

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА

Научный журнал

2014 № 3

Главный редактор: **Печников Андрей Павлович**, доктор юридических наук, профессор, почетный работник высшего профессионального образования РФ

Заместитель главного редактора: **Ирошников Денис Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент

Члены редакционной коллегии:

Алексеев Кирилл Васильевич, кандидат филологических наук, доцент (г. Рязань)

Артемьев Николай Семёнович, доктор юридических наук, профессор (г. Рязань)

Ветютнев Юрий Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент (г. Волгоград)

Власенко Николай Александрович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации (г. Москва)

Грибов Александр Сергеевич, кандидат юридических наук (г. Ярославль)

Гришко Александр Яковлевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ (г. Рязань)

Жаров Сергей Николаевич, доктор юридических наук, доцент (г. Челябинск)

Малько Александр Васильевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (г. Саратов)

Матузов Николай Игнатьевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (г. Саратов)

Мещерякова Ольга Михайловна, доктор юридических наук, профессор (г. Москва)

Михайлова Ирина Александровна, доктор юридических наук, профессор (г. Москва)

Мордовец Александр Сергеевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ (г. Саратов)

Пантюхина Инга Владимировна, кандидат юридических наук, доцент (г. Рязань)

Придворов Николай Антонович, доктор юридических наук, профессор (г. Тамбов)

Пузиков Руслан Владимирович, кандидат юридических наук, доцент (г. Тамбов)

Редкоус Владимир Михайлович, доктор юридических наук, профессор (г. Москва)

Сангаджиев Бадма Владимирович, доктор юридических наук, доцент (г. Москва)

Цыбулевская Ольга Ивановна, доктор юридических наук, профессор (г. Саратов)

Чердаков Олег Иванович, доктор юридических наук, профессор (г. Москва)

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (РОСКОМНАДЗОР)

Учредитель Ирошников Денис Владимирович

Свидетельство о регистрации **ПИ № ФС 77 – 41561** от 13.08.2010 г.

Выходит 1 раз в квартал

ISSN 2220-5500

Журнал включен в систему Российского индекса научного цитирования

Подписной индекс в Объединенном каталоге «Пресса России» – 82319

Сайт журнала: www.jur-science.ru

Почтовый адрес редакции:

390044, г. Рязань, а/я 58

jur-science@mail.ru

Издатель: ООО «Издательство «Концепция»

390044, г. Рязань, ул. Крупской, д. 17, корп. 1

conception.rzn@gmail.com

При перепечатке ссылка на журнал обязательна

Свободная цена

JURIDICAL SCIENCE

Science journal

2014 № 3

Editor-in-chief: **Pechnikov Andrey Pavlovich**, associate professor, professor, honored worker of higher education of the Russian Federation.

Deputy of editor-in-chief: **Iroshnikov Denis Vladimirovich**, Cand. Sc. Law, associate professor.

Editorial Board:

Alekseyev Kirill Vasilyevich, Candidate of Philology, associate professor (Ryazan)

Artemyev Nickolay Semenovich, Doctor of legal sciences, professor (Ryazan)

Vetyutnev Yuriy Yuriyevich, Cand. Sc. Law, associate professor (Volgograd)

Vlasenko Nickolay Aleksandrovich, Doctor of legal sciences, professor, honored lawyer of the Russian Federation (Moscow)

Gribov Aleksandr Sergeevich, Cand. Sc. Law (Yaroslavl)

Grishko Aleksandr Yakovlevich, Doctor of legal sciences, Professor, honored worker of higher school of the Russian federation (Ryazan)

Zharov Sergey Nickolayevich, Doctor of legal sciences, associate professor (Chelyabinsk)

Malko Aleksandr Vasilyevich, Doctor of legal sciences, Professor, honored worker of Science of the Russian Federation (Saratov)

Matuzov Nickolay Ignatyevich, Doctor of legal sciences, professor, honored worker of Science of the Russian Federation (Saratov)

Mesheryakova Olga Mikhaylovna, Doctor of legal sciences, Professor (Moscow)

Mikhaylova Irina Aleksandrovna, Doctor of legal sciences, Professor (Moscow)

Mordovets Aleksandr Sergeyeich, Doctor of legal sciences, Professor, honored worker of higher school of the Russian federation (Saratov)

