное правоприобретение, причем право приобретателя нового права возникает на основании права actor`a, субъективное право последнего задает рамки и определяет содержание права преемника [11, с. 116]. Аналогичной точки зрения придерживается Д.В. Носов, указывающий, что конститутивное преемство предполагает возникновение нового правоотношения, меньшего по объему по отношению к материнскому правоотношению [6, с. 17]. С.Б. Култышев, А.С. Шевченко также обращают внимание на то, что посредством конститутивного (производного) правоприобретения возникает новое субъективное право, производное от основного, ограничивающего возможности осуществления последнего в той или иной мере [5].

Мы, вслед за большинством ученых, полагаем, что конститутивное правоприобретение нельзя рассматривать как правопреемство, поскольку здесь отсутствует переход права. Конститутивное приобретение права происходит в тех случаях, когда возникшее у приобретателя право (дочернее право) создается на основании права предшественника (материнского права). Конститутивное правоприобретение не предполагает замену субъекта в первоначальном правоотношении, в одно и то же время происходит реализация двух разных правоотношений.

Таким образом, правопреемство всегда имеет транслятивный характер, к правопреемнику переходят только те права и обязанности, которые существовали у правопредшественника, новых прав и обязанностей при правопреемстве не возникает.

Переход прав и обязанностей от одного лица к другому, в том числе при реорга-

низации юридических лиц, осуществляется путем изменения субъектного состава правоотношения. Любая реорганизация юридического лица сопровождается прекращением и (или) созданием хотя бы одного юридического лица. При прекращении реорганизуемого лица его место во всех правоотношениях, в которых он участвует, занимает одно или несколько юридических лиц – правопреемников. При создании в результате реорганизации нового юридического лица в случае, когда реорганизуемое лицо не прекращает свою деятельность (при реорганизации в форме выделения), реорганизуемое лицо определяет часть правоотношений, в которых один или несколько правопреемников его заменяет.

При переходе прав и обязанностей в результате реорганизации участвуют два субъекта – юридических лица: правопредшественник и правопреемник.

Правопредшественник – реорганизуемое лицо для «передачи» своих прав и обязанностей: должен обладать правоспособностью юридического лица; на него не должны распространяться законные ограничения на проведение реорганизации; соответствующие права и обязанности, в отношении которых осуществляется переход, должны ему принадлежать на законном основании; его участники (учредители, уполномоченный орган) в установленном законом порядке должны выразить волю на переход прав и обязанностей к правопреемнику.

Другое лицо, участвующее в переходе прав и обязанностей, – правопреемник должен обладать правоспособностью юридического лица, иметь строго определенную организационно-правовую форму. В абзаце 2 пункта 20 постановления Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 18 ноября 2003 г. №19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона “Об акционерных обществах”» [8] указано, что положения Федерального закона «Об акционерных обществах» [7], определяющие порядок реорганизации акционерных обществ путем слияния, присоединения, разделения или выделения (ст. 16–19), не предусматривают возможность проведения реорганизации этих обществ посредством объединения с юридическими лицами иных организационно-правовых форм (в том числе с обществами с ограниченной ответственностью) либо разделения их (выделения) на акционерное общество и юридическое лицо другой организационно-правовой формы.

Правопреемство является производным приобретением гражданского права или гражданско-правовой обязанности. Производное правоприобретение при реорганизации юридических лиц обусловлено тем, что «имущественный комплекс» юридического лица не распределяется между его участниками, как это происходит при ликвидации, а остается функционировать в гражданском обороте. К правопреемникам реорганизуемого юридического лица переходят права и обязанности в том виде, в котором они существовали на дату завершения реорганизации.

Основанием правопреемства при реорганизации юридических лиц является сложный юридический состав, в который входит: решение о реорганизации (которым, кроме прочего, должны быть утверждены договор о слиянии (присоединении), передаточный акт или разделительный баланс, устав создаваемых в результате реорганизации лиц), принятое каждым участвующим в реорганизации юридическим лицом; административный акт (государственная регистрация вновь возникших в результате реорганизации юридических лиц (внесение в единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица).

Классическим в правовой доктрине является деление правопреемства на универсальное и сингулярное. Универсальное правопреемство происходит при переходе всех прав и обязанностей (за исключением тех, которые не могут перейти в силу ограничений, установленных законов) от правопредшественника к одному или нескольким правопреемникам, а сингулярное – при переходе отдельных прав и обязанностей или отдельной совокупности прав и обязанностей.

На наш взгляд, при реорганизации юридических лиц имеют место оба известных вида правопреемства. При реорганизации в форме слияния, присоединения, разделения и преобразования происходит универсальное правопреемство. Четыре указанные формы реорганизации объединяет то обстоятельство, что такая реорганизация влечет прекращение хотя бы одного юридического лица. Прекращение реорганизуемого лица предопределяет переход всех его прав и обязанностей (за исключением тех, которые не могут перейти в силу ограничений, установленных законов) к одному или нескольким правопреемникам. Изменение субъектного состава происходит во всех правоотношениях, в которых участвовало это юридическое лицо.

При реорганизации в форме выделения имеет место сингулярное правопреемство[1], так как: во-первых, к одному или нескольким правопреемникам (выделенным юридическим лицам) переходят не все, а лишь часть прав и обязанностей реорганизованного юридического лица, другая их часть остается у реорганизованного юридического лица; во-вторых, с правовой точки зрения реорганизованное лицо не является новым юридическим лицом, как на то указывается некоторыми авторами, прекращения его деятельности не происходит.

Вывод о сингулярности правопреемства при выделении имеет правоприменительное значение: при выделении к одному или нескольким правопреемникам переходят только те права и обязанности, которые указаны в разделительном балансе, все иные права и обязанности, не отраженные в нем, остаются у реорганизованного юридического лица, правопреемства по ним не происходит.

Если обратиться к правоприменительной практике, то суды фактически признают сингулярную природу правопреемства при выделении юридического лица. Так, в определении Высшего арбитражного суда РФ от 15 ноября 2007 г. №15052/07 указано, что если из разделительного баланса не удается установить, перешло ли к выделившемуся юридическому лицу конкретное право, то оно должно считаться принадлежащим тому юридическому лицу, из которого производилось выделение [9]. Еще более конкретен Федеральный арбитражный суд Уральского округа, в постановлении которого указано следующее. На основании п. 4 ст. 58 ГК РФ, п. 4 ст. 19 ФЗ «Об акционерных обществах» к выделенному обществу перешли только те права и обязанности реорганизуемого юридического лица, которые отражены в разделительном балансе. Поскольку в указанных документах заявитель отсутствует, судом сделан правильный вывод о том, что реорганизованное общество из обязательства перед заявителем не выбывало, правопреемства по указанному обязательству не возникло [10].

Итак, правопреемство при реорганизации юридических лиц – это основанный на сложном юридическом составе переход всех или части прав и обязанностей в порядке производного приобретения от одного юридического лица к другому, сопровождаемый прекращением и (или) созданием одного или нескольких юридических лиц и осуществляемый путем изменения субъектного состава правоотношений.

Указанное понятие позволяет выделить следующие признаки правопреемства при реорганизации юридических лиц: всегда осуществляется переход прав и обязанностей от одного юридического лица к другому, что указывает на транслятивный характер правопреемства; возможен переход как всех прав и обязанностей юридического лица, так их части, что обусловливает универсальный (при слиянии, присоединении, разделении, преобразовании) и сингулярный (при выделении) виды правопреемства; правопреемство основано на сложном юридическом составе; является производным способом правоприобретения: права и обязанности правопреемника основаны на соответствующих правах и обязанностях пра-

[1] В литературе высказана и другая точка зрения, согласно которой при всех формах реорганизации, в том числе и при выделении, происходит универсальное правопреемство (см., напр., [2; 11, с. 96]).

вопредшественника; сопровождается прекращением юридического лица – правопредшественника и (или) созданием юридического лица – правопреемника; неразрывно связано с изменением субъектного состава правоотношения: правопредшественник выбывает, а правопреемник вступает в соответствующее правоотношение.

Библиографический список

1. *Вавилин Е.В.* Гражданское правоотношение в механизме реализации субъективного права и исполнения субъективной обязанности // Журнал рос. права. 2007. №7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
2. *Илюшина М.Н.* Проблемы правопреемства при реорганизации юридических лиц // Закон. 2006. №9. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
3. *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. 880 с.
4. *Крашенинников Е.А.* Заметки о конститутивном правопреемстве // Вещные права: система, содержание, приобретение: сб. науч. тр. в честь проф. Б.Л. Хаскельберга / под ред. Д.О. Тузова. М.: Статут, 2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. *Култышев С.Б., Шевченко А.С.* Современные подходы к вопросам распоряжения субъективными гражданскими правами // Изв. вузов. Правоведение. 2008. № 4. С. 172–183.
6. *Носов Д.В.* Правопреемство (теоретико-правовое исследование): автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2011. 25 с.
7. *Об акционерных* обществах: Федер. закон от 26 дек. 1995 г. (ред. 28.12.2010) №208-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. 1 янв.
8. *О некоторых* вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»: постановление Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 18 ноября 2003 г. №19 // Вестн. ВАС РФ. 2004. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
9. *Определение* Высшего арбитражного суда РФ от 15 ноября 2007 г. №15052/07 по делу №А06-7112/2006-17. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
10. *Постановление* Федерального арбитражного суда Уральского округа от 3 июля 2003 №Ф09-1682/03-ГК по делу №А71-252/03. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
11. *Степанов Д.И.* Правопреемство при реорганизации в форме выделения // Вестн. ВАС РФ. 2002. №7. С. 111–120.
12. *Степанов Д.И.* Правопреемство при реорганизации в форме выделения // Вестн. ВАС РФ. 2002. № 8. С. 94–107.
13. *Чеговадзе Л.А.* Система гражданского правоотношения: проблемы теории и практики: монография. Н. Новгород: ННГУ, 2004. 328 с.
14. *Черепахин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. 479 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Vavilin E.V.* Grazhdanskoe pravootnoshenie v mehanizme realizacii sub#ektivnogo prava i ispolnenija sub#ektiv-noj objazannosti // Zhurnal ros. prava. 2007. №7. Dostup iz sprav.-pravovoj si-stemy «Konsul'tantPljus».
2. *Iljushina M.N.* Problemy pravopreem-stva pri reorganizacii juridicheskih lic // Zakon. 2006. №9. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
3. *Ioffe O.S.* Objazatel'stvennoe pravo. M.: Jurid. lit., 1975. 880 s.
4. *Krasheninnikov E.A.* Zametki o konstitutivnom pravopreemstve // Vewnye prava: sistema, soderzhanie, priobrete-nie: sb. nauch. tr. v chest' prof. B.L. Haskel'berga / pod red. D.O. Tuzova. M.: Statut, 2008. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
5. *Kultyshev S.B., Shevchenko A.S.* Sovremennye podhody k voprosam rasporjazhenija sub#ektivnymi grazhdanskimi pravami // Izv. vuzov. Pravovedenie. 2008. №4. S. 172–183.
6. *Nosov D.V.* Pravopreemstvo (teoretiko-pravovoe issledovanie): avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. M., 2011. 25 s.
7. *Ob akcionernyh* obwestvah: Feder. za-kon ot 26 dek. 1995 g. (red. 28.12.2010) №208-

FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. 1 janv.
8. *O nekotoryh* voprosah primenenija Federal'nogo zakona «Ob akcionernyh obwestvah»: postanovlenie Plenuma Vysshego arbitrazhnogo suda RF ot 18 nojabrja 2003 g. №19 // Vestn. VAS RF. 2004. № 1. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
9. *Opredelenie* Vysshego arbitrazhnogo suda RF ot 15 nojabrja 2007 g. №15052/07 po delu №A06-7112/2006-17. Dokument opublikovan ne byl. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
10. *Postanovlenie* Federal'nogo arbit-razhnogo suda Ural'skogo okruga ot 3 ijulja 2003 №F09-1682/03-GK po delu №A71-252/03. Dokument opublikovan ne byl. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tant-Pljus».
11. *Stepanov D.I.* Pravopreemstvo pri reorganizacii v forme vydelenija // Vestn. VAS RF. 2002. №7. S. 111–120.
12. *Stepanov D.I.* Pravopreemstvo pri reorganizacii v forme vydelenija // Vestn. VAS RF. 2002. № 8. S. 94–107.
13. *Chegovadze L.A.* Sistema grazhdanskogo pravootnoshenija: problemy teorii i praktiki: monografija. N. Novgorod: NNGU, 2004. 328 s.
14. *Cherepahin B.B.* Trudy po grazhdanskomu pravu. M.: Statut, 2001. 479 s.

THE CONCEPT OF SUCCESSION IN THE REORGANIZATION OF LEGAL ENTITIES

M.G. Bunicheva

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: mariasun@mail.ru

This article analyzes the concept and features of the succession in the reorganization of legal entities. It is stated that in the legal literature have developed two approaches to understanding the succession: transitive and intransitive rights and responsibilities. We supported the approach of the transitivity of rights and obligations as a mechanism of succession corresponds to the dynamics of legal process, allows the realization of civil rights and responsibilities, promotes civil turnover.

In this set of material the author concludes that the succession of translative always has, since the successor to pass only those rights and obligations that existed at the predecessor, the new rights and responsibilities in succession does not occur.

The paper states that the transfer of the rights and obligations from one person to another, including the reorganization of legal entities by changing the subject composition relationship. It is noted that any reorganization of the legal entity is accompanied by the termination, and (or) the creation of at least one legal entity. Upon termination of the reorganized entity, its place in all legal relationships in which it participates, has one or more legal entities – the successor. When you create a result of the reorganization of the new entity when the reorganized entity does not cease its activities (the allocation), part of the reorganized entity defines the legal relationship in which one or more successor replaces him.

It is noted that the succession is derived from the acquisition of civil rights or civil obligations.

We determined that the reorganization in the form of merger, accession, division and transformation is a universal succession, and at the reorganization in the form of separation – a singular succession.

Keywords: reorganization of legal entities; succession

2012 **Юридические науки** **Выпуск 1(15)**

УДК 347.214:347.44

ОТНОШЕНИЯ ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА КАК ОБЪЕКТ ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

О.С. Вагина

Аспирантка кафедры гражданского права и процесса
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: v.olga2406@gmail.com

В статье отмечается необходимость четкого разграничения предметов и сфер применения публичного и частного права при регулировании отношений долевого строительства. Рассматриваются аспекты проявления частноправового регулирования данных отношений.

Частноправовое регулирование отношений долевого строительства проявляется:

– в наличии особого частноправового метода правового регулирования данных отношений и гражданско-правовых принципов;

– в возможности субъектов отношений путем заключения договора, устанавливать собственные предписания и правила поведения, руководствуясь при этом диспозитивными нормами.

Подчеркивается значимость частноправового регулирования названных отношений.

Ключевые слова: частноправовое регулирование; отношения долевого строительства

При регулировании отношений долевого строительства важное значение приобретает идея налаживания взаимодействия публичного и частного права. В.Ф. Яковлев в связи с этим отмечает, что без надлежащего взаимодействия публичного и частного права невозможно их эффективное действие. Ученый подчеркивает, что частноправовой тип регулирования основан на правонаделении, а публично-правовой – на обязывании и на запретах. По мнению ученого, «…чем лучше отработано правовое регулирование частноправовых отношений, тем меньше необходимости в использовании публичного права. Тем не менее и без публичного права обойтись нельзя. Исполнение публичной обязанности должно быть обязательно обеспечено системой санкций, возможностью принудительного исполнения…» [11, с. 8–9]. В.Ф. Яковлев приводит понятие «системность правоприменения», что означает существование всех элементов – и частного, и публичного права.

Впоследствии, говоря о разграничении норм публичного и частного права и об их надлежащем взаимодействии, ученый отмечает, что «при этом можно говорить, по крайней мере, о трех задачах.

Во-первых, об установлении оптимального соотношения и взаимодействия публично-правового и частноправового регулирования экономических отношений в целом.

Во-вторых, надо учитывать, что есть проникновение одного в другое. В гражданском законодательстве, в частности в Гражданском кодексе, совершенно определенно присутствуют элементы публично-правового регулирования.

Наконец, очень важная задача – это задача четкого разграничения предметов и сфер применения публичного и частного права» [10].

На сегодняшний день оптимальное соотношение и взаимодействие публично-правового и частноправового регулирования отношений долевого строительства отсутствует, так как нет четкого разграниче-

© Вагина О.С., 2012

ния и системного применения двух сфер регулирования. В связи с этим необходимо обозначить аспекты проявления частных и публичных начал в гражданско-правовом регулировании отношений долевого строительства.

Обратимся к рассмотрению частноправового регулирования данных отношений.

Частноправовое регулирование отношений долевого строительства проявляется в следующих аспектах.

Во-первых, в наличии особого частноправового метода правового регулирования данных отношений и регулировании их на основе в первую очередь гражданско-правовых принципов.

Во-вторых, в возможности субъектов отношений, путем заключения договора, устанавливать собственные предписания и правила поведения, руководствуясь при этом диспозитивными нормами. Договор в данном случае является частноправовым основанием возникновения отношений долевого строительства.

Рассматривая первый аспект регулирования названных отношений, отметим следующее.

Частноправовой метод регулирования включает в себя дозволение и правонаделение, т.е. предоставление субъектам возможностей совершения инициативных юридических действий – самостоятельного использования различных правовых средств для удовлетворения своих потребностей и интересов [9, с. 64–69].

В отношениях долевого строительства данный метод проявляется в следующем.

Во-первых, в юридическом равенстве субъектов данных отношений.

При нарушении такого равенства субъектов возникает необходимость вмешательства публично-правовых норм, исходящих от государства. Это необходимо для защиты интересов слабой стороны отношений, которой является участник долевого строительства.

Например, с этой целью в некоторые положения Федерального закона от 30 декабря 2004 г. №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон, Закон о долевом строительстве) [6] были внесены изменения и дополнения для поддержания баланса интересов сторон и усиления правовой защиты интересов участников долевого строительства [7]. В частности, изменилось положение о досрочной передаче объекта долевого строительства. Застройщик обязан передать объект долевого строительства не позднее срока, предусмотренного договором. При этом застройщик не вправе досрочно исполнить обязательство по передаче объекта, если об этом прямо не сказано в договоре. Данное положение введено с целью исключения возможности застройщика требовать с граждан выплат досрочно, поскольку гражданин, участвуя в долевом строительстве, рассчитывает свои финансовые возможности и досрочное исполнение обязательств может иметь для него определенные трудности.

В статье 5 Закона уменьшен размер неустойки (пени), которая уплачивается участником долевого строительства застройщику в случае нарушения установленного договором срока внесения платежа. Ее размер составляет не одну стопятидесятую (как было в предыдущей редакции Закона), а одну трехсотую ставки рефинансирования Центрального банка РФ, действующей на день исполнения обязательства, от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки. Такие условия более выгодны участнику долевого строительства. В случае нарушения срока внесения платежа, он будет платить неустойку в два раза меньше, по сравнению с той, которая была установлена в предыдущей редакции Закона.

Во-вторых, частноправовой метод проявляется в наличии диспозитивных норм, позволяющих субъектам отношений приобретать и осуществлять свои права по собственному усмотрению.

В Законе о долевом строительстве можно выявить следующие диспозитивные нормы:

– согласно п. 2 ст. 7 Закона, в случае, если объект долевого строительства построен (создан) застройщиком с отступлениями от условий договора и (или) указанных в

части 1 статьи 7 Закона обязательных требований, приведшими к ухудшению качества такого объекта, или с иными недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного договором использования, участник долевого строительства вправе, если иное не установлено договором, предъявить застройщику определенные требования (безвозмездно устранить недостатки в разумный срок; соразмерно уменьшить цену договора; возместить свои расходы на устранение недостатков);

– на основании п. 5 ст. 7 Закона, стороны вправе установить в договоре гарантийный срок для объекта долевого строительства, за исключением технологического и инженерного оборудования, входящего в состав такого объекта долевого строительства, но при соблюдении одного условия: такой срок не может составлять менее чем пять лет. Указанный гарантийный срок исчисляется со дня передачи объекта долевого строительства, за исключением технологического и инженерного оборудования, входящего в состав такого объекта долевого строительства, участнику долевого строительства, если иное не предусмотрено договором;

– по п. 3 ст. 8 Закона, после получения застройщиком в установленном порядке разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости застройщик обязан передать объект долевого строительства не позднее предусмотренного договором срока. При этом не допускается досрочное исполнение застройщиком обязательства по передаче объекта долевого строительства, если иное не установлено договором. Т.е. стороны вправе установить в договоре возможность досрочного исполнения застройщиком своих обязательств при соблюдении согласованных ими условий;

– в соответствии с п. 4 ст. 8 Закона, сторонами в договоре может быть предусмотрен срок начала передачи и принятия объекта долевого строительства, однако при соблюдении определенных условий, установленных ст. 8 Закона;

– п. 6 ст. 8 указано на то, что, если иное не установлено договором, при уклонении участника долевого строительства от принятия объекта долевого строительства в предусмотренный частью 4 статьи 8 срок или при отказе участника долевого строительства от принятия объекта долевого строительства (за исключением случая, указанного в части 5 статьи 8) застройщик по истечении двух месяцев со дня, предусмотренного договором для передачи объекта долевого строительства участнику долевого строительства, вправе составить односторонний акт или иной документ о передаче объекта долевого строительства (за исключением случая досрочной передачи объекта долевого строительства, указанного в части 3 настоящей статьи). Таким образом, в данном случае стороны вправе предусмотреть в договоре собственный вариант разрешения ситуации.

В-третьих, частноправовой метод регулирования отношений долевого строительства проявляется в координационном характере отношений, при котором согласование интересов не соподчиненных субъектов – участника долевого строительства и застройщика – осуществляется посредством вступления в договорные отношения.

Поскольку отношения долевого строительства являются гражданско-правовыми отношениями имущественного характера, к ним применяются основные начала (принципы) гражданского законодательства: равенства участников отношений; неприкосновенности собственности; свободы договора; необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав; обеспечения восстановления нарушенных прав и их судебной защиты; и др. [1, ст. 1].

Нередко в отношениях долевого строительства указанные гражданско-правовые принципы нарушаются.

Так, принцип равенства участников отношений зачастую не соблюдается, поскольку участники долевого строительства-граждане, по сравнению с застройщиком, оказываются менее защищенной стороной отношений и нуждаются в дополнительной правовой защите. Вкладывая денежные средства в строительство, дольщики не могут быть уверены в добросовестности застройщика при финансировании строительных работ. Тем самым дольщики рискуют потерять вложенные ими денежные сред-

ства и не получить в собственность завершенный строительством объект недвижимости, так как все вложенные ими средства находятся в распоряжении застройщика. В связи с этим важно обеспечить юридическое равенство фактически (экономически) неравных субъектов. Это можно сделать как с помощью установления императивных требований к застройщику (например, ужесточения ответственности за нецелевое расходование привлеченных в строительство денежных средств дольщиков); так и с помощью установления возможности дольщиков на определенных этапах строительства контролировать расходование внесенных ими денежных средств (путем запроса от застройщика и (или) контролирующих органов субъекта Российской Федерации (согласно ст. 23 Закона о долевом строительстве) необходимой информации о ходе строительства).

Принцип свободы договора состоит в том, что субъекты гражданского права при заключении договора свободны в выборе контрагента и в определении условий своего соглашения. Принцип запрета злоупотребления правом выражается в исключении безграничной свободы в использовании участниками гражданских правоотношений имеющихся у них прав [2, с. 49–54]. Нарушение указанных принципов встречается на практике при включении в договор участия в долевом строительстве условий, ущемляющих права граждан (как потребителей, поскольку, согласно п. 9 ст. 4 Закона о долевом строительстве, на граждан-дольщиков распространяются нормы законодательства о защите прав потребителей). Например, в договорах содержатся условия, согласно которым до подписания акта приема-передачи квартиры дольщик обязуется: заключить с эксплуатирующей организацией, принявшей дом в эксплуатацию, договор на коммунальное и техническое обслуживание; а также осуществлять оплату расходов по техническому обслуживанию жилого дома соразмерно доле владения площадью недвижимого имущества начиная с ввода в эксплуатацию. Вместе с тем, на основании ст. 210 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) [2, ст. 210], ст. 153 Жилищного кодекса Российской Федерации [4, ст.14], ст. 5, 12 Закона о долевом строительстве, обязательства застройщика считаются исполненными с момента подписания сторонами передаточного акта и до передачи объекта долевого строительства дольщику по передаточному акту, дольщик не обязан оплачивать расходы по техническому обслуживанию жилого дома [8].

Ущемляющим права участников долевого строительства судом также было признано условие договора, по которому гарантийные сроки исчисляются со дня получения застройщиком разрешения на ввод жилого дома в эксплуатацию, при том, что п. 5.1 ст. 7 Закона о долевом строительстве установлена императивная норма, по которой гарантийный срок исчисляется со дня подписания первого передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства.

Таким образом, в целях реализации принципов гражданского права в отношениях долевого строительства необходимо, чтобы нормы частного права дополнялись нормами публичного права. Это будет способствовать более качественному правовому регулированию данных отношений и их динамичному развитию.

А.Ю. Козлов, рассматривая вопрос соотношения частных и публичных начал в определенной сфере правоотношений, отмечает, что обеспечение баланса публичных и частных интересов является ключевым принципом [5, с. 8–9].

В отношениях долевого строительства также важно поддерживать баланс частного и публичного правового регулирования, в связи с чем можно обозначить это положение в качестве одной из важнейших задач такого правового регулирования.

На наш взгляд, принципы, содержащиеся в ст. 1 ГК РФ, в полной мере способны отразить содержание, социальную направленность и особенности правового регулирования отношений долевого строительства, а также помочь в восполнении пробелов в законодательстве и применении правовых норм по аналогии [2, с. 49]. Поэтому, они не нуждаются в дополнении и корректировке применительно к отношениям долевого строительства. Они лишь

должны в полной мере соблюдаться участниками отношений.

Поскольку в сфере имущественных отношений, входящих в предмет частного права, большинство субъективных прав и юридических обязанностей возникает, изменяется и прекращается у юридических лиц и граждан на основе договора, то частноправовым основанием и вторым аспектом проявления частноправового регулирования отношений долевого строительства является договор. Он непосредственно отражает возможность субъектов отношений устанавливать собственные предписания и правила поведения.

Договор участия в долевом строительстве, как волеизъявление заключивших его субъектов (застройщика и участника долевого строительства), характеризуется тем, что:

– представляет собой совокупность норм, которые охраняют и регулируют отношения сторон (участника долевого строительства и застройщика);

– выражает диспозитивную направленность частноправового регулирования, с помощью которого стороны (по их взаимному соглашению), руководствуясь конкретными обстоятельствами, могут самостоятельно определить меру возможного и должного поведения.

Договор участия в долевом строительстве интегрирует в себе два крупнейших гражданско-правовых института: сделки и обязательства [3, с. 412].

Сделкой, в данном случае, являются действия участников долевого строительства и застройщика, направленные на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей в рамках отношений, возникающих в связи с участием в долевом строительстве. Таким образом, рассматриваемый договор является двусторонней сделкой (согласно ст. 420 ГК РФ).

Кроме того, договор участия в долевом строительстве является основанием для возникновения обязательства. В силу данного обязательства (согласно ст. 4 Закона) застройщик обязуется в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц построить (создать) многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости и после получения разрешения на ввод в эксплуатацию этих объектов передать соответствующий объект долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

Из приведенной законодательной формулировки следует, что из договора возникают взаимные обязательства сторон. Застройщик обязан построить (создать) объект недвижимости и передать его дольщику с соблюдением установленных законодательством норм и правил. Участник долевого строительства, в свою очередь, обязан осуществить финансирование строительства и принять объект долевого строительства.

Таким образом, отношения долевого строительства, как объект частноправового регулирования, характеризуются тем, что они отражают правовую активность субъектов данных отношений. В данном случае субъекты самостоятельно выбирают правовые средства и способы удовлетворения их частных интересов, что отражает координационный характер рассматриваемых отношений.

Значение частноправового регулирования отношений долевого строительства трудно переоценить и оно состоит в следующем.

Во-первых, развитие и совершенствование частноправового регулирования данных отношений является основой и движущей силой их развития.

Во-вторых, с помощью частноправового регулирования осуществляется регламентация и развитие эффективной и сбалансированной системы мер, направленных на защиту прав и законных интересов участников долевого строительства. С помощью публично-правового регулирования устанавливаются императивные, общеобязательные предписания. Система мер правовой защиты, в рамках частного права, потенциально может быть расширена и развита сторонами в условиях договора. Стороны, в целях реализации своих частных ин-

тересов, вправе предусмотреть в договоре собственную систему мер, способствующую защите их прав и законных интересов (при этом, конечно, не противореча императивным нормам действующего законодательства). В договоре участия в долевом строительстве, например, стороны могут установить случаи и порядок изменения цены на выгодных для обеих сторон условиях.

В-третьих, данное правовое регулирование способствует удовлетворению частных интересов субъектов отношений долевого строительства. Частные интересы сторон отражены в условиях договора и соответствуют целям его заключения. Основной целью заключения договора является: для участников долевого строительства-граждан – реализация конституционного права на жилье, которое приобретается ими для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью; для застройщика – успешная реализация проекта по строительству объекта недвижимого имущества и сдаче его в эксплуатацию.

В-четвертых, частноправовое регулирование обеспечивает возможность выбора правовых средств и способов саморегуляции (ввиду наличия диспозитивных норм).

Библиографический список

1. *Гражданский* кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 г. №51-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 окт. 1994 г. (ред. от 06.04.2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. №32, ст. 330.
2. *Гражданское* право: в 4 т. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2007. Т. 1: Общая часть. 408 с.
3. *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). М.: Норма, 2007. 950 с.
4. *Жилищный* кодекс Российской Федерации от 29 дек. 2004 г. №188-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 дек. 2004 г. (ред. от 30.11.2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. №1 (ч. I), ст. 14.
5. *Козлов А.Ю.* Обеспечение баланса публичных и частных интересов в процессе возмездного отчуждения недвижимого имущества, находящегося в федеральной собственности: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2009. 30 с.
6. *Об участии* в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон Рос. Федерации от 30 дек. 2004 г. №214-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 дек. 2004 г. (ред. от 17.06.2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. №1 (ч. I), ст. 40.
7. *О внесении* изменений в Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон РФ от 18 июля 2006 г. №111-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 30 июня 2006 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. №30, ст. 3287.
8. *Постановление* Семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 30 декабря 2008 г. по делу №А60-29037/2008. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
9. *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. 212 с.
10. *Яковлев В.Ф.* Гражданский кодекс и государство // Новый Гражданский кодекс Российской Федерации: проблемы теории и практики: материалы науч.-практ. конф. // Вестн. ВАС РФ. 1997. №6.
11. *Яковлев В.Ф.* О системном применении права: выступл. в Высшем Арбитражном суде Рос. Федерации 07.02.2007 г. // Вестн. ВАС РФ. 2007. №3. С. 8–9.

Bibliograficheskij spisok

1. *Grazhdanskij* kodeks Rossijskoj Federacii. Chast' pervaja ot 30 nojab. 1994 g. №51-FZ: prinjat Gos. Dumoj Feder. Sobr. Ros. Federacii 21 okt. 1994 g. (red. ot

06.04.2011 g.) // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1994. №32, st. 330.
2. *Grazhdanskoe* pravo: v 4 t. / pod red. E.A. Suhanova. M.: Volters Kluver, 2007. T. 1: Obwaja chast'. 408 s.
3. *Zhilinskij S.Je.* Predprinimatel'skoe pravo (pravovaja osnova predprinimatel'skoj dejatel'nosti). M.: Norma, 2007. 950 s.
4. *Zhiliwnyj* kodeks Rossijskoj Federacii ot 29 dek. 2004 g. №188-FZ: prinjat Gos. Dumoj Feder. Sobr. Ros. Federacii 22 dek. 2004 g. (red. ot 30.11.2010 g.) // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2005. №1 (ch. I), st. 14.
5. *Kozlov A.Ju.* Obespechenie balansa publichnyh i chastnyh interesov v processe vozmezdnogo otchuzhdenija nedvizhimogo imuwestva, nahodjawegosja v federal'noj sobstvennosti: avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. M., 2009. 30 s.
6. *Ob uchastii* v dolevom stroitel'stve mnogokvartirnyh domov i inyh ob#ektov nedvizhimosti i o vnesenii izmenenij v nekotorye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii: Feder. zakon Ros. Federacii ot 30 dek. 2004 g. №214-FZ: prinjat Gos. Dumoj Feder. Sobr. Ros. Federacii 22 dek. 2004 g. (red. ot 17.06.2010 g.) // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2005. №1 (ch. I), st. 40.
7. *O vnesenii* izmenenij v Federal'nyj zakon «Ob uchastii v dolevom stroitel'stve mnogokvartirnyh domov i inyh ob#ektov nedvizhimosti i o vnesenii izmenenij v nekotorye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii» i o vnesenii izmenenij v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii: Feder. zakon RF ot 18 ijulja 2006 g. №111-FZ: prinjat Gos. Dumoj Feder. Sobr. Ros. Federacii 30 ijunja 2006 // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2006. №30, st. 3287.
8. *Postanovlenie* Semnadcatogo Arbitrazhnogo apelljacionnogo suda ot 30 dekabrja 2008 g. po delu №A60-29037/2008/ Dokument opublikovan ne byl. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
9. *Jakovlev V.F.* Grazhdansko-pravovoj metod regulirovanija obwestvennyh otnoshenij. Sverdlovsk, 1972. 212 s.
10. *Jakovlev V.F.* Grazhdanskij kodeks i gosudarstvo // Novyj Grazhdanskij kodeks Rossijskoj Federacii: problemy teorii i praktiki: materialy nauch.-prakt. konf. // Vestn. VAS RF. 1997. №6.
11. *Jakovlev V.F.* O sistemnom primenenii prava: vystupl. v Vysshem Arbitrazhnom sude Ros. Federacii 07.02.2007 g. // Vestn. VAS RF. 2007. №3. S. 8–9.

RELATIONSHIP OF SHAREHOLDING IN HOUSING CONSTRUCTION AS AN OBJECT OF PRIVATE LEGAL REGULATION

O.S.Vagina

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: v.olga2406@gmail.com

The article is devoted to the consideration of some peculiarities of private legal regulation of relationship of shareholding in housing construction.

Private legal regulation is shown in two aspects, among them are:

1. A special method of legal regulation of the relationship of shareholding in housing construction and civil law principles;
2. An opportunity of subjects of mentioned relationship to establish own instructions and behavior rules (being guided by dispositive (allowing) regulations).

If we apply to the first aspect, it is necessary to notice, that dispositive (or private-legal) method in the relationship of shareholding in housing construction could be shown in the following way:

Firstly, in legal equality of subjects of these relationship.

In case of infringement of such equality of subjects, there is a necessity of intervention public rules of law, proceeding from the state. It has a great meaning for protection of interests of less protected party in relations, which the participant of share building is.

Secondly, private-legal method is shown in the existence of dispositive regulations, that let the subjects of concerned relationship to get and realize their rights under own discretion.

Thirdly, private-legal method of regulation of mentioned relations is shown in coordination character of relations at which the coordination of interests of not coordinated subjects – the participant of share building and the builder – is carried out by means of the introduction into contractual relations.

As relations of share building in housing construction – are civil-law relations of property character, there are basic beginnings (principles) of the civil legislation are applied to them: equalities of participants of relations; contract freedom; necessities of unobstructed realization of the civil rights; maintenance of restoration of the broken rights and their judicial protection; and others.

With a view of realization of principles of civil law in relations of shareholding in housing construction it is necessary, that regulations of private law were supplemented with norms of public law. It will promote better legal regulation of the given relations and their dynamical development.

The importance of private-legal regulation of relationship of shareholding in housing construction is in the following:

Firstly, development and perfection of private-legal regulations of the given relations is a basis and a motive power of their development.

Secondly, with the help of such regulations the development of the effective and balanced system of the measures directed on protection of the rights and legitimate interests of participants of share building is carried out.

Thirdly, the given legal regulation promotes satisfaction of private interests of subjects of relations of share building.

And finally, private-legal regulation provides the possibility of a choice of legal means and ways of self-control (in view of presence of dispositive rules).

Keywords: private legal regulation; relationship of shareholding in housing construction

УДК 347.1

ПОНЯТИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА КАК СТРУКТУРНОГО ЭЛЕМЕНТА СИСТЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

В.В. Васильев

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
Тверской государственный университет
170100, г. Тверь, ул. Желябова, 33
E-mail: pdvv@mail.ru

Статья посвящена рассмотрению вопросов, связанных с определением понятия «институт гражданского права». Автор выявляет свойства института гражданского права, отражающие его сущность: 1) обязательность существования в системе; 2) функциональная направленность норм как институтообразующий фактор; 3) общность и совокупность отраслевых норм, образующих институт; 4) самостоятельность и автономность института; 5) обеспечение с помощью института полного и завершенного правового регулирования.

Ключевые слова: институт гражданского права; свойства института; совокупность норм; автономность; самостоятельность; система гражданского права

В гражданско-правовых исследованиях термин «институт» используется достаточно широко. В качестве института рассматриваются как отдельные гражданско-правовые явления и совокупность норм, регулирующих определенное общественное отношение, так и отдельные виды договорных и внедоговорных обязательств. По мнению О.С. Иоффе, «все в области права можно назвать институтом, начиная от самого права и кончая его единичными нормами» [3, с. 51]. Отождествление нормы права и правового института, по нашему мнению, вызывает сомнения в обоснованности предложенной позиции. Правовой институт и норма – это структурные элементы системы права, при этом правовой институт сформирован из норм права. В связи с этим с точки зрения методологического подхода отождествление понятий «норма» и «институт» является ошибочным, поскольку, формируя институт, сами нормы не могут являться институтами. Необоснованным представляется и расширение границ понятия гражданско-правового институт, поскольку этот термин может означать лишь правовое явление, которое является структурным элементом системы гражданского права. Злоупотребление в понимании сущности правового института, возможность его широкого применения к любому правовому явлению без должного и содержательного конкретного наполнения являются неверными, поскольку это затрудняет понимание сущности гражданско-правового института как структурного элемента системы гражданского права.

Однако приведенные доводы являются лишь отправной точкой для решения поставленной задачи, поскольку научно обоснованное разграничение гражданско-правового института и гражданско-правового явления должно быть основано на выработке понятия «гражданско-правовой институт», которое призвано отразить сущностные свойства института как структурного элемента системы гражданского права.

Теоретические представления о понятии гражданско-правового института не нашли достаточной разработанности в цивилистической литературе, несмотря на значимость этого структурного элемента для единства гражданского права. Предложенное теоретической наукой определение понятия «правовой институт» как совокупности однопорядковых норм, регулирую-

© Васильев В.В., 2012

щих определенный вид общественных отношений [4, с. 430], в целом не противоречит сущности гражданского права. Однако с учетом отраслевых особенностей должно быть подвергнуто некоторым уточнениям, которые, на наш взгляд, носят существенный характер и должны найти отражение в понятии «гражданско-правовой институт». Для решения этой задачи необходимо выявить сущностные свойства гражданско-правового института как структурного элемента системы гражданского права.

Во-первых, гражданско-правовой институт – это общность и совокупность гражданско-правовых норм, которые образуют гражданско-правовой институт. Категория «общность» с этимологической точки зрения толкуется как единство и неразрывность [6, с. 733], наличие неразрывных связей [5, с. 401]. Из этого следует, что общность гражданско-правовых норм, формирующих институт гражданского права – это объективная целостность, основанная на единстве и неразрывности гражданско-правовых норм в отраслевом институте гражданского права, обусловленная наличием неразрывных связей между ними. По мнению В.М. Шерстюка, эти связи «не временные, не случайные, а устойчивые, объективные, закономерные, которые ведут к возникновению качественно новой правовой целостности – института отрасли права» [7, с. 61]. С такой позицией следует согласиться, поскольку предложенная ценная и емкая характеристика связей между нормами права наиболее полно отражает сущность института. Связь гражданско-правовых норм внутри института обеспечивается общностью общественных отношений, на регулирование которых направлены институциональные гражданско-правовые нормы. Такие тесные связи между нормами гражданского права внутри каждого гражданско-правового института обеспечивают невозможность вычленения какой-либо гражданско-правовой нормы из внутреннего структурного строения гражданско-правового института без качественного ущерба сущности гражданско-правового института. Изъятие нормы из институциональной общности может привести к утрате целостного правового регулирования общественных отношений, осуществляемого нормами права в рамках определенного гражданского правового института.

Помимо общности, нормы гражданского права, объединенные в гражданско-правовой институт, характеризуются как объективная совокупность. Такая совокупность не может образовываться одной, несколькими и даже значительной частью гражданско-правовых норм. Использование такой лингвистической конструкции, как «совокупность норм», является верной, поскольку свидетельствует об определенном сочетании и соединении гражданско-правовых норм в рамках гражданско-правового института. Количественное значение гражданско-правовых норм еще не свидетельствует об их совокупности, поскольку для ее создания необходимыми являются определенные факторы, способствующие их объединению в рамках одного целого – гражданско-правового института. Это еще раз доказывает, что, какое бы количество гражданско-правовых норм не было предметом рассмотрения, такую группу можно рассматривать исключительно в качестве группы гражданско-правовых норм, но не их совокупностью. Из этого следует, что эти нормы не могут образовывать гражданско-правовой институт в силу своей разрозненности. Для формирования определенного гражданско-правового института необходимы не «случайные» и разрозненные нормы, объединенные количественным показателем, а определенная совокупность норм, обобщенная определенным фактором или совокупностью таких факторов. В результате воздействия такого фактора гражданско-правовые нормы структурируются в гражданско-правовые институты в зависимости от степени общности, которая обеспечивается их однородностью.

Во-вторых, отличительной особенностью гражданско-правового института является институтообразующий фактор, позволяющий объединить гражданско-правовые нормы в структуре института гражданского права. Вопрос институтообразования и факторов, обусловливающих этот процесс, является одним из наиболее важных для теоретической разработки проблем, связанных с гражданско-правовым институтом.

Научные воззрения на решение этого вопроса не отличаются единством, как в теории права, так и в цивилистической научной литературе. Так, по мнению М.И. Байтина, общность правовых норм внутри института обеспечивается единством предмета правового регулирования, т.е. существованием «соответствующей разновидности общественных отношений» [1, с. 288], объективно нуждающихся в правовом регулировании определенной совокупностью норм права. О.С. Иоффе полагает, что таким фактором являются особые формы общеотраслевого метода правового регулирования, характерные для каждого института [3, с. 54]. По мнению Ж.-Л. Бержель, совокупность правил, образующих правовой институт, организованы вокруг одной главной идеи и общей духовной основы [2, с. 313–314].

Проблема поиска институтообразующего фактора, по нашему мнению, требует новых подходов к ее разрешению, в основе которых должен быть анализ сущностного значения отраслевых системообразующих факторов для институциональной дифференциации гражданско-правовых норм. Предмет правового регулирования имеет важное значение, но признать его решающим фактором в построении институтов гражданского права являлось бы не верным. Разнообразие общественных отношений, регулируемых гражданском правом, не позволяет признать предмет гражданского права единственным и решающим институтообразующим фактором. Ошибочным было бы признать существование конструкции – одно общественное отношение – это один институт, поскольку рамки общественного отношения подвижны и изменчивы.

Неверно было бы утверждать и о решающем значении метода в построении институтов гражданского права, поскольку метод гражданско-правового регулирования является достоянием отрасли гражданского права, а не его отдельных институтов. Некоторая специфичность выражения свойств метода гражданско-правового регулирования в различных институтах гражданского права не может доказывать существование своего особого метода правового регулирования для каждого института. Так, например, в институте закупок для государственных и муниципальных нужд диспозитивность правового регулирования проявляется с учетом наличия императивных норм, касающихся процедуры заключения договора и его исполнения. Однако это обстоятельство не свидетельствует о наличие самостоятельного метода правового регулирования этого института, а только позволяет говорить о некоторых элементах императивности, допускаемых исключительно для защиты публичных интересов. Таким образом, метод гражданско-правового регулирования не может являться исключительно институциональной правовой категорией, поскольку имеет сущностное значение для всех институтов гражданского права и по своему содержанию является фундаментальным отраслевым системообразующим фактором гражданского права.

В силу своего общеотраслевого характера не могут быть признаны в качестве институтообразующих принципы гражданско-правового регулирования, поскольку принципы гражданского права – это отраслевой системообразующий фактор.

Вывод в данном случае очевиден – ни один из рассмотренных выше факторов не способствует решению этой задачи. Однако отрицать их ценность было бы неверно, поскольку их сущностное содержание позволяет говорить об их значимости для гражданского права. Особое значение для гражданско-правовых институтов имеет функции правового института. Именно функция гражданского правового института – это главный фактор, способствующий объединению гражданско-правовых норм в правовой институт, обеспечивая тем самым завершенное правовое регулирование.

В-третьих, правовой институт является обязательным структурным элементом системы гражданского права. Это означает, что гражданско-правовой институт – это не просто научная конструкция, существование которой имеет ценность исключительно в качестве теоретической правовой категории, а представляет собой структурный элемент, являющийся связующим звеном между гражданско-правовой теорией и практикой. Возможность использования категории «гражданско-правовой институт» в практических целях объективно подтвер-

ждается содержанием гражданско-правовых актов, главным образом ГК РФ, в которых гражданско-правовые нормы не существуют изолированно вне гражданско-правовых институтов, проявляя диалектическую взаимосвязь гражданско-правовой нормы и института гражданского права как части и целого, обеспечивая тем самым единство гражданско-правового института. Ценность гражданско-правового института и объективная необходимость его существования обусловлена и тем обстоятельством, что обособленная гражданско-правовая норма не способна обеспечить эффективное правовое регулирование. Воздействие обособленной нормы на общественные отношения не будет всесторонним и полным, в силу разнообразия жизненных ситуаций. Восполнение неполноты правового регулирования, осуществляемого отдельно взятой гражданско-правовой нормой, возможно только путем ее сочетания и взаимодействия с другими гражданско-правовыми нормами, направленными на регулирование общественных отношений этого же вида. Объективная необходимость объединения разрозненных гражданско-правовых норм в определенную совокупность предопределяет и значимость гражданско-правового института для системы гражданского права.

В-четвертых, к числу свойств, отражающих сущность гражданско-правового института, необходимо отнести его относительную самостоятельность и автономность функционирования. Автономность гражданско-правового института свидетельствует о наличие у него собственных имманентных закономерностей существования и развития, а также его независимость от правовых норм, не входящих в систему гражданского права. Имманентность для гражданско-правового института означает наличие собственных свойств, которые являются отражением характерных свойств предмета, метода, функций и принципов гражданско-правового регулирования. Именно такая имманентная сущность доказывает особый характер гражданско-правового института в системе права, свидетельствует о его качественной ценности для отраслевой структуры. Использование такой категории, как «независимость», при описании свойств гражданско-правового института основано на том, что гражданско-правовой институт как структурный элемент системы гражданского права не находится по отношению к другим элементам в подчиненном состоянии. Структурные элементы системы гражданского права находятся во взаимосвязи и взаимопроникновении между собой, но это не подрывает тезиса о независимости гражданско-правового института. Взаимосвязь и взаимозависимость между структурными элементами системы гражданского права – это отражение объективной картины реальных общественных отношений и их правового регулирования. Их наличие не подрывает автономности функционирования гражданско-правового института, а, напротив, способствуют достижению главной цели – созданию правового фундамента для регулирования общественных отношений, входящих в предмет гражданского права отраслевыми нормами права. Независимость и самостоятельность – это не тожественные характеристики гражданско-правового института. Если независимость института означает отсутствие подчинения по отношению к другим структурным элементам, входящим в систему гражданского права или в системы иных отраслей права, то самостоятельность означает свободу от влияния структурных образований иных отраслей права. При этом имеется в виду не любое влияние, которое так или иначе оказывается и имеет место в реальной жизни, а лишь такое, которое способно привести к негативным последствиям, выраженным в изменении сущности гражданского права.

В-пятых, одной из основных особенностей гражданско-правового института заключается в обеспечении наиболее полного и завершенного гражданско-правового регулирования определенной группы общественных отношений, которые характеризуются общим видом и родом. Завершенность гражданско-правового регулирования означает, что гражданско-правовые нормы, формирующие соответствующий институт, имеющие целью регулирование определенной совокупности общественных отношений в процессе такого регулирования охватывают все возможные ситуации. Так, например, при рассмотрении любого инсти-

тута обязательственного права необходимым условием его функционирования является завершенность правового регулирования всех этапов возникновения, развития и прекращения обязательства: от заключения договора в надлежащей форме, соблюдение требований к существенным условиям, основания изменения и расторжения договора. Завершенность гражданско-правового регулирования является важнейшей предпосылкой обеспечивающей ценность гражданско-правового института.

Приведенные особенности гражданско-правового института должны найти отражение в определении этой правовой категории. Таким образом, гражданско-правовой институт – это обязательный структурный элемент системы гражданского права, объединяющий в своей целостной общности совокупность правовых норм, объединенных функциональной направленностью института и обеспечивающих наиболее полное и завершенное гражданско-правовое регулирование.

Библиографический список

1. *Байтин М.И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. 544 с.
2. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / под общ. ред. В.И. Даниленко; пер. с фр. М.: Изд. дом NOTA BENE, 2000. 576 с.
3. *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Учен. зап. ВНИИСЗ. 1968. Вып. 14. С. 45–60.
4. *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: учебник для вузов. М.: Норма, 2004. 312 с.
5. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М.: Сов. энцикл. 1973. 846 с.
6. *Толковый* словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М.: Изд-во иностр. и нац. словарей, 1938. Т. 2. 1040 с.
7. *Шерстюк В.М.* Система советского гражданского процессуального права. Вопросы теории. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1989. 133 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Bajtin M.I.* Suwnost' prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dvuh vekov). M.: OOO ID «Pravo i gosudarstvo», 2005. 544 s.
2. *Berzhel' Zh.- L.* Obwaja teorija prava / pod obw. red. V.I. Danilenko; per. s fr. M.: Izd. dom NOTA BENE, 2000. 576 s.
3. *Ioffe O.S.* Strukturnye podrazdelenija sistemy prava (na materialah grazhdanskogo prava) // Uchen. zap. VNIISZ. 1968. Vyp. 14. S. 45–60.
4. *Nersesjanc V.S.* Obwaja teorija prava i gosudarstva: uchebnik dlja vuzov. M.: Norma, 2004. 312 s.
5. *Ozhegov S.I.* Slovar' russkogo jazyka / pod red. N.Ju. Shvedovoj. M.: Sov. jencikl. 1973. 846 s.
6. *Tolkovyj* slovar' russkogo jazyka: v 4 t. / pod red. D.N. Ushakova. M.: Izd-vo inostr. i nac. slovarej, 1938. T. 2. 1040 s.
7. *Sherstjuk V.M.* Sistema sovetskogo grazhdanskogo processual'nogo prava. Voprosy teorii. M.: Izd-vo Mosk. un-ta, 1989. 133 s.

THE CONCEPT OF CIVIL LEGAL INSTITUTE AS A STRUCTURAL ELEMENT OF CIVIL RIGHTS

V.V. Vasiliev

Tver State University
33, Zhelyabova st., Tver, 170100
E-mail: pdvv@mail.ru

Consideration of branch system of civil law is connected with necessity of definition of concept of civil legal institute as major element of system of civil law. The au-

thor analyzes various approaches to the decision of this problem, investigates conclusions and the offers stated in the scientific literature. On the basis of the spent analysis, the author comes to a conclusion that the civil-law institute is an obligatory structural element of system of the civil law which existence is caused systemic law. In article value for formation of institutes of a subject, a method and principles of civil law is analyzed and the conclusion that, despite the importance, these factors aren't defining for formation of institutes is formulated. As a primary factor the functional orientation of civil-law norms which causes integrity of institutes and their interrelation among themselves is offered. Civil-law norms in structure of institute of civil law get the value only in case of their consideration as generality and set as only in such condition they get the special intrinsic maintenance. The civil-law institute is an independent and independent structural element of system of civil law. Autonomy testifies about presence at it own laws of existence and development. Independence of institute of civil law means absence of submission in relation to other structural elements. Value of civil-law institute consists in maintenance of the fullest and complete legal regulation. On the basis of the conducted research and consideration of properties of institute of civil law, it is offered authorial definition of the civil-law institute. The civil law institute is an obligatory structural element of system of the civil law, uniting in the complete generality set of the rules of law united by a functional orientation of institute both providing the fullest and complete civil-law regulation.

Keywords: institute of civil law; properties of institute; set of norms; autonomy; independence; system of civil law

УДК 347.45

ОСОБЕННОСТИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РЫНКА РИТУАЛЬНЫХ УСЛУГ

Р.Ю. Грачев

Соискатель
Московская Академия экономики и права
117105, г. Москва, Варшавское шоссе, 23
e-mail: kgoiva@mail.ru

В настоящей статье на основе анализа материалов правоприменительной практики и Федеральной антимонопольной службы выявляются особенности антимонопольного регулирования рынка ритуальных услуг и даются научно-практические рекомендации по ограничению его монополизации и обеспечению добросовестной конкуренции.

Ключевые слова: рынок ритуальных услуг; добросовестная конкуренция; антимонопольное регулирование

Выявляя тенденции и перспективы развития антимонопольного законодательства регламентации рынка социальных услуг, следует обратить внимание на то, что в советский период сфера ритуального обслуживания отличалась высокой степенью государственного монополизма. Одним из наиболее важных нормативных документов, заложивших основы правового регулирования погребения и похоронного дела в Советской России, явился Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР от 7.12.1918 г. «О кладбищах и похоронах» [6], отстранивший от ритуального обслуживания православную церковь и иные конфессии, а также законодательно покончивший со сословными привилегиями в погребении и отменивший оплату мест на кладбище. В декрете отмечалось: «Для всех граждан устанавливаются одинаковые похороны. Деление на разряды как мест погребения, так и похорон уничтожается».

Данные мероприятия привели к возникновению гражданских (безрелигиозных) похорон и обслуживающих их предприятий. Функция предоставления мест для последнего упокоения, а также поддержания порядка на кладбище перешла от церкви к коммунальным службам. Отсутствие централизованной системы в Российской империи было восполнено вновь созданной системой ритуального обслуживания, в которой ритуальные услуги попали в разряд бытовых. Данная система продолжает действовать и в наше время, постепенно трансформируясь и планомерно переходя в ведение органов местного самоуправления при сохранении общего контроля со стороны федерального правительства [3, с. 44–45].

Ликвидация конкуренции и частной инициативы не способствовала развитию этого сектора бытового обслуживания. Монополия государства привела к тому, что в каждом городе существовало лишь по одному муниципальному предприятию, оказывавшему ритуальные услуги населению и отличавшемуся низким уровнем качества обслуживания [2, с. 87–88].

В 1990-е годы стремительное развитие российского общества под лозунгом рыночной экономики инициировало ориентацию ритуального обслуживания на конъюнктуру рынка. Деятельность по оказанию ритуальных услуг населению, коммерциализация которой усиливалась высокими темпами, стала предпринимательской. В последние годы образовались сотни коммерческих и некоммерческих организаций, которые в соответствии с требованиями рынка предоставляют возможность широкого выбора функционально пригодных альтернатив ритуального обслуживания. В России в условиях успешной реализации государственно-частного партнерства начали возникать

© Грачев Р.Ю., 2012

идеи о проектах развития частных кладбищ и кладбищ домашних животных, частных крематориев, началось активное строительство новых объектов траурной обрядности [2, с. 88].