Pantuykhina Inga Vladimirovna, Cand. Sc. Law, associate professor (Ryazan)

Pridvorov Nickolay Antonovich, Doctor of legal sciences, Professor (Tambov)

Puzikov Rustam Vladimirovich, Cand. Sc. Law, associate professor (Tambov)

Redkous Vladimir Mikhaylovich, Doctor of legal sciences (Moscow)

Sangadzhiev Badma Vladimirovich, Doctor of legal sciences, associate professor (Moscow)

Tsybulevskaya Olga Ivanovna, Doctor of legal sciences, Professor (Saratov)

Cherdakov Oleg Ivanovich, Doctor of legal sciences, Professor (Moscow)

The journal is registered in the Federal service for supervision in the sphere of communications, information technology and mass communications (ROSKOMNADZOR).

Promoter: Iroshnikov Denis Vladimirovich

Media registration certificate PI № FS77 – 41561 from August the 13th, 2010.

Published once in 3 months

ISSN 2220-5500

The journal is listed in the Citation index system of the Union Catalogue “Russian Press” (index 82319).

Official web-site: www.jur-science.ru

Postal address of editorial office:

Ryazan, post office box 58, postal code – 390044.

jur-science@mail.ru

Publishing house: “Conception” Co Ltd

Krupskaya Street, 17/1, Ryazan, postal code – 390044.

conception.rzn@gmail.com

In case of reprinting the publication the link to the journal is obligatory

Uncontrolled prices

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА, ИСТОРИЯ ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ

Баев В.Г., Воликова И.А.

Унитаризация или федерализация? Поиск путей создания германской государственности после 1815 года 5

Бражник С.Д., Касаткина Н.Н.

Лингвистические (языковые) правила в законодательной технике..... 10

Гайдидей Ю.М.

Правовая система: понятие и признаки..... 13

Денисова Л.Н.

Становление российского горного законодательства в эпоху Петра Великого 16

Дроздова А.М.

Некоторые рассуждения о формальной и фактической легитимации власти 20

Смоляров М.В.

Основные политико-правовые и пенитенциарные воззрения Екатерины II, А.Н. Радищева 26

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО, МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Мосин С.А.

К вопросу о единстве структур элементов основных принципов конституционного строя на примере принципа правового государства в Российской Федерации 29

Паненкова М.А.

Государственная политика Российской Федерации в отношении российских граждан за рубежом..... 35

Фадеев В.Н.

Проблемы государственного строительства 38

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, СЕМЕЙНОЕ ПРАВО, МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Бодрова Е.А.

Необходимость подготовки специалистов для развития детской медиации в России..... 42

Бумажникова О.В.

К вопросу о правовой характеристике обременяемой вещи..... 45

Иванова Е.Г.

История развития понятия товарного знака и его функций 48

Романова И.Н.

Теоретико-правовые и практические аспекты охраны прав авторов на служебные произведения..... 52

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Грибов А.С.

Регламентация признаков субъекта должностных преступлений в зарубежном уголовном праве 57

Жидков Э.В.

О критериях оценки судебного акта в уголовном и процессуальном праве Российской Федерации..... 60

Киселёв А.К.

Актуальные проблемы обеспечения защиты информации правовыми средствами..... 63

Кузнецова А.Н.

Уголовно-правовой анализ обмана и злоупотребления доверием при совершении мошенничества (ст. 159 УК РФ)..... 67

Некрасов В.А., Белик Л.С.

Алгоритмизация проведения оперативных комбинаций при документировании преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды..... 71

Пантюхина И.В., Бражник С.Д.

Анализ соответствия признаков разбоя форме хищения..... 75

Сенина О.А.

Анализ соответствия уголовно-правовой охраны половой неприкосновенности несовершеннолетних в России международным нормам 79

Соловьев О.Г.

К вопросу о технике применения уголовного права 82

**ТРУДОВОЕ ПРАВО,
ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ**

Алексеев К.В.

Правовое положение надомников и дистанционных работников: некоторые сходства и различия..... 86

**ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО,
ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО,
ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО**

Тютюник А.С.

Система принципов земельного права в современных условиях 91

**АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО,
АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС**

Самбор Н.А.

Место административно-деликтного права в системе права и отрасли административного права 97

**ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН,
СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

Михайлов И.М.

Непосредственный объект преступления, связанного с поддельными деньгами, государственными ценными бумагами, билетами государственной лотереи, марками акцизного налога, голографическими защитными элементами: некоторые проблемы теории (по уголовному законодательству Украины) 103

Шамара А.В., Комашко В.В.

К вопросу правомерности побуждения в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности по разоблачению преступной деятельности организованных групп и преступных организаций..... 108

СТУДЕНЧЕСКАЯ НАУКА

Данилова Е.С.

К вопросу о понятии, классификации и значении юридических фикций 112

Лобыч Т.Ю.

Организация морского таможенного оформления в России (XVII–XVIII века)..... 119

Оржаховская И.Ю.

Эволюция принципа свободы договора, его место и роль в современной правовой науке и практике 124

НАУЧНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ

Обзор I Всероссийского конкурса студенческих научных работ «Актуальные проблемы теории и истории государства и права» 127

УНИТАРИЗАЦИЯ ИЛИ ФЕДЕРАЛИЗАЦИЯ? ПОИСК ПУТЕЙ СОЗДАНИЯ ГЕРМАНСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ ПОСЛЕ 1815 ГОДА

БАЕВ Валерий Григорьевич
ВОЛИКОВА Ирина Александровна

Аннотация. В предлагаемой статье идет речь о различных путях становления германской государственности после поражения Наполеона. Авторы показывают, что национальное движение в Германии требовало создания единого государства. Однако обстоятельства длительной политической раздробленности вместе с внешним фактором давления допустили только вариант федеративного построения германского государства.

Annotation. In this article, refers to the various ways of becoming German state after the defeat of Napoleon. The authors show that the national movement in Germany required the creation of a single state. However, the circumstances of prolonged political fragmentation, together with external pressures only allowed option of constructing a federal German state.

Ключевые слова: национализм, акты Венского конгресса, форма правления и форма государственного устройства.

Key words: nationalism, acts of the Congress of Vienna, the form of government and form of government.

После вступления в 1815 году союзных войск в Париж победителями был подписан протокол о созыве в двухмесячный срок Венского конгресса, в дальнейшем названного «основоположником европейского концерта»¹. В 107 из 121 параграфа Венского договора определялись условия территориального устройства Европы; германский вопрос был ключевым. Ядро переговоров складывалось из двух пунктов: регулирование владений и определение границ, а также – что особенно важно для нас – определение формы правления. Второй пункт выяснял взаимоотношения германских государств и административное переустройство Германии. Покорители Наполеона оказались вынужденными, тем не менее, закрепить результаты Французской буржуазной революции. Слово «конституция» стало означать не только государственное устройство вообще, а установленные «способы обеспечения права»².

Воля монархов на Венском конгрессе нашла юридическое закрепление в Заключительном акте от 28 мая (9 июня) 1815 года и при-

ложениях к нему. Предложение прусского посланника Гарденберга создать в Германии федерацию во главе с Пруссией и Австрией не встретило понимания. В этом случае усилия прусской дипломатии были переориентированы на создание объединения с решающей ролью Пруссии. Однако борьба за гегемонию между Австрией и Пруссией не привела к успеху ни одной из сторон. В результате была найдена компромиссная форма германской государственности: 8 июня 1815 года подписан акт о создании германской конфедерации (именуемой иногда Германским союзом)³. Австрия и Пруссия оставались крупнейшими государствами Союза.

По своей правовой сущности Германский союз являлся международным союзом монархов, объединяя в своих границах 34 княжества и 4 «вольных» города. Цель такого объединения – «сохранение внешней и внутренней безопасности германских государств и обеспечение их независимости и неприкосновенности» (ст. II Союзного акта). Сецессия из Союза не предусматривалась, а прием новых членов

¹ Чичерин Г.В. Статьи и речи. М., 1961. С. 67–68.

² Кареев Н.И. Общий курс истории XIX века. СПб., 1910. С. 22, 25.

³ Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 // Deutsche Verfassungen. Dokumente zu Vergangenheit und Gegenwart / hrsg. H.-J. von Blanke. Paderborn, 2003. S. 63–69.