Рост конкуренции на рынке ритуальных услуг повлек многочисленные нарушения антимонопольного законодательства, что наблюдалось уже в конце 90-х гг. и было связано со злоупотреблением доминирующим положением муниципальных предприятий, являющихся специализированной службой по вопросам похоронного дела. Анализ правоприменительной практики показывает, что в ряде случаев попытки защитить решения антимонопольных органов в арбитражных судах не имели успеха, так как, по мнению судов, только специализированные службы, созданные органами местного самоуправления, имели право деятельности по предоставлению погребения. В сложившейся ситуации Красноярским УФАС России в целях обеспечения конкуренции и свободного выбора потребителем компании исполнителя услуг погребения в рамках рассмотрения дела в отношении администрации города Красноярска было принято решение и выдано предписание об отмене постановления мэрии, наделяющего муниципальное предприятие функциями органа местного самоуправления по вопросам похоронного дела и передающее городские кладбища в его ведение. В течение более чем двух лет указанное решение обжаловалось в арбитражном суде, и все три инстанции признали его незаконным. Однако Президиум Высшего арбитражного суда в сентябре 2008 г. признал законным в полном объеме решение Красноярского УФАС России [11], ознаменовавшее переломный этап в вопросах антимонопольного регулирования рынка ритуальных услуг и в связи с этим требующее углубленного анализа в целях настоящего исследования.

В настоящем постановлении определено, что, устанавливая гарантии, связанные с погребением умерших, в частности возлагая обязанность по осуществлению погребения умерших на специализированные службы, Федеральный закон от 12 января 1996 г. №8-ФЗ «О погребении и похоронном деле» [8] (далее Закон о погребении) не исключает возможности выполнения данной деятельности другими коммерческими организациями. Таким образом, Законом о погребении лицу, взявшему на себя обязанность по погребению умершего, предоставлено право выбора организации, осуществляющей услуги по погребению. Следовательно, вывод на основании данных норм об отсутствии у индивидуального предпринимателя или общества, не обладающих статусом специализированной службы по вопросам похоронного дела, права оказывать ритуальные услуги не соответствует нормам действующего законодательства.

Институт специализированных служб был введен федеральным законодательством (ст. 9 и 25 Закона о погребении), Указом Президента РФ от 29 июня 1996 г. №1001 «О гарантиях прав граждан на предоставление услуг по погребению умерших» [4] в целях обеспечения государственных социальных гарантий для погребения безродных или оказанию близким родственникам и другим лицам гарантированного перечня услуг по погребению на безвозмездной основе в пределах размера социального пособия на погребение.

При этом специализированной службе возмещаются расходы по факту каждого захоронения из бюджета за счет сумм невыплачиваемого социального пособия на погребение. Статья 10 Закона о погребении предусматривает, что родственники умершего, осуществившие погребение за счет собственных средств, вправе получить социальное пособие на погребение. Однако гражданам, пользовавшимся услугами на безвозмездной основе, социальное пособие на погребение не выплачивается. Следовательно, Закон о погребении предусматривает как безвозмездное оказание ритуальных услуг специализированной службой, так и осуществление погребения за свой счет, но с последующим получением социального пособия. В последнем случае родственники могут получить ритуальные услуги (в том числе и погребение) у любого лица, осуществляющего оказание таких услуг. Иначе следовало бы признать, что у родственников умершего отсутствует право выбора организации, оказывающей такие услуги, что

существенно ограничило бы их гражданские права.

Законом о погребении обеспечиваются гарантии осуществления погребения путем организации ритуального обслуживания как самостоятельного вида деятельности, заключающейся в создании органами местного самоуправления специализированных служб, обязанных оказывать гарантированный перечень услуг по погребению на безвозмездной основе (ст. 25 Закона). Вместе с тем данная норма не предусматривает, что субъектный состав участников рынка ритуальных услуг ограничивается созданием специализированных служб и что иные юридические лица лишены права заниматься этой деятельностью.

Понятие «иные лица», к сожалению, Законом о погребении не определяется. В соответствии с подразделом 2 ГК РФ под лицами понимаются как физические, так и юридические лица. Ритуальные услуги, в том числе осуществление захоронения умерших и изготовление могил, могут оказывать как частные лица (юридические и физические), так и специально созданные организации – специализированные службы по вопросам похоронного дела. Статьей 6 указанного Закона установлено, что в случае мотивированного отказа кого-либо из указанных в ст. 5 Закона о погребении лиц от исполнения волеизъявления умершего оно может быть исполнено иным лицом, взявшим на себя обязанность осуществить погребение умершего, либо осуществляется специализированной службой по вопросам похоронного дела.

Помимо этого, до принятия Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 8 августа 2001 г. №128-ФЗ [7] деятельность по оказанию ритуальных услуг подлежала лицензированию в соответствии с постановлением Правительства РФ «Об утверждении положения о порядке лицензирования деятельности по оказанию ритуальных услуг» от 26 декабря 1995 г. №1272 [10] (далее по тексту – Постановление №1272). В пункте 5 Постановления №1272 было предусмотрено, что лицензиатами могут быть юридические лица, независимо от их организационно-правовой формы, а также физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица. Таким образом, оказанием ритуальных услуг, в том числе и погребением, могла заниматься не только специализированная организация, созданная органом исполнительной власти субъектов РФ или органами местного самоуправления, но и любое юридическое и физическое лицо, имеющее лицензию на оказание ритуальных услуг.

Общественные кладбища в соответствии со ст. 18 Закона о погребении находятся в ведении органов местного самоуправления, определяющих порядок деятельности кладбищ. Возможность передачи общественных кладбищ в ведение какого-либо хозяйствующего субъекта, в том числе и обладающего статусом специализированной службы, Законом о погребении не предусмотрена.

Земли общественных кладбищ не могут относиться к землям коммерческого использования (на условиях передачи в аренду или хозяйственное ведение), так как иначе это нивелировало бы государственные гарантии о бесплатном предоставлении места для погребения каждому гражданину.

Ограничения оборотоспособности земельных участков предусмотрены ст. 27 Земельного кодекса Российской Федерации. В силу п. 2 этой статьи земельные участки, отнесенные к землям, изъятым из оборота, не могут предоставляться в частную собственность, а также не могут быть объектами сделок, предусмотренных гражданским законодательством. Земельные участки, отнесенные к землям, ограниченным в обороте, не предоставляются в частную собственность, за исключением случаев, установленных федеральными законами. В соответствии со ст. 606 ГК РФ по договору аренды арендатору за плату передается имущество во временное владение и пользование или во временное пользование. Вместе с тем статус территорий кладбищ как общественных мест, на которых каждому гражданину гарантировано место для погребения после смерти, исключает передачу этих территорий в аренду (ст. 607 ГК РФ).

Далее в анализируемом постановлении Президиума Высшего арбитражного суда обращается внимание на то, что преимуще-

ства хозяйствующим субъектам, создаваемые путем передачи в их хозяйственное ведение органами местного самоуправления территории общественных кладбищ, фактически не позволяют другим хозяйствующим субъектам свободно заниматься предпринимательской деятельностью на рынке ритуальных услуг. Следовательно, предприятие, наделенное административно-властными полномочиями, регулируя процесс оказания ритуальных услуг по своему усмотрению, находится при этом вне конкуренции.

Таким образом, системное толкование норм законодательства позволяет сделать вывод о том, что статус специализированных служб, создаваемых с целью оказания гарантированного перечня услуг, не может служить основанием предоставления предприятию исключительного права на оказание всего комплекса ритуальных услуг, а также передачи полномочий органа местного самоуправления. Следовательно, специализированная служба по вопросам похоронного дела, наделенная административно-властными полномочиями путем передачи в ведение территории общественных кладбищ с правом осуществления всего комплекса ритуальных услуг, имеет преимущественные права по отношению к иным хозяйствующим субъектам, осуществляющим деятельность на рынке ритуальных услуг, что в том числе ограничивает право граждан на выбор организации, оказывающей ритуальные услуги. Данное обстоятельство означает, что иные хозяйствующие субъекты, действующие на рынке оказания ритуальных услуг, имеют ограниченные возможности самостоятельно оказывать полный перечень ритуальных услуг, что снижает конкурентоспособность данных субъектов, ущемляет их экономические интересы, что не может не сказываться на качестве оказываемых услуг.

Углубленный анализ данного постановления президиума ВАС как источника правового регулирования правил обращения ритуальных услуг дает основание сделать вывод, что у антимонопольных органов появилась возможность обеспечить развитие конкуренции на рынке ритуальных услуг, минимизируя участие в нем органов местного самоуправления, принуждая последних к исполнению только возложенных на них законодательством функций.

По мнению Комитета по антимонопольному законодательству, факт искусственного создания доминирующего положения специализированных служб является следствием принятия актов органов местного самоуправления, которые устанавливают административные барьеры и препятствия к осуществлению деятельности иных хозяйствующих субъектов, действующих на рынке оказания ритуальных услуг, что приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на данном рынке, что является нарушением ст. 15 Федерального закона от 26 июня 2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции» [5], а также запрещается ст. 34 Конституции РФ.

В целях оценки состояния конкурентной среды на локальных рынках похоронных услуг, выявления барьеров и проблем, влияющих на развитие конкуренции на данных рынках, а также предупреждения и выявления нарушений антимонопольного законодательства ФАС России в 2008 году Комитетом по антимонопольному законодательству было принято решение о необходимости проведения анализа рынка похоронных услуг (в разрезе муниципальных районов и городских округов). В 2009–2010 гг. в соответствии с приказом ФАС России от 6 февраля 2008 №28 «О плане работы ФАС России по анализу состояния конкуренции на товарных рынках на 2009–2010 гг.» Управление контроля социальной сферы и торговли ФАС России совместно с территориальными органами провело анализ рынка похоронных услуг (в разрезе муниципальных районов и городских округов) за 2008 г. В проведении анализа приняли участие 81 территориальное управление ФАС России.

Было выявлено, что причиной отсутствия конкуренции является неоднозначное толкование и применение норм Закона о погребении, которые прямо уполномочивают специализированные службы, помимо осуществления обязательных захоронений за счет бюджетных средств:

– определять возможность исполнения волеизъявления умершего о погребении его тела (останков) или праха на указанном им

месте погребения (ст. 7 Закона о погребении);

– осуществлять погребение умершего и оказание услуг по погребению (ст. 25 Закона о погребении), т.е. оказывают данным организациям преференции для оказания работ во всех сферах похоронных услуг.

Сделан вывод о том, что зачастую органы местного самоуправления передают территории общественных кладбищ в ведение специализированной службы по вопросам похоронного дела, тем самым наделяя их административно-властными полномочиями, что фактически не позволяет другим хозяйствующим субъектам свободно заниматься предпринимательской деятельностью на рынке ритуальных услуг.

При этом специализированная служба по вопросам похоронного дела, имеющая в хозяйственном ведении общественные кладбища, не допускает иных хозяйствующих субъектов к выполнению работ на данных кладбищах, а именно: транспортировка гроба с телом к месту захоронения (включая ручную переноску), в том числе транспортировка гроба по территории кладбища (проезд катафального транспорта); рытье могилы; опускание гроба, засыпка могилы; установка памятника; установка элементов оформления и ограждения могилы; помещение урны в колумбарий с установкой памятной доски; подхоронение урны с прахом в существующую могилу.

Хозяйствующие субъекты, не имеющие в хозяйственном ведении общественные кладбища, вынуждены заключать договоры со специализированной службой и перепродавать ей часть услуг, несмотря на то, что фактически в перепродаже данных услуг не заинтересованы, поскольку имеют экономические и организационные возможности самостоятельно оказывать полный перечень похоронных услуг, в том числе захоронение и изготовление могил, что приводит как к снижению количества оказываемых услуг, так и к уменьшению товарооборота хозяйствующего субъекта.

Выявлено, что рынки похоронных услуг в большинстве муниципальных образований и городских округов относятся к рынкам с неразвитой конкуренцией. При этом большая часть хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на данных рынках и занимающих в своих географических границах долю более 35%, имеют государственную или муниципальную форму собственности.

Факт искусственного создания доминирующего положения специализированных служб является следствием принятия актов органов местного самоуправления, которые устанавливают административные барьеры и препятствия осуществлению деятельности иных хозяйствующих субъектов, действующих на рынке оказания ритуальных услуг, что приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на данном рынке.

Таким образом, обращено внимание на то, что во многих небольших и средних муниципальных образованиях отсутствуют муниципальные правовые акты, регулирующие оказание ритуальных услуг, вопросы содержания и обслуживания муниципальных кладбищ. Данные факты нашли свое отражение в отчете антимонопольной службы [1], являющемся бесценным эмпирическим материалом для настоящего исследования.

Критический анализ правоприменительной практики, сложившейся на сегодняшний день на рынке ритуальных услуг, и материалов отчета антимонопольной службы делает возможным сформулировать ряд следующих научно-практических рекомендаций по совершенствованию действующего законодательства в сфере ритуального обслуживания:

1. На региональном уровне необходимо предусмотреть легальное разделение функций по содержанию, эксплуатации и благоустройству кладбищ за счет средств бюджетов (выбор исполнителя – по процедуре размещения государственных и муниципальных заказов) и полномочий специализированной службы, реализующей государственные гарантии в сфере похоронных услуг за счет бюджетных средств. При этом выполнение работ и услуг по содержанию и благоустройству кладбищ следует отделять от оказания услуг, связанных с погребением на территории соответствующего кладбища. Работы по содержанию муниципальных кладбищ на территориях мест захоронений

должны осуществляться в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» [9], так как содержание кладбища в надлежащем санитарном состоянии входит в компетенцию органов местного самоуправления и является муниципальной нуждой. В связи с вышеизложенным органы местного самоуправления обязаны размещать заказы на предоставление услуг по содержанию мест захоронений на конкурсной основе, обеспечивая при этом соблюдение требований антимонопольного законодательства. Услуги по погребению невостребованных и безродных должны также осуществляться на конкурсной основе, так как являются предметом отдельно взятого бизнеса, осуществляемого за бюджетные средства.

2. Необходимо легально определить, что органы местного самоуправления в соответствии с Законом о погребении вправе принять нормативно-правовой акт о порядке деятельности общественных кладбищ, в котором должен быть определен режим работы кладбища и порядок выделения земельного участка под захоронение. Порядок предоставления гражданам гарантированных бесплатных мест на кладбище, а также порядок распределения дефицитных «хороших» мест, в том числе на полузакрытых кладбищах, должен быть регламентирован ясными правилами и основан на федеральном законе. По вопросу обеспечения гарантированного перечня услуг по погребению органы местного самоуправления вправе создавать специализированные службы по вопросам похоронного дела. При отсутствии возможностей по созданию соответствующих служб органы местного самоуправления могут наделять хозяйствующие субъекты статусом специализированных служб, что в целях обеспечения конкуренции должно производиться на конкурсной основе. Однако это не означает, что иные организации не могут предоставлять комплекс услуг в рамках гарантированного перечня с соответствующим возмещением из бюджета.

3. Целесообразно признать, что специализированные службы по вопросам похоронного дела осуществляют деятельность по гарантированному перечню услуг по погребению. Деятельность, связанная с погребением на коммерческой основе (за плату), что составляет более 90% общего объема услуг по погребению, должна осуществляться в условиях равной конкуренции с иными хозяйствующими субъектами, участниками данного рынка. Организации, заключившие муниципальный контракт на предоставление услуг по содержанию кладбищ, не могут наделяться контрольными функциями в отношении иных хозяйствующих субъектов и должны осуществлять деятельность исключительно в рамках исполнения контракта.

4. Органами местного самоуправления при расчете цен на осуществление «бесплатных» захоронений за счет средств бюджета должен быть установлен и утвержден минимальный уровень обслуживания. Информация об этих стандартах должна быть доступна потребителям. Необходимо разработать рекомендации по вопросам взаимодействия паталого-анатомических подразделений, принадлежащих государственным и муниципальным учреждениям здравоохранения, с коммерческими организациями, работающими на рынке похоронных услуг, а также рекомендации о функциях, полномочиях и системе финансирования управляющих организаций на общественных кладбищах.

5. Исходя из тезиса, что ритуальное обслуживание имеет существенные особенности, конкуренция ритуальных фирм, занимающихся организацией ритуального обслуживания, должна быть ограничена следующими рекомендациями: реклама должна быть сдержанной, уважительной, нельзя допускать агрессивности рекламы. Следует запретить размещение рекламных материалов в органах государственного управления, в ЛПУ и тех местах, где идет оформление каких-либо документов, связанных с похоронами (ЗАГСы, больницы, военкоматы, поликлиники). В этих местах должна быть размещена полная и достоверная информация обо всех (в равной степени) ритуальных организациях данного региона, которые

имеют статус специализированной службы; необходимо четко разделить информацию о ритуально-похоронных услугах и рекламу о них. Информация должна быть бесплатной, максимально доступной и понятной гражданам, реклама не может быть навязчивой и повсеместной.

Представляется, что реализация данных научно-практических рекомендаций позволит ограничить монополизацию рынка ритуальных услуг и обеспечить добросовестную конкуренцию, что, несомненно, благотворно скажется на качестве ритуального обслуживания.

Библиографический список

1. *Аналитический* отчет по анализу рынка похоронных услуг (в разрезе муниципальных районов и городских округов): [офиц. сайт Федер. антимонопольной службы]. URL: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30400.html (дата обращения: 02.07.2011).
2. *Елютина М.Э., Филиппова С.В.* Ритуальные похоронные практики: содержательные изменения // Социол. исследования. 2010. №9. С. 86–94.
3. *Зульфугарзаде Т.Э.* Основы правового регулирования похоронного дела в России: учеб. –практ. пособие. М., 2008. 418 с.
4. *О гарантиях* прав граждан на предоставлении услуг по погребению умерших: указ Президента Рос. Федерации от 29 июня 1996 г. №101 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №27, ст. 3235.
5. *О защите* конкуренции: Федер. закон от 26 июля 2006 г. №135-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. №31 (1 ч.), ст. 3434.
6. *О кладбищах* и похоронах: декрет Совета народных комиссаров РСФСР от 7 дек. 1918 г. // Известия. 1919. 11 дек.
7. *О лицензировании* отдельных видов деятельности: Федер. закон от 8 авг. 2001 г. №128-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. №33 (ч. I), ст. 3430.
8. *О погребении* и похоронном деле: Федер. закон от 12 янв. 1996 №8-ФЗ (ред. от 21.11.2011) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №3, ст. 146.
9. *О размещении* заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: Федер. закон Рос. Федерации от 21 июля 2005 г. №94-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. №30 (ч. 1), ст. 3105.
10. *Об утверждении* Положения о порядке лицензирования деятельности по оказанию ритуальных услуг: постановление Правительства Рос. Федерации от 26 дек. 1995 г. №1272 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №1, ст. 53.
11. *Постановление* Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 23 сентября 2008 г. №12027/07 по делу №А33-9227/2006. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Bibliograficheskij spisok

1. *Analiticheskij* otchet po analizu rynka pohoronnyh uslug (v razreze municipal'nyh rajonov i gorodskih okrugov): [ofic. sajt Feder. antimonopol'noj sluzhby]. URL: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30400.html (data obrawenija: 02.07.2011).
2. *Eljutina M.Je., Filippova S.V.* Ritual'nye pohoronnye praktiki: soderzhatel'nye izmenenija // Sociol. issledovanija. 2010. №9. S. 86–94.
3. *Zul'fugarzade T.Je.* Osnovy pravovogo regulirovanija pohoronnogo dela v Rossii: ucheb. –prakt. posobie. M., 2008. 418 s.
4. *O garantijah* prav grazhdan na predostavlenii uslug po pogrebeniju umershih: ukaz Prezidenta Ros. Federacii ot 29 ijunja 1996 g. №101 // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №27, st. 3235.
5. *O zawite* konkurencii: Feder. zakon ot 26 ijulja 2006 g. №135-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2006. №31 (1 ch.), st. 3434.
6. *O kladbiwah* i pohoronah: dekret Soveta narodnyh komissarov RSFSR ot 7 dek. 1918 g. // Izvestija. 1919. 11 dek.
7. *O licenzirovanii* otdel'nyh vidov dejatel'nosti: Feder. zakon ot 8 avg. 2001 g. №128-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2001. №33 (ch. I), st. 3430.
8. *O pogrebenii* i pohoronnom dele: Feder. zakon ot 12 janv. 1996 №8-FZ (red. ot

21.11.2011) // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №3, st. 146.
9. *O razmewenii* zakazov na postavki tovarov, vypolnenie rabot, okazanie uslug dlja gosudarstvennyh i municipal'nyh nuzhd: Feder. zakon Ros. Federacii ot 21 ijulja 2005 g. №94-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2005. №30 (ch. 1), st. 3105.
10. *Ob utverzhdenii* Polozhenija o porjadke licenzirovanija dejatel'nosti po okazaniju ritual'nyh uslug: postanovlenie Pravitel'stva Ros. Federacii ot 26 dek. 1995 g. №1272 // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №1, st. 53.
11. *Postanovlenie* Prezidiuma Vysshego arbitrazhnogo suda Rossijskoj Federacii ot 23 sentjabrja 2008 g. №12027/07 po delu №A33-9227/2006. Dokument opublikovan ne byl. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».

PARTICULAR ANTIMONOPOLY MARKET OF FUNERAL SERVICES

R.Y. Grachev

MoscowAcademy of Economics And Law
23, Varshavskoe sh., Moscow, 117105
E-mail: kgoiva@mail.ru

The article notes that during the Soviet period, the scope of the ritual service has a high degree of state monopoly. The elimination of competition and private initiative did not encourage the development of this sector of public services. The monopoly of the state led to the fact that in every town there was only one municipal enterprise providing funeral services to the population and low levels of service quality.

The system continues to function nowadays, gradually and systematically transforming and passing in charge of local authorities, while maintaining overall control of the federal government.

In the 90s in connection with the transition to the market economy, the situation in the sphere of ritual service changed for the better. However, this analysis gives law enforcement reason to conclude that the growth of competition in the funeral services has resulted in numerous violations of antitrust laws relating to abuse of dominant position by municipal companies specialized on a funeral service business.

In order to improve the existing legislation to address them , a number of scientific and practical recommendations has been formulated: a) the need for a legal separation of functions on the content, operation and improvement of cemeteries at the expense of the budgets (the choice of the performer - on the procedure for allocation of state and municipal orders), and b) the adoption of local government standard-setting instrument on the basis of public cemeteries, which must be determined by the cemetery operation and allocation of land for burial, on the order of providing citizens with guaranteed free places in the cemetery, and c) approval of a minimum level of service and the availability of information and advertising to consumers, and d) on the activities of burial on a commercial basis, which should be in equal competition with other business entities participating in this market, and e) the conclusion of contracts for the provision of municipal services for maintaining cemeteries.

It is concluded that implementation of these scientific and practical recommendations can limit the monopolization of the market of ritual services and ensure fair competition and that undoubtedly will have a beneficial effect on the quality of the ritual service.

Keywords: the market of funeral services; fair competition; antimonopoly regulations

УДК 342.95, 346.9

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ХОЗЯЙСТВУЮЩИМ СУБЪЕКТОМ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ОТСУТСТВИИ ЛИЦЕНЗИИ

В.В. Кванина

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой предпринимательского и коммерческого права
Южно-Уральский государственный университет
454080, г. Челябинск, пр-кт. им. В.И. Ленина, 76
E-mail: vv.kvanina@mail.ru

В статье на основе судебной практики анализируются административно-правовые (по ст. 14.1. КОАП РФ) и гражданско-правовые санкции (по ст. 61 и 173 ГК РФ), предусмотренные за осуществление хозяйствующим субъектом деятельности в отсутствии лицензии или с нарушением лицензионных требований и условий. Делается вывод о их несогласованности и необходимости совершенствования.

Ключевые слова: административно-правовая и гражданско-правовая ответственность за осуществление хозяйствующим субъектом деятельности в отсутствии лицензии

Сущность института лицензирования предопределяется целями и критериями лицензирования. В соответствии с п. 1 ст. 2 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» [9] в качестве целей лицензирования выступает предотвращение ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности. К критериям лицензирования пункт 3 данной статьи относит: 1) возможность нанесения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства; 2) невозможность регулирования вида деятельности иными методами, кроме как лицензирование.

Данные цели и критерии лицензирования отдельных видов деятельности свидетельствуют о публично-правовой природе института лицензирования, предназначенного для обеспечения публичного правопорядка. Поэтому вполне закономерно, что за нарушение в данной сфере к правонарушителю подлежат применению прежде всего публично-правовые санкции, предусмотренные ст. 14.1. КоАП РФ [8] и ст. 171 УК РФ [20]. Поскольку УК РФ не предусматривает ответственность хозяйствующих субъектов, то и санкции, предусмотренные ст. 171, в рамках данной статьи не рассматриваются.

КоАП РФ за осуществление предпринимательской деятельности без лицензии в случаях, когда такая лицензия обязательна, и за ее осуществление с нарушением (грубым нарушением) условий, предусмотренных лицензией, установил ответственность в виде штрафа с конфискацией изготовленной продукции, орудий производства и сырья, штрафа и административного приостановления деятельности на срок до девяноста суток (ст. 14.1).

© Кванина В.В., 2012

За осуществление деятельности в отсутствии лицензии предусмотрена также и гражданско-правовая ответственность в виде ликвидации юридического лица (ст. 61 ГК РФ) [3] и признания сделки недействительной (ст. 173 ГК РФ).

Так, в соответствии со ст. 61 ГК РФ при осуществлении деятельности без надлежащего разрешения (лицензии) юридическое лицо может быть ликвидировано. Лицензия считается отсутствующей у юридического лица в тех случаях, когда: а) лицензия не получена; б) лицензия отозвана органом, выдавшим лицензию; в) окончился срок действия лицензии; г) превышен объем прав, предоставленных лицензией [19, с. 374].

Требование о ликвидации юридического лица по данному основанию может быть предъявлено в суд государственным органом или органом местного самоуправления, которому предоставлено законом право на предъявление такого требования (п. 3 ст. 61 ГК РФ). В частности, в соответствующих случаях иски о принудительной ликвидации юридических лиц могут заявляться налоговыми органами, Центральным банком Российской Федерации, прокурором [6], ФАС РФ [9, подп. «д» п. 6 ч. 1 ст. 23], Федеральной службой по финансовым рынкам РФ [13, подп. 20 ст. 42].

Как правило, юридические лица осуществляют несколько видов деятельности и не по всем из них требуется наличие лицензии. Применительно к этой ситуации в п. 1 Информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 13 января 2000 г. №50 «Обзор практики разрешения споров, связанных с ликвидацией юридических лиц (коммерческих организаций)» [7] сделан вывод о том, что, если юридическое лицо осуществляет несколько видов деятельности, прекращение действия лицензии не влечет за собой ликвидацию юридического лица при условии, что оно прекратило осуществление деятельности, на которую отсутствует лицензия.

В Обзоре отдельных постановлений Президиума Высшего арбитражного суда РФ по вопросам лицензирования изложена совершенно иная позиция. При применении последствий по п. 2 ст. 61 ГК РФ правоприменитель рекомендует судам не брать во внимание, является ли деятельность, осуществляемая без лицензии, единственной для данного юридического лица, а также занимается ли юридическое лицо помимо лицензируемой и другими видами деятельности [6, п. 11]. Иными словами, если юридическое лицо помимо лицензируемой деятельности осуществляет и иные виды деятельности, то это обстоятельство не может служить препятствием для принятия судом решения о ликвидации юридического лица.

Как представляется, в данной ситуации более логично и справедливо было бы исходить из следующего. Если юридическое лицо, обладающее общей правоспособностью, осуществляет подлежащую лицензированию деятельность в отсутствии или изъятии лицензии на осуществление отдельного вида деятельности, то это не должно влечь его ликвидацию. В противном случае такая негативная мера воздействия может отрицательно отразиться на положении его контрагентов и, как следствие, повлиять на стабильность гражданского оборота в целом. Но подлежащая лицензированию деятельность в отсутствии или изъятии лицензии должна быть прекращена.

В то же время, если деятельность, подлежащая лицензированию, осуществляется юридическим лицом, обладающим специальной правоспособностью, при отсутствии или изъятии лицензии на осуществление основного вида деятельности, то все иные виды его деятельности должны быть прекращены, а юридическое лицо – ликвидировано. Данный вывод объясняется тем, что все «сопутствующие виды деятельности» юридического лица, обладающего специальной правоспособностью, подчиняются режиму основного вида деятельности.

Поскольку ликвидация юридического лица, по ст. 61 ГК РФ, не затрагивает напрямую защиту нарушенных прав контрагентов хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность в отсутствии

лицензии, то следует вывод, что ее целью, как и целью института лицензирования, является восстановление публичного правопорядка. Доказательством данного вывода также может служить круг лиц, имеющих право на предъявление иска о ликвидации юридического лица, – в нем контрагенты хозяйствующих субъектов отсутствуют.

Конституционный суд РФ в своем постановлении от 18 июля 2003 г. №14-П [13] относительно применения последствий по ст. 61 ГК РФ указывает, что ликвидация акционерного общества должна быть соразмерна и адекватна конституционно защищаемым ценностям, чтобы потери кредиторов в связи с неспособностью акционерного общества платить по долгам могли быть предотвращены либо уменьшены, интересы граждан, перед которыми акционерное общество несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, – защищены, обеспечивалась выплата выходных пособий и оплата труда лицам, работающим по трудовому договору, выплата вознаграждений по авторским договорам, а также обеспечивалось выполнение обязанностей акционерного общества по платежам в бюджет и внебюджетные фонды.

Таким образом, при применении санкции – ликвидации юридического лица Конституционный суд РФ по сути предлагает учитывать прежде всего частные интересы контрагентов и работников юридического лица. Как представляется, в данном случае проявляется коллизия между сущностью института лицензирования и правовой позицией Конституционного суда РФ. Не случайно, что в судебной практике санкция в виде ликвидации юридического лица при осуществлении им деятельности в отсутствии лицензии применяется довольно редко [17].

В большинстве случаев за осуществление деятельности без лицензии или с грубым нарушением лицензионных требований и условий хозяйствующие субъекты привлекаются к административно-правовой ответственности по пунктам 2, 3 и 4 ст. 14.1 КоАП в виде штрафа. Такая же санкция, как административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток, судами применяется значительно реже [16]. Суды по данной категории дел руководствуются разъяснениями, данными в п. 23.1. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 мая 2005 г. №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» [10]. Как следует из данного разъяснения, наказание в виде административного приостановления деятельности индивидуального предпринимателя или юридического лица может быть назначено судьей районного суда лишь в случаях, предусмотренных статьями особенной части КоАП РФ, если менее строгий вид наказания не сможет обеспечить достижение цели административного наказания. При назначении этого наказания надлежит учитывать характер деятельности индивидуального предпринимателя или юридического лица, характер совершенных ими действий (бездействия), а также другие обстоятельства, влияющие на создание условий для реальной возможности наступления негативных последствий для жизни или здоровья людей, возникновения эпидемии, эпизоотии и др.

В данном случае имеет место парадоксальная ситуация: при применении менее тяжкого наказания – приостановление деятельности юридического лица – должны учитываться публичные интересы, а при применении более тяжкого – ликвидация юридического лица – частные интересы. Представляется, что правоприменители – Высший арбитражный суд РФ и Верховный Суд РФ вновь должны обратиться к данному вопросу и при его рассмотрении учитывать взаимосвязь публичного и частного права.

Кроме того, обращает на себя внимание, что ГК РФ не предусматривает санкцию в отношении индивидуального предпринимателя, осуществляющего деятельность в отсутствии лицензии. Можно было бы предположить, что в данном случае применимо положение п. 3 ст. 23 ГК РФ, в соответствии с которым к предпринимательской деятельности граждан, осуществ-

ляющих деятельность без образования юридического лица, соответственно применяются правила настоящего Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения. Однако в Информационном письме Президиума Высшего арбитражного суда РФ «Обзор практики разрешения споров, связанных с ликвидацией юридических лиц (коммерческих организаций)» от 13 января 2000 г. №50 [7, п. 15] установлено, что нормы ГК РФ ликвидации юридического лица не могут быть применены в отношении граждан – предпринимателей в силу особенностей их правового положения как субъектов предпринимательской деятельности.

Рассмотрим другую гражданско-правовую санкцию, предусмотренную ст. 173 ГК РФ. В соответствии с данной нормой сделка, совершенная юридическим лицом, не имеющим лицензию на занятие соответствующим видом деятельности, может быть признана судом недействительной по иску этого юридического лица, его учредителя (участника) или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о ее незаконности.

Из содержания данной нормы следует, что рассматриваемые в ней сделки могут быть признаны недействительными при наличии двух условий: сделка должна быть совершена в отсутствии у юридического лица лицензии; другая сторона в сделке знала или должна была знать о ее незаконности. Доказать на практике наличие данного обстоятельства проблематично, особенно когда договоры заключаются без надлежащего письменного оформления [15].

Правом на предъявление иска о признании данных сделок недействительными наделены: само юридическое лицо, его учредитель (участник), государственный орган, осуществляющий контроль и надзор за деятельностью юридического лица. Контрагент по сделке правом на предъявление иска не наделен, что, по крайней мере, представляется нелогичным и на что уже обращалось внимание в юридической литературе [4, с. 452].

Как представляется, положения ст. 173 ГК РФ предусмотрены в интересах недобросовестных юридических лиц – исполнителей, поскольку они могут в любой момент по мере необходимости «опрокинуть» сделку и вернуться к прежнему положению (если, конечно, будет доказано, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о ее незаконности). Понять позицию законодателя в данном случае весьма сложно.

Справедливости ради следует отметить, что возможны и злоупотребления со стороны контрагентов таких юридических лиц. Об этом свидетельствует и судебная практика [1, с. 118].

Сделки юридического лица, совершенные при отсутствии лицензии, законодатель отнес к оспоримым сделкам, с чем трудно согласиться, поскольку они нарушают прежде всего публичный интерес и по логике вещей должны относиться к ничтожным сделкам.

Правило об оспоримости сделки юридического лица, совершенной в отсутствии лицензии, носит императивный характер. Тем не менее в ст. 835 ГК РФ [2] закреплено, что право на привлечение денежных средств во вклады имеют банки, которым такое право предоставлено в соответствии с разрешением (лицензией), выданным в порядке, установленном в соответствии с законом. В случае принятия вклада лицом, не имеющим на это право, или с нарушением порядка, установленного законом или принятым в соответствии с ним банковскими правилами, от юридического лица такой договор является недействительным (ст. 168).

Таким образом, справедливое по существу последствие по ст. 835 ГК РФ противоречит положениям ст. 173 ГК РФ.

Возможно, ситуация с характеристикой сделки по ст. 173 ГК РФ изменится в

скором времени, поскольку в проекте ГК РФ [18], представленном Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, из данной статьи указанный состав правонарушения исключен. Анализ проекта §2 главы 9 «Сделки» ГК РФ позволяет предположить, что теперь сделки юридического лица, не имеющего лицензию на занятие соответствующим видом деятельности, будут признаваться ничтожными в силу ст. 168 ГК РФ. Такая новация в полной мере соответствовала бы характеру совершенного правонарушения и позволила бы контрагентам по сделке самостоятельно осуществлять защиту нарушенного права и требовать восстановления нарушенного положения

Так как осуществление лицензируемой деятельности в отсутствии лицензии может сопровождаться заключением сделки, то возникает вопрос о соотношении последствий, предусмотренных п. 2 ст. 61 и ст. 173 ГК РФ. Данный вопрос актуален для государственных органов, осуществляющих контроль или надзор за деятельностью юридического лица, которым предоставлено и право на предъявление требования о ликвидации юридического лица. У других лиц, по ст. 61 и ст. 173 ГК РФ, дилемма о выборе применимой санкции к юридическому лицу, осуществляющему деятельность в отсутствии лицензии, не возникает.

Вопрос о соотношении последствий, по п. 2 ст. 61 и ст. 173 ГК РФ, порождает и последующую проблему: является ли ликвидация юридического лица основанием для признания сделок этого юридического лица недействительными.

Аналогичный вопрос был рассмотрен Президиумом Высшего арбитражного суда РФ в информационном письме «О сделках юридического лица, регистрация которого признана недействительной» от 9 июня 2000 г. №54 [12]. В нем, в частности, указано, что «правоспособность юридического лица возникает в момент его создания и прекращается в момент завершения его ликвидации».

Юридическое лицо считается созданным с момента его государственной регистрации. Ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо – прекратившим свое существование после внесения об этом записи в единый государственный реестр (п. 3 ст. 49, п. 2 ст. 51 и п. 8 ст. 63 ГК РФ).

Следовательно, признание судом недействительной регистрации юридического лица само по себе не является основанием для того, чтобы считать ничтожными сделки этого юридического лица, совершенные до признания его регистрации недействительной.

На основании указанного правового положения Президиума Высшего арбитражного суда РФ логично прийти к выводу и о том, что сама по себе ликвидация юридического лица не может служить основанием для признания его сделок, совершенных до внесения об этом записи в единый государственный реестр, недействительными. Однако предъявить иск о признании сделок такого юридического лица недействительными также не представится возможным в силу отсутствия правосубъектного лица; неисполненные же обязательства будут прекращены на основании ст. 419 ГК РФ.

Таким образом, проведенный анализ последствий деятельности хозяйствующих субъектов, осуществляющих лицензируемую деятельность в отсутствии лицензии или с нарушением лицензионных требований и условий, свидетельствует о несовершенстве механизмов защиты публичных и частных интересов, что требует соответствующего разрешения на уровне законодательства.

Библиографический список

1. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Изд. доп., исправл. (2-й завод). М.: Статут, 2002. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. 1055 с.
2. *Гражданский* кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федер. закон от 26 янв. 1996 г. №14-ФЗ // Собр. законо-

дательства Рос. Федерации. 1996. №5, ст. 410.
3. *Гражданский* кодекс Российской Федерации (часть первая): Федер. закон от 30 ноября 1994 г. №51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. №32, ст. 3301.
4. *Гражданское* право: учебник; в 3 т. / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК «Велби», 2009. Т. 1. 1008 с.
5. *Кодекс* Российской Федерации об административных правонарушениях: Федер. закон Рос. Федерации от 30 дек. 2001 г. №195-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. №1 (ч. 1), ст. 1.
6. *Обзор* отдельных постановлений Президиума ВАС РФ по вопросам лицензирования (Изложение) // Хозяйство и право. 2002. №2. С. 128.
7. *Обзор* практики разрешения споров, связанных с ликвидацией юридических лиц (коммерческих организаций): информ. письмо Президиума ВАС РФ от 13 янв. 2000 г. №50 // Вестн. ВАС РФ. 2000. №3. С. 24.
8. *О защите* конкуренции: Федер. закон Рос. Федерации от 26 июля 2006 г. №135-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. №31 (ч. 1), ст. 3434.
9. *О лицензировании* отдельных видов деятельности: Федер. закон Рос. Федерации от 4 мая 2011 г. №99-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. №19, ст. 271.
10. *О некоторых* вопросах, возникающих при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (в ред. от 10 июня 2010 г. №13) [Электронный ресурс]: постановление Пленума Верховного суда РФ от 24 марта 2005 г. №5. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
11. *О применении* пунктов 2 и 4 статьи 61 Гражданского кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]: информ. письмо Президиума ВАС РФ от 5 дек. 1997 г. №23. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
12. *О сделках* юридического лица, регистрация которого признана недействительной [Электронный ресурс]: информ. письмо Президиума ВАС РФ от 9 июня 2000 г. №54. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
13. *О рынке* ценных бумаг: Федер. закон Рос. Федерации от 22 апр. 1996 г. №39-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №17, ст. 1918.
14. *По делу* о проверке конституционности положений статьи 35 Федерального закона «Об акционерных обществах», статей 61 и 99 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьи 31 Налогового кодекса Российской Федерации и статьи 14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданина А.Б. Борисова, ЗАО «Медиа-Мост» и ЗАО «Московская Независимая Вещательная корпорация»: постановление Конституционного суда Рос. Федерации от 18 июля 2003 г. №14-АП // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. №30, ст. 3102.
15. *Постановление* Президиума Высшего арбитражного суда Рос. Федерации от 22 окт. 1996 г. № 3411/96 // Вест. ВАС РФ. 1997. №2. С. 91–92; постановление Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 14 июля 1998 г. №1173/98 // Вестн. ВАС РФ. 1998. №11. С. 55–57; постановление ФАС Уральского округа от 6 февр. 2008 г. №Ф09-10567/07-С5 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
16. *Постановление* семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29 дек. 2011 г. №17-АП-128/11; постановление двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 19 янв. 2012 г. № 12АП-8627/11; постановление восьмого арбитражного апелляционного суда от 8 июля 2009 г. №08АП-2842/2009; постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 2 марта 2009 г. №А44-2177/2008; постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 8 февр. 2010 №Ф09-184/10-С1 по делу №А07-20236/2009; постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 6 ноября 2010 г. №Ф09-7895/10-С1

[Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
17. *Постановление* Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 15 марта 2011 г. по делу №А33-9410/2010; постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 12 марта 2009 г. №А68-4678-59/ГП-1-08 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
18. *Проект* ГК РФ [Электронный ресурс]. URL: http://www.rg.ru (дата обращения: 07.02.2012).
19. *Российское* гражданское право: учебник; в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. 958 с.
20. *Уголовный* кодекс Российской Федерации: Федер. закон Рос. Федерации от 13 июня 1996. №63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №25, ст. 2954.

Bibliograficheskij spisok

1. *Braginskij M.I., Vitrjanskij V.V.* Dogovornoe pravo. Izd. dop., ispravl. (2-j zavod). M.: Statut, 2002. Kn. 3: Dogovory o vypolnenii rabot i okazanii uslug. 1055 s.
2. *Grazhdanskij* kodeks Rossijskoj Federacii (chast' vtoraja): Feder. zakon ot 26 janv. 1996 g. №14-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №5, st. 410.
3. *Grazhdanskij* kodeks Rossijskoj Federacii (chast' pervaja): Feder. zakon ot 30 nojabrja 1994 g. №51-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1994. №32, st. 3301.
4. *Grazhdanskoe* pravo: uchebnik; v 3 t. / E.N. Abramova, N.N. Averchenko, Ju.V. Bajgusheva i dr.; pod red. A.P. Sergeeva. M.: TK “Velbi”, 2009. T. 1. 1008 s.
5. *Kodeks* Rossijskoj Federacii ob administrativnyh pravonarushenijah: Feder. zakon Ros. Federacii ot 30 dek. 2001 g. №195-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2002. №1 (ch. 1), st. 1.
6. *Obzor* otdel'nyh postanovlenij Prezidiuma VAS RF po voprosam licenzirovanija (Izlozhenie) // Hozjajstvo i pravo. 2002. №2. S. 128.
7. *Obzor* praktiki razreshenija sporov, svjazannyh s likvidaciej juridicheskih lic (kommercheskih organizacij): inform. pis'mo Prezidiuma VAS RF ot 13 janv. 2000 g. №50 // Vestn. VAS RF. 2000. №3. S. 24.
8. *O zawite* konkurencii: Feder. zakon Ros. Federacii ot 26 ijulja 2006 g. №135-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2006. №31 (ch. 1), st. 3434.
9. *O licenzirovanii* otdel'nyh vidov dejatel'nosti: Feder. zakon Ros. Federacii ot 4 maja 2011 g. №99-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2011. №19, st. 271.
10. *O nekotoryh* voprosah, voznikajuwih pri primenenii Kodeksa Rossijskoj Federacii ob administrativnyh pravonarushenijah (v red. ot 10 ijunja 2010 g. №13) [Jelektronnyj resurs]: postanovlenie Plenuma Verhovnogo suda RF ot 24 marta 2005 g. №5. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
11. *O primenenii* punktov 2 i 4 stat'i 61 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii» [Jelektronnyj resurs]: inform. pis'mo Prezidiuma VAS RF ot 5 dek. 1997 g. №23. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
12. *O sdelkah* juridicheskogo lica, registracija kotorogo priznana nedejstvitel'noj [Jelektronnyj resurs]: inform. pis'mo Prezidiuma VAS RF ot 9 ijunja 2000 g. №54. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
13. *O rynke* cennyh bumag: Feder. zakon Ros. Federacii ot 22 apr. 1996 g. №39-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №17, st. 1918.
14. *Po delu* o proverke konstitucionnosti polozhenij stat'i 35 Federal'nogo zakona «Ob akcionernyh obwestvah», statej 61 i 99 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii, stat'i 31 Nalogovogo kodeksa Rossijskoj Federacii i stat'i 14 Arbitrazhnogo processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii v svjazi s zhalobami grazhdanina A.B. Borisova, ZAO «Media-

Most» i ZAO «Moskovskaja Nezavisimaja Vewatel'naja korporacija»: postanovlenie Konstitucionnogo cuda Ros. Federacii ot 18 ijulja 2003 g. №14-AP // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2003. №30, st. 3102.

15. *Postanovlenie* Prezidiuma Vysshego Arbitrazhnogo suda Ros. Federacii ot 22 okt. 1996 g. № 3411/96 // Vest. VAS RF. 1997. №2. S. 91–92; postanovlenie Prezidiuma Vysshego arbitrazhnogo suda RF ot 14 ijulja 1998 g. №1173/98 // Vestn. VAS RF. 1998. №11. S. 55–57; postanovlenie FAS Ural'skogo okruga ot 6 fevr. 2008 g. №F09-10567/07-S5 [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
16. *Postanovlenie* semnadcatogo arbitrazhnogo apelljacionnogo suda ot 29 dek. 2011 g. №17-AP-128/11; postanovlenie dvenadcatogo arbitrazhnogo apelljacionnogo suda ot 19 janv. 2012 g. № 12AP-8627/11; postanovlenie vos'mogo arbitrazhnogo apelljacionnogo suda ot 8 ijulja 2009 g. №08AP-2842/2009; postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Severo-Zapadnogo okruga ot 2 marta 2009 g. №A44-2177/2008; postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Ural'skogo okruga ot 8 fevr. 2010 № F09-184/10-S1 po delu №A07-20236/2009; postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Ural'skogo okruga ot 6 nojabrja 2010 g. №F09-7895/10-S1 [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
17. *Postanovlenie* Federal'nogo arbitrazhnogo suda Vostochno-Sibirskogo okruga ot 15 marta 2011 g. po delu №A33-9410/2010; postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Central'nogo okruga ot 12 marta 2009 g. №A68-4678-59/GP-1-08 [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».
18. *Proekt* GK RF [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.rg.ru (data obrawenija: 07.02.2012).
19. *Rossijskoe* grazhdanskoe pravo: uchebnik; v 2 t. / otv. red. E.A. Suhanov. M.: Statut, 2010. T. 1: Obwaja chast'. Vewnoe pravo. Nasledstvennoe pravo. Intellektual'nye prava. Lichnye neimuwestvennye prava. 958 s.
20. *Ugolovnyj* kodeks Rossijskoj Federacii: Feder. zakon Ros. Federacii ot 13 ijunja 1996. №63-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №25, st. 2954.

THE PROBLEM OF ADMINISTRATIVE AND CIVIL LIABILITY IN THE IMPLEMENTATION OF ECONOMIC ENTITIES IN THE ABSENCE OF A LICENCE

V.V. Kvanina

South Ural State University
76, Lenina av., Chelyabinsk, 454080
E-mail: vv.kvanina@mail.ru

The article based on the analysis of judicial practice administrative and civil penalties provided for carrying out activities without a license. The article considers the questions of goals and criteria of licesing. Author comes to conclusion about public nature of licesing process. That is why the penalties for carrying out activities without a license are firstly public – administrative and criminal. Administrative penalty submitted by art. 14.01 as a fine and confiscation of manufactured products and instruments of production and raw materials or administrative suspension of activity for up to ninety days. Criminal penalty aren't considered in this article, because entities can't be the subject of the crime.

Whereas the process of reception of a license considered as a foundation of entity's capacity carrying out activities without a license leads to application of civil penal-

ties. They are: liquidation of the entity and recognition of the contract as invalid. Author comes to conclusion that liquidation of the entity protects public order and can't defend contractor's interests. The proofs of this conclusion are a circle of persons entitled to claim on the liquidation of a legal person – there are no counterparts of economic entities.

Another civil penalty for carrying out activities without a license – recognition of the contract as invalid also analyzed in this article. It is known that transaction made by a legal person who has no license for the relevant activity may be deemed invalid by a court at the suit of the legal entity, its founder (participant) or a public body exercising control or supervision of the entity, if it is proved that the other party the transaction knew or should have known about its illegality (art. 173 of the Civil Code). Author concludes that provisions of Art. 173 of the Civil Code provides for unscrupulous entities - performers, as they may at any time as necessary "to overturn" the deal and return to its original position (unless it is proved that the other party to the transaction knew or should have known about it illegality).

In conclusion author comes to the idea of inadequacy of mechanisms for the protection of public and private interests, which requires a permit in law.

Keywords: administrative and civil liability for carrying out activities without a license

УДК 347.457

СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА, ОБЕСПЕЧЕННОГО ИПОТЕКОЙ

И.А. Лепехин

Заведующий кафедрой экономико-управленческих и правовых дисциплин
Филиал Российского государственного гуманитарного университета в г. Твери
170015, г. Тверь, м-р Литвинки
E-mail: ilja-lepehin@rambler.ru

Статья посвящена исследованию существенных условий кредитного договора, обеспеченного ипотекой, который является смешанным договором и должен в соответствующих частях содержать условия как кредитного договора, так и договора об ипотеке. На основе анализа теоретических положений действующего законодательства и существующей практики автором выделено более десяти существенных условий кредитного договора, обеспеченного ипотекой, в том числе: о предмете ипотеки и его оценке; сроке; процентах; порядке расторжения договора и прекращения обязательств.

Ключевые слова: кредитный договор; ипотека; существенные условия; кредит

Кредитный договор, обеспеченный ипотекой, – это соглашение сторон, по которому кредитор – банк или небанковская кредитная организация обязуется предоставить денежные (кредитные) средства заемщику – физическому или юридическому лицу в размере и на условиях, предусмотренных данным договором, с условием обеспечения данного обязательства залогом недвижимого имущества или прав на недвижимое имущество – ипотекой; а заемщик приобретает обязанность возвратить полученные денежные (кредитные) средства и уплатить проценты на них, при неисполнении которой кредитор, являющийся первоначальным залогодержателем, или последующий залогодержатель получает право удовлетворить свои денежные требования из стоимости заложенного недвижимого имущества или прав на него преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, в качестве которого может выступать как заемщик по основному обязательству, так и третье лицо.

В соответствии со ст. 432 Гражданского кодекса РФ [3] (далее – ГК РФ) договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме (для кредитного договора – в письменной), достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора, которыми являются 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.

Кредитный договор, обеспеченный ипотекой, содержит условия кредитного договора и условия договора об ипотеке. Таким образом, он является смешанным договором. Согласно ст. 421 ГК РФ к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Соответственно, к отношениям сторон по кредитному договору, обеспеченному ипотекой, применяются в соответствующих частях правила о кредитном договоре и договоре об ипотеке.

Существенным условием любого договора, согласно ст. 432 ГК РФ, является

© Лепехин И.А., 2012

условие о *предмете,* в качестве которого в кредитном договоре выступают денежные (кредитные) средства. Под денежными средствами следует понимать национальную и иностранную валюту в виде: денежных знаков (банкнот и монет), находящихся в обращении – наличные деньги; средств на счетах в банках и иных кредитных организациях – безналичные деньги. Кредитные средства – это денежные средства, предоставленные заемщику кредитором в соответствии с кредитным договором.

Характеризуя предмет кредитного договора, проф. Е.А. Суханов отмечает, что «выдача большинства кредитов осуществляется в безналичной форме, т.е. предметом кредитных отношений становятся права требования, а не деньги в виде денежных купюр (вещей)» [22, с. 225.].

Порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом или в установленном им порядке (п. 2 ст. 140 ГК РФ), а именно Федеральным законом от 10 декабря 2003 г. №173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» [15].

В соответствии со ст. 317 ГК РФ денежные обязательства должны быть выражены в рублях. Однако допускается оговорка, что в денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (экю, «специальных правах заимствования» и др.). В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон. В практике кредитования подобного рода оговорка встречается повсеместно, кредиторы предлагают, как правило, предоставление кредита, выраженного как в российской валюте, так и в иностранной (в евро или в американских долларах), при этом сумма уплачиваемых процентов по кредиту отличается (размер процентов за кредит, выраженный в российской валюте, более высокий). «Указанная практика сложилась в связи с тем, что ввиду затянувшихся “перестроечных времен” и “переходов к рыночной экономике” значительно “подорвалась репутация” законного российского платежного средства – рубля, хотя сложившиеся представления относительно надежности и устойчивости курса отдельных видов иностранных валют не всегда соответствуют действительности» [9, с. 78].

Кредитный договор, обеспеченный ипотекой, как правило, предусматривает *целевое* использование кредитных средств – на приобретение или строительство объекта недвижимости. В этом случае в соответствии со смыслом ст. 814 ГК РФ заемщик обязан обеспечить возможность осуществления кредитором контроля за целевым использованием кредитных средств. При нарушении данной обязанности, а также в случае невыполнения заемщиком условия кредитного договора о целевом использовании кредитных средств кредитор вправе потребовать от заемщика досрочного возврата кредитных средств и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором.

На первый взгляд установление в договоре целевого характера использования денежных (кредитных) средств может рассматриваться как определенная форма ограничения прав заемщика. В связи с этим подчеркивается, что обязательный характер целевого использования средств, полученных в рамках кредитного договора, может быть установлен только на основе взаимного соглашения сторон. При этом необходимо обратиться к содержанию ст. 22 ГК РФ, в которой установлено, что полный или частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом [24, с. 103–104].

Важным условием кредитного договора, обеспеченного ипотекой, является *срок* – это одно из основных договорных условий. Им определяются временные рамки существования самого договора и в этих преде-

лах моменты (периоды), в которые должно состояться исполнение обязательств. Срок служит ограничителем во времени: только с его истечением у кредитора возникает право требовать исполнения, а у должника исполнить обязательство. Таким образом, со сроком исполнения связано «созревание» соответствующих прав и обязанностей [21, с. 139–140].

К числу существенных условий кредитного договора срок относят большинство ученых-цивилистов [5, с. 432; 12, с. 335; 25, с. 11] как в России, так и за рубежом. Однако следует отметить, что в науке существует и противоположное мнение, в соответствии с которым условие о сроке не является существенным для кредитного договора [2, с. 38].

Разработка проблематики правового содержания и терминологического обозначения различных сроков в кредитных отношениях имеет не только чисто теоретическое, но практическое значение как для заемщиков, так и для банков-кредиторов. Анализ значения терминов, используемых в нормативных актах Центрального банка РФ и в договорной практике российских банков, показывает, что термины, обозначающие сроки в кредитных договорах, зачастую употребляются в смысле, не совпадающем с содержанием закона [6].

Применительно к кредитному договору, обеспеченному ипотекой, термин «срок» может иметь различные значения: срок действия кредитного договора; срок, на который выдается кредит; срок начисления процентов; срок возврата кредита и другие сроки.

Срок действия кредитного договора – это период времени между моментом заключения кредитного договора и моментом окончания исполнения сторонами обязательств по нему, а срок кредита – период времени между моментом получения кредита заемщиком и моментом его возврата. Несомненно, срок кредита расположен во времени внутри срока действия кредитного договора. Понятно, что кредит не может иметь срока вне срока действия кредитного договора. С другой стороны, срок действия кредитного договора имеет периоды, не совпадающие со сроком кредита. Что касается сравнения их юридической природы, то срок действия кредитного договора – это срок действия соглашения об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей кредитора и заемщика, а срок кредита – это срок отдельного обязательства, одного из существенных условий кредитного договора [6].