требовал единогласного решения всех участников. Не имея действительной законодательной, исполнительной и юридической власти над гражданами, Союз был скорее «ослабленной» федерацией суверенных княжеств или государств, чем действительно федеративным государством. Между странами не существовало единого законодательства, единой армии, общих финансов, общего дипломатического представительства. Верховный орган Германского союза – Союзный сейм – располагался во Франкфурте-на-Майне. Его депутаты являлись представителями государей, а не народа. Постоянным председателем в Сейме был уполномоченный от Австрии. Таким образом, «Германии» как государства не было ни в политическом, ни в географическом смысле.

Не было единства и в вопросе о том, будет ли Германия централизованным государством или федерацией, республикой или монархией. Среди германских государств были две европейских державы, взаимная подозрительность и соперничество которых усложняли поиски решения, соответствовавшего целям сторонников объединения. Часть их склонялась к «великогерманскому» варианту, предполагавшему включение австрийских владений, другие были за «малую Германию», без Австрии, с объединением вокруг Пруссии.

Равновесие сил на политической карте Германии между Пруссией и Австрией, а также историческое наследие политической раздробленности привело к формированию федеративного государственного устройства, конституционное закрепление которого сопровождалось ожесточенной борьбой сторонников партикуляризма и централизма, с одной стороны, Пруссии и Австрии за главенство в федерации, с другой. Иными словами, на карте Центральной Европы появился «союз, лишенный действительной законодательной, исполнительной и юридической власти над гражданами и представлявший собой «ослабленную» федерацию суверенных княжеств или государств, чем действительно федеративное государство»⁴.

Германский федерализм. Федеративное устройство, будучи впервые закрепленным в кон-

ституции Северогерманского союза 1867 года, затем последовательно воспроизводилось конституциями Германской империи 1871 года и Веймарской республики 1919 года. Незыблемость и прочность федеративного принципа германского конституционализма свидетельствует о том, что основа федеративного устройства, заложенная после принятия Союзного акта в 1815 году, не была поколеблена. По форме принцип федерализма не оспаривался, но изменения по содержанию приближали страну к унитарному типу устройства.

Попыткой подойти к унитарному государству явился созданный в 1833 году по инициативе Пруссии Таможенный союз. В него вошли около двадцати государств – членов Германского союза, которые договорились об отмене таможенных границ и установлении общих сборов и пошлин на ввозимые (в том числе германские) товары. Вхождение Австрии в Таможенный союз с самого начала было заблокировано Пруссией. Создание Таможенного союза означало реальный шаг на пути «формирования под эгидой Пруссии единого общегерманского рынка, наивысшую ступень, до которой была когда-либо доведена централизация Германии»⁵. Но, очевидно, это был предел «унитаристских мечтаний».

Очевидная беспомощность Германского союза, его конфедеративного устройства в вопросах реального экономического объединения страны, очевидная нереализуемость унитарного объединения со всей остротой поставили в повестку дня проблему федеративного союза. «...Неспособность Германского союза решить стоящие перед ним политические, хозяйственные и социальные проблемы не только усилила стремление к образованию федеративного государства, но, прежде всего, дискредитировала «союз государств» в глазах выступавших за национальное единство немцев. Идея федерализма распространялась чрезвычайно быстро»⁶. Отсутствовало только единство взглядов относительно конкретной правовой модели будущего федеративного государства.

18 мая 1848 года Союзный сейм под влиянием революционных выступлений широ-

⁴ См.: Кастель Р.Р. Федерализм и становление буржуазного государства в Германии (1815–1860-е годы) // Изв. вузов. Правоведение. СПб., 1992. № 4.

⁵ Энгельс Ф. Революция и контрреволюция в Германии // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 8. С. 14.

⁶ Deuerlein E. Föderalismus. Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips. Bonn, 1972. S. 79.

ких народных масс почти во всех государствах – членах Германского союза созвал во Франкфурте-на-Майне Национальное собрание – орган, наделенный учредительными полномочиями. Две трети членов этого органа из общей численности в 600 депутатов составляли представители Австрии и Пруссии⁷. Политические взгляды этих представителей отражали интересы германских буржуазно-либеральных кругов. Признавая невозможность дальнейшего функционирования Германского союза, либералы Франкфуртского Национального собрания в то же время подчеркивали необходимость сохранения прежних политических порядков и собственно немецких феодальных, полуфеодальных государственных образований в будущей Германии. Левое и крайнее левое крылья Франкфуртского собрания (Франкфуртская левая и Радикально-демократическая партии) выступили с манифестами, которые предусматривали, что Германия должна быть превращена в союзное (федеративное) государство. При этом в манифесте Радикально-демократической партии предлагалось скопировать опыт США и закрепить статус субъектов новой немецкой федерации за всеми бывшими членами Германского союза, причем ни границы, ни формы правления этих государств изменять не предполагалось. Такое «слепое» копирование североамериканской модели федерализма в условиях Германии совершенно не учитывало двух важных обстоятельств, отличавших США от Германии: того, что все субъекты североамериканской федерации политически были устроены одинаково и что территория США во много раз превосходила территорию Германии. В Германии же разнообразность и пестрота политического устройства бывших членов Германского союза представляли практически непреодолимое препятствие на пути к добровольному объединению государств в федерацию. «Непонятно, каким образом Радикально-демократическая партия могла бы провозгласить в качестве окончательного государственного устройства Германии федерацию конституционных монархий, карликовых княжеств и крошечных республик, составленное из столь разнородных элементов союз-

ное государство с республиканским правительством во главе...»⁸.

Конечно, нетрудно разглядеть в приведенных суждениях Ф. Энгельса относительно взаимосвязи размеров территории и федеративного устройства экономический «монизм», чересчур явное и не всегда обоснованное подчеркивание роли экономического фактора (единого рынка) для решения вопроса в пользу федеративного устройства в период его становления. Точно так же далеко не бесспорна оценка Ф. Энгельсом федерации в качестве «помехи» экономическому развитию восточного побережья США в последней трети XIX века, то есть в условиях уже сложившегося капиталистического рынка.

20 октября 1848 года конституционный комитет представил на обсуждение Франкфуртского собрания доклад, в котором федерация рассматривалась в качестве наиболее приемлемой формы территориально-политического устройства Германии. Против этого проекта резко выступили Пруссия, Австрия и некоторые южно-германские государства. В циркулярной депеше прусским посланникам при немецких правителях от 23 января 1849 года подчеркивалась недопустимость включения в состав федерации Австрии и отмечалось, что не исключается возможность создания в Германии союза государств (Staatenbund). Пруссия согласилась с созданием федерации, включающей территорию Германского союза, и конфедерации, связывающей эту федерацию с немецкими областями в Дании и Голландии. Австрийское правительство в депеше от 4 февраля 1849 года своему уполномоченному во Франкфурте признало необходимость «обновления» Германии, но отклонило предложение о создании федерации.

28 марта 1849 года Франкфуртское Национальное собрание приняло конституцию Германской империи, в которой о федерации прямо ничего не говорилось. Тем не менее, в ряде статей были предприняты попытки закрепить некоторые федеративные структуры объединенной Германии. Так § 1 гл. 1 разд. 1 Конституции предусматривал, что «Германская империя состоит из территории прежнего Гер-

⁷ Блосс В. Германская революция. История движений 1848–1849 гг. в Германии. М., 1922. С. 94.

⁸ Маркс К., Энгельс Ф. Программы Радикально-демократической партии во Франкфурте и франкфуртской левой // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 5. С. 41.

манского союза», а в § 5 утверждалось, что «отдельные немецкие государства сохраняют свою самостоятельность, поскольку последняя не ограничивается имперской конституцией. Они имеют все государственные почести и права, поскольку такие прямо не переданы имперской власти». Главой империи Конституция признавала «императора германцев», титул которого должен был носить один из германских монархов. Свообразным отражением федеративных притязаний являлась закрепленная Конституцией двухпалатная структура общеимперского рейхстага: нижняя «палата народов» в соответствии с § 94 конституции должна была избираться всеобщим голосованием во всех частях империи на 3 года пропорционально количеству населения в каждом германском государстве, верхняя «палата государств» составлялась из уполномоченных отдельных государств. К ведению центральных органов империи Конституция относила все важнейшие вопросы внешней политики, вооруженные силы, единый бюджет, единые монетную и таможенную системы, налоги и т.д. За правителями государств – членов империи оставались вопросы местного значения (полиция, дороги, торговля, культура и т.д.).