Срок действия кредитного договора, обеспеченного ипотекой, определяется в соответствии с правилами, установленными в ст. 425 ГК РФ, согласно которым:

1. Договор кредитования вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения.

2. Стороны вправе установить, что условия заключенного ими кредитного договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора.

3. Законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия кредитного договора влечет прекращение обязательств сторон по данному договору. Кредитный договор, в котором отсутствует такое условие, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства.

4. Окончание срока действия кредитного договора не освобождает стороны от ответственности за его нарушение.

Отправной точкой для течения срока действия кредитного договора служит момент вступления договора в силу. В соответствии с правилами ст. 425 ГК РФ моменты заключения договора и вступления в силу совпадают. В то же время возможны варианты несовпадения указанных моментов (например, это имеет место в заключенном, но не действующем до истечения отлагательного срока кредитном договоре). Если моменты заключения и вступления кредитного договора в силу не совпадают, договор вступает в силу вследствие юридического состава, в который наряду с заключением кредитного договора входят и иные юриди-

ческие факты. Однако во всех случаях основополагающим моментом для вступления кредитного договора в силу является именно момент его заключения – момент совпадения во времени волеизъявлений субъектов, желающих заключить кредитный договор [1, с. 116].

Момент заключения кредитного договора определяется в соответствии со ст. 433 ГК РФ: договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту (предложение заключить договор), ее акцепта (принятия предложения). Если кредитный договор заключается в виде одного документа, подписываемого кредитором и заемщиком, момент получения акцепта совпадает с моментом подписания кредитного договора его сторонами. Если же кредитный договор подписывается не одновременно, то текст кредитного договора, подписанный одной стороной, следует рассматривать как оферту, а подписание этого текста другой стороной будет представлять собой акцепт. Возникает вопрос: правомерно ли в данном случае считать моментом заключения договора момент акцепта. Предположим, банк передал клиенту неподписанный текст договора. Клиент подписал его и передал работнику банка. В связи с временным отсутствием уполномоченных лиц банка указанный текст договора был подписан только через несколько дней. При подписании договора руководителем банка последний указал в тексте договора в качестве даты договора текущую дату. Подписанный и датированный таким образом текст кредитного договора еще через два дня был передан клиенту. Очевидно, в данном случае в соответствии с п. 1 ст. 433 ГК РФ моментом заключения договора следует считать дату получения клиентом подписанного обеими сторонами текста кредитного договора [6].

Исходя из смысла ст. 425 ГК РФ окончанием течения срока действия кредитного договора является определенный в договоре момент окончания исполнения сторонами обязательств, если в данном договоре или в законе отсутствует условие, согласно которому предусмотренное договором окончание срока его действия влечет прекращение обязательств сторон по договору.

В кредитных договорах обычно такое условие отсутствует. И в самом деле, специфика кредитного договора (после предоставления кредита почти по всем обязательствам должником выступает только одна сторона - заемщик) такова, что сторонам не требуется устанавливать в договоре какой-либо срок, окончание которого влекло бы прекращение обязательств заемщика по полному возврату кредита и уплате причитающихся процентов на сумму кредита. Распространенная формулировка «настоящий (кредитный) договор действует до полного исполнения обязательств заемщика по настоящему договору» представляет собой как бы зеркальное отражение упомянутого в ГК РФ условия [6].

По общему правилу кредитный договор должен действовать до тех пор, пока существуют хотя бы одно право и соответствующая ему обязанность, составляющие содержание договорного правоотношения. Это обусловлено тем, что прекращение прав и обязанностей вследствие их осуществления неизбежно влечет и прекращение действия договора. Прекращение же действия договора в связи с окончанием срока, на который он заключен, само по себе еще не приводит к прекращению неисполненных или исполненных ненадлежащим образом обязанностей и, соответственно, неосуществленных прав. Указание в договоре на срок действия еще не свидетельствует о том, что воля сторон при заключении договора была направлена на прекращение неисполненных обязательств в связи с окончанием его срока действия. Закрепление в кредитном договоре срока действия может быть чистой формальностью, когда основной интерес сторон состоит в получении исполнения по договору, пусть даже и за пределами его срока действия [1, с. 133]. В последнем случае «договор определяет права и обязанности сторон на все время, пока он не будет исполнен» [23, с. 91], иными словами, кредитный договор будет действовать до тех пор, пока его сторонами не бу-

дут надлежащим образом исполнены все обязательства.

Срок начисления процентов – это срок обладания кредитором правом начислять проценты на сумму кредита. Не следует путать срок начисления процентов, понимаемый как период обладания кредитором правом начислять проценты, с периодичностью операций по начислению процентов. Например, в кредитном договоре установлено, что «начисление процентов на сумму кредита начинается с даты его зачисления на счет заемщика; проценты на сумму кредита начисляются ежедневно, при этом количество дней в месяце принимается равным 30, а в году – 360». В этом случае периодичность начисления процентов составляет один день. Срок начисления процентов независимо от этой периодичности равен сроку кредита и начинает течь с даты зачисления кредитных средств на счет заемщика [6].

Срок начисления процентов на сумму кредита устанавливается в кредитном договоре его сторонами с учетом действующих правовых актов. В настоящее время это положение Центрального банка РФ «О порядке начисления процентов по операциям, связанным с привлечением и размещением денежных средств банками» [17], которое определяет порядок начисления процентов по активным и пассивным операциям банка, связанным с привлечением и размещением денежных средств клиентов банка – физических и юридических лиц, как в национальной валюте Российской Федерации, так и в иностранных валютах, а также за использование денежных средств, находящихся на банковских счетах, осуществляемых на основании договоров, заключаемых в соответствии с нормами ГК РФ (п. 1.1 данного Положения).

Применение термина «срок возврата кредита» (понимаемого как календарная дата) оправдано в случае погашения всей суммы кредита в конечную дату срока кредита. Если устанавливаются «сроки возврата кредита», то кредит подлежит возврату частями, для каждой из которых устанавливается свой конкретный срок. Дата истечения срока кредита и дата возврата кредита или его последней части совпадают. Терминологическим синонимом срока возврата кредита является применяемое в договорной практике понятие «срок погашения кредита» [6].

Согласно ст. 30 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» от 2 декабря 1990 г. №395-1 [20] (далее – ФЗ о банках) в договоре должны быть указаны процентные ставки по кредитам, стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушения договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора.

В соответствии со ст. 9 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 г. №102-ФЗ [16] (далее – ФЗ об ипотеке) в договоре об ипотеке должен быть указан срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой, а если данное обязательство подлежит исполнению по частям, в договоре об ипотеке должны быть указаны сроки соответствующих платежей и их размеры либо условия, позволяющие определить эти размеры.

Таким образом, в силу прямого указания в ФЗ о банках и ФЗ об ипотеке, существенными условиями кредитного договора, обеспеченного ипотекой, будут условия: о сроке действия кредитного договора; сроке, на который выдается кредит; сроке начисления процентов и сроке возврата кредита, т.е. сроке исполнения обязательства, обеспеченного ипотекой.

В соответствии со ст. 9 ФЗ об ипотеке существенным для кредитного договора, обеспеченного ипотекой, является и условие о *размере кредита либо условиях, позволяющих определить его размер*.

Под размером кредита или его суммой следует понимать размер (сумму) денежных средств, которые кредитор в итоге должен

передать заемщику в соответствии с данным кредитным договором.

Условия *о предмете ипотеки и его оценке* также являются существенными для кредитного договора, обеспеченного ипотекой, согласно ст. 9 ФЗ об ипотеке. Предмет ипотеки определяется в договоре указанием его наименования, места нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием. В кредитном договоре, обеспеченном ипотекой, должны быть указаны право, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и наименование органа, осуществляющего государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, зарегистрировавшего это право залогодателя. Оценка предмета ипотеки определяется в соответствии с законодательством Российской Федерации по соглашению залогодателя с залогодержателем.

Существенным условием любого кредитного договора является условие о *процентах за пользование кредитными средствами* (условие платности или возмездности кредита). В соответствии со ст. 423 ГК РФ договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Кредитный договор всегда является возмездным, это обусловливается тем, что банк (небанковская кредитная организация) является коммерческой организацией и имеет в качестве основной цели своей деятельности получение прибыли от осуществления банковских операций, в частности от кредитования.

Действующее российское законодательство предусматривает лишь один вид вознаграждения за пользование кредитными средствами – проценты. В соответствии со ст. 30 ФЗ о банках в договоре должны быть указаны процентные ставки по кредитам.

Исследуя вопрос возмездности кредита, следует отметить, что в отечественной науке довольно распространенной является концепция, в соответствии с которой «необязательно указывать в кредитном договоре условие об уплате процентов» [2, с. 25], так как «отсутствие указания в кредитном договоре на размер банковского процента, начисляемого на сумму выданных в качестве кредита денежных средств, не изменяет существа кредитного обязательства» [19, с. 10] и «по общему правилу не порочит правовой силы договора» [11, с. 131]. Сторонники данной концепции обосновывают ее, ссылаясь на п. 1 ст. 809 ГК РФ [4], в соответствии с которым при отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавцем является юридическое лицо, в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части.

По нашему мнению, в соответствии с противоположной концепцией [10, с. 32–33; 12, с. 335] условие о процентах является существенным условием кредитного договора в силу прямого указания закона, а именно ст. 30 ФЗ о банках. Согласно п. 2 ст. 819 ГК РФ к отношениям по кредитному договору применяются правила, предусмотренные параграфом первым «Заем» главы сорок второй ГК РФ (в том числе ст. 809 ГК РФ), если иное не предусмотрено правилами параграфа второго «Кредит» главы сорок второй (ст. 819–821) ГК РФ и не вытекает из существа кредитного договора. Таким образом, применению п. 1 ст. 809 ГК РФ препятствует существо кредитного договора, которое заключается в безусловно возмездном характере обязательства. «Отсутствие процентной ставки в кредитном договоре сравнимо с невыставлением магазином ценников на товары» [8, с. 88].

Согласно п. 1 ст. 9 ФЗ об ипотеке в договоре об ипотеке, а значит, и в кредитном договоре, обеспеченном ипотекой, должно быть указано *существо обязательства, обеспеченного ипотекой*. Соответственно условие о существе обязательства, обеспеченного ипотекой, является существенным для кредитного договора, обеспеченного ипотекой, в силу прямого указания о нем в законе.

Под существом конкретного договорного обязательства надлежит понимать главное в содержании этого обязательства, представленное совокупностью обусловленных объективными и субъективными

факторами таких прав и обязанностей, которые выражают природу и характер соответствующего правоотношения и без которых существование и исполнение последнего, как самостоятельного, качественно определенного и индивидуального явления, для достижения правовой цели договора невозможны [7, с. 6–7].

Существо обязательства сводится к принуждению его субъектов к определенному поведению в рамках данных правоотношений. Возникает определенное «состояние связанности» одного субъекта в отношении другого. Обязательственное правоотношение как бы «обвязывает», сплетает своих субъектов определенными «узами» (отсюда старинный обряд связывания рук договаривающихся и выражение «суплетка», употребляемое в Псковской Судной грамоте [20], для обозначения обязательства, которым стороны «сплетаются»). «Общей целью является установление некоторой специальной обязанности одного в пользу другого, некоторого специального поведения должника в интересах кредитора» [18, с. 243], связанность должника (заемщика) имеет и «тот смысл, что на нем лежит ответственность за долг кредитору» [13, с. 66]. Существо обязательства, обеспеченного ипотекой, – это характеристика обязанности заемщика, обеспеченной обязательственным обременением (ограничением) имущественных прав залогодателя на объект недвижимости, из стоимости которого залогодержатель может, в случае неисполнения данного обязательства, получить удовлетворение своих денежных требований преимущественно перед другими кредиторами, которой корреспондирует право требования кредитора (залогодержателя).

Кредитный договор, обеспеченный ипотекой, порождает между его сторонами целый комплекс *прав и обязанностей*, некоторые из них (обязанность кредитора предоставить кредит заемщику в размере и на условиях, предусмотренных кредитным договором; обязанность заемщика возвратить кредитные средства и уплатить за пользование ими проценты; право кредитора получить удовлетворение своих денежных требований из стоимости заложенного залогодателем недвижимого имущества или прав на недвижимое имущество) являются существенными условиями данного договора. Следует отметить, что любые права и обязанности, относительно которых в кредитном договоре должно быть достигнуто соглашение, являются существенными условиями данного кредитного договора.

В отечественной науке довольно распространенной является концепция, согласно которой «условия об имущественной ответственности сторон и порядке расторжения договора не относятся к существенным условиям кредитного договора» [19, с. 11].

По нашему мнению, *условия об имущественной ответственности сторон за нарушения кредитного договора и порядке его расторжения* являются существенными условиями любого кредитного договора, в том числе и кредитного договора, обеспеченного ипотекой, в силу прямого указания об этих условиях в ст. 30 ФЗ о банках.

Следует отметить, что ответственность по кредитному договору, обеспеченному ипотекой, в отличие от одностороннего характера ответственности по договору займа, может быть возложена как на заемщика и (или) залогодателя, так и на кредитора.

Неправомерный отказ кредитора в предоставлении денежных (кредитных) средств, предусмотренных кредитным договором, обеспеченным ипотекой, нарушение сроков предоставления этих денежных средств или предоставление их в меньшем размере являются неисполнением или ненадлежащим исполнением кредитором своей основной обязанности по данному кредитному договору и правовым основанием для возникновения у заемщика согласно п. 1 ст. 393 ГК РФ права требования возмещения убытков. При этом для привлечения кредитора к ответственности заемщик не обязан доказывать наличие вины кредитора, а ее отсутствие, в соответствии с п. 2 ст. 401 ГК РФ, должен доказывать сам кредитор. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности (предоставление кредита всегда связано с осуществляемой кредитной организацией предпринимательской

ской деятельностью), несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств (п. 2 ст. 401 ГК РФ).

Подводя итог всему вышесказанному, можно выделить следующие *существенные условия кредитного договора, обеспеченного ипотекой*: о предмете договора; предмете ипотеки и его оценке; цели предоставления кредита; сроке; размере кредита либо условиях, позволяющих определить его размер; процентах за пользование кредитными средствами; существе обязательства, обеспеченного ипотекой; правах и обязанностях сторон; ответственности сторон за нарушение условий договора; порядке расторжения договора и прекращения обязательств.

Библиографический список

1. *Батянов М.В.* Срок действия гражданско-правового договора: дис. … канд. юрид. наук. Самара, 2004. 217 с.
2. *Бычкова Н.П.* Условия кредитного договора как основание обеспечения возвратности кредита: дис. … канд. юрид. наук. М., 2006. 208 с.
3. *Гражданский кодекс* Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 г. №51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. №32, ст. 3301.
4. *Гражданский кодекс* Российской Федерации. Часть вторая от 26 янв. 1996 г. №14-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №5, ст. 410.
5. *Гражданское право* / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ПБОЮЛ Л.В. Рожников, 2000. Т. 2. 736 с.
6. *Гришаев С.П.* Ипотека на современном этапе [Электронный ресурс]: комментарий законодательства (по состоянию на 18 марта 2009 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. *Груздев В.В.* Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Томск: 2008. 23 с.
8. *Дубинич А.* Гражданско-правовое регулирование заемно-кредитных отношений в современных условиях // Хозяйство и право. 1998. №2. С. 86–91.
9. *Дударева Е.В.* Особенности правового регулирования ипотечного жилищного кредитования: дис. … канд. юрид. наук. М.: 2006. 188 с.
10. *Захарова Н.Н.* Кредитный договор. Гражданско-правовые аспекты. М.: ИНФРА-М, 1997. 160 с.
11. *Каримуллин Р.И.* Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву: дис. … канд. юрид. наук. М., 2001. 233 с.
12. *Коммерческое право* / под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб.: Изд. С.-Петерб. ун-та, 1997. 518 с.
13. *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. 416 с.
14. *О банках* и банковской деятельности: Федер. закон от 2 дек. 1990 г. №395-1 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №6, ст. 492.
15. *О валютном* регулировании и валютном контроле: Федер. закон от 10 дек. 2003 г. №173-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. №50, ст. 4859.
16. *Об ипотеке* (залоге недвижимости): Федер. закон от 16 июля 1998 г. №102-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. №29, ст. 3400.
17. *О порядке* начисления процентов по операциям, связанным с привлечением и размещением денежных средств банками: положение Центр. банка Рос. Федерации от 26 июня 1998 г. №39-П // Вестн. Банка России. 1998. №53–54.
18. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М: Статут, 1998. 353 с.
19. *Пристансков Д.В.* О существенных условиях кредитного договора: теория и практика // Правосудие в Поволжье. 2004. №5. С. 6–12.
20. *Псковская Судная грамота.* XV век // Рос. законодательство X–XX веков. М.: Юрид. лит., 1984. Т. 1: Законодательство Древней Руси.

21. *Резцова Е.В.* Правовая природа договора долевого участия в жилищном строительстве: дис. … канд. юрид. наук. М., 2006. 172 с.
22. *Суханов Е.А.* Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. М.: Центр деловой информации, 1996. 358 с.
23. *Халфина Р.О.* Цивилизованный рынок: правила игры. М.: ТЕИС, Ассоциация «Гуманитарное знание», 1993. 138 с.
24. *Хисамов А.Х.* Договор в сфере отношений ипотечного жилищного кредитования: дис. … канд. юрид. наук. Казань: 2007. 183 с.
25. *Чалый Ю.И.* Договор банковского кредита и правовые средства обеспечения возвратности кредитных денег: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Харьков, 1997. 22 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Batjanov M.V.* Srok dejstvija grazhdansko-pravovogo dogovora: dis. … kand. jurid. nauk. Samara, 2004. 217 s.
2. *Bychkova N.P.* Uslovija kreditnogo dogovora kak osnovanie obespechenija vozvratnosti kredita: dis. … kand. jurid. nauk. M., 2006. 208 s.
3. *Grazhdanskij* kodeks Rossijskoj Federacii. Chast' pervaja ot 30 nojab. 1994 g. №51-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1994. №32, ct. 3301.
4. *Grazhdanskij* kodeks Rossijskoj Federacii. Chast' vtoraja ot 26 janv. 1996 g. №14-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №5, st. 410.
5. *Grazhdanskoe* pravo / pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo. M.: PBOJuL L.V. Rozhnikov, 2000. T. 2. 736 s.
6. *Grishaev S.P.* Ipoteka na sovremennom jetape [Jelektronnyj resurs]: kommentarij zakonodatel'stva (po sostojaniju na 18 marta 2009 g.). Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
7. *Gruzdev V.V.* Vozniknovenie dogovornogo objazatel'stva po rossijskomu grazhdanskomu pravu: avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. Tomsk: 2008. 23 s.
8. *Dubinich A.* Grazhdansko-pravovoe regulirovanie zaemno-kreditnyh otnoshenij v sovremennyh uslovijah // Hozjajstvo i pravo. 1998. №2. S. 86–91.
9. *Dudareva E.V.* Osobennosti pravovogo regulirovanija ipotechnogo zhiliwnogo kreditovanija: dis. … kand. jurid. nauk. M.: 2006. 188 s.
10. *Zaharova N.N.* Kreditnyj dogovor. Grazhdansko-pravovye aspekty. M.: INFRA-M, 1997. 160 s.
11. *Karimullin R.I.* Prava i objazannosti storon kreditnogo dogovora po rossijskomu i germanskomu pravu: dis. … kand. jurid. nauk. M., 2001. 233 s.
12. *Kommercheskoe* pravo / pod red. V.F. Popondopulo, V.F. Jakovlevoj. SPb.: Izd. S.-Peterb. un-ta, 1997. 518 s.
13. *Novickij I.B., Lunc L.A.* Obwee uchenie ob objazatel'stve. M.: Gosjurizdat, 1950. 416 s.
14. *O bankah* i bankovskoj dejatel'nosti: Feder. zakon ot 2 dek. 1990 g. №395-1 // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №6, st. 492.
15. *O valjutnom* regulirovanii i valjutnom kontrole: Feder. zakon ot 10 dek. 2003 g. №173-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2003. №50, st. 4859.
16. *Ob ipoteke* (zaloge nedvizhimosti): Feder. zakon ot 16 ijulja 1998 g. №102-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1998. №29, st. 3400.
17. *O porjadke* nachislenija procentov po operacijam, svjazannym s privlecheniem i razmeweniem denezhnyh sredstv bankami: polozhenie Centr. banka Ros. Federacii ot 26 ijunja 1998 g. №39-P // Vestn. Banka Rossii. 1998. №53–54.
18. *Pokrovskij I.A.* Osnovnye problemy grazhdanskogo prava. M: Statut, 1998. 353 s.
19. *Pristanskov D.V.* O suwestvennyh uslovijah kreditnogo dogovora: teorija i praktika // Pravosudie v Povolzh'e. 2004. №5. S. 6–12.
20. *Pskovskaja Sudnaja gramota*. XV vek // Ros. zakonodatel'stvo X–XX vekov. M.: Jurid. lit., 1984. T. 1: Zakonodatel'stvo Drevnej Rusi.
21. *Rezcova E.V.* Pravovaja priroda dogovora dolevogo uchastija v zhiliwnom

stroitel'stve: dis. … kand. jurid. nauk. M., 2006. 172 s.
22. *Suhanov E.A.* Posrednicheskie i kreditno-finansovye sdelki v novom Grazhdanskom kodekse Rossijskoj Federacii. M.: Centr delovoj informacii, 1996. 358 s.
23. *Halfina R.O.* Civilizovannyj rynok: pravila igry. M.: TEIS, Associacija «Gumanitarnoe znanie», 1993. 138 s.
24. *Hisamov A.H.* Dogovor v sfere otnoshenij ipotechnogo zhiliwnogo kreditovanija: dis. … kand. jurid. nauk. Kazan': 2007. 183 s.
25. *Chalyj Ju.I.* Dogovor bankovskogo kredita i pravovye sredstva obespechenija vozvratnosti kreditnyh deneg: avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. Har'kov, 1997. 22 s.

ESSENTIAL CONDITIONS THE CREDIT CONTRACT, SECURED BY MORTGAGE

I.A. Lepekhin

The branch of the Russian state humanitarian University in Tver.
Microdistrict Litvinki, Tver, 170015
E-mail: ilja-lepehin@rambler.ru

The article deals with the essential conditions of the loan agreement, secured by the mortgage, which is a mixed contract and shall contain the terms and conditions as the loan contract and mortgage contract.

According to item 432 of the Civil code of the Russian Federation to the essential terms of the contract attribute subject of a contract and conditions, which are named in the law or other legal acts as an essential or necessary for this type of contracts, as well as all the conditions on which any one of the parties has to be agreed.

According to operating Russian legislation (owing to direct instructions on these conditions in regulatory legal acts) to essential conditions of the credit contract provided with a mortgage, following conditions concern: the subject of the contract, for which the loan agreement are the money (credit) funds; the subject of a mortgage and its estimation; about term (period of validity of the credit contract; term on which the credit stands out; term of charge of percent and term of return of the credit, i.e. a date of performance of the obligation provided with a mortgage); about the size of the credit or the conditions, allowing to define its size; about percent for using proceeds of credit (a condition платности or возмездности the credit); about a being of the obligation provided with a mortgage; about property responsibility of the parties for infringements of conditions of the credit contract; about an order of cancellation of the contract and a discharge.

The credit contract provided with a mortgage, generates between its parties the whole complex of the rights and the duties, some of them (a duty of the creditor to grant the loan to the borrower in size and on the conditions provided by the credit contract; a duty of the borrower to return proceeds of credit and to pay for using them percent; the right of the creditor to have satisfaction of the monetary requirements from cost of the real estate put by the depositor or the rights to real estate) are essential conditions of the given contract.

According to existing practice the credit contract provided with a mortgage, as a rule, provides target use of proceeds of credit – on acquisition or building of object of real estate. In this case the condition about the purpose of granting of the credit will be also essential.

Keywords: credit contract; mortgage; essential conditions; credit

УДК 347.133.8

ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ПРАВА НА ОТМЕНУ ДОВЕРЕННОСТИ

В.А. Микрюков

Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского и семейного права
Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина
123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9
e-mail: vmikryukov@yandex.ru

В статье автор аргументирует теоретическую обоснованность и практическую значимость нормы о праве лица, выдавшего доверенность, на ее отмену и ничтожности соглашений об отказе от этого права. Подвергнуты критической оценке допускаемые законом, но не соответствующие юридической природе доверенности случаи ее использования. Признается неверным развитие отечественного гражданского законодательства в направлении установления возможности договорного ограничения права на отмену доверенности и легального допущения существования безотзывных доверенностей. Имея в виду необходимость предотвращения разрушения конструкции представительства по доверенности как фидуциарного отношения, автор предлагает иные пути совершенствования действующего законодательства и практики его применения.

Ключевые слова: отмена доверенности; ограничение права; безотзывная доверенность

Статья 188 ГК РФ в текущей редакции содержит двоякое указание на право доверителя в одностороннем порядке прекратить выданную представителю доверенность. Во-первых, в п. 2 названной статьи императивно установлено ничем не обусловленное право лица, выдавшего доверенность, во всякое время отменить ее. Во-вторых, в подп. 2 п. 1 этой статьи прямо определено, что вследствие отмены доверенности лицом, выдавшим ее, действие доверенности прекращается.

Закрепление законодателем права на отмену доверенности предопределено признанным в науке фидуциарным характером отношений, возникающих между доверителем и представителем вследствие выдачи доверенности. Особый доверительный характер отношений представительства, основанного на доверенности, следует уже из самого легального названия соответствующего письменного уполномочия, выдаваемого одним лицом другому лицу для представительства перед третьими лицами (ст. 185 ГК РФ), ибо в неюридическом значении доверенность – это уверенность в человеке, в том, что на него можно вполне положиться [6, с. 505]. Так, комментируя положения ст. 188 ГК РФ, Е.Н. Гендзехадзе указывает, что отмена доверенности возможна в силу личного, доверительного характера представительства [8, с. 221]. Проводя классификацию гражданских правоотношений и выделяя среди них группу правоотношений, основанных на повышенном доверии их участников друг к другу, А.П. Сергеев не без оснований отмечает, что практическое значение выделения таких (фидуциарных) правоотношений состоит, в частности, в том, что в законодательстве предусматриваются особые основания их прекращения: как правило, они могут быть прекращены в любой момент по одностороннему заявлению любой стороны, в том числе по причине утраты доверия к контрагенту [3, с. 133]. Возможность для участников фидуциарных сделок, к коим относится и выдача доверенности, в одностороннем порядке отказаться от исполнения сделки В.С. Ем связывает именно с утратой особого, лично-доверительного характера взаимоотношений сторон [4, с. 455].

Совершая сделку, каждая сторона не может правовыми средствами абсолютно

© Микрюков В.А., 2012

гарантировать исполнение сделки другой стороной, вынуждена в какой-то мере надеяться на исправность своего контрагента, и можно признать, что известная степень доверия лежит в основании всякой сделки. Но, как верно отметил О.С. Иоффе, «… имеются и такие сделки, самое существо которых опирается на взаимное доверие их участников» [7, с. 267]. Выдача доверенности – одна из таких сделок. Фидуциарность порождаемых отношений выступает ее неотъемлемым, конституирующим признаком. Возникновение и нормальное существование отношений вследствие выдачи одним лицом другому письменного уполномочия для представительства перед третьими лицами возможно только при условии особого, повышенного доверия и расположения, оказываемого доверителем получателю доверенности. В силу этого право доверителя в любой момент отменить доверенность, выступающее проявлением (следствием) и одновременно гарантией обеспечения доверительности в правовой связи представителя и представляемого, также следует считать имманентной характеристикой отношений представительства по доверенности.

Значение указанного положения настолько велико, что законодатель счел необходимым подчеркнуть исключительную твердость права на отзыв доверенности, закрепив во втором предложении п. 2 ст. 188 ГК РФ норму о ничтожности соглашений об отказе от этого права. На первый взгляд, данное правило может показаться избыточным, поскольку недействительность договорного ограничения (самоограничения) или полного отказа от права на отмену доверенности не только вытекает из самой фидуциарной природы отношений представительства по доверенности, но и нормативно выводится из положений п. 2 ст. 1 ГК РФ о недопустимости произвольного ограничения любых гражданских прав при отсутствии прямого указания закона, из нормы п. 2 ст. 9 ГК РФ о том, что отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом, а также из содержания закрепленного в п. 3 ст. 22 ГК РФ правила о ничтожности полного или частичного отказа гражданина от правоспособности или дееспособности и других сделок, направленных на ограничение правоспособности или дееспособности.

Однако думается, что подход к регулированию отношений представительства по доверенности, основанный на некотором ограничении договорной свободы с целью обеспечения приоритета общего положения о недопустимости ограничения права на отмену доверенности, является принципиально правильным.

Во-первых, этим акцентируется внимание на конституирующем, определяющем природу исследуемых отношений характере права доверителя в любой момент отозвать выданную доверенность. Выдача доверенности без права ее безусловной односторонней отмены невозможна. Примечательно, что запрет соглашений об отказе от права на отмену доверенности под страхом их ничтожности – отнюдь не единственный случай, когда законодатель именно таким образом обеспечивает устойчивость субъективного права на отказ от исполнения обязательства или одностороннее прекращение правоотношения, ущемление или полное устранение которого поставило бы под угрозу существование самой правовой конструкции, в рамках которой соответствующее право должно осуществляться. К примеру, невозможно представить реализацию договорной конструкции постоянной ренты без права плательщика ренты отказаться от дальнейшей выплаты ренты путем ее выкупа. Поэтому согласно п. 2 ст. 592 ГК РФ условие договора постоянной ренты об отказе плательщика постоянной ренты от права на ее выкуп ничтожно. Такой же подход к охране интересов вкладчиков по договору банковского вклада прослеживается в положении п. 2 ст. 837 ГК РФ, указывающем на ничтожность условий договора об отказе гражданина от его важнейшего права на получение суммы вклада (или ее части) по первому требованию. Отдавая праву заказчика в любое время до сдачи ему работы отказаться от исполнения договора одно из центральных мест в системе обязательственных прав из бытового подряда, законодатель в п. 2 ст. 731 ГК РФ закрепил, что условия договора, лишающие заказчика

этого права, ничтожны. Аналогичным образом закон указывает на недействительность соглашений, устраняющих право товарища на отказ от бессрочного договора простого товарищества (ст. 1051 ГК РФ), право должника и залогодателя, являющихся третьими лицами, в любое время до продажи предмета залога прекратить обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив обеспеченное залогом обязательство или его часть, исполнение которой просрочено (п. 5 ст. 350 ГК РФ).

Во-вторых, при помощи правила п. 2 ст. 188 ГК РФ о ничтожности соглашений об отказе от права отозвать доверенность обеспечивается возможность с практической стороны при разрешении конкретных споров почти без сомнений квалифицировать в качестве недопустимых не только прямые, но и косвенные договорные ограничения рассматриваемого права, как-то: в результате достижения между доверителем и представителем соглашения о выплате последнему неустойки (штрафа) или не называемой неустойкой компенсации за досрочную отмену доверенности или вследствие возложения на лицо, выдавшее доверенность, обязанности заблаговременно известить поверенного о предстоящем прекращении доверенности. Ситуацию, когда доверенность, выдаваемая в рамках договора, приобретает в результате системы таких условий фактически безотзывный характер, помыслить вполне реально, особенно если речь идет о сфере предпринимательства. Поэтому при противопоставлении установленного договором права на неустойку или права на получение извещения и императивно закрепленного права на отмену доверенности предпочтение должно быть отдано последнему. Для правомерности данного вывода положение второго предложения п. 2 ст. 188 ГК РФ с юридико-технической точки зрения не только не лишнее, но и необходимое. Небольшую долю сомнения в правильности такого подхода оставляет сама формулировка второго предложения п. 2 ст. 188 ГК РФ, из буквального прочтения которого следует вывод о ничтожности соглашений лишь о полном устранении права на отмену доверенности, но не о частичном его ограничении. Более адекватная своему назначению формулировка указанного правила могла бы выглядеть так: «Отказ от этих прав или их ограничения ничтожны».

В качестве примера, когда законность аналогичного правоприменительного толкования не столь очевидна, можно привести выработанный арбитражными судами подход, в соответствии с которым отрицается возможность создания соглашением сторон субъективного права на получение компенсационной суммы, часто именуемой неустойкой, оговариваемой на случай реализации допустимого по закону отказа одной из сторон от исполнения договорных обязательств по оказанию услуг. Так, при рассмотрении дела по иску исполнителя о взыскании договорно установленного штрафа за досрочный отказ заказчика от исполнения соглашения об оказании услуг и встречному иску о признании недействительным установившего штраф пункта соглашения Президиум ВАС РФ в постановлении от 7 сентября 2010 г. №2715/10 [2] пришел к выводу, что предусмотренное спорным соглашением условие о штрафе неправомерно ограничивает императивно закрепленное в ст. 782 ГК РФ право заказчика на расторжение договора и в силу ст. 168 ГК РФ является ничтожным. Думается, что при отсутствии в сфере регулирования возмездного оказания услуг правила, подобного содержащемуся в п. 2 ст. 188 ГК РФ, позиция судов о недопустимости обусловливания отказа от исполнения договорного обязательства выплатой неустойки, другого не названного неустойкой предоставления или иным отягощающим обстоятельством, неправомерно (в нарушение п. 2 ст. 1 ГК РФ) ограничивает право на обеспечение реального исполнения обязательства и вступает в противоречие с принципом свободы договора. В отличие от права доверителя уничтожить доверенность, право заказчика на отказ от исполнения договора об оказании услуг не является правом, отражающим конституирующую характеристику правоотношения, в рамках которого оно реализуется. Сужение возможностей по одностороннему отказу от исполнения обязанностей из нефидуциарной сделки вполне соответствует смыслу гражданско-правового регулирования, ибо направлено на до-

стижение стабильности правовых связей участников гражданских отношений посредством реализации договорной свободы при конструировании правовых средств побуждения должника к реальному исполнению обязательства. Отражением адекватного реалиям сегодняшнего дня отношения к договорным ограничениям, обеспечивающим стабильность предпринимательского оборота, выступает предложение напрямую легализовать представляющиеся и без того вполне правомерными соглашения о плате за «выход из договора» путем дополнения ст. 310 ГК РФ правилом о том, что предусмотренное договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства [10].

Изложенные обстоятельства не позволяют, однако, считать, что право на отмену доверенности не имеет границ.

Как и любое субъективное гражданское право, право представляемого отозвать доверенность не должно выходить за пределы общего ограничения его содержания, которое составляет требование при осуществлении права соблюдать предписания законодательства и иных правовых актов, не нарушать права и охраняемые законом интересы других лиц.

Примером общего ограничения права на отзыв доверенности выступает запрет на злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ). В случае реализации идеи закрепления добросовестности в качестве самостоятельного гражданско-правового принципа, а не презумпции (согласно п.п. 4, 5 ст. 1 ГК РФ в редакции Проекта при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно; никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения) общее требование действовать добросовестно при осуществлении права безусловно ограничит содержание правовых возможностей любого управомоченного лица, в том числе доверителя.

С практической точки зрения, положение о недопустимости злоупотребления правом на отмену доверенности наиболее значимо в ситуациях, когда основной целью наделения представителя полномочием действовать от имени выдавшего доверенность служит обеспечение интереса не доверителя, а самого представителя или третьего лица. Комментируя правило п. 1 ст. 182 ГК РФ, раскрывающее сущность отношений представительства по доверенности, Ю.В. Байгушева приводит описание такой абстрактной схемы выдачи уполномочия, не связанной напрямую с интересом представляемого: «А может выдать Б полномочие на продажу определенного товара В с тем, чтобы в процессе заключения договора купли-продажи между Б и В установился желательный для первого или второго деловой контакт» [9]. В конкретной плоскости указанная модель реализуется в широко распространенной российской деловой практике продажи транспортных средств «по доверенности», а равно составления доверенностей на право управления транспортным средством, выдаваемых не для целей представительства, а в порядке исполнения доверителем обязанностей по заключенному с поверенным договору ссуды или аренды и обеспечения соответствующего имущественного интереса представителя в возможности осуществления фактических действий в отношении используемого транспортного средства. Похожая схема отношений строится в рамках нормы п. 2 ст. 57 ФЗ от 26 декабря 1995 г. №208-ФЗ «Об акционерных обществах» [12], согласно которой в случае передачи акций после даты составления списка лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров, и до даты проведения общего собрания акционеров лицо, включенное в этот список, обязано выдать приобретателю доверенность на голосование или голосовать на общем собрании в соответствии с указаниями приобретателя акций. Хотя бы с учетом того, что выдача документа о личном доверии, который во всякое время можно отозвать без объяснения причин, явно не может быть предметом жесткой юридической обязанно-

сти, высказанная В.А. Беловым критика положений п. 2 ст. 57 ФЗ «Об акционерных обществах» имеет серьезные основания [1, с. 11]. Однако целенаправленное использование законодателем института представительства по доверенности не по прямому назначению вовсе не превращает доверенность, выдаваемую в регулируемой ситуации отчуждающим акции лицом, в «какой-то совсем другой документ». Как верно отметил Е.А. Суханов, выдача приобретателю акций их прежним владельцем доверенности на голосование на общем собрании акционеров в соответствии с п. 2 ст. 57 ФЗ «Об акционерных обществах» вопреки цели данной нормы не превращает действующего по доверенности приобретателя в самостоятельную фигуру (акционера), ибо участие в общем собрании представителя акционера юридически равнозначно участию в нем самого этого акционера [5, с 247]. Аналогичным образом в п. 5 ст. 67^1 ГК РФ в редакции Проекта предлагается использовать механизм выдачи доверенности в целях исполнения обязанностей, вытекающих из заключаемых участниками хозяйственных обществ корпоративных договоров, в соответствии с которым они обязуются осуществлять эти права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной данным договором цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения доли (акций) до наступления определенных обстоятельств.

Даже не вдаваясь в дискуссию о том, насколько логично и уместно использование правил о доверенности для целей защиты интересов лиц, заключивших акционерное (корпоративное) соглашение, или лиц, хотя и ставших акционерами и получивших право на участие в общем собрании акционеров, но не включенных в список претендентов на участие в конкретном собрании, и признавая явно притворными сделки купли-продажи «по доверенности» и составление доверенностей для осуществления представителем фактических действий в собственных интересах, можно утверждать, что доверитель в данных ситуациях с общецивилистических позиций ограничен в осуществлении права на отмену доверенности. Нарушение этого ограничения, фактическое осуществление лицом, переставшим быть акционером (собственником), прав, принадлежащих ему лишь формально, или неисполнение обязанностей под прикрытием положений ст. 188 ГК РФ должно квалифицироваться в качестве злоупотребления правом.

Интересно, что, примеряя модель отношений по выдаче доверенности с целью обеспечения интереса представителя или третьего лица к правилам п. 2 ст. 188 ГК РФ, Ю.В. Байгушева приходит к мысли о том, что эта цель может быть достигнута посредством выдачи безотзывного (не подлежащего отмене) полномочия: «… если А продает свою вещь Б, который намерен отчудить ее В, и во избежание промежуточных расходов Б по отчуждению наделяет его полномочием на передачу права собственности непосредственно В, то полномочие следует считать безотзывным, поскольку в противном случае пришлось бы признать, что представляемый обладает правом необоснованно отказаться от исполнения своей обязанности к перенесению права собственности на проданную вещь». Автор на этом не останавливается и, сталкивая нормы о доверенности, используемой в качестве средства исполнения обязательства по передаче имущества в собственность, с правилами о недопустимости отказа от исполнения обязательства (ст. 310 ГК РФ), приходит к выводу о внутреннем противоречии смысла первого и второго предложений п. 2 ст. 188 ГК РФ, в результате чего предлагает из текста этого пункта устранить предписание второго предложения, так как оно толкает к якобы ошибочному выводу, что правило о допустимости отмены полномочия не знает исключений [9]. Похожим образом рассуждает Г.Л. Рубеко, который при рассмотрении ситуации с выдачей доверенности лицом, совершившим отчуждение акций, но включенным в список лиц, имеющих право на участие в общем собра-

нии акционеров, для целей переноса на нового акционера указанного права, хотя и не признает полномочие по выданной прежним акционером доверенности априори безотзывным, считает необходимым сделать его таковым путем прямого изменения текста п. 2 ст. 188 ГК РФ и п. 2 ст. 57 ФЗ «Об акционерных обществах» [11]. Здесь уместно обратить внимание также на то, что упомянутое предложение обеспечивать исполнение обязанностей, вытекающих из корпоративных договоров (п. 5 ст. 67^1 ГК РФ в редакции Проекта) предполагает закрепление возможности выдачи доверенности, которая не может быть отменена до окончания срока ее действия, кроме случаев прекращения корпоративного договора в отношении выдавшего ее лица (безотзывная доверенность).

С этими суждениями и предложениями согласиться нельзя.

Во-первых, правило о ничтожности отменяющих или ограничивающих право на отзыв доверенности соглашений не является случайным. Его существование предопределено юридической сущностью отношений представительства по доверенности и направлено на пресечение попыток затруднения отмены действия доверенностей в ситуациях, когда их выдача выступает не столько инициацией отношений представительства, сколько средством исполнения взаимных обязательств представителя и представляемого. Допущение невозможности во всякое время немотивированно отменить доверенность разрушает конструкцию представительства по доверенности как фидуциарного отношения.

Во-вторых, вызывает серьезные сомнения сама возможность применения правил о доверенности к документам, выдаваемым в описанных ситуациях. Такое использование института доверенности является по существу притворным и, следовательно, неправомерным. Если интерес Б состоит в том, чтобы от своего имени и за свой счет реализовать В имущество, полученное от А, то исходящий от А документ о возможности Б распорядиться этим имуществом, названный доверенностью, в таких ситуация не может рассматриваться как доверенность по смыслу ст. 185 ГК РФ. Фактически доверенностью подменяется акт приема-передачи или иной документ о передаче, необходимый для перенесения к от А к Б вещного полномочия на приобретенное Б имущество (ст. 223, 224 ГК РФ). О какой-либо доверительности отношений А и Б говорить здесь не приходится. Оформление правоотношений прежних и новых акционеров доверенностью в порядке п. 2 ст. 57 ФЗ «Об акционерных обществах» также притворно, хотя и допустимо в силу прямого указания закона. В силу этого нет оснований менять притворно используемый механизм, подгоняя его к действительным правилам регулирования складывающихся отношений. По этим же причинам нельзя признать верным развитие отечественного гражданского законодательства в направлении установления возможности договорного ограничения права на отмену доверенности и легального допущения существования безотзывных доверенностей. Более правильным было бы создание специальных правовых механизмов обеспечения соответствующих потребностей участников гражданско-правовых отношений. К примеру, для наделения лица, законно использующего чужое транспортное средство, статусом надлежащего участника дорожного движения достаточно закрепить презумпцию наличия такого статуса у лица, имеющего регистрационные документы транспортного средства. В целях обеспечения исполнения обязанностей, вытекающих из акционерных соглашений, можно подумать о более широком использовании предварительных договоров, о применении бланковых (подписанных на будущее) бюллетеней либо о внедрении системы внесения отражающих соответствующие обязанности записей в реестр акционеров. В ситуации, ныне урегулированной правилом п. 2 ст. 57 ФЗ «Об акционерных обществах», более уместной была бы реализация механизма выдачи лицом, осуществляющим ведение реестра акционеров, особого документа, удостоверяющего право действительного акционера на участие в собрании акционеров вместо переставшего быть акционером лица, включенного в список лиц, формально имеющих такое право.

В-третьих, даже если допустить общую возможность использования доверенности в качестве юридического инструмента исполнения представляемым обязанности по передаче определенной вещи в собственность представителя, реализация доверителем предусмотренного законом права на отмену доверенности вовсе не дает повод считать разрешенным односторонний отказ от исполнения обязательства по перенесению на доверенное лицо права собственности на вещь. Речь можно вести лишь о произвольном изменении способа исполнения обязательства, которое само по себе также не является правомерным и в совокупности с правилами о принципиальной допустимости немотивированного отзыва доверенности может быть квалифицировано как проявление злоупотребления правом.

Библиографический список

1. *Белов В.А.* Содержание и осуществление прав акционеров, приобретенных после так называемого закрытия реестра // Законодательство. 2004. № 12. С. 6–13.
2. *Вестник* ВАС РФ. 2010. № 11.
3. *Гражданское* право: учебник; в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ Пресс, 2011. Т. 1. 1008 с.
4. *Гражданское* право: в 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2007. Т. 1: Общая часть.720 с.
5. *Гражданское* право: в 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008. Т. 4: Обязательственное право. 800 с.
6. *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. М.: РИПОЛ классик, 2006. Т. 1. 752 с.
7. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. М.: Юрид. лит., 1967. 493 с.
8. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 2 т. / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина / Ин-т государства и права РАН. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Изд-во Юрайт, 2011. Т. 1: Части первая, вторая ГК РФ. 926 с.
9. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практ. коммент. / под ред. А.П. Сергеева [Электронный ресурс]. М.: «Проспект», 2010. 912 с. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
10. *Проект* Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», опубликованный на сайте Российской газеты 14 сентября 2011 года [Электронный ресурс]. URL: www.rg.ru/2011/09/14/gk-izm-site-dok.html (дата обращения: 25.01.2012).
11. *Рубеко Г.Л.* Правовой статус органов управления акционерных обществ [Электронный ресурс]. М.: Статут, 2007. 187 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. *Собрание* законодательства Российской Федерации. 1996. №1, ст. 1.

Bibliograficheskij spisok

1. *Belov V.A.* Soderzhanie i osuwestvlenie prav akcionerov, priobretennyh posle tak nazyvaemogo zakrytija reestra // Zakonodatel'stvo. 2004. № 12. S. 6–13.
2. *Vestnik* VAS RF. 2010. № 11.
3. *Grazhdanskoe* pravo: uchebnik; v 3 t. / pod red. A.P. Sergeeva. M.: RG Press, 2011. T. 1. 1008 s.
4. *Grazhdanskoe* pravo: v 4 t. / otv. red. E.A. Suhanov. M.: Volters Kluver, 2007. T. 1: Obwaja chast'.720 s.
5. *Grazhdanskoe* pravo: v 4 t. / otv. red. E.A. Suhanov. M.: Volters Kluver, 2008. T. 4: Objazatel'stvennoe pravo. 800 s.
6. *Dal' V.I.* Tolkovyj slovar' zhivogo velikorusskogo jazyka: v 4 t. M.: RIPOL klassik, 2006. T. 1. 752 s.
7. *Ioffe O.S.* Sovetskoe grazhdanskoe pravo. M.: Jurid. lit., 1967. 493 s.
8. *Kommentarij* k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii: v 2 t. / pod red. T.E. Abovoj, A.Ju. Kabalkina / In-t gosudarstva i prava RAN. 6-e izd., pererab. i dop. M.: Izd-vo Jurajt, 2011. T. 1: Chasti pervaja, vtoraja GK RF. 926 s.
9. *Kommentarij* k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii. Chast' pervaja: ucheb.-prakt. komment. / pod red. A.P. Sergeeva [Jelektronnyj resurs]. M.: «Prospekt», 2010. 912 c. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Garant».

10. *Proekt* Federal'nogo zakona «O vnesenii izmenenij v chasti pervuju, vtoruju, tret'ju i chetvertuju Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii, a takzhe v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii», opublikovannyj na sajte Rossijskoj gazety 14 sentjabrja 2011 goda [Jelektronnyj resurs]. URL: www.rg.ru/2011/ 09/14/gk-izm-site-dok.html (data obrawenija: 25.01.2012).
11. *Rubeko G.L.* Pravovoj status organov upravlenija akcionernyh obwestv [Jelektronnyj resurs]. M.: Statut, 2007. 187 s. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».
12. *Sobranie* zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii. 1996. №1, st. 1.

ABOUT LMIMTATION OF RIGHT TO POWER OF ATTORNEY REVOCATION

V.A. Mikryukov

Kutafin Moscow State Law Academy
9, Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 123995
e-mail: vmikryukov@yandex.ru

The author of the article proves theoretical reasonability and practical importance of the norm providing for the right of person issuing the power of attorney to revoke such power of attorney. The issue of the power of attorney is classified as a deal, the constituent feature of which is the fiduciary relations between the parties. The appearance and normal existence of legal relations as a result of issue of written authority for presentation in third parties is only possible provided the warrantor has high confidence in and affection to the attorney. Therefore, the conclusion is made that the warrantor's right to withdraw the power of attorney as a form and a guarantee of ensuring confidence in the legal relations between the principal and the attorney is the immanent characteristic of the representation by attorney.

Rule of p. 2 Art. 188 of RF Civil Code on exclusive strength of the right to revoke the power of attorney and voidness of a waiver allowed the author to state that, in practice, during dispute resolution, direct and indirect limitation of the right to revoke the power of attorney should be considered as impermissible.

The author, although recognizing in principal the correctness of the approach to regulation of representation by attorney based on certain limitations of contractual freedom in order to ensure the preferential use of the general provision on impermissibility of restriction of the right to revoke the power of attorney, still point out the actually existing restrictions of the said right. The author proves that the warrantor is limited in exercising the right to revoke the power of attorney in cases when the aim of granting a warrant is to ensure the interest of the attorney or third person, not the interest of the warrantor. The cases of power of attorney use allowed by the law but contradicting the nature of the power of attorney are criticized.

The author considers that the movement of the Russian civil law to the contractual limitation of right to withdraw powers of attorney legal assumption of irrevocable powers of attorney is incorrect. Other ways of improving current legislation taking into account the necessity to prevent the destruction of the structure of representation by power of attorney as fiduciary relationship are offered.

Keywords: power of attorney withdrawal; limitation of right; irrevocable power of attorney

УДК 347.77.012.4

ОПЫТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (НА ПРИМЕРЕ ГЕРМАНИИ)[1]

Ж.А. Мингалева

Доктор экономических наук, профессор, зав. кафедрой национальной экономики
и экономической безопасности
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: mingal1@psu.ru

Т.Е. Логинова

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой международного и европейского права
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: femida@psu.ru

Статья посвящена анализу специфики правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности в Германии. Выявлены особенности организации и юридической защиты научно-исследовательской системы Германии, проанализирован комплекс законов в области охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности. Значительное внимание уделено особенностям германского патентного права и правовому регулированию отношений между предпринимателем и служащим по поводу созданных ими изобретений.

Ключевые слова: охрана прав интеллектуальной собственности; патентная деятельность; инновационное развитие

Важность четкого и надежного фиксирования прав на изобретения и другие объекты интеллектуальной собственности для социально-экономического развития стран можно проследить на примере взаимосвязи национально-правового регулирования охраны и движения объектов интеллектуальной собственности и инновационной деятельности в ведущих странах мира. В качестве объекта анализа возьмем Германию как страну с наиболее развитой инновационной экономикой и действенным законодательством в области охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности (РИД). Среди 27 стран Европейского союза, по которым ведется подсчет инновационной активности и патентной статистики (ЕС-27), Германия в течение последнего десятилетия уверенно лидирует по всем показателям, связанным с осуществлением инновационной деятельности, а по ряду направлений занимает первые места в мире, опережая США, Японию, Китай. Также Германия является и ведущим зарубежным партнером России по торговле технологиями – крупнейшим импортером высокотехнологичной продукции в Россию.

Серьезные успехи Германии в инновационном развитии в значительной степени связаны с особенностями ее законодательства в области охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности. В этой связи опыт Германии может быть весьма полезным для совершенствования отечественного законодательства в области

[1] Работа выполнена в рамках гранта РГНФ 10-03-00481/а «Коллизии норм международного и российского права в сфере использования и охраны результатов интеллектуальной деятельности»

© Мингалева Ж.А., Логинова Т.Е., 2012

охраны и использования РИД, тем более, что многие новеллы 90-х гг. XX века в развитии российского авторского и патентного права создавались именно исходя из традиции германского законодательства. Так, законы Германии во многом послужили основой для формирования в 1992–1993 гг. современного российского законодательства в сфере регулирования и охраны объектов промышленной собственности. Прежде всего это относится к патентному праву, в меньшей степени – к авторскому праву. Что касается правовой охраны баз данных и компьютерных программ, то в их отношении в Германии действует специальный закон, хотя общая охрана этих объектов осуществляется в рамках авторского права, что напоминает ситуацию в России. Наконец, для российских специалистов в области охраны результатов интеллектуальной деятельности весьма полезным является германский опыт преобразования и интеграции в патентную систему ФРГ патентной системы бывшей ГДР и формирования на их основе современного законодательства. Важность этого опыта заключается, среди прочего, и в том, что данный процесс прошел в Германии более организованно, чем в России, хотя проблем было немало. Это свидетельствует о его объективной сложности, долговременности и необходимости разработки и последовательной реализации целого комплекса мер [1]. Наконец, схема организации науки и научных исследований в Германии наиболее близка к российскому варианту и германский опыт стимулирования НИОКР и инноваций может быть весьма полезен как отечественным специалистам-практикам, так и вузовским исследователям.

Итак, в Германии основой научно-технического развития выступает хорошо организованная и юридически защищенная научно-исследовательская система, отличающаяся существенным разнообразием научных и научно-исследовательских учреждений, высокой степенью их автономности и множественностью форм взаимодействия, что и позволило Германии добиться весьма впечатляющих результатов в области науки и инноваций. Достижение таких результатов в значительной степени было обеспечено особенностями германского законодательства в сфере интеллектуальной собственности, которое отличается большой степенью детализации. В частности, помимо закона об авторском праве и смежных правах, в Германии действуют два специальных закона, один из которых регулирует общий оборот авторских и смежных прав, а другой –административные отношения, связанные с авторскими и смежными правами.

Не останавливаясь подробно на анализе всей совокупности нормативно-правовых актов Германии в области охраны интеллектуальной собственности, проанализируем германское законодательство в сфере регулирования и охраны объектов промышленной собственности, в частности патентное право Германии, поскольку именно с этой отраслью законодательства наиболее тесно связаны достижения и перспективы научно-технического и инновационного развития современных стран. Предварительно отметим, что помимо отдельных законов об изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах, а также закона о пресечении недобросовестной конкуренции в Германии действует самостоятельный закон о промышленной собственности, увязывающий все иные законы и международные соглашения в единую систему.

Патентное право Германии базируется на целом комплексе нормативных документов, регламентирующих оформление заявок на изобретения. Основным нормативным актом в области охраны изобретений выступает Патентный закон ФРГ (Patentgesetz – PatG) от 16 декабря 1980 г., с изменениями и добавлениями [8]. Он устанавливает круг объектов, охраняемых патентами, порядок получения патентов, структуру и функции Патентного ведомства и Патентного суда, ответственность за нарушения патентов. Кроме того, патентные правоотношения регулируются еще рядом правовых актов, к числу которых относятся: Порядок подачи заявок на выдачу патента (Verordnung über die Anmeldung von Patenten) от 29 мая 1981 г. с изменениями и добавлени-

ями [11]; Памятка по пошлинам, подлежащим уплате (Kostenmerkblatt – Gebühren und Auslagen des Deutschen Patentamts und des Bundespatentsgerichts (принята в июне 2010 г.) [7]; Указание по составлению справки об авторах от 29 мая 1981 г. (Erfinderbenennungsverordnung – ErfBenVO) [6]; Инструкция по экспертизе от 24 июня 1981 г. (Begutachtung); Инструкция по проведению поиска публикаций от 24 июня 1981 г.; Закон от 13 июня 1980 г. об оказании помощи в уплате процессуальных расходов (Verfahrenskostenhilfe), дополненный соответствующими параграфами Патентного закона (§129–138 PatG – Verfahrenskostenhilfe).

Также в патентном праве Германии большую роль играет судебная практика. И хотя решения, выносимые Патентным, Федеральным и общими судами при рассмотрении патентных дел, не являются обязательными для дальнейшей деятельности судов, тем не менее, они влияют на патентную политику по важнейшим практическим вопросам. Например, одной из проблем германского патентного законодательства является то, что Патентный закон не содержит определения изобретения. Содержание этого понятия складывается из совокупности критериев патентоспособности, которые закреплены в законе, а также разработаны судебной и административной практикой. Таким образом, административная и судебная практика по патентным делам толкует и восполняет пробелы Патентного закона и является важным инструментом защиты прав предпринимателей в области охраны интеллектуальной собственности.

В соответствии с положениями Патентного закона Германии (§1 PatG – Patentfähige Erfindung – патентоспособность изобретения), судебной и административной практикой, критерий патентоспособности (Patentfähigkeit), применяемый в законодательстве при решении о принятии заявки на патент и выдаче патента, включает в себя три элемента: новизну (Neuheit); изобретательскую деятельность (erfinderische Tätigkeit) и промышленную применимость (Gewerblichkeit). Рассмотрим эти элементы более подробно.

В патентном законодательстве Германии понятие новизны (§3 PatG-Neuheit, ältere Anmeldungen, unschädliche Offenbarungen) раскрывается через уровень техники. Вообще, нужно отметить, что согласно §3 PatG само понятие «техника» выступает единственным критерием, применяемым для отграничения технических решений от иных объектов творческой деятельности человека, которые охраняются на основе других законов – об авторском праве, о промышленных образцах и т.д. Изобретение считается новым, если на дату приоритета заявки (Priorität einer nationalen Erstanmeldung (innere Priorität) – дата первоначально поданной заявки на выдачу охранного документа в соответствующее патентное ведомство) оно не относится к существующему уровню развития техники. При этом к понятию «уровень техники» относятся любые знания, ставшие доступными общественности посредством письменного или устного описания, путем использования или иным путем как в Германии так и за границей.

В законе особо оговорено, что в понятие «уровень техники» входит содержание всех ранее поданных патентных заявок, как национальных, так и европейских, если по ним испрашивается охрана в Германии, а также международных заявок, поданных на основе Договора о патентной кооперации, если по международной заявке Патентное ведомство (Patentamt) Германии является указанным ведомством. Национальные заявки, своевременно не опубликованные из соображений государственной тайны, считаются опубликованными через 18 месяцев с даты их поступления и по прошествии этого времени рассматриваются как входящие в существующий уровень техники, который учитывается при проведении экспертизы на новизну.

Однако, согласно тому же Патентному закону Германии, патентозаявителю может быть предоставлена льгота по новизне, если будут обнаружены и доказаны следующие

случаи: 1) выявлен факт очевидного злоупотребления в отношении заявителя или его правопредшественника; 2) если суть изобретения была раскрыта ранее ограниченному кругу лиц; 3) изобретение было выставлено заявителем или его правопредшественником для обозрения на официально признанной выставке. Выставочная льгота по новизне применяется, если заявитель при подаче заявки указал, что изобретение экспонировалось на выставке и представил документ, подтверждающий этот факт не позднее четырех месяцев с даты подачи заявки. При этом выставка должна соответствовать условиям, предусмотренным Конвенцией о международных выставках, о ее проведении должно быть официально объявлено в «Вестнике федеральных законов» Германии.

Из этого следует, что, согласно патентному закону Германии, к изобретению, по сути, предъявляются требования абсолютной мировой новизны. Однако в практике часто встречают ситуации, когда суть изобретения раскрывается в материалах, доступных лишь ограниченному кругу лиц, например, в деловой переписке, закрытых изданиях и т.д. Если такие источники действительно доступны лишь ограниченному кругу лиц, то, согласно патентному закону, такое разглашение не рассматривается как нарушающее новизну изобретения. Это общее правило относится к любым источникам и является определяющим при их оценке с точки зрения понятия новизны технического решения.

Вторым элементом критерия патентоспособности, установленным в Патентном законе Германии, является понятие «изобретательская деятельность» (§4 PatG). Данное понятие является синонимом «изобретательского уровня» – критерия, ранее применяемого в ФРГ в административной и судебной практике, но не закрепленного в современном германском законодательстве. Несмотря на новое название критерия – изобретательская деятельность, полностью неизменным сохранилось его прежнее содержание, т.е. оценка критерия носит субъективный характер, что связано с понятием «знания среднего специалиста».

Нужно отметить, что к критерию изобретательского уровня в Германии всегда предъявлялись очень жесткие требования, значительно более строгие, чем в других европейских странах, а именно наличие или отсутствие критерия изобретательской деятельности устанавливается при определении субъективного признака – неочевидности для специалиста. В настоящее время, в соответствии с Патентным законом, практикой Патентного ведомства, а также судебной практикой наличие изобретательской деятельности в заявляемом на выдачу патента решении признается, если:

– существующие на дату приоритета заявки изобретения и уровень техники не в состоянии удовлетворить имеющуюся потребность;

– несмотря на имеющуюся потребность в новом техническом решении специалисты не могли найти необходимого ответа на проблему в течение длительного времени, а неоднократные попытки решить эту проблему оказались неудачными;

– в процессе поиска удовлетворяющего решения имелись значительные технические сложности, которые необходимо было преодолеть при создании изобретения [8].

Также при установлении наличия критерия изобретательской деятельности во внимание принимается полезность получаемого результата, например упрощение, удешевление или иные проявления технической прогрессивности. Однако если, по мнению экспертов Патентного ведомства, решение в рамках подаваемой заявки на патент не соответствует указанному критерию, то законом установлена возможность для заявителя подачи заявки на полезную модель (Gebrauchmuster) и испрашивание так называемого «малого» патента со сроком действия свидетельства на полезную модель в течение 3 лет и возможностью его продления: сначала сроком на 3 года, затем еще два раза по 2 года. Таким образом общая продолжительность действия охраны на полезную модель – 10 лет (стандартный срок действия патента в Германии установ-

лен в 20 лет с даты, следующей за днем подачи заявки на патент).

Третьим элементом критерия патентоспособности, установленным в Патентном законе Германии, является промышленная применимость (Gewerblichkeit Anwendbarkeit) (§5 PatG). Данное понятие имеет весьма широкий смысл. «Промышленная применимость» означает: 1) пригодность заявленного решения для изготовления в сфере промышленного производства или для применения в качестве технического средства; 2) возможность применимости заявленного решения вообще, т.е. его выполнимость и работоспособность.

Нужно отметить, что в законе, в частности в §5 PatG, критерий промышленной применимости сформулирован достаточно широко и охватывает все отрасли хозяйства, включая как собственно промышленность, так и сельское хозяйство: «изобретение считается промышленно применимым, если оно может быть изготовлено или применено в любой отрасли промышленности, включая сельское хозяйство». Однако при оценке данного критерия важно правильно определить, предполагает ли заявленное решение его изготовление на промышленном предприятии или допускает применение на таком предприятии в качестве технического средства. При этом законом допускается (понятие достаточности) простое наличие самой возможности такого изготовления или применения, без его фактического подтверждения.

Одновременно, критерий промышленной применимости является причиной исключения ряда объектов из числа патентоспособных. Так, §5 PatG непосредственно в своем названии (gewerbliche Anwendbarkeit, medizinische Verfahren) уже содержит ключевое исключение из патентоспособности: хирургические и терапевтические способы лечения людей и животных, а также методы диагностики, практикуемые на организме человека или животного, не отвечающие требованию промышленной применимости. Однако, это положение закона не распространяется на изделия (например, хирургические инструменты, аппаратура, применяемая для терапевтического лечения, и т.д.), а также на вещества (смеси), предназначенные для использования в рамках терапевтического лечения. Также в Германии предусмотрены выдача патентов на способы получения различных веществ (пищевых, лекарственных, вкусовых и др.), получаемых в процессе применения штаммов микроорганизмов – продуцентов этих веществ и охрана самих штаммов микроорганизмов. При этом обязательным является депонирование микроорганизма. Наконец, с 1968 г. выдаются патенты и на вещества, полученные химическим путем.

Нужно отметить, что ранее в германском Патентном законе применялся критерий «технической прогрессивности», который в настоящее время не является самостоятельным критерием. Однако он не был полностью устранен законодателем – Патентное ведомство и судебная практика исходят из того, что техническая прогрессивность в контексте улучшения технических свойств и техники в целом присуща самому понятию изобретения.

Наконец, наряду с рассмотренными критериями патентоспособности к изобретению предъявляется также требование удовлетворять общественную (социальную) потребность (gesellschaftliche Bedürfnisse). Так, патентуются изобретения, предназначенные для удовлетворения не только материальных, но и других потребностей человека, например эстетических, для удобства или развлечения (игрушки).

Общие правила охраны патентов в Германии тождественны с международным. Так, без разрешения патентообладателя запрещается изготавливать, сбывать или использовать продукт, являющийся предметом патента, а также импортировать или создавать запасы такого продукта для данных целей (§139–142b PatG «Rechtsverletzungen» – правонарушения). Выданный патент может быть оспорен (Patentstreitigkeiten – патентные споры) и признан недействительным в связи с отсутствием признаков патентоспособности, в первую очередь новизны.

Дела о нарушении патентов (§65–72 PatG «Patentgericht» – суд по патентным делам; §73–99 PatG «Abschnitt Verfahren vor dem Patentgericht» – судопроизводство по патентным делам; §100–122 PatG «Abschnitt Verfahren vor dem Bundesgerichtshof» – порядок обращения в суд; §143–145 PatG «Verfahren in Patentstreitsachen» – процессуальные действия по патентным спорам; §43 Arbeitnehmererfindungsgesetz «Übergangsvorschrift» – предписание о передаче дела в компетентный суд) рассматриваются земельными судами. Окончательные решения по искам чаще всего выносятся в судах I инстанции. Приблизительно 1/3 дел рассматривается в судах II инстанции – высшем земельном суде, а 1/6 часть – в Верховном суде как ревизионной инстанции.

Второй важной особенностью германского законодательства в области охраны прав интеллектуальной собственности, в частности, изобретений, является осуществление правового регулирования отношений между предпринимателем и служащим по поводу созданных ими изобретений. Эти правоотношения регламентируются Законом об изобретениях служащих (Deutsches Gesetz über Arbeitnehmererfindungsgesetz) [5]. Именно в этом законе прописаны нормативные положения, связанные с охраной коммерческой тайны (§24 Geheimhaltungspflicht – обязанность не разглашать тайну; §25 Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis – обязанность, вытекающая из трудового договора и др.).

Закон об изобретениях служащих основан на двух принципах:

1) обеспечение предпринимателям наиболее благоприятных условий для присвоения изобретений, создаваемых служащими;

2) стимулирование изобретательской деятельности и творческой активности служащих путем выплаты изобретателю-служащему соразмерного вознаграждения за использование изобретения.

В законе о служебных изобретениях имеются три статьи, объединенных в единую часть и посвященных изобретениям лиц, связанных с государственной, в том числе военной, службой. Сюда относятся: ст. 40 «Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst» («Работники государственной службы»); ст.тья 41 «Beamte, Soldaten» («Чиновники (должностные лица) и представители Бундесвера»); ст. 42 «Besondere Bestimmungen für Erfindungen an Hochschulen» («Специальные условия для преподавателей и исследователей высших учебных заведений»). Все три статьи либеральны по смыслу, причем особенно широкие права предоставлены университетским преподавателям и исследователям. В отличие от работников частных фирм они имеют приоритет в праве патентовать изобретения на свое имя (Priorität einer nationalen Erstanmeldung (innere Priorität)). Университет может получить компенсацию при коммерческом использовании изобретения, но только в объеме затрат на соответствующие исследования и не более. При этом вообще не идет речи о возмещении затрат бюджету. Что же касается вознаграждения авторам служебного изобретения частных фирм, то оно выплачивается только в тех случаях, если использование изобретения привело к существенной прибыли компании. Общепринятая теория гласит, что в силу «связанности» изобретения с предприятием, где занят создавший его служащий, право на изобретение, первоначально возникшее у него, переходит к предпринимателю. При этом для определения размера вознаграждения во внимание принимаются такие факторы, как деятельность компании и ее размер.

Таким образом, анализ законодательства Германии позволяет выявить ряд основных современных тенденций развития нормативно-правового обеспечения инновационной деятельности в стране, которые направлены:

1) на защиту национальных интересов и создание благоприятных условий для использования достижений науки и техники в производстве, включая разработку и широкое использование необходимых стимулов, поощряющих научные исследования в частном секторе, а также меры государственной поддержки и развития малого инновационного предпринимательства;

2) на децентрализацию патентно-лицензионной деятельности, на расширение прав федеральных лабораторий на интеллектуальную собственность, полученную за счет средств федерального бюджета;

3) на регулирование условий коммерциализации и передачи технологий из военного в гражданский сектор экономики, а также из гражданско-государственного в частный сектор экономики.

Законы ограничивают влияние федерального правительства на выбор приоритетов и целей в научных исследованиях, что дает возможность для развития различных подходов по решению тех или иных вопросов. Это позволило установить высокий уровень заинтересованности и ответственности регионов и частного сектора в охране и использовании результатов интеллектуальной деятельности, что расширило возможности и стимулы для сотрудничества высших учебных заведений с экономикой, в особенности с малыми и средними по размеру предприятиями.

Сделанные выводы подтверждаются практикой. Как уже отмечалось ранее, среди 27 стран Евросоюза (ЕС-27) Германия уверенно лидирует по всем показателям, связанным с осуществлением инновационной деятельности. Также в течение последних десятилетий Германия уверенно лидировала среди всех стран Европы в области распределения венчурного инвестирования в высокотехнологичные отрасли и предприятия – в 2007 г. в стране было осуществлено 815 венчурных инвестиционных проектов, или 27,5% всего их количества в ЕС-27 – 2974. Для сравнения: в Швеции (второе место в ЕС) их было 487, в Великобритании – 384, во Франции – 367, в Финляндии – 255, в Норвегии – 215, в Нидерландах – 202 [7, p. 223].

Другой показатель инновационной активности – объемы экспорта и импорта продукции на основе высоких технологий – также наилучший среди всех европейских стран именно у Германии. В 2005 г. Германия была крупнейшим импортером продукции на основе высоких технологий (105 млн EUR), так же как и экспортером (115 млн EUR) [6, p.181]. В 2007 г. эта тенденция сохранилась (108 млн EUR и 125 млн EUR соответственно). У Германии была и остается самая высокая среди европейских стран положительная величина внешнеторгового баланса 10,3 млн EUR в 2005 г. и 17 млн EUR в 2007 г. – это было третьим в мире положительным сальдо внешнеторгового баланса после Китая в размере 98,5 млн. EUR и Корейской Республики (EUR 31 млн) [9, p. 181; 10, p. 228].

Теперь рассмотрим результаты патентной деятельности в Германии. Как показывает анализ, столь высокие и успешные показатели развития инновационной деятельностью в Германии в значительной степени связаны с ее успешной деятельностью в области охраны и защиты прав интеллектуальной собственности. Это можно проследить на примере патентной активности.

Согласно данным Евростата в 2005 г. Германией было зарегистрировано 32644 патента, что составило 42,7% всех европейских патентов и соответствует третьему месту в мире после США – 127169 патентов и Японии – 54661 патент и в разы опережает Францию – 11168 патентов (4-е место в мировом рейтинге) и Республику Корея – 11100 патентов (5-е место) [10, p. 184]. Из них в Европейском патентном бюро (EPO – Europe Patent Office) в 2005 г. Германий было зарегистрировано 23364 патента (2-е место в мире после США (34022 патента) и опережает Японию с 20913 патентами) [10, p. 186], а в Патентном и торговом офисе США (USPTO – United State Patent and Trademark Office) – 9280 патентов (3-е место в мире после США (93147 патентов) и Японии (33748 патентов)) [10, p. 184]. При этом общая суммарная стоимость всех патентов Германии составила практически 15% ВВП страны.

Особенностью Германии является и то, что подавляющее большинство полученных патентов активно используется в бизнесе. Так, согласно статистике, 90,8% всех патентов Германии приходится на частный сектор, что соответствует ведущим

мировым тенденциям (в США на долю частных предприятий приходится 89,8% всех используемых патентов; в Японии – 96,6%; в Финляндии и Швеции – по 94,5%; а самый большой показатель использования патентов частным бизнесом на Мальте – 99%) [10, p. 189]. Что касается отраслевого распределения патентов, то в Германии в 2005 г. оно было следующим: 30,9% всех патентов было сосредоточенно в отрасли электротехнического и оптического оборудования; 20,6% – в химической промышленности и производстве синтетического волокна; 16,1% в транспортном машиностроении и еще 14,3% – в общем машиностроении и производстве оборудования [10, p. 188]. Наконец, распределение патентов по областям науки и техники по восьми укрупненным разделам Международной классификации изобретений было следующим: различные технологические процессы – 23,7%; электричество – 14,9%; прикладная механика; освещение и отопление; двигатели и насосы; оружие и боеприпасы – 14,3%; физика – 14,2%; удовлетворение жизненных потребностей человека – 14,1%; химия и металлургия – 12,2%; строительство – 4,4%; текстиль и бумага – 2,1% [10, p. 186]. Таким образом, достаточно высокая степень однородности распределения патентов на изобретения свидетельствует о необходимом разнообразии германских R&D и требуемой для поддержания устойчивости национального развития диверсификации структуры экономики.

Нужно отметить, что Германия является и самым крупным зарубежным партнером России по торговле технологиями. Так, в 2009 г. оборот внешнеторгового баланса Германия-России высокотехнологичной продукцией составил 429 сделок на общую сумму стоимости предмета соглашения сделки почти $600 млн., из них $446,2 млн пришлось на экспортные сделки (262 сделки) и $137,4 млн – на импорт (262 сделки). Всего Германия получила от России $147,5 млн выплат средств за год, в то время как сама заплатила только $43,0 млн. Таким образом, Германия является чистым экспортером высоких технологий в Россию со стоимостью предметов сделки на сумму $308,8 млн и общими выплатами государства на сумму $104,5 млн [3, с. 576].

Таким образом, германское патентное право может служить примером и основой для развития российского законодательства в области охраны прав интеллектуальной собственности. Это тем более важно, что, как показал анализ, одной из негативных тенденций современного инновационного развития отечественной экономики являются медленные темпы роста инновационной активности российских предпринимателей, слабое применение в хозяйственной деятельности последних достижений науки, техники и технологий, что, в свою очередь, тесно связано с наличием серьезных проблем в области развития законодательства России в вопросах охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности [2, с. 122].

Библиографический список

1. *Козырев А.Н.* Развитие законодательства об интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]. URL: http://www.businesspravo.ru/Analyst/AnlShow_AnlID_24.html (дата обращения: 12.12.2011).
2. *Мингалева Ж.А.* О формировании правового поля в области инновационной и интеллектуальной деятельности // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2011. Вып. 4(10). С. 122–126.
3. *Российский* статистический ежегодник / Росстат. М., 2010.
4. *Bekanntmachung* der Neufassung des Patentgesetzes (PatG) in Deutschland [Электронный ресурс]. URL: http://www.transpatent.com/gesetze/patginh.htm (дата обращения: 12.12.2011).
5. *Deutsches* Gesetz über Arbeitnehmererfindungsgesetz [Электронный ресурс]. URL: http://www.arbeitnehmererfindungsgesetz.de/ (дата обращения: 10.12.2011).
6. *Erfinderbenennungsverordnung* – Verordnung über die Benennung des Erfinders ErfBenVO [Электронный ресурс]. URL: http://www.transpatent.com/gesetze/erfbenv.html (дата обращения: 12.12.2011).

7. *Kostenmerkblatt* – Gebühren und Auslagen des Deutschen Patentamts und des Bundespatentsgerichts [Электронный ресурс]. URL: http://www.transpatent.com/ gesetze/ mbkosten.html (дата обращения: 12.12.2011).
8. *Patentgesetz* [Электронный ресурс]. URL: http://www.patentgesetz.de/ (дата обращения: 12.12.2011).
9. *Science,* technology and innovation in Europe. Statistical books / Eurostat. 2008.
10. *Science,* technology and innovation in Europe. Statistical books / Eurostat. 2010.
11. *Verordnung über* die Anmeldung von Patenten [Электронный ресурс]. URL: http://www.transpatent.com/gesetze/patanm v.html (дата обращения: 12.12.2011).

Bibliograficheskij spisok

1. *Kozyrev A.N.* Razvitie zakonodatel'stva ob intellektual'noj sobstvennosti [Jelektronnyj resurs]. URL: http:// www.businesspravo. ru/Analyst/AnlShow_AnlID_24.html (data obrawenija: 12.12.2011).
2. *Mingaleva Zh.A.* O formirovanii pravovogo polja v oblasti innovacionnoj i intellektual'noj dejatel'nosti // Vestn. Perm. un-ta. Jurid. nauki. 2011. Vyp. 4(10). S. 122–126.
3. *Rossijskij* statisticheskij ezhegodnik / Rosstat. M., 2010.
4. *Bekanntmachung* der Neufassung des Patentgesetzes (PatG) in Deutschland [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www. transpatent.com/gesetze/patginh.htm (data obrawenija: 12.12.2011).
5. *Deutsches* Gesetz über Arbeitnehmererfindungsgesetz [Jelektron¬nyj resurs]. URL: http://www. arbeitnehmererfindungsgesetz.de/ (data obrawenija: 10.12.2011).
6. *Erfinderbenennungsverordnung* – Verordnung über die Benennung des Erfinders ErfBenVO [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.transpatent.com/gesetze/erfben v.html (data obrawenija: 12.12.2011).
7. *Kostenmerkblatt* – Gebühren und Auslagen des Deutschen Patentamts und des Bundespatentsgerichts [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.transpatent.com/ gesetze/ mbkosten.html (data obrawenija: 12.12.2011).
8. *Patentgesetz* [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.patentgesetz.de/ (data obrawenija: 12.12.2011).
9. *Science*, technology and innovation in Europe. Statistical books / Eurostat. 2008.
10. *Science*, technology and innovation in Europe. Statistical books / Eurostat. 2010.
11. *Verordnung* über die Anmeldung von Patenten [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.transpatent.com/gesetze/patanm v.html (data obrawenija: 12.12.2011).

EXPERIENCE OF LEGAL REGULATION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND INNOVATION ACTIVITY (GERMAN EXAMPLE)

Zh.A. Mingaleva

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: mingal1@psu.ru

T.E. Loginova

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: femida@psu.ru

The paper examines the influence of precise and secure fixation of Intellectual property rights (IPR) upon social and economic development of the region. This is analyzed on example of interrelations between national legal regulation of protection and

use of intellectual property (IP) and innovation activity in developed countries. The accent is made on the analysis of the specific character of legal protection and use of IP in Germany as a country with the developed innovation economy and effective IPR regulation.

Serious achievements of Germany in innovation development are mostly connected with the specific character of its legislation in the sphere of IPR protection. As object of the analysis, Germany is taken, as the country with the most developed innovative economy and the basic partner of Russia in trade area of hi-tech production. Besides, the German patent right has formed a basis of the Russian legislation in the field of protection of intellectual property rights. Among 27 countries of the European Union on which calculation of innovative activity and the patent statistics (EU-27) is conducted, Germany confidently leads in all indicators connected with realization of innovative activity. It is necessary to notice that Germany is also the largest foreign partner of Russia in trade of technologies. The peculiarities of organization and legal protection of scientific and research system of Germany are revealed. The complex of legal rules in the sphere of protection and use of IP is analyzed. The main attention is paid on German patent law and legal regulation of relations between employer and employee, who created the invention. German experience can be very useful for IP legislation improvement. The paper analyzes the peculiarities of legal protection and use of IP in Germany and legal regulation of IP and innovation activity. The specific features of German patent law are distinguished. The recommendations for Russia patent system improvement are formulated.

Keywords: legal protection of intellectual property; patent activity; innovation development

УДК 347.4

СОДЕРЖАНИЕ СУБСИДИАРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Х.Т. Насиров

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой гражданского права
Российско-Таджикский (Славянский) университет,
734025, Республика Таджикистан, г. Душанбе, ул. М. Турсун-заде, 30
E-mail: netlawyer@rambler.ru

Статья посвящена комплексному исследованию объема субъективных прав и обязанностей, принадлежащих участникам субсидиарного обязательства и составляющих его содержание. В работе обосновывается, что в субсидиарном обязательстве, как и в любых других обязательственных правоотношениях, субъективные права и обязанности участвующих в нем сторон определяют границы их правомерного (дозволенного и необходимого) поведения для той или иной ситуации, согласовывая его (это поведение) в отношении друг друга.

Ключевые слова: субсидиарное обязательство; кредитор; основной должник; субсидиарный должник; субъективные гражданские права и обязанности

Важнейшим элементом субсидиарного обязательства, без изучения которого невозможно понять ее квалификационную сущность как особого вида гражданского правоотношения, является его содержание. В юридической литературе большинством исследователей в качестве содержания правоотношения рассматриваются субъективные права и юридические обязанности, которыми наделяются участники этих правоотношений и которые в дальнейшем и предопределяют их поведение (этих участников) в рамках существующих между ними правоотношений [2, с. 82]. Несмотря на то, что и само понятие субъективных гражданских прав и юридических обязанностей в науке гражданского права определяется довольнотаки не совсем идентично [2, с. 83][1], все же воспользуемся именно данным определением для того, чтобы комплексно исследовать объем субъективных прав и обязанностей, принадлежащих участникам субсидиарного обязательства и составляющих его содержание. В субсидиарном обязательстве, как и в любых других обязательственных правоотношениях, субъективные права и обязанности участвующих в нем сторон определяют границы их правомерного (дозволенного и необходимого) поведения для той или иной ситуации, согласовывая его (это поведение) в отношении друг друга.

Так, имеющийся у кредитора, как у управомоченной в субсидиарном обязательстве стороны, объем субъективных прав потребовать надлежащего и своевременного исполнения его требований предопределяет как его собственные поведенческие возможности, так и поведенческие возможности контрагентных ему по обязательству лиц. В частности, чтобы удовлетворить свои интересы, кредитору предоставляется право сначала обратиться к основному должнику с

[1] Так, можно обозначить как минимум два наиболее распространенных подхода к определению субъективного гражданского права: как юридически обеспеченная мера возможного поведения управомоченного лица либо как возможность требовать определенных действий обязанного лица. В свою очередь, понятие юридической обязанности сегодня также не является единообразным. В частности, в учебнике «Гражданское право» под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого под субъективной обязанностью понимается мера необходимого поведения обязанного лица в гражданском правоотношении, требуемого от него в целях обеспечения реализации принадлежащего другому субъекту субъективного права. Нельзя не отметить и определение, предложенное В.С. Емом, в котором юридическая обязанность рассматривается как правовая форма, выражающая социальную необходимость практической деятельности субъектов гражданского правоотношения [3, с. 16]. Нам представляется, что необходимость и в первой и во второй конструкциях выражает не неизбежность поведения обязанного лица, а его долженствование.

© Насиров Х.Т., 2012

требованием исполнить принятые на себя обязательства и только затем в случае неисполнения этого требования со стороны основного должника предъявить их в неисполненной части к дополнительному должнику. Фактически кредитор не вправе напрямую обращаться к субсидиарному должнику исполнить его требование в части или полностью, минуя основного. По нашему мнению, именно данные субъективные права кредитора предопределяют меру его возможного поведения и пределы необходимого поведения основного и дополнительного должников в субсидиарных обязательствах.

В субсидиарных обязательствах кредитор вправе привлечь субсидиарного должника к ответственности по обязательствам основного должника не совместно с ним, а только в части неисполненного. В отличие от других обязательств в субсидиарном кредитор должен осознать, что его субъективное право принудить дополнительного должника к исполнению неисполненных обязательств в субсидиарном порядке появляется у него в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основным должником своих обязательств. Волевой характер действий кредитора на возможное привлечение субсидиарного должника к исполнению его требований в их неудовлетворенной части может быть сформирован только при наступлении одного из следующих условий: невозможности основным должником удовлетворить требования кредитора; когда в разумный срок кредитор не получит от основного должника ответа об исполнении предъявленного требования. В данном случае для кредитора становится необходимо достаточным поведение на установление вышеуказанных обстоятельств. Мера возможного поведения управомоченного лица предопределяет меру его должного поведения, обеспечивающего удовлетворение его интересов со стороны обязанных лиц. В частности, согласно ч. 1 ст. 430 ГК Республики Татарстан, при осуществлении своего субъективного права поведенческое долженствование кредитора включает в себя необходимость совершения им действий, направленных на установление факта и причин неисполнения основным должником принятых на себя обязательств либо на установление факта и причин уклонения основного должника от удовлетворения требований кредитора. В этой связи, по нашему мнению, представляются невозможным привлечь дополнительного должника к субсидиарной ответственности только из-за того, что основной должник своевременно не смог проинформировать кредитора о причинах неудовлетворения его требований. В этом случае кредитор обязан первоначально предъявить эти требования к основному должнику, для того чтобы установить невозможность исполнения обязательств или же обстоятельства уклонения от исполнения. Также для кредитора представляется невозможным осуществить свои субъективные права в части восполнения неудовлетворенных интересов за счет субсидиарного должника и в случаях, если им (кредитором) не предприняты достаточные действия, подтверждающие отсутствие условий, предусмотренных ч. 2 ст. 430 ГК Республики Татарстан. Кредитору запрещается привлекать субсидиарного должника к исполнению неисполненных обязательств основного должника при наличии двух условий: во-первых, если у основного должника имеется требование, удовлетворение которого может идти в зачет требований кредитора; во-вторых, если требование кредитора может быть удовлетворено посредством имеющегося у кредитора права на бесспорное взыскание денежных средств со счета основного должника [4, с. 621].

Анализ субъективных прав кредитора, осуществляемых им в рамках реализации субсидиарных обязательственных правоотношений, позволяет сделать вывод об их волевом содержании, когда они возникают, изменяются и прекращаются в соответствии с сформировавшейся у кредитора волей. При этом воля кредитора не только ориентирована на совершение действий, направленных на удовлетворение его интересов, но и предопределяет поведение обязанных ему лиц (прежде всего дополнительного должника) надлежащим образом исполнить требования кредитора, составляющих основу его интересов. Именно с момента, когда управомоченное в субсидиарном правоотношении лицо осознает необходимость удовлетворения своих интересов, у обязанных к нему в обязательстве лиц возникают корреспондирующие обязанности исполнить эти требования. В данном случае поведение обязанных лиц (особенно субсидиарного должника) в субсидиарных обязательствах

становится зависимым от действий кредитора с момента, когда последний сформирует свое волеизъявление на надлежащие осуществление принадлежащего ему объема субъективных прав.

Так, осознав, что основной должник не исполнил либо ненадлежаще исполнил принятые на себя обязательства, кредитор вправе привлечь к удовлетворению неисполненного дополнительного должника и данная возможность, наполненная силой публичного принуждения, предопределяет дальнейшее поведение субсидиарного должника. Фактически осуществление управомоченным лицом принадлежащего ему объема гражданских прав предопределяет и обеспечивается возникновением у обязанных в этом обязательстве лиц корреспондирующих гражданских обязанностей.

Однако это совсем не означает, что воздействие кредитора на поведение должников в субсидиарном обязательстве этим и ограничивается. В частности, в субсидиарном обязательстве дополнительный должник ощущает на себе влияние кредитора еще до возникновения у него обязанности надлежащим образом удовлетворить интересы управомоченной стороны в их неисполненной части. Так, сам факт неисполнения или ненадлежащего исполнения основным должником принятых на себя обязательств предопределяет осознание кредитором, предпринять действия, направленные на возникновение соответствующих прав и обязанностей, определяющие надлежащее удовлетворение интересов управомоченного субъекта в их неисполненной части со стороны субсидиарного должника. В результате неисполнения основным должником принятых на себя обязательств у кредитора возникает возможность своим волеизъявлением обязать субсидиарного должника удовлетворить эти обязательства в части неисполненного. В этом плане вполне очевидно, что до сформирования соответствующей воли вызвать определенные юридические последствия для дополнительного должника, у последнего никаких обязательств перед кредитором не возникает. Несмотря на это, поведение субсидиарного должника уже тогда становится весьма зависимым от еще не принятого кредитором решения. До принятия решения субсидиарный должник хотя ни к чему и не обязан, но он уже оказывается в положении ожидания того или иного волеизъявления управомоченного в субсидиарном обязательстве лица. Взаимосвязанность между еще несформировавшейся волей кредитора и поведением дополнительного должника прежде всего проявляется в потенциальном принятии должником любого из возможных решений кредитора, когда субсидиарный должник не вправе, да и не должен воспротивиться принятому кредитором решению, привлечь или не привлечь его исполнить неудовлетворенные основным должником требования. В этой связи данная возможность кредитора влиять на поведение субсидиарного должника, еще до совершения им (кредитором) определенных действий, делает ее весьма сходной с секундарными правами[2].

По нашему мнению, признать данные права кредитора по отношению к дополнительному должнику секундарными нельзя. Во-первых, секундарному праву управомоченного лица противостоит такая связанность пассивной стороны, которая воплощается в необходимости претерпевать результат значимых действий управомоченно-

[2]Конструкция «секундарные права» (gestaltungsrechte) была предложена немецким цивилистом Э. Зеккелем, выпустившим в 1903 г. в Берлине монографию, посвященную этой теме. Созданная им теория стала господствующей в германской цивилистике. Признавая секундарные права особой разновидностью субъективных прав, Э. Зеккель определил их как права, содержанием которых является возможность установить конкретное правоотношение посредством односторонней сделки. В современной науке гражданского права проблема секундарных прав также долгое время является предметом острых дискуссий. Существо спора в вопросе: существует ли в принципе такое явление, как секундарное право, а если существует, то какова его юридическая природа? Часть цивилистов выражают отрицательное отношение к конструкции секундарных прав и ограничиваются общими суждениями [6, с. 234]. Другие рассматривают секундарные права в качестве разновидности субъективных гражданских прав [1, с. 8]. Третья группа ученых признает наличие секундарных прав как особых правовых явлений и, следовательно, исходит из невозможности их отнесения к субъективным гражданским правам. Стоит отметить, что вопрос о секундарных правах всегда казался каким-то академическим, не имеющим сколько-нибудь практического значения, советское и нынешнее законодательство этот или схожий термин никогда не употребляло. Судебная практика также не пользовалась этим термином, да и споров, в которых бы внимание суда было обращено на суть данного явления для правильного разрешения рассматриваемого дела, насколько нам известно, не было.

го субъекта. Во-вторых, данное пассивное претерпевание обязанной стороны должно быть обусловлено непосредственно волей и действиями активного в обязательстве субъекта. В субсидиарном обязательстве возникновение обязательственных прав кредитора обусловливается прежде всего обстоятельствами, связанными с поведением основного должника надлежаще исполнить или не исполнить принятые на себя обязательства, и соответственно независимо от воли кредитора. Управомоченное в субсидиарном обязательстве лицо без наступления отлагаемого условия, выразившееся в неисполнении основным должником принятых на себя обязанностей, не в состоянии по своей воле вызвать какие-нибудь изменения юридического положения обязанного к нему дополнительного должника.

В этом плане в рамках определения границ дозволенного и необходимого поведения участников субсидиарного обязательства, большое значение приобретает исследование объема субъективных прав и юридических обязанностей основного должника. В данном случае, в субсидиарных обязательствах, для основного должника мерой его необходимого поведения становится надлежащее исполнение требований кредитора. При этом, рассматривая обязанность основного должника сквозь призму его активных действий, направленных на надлежащее исполнение требований кредитора, гражданское законодательство ненадлежащее исполнение субъективной обязанности основного должника, больше обеспечивает существованием стойкой фигуры субсидиарного должника, и это, как нам представляется, становится принципиальной особенностью субсидиарного обязательства. Как было отмечено, в рамках обеспечения и защиты своих интересов от возможного неправомерного поведения основного должника (когда основной должник не сможет исполнить принятое на себя обязательства или откажется от его исполнения) у кредитора появляется субъективное право привлечь субсидиарного должника исполнить неисполненную часть требований кредитора. В принципе в субсидиарном обязательстве должное поведение основного должника напрямую обеспечивается не принудительными механизмами его надлежащего исполнения, которых непосредственно в обязательстве для основного должника и не существует, а автоматическим возникновением обязательств субсидиарного должника. Надлежащее либо ненадлежащее исполнение требований кредитора со стороны основного должника, становится своего рода абстрактным условием для возникновения у управомоченного в субсидиарном обязательстве лица права требовать от альтернативного в этом обязательстве обязанного лица осуществления необходимого поведения, соответствующего его интересам (кредитора).

Во многих случаях для гражданского законодательства безразличны даже основания неисполнения либо ненадлежащего исполнения основным должником принятых на себя обязанностей. Соответственно, чтобы как-то обеспечить защиту законных прав и интересов субсидиарного должника от недобросовестного поведения как кредитора, так и основного должника, нельзя не отметить и такую субъективную обязанность основного должника, как предоставление своевременной информации дополнительному должнику о наличии возражений относительно имеющихся встречных требований к кредитору, удовлетворение которых может идти в зачет его требований и прекращения обязательства, и об имеющейся у кредитора возможности права на бесспорное взыскание денежных средств со своего счета. Это является основными субъективными обязанностями основного должника в субсидиарных обязательствах.

Как в первом случае, законодательство не обеспечивает данной активной информационной обязанности основного должника соответствующими принудительными механизмами надлежащего исполнения. И в данном случае необходимость действовать в интересах управомоченного в субсидиарном обязательстве лица не обеспечивается какой-либо санкцией за ее неисполнение. Для основного должника не предусматривается никакой ответственности за непредоставление либо несвоевременное предоставление субсидиарному должнику соответствующей информации о взаимозачете требований кредитора или их возможном бесспорном списании. Более того, сама эта мера должного поведения основного должника инициируется действиями субсидиарного должника, на которого согласно ч. 4 ст. 430 ГК Республики Татарстан, возлагается обязанность предупредить основного должника

о предъявленном требовании кредитора до их удовлетворения. Отсутствие механизмов принудительной реализации дает нам право назвать активные обязанности основного должника в субсидиарных обязательствах обязанностями регулятивного характера[3].

В свою очередь можно отметить, что регулятивному характеру информационных обязанностей основного должника корреспондирует его субъективное право потребовать от дополнительного должника совершения действий, связанных с уведомлением о предъявленных к нему со стороны кредитора требованиях. Как было отмечено выше, осуществление данного субъективного права основного должника обеспечивается в принудительном порядке лишь необходимым поведением обязанного в субсидиарном обязательстве дополнительного должника, для которого неисполнение указанных требований чревато в дальнейшем утратой права регрессного возмещения понесенных в связи с этим расходов.

В этой связи в юридической литературе отмечаются еще и регрессные обязанности основного должника в полной мере возместить все расходы, понесенные субсидиарным должником в процессе исполнения требований кредиторов, в не удовлетворенной основным должником части[4]. Однако назвать данные обязанности основного должника элементом субсидиарного обязательственного правоотношения представляется неверным. Как таковое субсидиарное обязательство прекращается моментом надлежащего исполнения дополнительным должником неисполненных основным должником требований кредитора. После этого субсидиарное обязательство трансформируется в регрессное обязательство между субсидиарным и основным должниками, в связи с чем соответственно регрессную юридическую обязанность основного должника можно считать элементом не субсидиарного, а уже другого обязательственного правоотношения.

Исследование субъективных прав и юридических обязанностей дополнительного должника так же не менее важно для изучения квалификационной сущности субсидиарных обязательств. В субсидиарном обязательстве граница правомерного поведения дополнительного должника предопределяется прежде всего не объемом его субъективных прав, а пределами возникших у него юридических обязанностей. При этом возникновение любой юридической обязанности дополнительного должника в субсидиарных обязательствах напрямую зависит от надлежащего исполнения своих обязанностей основным должником, вернее, от их ненадлежащего исполнения. Действительно, в субсидиарных обязательствах мера должного поведения дополнительного должника, надлежащим образом реализовать субъективные права управомоченного в этом обязательстве лица, определяется мерой невыполненного необходимого поведения основного должника в реализации этих же субъективных прав кредитора. Юридическая обязанность субсидиарного должника, соответственно, так и не наступит, если основным должником будут надлежаще исполнены все предъявленные к нему со стороны кредитора требования. Так, согласно ст. 392 ГК Республики Татарстан у поручителя не возникнут какие-либо дополнительные обязанности, если основной должник надлежащим образом исполнит все требования кредитора.

Фактически, в субсидиарное обязательственное правоотношение дополнительный должник вступает с потенциальными юридическими обязанностями, которые, возможно, и трансформируются в реальную меру должного поведения надлежащим образом восполнить юридические

---

[3] Основной должник, не исполнивший возложенную на него обязанность своевременно проинформировать субсидиарного должника об имеющихся к кредитору встречных требованиях, в какой-то степени рискует своим правом выдвинуть эти возражения против исполнившего эти требования дополнительного должника, в процессе регрессного возмещения понесенных расходов.

[4] Данная регрессная обязанность основного должника возместить расходы субсидиарного должника существует не во всех субсидиарных обязательствах. Так, собственник имущества казенного предприятия, возместив имеющиеся долги предприятия в субсидиарном порядке, не приобретает права на регрессное возмещение понесенных расходов. Субсидиарные обязательства законных представителей несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет по возмещению вреда, причиненного их подчиненным, также не приобретают права обратного регрессного требования к несовершеннолетнему.

обязанности основного должника в их неисполненной части. Но можно ли отождествить юридические обязанности субсидиарного должника с неисполненными юридическими обязанностями основного должника? Если исходить из целей исполнения этих обязанностей, то, естественно, они эквивалентны, так как и целью юридических обязанностей основного должника, и, в случаях их ненадлежащего исполнения, целью юридических обязанностей дополнительного должника является удовлетворение интересов кредитора, составляющих ядро его субъективного права. Однако если говорить о способах удовлетворения интересов кредитора, то исполненные юридические обязанности дополнительного должника вряд ли могут быть идентичны обязанностям основного должника в их неисполненной части. Так, несмотря на то, что согласно ст. 350 ГК Республики Татарстан на субсидиарного должника возлагается обязанность исполнить требования кредитора в их неудовлетворенной основным должником части, все же трудно говорить о строгой привязке принципа реального исполнения к субсидиарным обязательствам. Сказанное совсем не означает, что дополнительному должнику предписывается совершить именно те действия, которые основной должник отказался реально исполнить либо уклоняется исполнить. Наоборот, в случае если дополнительный должник по каким-то причинам не сможет исполнить в натуре обязательства основного должника, то обеспечительные функции субсидиарных обязательств предоставляют кредитору возможность потребовать от лица, несущего субсидиарную ответственность, удовлетворить неисполненные требования на основе их эквивалентной замены[5].

Не менее важной обязанностью субсидиарного должника являются его действия, направленные на предупреждение основного должника о предъявленных ему требованиях. Обеспечительный характер указанных обязанностей дополнительного должника прежде всего направлен на полноценную реализацию субъективных прав и обязанностей кредитора и основного должника. Своевременно предупредив основного должника о предъявленном ему со стороны кредитора требовании исполнить неудовлетворенные обязательства, субсидиарный должник соответствующим образом гарантирует надлежащее исполнение субъективных прав и обязанностей, возложенных на кредитора. В частности, через реализацию данной субъективной обязанности субсидиарный должник определяет для себя объем мероприятий, предпринятых кредитором и направленных на изначальное исполнение его требований основным должником[6]. Посредством предупреждения субсидиарный должник инициирует субъективную обязанность основного должника сообщить об имеющихся у него возражениях относительно встречных требований к кредитору и, соответственно, будет проинформирован даже о тех возражениях, на которые основной должник мог сослаться при отказе в исполнении по обязательству, но о которых дополнительный должник знать не мог.

В юридической литературе довольно скептически говорится о субъективных правах субсидиарного должника, как правило, отмечается, что в субсидиарных обязательствах дополнительный должник имеет только обязанности. Однако, когда мы отмечали основные информационные обязанности основного должника своевременно сообщить дополнительному должнику о наличии возражений относительно имеющейся у кредитора возможности права на бесспорное взыскание денежных средств либо об имеющихся встречных требованиях к кредитору, мы уже тогда не могли не выделить корреспондирующее этим обязанностям субъективное право субсидиарного должника потребовать от основного должника получение соответствующей информации.

[5] С другой стороны, это совсем не означает, что принцип исполнения в натуре полностью не приемлем для субсидиарных обязательств. Представляется, что и в субсидиарных обязательствах нельзя отказываться от исполнения обязательства в натуре, если существует хоть малейшая техническая возможность такого исполнения [5].

[6] Соответственно, субсидиарный должник будет обязан удовлетворить требования кредитора в их неисполненной части, если будет доказано, что предпринятый кредитором объем мероприятий на первоочередное исполнение его требований со стороны основного должника достаточно определен.

Данное субъективное право субсидиарного должника, как и корреспондируемое обязательство основного должника, не обеспечивается законодателем принудительными механизмами надлежащего его исполнения, но, несмотря на это, неисполнение указанных требований чревато для основного должника утратой права возражения в процессе регрессного возмещения расходов, понесенных дополнительным должником в связи с этим (конечно, если такое возмещение возможно).

Спорным представляются и предусмотренные в ч. 3 ст. 430 ГК Республики Татарстан субъективные права дополнительного должника, исполнившего субсидиарное обязательство, обратиться в регрессном порядке к основному должнику с требованием о возмещении ему понесенных в связи с этим расходов. Данные возможные действия субсидиарного должника в регрессном порядке потребовать от основного должника возмещения всех расходов, как и регрессные обязанности основного должника нужно рассматривать как элемент не субсидиарного правоотношения, а элемент регрессного обязательственного правоотношения, трансформировавшегося из субсидиарного[7]. Право субсидиарного должника, исполнившего обязательство обратиться в порядке регресса к основному должнику с требованием о возмещении понесенных ему в связи с этим расходов, становится для дополнительного должника юридически обеспеченной мерой возможного поведения не субсидиарного, а иного, регрессного, обязательства.

Нельзя не отметить и еще одно субъективное право дополнительного должника, своевременно получившего информацию о вышеотмеченных возможностях кредитора, отказаться исполнить его (кредитора) требования и потребовать первоначального взыскания или взаимозачета с основным должником[8]. В данных случаях мера возможного поведения субсидиарного должника напрямую предопределяется степенью исполненных основным должником обязанностей. Так, если дополнительному должнику станет известно о возможности кредитора удовлетворить свои требования посредством имеющегося у него права на бесспорное взыскание денежных средств со счета основного должника, то действия субсидиарного должника отказаться от удовлетворения требований кредитора в этой части представляются вполне приемлемыми, ибо эти требования могут быть исполнены за счет средств самого основного должника.

Таким образом, суммируя вышеизложенное, мы можем определить конструкцию субсидиарного обязательства как гражданское обязательственное правоотношение, субъектный состав которого представлен тремя участниками: кредитором, выступающим управомоченной стороной, основным должником, выступающим стороной обязанной, и должником дополнительным, потенциально готовым заменить основного, как только последний ненадлежаще исполнит либо не исполнит принятые на себя обязательства. Содержанием данного правоотношения становится, с одной стороны, субъективное право кредитора требовать у обязанных к нему в обязательстве лиц (основного и дополнительного должников) удовлетворения своих интересов, и, с другой стороны, юридические обязательства основного и субсидиарного должника, направленные на надлежащее исполнение требований кредитора, где обязанности основного должника надлежащим образом удовлетворить требования управомоченной

---

[7] При этом опять необходимо отметить, что не все субсидиарные должники, исполнившие неудовлетворенные требования кредитора, вправе в регрессном порядке требовать возмещения своих расходов. Так, собственник имущества казенного предприятия, возместив имеющиеся долги предприятия в субсидиарном порядке, не приобретает права на регрессное возмещение понесенных расходов. Законные представители несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет по возмещению вреда, причиненного их подчиненным, также не приобретают права обратного регрессного требования к несовершеннолетнему.

[8] Аналогичное право субсидиарного должника отказаться от удовлетворения притязаний кредитора существует и при субсидиарных обязательствах, наступивших по правилам ст. 318 ГК Республики Татарстан, согласно которой кредиторы казенного предприятия (учреждения) и иные заинтересованные лица смогут привлечь субсидиарно ответственное лицо только при недостаточности денежных средств у казенного предприятия (учреждения). В данном случае соответственно дополнительный должник вправе отказаться от исполнения в пользу кредитора со ссылкой на возможность первоначального взыскания на имущество должника.

стороны обеспечиваются потенциальными обязанностями дополнительного должника, в случае их неисполнения основным должником, удовлетворить эти требования в их неисполненной части.

Библиографический список

1. *Братусь С.Н.* Субъекты гражданского права. М., 1950. 367 с.
2. *Гражданское* право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 2-е изд. М., 1997. Ч.1. 784 с.
3. *Ем В.С.* Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): дис. …канд. юрид. наук. М., 1981. 209 с.
4. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Республики Таджикистан. Части первой (постатейный) с использованием судебной практики. Душанбе, 2004. 718 с.
5. *Насиров Х.Т.* Понятие и сущность принципов реального и надлежащего исполнения субсидиарных обязательств // Изв. Акад. наук Республики Таджикистан. 2010. №1.
6. *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. 340 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Bratus' S.N.* Sub#ekty grazhdanskogo prava. M., 1950. 367 s.
2. *Grazhdanskoe* pravo: uchebnik / pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo. 2-e izd. M., 1997. Ch.1. 784 s.
3. *Em V.S.* Kategorija objazannosti v sovetskom grazhdanskom prave (voprosy teorii): dis. …kand. jurid. nauk. M., 1981. 209 s.
4. *Kommentarij* k Grazhdanskomu kodeksu Respubliki Tadzhikistan. Chasti pervoj (postatejnyj) s ispol'zovaniem sudebnoj praktiki. Dushanbe, 2004. 718 s.
5. *Nasirov H.T.* Ponjatie i suwnost' principov real'nogo i nadlezhawego ispolnenija subsidiarnyh objazatel'stv // Izv. Akad. nauk Respubliki Tadzhikistan. 2010. №1.
6. *Halfina R.O.* Obwee uchenie o pravootnoshenii. M.: Jurid. lit., 1974. 340 s.

SUBSTANCE OF SUBSIDIARY OBLIGATIONS

Kh.T. Nasirov

Russian and Tajik (Slavonic) University
30, M. Tursun-Zade st., Dushanbe, Republic of Tajikistan, 734025
E-mail: netlawyer@rambler.ru

This article is devoted to the complex research of volume of the subjective rights and the duties belonging to the participants' of subsidiary obligation and making its maintenance. In this work it is proved that in subsidiary obligation, as in any other obligating legal relationship, the subjective rights and duties of the parties participating in it defines borders of their lawful (permitted and necessary) behavior for given situation, coordinating it (this behavior) for each other.

The analysis of the subjective rights of the creditor carrying out by him within the limits of realization of subsidiary obligating relationship allows drawing a conclusion on their strong-willed maintenance when they arise, changing and stops in according to the will generated by creditor. So, realizing that the principal debtor has not fulfilled or improperly performed its obligations, the lender has the right to bring to the satisfaction of additional unsettled the debtor. And this opportunity is filled with the power of public enforcement, determines the future behavior of the subsidiary debtor.

Thus, the construction of this relationship becomes the subjective rights of the creditor to demand from the persons according the obligations to satisfy his interests from one side and from other side the legal obligations of the main and subsidiary debtors directed to properly execution the demand of the creditors, where the duties of the main debtor to meet customer requirements party entitled thereto are provided with potential obligations of the additional debtor, in a case of not fulfilling them by the main debtor, to satisfy these requirements in their unfulfilled part.

Keywords: subsidiary obligation; creditor; main and subsidiary debtors; subsidiary responsibility; subjective civil rights and duties

УДК 347.426.42:347.6

К ПРОБЛЕМЕ КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

С.Н. Тагаева

Кандидат юридических наук
Российско-Таджикский (Славянский) университет
734025, Республика Таджикистан, г. Душанбе, ул. М. Турсун-заде, 30
e-mail: s.tagaeva@mail.ru

Статья посвящена исследованию института компенсации морального вреда и возможности его более широкого применения в семейно-правовых отношениях. Исследуются семейно-правовые нормы, регулирующие компенсацию морального вреда. Уделяется особое внимание возмещению морального вреда в родительских и приравненных к ним отношениях

Ключевые слова: семейно-правовая ответственность; компенсация морального вреда; родительские права; лишение родительских прав; противоправное поведение усыновителей; физические и нравственные страдания; алиментные обязательства; брачный договор; осуществление родительских прав

Компенсация морального вреда должна в полной мере использоваться в рамках именно семейных отношений, так как в основе семьи должно лежать личное доверие их участников друг к другу, чувство любви, дружбы, привязанности. Если такого «фундамента» нет, люди оказываются наиболее уязвимы и не защищены именно со стороны своих родственников. В силу того, что члены семьи стараются по возможности устранять возникающие между ними конфликты в семье на основе морально-этических правил, не прибегая для этой цели к средствам государственного принуждения, а также отсутствие соответствующих норм в Семейном кодексе оказывают сильное влияние на то, что компенсация морального вреда используется очень редко в качестве меры семейно-правовой ответственности. Однако «нарушение личных прав граждан в сфере семьи и брака нередко наносит гражданам самые ощутимые физические и нравственные страдания, для компенсации которых нет принципиальных препятствий» [3, с. 261]. Поэтому при наличии между причинителем физических и нравственных страданий и потерпевшим семейных отношений институт возмещения морального вреда может активно применяться. Конечно же, Семейный кодекс Таджикистана допускает применение гражданского законодательства к личным неимущественным отношениям между членами семьи постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений, но, тем не менее, было бы правильным расширение сферы применения института компенсации морального вреда путем закрепления подобной нормы именно в семейном законодательстве. Нет оснований не отнести к числу личных неимущественных благ, которые могут защищаться, вытекающие из брака или родства. В силу своей специфики семейные неимущественные права защищаются предусмотренными в СК способами как права участника именно семейных правоотношений, которым обычно корреспондируют обязанности других участников. В условиях, когда правоприменительные органы работают по шаблону и специализируются на определенных отраслях права, это было бы целесообразно как с практической стороны, так с технической, так как есть возможность исключить необходимость обращения к гражданскому законодательству и устранить сомнения правоприменительных органов в правильности толкования ими норм законодательства.