28 апреля 1849 года прусский король Фридрих-Вильгельм IV в своей ноте Франкфуртскому собранию, не отказавшись безоговорочно от короны «императора германцев», тем не менее, поставил свое согласие в зависимость от «свободного соглашения коронованных правителей, князей и вольных городов Германии». Прусский монарх маневрировал, пытаясь определить, насколько реально осуществим для Пруссии конституционный проект создания германского союзного государства. Мнение прусского юнкерства по этому поводу резко сформулировал новоиспеченный, но уже достаточно известный член прусского ландтага О. Бисмарк: «Франкфуртская корона, может быть, очень блестяща, но золото, которое делает блеск подлинным, должно быть еще добыто посредством вплавления прусской короны, и я не верю, что переплавка в форме этой конституции удастся». Речь шла о том, что обращенное конституцией 1849 года к будущему императору требование объединения Германии было для Пруссии в тот момент совершенно непосильно и могло существенно ослабить прусскую корону. Австрия также не захотела взять на себя бремя германского объ-

единения. Вслед за этим конституцию отвергли и другие германские правительства.

Основной причиной отказа мелких государств – членов Германского союза поддержать аморфную федеративную структуру, предусмотренную Конституцией 1849 года, стало опасение попасть в зависимость от Пруссии. Каких-либо гарантий равноправного положения субъектов в составе империи Конституция 1849 года не содержала.

Новая фаза борьбы за объединение Германии началась с постепенного вытеснения Пруссией Австрии с политической арены. Учитывая противодействие большинства германских правительств попыткам установления прусского господства, король Пруссии заключил в конце мая 1849 года унию с монархами Саксонии и Ганновера. Речь шла о создании союза трех монархий (без Австрии) во главе с прусским королем в качестве императора и при сохранении суверенных прав двух других германских монархов. Отношения с Австрией должны были строиться на основе международного союзного договора. К осени 1849 года к унии присоединилось большинство средних и мелких германских государств, которым Пруссия обещала военную помощь в обуздании революционно настроенного народа. Проект унии был поддержан правым крылом немецких либералов, которые, собравшись в июне 1849 года в Готе, официально одобрили идею унии и план проведения выборов в ее парламент.

Созданию унии решительно воспротивились Австрия, а вслед за ней Бавария и Вюртемберг. Средние и мелкие государства, правители которых избавились от страха перед революцией и не нуждались уже больше в прусской военной помощи, стали усматривать реальную угрозу со стороны Пруссии своим правам суверенов. В заседаниях парламента унии в Эрфурте отказались участвовать Саксония и Ганновер. Против унии выступили крупные европейские державы, не желавшие чрезмерного усиления Пруссии. Несмотря на это, «эрфуртский парламент» занялся разработкой конституции унии, которая предусматривала установление полной прусской гегемонии. Так, за прусским королем закреплялась должность председателя Союзного совета из четырех представителей других правительств, ему единолично предоставлялось право законодательной инициативы и право осуществления исполнительной власти. Остальные германские

монархи «образовывали первую палату парламента унии, которая существовала наряду со второй, выборной палатой».

Разработанная конституция унии была принята «эрфуртским парламентом», но так и не вступила в силу. В конце апреля 1850 года парламент прервал свою работу и больше не собирался. Столь же неудачно сложилась судьба так называемого «мюнхенского» проекта реформы Германского союза, разработанного в Баварии в 1850 году. Предполагалось создать Законодательное собрание из 300 представителей, избираемых непосредственно населением союзных государств. Законодательные полномочия Собрания, по мысли авторов проекта, делегировались ему субъектами Союза, который лишался права вторжения в суверенные права союзных государств. По сути под флагом «сохранения и упрочения» Союза предлагалось укрепить центробежные, партикуляристские позиции в союзных государствах. Проект был отвергнут Пруссией и Австрией из-за явного стремления умалить роль и значение монархов этих государств в будущем «обновленном» Германском союзе.

Безрезультатность попыток создания федеративного (конфедеративного) германского государства в 1849–1850 годах отчетливо выявила, с одной стороны, примерное равенство сил сторонников «федеративной» централизации и сторонников сохранения суверенных союзных государств, с другой стороны, относительное равновесие между Пруссией и Австрией. В результате переговоров, состоявшихся между Австрией и Пруссией в конце ноября 1850 года в Ольмюце, Пруссия подписала «Ольмюцкие пункты», предусматривавшие признание ею Сейма Германского союза и согласие на созыв конференции германских государств для урегулирования вопроса об устройстве союза.