© Тагаева С.Н., 2012

Так, предусмотренная Семейным кодексом возможность компенсации морального вреда при применении такой санкции за нарушение семейного законодательства, допущенное одним из лиц, вступающих в брак при его заключении, т.е. признании брака недействительным, направлена на защиту наиболее незащищенной стороны в брачных отношениях – добросовестного супруга. Признание брака недействительным имеет противоправный характер, которое наряду с семейно-правовыми мерами ответственности – признанием брака недействительным предоставляет добросовестному супругу право требовать от виновного супруга возмещения всех понесенных в связи с состоянием в таком браке убытков (реального ущерба), также компенсации морального вреда за понесенные нравственные и физические страдания. По своем правовой природе признание брака недействительным имеет характер дополнительного неблагоприятного последствия для лица, допустившего правонарушение. Добросовестным является тот супруг, права которого нарушены заключением брака с пороками субъектного состава, с пороками воли и волеизъявления либо без цели создания семьи, т.е. не знавший о наличии препятствий к заключению брака, чаще всего называемый потерпевшей стороной. Аннулирование всех правовых последствий привело бы к нарушению его интересов. Исходя из этого законодатель защитил потерпевшего супруга от неблагоприятных последствий заключения подобного брака. Поэтому вряд ли можно согласиться с М.В. Кротовым, который считает, что недействительность брака ни мерой ответственности, ни мерой защиты [3, с. 327]. По его мнению, «нет никаких оснований рассматривать недействительность брака ни в качестве меры ответственности за нарушение семейного законодательства при наличии вины одного или обоих супругов, ни в качестве меры защиты, если вины обеих сторон нет» [3, с. 327]. Следуя данной точке зрения, можно забыть о правовых последствиях, которые порождает брак, признанный недействительным. Как же быть с детьми, рожденными в недействительном браке, которые имеют такие же права, что и дети, рожденные в действительном браке? Соответственно родители по отношению к детям, рожденным в недействительном браке или в течение 300 дней со дня признания брака недействительным, имеют такие же права и несут в том же объеме обязанности, что и родители по отношению к детям, рожденным в законном браке. При признании брака недействительным могут возникнуть дополнительные неблагоприятные последствия для недобросовестного супруга, которые представляют собой меры семейно-правовой ответственности. Поэтому нельзя отождествлять признание брака недействительным, которое обладает особенностями, характерными для семейного права, и признание сделки недействительной. Семейное законодательство, в отличие от правил о последствиях недействительности сделок, в которых потерпевшая сторона вправе требовать только возмещения реального ущерба, предоставляет добросовестному супругу право на полную компенсацию имущественного вреда, также право требовать компенсацию морального вреда. Конечно же, речь идет об особом случае компенсации морального вреда, причиненного в рамках имущественных отношений. Для возникновения у недобросовестного супруга обязанности компенсировать причиненный моральный вред должно быть доказано наличие всех необходимых оснований ответственности за его причинение. Так, должно быть доказано, что моральный вред причинен в связи с нарушением принадлежащих добросовестному супругу личных неимущественных и имущественных прав. Признание брака недействительным может умалять достоинство добросовестного супруга, снижать его оценку в собственных глазах; формирует тревожность, боязнь утраты себя, своего положения в обществе, ощущение агрессивности и враждебности к окружающему миру, во многих случаях может пострадать и его репутация в глазах других лиц; наконец, может оказаться ущемленным его право на создание семьи. Все эти последствия могут быть расценены

судом как понесенные нравственные страдания вследствие нарушения неимущественных прав добросовестного супруга.

Применение компенсации морального вреда возможно также при защите прав отдельно проживающего родителя на общение с ребенком и на получение информации о нем. Объем прав родителей не зависит от того, проживают они с ребенком или нет [1, с. 199]. Общение ребенка с родителем является жизненно важной потребностью и ребенка и родителя. Но бывают случаи, когда осуществлению родительских прав мешают определенные обстоятельства, к которым можно отнести и раздельное проживание родителей. В случае раздельного проживания родители должны определить своим соглашением, с кем будет проживать ребенок. Если родители не могут прийти к соглашению, вопрос о том, с кем будет проживать ребенок, решается судом. В жизни нередки случаи, когда родитель, с которым остался проживать ребенок, создает условия, фактически лишающие другого родителя возможности общаться с ребенком и участвовать в его воспитании. В результате ущемляются законные права и интересы как одного из родителей, так и ребенка. Конечно же, имеются в виду те случаи, когда общение ребенка с отдельно проживающим родителем не представляет опасности для ребенка, не допускается осуществление родительских прав в ущерб физическому и психическому здоровью детей и их нравственному развитию. Право на общение является одним из личных прав родителей, нарушение этого права, создание условий, затрудняющих или делающих невозможным его реализацию, рассматривается как правонарушение. В силу того, что отдельно проживающий родитель не может осуществлять свои родительские права в полном объеме лишь потому, что проводит с ним меньше времени, препятствование родителем, с которым проживает ребенок, может причинить ему нравственные страдания. Отдельно проживающий родитель и так страдает после развода, так как не может гармонизировать отношения между собой и бывшим супругом, а также взаимоотношения с детьми. В силу того, что обычно бывшие супруги расходятся врагами, конфликт между ними сохраняется многие годы, втягивая в свое болезненное пространство близких родственников, друзей и детей. Часто встречается ситуация, когда они стараются своим поведением уязвить бывшего супруга, настраивают людей против него, стремятся к самоутверждению. В данном случае люди расходятся с глубокой психологической травмой в душе, которая не заглаживается порой всю жизнь. Также страдают после развода дети, так как «в подсознательной сфере психики формируется отношение к самому себе, как к такому человеку, которого бросают, что впоследствии может проявиться в неуверенности и заниженной самооценке ребенка» [7]. Более того, он начинает воспринимать отношения между людьми как нестабильные, ненадежные, которые могут всегда и в любой момент разрушиться [7]. Поэтому право на общение отдельно проживающего родителя с ребенком отвечает не только интересам родителя, но и ребенка. В случаях виновного в препятствовании общению с ребенком отдельно проживающему родителю, причинившему нравственные страдания последнему, законодательно должно быть предоставлено право для предъявления искового заявление о компенсации морального вреда.

Безусловно, моральный вред может причиняться не только взрослым членам семьи, но и несовершеннолетним детям, даже в раннем возрасте, как только они способны испытывать физические и нравственные страдания. С младенческого возраста дети уязвимы в части различных форм насилия в их семьях. Поэтому именно при совершении правонарушений в отношении несовершеннолетнего компенсация морального вреда должна применяться широко.

Это случаи, когда родители или лица, их заменяющие, бьют, издеваются над детьми, унижают, оскорбляют, жестоко обращаются с ними, принуждают к совершению противоправных действий, не кормят, выгоняют из дома или относятся к ним без-

различно, живут только своей жизнью, не интересуясь жизнью детей, нанося им незаживающие психические травмы. В зависимости от возраста и уровня развития потерпевшего исполнители могут быть различными, например родители, мачеха или отчим, приемные родители, братья или сестры и другие члены семьи и попечители. Некорректные формы воспитания детей, унижение их человеческого достоинства, психическое и физическое насилие все чаще прослеживаются в семьях, в дошкольных учреждениях, учебных заведениях, детских домах и интернатах, специальных учебно-воспитательных учреждениях [4, с. 488]. К сожалению, насильственное лишение жизни и нанесение увечий в семье обычно происходят в жилище или на прилегающих к нему участках. Насилие в отношении детей в семье может часто осуществляться под видом дисциплины и принимать форму физических, жестких или унижающих достоинство наказаний. Физическое насилие часто сопровождается психологическим насилием: оскорбления, брань, изоляция, отторжение, угрозы, эмоциональное безразличие и унижение являются формами насилия, которые могут нанести ущерб психическому развитию и общему состоянию ребенка, особенно если они идут от уважаемого взрослого человека, каким является родитель. Оставление без надзора, в том числе отказ от удовлетворения физических и эмоциональных потребностей детей, оставление их в опасности или неоказание медицинской помощи или иных необходимых услуг являются причиной смертности и заболеваемости среди детей младшего возраста. Особую неизгладимую психологическую, часто и физическую травму наносят изнасилования несовершеннолетних, сопряженные с убийством или угрозой убийством, тяжкими телесными повреждениями, истязаниями, похищением детей, с различными деяниями иного сексуального характера. Справедливо отмечено Ю.Ф. Беспаловым: «Вредоносное поведение родителей может сказаться на поведении ребенка и через годы» [2, с. 50]. Вряд ли в данном случае возможно компенсировать причиненные нравственные страдания в денежном выражении, однако это позволит хоть как-то сгладить совершенное деяние и покарать правонарушителя на всю жизнь. Конечно, по общим основаниям, действия, причиняющие вред личным неимущественным правам и благам (причинение телесных повреждений любой степени тяжести, побои, оскорбление, клевета, незаконное лишение свободы и др.), всегда порождают у потерпевшего право требовать денежной компенсации за причиненные страдания независимо от того, в какого рода отношениях он состоит с причинителем вреда.

Так, родители могут быть лишены родительских прав, если уклоняются от выполнения обязанностей родителей, в том числе при злостном уклонении от уплаты алиментов, злоупотребляют своими родительскими правами, жестоко обращаются с детьми, в том числе осуществляют физическое или психическое насилие над детьми, покушаются на их половую неприкосновенность, совершают умышленное преступление против жизни или здоровья своих детей либо против жизни или здоровья супруга. В вышеуказанных случаях ребенок испытывает не только физические, но и нравственные страдания. Лишения родительских прав недостаточно для достижения социальной справедливости и устранения каким-либо образом причиненной ребенку психологической травмы. Поэтому было бы правильным закрепление в статье, регулирующей порядок лишения родительских прав, возможности требования компенсации морального вреда несовершеннолетнему ребенку в возрасте до 14 лет одним из родителей (лицами, их заменяющими), прокурором, органами и учреждениями, на которых возложена обязанность по охране прав несовершеннолетних. А по достижении 14 лет сам ребенок вправе требовать по суду компенсации морального вреда, вызванного нарушением его прав и интересов. Также была бы целесообразной разработка механизмов по использованию взысканного морального вреда. В целях исключения нецелевого использования взысканной суммы морального вреда было бы правильным создание бан-

ковского вклада на имя несовершеннолетнего, воспользоваться которым он сможет по достижении 18 лет.

Такие же дополнения должны быть предусмотрены в случае отмены опеки и попечительства, отмены усыновления, поскольку являются формами устройства детей, оставшихся без попечения родителей.

Так, основаниями для отмены усыновления могут быть обстоятельства, свидетельствующие о противоправном виновном действии усыновителей, нарушающих интересы несовершеннолетнего, а именно: уклонение от выполнения возложенных на них обязанностей родителей, злоупотребление родительскими правами, жестокое обращение с усыновленным ребенком, а также наличие асоциальных заболеваний (алкоголизм, наркомания). Безусловно, виновное поведение усыновителя не может не отразиться на формировании личности несовершеннолетнего, в отношении которого осуществлялось физическое или психическое насилие, применялись недопустимые приемы воспитания, унижалось человеческое достоинство ребенка; также родительские права могут наносить ущерб интересам ребенка: создавать препятствия в обучении, склонять к попрошайничеству, воровству, проституции и т.д. Ребенок, безусловно, испытывает физические и нравственные страдания, степень которых сам не способен оценить в силу несформированной психики, поэтому правом на отмену усыновления и при наличии причиненного морального вреда должны обладать родители, орган опеки и попечительства, прокурор в отношении малолетнего ребенка и сам ребенок по достижении возраста 14 лет.

Другая форма устройства детей – опека и попечительство должна быть законодательно подкреплена нормой о возможности выдвижения требования о компенсации морального вреда, причиненного ребенку, находящемуся под опекой или попечительством. В случае прекращения опеки и попечительства при виновном поведении опекуна или попечителя, выражающемся в злоупотреблении своими правами, жестоком обращении с ребенком, в том числе и при использовании опеки (попечительства) в корыстных целях, несовершеннолетний может получить психологическую травму, которая будет оказывать на него воздействие всю жизнь. Поэтому при наличии в действиях опекуна (попечителя) признаков противоправности и виновности, морального вреда, причиненного несовершеннолетнему, есть возможность постановки вопроса о предъявлении искового заявления о компенсации морального вреда.

Институт компенсации морального вреда направлен прежде всего на сглаживание физических и нравственных страданий, причиненных личным неимущественным отношениям и другим нематериальных благам. А моральный вред, причиненный имущественным отношениям, подлежит компенсации лишь в случаях, указанных в законе. К сожалению, в семейном праве имеется определенный круг отношений, которые являются имущественными, но нарушением которых могут причиняться нравственные страдания субъектам семейных отношений. Однако возможность реализации компенсации морального вреда при защите семейных имущественных прав исключена. Но ведь семейные имущественные отношения, в отличие от гражданско-правовых, не обладают эквивалентностью, так как мера и счет в семейных отношениях не применимы, что связано с сильным влиянием на них моральных и нравственных принципов. Справедливо было отмечено в специальной литературе: если имущественные отношения, регулируемые гражданским правом, выражают по своей сущности имущественную обособленность их участников (отношения собственности, их имущественно-распорядительную самостоятельность, эквивалент связей – товарно-денежные отношения), то имущественные связи в семье – это отношения общности имущества супругов, отношения безэквивалентной материальной помощи и поддержки нуждающихся членов семьи [6, с. 10]. Даже А.П. Сергеев, несмотря на то, что является сторонником позиции о выделении семей-

ного права в качестве подотрасли гражданского, пишет: «Признание семейного права составной частью гражданского права вовсе не исключает того, что семейные отношения по сравнению с другими гражданско-правовыми отношениями обладают спецификой» [3, с. 225]. Поэтому в исключительных случаях, когда нарушены имущественные права субъекта семейного права, повлекшие причинение ему нравственных страданий, было бы целесообразным законодательное закрепление возможности компенсации морального вреда.

Классическим примером семейных имущественных отношений являются алиментные обязательства. Сегодня взыскатель алиментов не может обратиться в суд с требованием о компенсации морального вреда, поскольку ст. 171 Гражданского кодекса Таджикистана прямо указывает на необходимость закрепления такой защиты имущественных прав на уровне закона. Специфика алиментных правоотношений проявляется в существенном личностном факторе их реализации; они должны быть обеспечены возможностью компенсации морального вреда. Существование алиментных обязательств обусловлено неравномерным закреплением материальных ценностей среди отдельных лиц в семье, а также различной способностью последних извлекать доходы на свой труд и на свой капитал [3, с.446]. Несовершеннолетние дети не могут самостоятельно обеспечить себя, поэтому обязанность по их содержанию законом возложена на их родителей. Бывают случаи, когда дееспособные супруги (бывшие супруги), другие члены семьи в силу состояния здоровью, малых способностей к труду и предпринимательству, обремененности различными обстоятельствами и прочего также не в состоянии обеспечить себя самостоятельно. Поэтому именно алименты представляют собой имущественное содержание, которое выплачивает плательщик получателю алиментов на условиях, установленных семейным законодательством или соглашением сторон. Порой именно алименты служат единственным средством существования гражданина, и задержка их выплаты влечет невозможность поддерживать его минимальный жизненный уровень, что может отрицательно сказываться на здоровье, вызывать такие физические страдания, как голод, болезни и нравственные страдания, связанные с имущественными лишениями. Наличие нравственных страданий вполне может рассматриваться как основание для компенсации морального вреда. На наш взгляд, компенсация морального вреда должна производиться при нравственных страданиях получателя алиментов, который долго и безуспешно пытался их взыскать с виновно уклоняющегося плательщика или виновно задержал их выплату. В качестве индивидуальных особенностей потерпевшего при определении размера причиненного морального вреда должны учитываться возраст, наличие заболеваний, повышающих степень перенесенных страданий. Важно доказать факт претерпевания физических и нравственных страданий. Вопрос о компенсации может решаться в суде при удовлетворении иска о взыскании алиментов (в данном случае взыскатель должен доказать факт уже предпринимаемых, но безуспешных попыток взыскать алименты во внесудебном порядке), а также в обстоятельствах неисполняемого решения суда или алиментного соглашения или виновной задержки выплаты алиментов.

Если решение о компенсации морального вреда будет приниматься в процессе о взыскании алиментов, то размер взыскиваемой суммы должен определяться судом независимо от размера взыскиваемых алиментов, но моральный вред здесь должен взыскиваться только при удовлетворении алиментного требования.

Безусловно, не следует забывать, что компенсация морального вреда не освобождает плательщика алиментов от погашения текущих платежей и задолженности по алиментам и привлечении к ответственности за несвоевременную уплату алиментов.

Другой сферой семейных имущественных отношений, где действует институт компенсации морального вреда, может быть признание брачного договора недействительным. Законодатель считает вполне

совместимым с отношениями, основанными на взаимной любви, заключение брачного договора, т.е. сделки, определяющей имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения. Брачные договоры имеют свою специфику и, в отличие от гражданско-правовых договоров, длятся гораздо дольше, чем гражданско-правовые. Права Л.Б. Максимович, которая утверждает, что, несмотря на то, что брачный договор не может регулировать личные неимущественные отношения супругов, нарушение любого личного права может повлечь для супруга-нарушителя ряд неблагоприятных имущественных последствий, предусмотренных брачным договором [5, с. 127]. Данный договор основан на семейных узах, эмоциональных чувствах, но, тем не менее, для него исключения не делаются – условия расторжения этого договора регулируются нормами гражданского законодательства. Вряд ли разумно было бы предположить, что статус участника семейных отношений предоставляет причинителю морального вреда какой-либо иммунитет от требований потерпевшего о его компенсации. Как нам известно, брачный договор не может ставить его стороны в крайне неблагоприятное положение или противоречить основополагающим началам семейного законодательства. В частности, речь идет о нарушении принципа равноправия супругов в семье, когда у одного из супругов имеются лишь права, а у другого лишь обязанности. Права и обязанности должны быть у обеих сторон брачного договора. При нарушении этого правила одна из сторон может быть поставлена в крайне неблагоприятное положение, т. е. крайне невыгодные одной из сторон, явно ущемляющие ее права и навязанные ей при обстоятельствах, исключающих свободное волеизъявление. В данном случае супругу, поставленному в крайне невыгодное положение, могут быть причинены физические и нравственные страдания, что может являться основанием для предъявления иска о компенсации морального вреда. Безусловно, данное исковое заявление может быть предъявлено после предъявления иска о признании брачного договора недействительным супругом или его законным представителем при его недееспособности, поскольку в данном случае необходимо доказать причинно-следственную связь между причинением физических и нравственных страданий и заключением брачного договора на крайне невыгодных условиях. Поэтому было бы целесообразным законодательного закрепления дополнений в статью о признании брачного договора недействительным нормы, предоставляющей супругу, поставленному в крайне неблагоприятное положение права на предъявления искового заявления о компенсации морального вреда, в случае претерпевания им физических и нравственных страданий.

Библиографический список

1. *Антокольская М.В.* Семейное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2003. 333 с.
2. *Беспалов Ю.Ф.* Теоретические и практические проблемы реализации семейных прав ребенка в Российской Федерации: дис. ...д-ра юрид. наук. М, 2002. 348 с.
3. *Гражданское* право: учебник . 3-е изд., перераб. и доп./под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998. Т. 3. 632 с.
4. *Криминология*: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 1999. 678 с.
5. *Максимович Л.Б.* Брачный договор в российском праве. М.: Ось-89, 2003. 144 с.
6. *Рясенцев В.А.* Советское семейное право. М., 1982. 256 с.
7. URL: http://psylist.net/family/00013.htm (дата обращения: 12.09.2011).

Bibliograficheskij spisok

1. *Antokol'skaja M.V.* Semejnoe pravo: uchebnik. 2-e izd., pererab. i dop. M.: Jurist, 2003. 333 s.
2. *Bespalov Ju.F.* Teoreticheskie i prakticheskie problemy realizacii semejnyh prav

rebenka v Rossijskoj Federacii: dis. ... d-ra jurid. nauk. M, 2002. 348 s.
3. *Grazhdanskoe* pravo: uchebnik . 3-e izd., pererab. i dop./pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo. M.: Prospekt, 1998. T. 3. 632 s.
4. *Kriminologija*: uchebnik / pod red. V.N. Kudrjavceva, V.E. Jeminova. 2-e izd., pererab. i dop. M.: Jurist#, 1999. 678 s.
5. *Maksimovich L.B.* Brachnyj dogovor v rossijskom prave. M.: Os'-89, 2003. 144 s.
6. *Rjasencev V.A.* Sovetskoe semejnoe pravo. M., 1982. 256 s.
7. URL: http://psylist.net/family/00013.htm (data obrawenija: 12.09.2011).

THE PROBLEM COMPENSATION OF MORAL HARM IN FAMILY LAW

S.N. Tagaeva

Russian and Tajik (Slavonic) University
30, M. Tursun-Zade st., Dushanbe, Republic of Tajikistan, 734025
E-mail: s.tagaeva@mail.ru

The article investigates the Institute compensation of moral harmand the possibility of wider use in family law. Despite the fact that the Tajik Family Code allows the use of civil law to the relationsbetween family members, it would be correct extension of the scope of the Institute of compensation of moral harm by securingsuch a rule is in family law. Special attention compensation for moral harm in the parent and similar relationships.

Since a very early age, children are vulnerable to various forms of violence in their families. Therefore, it is the commission of violations of the right of a minor non-pecuniary damage should be widely applied. It is noted that the institution of non-pecuniary damage is directed primarily at smoothing the physical and mental suffering caused by personal relations and other intangible benefits. But the moral damage caused to property relations, is compensable only in cases specified by law. Unfortunately, in family law there is a certain circle of relations, which are proprietary, but the violation of which can cause mental suffering subjects of family relationships. But the feasibility of non-pecuniary damage in the protection of family property rights is excluded. But the family property relations, in contrast to the civil law does not have an equivalence, since the measure and expense of family relationships are not applicable due to the strong influence on their moral and ethical principles. In particular, the importance of non-pecuniary damage is great in the regulation and maintenance obligations of the marriage contract.

Keywords: Family and liability; compensation of moral harm; parental rights; termination of parental rights; adoptive wrongful conduct; physical or mental suffering; maintenance obligations; the marriage contract; the exercise of parental rights

ВЕСТНИК ПЕРМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

2012 **Юридические науки** **Выпуск 1(15)**

УДК 347.1

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Л.В. Щенникова

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой гражданского права
Кубанский государственный университет
350040, г. Краснодар, ул. Ставропольская, 149
E-mail: alexander_mikov@mail.ru

Теория предмета гражданского права, понимание сущности имущественных отношений позволяет констатировать, что эффективность экономики любой страны зависит от качества гражданско-правового регулирования. Проблемы эффективности российской экономики связаны, по мнению автора, в том числе с отсутствием постановки целей гражданско-правового регулирования имущественных отношений. Сравнительно-правовой анализ позволяет рекомендовать российскому законодателю связать цели гражданско-правового регулирования с достижением общего блага, состоящего в поступательном развитии общества и экономическом прогрессе.

Ключевые слова: гражданское право; предмет гражданского права; имущественные отношения; эффективность российской экономики; цивилистика; гражданское законодательство; цель гражданско-правового регулирования

Вопросом принципиальной важности для любой отрасли права является предмет правового регулирования. Определить предмет – значит уяснить, какие именно общественные отношения нормами данной отрасли регулируются. Соответственно, предмет гражданского права характеризует его содержание, пределы действия, отграничивает от иных отраслей российского права.

При всей важности количественных показателей предмета правового регулирования, т. е. параметров объема нормативного воздействия, более сущностным вопросом, на наш взгляд, является вопрос качества или эффективности данного воздействия на общественные отношения. Для гражданского права проблема эффективности правового регулирования в большей степени связана с основополагающими, базовыми, отношениями, входящими в его предмет, отношениями имущественными. Вот почему именно об эффективности гражданско-правового регулирования имущественных отношений мы и поведем речь.

Итак, отношениям, регулируемым гражданским законодательством, специально посвящена ст. 2 ГК РФ. Само название статьи, что называется, обязывает. Обязывает к тому, чтобы, с одной стороны, очертить весь круг гражданско-правового воздействия, одновременно выделив главное звено в общей цепи взаимосвязи общественных отношений. С названной обязанностью на деле у законодателя возникли трудности. Предмет гражданского права «растворился» в чертах метода, определении предпринимательской деятельности и задачах защиты нематериальных благ. В результате на уровне кодифицированного гражданского закона осталось, так сказать, «в тени», оказалось особо не выделенным главное, основополагающее, сущностное в предмете гражданско-правового регулирования. Всего два слова, образующих простейшее словосочетание «имущественные отношения», теряются в объемном первом пункте ст. 2. Думается, что современная редакция ГК, отражая позицию законодателя,

© Щенникова Л.В., 2012

явилась следствием застоя цивилистической науки в исследовании проблемы предмета гражданского права. Однако можно с уверенностью утверждать, что вопрос существа гражданско-правовых отношений, их роли и значения в обществе является «одним из труднейших и запутаннейших вопросов науки права» [4, с.759]. Как подчеркивал профессор А.В. Тархов [11, с. 26], понятие имущественных отношений имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. Тем не менее, сожалел ученый, именно данное понятие в науке и праве «не сложилось», а то немногое, что было написано, «мало пригодно для практических нужд». Многим просто кажется, рассуждал А.В. Тархов, что это понятие «наперед известно», другие не придают этому фундаментальному понятию особого значения. В итоге теоретической путаницы и отсутствия серьезного внимания к разработке проблемы закономерным выглядит решение законодателя о «выбросе» категории «имущественные отношения» на «задворки» гражданского законодательства (на «задворках» в русском языке: самое последнее, невидное и невыгодное место). Да, так случилось, что имущественные отношения в нашей стране и формально-юридические, и фактические, с точки зрения внимания государства, оказались на невидимом, невыгодном, далеко не на первом месте. Кому-то даже могло показаться, что частные отношения в условиях рыночной экономики – это удел индивидуальной воли и свободы. Соответственно, нет необходимости познавать закономерности экономического развития и последовательно развивать их в нормах гражданского права. Более того, можно, отказавшись от плановой экономики, обойтись без цели правового регулирования экономических отношений. Так ли это? На что ориентировала нас классическая гражданско-правовая и экономическая литература? В каких итогах экономического развития России может быть виновно отечественное гражданское право? На эти вопросы важно найти теоретический ответ для того, чтобы незамедлительно и безотлагательно действовать в условиях реальной практики общественных, экономических отношений.

Итак, первый вопрос нашего анализа будет касаться классики российской цивилистики. **Возможно ли в дореволюционной истории развития теоретической мысли найти подходы, так необходимые к применению отечественным законодателем сегодня?**

Сделаем два шага назад для того, чтобы оказаться в девятнадцатом веке, когда в мире активно развивался так милый нашему сердцу сегодня рынок и научная мысль не могла не откликаться на проблемы, им порождаемые. Кстати, и тогда среди представителей науки гражданского права, исследовавших предмет отрасли, можно было условно выделить «рыночников» и «нерыночников».

Среди «нерыночников» популярным был упрощенный подход к предмету, согласно которому гражданским правом называется совокупность норм, определяющих взаимные отношения людей в их частной жизни [2, с. 75]. Это определение, хотя и мало уязвимое, но абсолютно бесполезное, так как не содержит ни одного признака, указывающего на качественную специфику гражданского права. Наряду с названным, в дореволюционной цивилистике получила обоснование экономическая теория предмета гражданского права. Ее последовательным идеологом был К.Д. Кавелин. И пусть не все выводы из научного наследия этого ученого бесспорны и были подвергнуты справедливой критике, но можно с уверенностью утверждать, что есть в кавелинской теории рациональные зерна, которые важно видеть и постараться взрастить на новой почве экономических реалий XXI века.

Первым рациональным «зерном», очевидным проявлением ценности теории К.Д. Кавелина было то, что он сумел показать значение понимания специфики предмета отрасли гражданского права для построения добротного здания гражданского законодательства.

Ученый прозорливо подметил, что есть такие понятия в цивилистической науке, которые, считаясь общеизвестными,

на самом деле абсолютно непонятны, так как каждый понимает их по-своему, придает им особый смысл.

В числе таких обманчиво понятных понятий оказалось и центральное в гражданском праве – понятие предмета отрасли. Практическим итогом теоретического недоразумения явилось «здание» российского гражданского права, которое К.Д. Кавелин нелицеприятно называл «старой храминой» [4, с. 760–769], построенной под влиянием недоразумений и случайностей. Перестраивать гражданское право К.Д. Кавелин предлагал по строгому плану, опираясь на общие начала, основополагающим из которых является предмет гражданско-правового регулирования.

Вторым рациональным зерном теории К.Д. Кавелина был вывод о том, что бесплодно характеристику предмета гражданского права строить на противопоставлении частного права публичному. Совершенно недостаточно назвать гражданское право партикулярным или приватным. Из этой посылки может показаться, что «до отношений, регулируемых гражданским правом, обществу и государству нет никакого дела» [4, с. 768]. С этим выводом согласиться никак нельзя, доказывал К. Д. Кавелин, так как «во всех частях гражданского права оказывается много такого, что по своему значению и роли (влиянию) касается более или менее всего общества» [4, с. 768]. Не нуждается в единстве и проведении общих интересов, по К.Д. Кавелину, разве что толпа. Напротив, в сколько-нибудь организованных формированиях, пусть даже «каком-нибудь шахматном клубе», необходимо единство и целостность, которая обеспечивается с помощью правовых норм. Само регулирование законом, резюмировал К.Д. Кавелин, есть «выражение общественной потребности в виде общего обязательного правила» [4, с. 760]. Таким образом, гражданско-правовое регулирование выполняет наиважнейшую задачу оптимального выражения познания цивилистической наукой общественной потребности.

Третьим рациональным звеном теории К.Д. Кавелина можно полагать собственно ее экономическую сущность. Ученый считал предметом гражданского права «общественные отношения по поводу материальных, вещественных ценностей в виде физических вещей, прав и услуг» [4, с. 856]. Таким образом, гражданское право виделось К.Д. Кавелиным как право на вещественные ценности или, по другому, право имущественное. Таким образом, в данной теории удачно было выведено на передний план главное звено в предмете гражданского права, которое составляют имущественные отношения.

Наконец, ценность теории К.Д. Кавелина заключается в том, что ученый сумел показать, что имущественные отношения в условиях рынка не могут быть пущены на самотек, отданы на произвол судьбы, на откуп отдельных лиц с их частными интересами и потребностями. Гражданское право, по К.Д. Кавелину, – это не есть область произвола и исключительной свободы индивидуальной воли. Напротив, оно должно создаваться из необходимостей разного рода. Необходимостей общественных, государственных, природных, физических. Имея предметом регулирования сложнейшие экономические отношения, познав весь комплекс необходимостей, гражданское право должно системно выстроить такой механизм правового регулирования, чтобы сделать экономику наиболее эффективной. К.Д. Кавелин точечно наметил наиболее важные для решения посредством гражданско-правового регулирования вопросы: это вещи, исключенные из гражданского оборота, в том числе земля и природные ресурсы, это система вещных прав на земельные участки, это запрещенные к совершению сделки; это форма, предусматриваемая для торговых сделок и сделок с недвижимостью, это устройство коммерческих и некоммерческих организаций, включая университеты, и многое, многое другое. От решения всех этих экономически важных вопросов зависит общий итог экономического развития любой страны.

Какую роль гражданско-правовому регулированию общественных отношений отводит классическая экономическая наука?

Современником К.Д. Кавелина был К. Маркс, глубоко исследовавший процессы рыночной экономики периода капитализма XIX века. Занимаясь анализом отношений производственных, К. Маркс не мог не видеть и не отметить в своих работах глубинную взаимосвязь экономических отношений с их гражданско-правовым оформлением. Рассуждая о товарах, образно описывая их «беззащитность» в гражданском обороте, К. Маркс подчеркивал определяющее значение таких гражданско-правовых форм, как собственность и договор. «Без признания в друг друге собственников, лица не смогли бы ни присваивать себе чужой товар, ни отчуждать собственный» [8, с. 94], – утверждал К. Маркс. Иначе говоря, наследие К. Маркса свидетельствует, что без юридического сопровождения, придающего необходимую форму, развитие экономического содержания было бы невозможным. О важности гражданско-правового регулирования для снятия разнообразных противоречий, лежащих в экономической действительности рынка, писали К. Маркс и Ф. Энгельс в их известном труде «Немецкая идеология» [6, с. 90–91]. «Духовная и материальная деятельность, наслаждение и труд, производство и потребление выпадают на долю различных индивидов», – писали классики. «Добиться того, чтобы они не вступали друг с другом в противоречие, возможно только путем устранения разделения труда» [6, с. 90]. Продолжая данную мысль, можно сказать, что если нельзя противоречия устранить, то можно их хотя бы минимизировать, в частности, с помощью гражданско-правового регулирования.

Наиболее четко о связи экономических отношений и гражданского права сказал Ф. Энгельс в произведении «Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии». Наиболее цитируемой фразой Ф. Энгельса является утверждение о том, что право «в сущности сводится к тому, что оно санкционирует существующие при данных обстоятельствах нормальные экономические отношения между отдельными лицами» [7, с. 311]. Однако за этой крылатой фразой следуют не менее важные рассуждения о взаимосвязи экономического базиса и гражданско-правовой формы. Так вот, форма, в которой дается санкция, по Ф. Энгельсу, может быть различной. Нормы гражданского права, представляя собой юридическое выражение экономических условий общественной жизни, могут, смотря по обстоятельствам, делать это «иногда хорошо, а иногда и плохо» [7, с. 311]. Взглянув вечно на современное ему гражданское право разных стран, Ф. Энгельс показал, насколько сложным является труд по созданию классического свода гражданских законов буржуазного общества. Где-то «подсунули буржуазный смысл под феодальное наименование», где-то «низвели римское право до уровня этого общества». К сожалению, труд «якобы просвещенных юристов» по созданию гражданских законов редко завершался удачей. Возникает практически важный вопрос: а почему? Думается, дело все в необходимости предварительного познания законов экономического развития, постановки задач и требуемых ориентиров.

Хорошее гражданское право может быть построено на фундаменте хорошей экономической теории государственного развития. В отсутствии такого предварительного условия всякие попытки выстроить здание гражданско-правового регулирования будут завершаться неудачей.

На чем «споткнулась» цивилистика советского периода в исследовании предмета гражданско-правового регулирования?

Своеобразным расцветом в развитии учения о понятии имущественных отношений были шестидесятые-семидесятые годы XX века. В этот период по сути все ведущие цивилисты страны высказались по поводу имущественных отношений в предмете гражданского права. В числе этих ученых можно назвать и С.С. Алексеева, и С.Н. Братуся, и В.Ф. Яковлева, и Ю.К. Толстого, и О.А. Красавчикова, и В.А. Тархова. Интересный факт истории отечественной циви-

листики: в эпоху нерыночной экономики имел место расцвет рыночной проблематики в предмете гражданского права. Но, тем не менее, ведущие ученые нашей страны, рассуждая на тему о предмете, «споткнулись» на дискуссии. Теоретические построения и разногласия по их поводу увели цивилистов в сторону, отвлекли от выводов практического характера. Спорили о соотношении отношений имущественных с производственными и о возможности придания волевого характера производственным отношениям. Нет особого смысла сегодня пересказывать различные точки зрения, которым была посвящена солидная монографическая литература. Более того, когда делается акцент на дискуссии, теряется, подчас, главное, незаметно отвлекая от смысла познания проблемы. Вот почему представляется правильным выделить точку зрения, высказанную о понятии имущественных отношений А.В. Тарховым [11, с. 26–35], поскольку она наиболее точно и научно обоснованно подвела черту под рассуждениями чисто теоретического характера, поставив перед законодателем вполне практические задачи. Итак, люди вступают по своей воле в имущественные отношения, – рассуждал А.В. Тархов. Их итогом являются отношения производственные, представляющие собой отношения в процессе труда, т. е. целесообразной деятельности человека. Данная деятельность тоже носит волевой характер. Каждый человек действует сознательно, а все индивидуальные действия складываются в определенный результат. Производственные отношения независимы в том смысле, что без них не может существовать человеческое общество. Этого объективного положения вещей изменить нельзя. Однако каждый человек действует в зависимости от множества обстоятельств абсолютно индивидуально. Все отдельные волевые действия индивидов сливаются в определенный объективный общественный результат. Этот общий итог может быть различным. В одном случае частнособственнические отношения развиваются стихийно, тогда процесс производства господствует над людьми. В другом сами люди ставят его под сознательный контроль и регулирование, тогда уже человек господствует над процессом производства. Следовательно, отношения имущественные, регулируемые гражданским правом, делал вывод А.В. Тархов, необходимо ставить под сознательный контроль законодателя. Таким образом, можно говорить об индивидуальной и общественной воле, что проявляется в производственных отношениях. Индивидуальная воля людей проявляется в их индивидуальных актах, производственного характера. Общественная воля находит свое выражение в общественном регулировании складывающихся между людьми отношений. Можно ли обойтись проявлением исключительно индивидуальных воль в экономическом развитии? На этот вопрос А.В. Тархов отвечал отрицательно. Выводом практического характера из приведенной теории может быть следующий. Для действенного гражданско-правового регулирования имущественных отношений необходимо последовательное, научно обоснованное формирование общественной воли. Тогда производственные отношения как система будут отношениями волевыми, поскольку в них естественным образом объединятся воли индивидуальные с волей общественной, проявляющейся в коллективном разуме законодателя. Обращаясь к теории имущественных отношений советского периода, нельзя не вспомнить С.Н. Братуся, внесшего весомый вклад в ее развитие. В наследии ученого можно обнаружить ряд выводов, которые непосредственно посвящены соотношению гражданского права и экономики. «Мы утверждаем, – писал С.Н. Братусь, – что воздействие на поведение участников общественного производства – это, в конечном счете, воздействие на производственные отношения, ибо тем самым осуществляется воздействие на итог, объективный результат деятельности участников» [1, с. 12]. Регулируя поведение людей, воздействуя на их волю, рассуждал ученый, гражданское право тем самым закрепляет и развивает производственные отношения в том направлении, которое обес-

печивает сохранение, упрочение и развитие данного общества. Гражданское право, резюмировал профессор Братусь, воздействует и на непосредственное производство, и на распределение, и на обмен, и на потребление. Таким образом, можно утверждать, что любое общество, с помощью государства осуществляющее гражданско-правовое регулирование, закладывает фундамент для развития экономики. Поэтому результаты экономического развития – это показатель эффективности гражданского права.

Основные показатели экономического развития нашей страны начала XXI века

Как известно, ключевым показателем экономического развития любой страны является объем внутреннего валового продукта (ВВП). Под ним понимается ценность всех товаров и услуг, произведенных в течение года на территории государства. Что касается России, то наша страна по объему ВВП на душу населения отстает от всех развитых стран и многих развивающихся [10]. По оценкам аналитиков, показатель роста экономики России в 2010 г. является «худшим результатом в клубе БРИК и худшим среди других крупных стран СНГ» [3]. Вклад внутренне ориентированных секторов экономики страны либо упал до нуля, как подчеркивают экономисты, либо сильно снизился, отражая крайне медленное восстановление потребительского и инвестиционного спроса. Локомотивом экономического роста сегодня является сырьевой экспорт, главным образом экспорт сырой нефти. Наша страна обеспечивает нефтью, газом, углем десятки стран мира и развивает свою экономику, все увеличивая объемы этого экспорта. Цифры свидетельствуют о стагнации реальных доходов населения и «сжатии» потребления. Так, реальные располагаемые доходы населения в январе 2011 г. оказались на 5,5% ниже уровня января 2010 г. Важнейшей составляющей экономического развития являются инвестиции в основной капитал промышленности. Инвестиции здесь важны как внутренние, когда страна вкладывает в свое развитие собственные средства, так и, конечно, иностранные. При этом инвестиции первого рода являются наиболее значимыми, так как вкладывая в свое развитие больше средств, страна обеспечивает сама свое процветание в будущем. Помня истину, что все познается в сравнении, отметим, что за период 1999-2009 гг. Китай инвестировал в основной капитал в 8,8 раз больше средств, чем Россия. Комментируя данный показатель, специалисты констатируют, что «мы отстаем от Китая "навсегда"» [10]. Если говорить об иностранных инвестициях, то в РФ, по версии Росстата, в 2010 г. они упали на 15%, сократившись до 13,8 млрд дол. Эта годовая цифра соизмерима с чистым оттоком капитала из России в январе 2011 г., поскольку он также оценивается в 13 млрд дол. Если же брать средний показатель, то ежемесячно из нашей страны вывозится около 10 млрд дол.

Итак, экономическая ситуация в России первого десятилетия XXI века выглядит достаточно напряженно. Производим товаров и услуг на душу населения мало. Зарабатываем в основном на экспорте сырья. Полученные средства не вкладываем в развитие собственной промышленности, а отправляем за пределы страны.

Как оценить сложившуюся экономическую модель России в сравнении с зарубежными аналогами?

В Мониторинге экономического развития России за период с 1991 по 2010 г., подготовленном большой группой ведущих российских экономистов, в том числе членом-корреспондентом РАН, д.э.н., профессором В.А. Цветковым, заместителем академика-секретаря ООН РАН, д.э.н., профессором Л.А. Апоговым [9], комментируется, что «в результате реконструкции командно-административной экономики, на ее месте возникла особая модель, которая до сих пор совмещает в себе черты капиталистической и социалистической систем».

Экономисты выделили и основные характеристики данной модели: «высокая концентрация собственности в руках частных финансово-промышленных групп и стремление крупных корпоративных объединений оказывать влияние на органы гос-

ударственной власти в процессе принятия важных экономических решений» [9]. Можно ли сказать, что данную модель мы выстраивали целенаправленно? Думаю, что нет. В официальных документах, нормативно-правовых актах подобных задач никто не ставил. Если обратиться к зарубежному экономическому опыту, то при всем разнообразии подходов модели, подобной отечественной, нет нигде.

Так, например, экономика Австралии считается «инновационно-ориентированной». Здесь стабильный экономический рост на протяжении последнего десятилетия сочетается с низкой инфляцией, увеличением эффективности производства и производительности труда. Австралия входит в группу стран с высоким уровнем жизни и социальной защищенности. В стране с развитыми отраслями считаются машиностроение, химическая промышленность, металлургия, пищевая промышленность. По рейтингу ООН «Где лучше жить» Австралия занимает четвертое место в мире [5].

Экономика Германии считается социально-рыночной, поскольку в ней сочетаются социальный баланс и рыночная свобода. Данная экономическая модель предполагает в значительной мере свободные действия рыночных сил, основной упор делается на социальное обеспечение. Авторами подобной экономической модели были вполне конкретные люди: Людвиг Эрхард и Альфред Мюллер-Армак. Данная модель представляет собой компромисс между экономическим ростом и равномерным распределением богатства. В центр государственной системы поставлена предпринимательская деятельность, позволяющая равномерно распределять социальные блага в обществе. Высокий уровень социальных гарантий обеспечивается тем, что 40% чистой прибыли немецких компаний идет на оплату труда и на отчисления в социальные фонды. Для экономики Германии характерна высокая степень индустриализации. Здесь очень большую долю в производстве ВВП составляет промышленность [13].

Экономической модели Великобритании присуще «гибкое государственное регулирование», которое позволяет обеспечивать общую стабилизацию национальных макроэкономических показателей, низкий уровень инфляции и безработицы. Именно правильная государственная экономическая политика, по свидетельству экспертов, помогает британской экономике справляться с большинством негативных явлений. Основными статьями экспорта Великобритании являются машиностроение, транспорт, промышленные товары и химикаты. Промышленность является одной из ведущих по значимости отраслей британского хозяйства, составляя 18,6% от ВВП [12].

Экономика США считается «диверсифицированной». Среди развитых стран мира США практически не имеют конкурентов по своему индустриальному развитию. Таким образом, США в настоящее время являются наиболее постиндустриальным государством. Среди отраслей материальной сферы в США важнейшей является промышленность, которая обеспечивает высокий уровень технического развития других сфер хозяйства. Отличительной чертой экономики этой страны является ориентация на передовую технику. Она лидирует в области внедрения результатов технической науки в производство и в экспорте лицензий на новейшие разработки. Частная собственность не препятствует ощутимой роли государства в экономике США. В 2004 году доля государственного сектора экономики от национального дохода составила 47%. Финансово-экономический кризис и политика количественного смягчения, по предварительным прогнозам, увеличит долю государственного сектора экономики до 50% [14]. Кстати, экономическое развитие США никогда не лишалось определенного руководства. Основы такой практики были заложены одним из «отцов-основателей» страны и ее первым министром финансов Александром Гамильтоном, выдвинувшим стратегию экономического развития США.

Итак, зарубежный опыт успешного экономического развития свидетельствует,

во-первых, о том, что рыночная экономика не исключает, а, наоборот, требует гибкого государственного регулирования. Во-вторых, для успеха нужна цель, определенная стратегия экономического развития. Она может быть закреплена нормативно и обеспечиваться системой государственного принуждения. В-третьих, основой экономического развития должна быть промышленность, на успешное развитие которой должны быть отпущены значительные денежные средства. В-четвертых, государство не может устраняться от участия в предпринимательской деятельности. Доля государственного сектора не может быть неоправданно занижена. В-пятых, для обеспечения социальной составляющей гражданского общества необходимо государственное влияние на частные компании, в том числе влияние на размер их отчислений в социальные фонды, но никак не наоборот.

Некоторые итоги или можно ли винить отечественное гражданское право в нуждах экономики?

Наши рассуждения о предмете гражданско-правового регулирования с точки зрения показателей качества или эффективности воздействия могут быть сведены в ряд важных выводов.

1. Гражданское право является правом имущественным по своей сути, так как имущественные отношения составляют его фундамент, выступают основополагающими. Экономическая модель гражданского права является предпочтительной, поскольку обнажает его специфику.

2. Относясь к ветви частного права, гражданское право не может быть уделом индивидуальных воль, правом произвола. В имущественных отношениях, помимо сугубо частного (партикулярного), есть многое общественно значимое, так сказать, необходимое для эффективного развития. Необходимости существуют общественные, государственные, природные, финансовые и т.п. Этот комплекс, служащий общей пользе, должен быть понят правовой наукой, и с учетом такого понимания должно строиться гражданско-правовое регулирование.

3. Имущественные отношения являются волевыми. При этом индивидуальная воля проявляется в отдельном, конкретном, экономическом отношении. При этом в целостной совокупности имущественных отношений, называемых отношениями производственными, должна проявляться общая воля, получающая свое выражение в правовом регулировании. Для эффективного гражданско-правового регулирования имущественных отношений необходимо последовательное, научно обоснованное формирование общей воли.

4. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений может быть хорошим, т.е. эффективным и, наоборот, плохим, не создающим стимулов к развитию. При этом влияние гражданско-правового механизма на имущественные отношения является всеохватывающим, так как обнимает и производство, и распределение, и обмен, и потребление. Хорошее гражданское право должно строиться на добротной экономической теории с понятными целями и задачами экономического развития.

С учетом сформулированных выводов можно констатировать, что в неудачах российской экономики повинно в значительной мере отечественное гражданское право, позволившее доминантой гражданско-правового регулирования сделать индивидуальную волю и свободу частного усмотрения.

В общем массиве гражданского законодательства были упущены «необходимости», подлежащие познанию отечественной экономической и цивилистической науками. Не были сформулированы стратегическая цель развития имущественных отношений в стране, а также конкретные экономические задачи, направленные на ее достижение. Соответственно, не был разработан научно обоснованный механизм проведения целей и задач в жизнь. Государство самоустранилось от гибкого регулирования имущественных отношений, от активного участия в предпринимательской деятельности. В результате ослабления государства влияние на принятие значимых экономических реше-

ний стали оказывать коммерческие структуры, преследующие сугубо партикулярные интересы.

Об отправной точке гражданско-правового регулирования имущественных отношений

Вспоминается загадка из детства: что идет всегда впереди человека? Не все сразу верно ее отгадывали. Но правильным ответом была мысль. Человек – существо мыслящее и целеустремленное. Не может быть без цели и гражданско-правовое регулирование. Постановка цели как раз и служит отправной точкой построения механизма гражданско-правового регулирования. В действующем ГК России не сформулирована цель развития имущественных отношений в нашей стране. В этом нам надо учиться. А учителями в данном вопросе могут быть как государства большие и успешные, например Япония, так и маленькие, но удачно преодолевающие трудности, например княжество Андорра. Итак, обратимся к ст. 1 ГК Японии. Это страна, сумевшая стать великой экономической державой, занимающей третье место по номинальному ВВП, создавшая очень высокий уровень жизни для своих граждан. Начинается эта статья, а следовательно, и весь текст кодифицированного гражданского закона Японии правилом, что все частные права должны следовать общественному благосостоянию. Иначе говоря, целью частноправового регулирования в этой стране провозглашено общее благо, а значит, поступательное развитие общества и его экономический прогресс. Как видим, отнюдь не индивидуальное и партикулярное ставится во главу угла и превращается в цель развития имущественных отношений. Наоборот, на передний план выдвигается общее, общественно значимое, позволяющее судить о развитии экономики государства как целого.

В княжестве Андорра, карликовом, однако процветающем благодаря туризму государстве Европы, цель развития экономических отношений сформулирована на уровне Конституции страны. Статья 32 Основного закона княжества Андорра цель экономического развития устанавливает как достижение общего благосостояния, которое обеспечивается государством в рамках рыночной экономики благодаря сбалансированному развитию общества и предоставленной ему (государству) возможности вмешиваться в организацию экономической, коммерческой, финансовой, трудовой жизни страны.

О достижении высших общественных интересов как цели экономического развития гласит ст. 11 Конституции Республики Албания. Сегодня одна из беднейших стран Европы, Албания, тем не менее, в лице законодателя не только провозглашает свободу хозяйственной деятельности в условиях рыночной экономике, но и мечтает о высоком уровне развития, закрепляя приоритет общего над частным в экономическом развитии. Задачам ГК посвящена особая статья кодифицированного закона Социалистической Республики Вьетнам. Главным в развитии имущественных отношений этого государства Юго-Восточной Азии, пережившего войны и политические потрясения, является удовлетворение потребностей людей. При этом гражданское законодательство закрепляет, что индивидуальное всегда должно включаться в общее дело, содействовать общему социально-экономическому развитию страны.

Какие разные страны, но их объединяет общее стремление к поступательному экономическому развитию, которое не может быть основано исключительно на индивидуализации и свободе усмотрения. Думается, что ГК России также должен начинаться с постановки главной задачи экономического развития. Главным для нас должна быть общая польза, заключающаяся в поступательном социально-экономическом развитии страны, позволяющем обеспечивать растущие потребности ее граждан. По большому счету гражданское право – это и есть право потребностей, потребностей удовлетворенных, и, главное, удовлетворенных потребностей большинства.

Библиографический список

1. *Братусь С.Н.* Курс советского гражданского права. М., 1963. 196 с.
2. *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского права. Вып. 1: Введение и общая часть. 380 с. СПб., 1894.
3. *Естественный* аналитический обзор НРА. Вып. 15: Февраль 2011 / Нац. рейтинговое агентство [Электронный ресурс]. URL: http://www.ra-national.ru (дата обращения: 06.12.2011).
4. *Кавелин К.Д.* Собрание сочинений. СПб., 1900. Т. 4: Этнография и правоведение. 1350 с.
5. *Краткий* экономический обзор по Австралии [Электронный ресурс]. URL: http://www.aus-2004.ex.ru/review.html (дата обращения: 04.12.2011).
6. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения: в 39 т. 2-е изд. М., 1955. Т. 3: Немецкая идеология. 630 с.
7. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения: в 39 т. 2-е изд. М., 1961. Т. 21: Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии. 746 с.
8. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения: в 39 т. 2-е изд. М., 1960. Т. 23: Капитал. 908 с.
9. *Мониторинг* экономического развития России в период с 1991 по 2010 г.: опыт циклического анализа макроэкономической динамики [Электронный ресурс]. URL: http://www.cemi.rssi.ru/mei/articles/brics-2011-ch3.pdf (дата обращения: 05.12.2011).
10. *Российские* реформы в цифрах и фактах [Электронный ресурс]. URL: http://kaivg.narod.ru (дата обращения: 06.12.2011).
11. *Тархов А.В.* О понятии имущественных отношений // Правоведение. 1962. №3. С. 26-35.
12. *Экономика* Великобритании [Электронный ресурс]. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Экономика_Великобритании (дата обращения: 06.12.2011).
13. *Экономика* Германии [Электронный ресурс]. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Экономика_Германии (дата обращения: 06.12.2011).
14. *Экономика* США [Электронный ресурс]. URL:http://ru.wikipedia.org/wiki/Экономика_США (дата обращения: 06.12.2011).

Bibliograficheskij spisok

1. *Bratus' S.N.* Kurs sovetskogo grazhdanskogo prava. M., 1963. 196 s.
2. *Vas'kovskij E.V.* Uchebnik grazhdanskogo prava. Vyp. 1: Vvedenie i obwaja chast'. 380 s. SPb., 1894.
3. *Estestvennyj* analiticheskij obzor NRA. Vyp. 15: Fevral' 2011 / Nac. rejtingovoe agentstvo [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.ra-national.ru (data obrawenija: 06.12.2011).
4. *Kavelin K.D.* Sobranie sochinenij. SPb., 1900. T. 4: Jetnografija i pravovedenie. 1350 s.
5. *Kratkij* jekonomicheskij obzor po Avstralii [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.aus-2004.ex.ru/review.html (data obrawenija: 04.12.2011).
6. *Marks K., Jengel's F.* Sochinenija: v 39 t. 2-e izd. M., 1955. T. 3: Nemeckaja ideologija. 630 s.
7. *Marks K., Jengel's F.* Sochinenija: v 39 t. 2-e izd. M., 1961. T. 21: Ljudvig Fejerbah i konec klassicheskoj nemeckoj filosofii. 746 s.
8. *Marks K., Jengel's F.* Sochinenija: v 39 t. 2-e izd. M., 1960. T. 23: Kapital. 908 s.
9. *Monitoring* jekonomicheskogo razvitija Rossii v period s 1991 po 2010 g.: opyt ciklicheskogo analiza makrojekonomicheskoj dinamiki [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.cemi.rssi.ru/mei/articles/brics-2011-ch3.pdf (data obrawenija: 05.12.2011).
10. *Rossijskie* reformy v cifrah i faktah [Jelektronnyj resurs]. URL: http://kaivg.narod.ru (data obrawenija: 06.12.2011).
11. *Tarhov A.V.* O ponjatii imuwestvennyh otnoshenij // Pravovedenie. 1962. №3. S. 26-35.
12. *Jekonomika* Velikobritanii [Jelektronnyj resurs]. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Jekonomika_Velikobritanii (data obrawenija: 06.12.2011).
13. *Jekonomika* Germanii [Jelektronnyj resurs]. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/

Jekonomika_Germanii (data obrawenija: 06.12.2011).
14. *Jekonomika* SShA [Jelektronnyj resurs]. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Jekonomika_SShA (data obrawenija: 06.12.2011).

PROPERTY RELATIONS IN CIVIL LAW: THE THEORY AND PRACTICE

L.V. Schennikova

Kuban State University
149, Stavropolskay st., Krasnodar, 350040
E-mail: alexander_mikov@mail.ru

The theory of a subject of civil law, understanding of essence of property relations allows to ascertain that efficiency of economy of any country depends on quality of civil law regulation. Problems of efficiency of the Russian economy are connected, according to the author, including, with absence of statement of the purposes of civil law regulation of property relations. The comparative legal analysis allows to recommend to the Russian legislator to connect the purposes of civil law regulation with achievement of the general welfare consisting in forward development of a society and economic progress. Author proves that despite the importance of quantitative subject of legal regulation, that is, the parameters of the volume of normative impact, more than the essential question is whether the quality or efficiency of the impact on social relations. The author reveals the theory of the subject of civil law, defines the concept its main component – property relations in the article. He formulates a conclusion that the efficiency of market development depends on the quality of civil regulation. An analysis of state economic development in Russia leads to the conclusion that there were serious problems and gaps in the civil legal regulation at this period. The author outlines the "starting point" of civil regulation. It is seen in the goal setting civil regulation, implemented by codified civil law. The author suggests that the current edition of the Civil Code (article 2), reflecting the position of the legislator, was the result of stagnation in the civil doctrine concerning a problem of the subject of civil law. Analysis of the economic situation of today's Russia has shown that a large portion of our revenue comes from sales in international markets of various raw materials. As a result, became apparent low technology and weak competitiveness of domestic economy, making it dependent and inefficient. The purpose of civil law, according to the author, should be a general benefit, which consists in the progressive socio-economic development, which allows to provide the growing needs of its citizens.

Keywords: civil law; the subject of civil law; property relations; the efficiency of the Russian economy; civil doctrine; civil laws; the purpose of civil law regulation

IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

УДК 364 (075.8)

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ СОВРЕМЕННОЙ СИСТЕМЫ СОЦИАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ НАСЕЛЕНИЯ В РОССИИ

З.П. Замараева

Доктор социологических наук, профессор, зав. кафедрой социальной работы
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: zinaidazamaraeva@mail.ru

В статье содержится анализ нормативно-правового обеспечения современной системы социальной защиты населения. Автор определяет не только преимущества развития данной отрасли с позиции ее правового обеспечения, но и противоречия нормативного характера, являющиеся сдерживающим фактором в преобразовании существующей системы.

Ключевые слова: нормативно-правовой анализ; система социальной защиты; противоречия нормативного характера; федеральный уровень; региональный уровень; законодательство РФ; организационно-функциональное обеспечение

Устойчивое развитие общества, его способность надежно гарантировать высокую социальную защищенность являются фундаментальным критерием оценки многих научных доктрин и общественной практики. Данные обстоятельства актуализируют необходимость изучения специфики существующих норм и основных правовых механизмов формирования современной системы социальной защиты населения.

Актуальность проблемы, вызванная противоречиями в нормативно-правовом обеспечении деятельности современной системы социальной защиты населения, обусловила выбор темы, определили цель оформления статьи.

Как известно, социальная защита затрагивает сферу жизненно важных интересов населения. Ее качественные и количественные характеристики свидетельствуют об уровне социального, экономического, правового развития общества и государства. Право на социальную защиту – признанная международным сообществом и гарантированная государством возможность человека удовлетворять свои физиологические, социальные и духовные потребности в объеме, необходимом для поддержания достойной жизни.

В отечественной научной литературе термин «социальная защита» относительно новый. Его появление обусловлено изменениями, происшедшими в общественном устройстве страны в 90-х гг. В условиях трансформации системы общественных отношений происходило активное формирование разных направлений жизнедеятельности населения и в первую очередь социального законодательства по вопросам социальной защиты.

Совокупность норм, определяющая эту деятельность, впервые была обозначена постановлением Совета Министров РСФСР «О первоочередных мерах по созданию государственной системы социальной помощи семье» (1991 г.) .

В последующем стратегия реформирования системы социальной защиты, отразившая позиции целого ряда политических деятелей, общественных организаций и формирований, нашла свое выражение в

© Замараева З.П., 2012

Конституции и законодательстве Российской Федерации.

Данные документы продекларировали переход от принципов всеобщего социального обеспечения *к европейской системе социальной защиты,* определив ее как государственную сферу, включающую в себя органы власти различных уровней, обеспечивающих государственную поддержку различным категориям людей, а также предприятиям и учреждениям. Решение определяемых Конституцией и законами Российской Федерации задач осуществляется, с одной стороны, через реализацию конституционных прав и социальных гарантий в сфере жизнеобеспечения населения, с другой – через создание условий для развития собственных ресурсных возможностей человека, направленных на самообеспечение.

Уже к середине 90-х годов были заложены основы законодательного регулирования социально-экономического положения отдельных объектов социальной защиты (пенсионеры, беженцы, инвалиды, пожилые граждане, вынужденные переселенцы и др.). В первую очередь эти законодательные акты устанавливали основы нормативно-правового регулирования в области социального обслуживания населения, а также осуществления государственной системы социальных гарантий.

Значительным событием в развитии данного процесса стала разработка и реализация национальной программы социальных реформ в Российской Федерации на 1996–2000 годы. Ее принятие кардинально изменило существующую систему социальной защиты. Она предусматривала совершенствование государственных социальных гарантий, поддержку благосостояния семей с детьми, развитие новых социальных технологий, формирование сети специальных учреждений социального обслуживания, увеличение объема и расширение перечня оказываемых социальных услуг. Одновременно с этим осуществлялось формирование новых элементов социальной инфраструктуры, учреждений социального обслуживания граждан. При этом реорганизация концептуальных основ социальной защиты проводилась с учетом приоритета предоставления каждому конкретному человеку установленных государством социальных благ и гарантий его жизнеобеспечения.

Для ее реализации была создана необходимая нормативная база. Приняты федеральные законы «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» и «О государственной социальной помощи». Эти законы заложили основу для правоприменения прожиточного минимума при осуществлении мер социальной защиты населения, что обусловило вступление в силу целого ряда норм, реализация которых непосредственно связана с осуществлением социальной защиты населения. Актуальными были данные законы и для субъектов РФ, поскольку почти каждый регион страны относительно обособленно разрабатывал социальные стандарты, систему важнейших социальных индикаторов жизнедеятельности населения, используя при этом разные методики определения качества жизни, минимального прожиточного бюджета и т. п.

Это обстоятельство обусловило разработку своей нормативной базы по вопросам социальной защиты населения на региональном уровне, способствующей упорядочению процесса в данной области.

К сожалению, в условиях социальной дезадаптации общества и сужения возможностей самообеспечения активных социальных субъектов в региональном законодательстве значительную долю составили нормы, направленные на социальную защиту малообеспеченных слоев населения (пенсионеры, инвалиды, семьи с детьми). Нормативные документы были построены по единому образцу, они фиксировали право жителей регионов на получение разовой или постоянной помощи в случае, если совокупный душевой доход семьи, ниже установленного на территории прожиточного минимума. Отмечалось, что получателями помощи являются лица, ставшие малообеспеченными по не зависящим от них обстоятельствам. В ряде законов ограничен круг получателей помощи.

Несмотря на очевидные достоинства нового социального законодательства, оно не отвечало современным требованиям развитого общества. Во многом только что принятые законы носили декларативный

отсылочный характер к тем нормативным актам, которые еще не приняты и, как следствие, не имели прямого действия. В конечном итоге такая практика снижала уровень социальной защищенности граждан и эффективность процесса становления отрасли.

Появилась потребность в новом механизме государственного правового регулирования в социальной сфере, который позволил бы обеспечить баланс между федеральным и региональным законодательством. При этом предстояло активнее задействовать все уровни социальной защиты населения (федеральный, региональный, местный), определить по каждому из них задачи, полномочия, механизмы реализации, источники финансирования.

Упорядочению данного процесса способствовало внесение изменений в Федеральный закон от 6 октября 2003 г. №131 «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». В результате социальная защита населения выведена из сферы компетенции органов местного самоуправления, основная социальная нагрузка и ответственность возложена на властные региональные структуры.

Кроме того, принятые в 2005 году федеральные законы №122 и №141 внесли кардинальные изменения в социальное законодательство России. Были заменены такие, уже ставшие привычными для россиян, понятия «права», «льготы» новым определением – «монетизация льгот». В соответствии с документами льготные категории населения с января 2005 года вместо натуральных льгот стали получать по желанию денежную компенсацию, так называемый социальный пакет, включающий 450 руб. на лекарственное обеспечение, санаторно-курортное лечение, стоимость проезда в пригородных электропоездах.

Развивая и конкретизируя положения Конституции в области социальной защиты, социальное законодательство пока не смогло в равной степени полноценно решить этот вопрос. Одним из существенных противоречий социального законодательства является и тот факт, что большинство федеральных законов не обеспечено реальным финансированием.

Наиболее острой проблемой, серьезно влияющей на процесс формирования и развития новой системы, стали противоречия нормативного характера.

Во-первых, проблема разграничения полномочий в области социальной защиты. В законах зачастую использовалось обобщенное понятие «органы государственной власти» без выделения федерального и субфедерального уровней. Отсутствовала регламентация оказания видов социальной защиты населению, не было указания на компетенцию каждого уровня управления в организации социальной защиты, равно как и в части объема социальных услуг и социальной помощи, качества социального обслуживания, что, безусловно, сказывалось на реализации социальных гарантий гражданам России.

Во-вторых, требовали отдельного согласования многие направления совместной деятельности в сфере социальной защиты, которые были отнесены к предметам совместного ведения между федеральным центром и регионами, до момента изменения законов.

Одним словом, предполагались серьезные преобразования на федеральном и региональном уровнях существующих законов и нормативных актов по социальной защите населения для приведения в соответствие социального законодательства. В сложившейся правовой ситуации не исключены были «конфликты», когда старые нормы вступят в противоречие с новым законодательством.

Возникала реальная необходимость уточнения правового поля и границ компетенции в условиях разграничения полномочий формирующейся системы социальной защиты.

Таким образом, в современном российском обществе сложилась тенденция, свидетельствующая о бессистемном и противоречивом нормативно-правовом обеспечении формирующейся системы социальной защиты населения, не соответствующая уровню развития российской и международной нормативной практики. Противоречия нормативно-правового характера обусловили необходимость периодического обновления и уточнения правового механизма

по мере изменения социально-экономической ситуации в стране.

Библиографический список

1. *Григорьянц Г.Н., Замараева З.П.* Социальная защита населения в России: становление и развитие. М.: МГСУ «Союз», 2004. 392 с.
2. *Замараева З.П.* Социальная защита / Перм. гос. ун-т. Пермь, 2009. С. 101.
3. *Калашников С.В.* Становление социального государства. М.: Экономика, 2003. 159 с.
4. *Роик В.Д.* Основы социального страхования. М., 2004. 456 с.
5. *Холостова Е.И.* Социальная политика и социальная работа. М., 2006. 213 с.

Bibliograficheskij spisok

1. *Grigor'janc G.N., Zamaraeva Z.P.* Social'naja zawita naselenija v Rossii: stanovlenie i razvitie. M.: MGSU «Sojuz», 2004. 392 s.
2. *Zamaraeva Z.P.* Social'naja zawita / Perm. gos. un-t. Perm', 2009. S. 101.
3. *Kalashnikov S.V.* Stanovlenie social'nogo gosudarstva. M.: Jekonomika, 2003. 159 s.
4. *Roik V.D.* Osnovy social'nogo strahovanija. M., 2004. 456 s.
5. *Holostova E.I.* Social'naja politika i social'naja rabota. M., 2006. 213 s.

STANDARD AND LEGAL BASES OF MODERN SYSTEM OF SOCIAL PROTECTION OF POPULATION IN RUSSIA

Z.P. Zamaraeva

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: zinaidazamaraeva@mail.ru

In this article the problem of legal maintenance of modern sphere of social protection of population rises, contradictions which were formed at legislation formation in describing field are marked. The author notices that to the middle of 90th years in the Russian Federation the system of legislative regulation of economic and social situation of separate objects of social protection has been put. The given norms established system in the field of social services for citizens, and also realization of the state system of social guarantees. The norms directed on social protection of lower-income strata (pensioners, invalids have made, families with children) became the main part in formation of the new legislation.

It is noticed as lacks that laws have been constructed on the uniform sample, and needy citizens and families became addressees of the help. In a number of laws the circle of addressees of the social help is limited. Streamlining of the given process was promoted by modification of the social legislation of Russia.

However the given situation has bared also contradictions. In particular, in new laws there was no regulation of rendering of kinds of social protection of population, there were no instructions on the competence of each level of management of the social protection organizations. Many positions of the new legislation demanded the coordination as variety of directions of joint activity in social protection sphere has been carried to subjects of joint conducting between the federal center and regions, till the moment of change of laws. In the developed legal situation "conflicts" when old norms will conflict to the new legislation haven't been excluded.

Keywords: standard and legal analysis; system of social protection; the contradiction of standard character; federal level; regional level; the legislation of the Russian Federation; organizational and functional maintenance

V. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341.1/8; 341.2; 341.231.14

«ТРАДИЦИОННЫЕ ЗНАНИЯ» КОРЕННЫХ НАРОДОВ В ОБЛАСТИ РЫБОЛОВСТВА И «УСТОЙЧИВОЕ РАЗВИТИЕ»: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ПРАКТИКА

М.Ю. Задорин

Соискатель ученой степени кандидата юридических наук
С(А)ФУ им. М.В. Ломоносова, юридический институт
163002, г. Архангельск, пр-кт Ломоносова, 58
E-mail: zadorin@hotmail.com; m.zadorin@narfu.ru

Международно-правовые стандарты в области защиты прав аборигенных народов обязывают государства принимать меры по интеграции «традиционных знаний» в национальные системы мониторинга и защиты биоразнообразия (в частности, в рыболовстве). Статья посвящена практическим аспектам реализации прав коренных народов на устойчивое развитие и защиту исконной среды обитания.

Ключевые слова: коренные народы; традиционные знания; международное право; устойчивое развитие

INDIGENOUS 'TRADITIONAL KNOWLEDGE' IN FISHERY AND 'SUSTAINABLE DEVELOPMENT': INTERNATIONAL LEGAL PRACTICE

M.Y. Zadorin

Northern (Artic) Federal University named after M.V. Lomonosov
58, Lomonosov av., Arkhangelsk, 163002
E -mail: zadorin@hotmail.com; m.zadorin@narfu.ru

With a growing emphasis to the problem of sustainable development and indigenous issues, states and international organizations pay attention to indigenous peoples' 'traditional environmental knowledge' as "a particular form of knowledge of the diversity and interactions among plants and animals, landforms, watercourses, and other traits of the biophysical environment in a given place". Sometimes its called Traditional Ecological Knowledge, it is typically associated with aboriginal peoples" [6, p. 198]. The purpose of the article is to show in practice how states apply indigenous knowledge to protect environment, especially in fishery activity.

Keywords: indigenous peoples; traditional knowledge; international law; sustainable development

The UNESCO/ICSU World Conference on Science for the Twenty-first Century: A New Commitment, 1999 considered that: "Traditional and local knowledge systems, as dynamic expressions of perceiving and understanding the world, can make, and historically have made, a valuable contribution to science and technology, and that there is a need to preserve, protect, research and promote this cultural heritage and empirical knowledge". Referring specifically to the fisheries sector in

© Задорин М.Ю., 2012

general and fisheries research and management particularly, the Code of Conduct for Responsible Fisheries (FAO, 1995) recommends: "States should investigate and document traditional fisheries knowledge and technologies, in particular those applied to small-scale fisheries, in order to assess their application to sustainable fisheries conservation, management and development" [2].

In Newfoundland and Labrador, most of the remaining cod live in the coastal bays. In both Newfoundland and Norway, fishers' knowledge has been used to help identify actual and potential local stocks of cod in fjords and bays [5, p. 167–85]. In the Gulf of Maine, it has been used to identify coastal spawning areas for cod and haddock [1, p. 10–28]. Indigenous peoples of Raviana Lagoon (Solomon Islands) have exact knowledge about topa [8, p. 70][1] fish useful for scientists and commercial and state fishery entities. The indigenous knowledge on the behavior and ecology of topa is one such example. It includes knowledge on; diet, feeding times, schooling behavior, juvenile nursery areas, spawning, the influence of the lunar stage on nocturnal behavior, predation by sharks, nocturnal aggregations, individual color changes at night, spatial and temporal distributions, population changes over time and fleeing behavior [9, p. 69].

The interesting example is provided by Tanuja Barker and Anne Ross from the department of Geographical Sciences and Planning of the University of Queensland (Brisbane, Australia) in their research on indigenous sea mullet management in Moreton Bay [11, p. 298–299]. This method of fishing could be titled as 'dolphin catch fishery'. According to indigenous Quandamooka tradition, in the ancient times, mullet elders guided the spawning migration of sea mullet northwards, up the east coast of North Stradbroke Island and into the Bay through the passages between the tip of North Stradbroke Island and Moreton Island, and at Cape Moreton on Moreton Island. By allowing the mullet to follow this route into the Bay, rather than continuing on to the open sea, the fish could be easily herded toward the shore with the help of dolphins [3, p. 16–22]. It remains common practice amongst Quandamooka fishers to avoid catching the elder mullet until the elders have led the younger fish on the correct migration path into the Bay and thereby passed on the knowledge of the migration route [10, p. 107–112]. The Quandamooka people use a number of different signs to indicate when the spawning migration has begun and where the fish are on their route. These signs are mostly land based indicators, although the most important signal came from the dolphins. In pre-contact times, Quandamooka elders would call the dolphins by hitting their spears on the surf, thereby requesting their assistance in summoning fish towards the foreshore. Dolphins would guide the fish into the net; however, tradition stipulated that the best fish were to be given to the dolphins in order to ensure they would grant approval for future catches. Objectively, this approach to sea mullet management is more holistic than that used by the official Queensland Fisheries Act (QFS). The Quandamooka people do not restrict their management of this resource entirely to the sea. The land resources play a part in signaling the harvesting sequence. Furthermore, the Quandamooka approach is one that incorporates both input controls over the resource (there are rules for when and where fish can be taken and by whom) and output controls (based on the numbers of fish and which fish can be taken at what stage during the migration path). It is different from the QFS management approach.

In Samoa, communities based co-managed, have been established in 38 villages in recent years. These are small, dispersed and numerous, and do not neatly fit concepts of ecosystem boundaries, larval dispersal or local fish migration routes, factors that would have been crucial in determining boundaries for a scientifically based Marine Protected Area. Village Fish Reserves boundaries were determined by communities on the basis of traditional use, coupled with contemporary fishing needs [4]. For non-migratory species, the com-

[1] The topa, *Bolbometopon muricatum*, is the largest of all parrotfish, reaching over 50 kilograms and living to an age of at least 40.

bined larval production from many small protected areas could be greater than that from a smaller number of large areas. It is also possible that a chain of small protected areas, separated by only a short distance, improves the chances of linking larval sources and suitable settlement areas. The interconnections between small areas make it possible to protect a greater variety of habitats for a given area; this can result in a wider range of species being protected. Moreover, such a network has in a large perimeter, and it is at the perimeters of protected zones that fishermen can haul in the largest catches. In effect it establishes a network of fish refuges throughout the entire country.

Such model could be applicable to other states where small fishing groups have some degree of control over the use of bio-resources in adjacent waters, or where innovative governments are prepared to cede a measure of local attention. The results have confirmed that, regardless of legislation or enforcement, effective management of marine resources can be achieved only when fishing communities themselves see it as their responsibility, and are supported in their efforts [7, p. 124].

The Russian Federation has its own vision on the problem of sustainable use of natural resources according to the interests of indigenous groups. The several federal acts contemplate the incorporation of traditional knowledge of the indigenous peoples into the economic and social activity. The Land Code of Russia contains the norm about "the special legal regime, in accordance with the federal, regional and municipal acts" [12] for traditional methods of land exploitation. It was echoed by the federal law 'On protection of environment' with "the special guard on the indigenous habitat and traditional methods of activity" [13]. The Federal Law (FL) 'On the territory of traditional nature activity of the of Indigenous Numerically-Small Peoples of the North, Siberia and the Far East of the Russian Federation' established the term 'custom' as 'traditionally established and widely used by indigenous numerically peoples of the North, Siberia and the Far East of Russian Federation rule of traditional native activity and the traditional way of life' [14]. The same provision could be found in the Federal law 'On specially protected natural territories', where the indigenous numerically-small peoples and ethnic communities are allowed to conduct extensive environmental, natural resource using in ways that protect native habitats and preserving traditional ways of life, including fishery methods [15]. The Federal Law 'On the continental shelf of the Russian Federation' gives indigenous communities preemptive rights for marine bioresources exploitation in the continental shelf water area [16]. And, of course, the provisions of the Federal Law 'On the internal waters, territorial sea and contiguous zone of the Russian Federation': "…in neighborhoods and traditional economic activities of the indigenous numerically small peoples, ethnic communities and other inhabitants of the North and the Russian Far East, lifestyle, livelihood and economy have traditionally been based on commercial exploitation of living resources, procedures and methods of use of natural resources of the internal waters and territorial sea, ensure the preservation and maintenance of the necessary conditions for life are determined and assessed in accordance with the Russian legislation" [17]. Unfortunately, in many cases these provisions are perceived as declarative, but not the imperative norms.

The bibliographic list

1. *Ames E.P.* Atlantic cod stock structure in the Gulf of Maine, Fisheries. Vol. 29. №1. 2004. P. 10–28.
2. *CCRF*, Article 12 Fisheries Research, para. 12.12.
3. *Hall J.*, Fishing with dolphins? Affirming a traditional Aboriginal fishing story in Moreton Bay, SE Queensland. In Coleman, R.J., Covacevich, J., and Davie, P. (eds), Focus on Stradbroke: New Information on North Stradbroke Island and Surrounding Areas 1974–1984. Boolarong Press, Brisbane, 1984. P. 16–22.
4. *King, M.G. and Faasili, U.,* A network of small, community-owned Village Fisheries Reserves in Samoa, *Parks* 8 (2), 1998.
5. *Maurstad, A., Sundet, J.* (1998). 'The invisible cod: Fishermen's and scientist's knowledge'. In: S. Jentoft (ed.), Commons

in a cold climate: Reindeer pastoralism and coastal fi sheries. Paris, Casterton Hall, Parthenon Publishing. P. 167–85.
6. *Peña Devon G.,* 'Glossary', 'Mexican Americans and the Environment'. Tucson: The University of Arizona Press, 2005. P. 198.
7. *Protected* Areas and Development in the Lower Mekong River Region. P.124. URL: http://www.mekong-protected-areas.org/mekong/docs/tlp-08.pdf (accessed: 12.08.2011).
8. *Richard J. Hamilton*, The role of indigenous knowledge in depleting a limited resource – a case study of the bumphead parrotfish (bolbometopon muricatum) artisanal fishery in Roviana Lagoon, Western Province, Solomon Islands. P. 70.
9. *Richard J. Hamilton*, ibid. P. 69.
10. *Ross A., and Quandamooka Land Council*, Aboriginal approaches to cultural heritage management: A Quandamooka case study. Tempus 6: 1996. P. 107–112.
11. *Tanuja Barker and Anne Ross*, Exploring Cultural Constructs: The Case of the Sea Mullet Management in Moreton Bay, South East Queensland, Australia. P. 298–299.
12. *The Land Code of Russia*, Article 7(3).
13. *The FL* 'On protection of environment', Article 4.
14. *The FL* 'On the territory of traditional nature activity…', Article 1.
15. *The FL* 'On specially protected natural territories', Article 9(4), Article 15(3), Article 24(4).
16. *The FL* 'On the continental shelf of the Russian Federation', Article 11.
17. *The FL* 'On the internal waters, territorial sea and contiguous zone of the Russian Federation', Article 21(3).

УДК 341.231.14

КУЛЬТУРНЫЙ РЕЛЯТИВИЗМ КАК ПРОБЛЕМА ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

М.Ю. Ижиков

Аспирант кафедры международного права
Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина
123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9
E-mail: izhikov_maksim@mail.ru

В статье рассматривается феномен культурного релятивизма как попытка государств уклониться от выполнения международных стандартов защиты прав человека. Речь идет о теоретических конструкциях, оспаривающих универсальный характер прав человека и обосновывающих идею о том, что перечень прав личности, их содержание и способы реализации в каждом обществе различны: они зависят от исторических, культурных, экономических и других факторов. В статье раскрываются взгляды и аргументы как релятивистов, так и универсалистов, предлагается обзор соответствующих международно-правовых источников, а также представлена авторская классификация видов культурного релятивизма и их анализ.

Ключевые слова: международное право; внутригосударственное право; права человека; проблемы взаимодействия; культурный релятивизм

Международное и внутригосударственное право постоянно развиваются, изменяются их принципы и нормы, объекты и методы правового регулирования, сфера действия и субъекты. Все это оказывает влияние на характер взаимодействия международного и внутригосударственного права как правовых систем, превращает вопрос об их соотношении в целом и в области прав человека в частности в острейшую теоретическую и практическую проблему [2, с. 5].

Актуальность данной темы подтверждается словами Валерия Дмитриевича Зорькина, который, как профессиональный юрист и как председатель Конституционного суда Российской Федерации, назвал приоритетными вопросы соотношения наднациональных и национальных юридических институтов [1, с. 11].

Необходимо отметить, что взаимодействие международного и внутригосударственного права представляет собой наиболее глубокую форму соотношения данных правовых систем. Отечественная правовая доктрина исходит из позиций дуализма: международное и внутригосударственное право – это две самостоятельные, обособленные, не подчиненные друг другу правовые системы, предметы регулирования которых не пересекаются, однако сами системы находятся в состоянии тесной взаимосвязи и взаимодействия. Одним из важнейших направлений взаимодействия указанных систем является согласование национального права с соответствующими международными нормами. Так, государство, ратифицировавшее Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года, обязано принять все меры, в том числе законодательные, чтобы выполнить принятые на себя обязательства.

Процесс взаимодействия международного и внутригосударственного права осложнен рядом серьезных проблем, которые особенно ярко проявляются в области защиты прав человека. Нежелание государств соблюдать международные стандар-

© Ижиков М.Ю., 2012

ты защиты личности и выполнять свои обязательства находит выражение в попытках ограничить регулятивный эффект норм международного права прав человека, изменить их содержание, ввести дополнительные условия реализации.

Нередко такие попытки предпринимаются в форме обоснования культурного релятивизма.

Релятивистские концепции утверждают: универсальных ценностей вообще нет (постмодернизм); права человека представляют собой западные ценности (культурный релятивизм) [9, с. 247]. Идеи культурного релятивизма особенно популярны в бывших колониальных странах, которые восприняли универсальные права человека как новую форму империализма со стороны Запада.

Релятивисты считают, что природа человека и его права определяются историческими, традиционными и культурными факторами, поэтому они отрицают универсальность прав человека. У каждой культуры, полагают они, есть свое видение мира, природы и жизни. Релятивизм рассматривает человека как часть сообщества, а последнее видится им в качестве основной и приоритетной социальной единицы. Концепции индивидуализма, свободы выбора и равенства отсутствуют в релятивизме [11, с. 26].

Культурный релятивизм особенно ярко проявился в системе «азиатских ценностей», которая обычно характеризуется идеей об относительности прав человека, признанием семьи ядром общества, повышенной значимостью экономических, социальных и культурных факторов, взаимосвязью между правами и обязанностями, сильным акцентом на национальный суверенитет. Приверженцами этих ценностей являются такие государства, как Китай, Япония, Южная Корея, Тайвань, Сингапур.

В ходе подготовки к Всемирной конференции по правам человека (Вена, 1993 г.) универсальная природа прав человека, содержащихся во Всеобщей декларации 1948 г., была поставлена под вопрос рядом азиатских государств. Они признали универсальный характер некоторых прав, но отметили, что другие права основаны на западном идеале индивидуальной автономии и не сочетаются с азиатскими ценностями. Более того, они заявили, что Всеобщая декларация готовилась без их участия, поэтому не является действительно универсальной. По их мнению, в отсутствие экономического развития и социальной стабильности в азиатских государствах акцент на гражданских и политических правах, как в развитых государствах, будет неуместным [8, с. 119]. Китай указал, что попытки навязать критерии прав человека, принятые одними странами или регионами, ведут к вмешательству в суверенные дела Китая. Иран заявил, что в этой стране не имеют силы международные документы, нарушающие принципы ислама. Тезисы релятивистов получили частичное выражение в Бангкокской декларации 1993 г. В статье 8 Декларации говорится о том, что права человека должны рассматриваться в контексте динамичного и развивающегося процесса международного нормообразования, с учетом значимости национальных и региональных особенностей, а также различного исторического, культурного и религиозного фона. Статья 16 того же документа демонстрирует политически предвзятый подход и называет израильские земли, включая Иерусалим, оккупированными арабскими территориями.

Исследованию Бангкокской декларации 1993 г. посвящена специальная работа Андреаса Фоллесдала, норвежского юриста и философа, профессора университета Осло. Анализируя этот документ, Фоллесдал видит в нем вызов существующей системе международных прав человека. Этот вызов, по его мнению, выражен в том, что Бангкокская декларация 1993 г. воспринимает международные стандарты в области прав человека как систему, которая: 1) основана на эгоистичной автономии личности – западной концепции индивида, заинтересованного только в себе самом); 2) игнорирует обязанности человека (существующие международные правила не уделяют должного внимания обязанности каждого подчиняться приказам главы семьи и государства); 3) игнорирует общественные связи человека, которые порождают обязательства перед обществом; 4) игнорирует экономические и социальные потребности индивида (акцент Запада на гражданских и политических пра-

вах выглядит несимметрично. Не западные концепции уделяют много внимания экономическим, социальным и культурным правам. Их развитие требует уступок в области гражданских и политических свобод); 5) нарушает принцип уважения к молчаливому согласию индивида; 6) нарушает принцип уважения к другим культурам (существующая система позиционирует себя как образец, но она не соответствует нормам, принятым в других обществах); 7) игнорирует угрозы, исходящие не от государства (обязательства в области прав человека отменяются в разных нестандартных ситуациях: гражданская война или нарушения международных обязательств другими государствами); 8) нарушает принцип государственного суверенитета (протесты и критика иностранных государств в любой форме нарушают принцип равноправия и самоопределения народов); 9) угрожает мировой стабильности (вмешательство государств во внутренние дела других членов международного сообщества дестабилизирует обстановку в мире и угрожает безопасности) [10, с. 265–266].

Внимательное рассмотрение культурного релятивизма позволяет прийти к выводу, что это внутренне неоднородное явление. В иностранной юридической литературе выделяют как минимум две формы культурного релятивизма. Первой формой является «вербальный» релятивизм. Это направление релятивизма исходит из того, что у каждой культуры есть свой специфический культурный «словарь», поэтому идея прав человека может оказаться неподходящей и функционально ограниченной концепцией для защиты человеческого достоинства в конкретном обществе. Сторонники вербального релятивизма утверждают, что альтернативные теории и механизмы защиты достоинства личности, основанные на понимании особенностей данной культурной группы, предлагают наиболее легитимные способы для оценки существующей социальной практики. Вторая форма культурного релятивизма – это «грубый» релятивизм. Представители данной юридической школы полагают, что, поскольку концепции основных ценностей отличаются друг от друга в разных обществах, навязывание предполагаемых универсальных норм поведения какой-либо группе лиц, старающейся их отвергнуть, приводит к нелегитимному культурному империализму [15, с. 560].

Идеи, близкие к грубому культурному релятивизму, высказывает шведский профессор Торбен Спаак. Он считает, что спор между релятивистами и универсалистами должен быть разрешен с позиции метаэтического релятивизма, который исходит из того, что моральная истина или обоснованность какого-либо явления всегда оцениваются определенной моральной системой. Поскольку существующие в мире моральные системы различны, профессор Спаак считает, что ни одна из них не является более истинной или правильной, чем другие [16, с. 5].

С учетом релятивистских концепций некоторые западные ученые пишут, что говорить с определенностью об универсальном принятии норм о правах человека можно лишь применительно к небольшой категории прав. Под такими правами понимаются те немногие права, которые получили абсолютную защиту и которые содержат перечень неотчуждаемых норм международного права. Остальные права, согласно этому мнению, получили квазиабсолютную защиту (они защищаются без исключений или ограничений, кроме военного времени) либо относительную защиту (к ним применяются исключения или постоянные ограничения – касается большинства прав) [7, с. 209].

Релятивистские взгляды представлены и в отечественной правовой литературе. И.Л. Честнов считает: «"Всеобщая декларация прав человека" – это именно декларация, и отношение к ней должно быть соответствующее. Общие принципы, закрепленные в ней, наполняются различным конкретным содержанием в контексте отдельной цивилизации. Нельзя пытаться навязать силой свои стандарты прав человека иной культурной общности. Западу необходимо относиться уважительно к иным цивилизациям и вместо монолога… следует научиться вести диалог» [5, с. 82].

Сторонники универсального характера прав человека, в отличие от релятивистов, считают, что природа человека определяет-

ся биологическими, а не культурными факторами, и поскольку у всех эта природа общая, права человека присущи каждому в равной мере. Универсалисты убеждены, что человек – это социальная единица, обладающая неотчуждаемыми правами [11, с. 26].

Вьетнамский правовед и доктор философии Нгиа Хоанг, доказывая универсальность прав человека, утверждает, что чувство собственного достоинства и свобода делают человека разумным и моральным существом, поэтому данные качества универсальны и свойственны всем культурам. Она подчеркивает, что лицо является свободным только тогда, когда его достоинство уважается и гарантируется. Именно чувство собственного достоинства она видит в качестве универсальной основы прав человека [11, с. 2–3].

С релятивистами не согласен и другой ученый – профессор университета г. Тарту (Эстония) Эрик Энгл. Он считает, что права человека станут стабильным структурным элементом современного международного права, только если они будут действительно универсальны. Он также пишет, что аргументы релятивистов следует рассматривать либо как результат путаных доказательств, либо как продукт культуры, настолько ослепленной своим благополучием, что она не видит голода и смерти, которые повсеместны в «третьем мире». В то же время Энгл признает, что аргумент релятивистов о культурном империализме не лишен оснований. Скептицизм «третьего мира» в отношении западной идеи прав человека объясняется исторически: Запад, внося цивилизацию в эти страны, лишь обосновывал эксплуатацию труда. Однако, несмотря на исторический опыт народов, каждый здоровый человек рационален и хочет наслаждаться хорошей жизнью в обществе. Эта рациональность составляет фундамент основных прав личности [9, с. 249–250].

Справедливую критику культурного релятивизма высказал бывший Верховный комиссар ООН по правам человека Б.Г. Рамчаран, который напомнил, что было бы фальсификацией истории говорить о том, что Всеобщая декларация прав человека 1948 г. и перечисленные в ней права – продукт западной мысли. Это значило бы осквернить память африканцев, азиатов и латиноамериканцев, внесших существенный вклад в подготовку этого документа. Данный ученый обращает внимание исследователей на то, что история прав человека, опыт Лиги Наций, философия и практика ООН свидетельствуют об универсальности прав человека [13, с. 105–106].

Когда восточные государства пытаются отстоять на глобальном уровне «азиатские» ценности, они точно так же, в свою очередь, не учитывают западных, африканских и иных региональных ценностей [10, с. 266]. То есть, релятивисты «тянут одеяло на себя» вместо улучшения международной системы защиты прав человека и внесения конструктивных предложений по ее совершенствованию.

Спор между универсалистами и релятивистами – одна из постоянных проблем международного права прав человека. Анализируя аргументы универсалистов и релятивистов, можно прийти к выводу, что они ведут спор в такой плоскости: если существующая система международного права прав человека не основана на универсальных ценностях, то она империалистическая. Из этого следует, что если права человека – это культурно относительное (релятивное) творение человечества, то они обязательно империалистичны. Это стирает различие между культурным релятивизмом и империализмом, ставит их на одну ступень [6, с. 211–218].

Марк Кильсгард, доцент Гонконгского университета, полагает, что универсальный характер прав человека можно доказать, прибегая к нескольким логическим схемам. Исторически анализируя интеллектуальные традиции западной и иных культур, несложно заметить, что и те и другие привержены одинаковому набору ценностей, что культурные различия проявляются только в процессе имплементации, который зависит от природных и иных временных условий, а не от природы человека. Эти ценности постоянно наследуются философскими школами разных культур и вместе составляют общую интеллектуальную традицию. Другой способ установления универсальности прав человека связан с изучением жизнеспособности режима прав человека, сло-

жившегося после Второй мировой войны. Этот режим не проявляет никаких признаков ослабления, а, напротив, продолжает уверенно развиваться и расти. Наконец, в пользу универсального характера прав человека говорит тот факт, что различные культуры, представители которых отстаивают релятивизм, согласились с обязательной силой положений международного права прав человека [12, с. 32]. Указанный ученый также считает, что глобальной тенденцией в области прав человека является переход к концепции универсализма. Эту тенденцию он называет необратимой и связывает ее с рядом факторов: 1) ростом благосостояния народов (чем больше нация процветает, тем больше она проявляет интереса к правам человека; 2) глобализацией (этот процесс стирает культурные различия между народами и выдвигает на первое место их схожие черты); 3) отступлением от прежних позиций в отношении государственного суверенитета и правового позитивизма, что подтверждается влиянием международных организаций и возросшей ответственностью за несоблюдение норм международного права. Эти факторы лишают релятивизм прежней философской подоплеки [12, с. 33].

Парадоксальным является тот факт, что нередко вызов универсальному характеру прав человека бросает правящая элита государств, участвующих в разработке норм о правах человека и ратифицирующих эти положения [14, с. 29].

Характеризуя российскую юридическую доктрину и государственную политику в целом, можно сказать, что они придерживаются универсального подхода к правам человека [4, с. 8; 3, с. 97–99].

Не только универсальные, но и региональные источники международного права прав человека преимущественно исходят из принципа универсальности прав человека. Подтверждения этому можно обнаружить в Африканской хартии прав человека и народов 1981 г. (преамбула), Американской конвенции по правам человека 1969 г. (преамбула), Арабской хартии прав человека 2004 г. (п. 2, 4 ст. 1), Арабской хартии прав человека 2008 г. (п. 2, 4 ст. 1), Каирской декларации прав человека в исламе 1990 г. (преамбула, ст. 1).

Тем не менее девиации от общего правила периодически происходят. Большей частью стремление к релятивизму проявляется в политических заявлениях, в трудах юристов. Бангкокская декларация 1993 г., упомянутая ранее, представляет собой мягкую попытку закрепления релятивистского подхода на международном уровне. Эта попытка была эффективно пресечена Венской декларацией и программой действий 1993 г., принятой Всемирной конференцией по правам человека. Венская декларация многократно подтверждает неоспоримость универсального характера прав человека (в преамбуле, а также в ст. 1, 5, 32). Об универсальности Венской декларации 1993 г. говорит тот факт, что в работе конференции, выработавшей этот документ, приняли участие 171 государство из всех регионов земного шара.

Релятивизм в праве встречается не только на международном, но и на внутригосударственном уровне. Например, согласно пункту 2 статьи 11 Конституции Тувалу, «права человека могут применяться только в соответствии с тувалскими ценностями и культурой и с уважением к ним».

С учетом изложенного культурный релятивизм в области прав человека предстает в виде сложного политико-правового феномена. Одни релятивисты полностью отрицают универсальный характер прав человека, что, безусловно, представляет собой наиболее маргинальное течение мысли, другие признают универсальность прав личности, но требуют учета исторических, культурных, религиозных и других особенностей при реализации международных стандартов в конкретном обществе и государстве. Полагаем, что в связи с этим культурный релятивизм можно классифицировать по уровню закрепления на: 1) международный и 2) внутригосударственный; по преследуемой цели на: 1) деструктивный и 2) конструктивный.

На международном уровне релятивизм может проявляться в содержании международных документов (договоров, деклараций, резолюций и т.д.), оговорок к ним либо может быть использован как договорное осно-

вание для ограничения универсальных прав человека. Так, культурный релятивизм может подойти под формулировку ст. 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., ограничивающей применение прав человека.

Деструктивный культурный релятивизм направлен на упразднение универсального статуса международных прав человека, поэтому противоречит международному праву вне зависимости от формы своего закрепления. Принцип уважения прав и свобод человека является нормой jus cogens. Составной частью этого принципа выступает понимание прав человека как универсальных. Следовательно, любой международный договор (в том числе его условия об ограничениях прав человека), предусматривающий деструктивный релятивизм, будет недействительным в силу ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Это же касается релятивистских оговорок к международным соглашениям: их недействительность обусловлена пунктом С ст. 19 той же конвенции: государство не вправе формулировать оговорку, когда она несовместима с объектом и целями договора. При этом логично предположить следующее: если оговорка релятивистского содержания не противоречит объекту и целям договора, то весь договор следует признать ничтожным как нарушающий нормы jus cogens.

Положения национального права, предусматривающие деструктивный культурный релятивизм, не освободят данное государство от обязанности соблюдать международные права человека (ст. 26, 27 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.).

Что касается конструктивного релятивизма, то, по нашему мнению, эта концепция не только не противоречит международному праву прав человека, но и способствует наилучшей защите прав и свобод личности. Суть данной концепции видится в том, что она не отрицает универсального характера прав человека, но в процессе их реализации предлагает учитывать культурные, исторические, экономические и другие особенности конкретного общества. Это представляется вполне логичным, поскольку права человека – продукт культуры и при разнообразии мировых культур неизбежны специфические условия осуществления прав личности в разных регионах. Учет этих особенностей необходим, так как позволяет выявить наиболее эффективные способы внедрения и защиты международных стандартов прав человека. Культурная индифферентность в этом вопросе ослабит регулятивную способность международного права и приведет к росту межгосударственной и межнациональной напряженности.

Библиографический список

1. *Зорькин В.Д.* Пределы уступчивости // Рос. газета. 2010. 29 окт.
2. *Карташкин В.А.* Права человека в международном и внутригосударственном праве. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1995. 135 с.
3. *Мингазов Л.Х.* Проблемы эффективности защиты прав человека в международном и российском праве // Всеобщая декларация прав человека и актуальные вопросы ее применения в российском и международном праве: сб. материалов междунар. науч.-практ. конф., 24–25 октября 2008 г., посвященной 60-летию принятия ООН Всеобщей декларации прав человека. Казань, 2009. С. 89–104.
4. *Торкунов А.В.* Всеобщая декларация прав человека и культура мира // Моск. журнал междунар. права. 1999. №1. С. 8–11.
5. *Честнов И.Л.* Универсальны ли права человека? (Полемические размышления о Всеобщей декларации прав человека) // Изв. высш. учеб. заведений. Сер.: Правоведение. 1999. №1. С. 73–82.
6. *Binder Guyora.* Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law // Buffalo Human Rights Law Review. 1999. Vol. 5. P. 211–221.
7. *Cerna Christina.* [Recensio] // American Journal of International Law. 1994. Vol. 88, №1. P. 206–209.
8. *Cumaraswamy D.P.* The Universal Declaration of Human Rights – Is it Universal? // International Commission of Jurists Review. 1997. №58–59. P. 118–123.

9. *Engle Eric.* Universal human rights: a generational history // Annual Survey of International and Comparative Law. 2006. №12. P. 219–268.
10. *Follesdal Andreas.* Human Rights and Relativism // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2005. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1682111 (дата обращения: 09.02.2012).
11. *Hoang Nghia.* Human Dignity and Fundamental Freedoms – Global Values of Human Rights: A Response to Cultural Relativism // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2008. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1314288 (дата обращения: 09.02.2012).
12. *Kielsgard M.D.* Universal Human Rights and Cultural Relativism: A Fresh View From the New Haven School of Jurisprudence // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2011. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1778124 (дата обращения: 09.02.2012).
13. *Ramcharan B.G.* The Universality of Human Rights // International Commission of Jurists Review. 1997. №58–59. P. 105–117.
14. *Shelton Dinah.* An introduction to the History of International human rights law // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2007. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1010489 (дата обращения: 09.02.2012).
15. *Sloane R.D.* Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2001. Vol. 34, №1. P. 527–595.
16. *Spaak Torben.* Moral Relativism and Human Rights // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2007. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=923445 (дата обращения: 09.02.2012).

Bibliograficheskij spisok

1. *Zor'kin V.D.* Predely ustupchivosti // Ros. gazeta. 2010. 29 okt.
2. *Kartashkin V.A.* Prava cheloveka v mezhdunarodnom i vnutrigosudarstvennom prave. M.: Izd-vo IGiP RAN, 1995. 135 s.
3. *Mingazov L.H.* Problemy jeffektivnosti zawity prav cheloveka v mezhdunarodnom i rossijskom prave // Vseobwaja deklaracija prav cheloveka i aktual'nye voprosy ee primenenija v rossijskom i mezhdunarodnom prave: sb. materialov mezhdunar. nauch.-prakt. konf., 24–25 oktjabrja 2008 g., posvjawennoj 60-letiju prinjatija OON Vseobwej deklaracii prav cheloveka. Kazan', 2009. S. 89–104.
4. *Torkunov A.V.* Vseobwaja deklaracija prav cheloveka i kul'tura mira // Mosk. zhurnal mezhdunar. prava. 1999. №1. S. 8–11.
5. *Chestnov I.L.* Universal'ny li prava cheloveka? (Polemicheskie razmyshlenija o Vseobwej deklaracii prav cheloveka) // Izv. vyssh. ucheb. zavedenij. Ser.: Pravovedenie. 1999. №1. S. 73–82.
6. *Binder Guyora*. Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law // Buffalo Human Rights Law Review. 1999. Vol. 5. P. 211–221.
7. *Cerna Christina.* [Recensio] // American Journal of International Law. 1994. Vol. 88, №1. P. 206–209.
8. *Cumaraswamy D.P.* The Universal Declaration of Human Rights – Is it Universal? // International Commission of Jurists Review. 1997. №58–59. P. 118–123.
9. *Engle Eric.* Universal human rights: a generational history // Annual Survey of International and Comparative Law. 2006. №12. P. 219–268.
10. *Follesdal Andreas.* Human Rights and Relativism // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2005. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1682111 (data obrawenija: 09.02.2012).
11. *Hoang Nghia.* Human Dignity and Fundamental Freedoms – Global Values of Human Rights: A Response to Cultural Relativism // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2008. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1314288 (data obrawenija: 09.02.2012).
12. *Kielsgard M.D.* Universal Human Rights and Cultural Relativism: A Fresh View From the New Haven School of Jurisprudence // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2011. URL: http:// www.ssrn.com/abstract=1778124 (data obrawenija: 09.02.2012).

13. *Ramcharan B.G.* The Universality of Human Rights // International Commission of Jurists Review. 1997. №58–59. P. 105–117.
14. *Shelton Dinah*. An introduction to the History of International human rights law // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2007. URL: http://www.ssrn.com/abstract=1010489 (data obrawenija: 09.02.2012).
15. *Sloane R.D.* Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2001. Vol. 34, №1. P. 527–595.
16. Spaak Torben. Moral Relativism and Human Rights // SSRN.COM: Social Science Research Network. 2007. URL: http://www.ssrn.com/abstract=923445 (data obrawenija: 09.02.2012).

CULTURAL RELATIVISM AS A PROBLEM OF INTERPLAY BETWEEN INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

M.Yu. Izhikov

Moscow State Law Academy
9, Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 123995
E-mail: izhikov_maksim@mail.ru

This article highlights cultural relativism as a legal phenomenon of modern international human rights law. Cultural relativism is considered as a theoretical concept challenging universality of international human rights, claiming human rights (including their list, content, admissible limitations and ways of implementation) to be dependent on particular historical, economic, cultural, religious and other conditions of a specific society. This concept is aimed at justification of States' non-compliance with international obligations regarding human rights protection. The author analyzes various arguments of cultural relativism proponents and distinguishes two forms of cultural relativism: 1) narrative and 2) robust. Both seem to undermine universal system of human rights. Relativists' views are partially revealed in 1993 Bangkok Declaration, which sets forth a bunch of so-called «Asian values», opposed to European concept of individual rights and freedoms. China, Japan, South Korea, Taiwan, Singapore and other eastern countries support this approach. Afterwards the author proceeds to analyzing arguments of scientists, who uphold universal nature of human rights. They state that human rights are of the same character all over the world, because human beings have the same nature and needs despite of country or culture they are related to. Human dignity and need for good life appear to be a universal basis of human rights. Various facts testify to universality of human rights. Modern human rights regime shows no signs of washing out, but proves to be strong and actually evolving. Those countries which support cultural relativism have nevertheless joined universal human rights agreements. The author attempts to classify cultural relativism through two criteria: level of establishing and object pursued. Hence, the author distinguishes international and domestic relativism, on the one hand, and destructive and constructive relativism, on the other hand. Destructive cultural relativism contradicts jus cogens norms, therefore is illegal irrespective of level of establishing. Constructive relativism seems to be a useful concept, as it does not reject universal human rights, but merely offers to take cultural factors into consideration when looking for better ways of human rights' implementation in a particular society.

Keywords: international law; domestic law; human rights; problems of interplay; cultural relativism

УДК 340.136+35.08+17

СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ЭТИЧЕСКИХ ПРАВИЛ ПОВЕДЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ГРАЖДАНСКИХ СЛУЖАЩИХ В РОССИЙСКОМ И МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

С.В. Шуралева

Кандидат юридических наук, ассистент кафедры международного и европейского права
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: shura_leva@rambler.ru

А.В. Ваньков

Соискатель кафедры теории и истории государства и права
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: a3xmaster@mail.ru

В статье рассматривается практика систематизации требований к служебному поведению, ограничений и запретов для государственных гражданских служащих в Российской Федерации и на международно-правовом уровне, приводятся рекомендации по совершенствованию российского законодательства в сфере государственной гражданской службы.

Ключевые слова: систематизация правовых норм; кодекс этики; государственная гражданская служба; служебная этика; конфликт интересов; противодействие коррупции

Общеизвестно, что к представителям некоторых видов профессий предъявляются повышенные моральные требования. Как правило, это такие виды профессиональной деятельности, в которых действия профессионала влияют на жизнь многих людей и даже человечества. Традиционно это медицина, воспитание и образование, наука, военное дело (см. об этом, напр., [6, с. 39–44]). Развитие и усложнение общественных отношений, многократное увеличение рисков, связанных с «человеческим фактором», заставляют по-новому взглянуть на этическую составляющую многих «привычных» видов профессиональной деятельности, в частности, на деятельность государственных гражданских служащих (далее – гражданские служащие).

Если за рубежом (например, в США и Канаде) нормативное регулирование этических аспектов государственной службы успешно осуществлялось начиная с 1970-х гг.[1], то в Российской Федерации правовые нормы в сфере этики государственной гражданской службы, включая требования к служебному поведению, урегулирование конфликта интересов, возникли сравнительно недавно.

В числе нормативных правовых актов, включающих правила этического поведения гражданских служащих, необходимо назвать Федеральный закон от 27 июля 2004 г. №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» [9] (ст. 16–20) (далее – Закон о гражданской службе), Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. №273-ФЗ «О противодействии коррупции» [10] (ст. ст. 8–12) (далее – Закон о противодействии коррупции), указ Президента Российской Федерации от 12 августа 2002 г. №885 «Об утверждении общих принципов служебного поведения государ-

© Шуралева С.В., Ваньков А.В., 2012

[1] Анализ базы данных перечня этических кодексов государственных органов в США и Канаде, организованный Центром по изучению профессиональной этики Технологического института Иллинойса, США, приводит к выводу о том, что кодексы этики для гражданских служащих и полицейских были приняты в 1970–1990-х гг. [18].

ственных служащих» [14] (далее – Указ об общих принципах служебного поведения). К основным вопросам, которые регулируются настоящими нормативными правовыми актами, относятся: служебное поведение гражданских служащих, соблюдение ими ограничений и запретов, а также конфликт интересов на гражданской службе.

Под конфликтом интересов в Законе о гражданской службе понимается ситуация, при которой личная заинтересованность гражданского служащего влияет или может повлиять на объективное исполнением им должностных обязанностей и при которой возникает или может возникнуть противоречие между личной заинтересованностью гражданского служащего и законными интересами граждан, организаций, общества, государства, способное привести к причинению вреда этим законным интересам. Сходное определение дано в ст. 10 Закона о противодействии коррупции. Здесь же устанавливаются дополнительные правила в сфере конфликта интересов. Как следует из частей 4, 5, 6 ст. 11 Закона о противодействии коррупции, предотвращение или урегулирование конфликта интересов может состоять в изменении служебного положения государственного служащего, являющегося стороной конфликта интересов, вплоть до его отстранения от исполнения служебных обязанностей, и (или) в отказе его от выгоды, явившейся причиной возникновения конфликта интересов. Гражданский служащий во избежание конфликта интересов может заявить самоотвод. Если государственный служащий владеет ценными бумагами, акциями (долями участия, паями в уставных (складочных) капиталах организаций), он обязан в целях предотвращения конфликта интересов передать принадлежащие ему ценные бумаги, акции (доли участия, паи в уставных (складочных) капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с гл. 53 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В оценочном отчете в отношении Российской Федерации, утвержденном на пленарном заседании Группы государств против коррупции[2] 1–5 декабря 2008 г., было рекомендовано принять модельный кодекс этики для должностных лиц, включая гражданских служащих, который мог бы быть адаптирован для различных сфер государственного управления, а также обеспечить его применение на практике [20, p. 65–66].

23 декабря 2010 года на заседании президиума Совета при Президенте Российской Федерации по противодействию коррупции был одобрен Типовой кодекс этики и служебного поведения государственных служащих Российской Федерации и муниципальных служащих (далее – Типовой кодекс) [16]. Типовой кодекс не содержал новых предписаний и объединил уже существующие этические нормы, предусмотренные упомянутыми федеральными законами и указом Президента Российской Федерации.

В 2011 году в федеральных органах государственной власти, а также в органах государственной власти субъектов Российской Федерации[3] была проведена работа по утверждению кодексов этики по образцу Типового кодекса. Указанные кодексы утверждены в основном ведомственными нормативными правовыми актами [11; 13] и за незначительными исключениями идентичны друг другу[4].

Кодексы этики в государственных органах Пермского края состоят из четырех разделов: «Общие положения», «Основные принципы и правила служебного поведения гражданских служащих», «Этические правила служебного поведения гражданских

---

[2] Группа государств против коррупции (The Group of States against Corruption, GRECO) была учреждена в 1999 г. Советом Европы для мониторинга исполнения государствами антикоррупционных стандартов Совета Европы. Россия вошла в GRECO 01.02.2007 г.

[3] Например, в соответствии с указом губернатора Пермского края от 7 июля 2011 г. №54 «Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения заместителей председателя Правительства Пермского края, руководителей исполнительных органов государственной власти Пермского края и руководителя Аппарата Правительства Пермского края» утвержден соответствующий кодекс, государственным органам края предписано утвердить аналогичные кодексы. Такая рекомендация также дана муниципальным органам [12].

[4] Так, например, Кодекс этики и служебного поведения заместителей председателя Правительства Пермского края, руководителей исполнительных органов государственной власти Пермского края и руководителя Аппарата Правительства Пермского края, утвержденный указом губернатора Пермского края от 7 июля 2011 г. №54, содержит дополнительные положения по сравнению с Типовым кодексом (пункты 2.12, 4.2) [12].

служащих», «Ответственность за нарушение положений Кодекса». В первом разделе излагаются цели принятия кодексов этики, определяется сфера их действия. Основные принципы и правила служебного поведения гражданских служащих, изложенные во втором разделе, повторяют нормы ст. 18 Закона о гражданской службе и положения Указа о принципах служебного поведения. Этические правила служебного поведения гражданского служащего включают в себя требования морально-этического характера (например, воздержание от грубости, от проявления пренебрежительного тона в общении, предъявления незаслуженных обвинений, проявление вежливости, доброжелательности), нормы делового этикета (например, воздержание от курения во время служебных совещаний, деловой стиль в одежде).

Таким образом, на сегодняшний день правила этического поведения гражданских служащих закреплены на законодательном уровне и в указе Президента России. Кодексы этики, утвержденные в федеральных и региональных органах государственной власти, фактически представляют собой компиляцию уже существующих норм права и самостоятельных уточняющих правовых положений почти не содержат.

Анализ правового регулирования этики гражданских служащих не может быть полным без исследования правовых положений, установленных в международных договорах Российской Федерации и резолюциях международных организаций.

В рамках настоящего исследования прежде всего заслуживает внимания Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (United Nations Convention against Corruption) от 31 октября 2003 г.[5] [4] (далее – Конвенция ООН). Согласно ст. 8 Конвенции ООН, для целей борьбы с коррупцией каждое государство-участник стремится применять, в рамках своих институциональных и правовых систем, кодексы или стандарты поведения для правильного, добросовестного и надлежащего выполнения публичных функций. Среди таких кодексов Конвенция ООН называет соответствующие инициативы региональных, межрегиональных и многосторонних организаций, например Международный кодекс поведения государственных должностных лиц (International Code of Conduct for Public Officials) (Резолюция 51/59 Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1996 г.) (далее – Международный кодекс) [7].

Международный кодекс перечисляет основные принципы их поведения (эффективность, компетентность, внимательность, справедливость, беспристрастность). Международный кодекс кратко определяет основные правила относительно предупреждения конфликта интересов (неподобающего извлечения личных или финансовых выгод для себя или своей семьи с использованием своего служебного положения), декларирования сведений о доходах и обязательствах, принятия подарков, обращения с конфиденциальной информацией.

Представляет интерес опыт правового регулирования этических правил поведения гражданских служащих в конвенциях и рекомендациях по линии Совета Европы. Требование о необходимости реализации своих полномочий представителями государственной власти с соблюдением этических правил основывается на тех правах и свободах, которые должно гарантировать человеку государство. Например, согласно ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) от 4 ноября 1950 г.[6] [2] не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление каждым лицом права на уважение личной и семейной жизни, жилища и корреспонденции.

Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (Criminal Law Convention on Corruption), принятая Комитетом министров Совета Европы 27 января

[5] Для Российской Федерации данная конвенция вступила в силу с 08.06.2006 г.

[6] Для Российской Федерации данная конвенция вступила в силу с 05.05.1998 г.

1999 г.[7] [3], непосредственно не содержит предписаний, касающихся правил служебной этики государственных служащих. Однако в Конвенции о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (Civil Law Convention on Corruption), принятой Комитетом министров Совета Европы 4 ноября 1999 г.[8], упоминается о необходимости поощрения антикоррупционного поведения в виде защиты от любой неоправданной меры тех государственных служащих, которые имеют серьезные основания подозревать наличие коррупции и добросовестно сообщают о своем подозрении компетентным лицам или властям (ст. 9). При этом ст. 8 данной Конвенции предусмотрено, что договоры (контракты), положения которых допускают совершение акта коррупции, должны признаваться недействительными и не имеющими юридической силы.

Значительный вклад в развитие правил этического поведения гражданских служащих внес Комитет министров Совета Европы, который в соответствии со ст. 13 и 15 Устава Совета Европы [25] вправе от имени Совета Европы издавать рекомендации для государств-участников.

Программа действий против коррупции (Programme of Action Against Corruption), принятая Комитетом министров Совета Европы в 1996 г. (далее – Программа) [21], в разделе III «Административное право» содержит блок тезисов, связанных с кодексами поведения. В Программе подчеркивается особая значимость таких сводов правил, их многоцелевой характер. С одной стороны, такие правила адресованы лицам, нанятым на службу, а с другой – остальным лицам, которые вступают во взаимодействие со служащими и вправе ожидать поведения, соответствующего установленным стандартам. Эти правила должны, по мнению авторов Программы, заполнять собой пробелы, возникающие вследствие абстрактности законодательного регулирования, предоставляя каждому сотруднику руководство к действию в конкретной ситуации из повседневной жизни.

В резолюции (97) 24 Комитета министров Совета Европы «О двадцати принципах борьбы с коррупцией» (Resolution (97) 24 of the Committee of Ministers on the twenty guiding principles for the fight against corruption) [24] этическое поведение упоминается в числе первых мер для предотвращения коррупции. Рекомендация (2000) 6 Комитета министров Совета Европы «О статусе государственных служащих в Европе» (Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to Member states on the status of public officials in Europe) [22] в ст. 13 приложения указывает, что для полноценного исполнения государственными служащими своих обязанностей и во избежание конфликта интересов на служащих должны распространяться соответствующие ограничения, касающиеся выполнения иной работы или участия в отдельных видах деятельности.

Наиболее детально вопрос о правилах этики и служебного поведения государственных служащих проработан в положениях Модельного кодекса поведения для государственных служащих (Model Code of Conduct for Public Officials) (приложение к Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 11 мая 2000 г. №R (2000) 10 о кодексах поведения для государственных служащих) (далее – Модельный кодекс) [23]. Модельный кодекс по сравнению с Международным кодексом не только называет дополнительные принципы поведения (например, вежливость – в ст. 5), но и характеризует должное поведение государственного служащего. В частности, беспристрастность должна выражаться в том, что государственный служащий должен принимать во внимание лишь общественную пользу и соответствующие обстоятельства дела, а не личные мотивы (ст. 5). В отличие от Международного кодекса в Модельном кодексе содержится ряд предписаний о доведении государственным служащим до сведения уполномоченных лиц информации

[7] Для Российской Федерации данная конвенция вступила в силу с 01.02.2007 г.

[8] Российская Федерация не участвует.

о нарушениях в сфере установленных правил поведения (ст. 12).

В части предотвращения конфликта интересов в ст. 13 Модельного кодекса дано понятие конфликта интересов и личной заинтересованности, подробно перечислены обязанности государственного служащего по недопущению такого конфликта. Международный кодекс только упоминает об обязанности государственного служащего действовать сообразно с мерами, установленными для того, чтобы уменьшить или устранить конфликт интересов, не указывая содержание этих мер.

В части требований к поведению бывшего государственного служащего после ухода со службы Модельный кодекс запрещает такому лицу использовать свою принадлежность к государственной службе для получения работы за ее пределами, разглашать служебную информацию, действовать от имени какого-либо лица, с которым он взаимодействовал по службе, способствуя получению таким лицом преимуществ (ст. 26). Кроме того, должностные лица не должны оказывать какого-либо предпочтения в доступе к государственной службе бывшим государственным служащим (ст. 27). В Международном кодексе установлена лишь обязанность государственного служащего после ухода со своих официальных должностей не злоупотреблять своим прежним служебным положением. В целом Модельный кодекс можно признать удачным. В подтверждение тому в 2002 г. депутатами Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации был внесен на рассмотрение законопроект №85554-3 «Кодекс поведения государственных служащих Российской Федерации» [1]. Однако законопроект был отклонен и снят с рассмотрения. Вместе с тем отдельные ученые и специалисты-практики продолжают настаивать на необходимости разработки кодекса поведения государственных и муниципальных служащих в виде федерального закона (см., напр., [5, с. 25–35; 8, с. 38–42]).

Следует заметить, что особенностью Модельного кодекса является его приоритетная защита государственных (общественных) интересов в случаях их противоречия частным интересам гражданского служащего и создание эффективных механизмов такой защиты. Современное российское законодательство пока отстает в этом направлении.

Это видно на нескольких примерах. Во-первых, п. 5 ст. 13 Модельного кодекса устанавливает запрет на назначение кандидата на должность гражданской службы, если известно о конфликте интересов, – до момента разрешения такого конфликта. Подобного запрета российское законодательство не предусматривает.

Во-вторых, для российского гражданского служащего большинство решений, принятых комиссией по урегулированию конфликта интересов, не является обязательным, в отличие от Модельного кодекса (п. 3 ст. 13 Модельного кодекса).

В-третьих, меры по урегулированию конфликта интересов на гражданской службе в Российской Федерации сводятся лишь к изменению служебного положения и дисциплинарным взысканиям. Отказ служащего от выгоды, из-за которой возник конфликт интересов, не сформулирован в законе в качестве его обязанности. Вместе с тем меры дисциплинарной ответственности, даже увольнение со службы, не позволяют устранить негативные имущественные последствия конфликта интересов. Например, гражданско-правовой договор или государственный контракт, на заключение которого повлияла личная заинтересованность гражданского служащего, не утрачивает своей силы, а уволенный с гражданской службы гражданин продолжает извлекать частную выгоду из сделки, совершенной с использованием служебного положения и противоречащей общественным и государственным интересам.

В-четвертых, согласно п. 2 ст. 15 Модельного кодекса гражданский служащий обязан запрашивать согласие своего работодателя на осуществление возмездной и безвозмездной деятельности в установленных случаях в соответствии с законодательством. Частью 2 ст. 14 Закона о граждан-

ской службе предусмотрена лишь обязанность гражданского служащего информировать представителя нанимателя о выполнении иной оплачиваемой работы.

В-пятых, в ст. 12 Закона о противодействия коррупции предусмотрена процедура дачи согласия комиссией по урегулированию конфликта интересов на последующее трудоустройство бывшего гражданского служащего. Вместе с тем никаких критериев оценки предполагаемого места работы для решения вопроса о даче согласия не установлено.

В-шестых, Модельный кодекс включает в понятие личной заинтересованности любую выгоду не только для самого гражданского служащего, его родственников, связанных с ним организаций, но также для друзей служащего и его близких.

Одним из путей решения указанной проблемы для России могла бы стать ратификация Конвенции о гражданско-правовой ответственности за коррупцию и включение в наше законодательство норм гражданско-правовой ответственности служащих за ущерб, причиненный в результате конфликта интересов. Куда более эффективным средством урегулирования конфликта интересов может стать не увольнение служащего (включая увольнение в связи утратой доверия в соответствии со ст. 59^2 Закона о гражданской службе), а устранение материальной выгоды от совершения сделок, например возможность признать такую сделку недействительной в судебном порядке. Кроме того, в число обязанностей гражданского служащего должна войти обязательность решений комиссии по урегулированию конфликта интересов, принятых в его адрес. Думается, что подобные комплексные изменения необходимо внести и в законодательство о противодействии коррупции, и в гражданское законодательство. Однако этот вопрос заслуживает отдельного исследования.

Еще одной проблемой является недостаточная конкретизация правил этического поведения гражданских служащих. В большинстве своем эти правила сформулированы достаточно абстрактно, иногда в виде принципов, и не могут служить повседневным руководством к действию для гражданских служащих в конкретных ситуациях. Нужны более четкие нормы, рассчитанные на обширный круг ситуаций. Такие правила могли бы быть закреплены в кодексах этики. Однако та форма, в которой такие кодексы приняты повсеместно в настоящее время – ведомственный нормативный акт – не позволяют отступать от законодательства. Да и термин «кодекс» здесь используется весьма условно, так как кодекс этики по своей сути не является результатом кодификации. Возможно, определенную роль здесь сыграли трудности перевода. За рубежом аналогичные документы, как правило, именуются английским словом «code». В переводе на русский язык это слово может обозначать не только законодательный акт, содержащий правовые нормы какой-либо отрасли права и систематизированный путем переработки действующего законодательства, но и простой набор (свод) правил или принципов поведения [15, с. 162; 17, с. 423]. Таким образом, кодексы этики правильнее было бы именовать сводом этических правил гражданских служащих.

Думается, что наиболее подходящей правовой формой закрепления правил этического поведения гражданских служащих Российской Федерации и ее субъектов является указ Президента Российской Федерации, поскольку эта форма обеспечивает единообразное и более оперативное по сравнению с федеральным законом правовое регулирование этического поведения на гражданской службе. В Законе о гражданской службе необходимо предусмотреть соответствующую отсылочную норму. Кроме того, учитывая динамичность соответствующего законодательства многочисленные кодексы этики будут нуждаться в постоянной актуализации. Следовательно, издание единого кодекса этики для гражданских служащих Российской Федерации позволило бы избежать избыточного нормотворчества.

Библиографический список

1. *Автоматизированная* система обеспечения законодательной деятельности [Электронный ресурс]. URL: http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=85554-3 (дата обращения: 01.11.2011).
2. *Конвенция* о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. // Бюл. междунар. договоров. 2001. №3. С. 3–44.
3. *Конвенция* об уголовной ответственности за коррупцию: принята Комитетом министров Совета Европы 27 января 1999 г. // Бюл. междунар. договоров. 2009. №9. С. 15–29.
4. *Конвенция* Организации Объединенных Наций против коррупции: принята 31 октября 2003 г. // Бюл. междунар. договоров. 2006. №10. С. 7–54.
5. *Куракин А.В.* Актуальные проблемы административно-правовых средств предупреждения и пресечения коррупции в системе государственной службы РФ // Административное и муниципальное право. 2008. №1. С. 25–35.
6. *Малиновский А.А.* Кодекс профессиональной этики: понятие и юридическое значение // Журнал рос. права. 2008. №4. С. 39–44.
7. *Международный* кодекс поведения государственных должностных лиц, принят резолюцией 51/59 Генеральной Ассамблеи ООН: принят 12 декабря 1996 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/int_code_of_conduct.shtml; http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm (дата обращения: 01.11.2011).
8. *Новоселова Н.В.* Конфликт интересов на государственной службе: некоторые проблемы правопонимания // Административное право и процесс. 2010. №6. С. 38–42.
9. *О государственной* гражданской службе Российской Федерации: Федер. закон Рос. Федерации от 27 июля 2004 г. №79-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. №31, ст. 3215.
10. *О противодействии* коррупции: Федер. закон Рос. Федерации от 25 декабря 2008 г. №273-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. №52 (ч. 1), ст. 6228.
11. *Об утверждении* Кодекса этики и служебного поведения государственных гражданских служащих Пермского края, замещающих должности государственной гражданской службы Пермского края в Министерстве природных ресурсов Пермского края: приказ Министерства природных ресурсов Пермского края от 5 марта 2011 г. №СЭД-30-03-07-6 // Бюл. законов Пермского края, правовых актов губернатора Пермского края, Правительства Пермского края, исполнительных органов государственной власти Пермского края. 2011. №10.
12. *Об утверждении* Кодекса этики и служебного поведения заместителей председателя Правительства Пермского края, руководителей исполнительных органов государственной власти Пермского края и руководителя Аппарата Правительства Пермского края: указ губернатора Пермского края от 07 июля 2011 г. №54 // Бюл. законов Пермского края, правовых актов губернатора Пермского края, Правительства Пермского края, исполнительных органов государственной власти Пермского края. 2011. №27.
13. *Об утверждении* Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии: приказ Росстандарта от 17 февраля 2011 г. №625 // Вестн. Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии. 2011. №4.
14. *Об утверждении* общих принципов служебного поведения государственных служащих: указ Президента Рос. Федерации от 12 августа 2002 г. №885 // Рос. газета. 2002. 15 авг.
15. *Пивовар А.Г., Осипов В.И.* Англо-русский юридический словарь: право и экономика. М.: Экзамен, 2006. 864 с.
16. *Президент* России. Государство [Электронный ресурс]. URL: http://state.kremlin.ru/face/8409 (дата обращения: 01.11.2011).

17. *Теория* государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юристъ, 2001. 776 с.
18. *Center* for the Study of Ethics in the Professions, Illinois Institute of Technology // [сайт Технол. ин-та Иллинойса]. URL: http://ethics.iit.edu/index1.php/Library/Print%20Collections/Part%20III%20Government%20Organizations (дата обращения: 01.11.2011).
19. *Civil* Law Convention on Corruption (Strasbourg, 4 September 1999) [Электронный ресурс]. URL: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm (дата обращения: 01.11.2011).
20. *Evaluation* report on the Russian Federation. Adopted by GRECO at its 40th Plenary Meeting (Strasbourg, 1–5 December 2008). P. 65–66 [Электронный ресурс]. URL: http://www.coe.int/t/dghl/ monitoring/greco/evaluations/round2/ GrecoEval1-2%282008%292_RussianFederation_EN.pdf (дата обращения: 01.11.2011).
21. *Programme* of action against corruption [Электронный ресурс]. URL: https://wcd.coe.int/ com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=539992&SecMode=1&DocId=550744&Usage=2 (дата обращения: 01.11.2011).
22. *Recommendation* No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to Member states on the status of public officials in Europe [Электронный ресурс]. URL: https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=531085&SecMode=1&DocId=330030&Usage=2 (дата обращения: 01.11.2011).
23. *Recommendation* No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on the on codes of conduct for public officials [Электронный ресурс]. URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec%282000%2910_EN.pdf (дата обращения: 01.11.2011).
24. *Resolution* (97) 24 of the Committee of Ministers on the twenty guiding principles for the fight against corruption [Электронный ресурс]. URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593789 (дата обращения: 01.11.2011).
25. *Statute* of the Council of Europe [Электронный ресурс]. URL: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/001.htm (дата обращения: 01.11.2011).

Bibliograficheskij spisok

1. *Avtomatizirovannaja* sistema obespechenija zakonodatel'noj dejatel'nosti [Jelektronnyj resurs]. URL: http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=85554-3 (data obrawenija: 01.11.2011).
2. *Konvencija* o zawite prav cheloveka i osnovnyh svobod ot 4 nojabrja 1950 g. // Bjul. mezhdunar. dogovorov. 2001. №3. S. 3–44.
3. *Konvencija* ob ugolovnoj otvetstvennosti za korrupciju: prinjata Komitetom ministrov Soveta Evropy 27 janvarja 1999 g. // Bjul. mezhdunar. dogovorov. 2009. №9. S. 15–29.
4. *Konvencija* Organizacii Ob#edinennyh Nacij protiv korrupcii: prinjata 31 oktjabrja 2003 g. // Bjul. mezhdunar. dogovorov. 2006. №10. S. 7–54.
5. *Kurakin A.V.* Aktual'nye problemy administrativno-pravovyh sredstv preduprezhdenija i presechenija korrupcii v sisteme gosudarstvennoj sluzhby RF // Administrativnoe i municipal'noe pravo. 2008. №1. S. 25–35.
6. *Malinovskij A.A.* Kodeks professional'noj jetiki: ponjatie i juridicheskoe znachenie // Zhurnal ros. prava. 2008. №4. S. 39–44.
7. *Mezhdunarodnyj* kodeks povedenija gosudarstvennyh dolzhnostnyh lic, prinjat rezoljuciej 51/59 General'noj Assamblei OON: prinjat 12 dekabrja 1996 g. [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/int_code_of_conduct.shtml; http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm (data obrawenija: 01.11.2011).
8. *Novoselova N.V.* Konflikt interesov na gosudarstvennoj sluzhbe: nekotorye problemy pravoponimanija // Administrativnoe pravo i process. 2010. №6. S. 38–42.
9. *O gosudarstvennoj* grazhdanskoj sluzhbe Rossijskoj Federacii: Feder. zakon Ros. Federacii ot 27 ijulja 2004 g. №79-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2004. №31, st. 3215.

10. *O protivodejstvii* korrupcii: Feder. zakon Ros. Federacii ot 25 dekabrja 2008 g. №273-FZ // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2008. №52 (ch. 1), st. 6228.
11. *Ob utverzhdenii* Kodeksa jetiki i sluzhebnogo povedenija gosudarstvennyh grazhdanskih sluzhawih Permskogo kraja, zamewajuwih dolzhnosti gosudarstvennoj grazhdanskoj sluzhby Permskogo kraja v Ministerstve prirodnyh resursov Permskogo kraja: prikaz Ministerstva prirodnyh resursov Permskogo kraja ot 5 marta 2011 g. №SJeD-30-03-07-6 // Bjul. zakonov Permskogo kraja, pravovyh aktov gubernatora Permskogo kraja, Pravitel'stva Permskogo kraja, ispolnitel'nyh organov gosudarstvennoj vlasti Permskogo kraja. 2011. №10.
12. *Ob utverzhdenii* Kodeksa jetiki i sluzhebnogo povedenija zamestitelej predsedatelja Pravitel'stva Permskogo kraja, rukovoditelej ispolnitel'nyh organov gosudarstvennoj vlasti Permskogo kraja i rukovoditelja Apparata Pravitel'stva Permskogo kraja: ukaz gubernatora Permskogo kraja ot 07 ijulja 2011 g. №54 // Bjul. zakonov Permskogo kraja, pravovyh aktov gubernatora Permskogo kraja, Pravitel'stva Permskogo kraja, ispolnitel'nyh organov gosudarstvennoj vlasti Permskogo kraja. 2011. №27.
13. *Ob utverzhdenii* Kodeksa jetiki i sluzhebnogo povedenija federal'nyh gosudarstvennyh grazhdanskih sluzhawih Federal'nogo agentstva po tehnicheskomu regulirovaniju i metrologii: prikaz Rosstandarta ot 17 fevralja 2011 g. №625 // Vestn. Federal'nogo agentstva po tehnicheskomu regulirovaniju i metrologii. 2011. №4.
14. *Ob utverzhdenii* obwih principov sluzhebnogo povedenija gosudarstvennyh sluzhawih: ukaz Prezidenta Ros. Federacii ot 12 avgusta 2002 g. №885 // Ros. gazeta. 2002. 15 avg.
15. *Pivovar A.G., Osipov V.I.* Anglo-russkij juridicheskij slovar': pravo i jekonomika. M.: Jekzamen, 2006. 864 s.
16. *Prezident* Rossii. Gosudarstvo [Jelektronnyj resurs]. URL: http://state.kremlin.ru/face/8409 (data obrawenija: 01.11.2011).
17. *Teorija* gosudarstva i prava: kurs lekcij / pod red. N.I. Matuzova, A.V. Mal'ko. M.: Jurist#, 2001. 776 s.
18. *Center* for the Study of Ethics in the Professions, Illinois Institute of Technology // [sajt Tehnol. in-ta Illinojsa]. URL: http://ethics.iit.edu/index1.php/Library/Print%20Collections/Part%20III%20Government%20Organizations (data obrawenija: 01.11.2011).
19. *Civil* Law Convention on Corruption (Strasbourg, 4 September 1999) [Jelektronnyj resurs]. URL: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm (data obrawenija: 01.11.2011).
20. *Evaluation* report on the Russian Federation. Adopted by GRECO at its 40th Plenary Meeting (Strasbourg, 1–5 December 2008). P. 65–66 [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.coe.int/t/dghl/ monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval1-2%282008%292_RussianFederation _EN.pdf (data obrawenija: 01.11.2011).
21. *Programme* of action against corruption [Jelektronnyj resurs]. URL: https://wcd.coe.int/ com.instranet.InstraServlet? command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=539992&SecMode=1&DocId=550744&Usage=2 (data obrawenija: 01.11.2011).
22. *Recommendation* No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to Member states on the status of public officials in Europe [Jelektronnyj resurs]. URL: https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=531085&SecMode=1&DocId=330030&Usage=2 (data obrawenija: 01.11.2011).
23. *Recommendation* No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on the on codes of conduct for public officials [Jelektronnyj resurs]. URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec%282000%2910_EN.pdf (data obrawenija: 01.11.2011).
24. *Resolution* (97) 24 of the Committee of Ministers on the twenty guiding principles for the fight against corruption [Jelektronnyj resurs]. URL:https://wcd. coe.int/ ViewDoc.jsp?id=593789 (data obrawenija: 01.11.2011).

25. *Statute* of the Council of Europe [Jelektronnyj resurs]. URL: http:// conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/001.htm (data obrawenija: 01.11.2011).

SYSTEMATIZATION OF ETHIC RULES OF CONDUCT FOR CIVIL SERVANTS IN RUSSIAN AND INTERNARIONAL LAW

S.V. Shuraleva

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: shura_leva@rambler.ru

A.V. Vankov

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: a3xmaster@mail.ru

The article «Systematization of Ethic Rules of Conduct for Civil Servants in Russian and International Law» is devoted to systematization of ethic legal regulations for civil servants under Russian and International law. Authors analyze important international acts provided by United Nations Organization and Council of Europe for example United Nations Convention against Corruption, International Code of Conduct for Public Officials, Statute of the Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Criminal Law Convention on Corruption, Civil Law Convention on Corruption, Resolution (97) 24 of the Committee of Ministers on the twenty guiding principles for the fight against corruption, Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to Member states on the status of public officials in Europe, Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on the on codes of conduct for public officials. In the Russian Federation a number of laws and other normative acts, which include anticorruption elements for civil service, have been adopted in recent years, among them the Decree of the President On general principles of the civil servants' conduct (No. 885 of 12.08.2002), the Law On the public civil service (No. 79 of 27.07.2004), the Law against corruption (No. 273 of 25.12.2008) and others. In the article authors describe process of emerging new source of ethic legal regulation in Russia – Codes of ethics and conduct for civil servants. Russian Codes of ethics and conduct for civil servants (as well as International Code of Conduct for Public Officials, Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on the on codes of conduct for public officials) contain rules, concerning general principles of conduct for civil servants, conflict of interests, acceptance of gifts or other favours, confidential information, political activity. Despite it is insisted that abovementioned Codes should be improved in compliance with international acts. Recommendations for such improvement are suggested.

Keywords: systematization of legal regulations; code of ethics; civil service; government ethics; conflict of interest; counteraction to corruption

VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 343.141

ДОКУМЕНТЫ КАК ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Г.Я. Борисевич

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: kafedra_Upik@psu.ru

Дан анализ содержания и формы двух самостоятельных видов доказательств: протоколов следственных действий и судебного заседания, а также иных документов. Предложены рекомендации по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства, регулирующего данные виды доказательств и практики его применения.

Ключевые слова: документы как доказательства; протоколы следственных действий и судебного заседания; иные документы

Документ в уголовном процессе – это материальный объект, на котором официальное лицо или гражданин общепринятым (общепонятным) или принятым для документа специального вида способом зафиксировал сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела [27, с. 664]. При расследовании и разрешении уголовных дел документы как доказательства широко используются при условии соблюдения требований уголовно-процессуального закона к их форме и содержанию. В доказывании наиболее распространены документы в письменной форме. Это общедоступный и распространенный способ фиксации информации, непосредственно излагаемой, воспринимаемой не только должностным, но любым лицом без каких-либо технических приспособлений, аппаратов, машин и т.д., но не единственный. Документы могут содержать сведения, зафиксированные не только в письменном, но и в ином виде. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации. Таким образом, понятия «документ» и «письменный документ» не тождественны. Доказательственное значение имеют документы, обладающие свойствами относимости и допустимости. Определяя понятие документов как доказательств в уголовном судопроизводстве УПК РФ (как и УПК РСФСР), различает две группы:

1) протоколы следственных действий и судебного заседания;

2) иные документы.

Каждая из групп документов представляет собой самостоятельный вид доказательств, имеющий присущие ему особенности.

Рассмотрим содержание первого из них. Протоколы следственных действий и судебного заседания представляют собой составленные в соответствии с требованиями УПК РФ процессуальные документы (акты) и приложения к ним, удостоверяющие факты и обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, которые воспринимаются непосредственно дознавателем, следователем, судом в присутствии участников уголовного судопроизводства в ходе соответствующих следственных или судебных действий. Они являются одним из средств установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания. Особенно-

© Борисевич Г.Я., 2012

стью этого вида доказательств является то, что он содержит сведения, ***непосредственно воспринимаемые дознавателем, следователем или судом, обнаруженные и наблюдавшиеся ими самими***. Если же в протоколе следственного действия фиксируются сведения, полученные от других лиц (протоколы допросов, очных ставок подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, эксперта), то этот протокол относится к соответствующему виду доказательств (показания подозреваемого, показания обвиняемого и т.д.). Перечисленные протоколы доказательствами не являются, а выполняют роль лишь средств фиксации доказательств других видов.

Такое разделение протоколов следственных действий с точки зрения значения их как источников доказательств объясняется следующим. Когда речь идет об источниках доказательств, исходящих от допрашиваемых лиц, то закон, руководствуясь требованиями устности и непосредственности в исследовании доказательств, рассматривает в качестве источников доказательств показания этих лиц как таковые. И для того чтобы обеспечить надлежащее исследование указанных источников доказательств, закон обязывает органы расследования и суд обращаться непосредственно к показаниям подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, потерпевшего – к допросу их, а не ограничиваться использованием протоколов допросов. В частности, в судебном заседании суд, как правило, обязан непосредственно допросить вышеперечисленных лиц, основывая свои выводы на данных, рассмотренных в судебном заседании. Оглашение же в судебном заседании протоколов ранее данных показаний этих лиц допускается лишь при наличии специально предусмотренных законом условий (ст. 276, 281 УПК РФ).

Протоколам следственных действий и судебных заседаний присуща письменность как необходимый атрибут данного вида доказательств. Фотографирование, стенографирование, киносъемка, аудиозапись, видеозапись выполняют роль факультативных средств фиксации сведений, имеющих значение для дела. Они не заменяют протоколов данных действий и сами по себе, без протоколов, доказательственного значения не имеют. Фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски следов иллюстрируют содержание протоколов, помогают проверить полноту и точность записей, в них содержащихся, являются приложением, составной частью протоколов. В этих приложениях фиксируются детали производимых следственных действий. Протоколы и приложения к ним могут содержать противоречивые сведения об одних и тех же обстоятельствах. Например, между протоколом и фотоснимком будет существенное противоречие, если в протоколе будут отсутствовать сведения о предмете, изображенном на фотоснимке, т.е. сведения, имеющие значение для дела. Допросом понятых и иных лиц, участвующих в следственном действии, можно нейтрализовать допущенные при составлении протокола недостатки. Однако пробелы будут невосполнимы, если участники следственного действия не подтвердят достоверность изображенного на фотоснимке, зафиксированного на видеозаписи, фотоснимке, плане, схеме. Для того чтобы протокол отражал обстоятельства и факты, установленные при производстве следственного действия и в суде, закон в специальных нормах (ст. 166, 167, 170) или нормах, относящихся к отдельным следственным действиям (например, ст. 180 – протоколы осмотра и освидетельствования) определяет: кем и как составляется и подписывается протокол; какие обстоятельства подлежат фиксации; степень их детализации и последовательность изложения в описании; способы изготовления приложений к протоколу; правила удостоверения соответствия содержания протокола воспринятым фактам объективной действительности.

Протокол должен также содержать запись о разъяснении участникам следственных действий в соответствии с уголовно-процессуальным законом их прав, обязанностей, ответственности и порядке произ-

водства следственных действий, которая удостоверяется подписями участников следственных действий. Так, неразъяснение понятым их прав и обязанностей лишает протокол следственного действия, в котором они участвовали, доказательственного значения [3, с. 11].

Соблюдение порядка составления протокола дознавателем, следователем – это непременное требование закона. Нарушение процессуальной формы ведет к утрате доказательственного значения протокола.

В соответствии со ст. ***87 УПК РСФСР*** протоколы, удостоверяющие обстоятельства и факты, установленные при осмотре, освидетельствовании, выемке, обыске, задержании, предъявлении для опознания, а также при производстве следственного эксперимента, составляемые в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, являются доказательством по делу. *Аналогичная статья действующего УПК РФ (ст. 83) сформулирована менее удачно*: «Протоколы следственных действий и протоколы судебных заседаний допускаются в качестве доказательств, если они соответствуют требованиям, установленным настоящим Кодексом». Данная редакция с момента принятия УПК РФ вызывает в первую очередь вопросы у правоприменителей. Протоколы ***каких следственных действий*** причислены к данному виду доказательств? Вряд ли можно согласиться с А.В. Смирновым и К.Б. Калиновским, утверждающими, что «и протоколы допросов могут быть использованы в качестве доказательств на всех стадиях уголовного процесса (с ограничениями, установленными ст. 276, 281 УПК РФ)» [29, с. 200]. Представляется, что в соответствии как с УПК РСФСР, так и УПК РФ к данному виду доказательств по-прежнему следует относить протоколы следственных действий и судебного заседания, включающие информацию об условиях, ходе процессуального действия, осуществляемого дознавателем, следователем, судом и результаты непосредственного, чувственного восприятия явлений, материальной обстановки, следов преступления. Большинство этих следственных действий отличаются от допроса своей неповторимостью, в силу чего составление протокола, в котором дознаватель, следователь фиксируют результаты своего личного наблюдения, является единственным средством, позволяющим сохранить эти результаты для суда. Объектами такого непосредственного восприятия дознавателем, следователем или судом могут быть:

1) обстановка исследуемого события, сохранившаяся к моменту производства следственного или судебного действия (осмотра, выемки, обыска);

2) материальные следы события преступления (орудия, предметы, сохранившие на себе следы преступления и т.п.);

3) результаты опытных действий по воспроизведению обстановки исследуемого происшествия и его обстоятельств (в ходе следственного эксперимента и реконструкции места происшествия);

4) результаты сопоставления обстановки преступления со сведениями, сохранившимися в памяти людей (при проверке показаний на месте).

Протоколы допросов, как уже было отмечено, выполняют лишь роль фиксации показаний. Включая протоколы допросов в содержание ст. 83 УПК РФ, правоприменитель неизбежно создаст ситуацию искусственного увеличения количества доказательств и, как следствие, принятия на их основе, возможно, незаконных решений по конкретному уголовному делу. Итак, способами собирания протоколов следственных действий и судебного заседания являются: осмотр, освидетельствование, выемка, обыск, предъявление для опознания, следственный эксперимент, проверка показаний на месте, задержание, контроль и запись переговоров, получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Однако отнесение к этому виду доказательств протоколов некоторых из вышеперечисленных процессуальных действий вызывает определенные вопросы.

Так, законодатель ныне не относит задержание к следственным действиям, называя его мерой уголовно-процессуального принуждения. Возразить против этого трудно. Однако это не означает, что протокол задержания в любом случае не будет иметь

доказательственного значения. В соответствии со ст. 92 УПК РФ, в нем указываются дата и время составления, ***дата, место, время***, ***основания и мотивы задержания подозреваемого, результаты его личного обыска и другие обстоятельства*** данного произведенного процессуального действия. Доказательственное значение будут иметь отраженные в протоколе задержания предметы, обнаруженные при подозреваемом (наркотические вещества, оружие, деньги, ценности), предметы его одежды со следами преступления. В данных ситуациях, как нам представляется, протокол задержания будет иметь доказательственное значение.

Далее относительно такого следственного действия, как контроль и запись переговоров. О результатах осмотра и прослушивания фонограммы следователь с участием понятых и при необходимости специалиста, а также лиц, чьи телефонные и иные переговоры записаны, составляет протокол, в котором должна быть дословно изложена та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному уголовному делу. Лица, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе в том же протоколе или отдельно изложить свои замечания к протоколу. Фонограмма в полном объеме приобщается к материалам уголовного дела на основании постановления следователя как вещественное доказательство и хранится в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность прослушивания и тиражирования фонограммы посторонними лицами и обеспечивающих ее сохранность и техническую пригодность для повторного прослушивания, в том числе в судебном заседании (ч. 7.8 ст. 186). В.А. Лазарева обращает внимание на то обстоятельство, что запись в протоколе этого процессуального действия осуществляется не на основании непосредственного восприятия самого разговора, а путем механического повторения зафиксированной с помощью звукозаписывающего устройства информации в письменном виде, обеспечивающего удобство ознакомления с соответствующей частью содержания переговоров. Соответственно, полагает она, доказательственная ценность протокола осмотра и прослушивания фонограммы состоят не в изложении в нем содержания записи, а в удостоверении самого факта ее существования на электронном или магнитном носителе, переданном в установленном порядке органами, осуществляющими контроль и запись переговоров. Протокол призван удостоверить также целостность упаковки фонограммы и удостоверяющей ее печати органа, осуществляющего прослушивание, наличие технической возможности прослушать запись переговоров, качество записи, отсутствие технических помех и т.д. Не имеющий самостоятельной доказательственной ценности протокол осмотра и прослушивания фонограммы переговоров, таким образом, имеет значение для оценки доказательственного значения самой фонограммы [22, с. 328]. Трудно отказать в логике этих рассуждений. Однако повторимся, протокол осмотра и прослушивания фонограммы ***имеет значение*** для оценки доказательственного значения самой фонограммы. Это обстоятельство дает основание включить данный протокол в содержание ст. 83 УПК РФ.

Федеральным законом от 1 июля 2010 г. №143 УПК РФ дополнен ст. 186^1 «Получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами» – новым следственным действием. Следователь осматривает представленные документы, содержащие информацию о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, с участием понятых и (при необходимости) специалиста, о чем составляет протокол, в котором должна быть указана та часть информации, которая, по мнению следователя, имеет отношение к уголовному делу (дата, время, продолжительность соединения между абонентами и (или) абонентскими устройствами, номера абонентов и другие данные). Лица, присутствовавшие при составлении протокола, вправе в том же протоколе или отдельно от него изложить свои замечания.

Представленные документы, содержащие информацию о соединениях между

абонентами и (или) абонентскими устройствами, приобщаются к материалам уголовного дела в полном объеме на основании постановления следователя как вещественное доказательство и хранятся в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними посторонними лицами и обеспечивающих их сохранность (ч. 5, 6 ст. 186^1). Полагаем, что протокол осмотра документов, содержащих информацию о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (как и протокол осмотра и прослушивания фонограммы), самостоятельной доказательственной ценности не имеет, ***но имеет значение для оценки доказательственного значения представленных документов***.

Большинство специалистов к анализируемому виду доказательств относят также протокол самостоятельного следственного действия-проверки показаний на месте. Основания к этому существуют. Совершенно очевидно, что следователь в ходе данного следственного действия непосредственно воспринимает: подтверждаются или опровергаются вызывающие сомнение сведения об обстоятельствах совершения преступления, сообщенные ранее допрошенным лицом; обнаружение имеющих значение для уголовного дела предметов, о существовании которых упоминалось на допросе. Должностное лицо может реализовать возможность конкретизировать механизм совершения преступления; восполнить пробелы, устранить неясности в ранее данных подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим, свидетелем показаниях. Вопрос заключается в другом. Существуют ли запреты на оглашение в судебном заседании протокола проверки показаний на месте, как это имеет место в случаях с показаниями, сообщенными лицами в ходе допроса и очной ставки? Если относить протокол проверки показаний на месте к анализируемому виду доказательств, то запреты на его оглашение в судебном следствии не должны иметь места. В определении же Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 3 июня 2005 г. №82-005-13 ***высказана иная позиция***, суть которой заключается в следующем: Курганским областным судом 31 января 2005 г. осуждены Б. по ч. 3 ст. 30, п. «к» ч. 2 ст. 105, ч. 2 ст. 162 и по ч. 1 ст. 222 УК РФ и Г. по п. «з» ч. 2 ст. 105, п. «в» ч. 4 ст. 162 и по ч. 1 ст. 222 УК РФ. Они признаны виновными в незаконном ношении огнестрельного оружия и боеприпасов, разбойном нападении на потерпевшего; кроме того, Г. – в убийстве, сопряженном с разбоем, а Б. – в покушении на убийство. В кассационных жалобах осужденные Г. и Б., а также адвокаты в защиту их интересов просили приговор отменить, дело направить на новое судебное разбирательство. Адвокаты в защиту интересов Г. отмечали, что в судебном заседании показания свидетеля Х. необоснованно оглашены, так как причина его неявки в суд не была установлена.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 3 июля 2005 г. приговор отменила, дело направила на новое судебное разбирательство, указав следующее. Как следует из приговора, в основу обвинения Б. и Г. были положены показания потерпевших М. и Л., а также свидетеля Х. Вместе с тем из протокола судебного заседания следует, что потерпевшие М. и Л. в судебное заседание не явились. При этом причина неявки Л. не была установлена, а потерпевший М., как это видно из постановления судьи, отказался явиться в судебное заседание. В соответствии с ч. 1 ст. 281 УПК РФ оглашение показаний потерпевшего, ранее данных при производстве предварительного расследования, воспроизведение аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки допросов допускается с согласия сторон в случае неявки потерпевшего.

Вопреки данному требованию закона суд при возражении стороны защиты, в том числе осужденных, огласил в судебном заседании по ходатайству государственного обвинителя показания М., данные на очной ставке с Г., а также осуществил просмотр видеозаписи показаний Л., данных им при выходе на место происшествия. При этом в обоснование своих действий суд в приговоре указал, что запрет на оглашение показаний потерпевшего без согласия сторон в случае его неявки относится лишь непосредственно к протоколу его допроса, а не к

протоколу очной ставки и проверке показаний на месте происшествия, которые являются самостоятельными следственными действиями. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ такой вывод суда сочла не соответствующим закону. Как следует из протоколов очной ставки и проверки показаний на месте происшествия, в них изложены показания потерпевших об обстоятельствах, очевидцами которых они являлись. В этом смысле никакой принципиальной разницы между такими следственными действиями, как допрос потерпевших, очная ставка и проверка показаний на месте происшествия, не имеется. Поэтому требования ч. 1 ст. 281 УПК РФ распространяются и на них [14, с. 29,30]. Таким образом, учитывая, что показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля сообщаются не только на допросе, но и в ходе других следственных действий, ***оглашать их в ходе судебного следствия возможно при наличии к тому оснований в соответствии с требованиями ст. 276, 281 УПК РФ***.

Учитывая, что формирование анализируемого вида доказательств осуществляется в ходе перечисленных следственных действий, правоприменителям важно соблюдать предусмотренные законом основания, порядок их производства и оформления. Особое значение при этом имеет соблюдение установленных уголовно-процессуальным законом обязательности и пределов применения такого наиболее общего приема познания, как описание. В протоколе следственного действия следует фиксировать не только ход и результаты следственного действия, но и отражать, где и какие значимые для дела предметы, обстоятельства были обнаружены. Несоблюдение указанных требований расценивается судебной практикой как поверхностное проведение осмотра, что является одним из оснований для отмены приговора. Примером тому служит одно из уголовных дел, обстоятельства которого целесообразно изложить подробно. К. был признан виновным в том, что 30 апреля 1999 г. около 18 часов, управляя автомобилем ВАЗ-2110 по трассе Ноябрьск-Пурпе, в нарушение подп. 1.4, ..5, 9.1, 10.1 Правил дорожного движения, не оценив дорожную обстановку, не убедившись в безопасности движения, не избрав скорость, безопасную для движения, допустил столкновение с автомобилем марки «Мицубиси-Паджеро», управляемым Ш.Л. В результате дорожно-транспортного происшествия (ДТП) пассажиру автомобиля марки «Мицубиси-Паджеро» Ш.Л. были причинены телесные повреждения, повлекшие за собой длительное расстройство здоровья. Определением судебной коллегии по уголовным делам Ямало-Ненецкого автономного округа от 1 июля 2002 г. приговор в отношении К. отменен и дело прекращено на основании п. 3 ч. 1 ст. 29 УПК РФ за истечением срока давности уголовного преследования.

В надзорной жалобе адвокат в защиту интересов К. просил об отмене судебных решений и прекращении производства по делу за недоказанностью вины осужденного. Президиум суда Ямало-Ненецкого автономного округа 1 апреля 2009 г. надзорную жалобу адвоката удовлетворил, приговор и кассационное определение отменил, а дело направил в районный суд г. Муравленко на новое рассмотрение, указав, что действия К. квалифицированы по ч. 1 ст. 264 УК РФ. В судебном заседании он вину не признал. По словам К., он ехал по своей стороне дороги. Погодные условия были плохие. «Фура» шла ему навстречу, как только он проехал мимо нее, произошел удар. Дальнейшего он не помнит. Дверь машины заклинило, и, чтобы вытащить его из салона, ее открывали техническими средствами, машину двигали, зацепив тросом. Затем его доставили в больницу. ***При осмотре места происшествия он не присутствовал, со схемой ДТП не согласен***. В результате аварии ему причинены телесные повреждения, расценивающиеся как тяжкий вред здоровью. В надзорной жалобе адвокат сослался на то, что вина К. в нарушении правил дорожного движения не доказана. ***Протокол осмотра места происшествия, схема ДТП, протоколы осмотра транспортных средств не могут являться доказательствами по де-***

лу, так как составлены с нарушением норм УПК РФ, без участия понятых. В протоколе осмотра места происшествия неверно указана ширина проезжей части дороги в месте столкновения. Схема ДТП не отражает фактических обстоятельств дела. Поэтому автотехническая экспертиза, фототаблица и показания заинтересованных в исходе дела потерпевшего Ш.Л. и свидетеля Ш.А. также не могут считаться доказательствами вины К. Доводы адвоката, изложенные в надзорной жалобе, являются обоснованными. Как видно из имеющихся в деле и исследованных в судебном заседании доказательств, непосредственных очевидцев, кроме водителей, находившихся в автомашинах, ставших участниками ДТП, и пассажиров в автомашине «Мицубиси-Паджеро», не установлено. При таких обстоятельствах одним из доказательств должны стать первичные следственные действия, т.е. осмотр места происшествия, который работники ГАИ обязаны были провести в строгом соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона, тем более, что один из участников ДТП – К. не мог по состоянию здоровья присутствовать при данном следственном действии. Как установлено судом и указано в приговоре, ***понятые непосредственно в проведении следственного действия не участвовали, а лишь подписали документы, поверхностно осмотрев место происшествия***. Согласно схеме место столкновения находится в 55 см от осевой линии на полосе движения автомашины «Мицубиси-Паджеро», при этом осколки стекла, пластмассы разбросаны в радиусе 6 м. Из схемы и протокола осмотра места происшествия не усматривается, по каким конкретно параметрам было установлено место происшествия. Как следует из протокола осмотра места происшествия, на расстоянии 703 м от километрового столба и 1 м от предполагаемой разделительной линии обнаружено место столкновения. Однако из схемы к протоколу осмотра места происшествия видно, что расстояние от километрового столба до места столкновения составляет менее 703 м.

Причины указанных противоречий судом не выяснены, и не установлено, каким образом производились замеры. Учитывая, что без проверки в судебном заседании изложенных обстоятельств надзорная инстанция не может принять окончательное решение, дело подлежит направить на новое судебное разбирательство [9, с. 25-26]. Существенные нарушения уголовно-процессуального закона, допущенные в ходе расследования преступлений при осмотре места происшествия [2, с. 12], задержании [2, с. 12; 6, с. 17; 5, с. 23; 19, с. 17], предъявлении для опознания [2, с. 17; 3, с. 11; 5, с. 23; 7, с. 23], проверке показаний на месте [2, с. 12], следственном эксперименте [7, с. 23], повлекли отмену судебных решений по конкретным уголовным делам, препятствуя достижению задач уголовного судопроизводства.

Следует ли в содержание ст. 83 УПК РФ включать протоколы каких-то иных, кроме вышеперечисленных следственных действий?

Спорным является вопрос о доказательственном значении протоколов получения образцов для сравнительного исследования (ст. 202). Они составляются с соблюдением требований к протоколам следственных действий (ст. 166, 167), ***однако сами образцы имеют доказательственное значение только в рамках сравнительного экспертного исследования***, т.е. по заключению эксперта. Доказательственное значение протокола получения образцов для сравнительного исследования проявляется при его оценке в совокупности с другими доказательствами: вещественными доказательствами и заключением эксперта о тождестве, сходстве или различии оставленных на предметах следов преступления с образцами для сравнительного исследования, полученных у определенного лица. Следовательно, не отрицая доказательственного значения протокола получения образцов для сравнительного исследования, его не следует включать в содержание ст. 83 УПК РФ. Иное опять же приведет к ложному впечатлению о количестве доказательств, собранных по конкретному уголовному делу.

К анализируемому виду доказательств В.А. Лазарева, на наш взгляд, правильно относит протокол о представлении доказательств кем-либо из участников уголовного процесса или протокол о принятии представленного им доказательства, позволяющих проследить происхождение того или иного документа или вещественного доказательства и дать ему надлежащую правовую оценку [22, с. 331]. В названных случаях речь идет, конечно же, о процессуальных, но не следственных действиях. Однако отрицать доказательственное значение протоколов этих процессуальных действий и включать их в содержание ст. 83 УПК РФ было бы безосновательно.

Однако не все протоколы, составленные дознавателем, следователем, можно рассматривать в качестве доказательств. В юридической литературе было высказано мнение о том, что протокол о наложении ареста на имущество также относится к анализируемому виду доказательств, а значит, имеет доказательственное значение [22, с. 602; 27, с. 675]. Согласиться с этим нельзя, так как наложение ареста на имущество, денежные средства и иные ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях, ***является мерой процессуального принуждения***, но не следственным действием. Данная мера имеет своей целью обеспечение исполнения приговора в части гражданского иска, других имущественных взысканий или возможной конфискации имущества, указанного в ч. 1 ст. 104^1 УК РФ. Таким образом, протокол наложения ареста на имущество доказательственного значения не имеет. На наш взгляд, не являются доказательствами протоколы процессуальных действий об уничтожении либо технической переработке вещественных доказательств, составленные в соответствии с подп. «в» п. 2 и п. 3 ч. 2 ст. 82 УПК РФ. Целью таких действий является лишь определение «судьбы» вещественных доказательств, но отнюдь не получение новой доказательственной информации. Не являются также доказательствами протокол об уведомлении обвиняемого и других участников уголовного процесса об окончании следственных действий, протокол об ознакомлении подозреваемого, обвиняемого, защитника (в определенных случаях, свидетеля, потерпевшего) с постановлением о назначении судебной экспертизы и разъяснении им прав (ч. 3 ст. 195, ч. 2 ст. 198); протокол ознакомления со всеми материалами уголовного дела при окончании предварительного следствия (ст. 218, ч. 2 ст. 225).

На наш взгляд, ***более обстоятельно и конкретно*** (хотя и не бесспорно) по сравнению со ст. 83 УПК РФ сформулирована часть первая аналогичной ст. 122 УПК Республики Казахстан:

1. Доказательствами по уголовному делу являются фактические данные, содержащиеся в составленных в соответствии с правилами настоящего Кодекса протоколах следственных действий, удостоверяющих обстоятельства, непосредственно воспринятые лицом, ведущим уголовный процесс, установленные при осмотре, освидетельствовании, выемке, обыске, задержании, наложении ареста на имущество, ареста корреспонденции, перехвате сообщений, прослушивании и записи телефонных и других переговоров, предъявлении для опознания, получении образцов для исследования, эксгумации трупа, проверке показаний на месте, следственном эксперименте, исследовании вещественных доказательств, проведенном специалистом в ходе следственного действия, а также содержащихся в протоколе судебного заседания, отражающем ход судебных действий и их результаты.

Нельзя не заметить, что к данному виду доказательств в соответствии со ст. 122 Республики Казахстан по сравнению с российским уголовно-процессуальным законодательством отнесен более широкий перечень протоколов процессуальных действий, с чем согласиться трудно.

Протоколы следственных и иных процессуальных действий, составляющих содержание анализируемого вида доказательств, являются личными доказательствами; они могут быть первоначальными и

производными; обвинительными и оправдательными; прямыми и косвенными. Они не имеют заранее установленной силы и подлежат проверке и оценке в соответствии с требованиями УПК. Существенно отличается от протоколов следственных действий протокол судебного заседания. Статья 83 УПК устанавливает, что протокол судебного заседания допускается в качестве доказательства, если он соответствует требованиям, установленным УПК (то, что протокол является доказательством по делу, прямо указано в п. 5 ч. 2 ст. 74 УПК).

Протокол судебного заседания является важным процессуальным документом, отражающим ход судебного заседания. При подаче апелляционных, кассационных и надзорных жалоб и представлений участники процесса могут в обоснование своих доводов ссылаться на протокол судебного заседания. Вышестоящий суд при рассмотрении дел в апелляционном, кассационном и надзорном порядке проверяет законность действий нижестоящего суда и решает вопрос о соответствии судебного решения данным, установленным в судебном заседании, на основании протокола судебного заседания. Следует иметь в виду, что незаконное осуждение либо оправдание становится возможным на основании сведений, записанных в протокол судебного заседания с искажением смысла и содержания сказанного. Чтобы этого не случилось, данный документ должен быть составлен в соответствии с требованиями статьи 259 УПК РФ. В протоколе судебного заседания должно быть подробно зафиксировано содержание показаний; вопросы, заданные допрашиваемыми, и их ответы; результаты произведенных в судебном заседании осмотров и других действий по исследованию доказательств; обстоятельства, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол; основное содержание выступлений сторон в прениях и последнего слова подсудимого. Протокол судебного заседания составляется в суде первой, апелляционной инстанций. И не только. Частью 9 статьи 377, а также ч. 11 ст. 407 УПК РФ предусмотрено составление протокола при рассмотрении соответственно дел судом кассационной и надзорной инстанций.

Отсутствие в материалах уголовного дела протокола судебного заседания, его неполнота либо поверхностное описание в нем судебных действий и содержания исследованных доказательств являются существенными нарушениями уголовно-процессуального закона, влекущими отмену приговора и направление дела на новое судебное рассмотрение.

Известно, что в ряде случаев секретари судебного заседания не успевают записать все произнесенное участниками уголовного судопроизводства либо неправильно понимают сказанное. В результате этого протокол судебного заседания становится недопустимым доказательством и не может быть положен в основу принимаемого судом решения. В настоящее время УПК РФ предусматривает возможность использования в ходе судебного разбирательства технических средств документирования происходящего, что создает необходимые условия для составления полноценного протокола судебного заседания. В соответствии с Федеральной целевой программой «Развитие судебной системы России на 2007–2011 годы» [30, ст. 4248], системы технической фиксации судебных процессов постепенно внедряются во всех федеральных судах. Использование в ходе любого судебного заседания информационных технологий электронного протоколирования, получение материалов в виде фонограммы или видеозапись с наложенной на нее синхронной аудиозаписью позволит составить надлежащий протокол судебного заседания и рассмотреть замечания, принесенные участниками уголовного судопроизводства.

Протокол судебного заседания должен быть изготовлен и подписан председательствующим и секретарем судебного заседания в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Протокол в ходе судебного заседания может изготавливаться по частям, которые, как и протокол в целом, подписываются председательствующим и секретарем. По ходатайству сторон им может быть предоставлена возможность ознакомиться с частями протокола по мере их

изготовления (ч. 6 ст. 259 УПК РФ). Характерно, что в ч. 7 ст. 328 УПК Республики Казахстан установлено правило о том, что лицо, допрошенное в главном судебном разбирательстве, вправе ходатайствовать об ознакомлении с записью в протоколе его показаний. Такая возможность ***должна быть предоставлена*** не позднее следующего дня после заявления ходатайства. Представляется, что данная норма в большей степени обеспечивает права участников процесса и является гарантией достоверности сведений, изложенных в протоколе судебного заседания.

В соответствии с п. 6 ч. 2 ст. 74 и ст. 84 УПК РФ самостоятельным видом доказательств являются иные документы. Они допускаются в качестве доказательств, если изложенные в них сведения имеют значение для установления обстоятельств, указанных в ст. 73 УПК РФ. Для сравнения: аналогичная часть ст. 88 УПК РСФСР закрепляла положение о том, что «документы являются доказательствами, если обстоятельства и факты, удостоверенные или изложенные предприятиями, учреждениями, организациями, должностными лицами и гражданами имеют значение для уголовного дела». На наш взгляд, такое уточнение является более правильным. В действительности сведения, имеющие доказательственное значение, могут быть не только изложены в документах, но и удостоверены.

Иные документы собирают путем их истребования или представления. Документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации. Разнообразие иных документов позволяет произвести их классификацию. Они могут быть официальными, исходящими от государственных органов, организаций, и неофициальными, авторами которых являются граждане. Документы могут содержать удостоверенные сведения, имеющие значение для дела (нотариально удостоверенный документ, свидетельство о рождении, смерти, о праве на наследство) либо изложенные организациями, должностными лицами (справки, характеристики, акты бухгалтерских проверок). В самостоятельную группу следует отнести иные документы, полученные в стадии возбуждения уголовного дела: заявления граждан, материалы, направленные налоговыми органами в соответствии с законодательством о налогах и сборах для решения вопроса о возбуждении уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 198–199^2 УК РФ, рапорты полицейских, акты ревизий, инвентаризаций, ведомственных проверок, протоколы явки с повинной, объяснения очевидцев. Верховный Суд РФ при проверке законности, обоснованности и справедливости судебных актов нижестоящих судов по конкретным уголовным делам неоднократно подчеркивал необходимость придания доказательственного значения протоколам явки с повинной и необходимости учета этого обстоятельства при назначении наказания. Верховным судом нашей страны разъяснено, что явка с повинной в качестве обстоятельства, смягчающего наказание, учитывается в тех случаях, когда лицо в устном или письменном виде ***добровольно сообщило органу, осуществляющему уголовное преследование***, о совершенном им или с его участием преступлении [7, с. 16; 10, с. 30; 11, с. 8; 12, с. 4; 14, с. 19–20;15, с. 18; 17, с. 24; 19, с. 8–9].

Что касается объяснений, полученных от очевидцев, то в юридической литературе продолжает оставаться дискуссионным вопрос об их доказательственном значении. Ряд авторов решают его положительно [23, с. 110–111; 29, с. 32–33], противники [20, с. 5; 26, с. 27] же отрицают доказательственное значение объяснений лиц, полагая, что уголовно-процессуальные доказательства формируются только после возбуждения уголовного дела. Такое соотношение позиций специалистов существовало и в период применения УПК РСФСР, в котором в ч. 2 ст. 109 было закреплено правилом о возможности получения объяснений в стадии возбуждения уголовного дела. В действующем уголовно-процессуальном законе такой нормы в ст. 144, к сожалению, не закреплено. Однако, как правильно отмечается в

юридической литературе, в обоснование правомерности получения объяснений при проведении проверки сообщения о преступлении следователь и дознаватель могут ссылаться на ч. 4 ст. 21 УПК РФ [24, с. 32]. Как в УПК РСФСР, так и в УПК РФ нет прямого запрета рассматривать письменные объяснения граждан в качестве иных документов и использовать их в доказывании по уголовным делам. А.В. Белоусов справедливо пишет о том, что, если исходить из того, что вопрос о возбуждении уголовного дела решается по внепроцессуальным материалам, лишенным доказательственной силы, тогда нужно признать, что процессуальная форма действий, посредством которых эти материалы собираются, ничему не служит и превращается в формальность [1, с. 36]. Трудно отказать в правоте рассуждений С.А. Новикову о том, что те процессуалисты, которые отрицают доказательственное значение объяснений, готовы признать, что решение о возбуждении уголовного дела или об отказе в этом принимается не на основе доказательств, а на основе каких-то других сведений. Тем самым создается необъяснимая и ничем не оправданная иерархия процессуальных решений: одни решения по делу базируются на доказательствах, а другие будто бы нет. Между тем имеющие значение для дела обстоятельства могут и должны устанавливаться только при помощи доказательств. Так что, если противники использования объяснений в доказывании хотят быть последовательными, им надлежит настаивать на том, чтобы опрос вообще был запрещен, а объяснения у очевидцев не отбирались. Вот только как тогда проверять сообщение о преступлении [24, с. 36]?

Иные документы могут быть истребованы, представлены после возбуждения уголовного дела (материалы обследования условий жизни и воспитания несовершеннолетних; характеристики подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего; справки о судимости, наградах, взысканиях; копии приговоров по предыдущим судимостям; медицинские документы о состоянии здоровья, документы лечебных учреждений; объяснения лиц, полученные защитником в порядке ст. 86 УПК РФ и т.д.). К иным документам также относятся документы, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности. С помощью и посредством иных документов могут быть установлены любые обстоятельства, входящие в предмет доказывания по уголовному делу. Без содержащихся в иных документах сведений часто невозможно принять процессуальное решение. Так, сведения об освещенности, состоянии погоды помогают решить вопрос о наличии состава преступления в действиях водителей, допустивших аварию. Сведения о возрасте и состоянии здоровья учитываются при возбуждении уголовного дела, избрании меры пресечения; при назначении наказания принимаются во внимание обстоятельства, смягчающие ответственность. Документ допустим как доказательство при соблюдении ряда условий:

1) в уголовном деле должны иметься данные о том, каким образом он попал в материалы дела (истребован в результате запроса дознавателя, следователя, либо составлен протокол в соответствии со ст. 141, 142 УПК РФ);

2) должны иметься реквизиты официального документа или данные о гражданине, от которого документ исходит;

3) указания на источник осведомленности составителя (ссылки на название инструкций, правил, иных нормативных актов и т.д.).

При отсутствии таких данных его составитель может быть допрошен в качестве свидетеля. Иные документы могут быть первоначальными (подлинники) и производными (копии подлинников); обвинительными и оправдательными, прямыми и косвенными. Они, как и все другие доказательства, не имеют заранее установленной силы, независимо от содержания документа и должностного положения лица, его составившего, или нотариального удостоверения подлинности изложенных фактов. Проверка и оценка иных документов производится по общим правилам теории доказательств. При проверке документа выясняется его подлинность, а также соответствие содержания компетентности выдавших его лиц, реквизитов документа его содержанию, а содержания – действительности. Иной документ

должен быть сопоставлен с другими доказательствами. Соответствие действительности сведений, изложенных в документе должностным лицом или гражданином может быть проверено путем проведения для этого следственных действий (так, правильность сведений, содержащихся в актах инвентаризаций, ревизий, проверяется с помощью судебно-бухгалтерской экспертизы).

В соответствии со ст. 285 УПК РФ документы, приобщенные к уголовному делу или представленные в судебном заседании, могут быть на основании определения или постановления суда оглашены полностью или частично, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. Иные документы оглашаются стороной, которая ходатайствовала об их оглашении, либо судом. Если документ не был оглашен, а значит, и исследован в судебном заседании, он не может быть положен в основание приговора или иного итогового судебного решения.

К числу иных документов следует отнести и так называемые дополнительные материалы. В соответствии с ч. 5 ст. 377 УПК РФ в подтверждение или в опровержение доводов, приведенных в кассационной жалобе и (или) представлении, стороны вправе представить в суд кассационной инстанции дополнительные материалы. Однако закон не называет, какие конкретно дополнительные материалы могут быть представлены, не раскрывает сущности этого понятия. Пленум Верховного Суда РФ в п. 25 постановления от 5 марта 2004 г. №1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» [9] разъяснил, что к дополнительным материалам, представленным в кассационную инстанцию, следует относить характеристики, справки о наградах, инвалидности, копии вступивших в законную силу судебных решений, а также другие документы, если они получены в соответствии с процессуальным законодательством. Дополнительные материалы не могут быть получены путем проведения следственных действий, а также положены в основу окончательного решения суда кассационной инстанции по делу – об изменении приговора или иного судебного решения или о его отмене с прекращением уголовного дела, за исключением бесспорных случаев, когда содержащиеся в таких материалах данные или сведения не требуют дополнительной проверки и оценки судом первой инстанции (факт смерти осужденного после подачи им кассационной жалобы, недостижение осужденным возраста уголовной ответственности, отсутствие прежней судимости и т.д.). Запрашивать дополнительные материалы может адвокат, защитник, но лишь по делам, по которым заключены соглашения на ведение дел, граждане (осужденные, потерпевшие и др.), а в случае, если они не могут получить интересующие документы, вправе просить кассационную инстанцию об их истребовании. Сам же суд по собственной инициативе по смыслу закона не может истребовать дополнительные материалы. Как представляется, именно поэтому они и не могут быть получены путем проведения следственных действий. Дополнительные материалы приобщаются к уголовному делу, если имеют к нему отношение. Таким образом, можно назвать условия, которые следует соблюдать в случае представления и принятия решения о приобщении к уголовному делу дополнительных материалов:

1) они не могут быть получены путем производства следственных действий;

2) лицо, представляющее суду дополнительные материалы, обязано указать, каким путем они получены и в связи с чем возникла необходимость в их представлении;

3) изменение приговора или отмена его с прекращением уголовного дела на основании дополнительных материалов не допускается, за исключением случаев, когда содержащиеся в таких материалах данные или сведения не требуют дополнительной проверки и оценки судом первой инстанции.

В Федеральном законе от 29 декабря 2010 г. №433-ФЗ [26], кардинально реформировавшем судебное производство по уголовным делам, в ст. 389.13 УПК РФ, посвященной порядку рассмотрения уголовного

дела судом апелляционной инстанции, в ч. 4 закреплено правило о том, что «… стороны вправе представить в суд апелляционной инстанции дополнительные материалы». Нам представляется, что законодатель по-прежнему имеет в виду, что первые два условия представления дополнительных материалов необходимо соблюдать. Что же касается третьего условия, то суд апелляционной инстанции как раз уполномочен осуществить проверку дополнительных материалов и принять одно из итоговых решений либо передать уголовное дело на новое судебное разбирательство в суд первой инстанции. Упомянутым федеральным законом не предусмотрено представление дополнительных материалов суду кассационной и надзорной инстанций, однако такое право участников уголовного судопроизводства не противоречит закону и, как нам представляется, может использоваться в соответствии с тремя вышеперечисленными условиями.

Не относятся к «иным документам» справки следователя о результатах его телефонных переговоров или личных бесед по обстоятельствам дела, об извещении защитника о дате проведения следственного действия, рапорт об обнаружении признаков преступления, составляемый в порядке ст. 143 УПК РФ, постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании (п. 4 ч. 1 ст. 140). Следователь, дознаватель, прокурор, суд не могут быть источниками иных документов, поскольку должны фиксировать ставшие им известными сведения по делу в форме протоколов следственных и судебных действий, где отражаются данные, воспринятые ими непосредственно в ходе названных действий.

Документы приобщаются к материалам уголовного дела и хранятся в течение всего срока хранения. Документ является вещественным доказательством в тех случаях, когда он подпадает под его признаки, т.е. если он служил орудием преступления, или сохранил на себе следы преступления, или явился объектом преступных действий подозреваемого (обвиняемого) и т.д.. Если документ является вещественным доказательством, то на него распространяется процессуальный режим оформления последнего.

Библиографический список

1. *Белоусов А.В.* Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М.: Юрлитинформ, 2001. 174 с.
2. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 1998. №1.
3. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 1998. №2.
4. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2000. №2.
5. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2000. №3.
6. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2002. №1.
7. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2004. №1.
8. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2004. №5.
9. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2005. №2.
10. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2005. №6.
11. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2006. №3.
12. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2006. №5.
13. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2006. №6.
14. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2006. №7.
15. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2006. №10.
16. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2009. №3.
17. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2009. №12.
18. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2010. №10.
19. *Бюллетень* Верховного Суда РФ. 2010. №12.
20. *Григорьева Н.* Исключение из разбирательства дела недопустимых доказательств // Рос. юстиция. 1995. №11. С. 5–7.

21. *Курс* советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца. М.: Юрид. лит., 1989. 640 с.
22. *Лазарева В.А.* Доказывание в уголовном процессе: учеб.-практ. пособие. М.: Высшее образование, 2009. 352 с.
23. *Научно-практический* комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. М., 1996. 713 с.
24. *Новиков С.А.* Использование объяснений опрошенных в доказывании по уголовным делам: «исключить нельзя допустить» // Правоведение. 2008. №3 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»
25. *О внесении* изменении в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации: Федер. закон Рос. Федерации от 29 дек. 2010 г. №433-ФЗ [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
26. *Петрухин И.Л.* Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. М.: Проспект, 2008. Ч. 2. 192 с.
27. *Теория* доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. М.: Юрид. лит., 1973. 736 с.
28. *Уголовный* процесс: учебник / под общ. ред. А.В. Смирнова. М., 2007. 697 с.
29. *Уголовный* процесс России. Особенная часть: учебник для студентов юрид. вузов и фак. / под ред. В.З. Лукашевича. СПб., 2005. 143 с.
30. *Федеральная* целевая программа «Развитие судебной системы России на 2007–2011 годы»: утв. постановлением Правительства Рос. Федерации от 21 сент. 2006 г. №586 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. №4.

Bibliograficheskij spisok

1. *Belousov A.V.* Processual'noe zakreplenie dokazatel'stv pri rassledovanii prestuplenij. M.: Jurlitinform, 2001. 174 s.
2. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 1998. №1.
3. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 1998. №2.
4. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2000. №2.
5. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2000. №3.
6. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2002. №1.
7. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2004. №1.
8. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2004. №5.
9. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2005. №2.
10. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2005. №6.
11. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2006. №3.
12. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2006. №5.
13. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2006. №6.
14. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2006. №7.
15. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2006. №10.
16. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2009. №3.
17. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2009. №12.
18. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2010. №10.
19. *Bjulleten'* Verhovnogo Suda RF. 2010. №12.
20. *Grigor'eva N.* Iskljuchenie iz razbiratel'stva dela nedopustimyh dokazatel'stv // Ros. justicija. 1995. №11. S. 5–7.
21. *Kurs* sovetskogo ugolovnogo processa. Obwaja chast' / pod red. A.D. Bojkova i I.I. Karpeca. M.: Jurid. lit., 1989. 640 s.
22. *Lazareva V.A.* Dokazyvanie v ugolovnom processe: ucheb.-prakt. posobie. M.: Vysshee obrazovanie, 2009. 352 s.
23. *Nauchno-prakticheskij* kommentarij k Ugolovno-processual'nomu kodeksu RSFSR / pod red. V.M. Lebedeva, V.P. Bozh'eva. M., 1996. 713 s.
24. *Novikov S.A.* Ispol'zovanie ob#jasnenij oproshennyh v dokazyvanii po ugolovnym delam: «iskljuchit' nel'zja dopustit'» // Pravovedenie. 2008. №3 [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus»
25. *O vnesenii* izmenenii v Ugolovno-processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii i priznanii utrativshimi silu otdel'nyh zakonodatel'nyh aktov (polozhenij zakonodatel'nyh aktov) Rossijskoj Federacii: Feder. zakon Ros. Federacii ot 29 dek. 2010 g. №433-FZ [Jelektronnyj resurs]. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy «Konsul'tantPljus».

26. *Petruhin I.L.* Teoreticheskie osnovy reformy ugolovnogo processa v Rossii. M.: Prospekt, 2008. Ch. 2. 192 s.
27. *Teorija* dokazatel'stv v sovetskom ugolovnom processe / otv. red. N.V. Zhogin. M.: Jurid. lit., 1973. 736 s.
28. *Ugolovnyj* process: uchebnik / pod obw. red. A.V. Smirnova. M., 2007. 697 s.
29. *Ugolovnyj* process Rossii. Osobennaja chast': uchebnik dlja studentov jurid. vuzov i fak. / pod red. V.Z. Lukashevicha. SPb., 2005. 143 s.
30. *Federal'naja* celevaja programma «Razvitie sudebnoj sistemy Rossii na 2007–2011 gody»: utv. postanovleniem Pravitel'stva Ros. Federacii ot 21 sent. 2006 g. №586 // Sobr. zakonodatel'stva Ros. Federacii. 2006. №4.

DOCUMENTS AS PROOFS IN THE RUSSIAN CRIMINAL PROCEDURE

G.Y. Borisevich

Perm State National Research University
15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: kafedra_Upik@psu.ru

The analysis of the contents and the form of two independent kinds of proofs is given in this article: reports on the investigative actions and protocols of the court session, and also other documents. Reports on the investigatory actions and protocols of the court session contain the data directly perceived by the inquirer, the investigator or the court, found out or observable by them. The given kind of proofs includes: protocols of an examination; inspection; seizure; presenting for an identification; investigative experiment; verification of the evidence on the spot; in some cases – detention; examination and hearing a phonogram of discussions; examination of the documents containing the information on connections between subscribers and (or) subscriber's units.

The author considers some arguable questions about the reports on what investigative actions cannot be carried to a researched kind of proofs. It is unacceptable for a worker to create a false representation about the aggregate of the proof of a certain criminal case. It leads to the acceptance of illegal decisions on the person's being guilty of committing the crime.

According to the item 6 of part 2 article 74 and article 84 of Criminal-Procedural Code of the Russian Federation other documents are an independent kind of proofs. It is necessary attribute applications of citizens to them; the materials directed by tax bodies according to the legislation on taxes and tax levies for the decision whether to institute criminal proceedings about crimes, stipulated by articles 198-1992 of the Criminal Code of the Russian Federation; official reports of policemen; bills of audits; of inventories; departmental inspections; protocols of giving oneself up; evidence of eyewitnesses and others.

It is underlined by the author, what documents cannot be referred to as «other documents».

Recommendations on perfection of Russian criminal-procedural legislation, which regulates given kinds of proofs, and also investigatory and judiciary practice of its application are offered in the paper.

Keywords: documents as proofs; reports on the investigative actions and protocols of the court session; other documents

УДК 347.61/.64

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ ПО ПРЕДОТВРАЩЕНИЮ НАСИЛИЯ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ: АНАЛИЗ ТЕОРИИ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА (НА ПРИМЕРЕ УЛЬЯНОВСКОЙ ОБЛАСТИ)

А.Н. Левушкин

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса
Ульяновский государственный университет
432000, г. Ульяновск, ул. Л. Толстого, 42
E-mail: lewuskin@mail.ru

Статья посвящена деятельности органов прокуратуры по предотвращению насилия в отношении несовершеннолетних и жестокого обращения с ребенком на территории Ульяновской области. Приводятся статистические данные, примеры из судебной практики, сведения из материалов проводимых прокурорских проверок в данном направлении. Автор уделяет наибольшее внимание правовой оценке физического и психического насилия над детьми и мерам борьбы органов прокуратуры по предотвращению насилия в отношении ребенка. Анализируются вопросы теории, практики и профилактической работы.

Ключевые слова: дети; насилие над детьми; предотвращение насилия; прокуратура; родители; жестокое обращение с детьми; усыновление; лишение родительских прав; судебная практика; органы опеки и попечительства; возмещение вреда

Семейный кодекс РФ (далее – СК РФ) [7] раскрывает содержание понятия «жестокое обращение», называя его отличительные признаки: физическое насилие над ребенком, т.е. побои, избиение несовершеннолетнего, причинение ему физических страданий, боли любым способом; физическое насилие – нанесение ребенку физических травм, телесных повреждений, которые причиняют ущерб его здоровью, нарушают его развитие или лишают жизни [4, с.14]. Физическое насилие включает также приобщение ребенка к употреблению наркотиков, алкоголя, введение ему отравляющих веществ или медицинских препаратов, вызывающих одурманивание (например, снотворных, не прописанных врачом), а также попытки удушения или утопления ребенка. По данным МВД России, ежегодно, спасаясь от насилия, дети убегают из дома и в результате около 25 тыс. находятся в розыске [1, с. 22].

Считая надзор за исполнением законов о несовершеннолетних одним из приоритетных направлений деятельности, органы прокуратуры Ульяновской области проводят правозащитную работу в интересах детей, нацеленную на фактическое устранение каждого из вскрытых нарушений.

Всего за 2010 год выявлено 6485 нарушений законов о несовершеннолетних и молодежи (за 2009 г. – 6091, за 2008 г. – 5212). С целью их устранения опротестовано 476 незаконных правовых актов (502), внесено 1009 представлений (897), по результатам рассмотрения которых по требованию прокуроров к дисциплинарной ответственности привлечено 1304 лица (1084), к административной ответственности – 388 лиц (за АППГ – 321). В защиту прав и законных интересов детей в суд направлено 712 исковых заявлений на сумму 11771 тыс. руб. (за 2009 г. – 682 на сумму 6173 тыс. руб.). По результатам проверок возбуждено 69 уголовных дел (152), предостережено 44 должностных лица о недопустимости нарушений закона (179). В органы

© Левушкин А.Н., 2012

власти о состоянии законности направлено 53 информационных сообщений (77).

Указанные данные красноречиво свидетельствуют, что нарушения прав детей в нашей области по-прежнему частое явление.

В 2010 году в Ульяновской области в отношении детей совершено 1323 преступных посягательства (в том числе 576 преступлений по ст. 157 УК РФ), 638 уголовных деяний совершено законными представителями. Жертвами преступлений стали 974 ребенка, из них: в возрасте до одного года – 10, от года до 13 лет – 377, от 14 до 15 лет – 209, 16 – 17 лет – 378. За 12 месяцев 2009 года по области совершено 1512 преступлений в отношении несовершеннолетних (в том числе по ст. 157 УК РФ – 529), 611 – совершено законными представителями. В истекшем году в регионе погибли 19 детей (АППГ-27).

Во исполнении положений приказа Генерального прокурора Российской Федерации №188 от 26 гоября 2007 г.«Об организации прокурорского надзора за исполнением законов о несовершеннолетних и молодежи» [6], работа по предотвращению насилия в отношении несовершеннолетних является предметом постоянного внимания органов прокуратуры Ульяновской области.

В целях повышения эффективности и усиления профилактической направленности надзорной деятельности под руководством заместителя прокурора Ульяновской области действует рабочая группа (созданная приказом прокурора Ульяновской области).

Поскольку наиболее острым проявлением безнадзорности является уход несовершеннолетних из дома, из детских учреждений, когда дети оказываются в ситуациях, опасных для их жизни и здоровья, статистическая информация по этим вопросам ежемесячно всесторонне анализируется и используется для разработки мер, направленных на усиление влияния прокурорского надзора на деятельность органов и учреждений системы профилактики.

Работа прокуратуры Ульяновской области и горрайпрокуроров в этом направлении нацелена на регулярное проведение проверок исполнения требований законодательства, в т.ч. и в учреждениях, где обучаются или воспитываются дети-сироты, дети, оставшиеся без попечения родителей, дети-инвалиды, дети, находящиеся в трудной жизненной ситуации, и фактическое устранение каждого из вскрытых нарушений.

Наиболее часто физическому насилию в семье подвергаются дети, имеющие физические или психические отклонения, недоношенные, с малым весом при рождении, так как обычно они более раздражительны, больше плачут, менее привлекательны внешне. Фактором риска для детей является также ранняя и длительная разлука с матерью сразу после рождения, при поступлении в детское учреждение, на лечение в стационар, т.е. при госпитализации и изоляции.

Практика прокурорского надзора за исполнением вышеназванного законодательства, анализ преступности свидетельствуют, что органы государственной власти, органы местного самоуправления, органы и учреждения системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних проводят определенную работу по предотвращению насилия в отношении несовершеннолетних.

Вместе с тем прокурорскими проверками в данной деятельности выявлялись нарушения федерального законодательства, с целью устранения которых принимались меры прокурорского реагирования.

Так, до сих пор во многих районах Ульяновской области распространены явления семейного неблагополучия: дети подвергаются различным видам жестокого обращения, становятся жертвами «пьяной педагогики». А ведь подавляющее большинство таких детей являются местными жителями и должны находиться в поле профилактического воздействия органов системы профилактики, основная обязанность которых и заключается в защите прав и интересов несовершеннолетних.

Более того, проведенные органами прокуратуры в 2009–2010 гг. проверки исполнения федерального законодательства в органах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних показали, что отдельными должностными лицами указанных органов по-

прежнему допускаются нарушения закона, на которые уже неоднократно обращалось внимание по результатам предыдущих прокурорских проверок.

Так, в ходе проверки исполнения органами опеки и попечительства законодательства о защите прав и законных интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, в июне 2009 года было установлено, что, в нарушение требований ст. 5, 9 Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», ст. 121, 122 СК РФ, надлежащие меры в направлении активизации работы по своевременному выявлению неблагополучных семей в ряде районов не принимаются, что нередко приводит к непоправимым последствиям и вынуждает прибегать к защите прав детей уголовно-правовыми средствами. Основной недостаток работы органов опеки и попечительства с семьями, находящимися в социально опасном положении, состоит в том, что она должным образом не организована (по принципу межведомственного взаимодействия) и не ориентирована на раннюю профилактику семейного неблагополучия. Алкоголизация и деморализация родителей остаются «незамеченными» до тех пор, пока не приобретают опасные формы.

В результате несовершеннолетние в течение длительного времени вынуждены проживать в социально опасной, криминогенной ситуации и подвергаются насилию, причиняющему необратимый вред.

Например, в Железнодорожном районе г. Ульяновска учащаяся лицея Л., неоднократно подвергалась угрозам избиения со стороны неработающего, злоупотребляющего спиртными напитками, агрессивного отчима С., о чем было известно классному руководителю. Однако, в нарушение положений вышеуказанного законодательства, информация о грубых нарушениях прав ученицы в прокуратуру, органы опеки и другие органы системы профилактики не направлялась. Итогом такой «работы» по защите прав девочки стало ее избиение отчимом во время очередного семейного дебоша.

В Барышском районе халатное отношение специалистов опеки и попечительства к своим служебным обязанностям послужило одной из причин гибели грудного ребенка и доставления второго малолетнего в инфекционное отделение ЦРБ. Лишь после того, как по вине нерадивой матери К. 7 июня 2009 г. погиб ее 6-месячный сын А., органы опеки и попечительства приняли меры к изолированию (в связи с угрозой жизни и здоровью) и помещению в больницу второго, старшего, ребенка из данной семьи. Между тем еще почти год назад (25 июня 2008 г.) было известно о нахождении данной семьи в социально опасном положении, поскольку К. обращалась в управление образования с заявлением о помещении ее малолетнего сына в учреждение для детей, оставшихся без попечения родителей, на социальную реабилитацию сроком на 3 месяца. Однако органами опеки и попечительства и другими органами системы профилактики семья на учет взята не была и профилактическая работа с ней не проводилась.

В Тереньгульском районе следствием формализма, бездействия и равнодушия со стороны должностных органов опеки и попечительства к судьбе 2 малолетних детей (родители не работали, злоупотребляли спиртными напитками, в связи с чем с 2006 г. состояли на учете в органах системы профилактики) стала смерть 10-месячного мальчика вследствие пневмонии и переохлаждения.

С целью устранения установленных проверкой нарушений горрайпрокурорами внесено 17 представлений. Прокуратурой области внесены представления министру образования области, главе г. Ульяновска, направлена информация губернатору области, горрайпрокурорам – информационное письмо.

В соответствии с п. 8.1 решения расширенного заседания коллегии прокуратуры области от 4 февраля 2010 г. «Об итогах работы органов прокуратуры области за 2009 год и мерах по укреплению законности и правопорядка» прокуратурой области была организована и совместно с горрайпрокурорами в апреле-мае проведена проверка исполнения законодательства о профилактике безнадзорности и правонарушений, в

ходе которой в деятельности указанных органов и учреждений вновь выявлены многочисленные нарушения Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», несмотря на то, что органами прокуратуры области руководителям указанных органов и учреждений ранее неоднократно направлялись представления об устранении нарушений закона в данной сфере.

Так, в текущем году в учреждения здравоохранения г.Ульяновска в связи с различными отравлениями (уксусной кислотой, лекарствами, неизвестными веществами) были доставлены 10 несовершеннолетних (М. 2007 г.р., Д., 1998 г.р., В., 1994 г.р., Л., 2007 г.р., А., 2002 г.р. и др.).

Однако работники медицинских учреждений, в нарушение требований ст.9 Федерального закона и ст. 56 СК РФ, не уведомили об этом прокуратуру и органы системы профилактики, а КДН при администрации Ленинского района г. Ульяновска ограничилась лишь направлением сведений об указанных несовершеннолетних в ОПДН МОБ УВД по г. Ульяновску.

Особо следует сказать о сексуальном насилии, т.е. использовании ребенка или подростка взрослым или другим подростком для насильственного удовлетворения сексуальных потребностей или получения выгоды. К сексуальной жестокости относится и насильственное вовлечение ребенка в проституцию и порнобизнес. Сексуальное насилие над детьми (child sexual abuse – CSA) американские исследователи определяют как любой сексуальный опыт между ребенком до 16 лет (по отдельным источникам – до 18 лет) и человеком, который старше его по крайней мере на 5 лет [3, с. 24]. Данный вид насилия характеризуется или как вовлечение зависимых, психически и физиологически незрелых детей и подростков в сексуальные действия, нарушающие общественные табу семейных ролей, которые они еще не могут полностью понять и на которые не в состоянии дать осмысленного согласия [5, с. 8]. Во всех случаях насилия над детьми 75–90% насильников (по разным источникам) знакомы жертвам, и только в 10–25% случаев насилие совершается незнакомыми людьми. В 35–45% случаев насильником является близкий родственник, а в 30–45% – более дальний [1, с. 22].

Сексуальная связь между близкими, кровными родственниками, т.е. инцест (кровосмешение), и использование ребенка в качестве сексуального объекта именно отцом или матерью квалифицируются как самые тяжелые по своим последствиям формы сексуального насилия. Они рассматриваются и как варианты особо жестокого обращения с детьми в семье. Подобные сексуальные злоупотребления являются не только преступлениями, но и свидетельством тяжелых и необратимых нарушений в функционировании семьи.

Сексуальным насилием по отношению к детям считается и большое число сопровождающих его действий: от демонстрации детям порнографических фильмов, половых органов, принуждения их самих к обнажению и прикосновений к раздетому ребенку до склонения совершать сексуально окрашенные телодвижения и занимать соответствующие позы, вовлечения в оргии и ритуалы, половые акты в естественных и извращенных формах.

Необходимо отметить, что в целом жестокое обращение с детьми может реализовываться также бездействием. Любой вид жестокого обращения с детьми ведет к самым разнообразным последствиям, но их всех объединяет одно – ущерб здоровью ребенка или опасность для его жизни. Так, 5 июня 2010 г. в дежурную часть ОВД по МО «Радищевский район Ульяновской области» поступило сообщение об исчезновении 05.06.2010 в с. Маза Радищевского района Т., 2005 г.р.. 6 июня 2010 г. труп ребенка был обнаружен в указанном селе в пруду. Как установлено в ходе проверки, малолетний Т. пришел к пруду накануне вместе с отцом Т., который, будучи в состоянии алкогольного опьянения, уснул около пруда. Мальчик проживал совместно с отцом, его мать скончалась в 2009 г.. Семья состояла на учете в КДН в связи со злоупотреблением родителями ребенка спиртными напитками, неоднократно обсуждалась на заседании комиссии, однако была снята с учета в сентябре 2009 г. «в связи с улучшением об-

становки в семье», несмотря на то, что Т. длительное время не работал и продолжал злоупотреблять спиртными напитками.

Отрицательными последствиями для здоровья детей являются: потеря или ухудшение функции какого-либо органа, развитие заболевания, нарушение физического или психического развития.

Из 100 случаев физического насилия над детьми примерно один – два заканчиваются смертью жертвы насилия[1, с. 22]. Следствиями физического насилия являются ушибы, травмы, переломы, повреждения внутренних органов.

К ближайшим последствиям относятся физические травмы, повреждения, острые психические нарушения в ответ на любой вид агрессии, особенно на сексуальную.

Из отдаленных последствий жестокого обращения с детьми выделяют нарушения физического и психического развития ребенка, различные соматические заболевания, личностные и эмоциональные нарушения, социальные последствия.

Вред ребенок может получить не только от преступных действий, непосредственно направленных против его жизни и здоровья. Ребенок может пострадать, когда объектом преступления становятся жизнь и здоровье супруга, т.е. другого родителя ребенка. В этих случаях опасность для несовершеннолетнего представляет не всякое умышленное преступление против жизни и здоровья близкого ему человека, а лишь тяжкие телесные повреждения, убийство и изнасилование. Для лишения родительских прав не обязательно, чтобы преступление совершалось на глазах ребенка.

Семейное насилие над детьми и жестокое обращение не только создает угрозу здоровью, интеллектуальному и нравственному развитию отдельного ребенка и даже целых групп детей, но и безопасности общества в целом. При этом в судебной практике крайне мало дел по защите прав детей от всех видов насилия. Родителей в отдельных случаях лишают прав на ребенка, но других наказаний за издевательства и побои они практически не несут, так как при отсутствии физического вреда с их стороны все другие насильственные действия не квалифицируются как преступные деяния и не подлежат правовому определению. Не ведется и учет жертв насилия в семье с разделением по признакам пола и возраста, а также по видам самого насилия. Горькая судьба сироты при живых родителях - удел многих тысяч детей, что свидетельствует о неспособности государства более активно защищать детей от преступного отношения родителей и близких. Это приводит к тому, что ежегодно на 100 тыс. увеличивается количество социальных сирот. Растет соответственно и армия беспризорных и безнадзорных детей, совершающих более миллиона преступлений по стране [2, с. 86].

Именно потому, что до сих пор господствующими остаются установки и взгляды на борьбу с семейным насилием, которые предполагают использование только репрессивных средств, т.е. реагирования на факты насилия исключительно после того, как оно совершено, в стране не разработан и федеральный закон о его предотвращении. Почему-то считается, что для этого вполне достаточно мер, предусмотренных Уголовным кодексом РФ. Однако, опираясь на его статьи, факт домашнего насилия доказать очень сложно. Вообще в России правовой преемственности по вопросам семейного насилия не существует, ибо нет ни советского, ни дореволюционного опыта законодательства такого рода. Отсутствие надлежащей профилактической работы с неблагополучными семьями нередко приводит к трагическим последствиям.

Комплексное решение проблем обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних, в т.ч. предотвращения насилия в отношении несовершеннолетних, в области осуществляется в рамках областной целевой программы «Комплексные меры по профилактике правонарушений на территории Ульяновской области на 2006–2010 годы», утвержденной законом области от 4 июля 2006 г. №100-ЗО «Об утверждении областной целевой программы «Комплексные меры по профилактике правонарушений на территории Ульяновской области на 2006–2010 годы».

Реализация мероприятий Программы позволила создать общую систему профилактики правонарушений на территории Ульяновской области. Мероприятия Про-

граммы были направлены на возрождение индивидуальной и общей профилактики, создание региональной нормативной базы по вопросам профилактики правонарушений, снижения уровня преступности и повышения безопасности граждан, противодействия терроризму и экстремизму, незаконному обороту наркотиков, устранению причин и условий, способствующих совершению преступлений и правонарушений, усилению воздействия на лиц антисоциальной направленности и развитию позитивного поведения граждан.

В целях повышения уровня правовой культуры населения области постановлением правительства Ульяновской области от 8 июня 2009 г. №16/233-П утверждена областная целевая программа «Повышение уровня правовой культуры населения Ульяновской области в 2009–2011 годах», направленная на создание единой системы правового просвещения всех социальных, профессиональных, возрастных групп и слоев населения области с элементами правового самообразования.

Проводимая органами системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних профилактическая работа по предотвращению насилия в отношении несовершеннолетних координируется комиссией по делам несовершеннолетних и защите их прав при Правительстве области (далее – КДН, комиссия).

Меры по предупреждению причинения вреда физическому, духовному и нравственному развитию детей на территории Ульяновской области по инициативе губернатора области были установлены законами Ульяновской области от 30 марта 2009 г. №23-ЗО «О некоторых мерах по предупреждению причинения вреда физическому, духовному и нравственному развитию детей на территории Ульяновской области» (далее – Закон) и №24-ЗО «О внесении изменений в Кодекс Ульяновской области об административных правонарушениях».

В текущем году наблюдается тенденция к снижению числа несовершеннолетних, находящихся в вечернее и ночное время без сопровождения взрослых в местах, запрещенных региональным законом.

Мониторинг реализации указанных законов области показал, что принятие указанных законов оказывает положительное влияние на состояние подростковой преступности и предотвращение насилия в отношении детей.

Вместе с тем, в 2009–2010 гг. за совершение преступлений в отношении несовершеннолетних в Ульяновской области к уголовной ответственности привлечено 2 учителя.

Так, 13 мая 2009 г. органами дознания ОВД по МО «Новомалыклинский район» Ульяновской области возбуждено уголовное дело по ч.1 ст.116 УК РФ в отношении учителя физкультуры средней школы С., нанесшего побои своему ученику. По результатам рассмотрения уголовного дела судом С. был признан виновным в совершении данного преступления и ему назначено наказание в виде 140 часов обязательных работ.

В Карсунском районе Ульяновской области в 2010 г. учитель русского языка и литературы С. на почве личных неприязненных отношений нанесла учащемуся данной школы Ф. удар по спине электрическим проводом. По данному факту 2 апреля 2010 г. в отношении С. возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 116 УК РФ. По результатам рассмотрения дела судом уголовное дело и уголовное преследование в отношении С. прекращено на основании ст. 25, 76 УК РФ.

По результатам общенадзорной проверки прокурором Карсунского района начальнику Управления образования администрации МО «Карсунский район» внесено представление, по результатам рассмотрения которого директор МОУ СОШ привлечен к дисциплинарной ответственности.

В 2009 году учреждениями здравоохранения области при обращении за медицинской помощью выявлено и зарегистрировано 277 фактов применения насилия в отношении несовершеннолетних (из них родителями и законными представителями – 27, сверстниками – 218, другими взрослыми лицами – 32), за 8 месяцев текущего года – 194 (из них родителями и законными

представителями – 14, сверстниками – 155, другими взрослыми лицами – 25).

Вместе с тем в ходе прокурорских проверок установлено, что, в нарушение требований ст. 9 Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», не все муниципальные учреждения здравоохранения информировали о таких фактах органы внутренних дел и прокуратуру.

Так, малолетнего З., 04.07.2002 г.р., систематически избивал сожитель его матери К.. 08.09.2009 г. после очередного избиения К. мальчик был доставлен с закрытой черепно-мозговой травмой в МУЗ «Городская клиническая больница №1 "Перинатальный центр"». Однако сообщение о данном факте в правоохранительные органы направлено не было. Медицинские работники МУЗ «Детская городская поликлиника №4», на территории обслуживания которой проживает указанная семья, своевременно ее не выявили, что послужило одной из причин избиения ребенка на протяжении длительного времени. 15.09.2009 г. возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 115 УК РФ. К. предъявлено обвинение по ч. 1 ст. 111, ч. 1 т. 116, ч. 1 ст. 116 УК РФ. После выписки из больницы мальчик был помещен в социально-реабилитационный центр. Железнодорожным районным судом был удовлетворен иск к З. о лишении ее родительских прав в отношении сына.

Кроме того, в 2009 году сотрудники МУЗ «Детская городская поликлиника « располагали информацией о 2 фактах получения травм детьми. Так, 06.04.2009 г. было выявлено наличие гематомы на лбу у несовершеннолетнего А., 14.05.2005 г.р. (со слов ребенка его ударила мать), 25.10.2009 г. обнаружена рана на лбу у семимесячного Ф. (которую ему нанес отец). Вместе с тем прокуратура, органы внутренних дел и другие органы системы профилактики должностными лицами поликлиники о данных фактах надлежащим образом извещены не были.

Для устранения отмеченных нарушений и недопущения их впредь прокуратурой Железнодорожного района г. Ульяновска внесены представления.

В целях предотвращения насилия в отношении несовершеннолетних по каждому факту безвестного исчезновения и самовольного ухода несовершеннолетних из дома или учреждения в ходе доследственных проверок выясняются условия их жизни и воспитания. Проверяемые сообщения по фактам безвестного исчезновения несовершеннолетних при отсутствии факта совершения в отношении них преступлений, подследственных следователям СК при прокуратуре РФ, в соответствии с совместным приказом прокурора области, руководителя СУ СК при прокуратуре РФ по Ульяновской области и начальника УВД области, в обязательном порядке передаются в подразделения дознания ОВД для проверки наличия или отсутствия в действиях родителей (иных законных представителей) признаков преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ.

При наличии оснований в ходе расследования уголовных дел следователями и дознавателями ОВД в порядке ч. 2 ст. 158 УПК РФ вносились представления и информации также руководителям органов и учреждений системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, по результатам рассмотрения которых принимались меры, направленные на устранение причин и условий, способствующих совершению преступлений.

В заключение сформулируем предложение о необходимости закрепления в СК РФ норму, предусматривающую возмещение вреда здоровью ребенка родителями (усыновителями) при удовлетворении иска о лишении родительских прав и отмене усыновления в том случае, когда противоправные действия родителей (усыновителей) выражались в жестоком обращении с детьми, злоупотреблении родительскими правами, уклонении от выполнения родительских обязанностей и совершений преступления против жизни и здоровья детей (ст. 69, 140, 141 СК РФ).

При возмещении вреда, причиненного ребенку, во внимание принимаются, как правило, физический (телесный) вред и имущественный интерес. Между тем проти-

воправные действия родителей зачастую вызывают задержки и недостатки умственного, нравственного и психического развития детей. Эти формы причинения вреда здоровью не всегда учитываются.

Кроме того, неблагоприятное воздействие на здоровье ребенка в результате психического насилия, отсутствия надлежащей заботы не всегда могут быть выявлены в полном объеме. Поэтому целесообразно в ряде случаев назначать судебно-медицинскую и психолого-психиатрическую экспертизы. Они позволят определить уровень интеллектуального, нравственного, физического вреда и время, необходимое для ликвидации его последствий, полной реабилитации.

Библиографический список

1. *Алексеева Л.С.* Насилие и дети // Социол. исследования. 2003. №4. С. 22.
2. *Абрамов В.И.* Права ребенка в России (Теоретический аспект) / под ред. Матузова Н.И. Саратов: Изд-во Сарат. гос. акад. права, 2005. 254 с.
3. *Волкова А.* Понятие «жестокое обращение с детьми» и его формы // Профессионал. 2000. №4. С. 24.
4. *Варывдин В.А., Клемантович И.П.* Управление системой социальной защиты детства: учебное пособие. М.: Педагогическое общество России, 2004. 342 с.
5. *Ильина С.В.* Влияние пережитого в детстве насилия на возникновение личностных расстройств // Вопросы психологии. 1998. №3. С. 8.
6. *Об организации* прокурорского надзора за исполнением законов о несовершеннолетних и молодежи: Приказ Генпрокуратуры Рос. Федерации от 26 нояб. 2007 г. №188 // Законность. 2008. №2.
7. *Семейный кодекс РФ* от 29 дек. 1995 г. №223-ФЗ (ред. от 04 мая 2011 г. №98-ФЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №1, ст. 16.

Bibliograficheskij spisok

1. *Alekseeva L.S.* Nasilie i deti // Sociol. issledovanija. 2003. №4. S. 22.
2. *Abramov V.I.* Prava rebenka v Rossii (Teoreticheskij aspekt) / pod red. Matuzova N.I. Saratov: Izd-vo Sarat. gos. akad. prava, 2005. 254 s.
3. *Volkova A.* Ponjatie «zhestokoe obrawenie s det'mi» i ego formy // Professional. 2000. №4. S. 24.
4. *Varyvdin V.A., Klemantovich I.P.* Upravlenie sistemoj social'noj zawity detstva: uchebnoe posobie. M.: Pedagogicheskoe obwestvo Rossii, 2004. 342 s.
5. *Il'ina S.V.* Vlijanie perezhitogo v detstve nasilija na vozniknovenie lichnostnyh rasstrojstv // Voprosy psihologii. 1998. №3. S. 8.
6. *Ob organizacii* prokurorskogo nadzora za ispolneniem zakonov o nesovershennoletnih i molodezhi: prikaz Genprokuratury Ros. Federacii ot 26 nojab. 2007 g. №188 // Zakonnost'. 2008. №2.
7. *Semejnyj* kodeks RF ot 29 dek. 1995 g. №223-FZ (red. ot 04 maja 2011 g. №98-FZ) // Sobranie zakonodatel'stva Ros. Federacii. 1996. №1, st. 16.

ACTIVITY OF BODIES OF OFFICE OF PUBLIC PROSECUTOR ON PREVENTION OF VIOLENCE CONCERNING MINORS: THE ANALYSIS OF THE THEORY AND JUDICIARY PRACTICE (ON AN EXAMPLE OF THE ULYANOVSK REGION)

A.N. Levushkin

Ulyanovsk state university
42, L. Tolstoi st., Ulyanovsk, 432000
E-mail: lewuskin@mail.ru

The article is devoted activity of bodies of Office of Public Prosecutor on prevention of violence concerning minors and cruel treatment with the child in territory of the Ulyanovsk region. One of indicators of psychological safety of children in a society is

their security from violence. The violence along with an alcoholism and a narcotism gradually becomes a norm of behaviour transferred from one generation to another. Violence growth in a family and youth subculture is observed. The teenager becomes more often a victim of violence as it stays on border between two worlds – the world of children and the world of adults.

In article the statistical data concerning number of perfect violent acts concerning children in territory of the Ulyanovsk region is cited. The author analyzes examples from judiciary practice across the Ulyanovsk region, the data of spent public prosecutor's checks in the given direction is considered.

Including supervision of execution of laws on minors one of priority directions of activity, bodies of Office of Public Prosecutor of the Ulyanovsk region spend remedial work in interests of children, aimed at actual elimination of each of the opened infringements.

The raised concern in connection with violence growth in a society quite can be justified, and especially concerning children. Therefore today special attention as an indicator of development of a society the problem of violence over minors, and juvenile - in even as a whole "involves" degrees. Owing to age features juvenile and minor persons fall under certificates of aggression or cruelty of adult persons is more often.

Work of Office of Public Prosecutor of the Ulyanovsk region and public prosecutors on the given direction is aimed at regular carrying out of checks of execution of the named legislation, including and establishments in which children - orphans are trained or brought up, children without parental support, children-invalids, children who are in a difficult reality situation, and actual elimination of each of the opened infringements.

The family violence over children and cruel treatment not only creates threat to health, intellectual and moral development of the separate child and even the whole groups of children, but also safety of a society as a whole. The author pays the greatest attention to the legal analysis of physical and mental violence over children and measures of struggle of bodies of Office of Public Prosecutor on prevention of violence concerning the child. The analysis of the statistical data is considered. It is underlined that is the most frequent to physical violence in family children having physical or mental deviations are exposed. Questions of the theory, practice and preventive work are analyze The analysis of the d.

Keywords: Children; violence over children; violence prevention; Office of Public Prosecutor; parents; cruel treatment with children; adoption; deprivation of the parental rights; judiciary practice; guardianship and guardianship bodies; harm compensation

ПРАВИЛА ОФОРМЛЕНИЯ И ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ СТАТЕЙ В ЖУРНАЛ «ВЕСТНИК ПЕРМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА. ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ»

1. Введение

В журнал могут быть представлены материалы по фундаментальным и прикладным проблемам юридических наук, исследования современного состояния российского, международного, зарубежного законодательства и правоприменительной практики, теоретических и исторических аспектов государственно-правовых явлений, правовых вопросов социальной работы.

В редакцию высылается один тщательно вычитанный и подписанный автором экземпляр и электронный вариант на диске или дискете (по адресу: 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15, редакция журнала «Вестник Пермского университета. Юридические науки») или направляется по электронной почте: vesturn@yandex.ru

Редакция принимает статьи (материалы) объемом до 40 тыс. печатных знаков с пробелами.

Плата с аспирантов, адъюнктов, соискателей и докторантов за публикацию рукописей не взимается. Аспиранты, адъюнкты, соискатели вправе представить рекомендацию научного руководителя.

Автор предоставляет Издателю (Пермский государственный национальный исследовательский университет) право на использование его статьи в составе журнала, а также на включение полнотекстовых вариантов статьи в систему «Российский индекс научного цитирования» (РИНЦ).

Право использования журнала в целом в соответствии с п. 7 ст. 1260 ГК РФ принадлежит Издателю журнала и действует бессрочно на территории Российской Федерации и за ее пределами.

Объем прав Издателя на использование журнала в целом соответствует объему принадлежащего автору исключительного права, предусмотренного ст. 1270 ГК РФ. Издатель вправе также разрешить использование Издания в целом другим лицам на определенных условиях по его усмотрению.

Авторское вознаграждение за предоставление автором Издателю указанных выше прав не выплачивается.

Автор включенной в журнал статьи сохраняет исключительное право на нее независимо от права Издателя на использование журнала в целом.

Направление автором статьи в журнал означает его согласие на использование статьи Издателем на указанных выше условиях и на включение статьи в систему РИНЦ и свидетельствует о его осведомленности об условиях ее использования. В качестве такого согласия рассматривается также направляемая в редакцию справка об авторе, в том числе по электронной почте.

Редакция размещает фамилию, инициалы автора, название, аннотацию, ключевые слова и текст статьи на сайте журнала: http://www.jurvestnik.psu.ru

Редакция включает полнотекстовые варианты статей в «Российский индекс научного цитирования» (РИНЦ). Направление автором статьи в адрес редакции является согласием автора на подобное размещение и включение.

Гонорар за публикации не выплачивается. Авторский экземпляр высылается автору по указанному им адресу.

2. Оформление текста

2.1. Параметры страницы. Формат листа, используемый для написания статьи, – А4. Поля – 2,5 см со всех сторон. Расстояние до верхнего и нижнего колонтитулов – 1,25 см.

2.2. Основной текст статьи набирается шрифтом Times New Roman Cyr, размер – 14, междустрочный интервал – полуторный. При оформлении статьи необходимо различать знаки дефис (-) и тире (–). Между цифрами ставится знак тире без отбивки (пробелов), напр.: 12–15.

2.3. Заглавие статьи набирается прописными (большими) буквами жирным шрифтом, курсивом и форматируется по центру.

Перед заглавием прямым шрифтом набирается УДК, под заглавием жирным шрифтом – И.О.Фамилия, светлым – ученая степень, ученое звание, должность, название вуза и его адрес (с индексом), адрес электронной почты.

3. Под этой информацией помещается аннотация статьи на русском языке (500–600 знаков с пробелами), набранная светлым курсивом.

4. После текста аннотации следует указать 4–6 ключевых слов (словосочетаний), характеризующих проблематику статьи (набрав их светлым прямым шрифтом).

УДК 349.226

СПОСОБЫ ИЗМЕНЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

Л.Ю. Бугров

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права
и социального обеспечения, заслуженный работник высшей школы РФ
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15
E-mail: leonidbugrov@yandex.ru

Доказывается целесообразность термина «способ изменения трудового договора». В качестве таких способов в России рассматриваются: 1) изменения определенных сторонами условий трудового договора по общим правилам; 2) замена условий, определенных сторонами трудового договора, на нормативные условия, определенные в содержании индивидуального трудового правового отношения; 3) переводы на другую работу, допускаемые работодателем с письменного согласия переводимого лица; 4) изменения определенных сторонами условий договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда; 5) замены субъекта на стороне работодателя в трудовых договорах, заключенных от имени работодателя формально другим юридическим субъектом.

Ключевые слова: изменения трудового договора; способы такого изменения

2.4. На первой странице в подстрочнике необходимо указать знак © и Фамилию И.О., год:

© Бугров Л.Ю., 2011

2. Оформление сносок и библиографического списка

3.1. Библиографический список должен быть построен **в алфавитном порядке**.

В основном тексте указание на источник, помещенный в библиографическом списке, осуществляется следующим образом: в квадратных скобках указываются номер источника из библиографического списка, после запятой – цитируемая страница источника: [5, с. 216]. Возможно также указание на том многотомного издания: [8, т. 1, с. 216].

3.2. Источники в библиографическом списке оформляются в соответствии с ГОСТом Р 7.0.5–2008.

ПРИМЕРЫ БИБЛИОГРАФИЧЕСКИХ ЗАПИСЕЙ

1. *Бурлака С.А.* Принудительные меры воспитательного воздействия и их реализация в деятельности органов внутренних дел [Электронный ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. 25 с. URL: http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1191676 (дата обращения: 20.01.2009).
2. *Галина* Васильевна Старовойтова, 17.05.46–20.11.1998: [мемор. сайт] / сост. и ред. Т. Лиханова. [СПб., 2004]. URL: http://www.starovoitova.ru/rus/main.php (дата обращения: 22.01.2007).
3. *Герман М.Ю.* Модернизм: искусство первой половины XX века. СПб.: Азбука-классика, 2003. 480 с. (Новая история искусства).
4. *Жилищное* право: актуальные вопросы законодательства: электрон. журн. 2007. №1. URL: http://www.gilpravo.ru (дата обращения: 20.08.2007).
5. *О введении* надбавок за сложность, напряженность и высокое качество работы [Электронный ресурс]: указание М-ва соц. защиты Рос. Федерации от 14 июля 1992 г. №1-49-У. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. *О противодействии* терроризму: Федер. закон Рос. Федерации от 6 марта 2006 г. №35-ФЗ // Рос. газ. 2006. 10 марта.
7. *Об индивидуальной* помощи в получении образования: (О содействии образованию): Федер. закон Федерат. Респ. Германии от 1 апр. 2001 г. // Образовательное законодательство зарубежных стран. М., 2003. Т. 3. С. 422–464.
8. *Пахомов В.И., Петрова Г.П.* Логистика. М.: Проспект, 2006. 232 с.
9. *Плехова О.А.* Проблема понятия объекта должностных преступлений [Электронный ресурс] // Гуманит. и соц. науки. 2008. №2. URL: http://www.hses-online.ru/2008/02/12_00_08/13.pdf (дата обращения: 01.10.2008).
10. *Рабцевич О.И.* Реализация статей 5 и 6 Европейской Конвенции по защите прав и основных свобод человека в российском законодательстве // Право и политика. 2001. №10. С. 43–51.
11. *Содержание* и технологии образования взрослых: проблема опережающего образования : сб. науч. тр. / под ред. А.Е. Марона; Ин-т образования взрослых Рос. акад. образования. М.: ИОВ, 2007. 118 с.
12. *Философия* культуры и философия науки: проблемы и гипотезы: межвуз. сб. науч. тр. / под ред. С.Ф. Мартыновича. Саратов: Изд-во Сарат. гос. ун-та, 1999. 199 с.
13. *Шапкин А.С.* Экономические и финансовые риски: оценка, управление, портфель инвестиций. 3-е изд. М., 2004. 536 с.
14. *Экономика* и политика России и государств ближнего зарубежья: аналит. обзор, апр. 2007 / Рос. акад. наук, Ин-т мировой экономики и междунар. отношений. М., 2007. 39 с.

4. Перевод на английский язык

После библиографического списка приводятся на английском языке название статьи, И.О. Фамилия автора, место работы и его адрес, аннотация (2000–2500 знаков с пробелами прямым шрифтом), а также ключевые слова. **Обращаем внимание авторов на то, что аннотация на английском языке не должна совпадать по объему с аннотацией на русском языке**.

WAYS OF LABOUR CONTRACT CHANGE

L.Yu. Bugrov

Perm State National Research University. 15, Bukirev st., Perm, 614990
E-mail: leonidbugrov@yandex.ru

5. *Транслитерация*

В статье должен содержаться библиографический список на русском языке. Затем должна следовать транслитерация этого списка (т.е. перевод текста библиографического списка на латиницу). Для этого можно использовать специальную программу (http://www.fotosav.ru/services/transliteration.aspx).

ПРИМЕРЫ ТРАНСЛИТЕРАЦИИ

1. *Vitrjanskij V.V.* Dogovory bankovskogo vklada, bankovskogo scheta i bankovskie raschety. M.: Statut, 2006. 556 s.
2. *Grazhdanskoe* pravo: uchebnik. 3-e izd., pererab. i dop. / pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo. M.: PBOJuL L.V. Rozhnikov, 2001. T. 3. 632 s.
3. *Danilenko S.* Nekotorye problemy pravovogo regulirovanija ob'ekta bankovskoj tajny // Hozjajstvo i pravo. 2007. №10.
4. *Mahmadhonov T.* Problemy pravovogo obespechenija kommercheskoj tajny v zakonodatel'stve Respubliki Tadzhikistan: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Dushanbe, 2008. 24 s.
5. *Omarova A.B.* Grazhdansko-pravovye problemy instituta kommercheskoj tajny v Respublike Kazahstan: avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. Almaty, 2002. 29 s.
6. *Postanovlenye* Konstitutsionnogo Suda RF ot 3 aprelya 1998 g. № 10-P // SZ RF. 1998. №15.
7. *Sarbash S.V.* Dogovor bankovskogo scheta: problemy doktriny i sudebnoj praktiki. M.: Statut, 1999. 272 s.

6. Сведения об авторе

К статье следует приложить справку об авторе, содержащую следующие сведения:

1. Фамилия, имя, отчество.
2. Место работы (полное название вуза, кафедры).
3. Должность.
4. Ученая степень и ученое звание.
5. Адрес, по которому следует выслать авторский экземпляр.
6. Номер контактного телефона.
7. Адрес электронной почты.
8. Подтверждение согласия на размещение безвозмездно полнотекстового варианта статьи в системе РИНЦ.

7. Порядок и сроки рассмотрения рукописей

Журнал является ежеквартальным, выходит в марте, июне, сентябре и декабре. Представленная автором рукопись направляется члену редакционной коллегии на рецензирование в соответствии с тематикой статьи. Рецензирование рукописей производится в соответствии с «Порядком рассмотрения и рецензирования рукописей научных статей, поступивших в редакцию журнала “Вестник Пермского университета. Юридические науки”». Срок рассмотрения рукописи – 1–2 месяца. Рукописи, направленные авторам на доработку, подлежат возврату в редакцию в рекомендованный редактором срок. (Все исправления вносятся автором в текст, после чего статья вновь распечатывается и возвращается в редакцию.) Статьи публикуются в порядке общей очередности и по мере поступления от авторов. Средний объем одного номера журнала – 9–11 печ. л.

Вестник Пермского университета

ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

Выпуск 1(15)

Редакторы *Л.В. Хлебникова*
Корректоры *М.Н. Демидова*
Компьютерная верстка *Н.Ю. Шадрина, В.В. Шадриной*
Дизайн обложки *М.А. Шпакова*

Подписано в печать 26.03.2012. Формат 60x84 1/8.
Усл. печ. л. 25,8. Уч.-изд. л. 23,8. Тираж 500 экз. Заказ

Редакционно-издательский отдел
Пермского государственного национального исследовательского университета
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Типография Пермского государственного национального исследовательского университета
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15