Таким образом, в 50-х годах XIX века для немецкой общественности стало вполне очевидным, что проблема объединения Германии и создания национального государства всецело зависит от того, кто – Пруссия или Австрия – станет лидером в германских делах. Актуальность и острота этой проблемы нарастали в связи с бурным развитием в немецких государствах капитализма, которому препятствовали государственная раздробленность и устаревшие политико-юридические институты. Борьба между Пруссией и Австрией за лидерство в германских делах протекала с переменным успехом на протяжении 50-х годов XIX века.

Решительный поворот в прусской внешней и внутренней политике произошел осенью 1862 года в связи с назначением О. Бисмарка министром-президентом и министром иностранных дел Пруссии. Сущность новой политики отразило прогремевшее на весь мир выступление Бисмарка 30 сентября 1862 года на заседании бюджетной комиссии рейхстага: «...не речами и постановлениями большинства решаются важные вопросы времени – в этом была крупная ошибка 1848 и 1849 годов, – а железом и кровью». Самым важным «вопросом времени», который подразумевал «железный канцлер», было объединение Германии. На пути к достижению этой цели Пруссии пришлось столкнуться с Австрией и с противодействием сепаратистски настроенных южногерманских государств. В результате упорной борьбы Бисмарку удалось решить поставленную задачу. Политика «железа и крови» увенчалась реализацией «малогерманского» плана объединения Германии, примечательной особенностью которого была федерализация страны «по-бисмарковски», то есть при гегемонии Пруссии.

ЛИНГВИСТИЧЕСКИЕ (ЯЗЫКОВЫЕ) ПРАВИЛА В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ТЕХНИКЕ

БРАЖНИК Сергей Дмитриевич
КАСАТКИНА Наталья Николаевна

Аннотация. В статье исследуются различные подходы к определению круга лингвистических правил законодательной техники, определяются особенности и специфика юридического языка, анализируются требования к языковому стилю в законодательной практике.

Annotation. The article examines the different approaches to identifying the range of linguistic rules of legislative technique, defines the features and specific legal language, analyzes the requirements for linguistic style in the legal practice.

Ключевые слова: юридическая техника, законодательная техника, правила, приемы, средства, язык закона, лингвистические правила, терминология, директивность, официальность.

Key words: juridical technique, legislative technique, rules, receptions, means, law language, linguistic rules, terminology, directivity, officiality.

Заключительной и наиболее многочисленной группой правил законодательной техники являются *правила языка, стиля и терминологии*. Центральными из них являются *правила языка* – важнейшего средства коммуникации. Исследования последних лет показали, что научная классификация стилей в языке еще не устоялась. Однако признание специфичности юридического языка (использование особого логико-лексического строя речи; использование особой стилистики, внутренний строй языка, особые способы выражения законодательной мысли; специальные языковые средства и приемы) послужило основанием выделить особый стиль литературного языка – «язык права», «язык закона». Литература, посвященная указанной проблеме, «удивительно скудна, количество статей и тем более книг на эту тему очень незначительно». Еще менее разработана тема «языка уголовного закона», которая никогда не была предметом специального монографического исследования¹.

Важнейшие требования к стилю «языка права», «языка закона» были сформулированы еще в эпоху Просвещения. Например, английский философ и юрист И. Бентам писал, что «закон только тогда будет доведен до макси-

муму совершенствования, когда он будет краток, понятен, недвусмысленен и доступен каждому»². Другой великий французский просветитель и правовед Ш. Монтескье писал, что «стиль законов должен отличаться точностью и краткостью»³.

Современные же наиболее общие правила к языку законодательства⁴, которым, по мнению теоретиков права и филологов, должен отвечать текст законов, подразделяются на общелингвистические, терминологические, синтаксические и стилистические⁵. Здесь следует уточнить следующее. Во-первых, в различных источниках эти правила называются принципами, требованиями, лингвистическими или языковыми требованиями. Во-вторых, жесткой и общепризнанной системы правил не существует, равно как и наименования, и формулировок правил.

Важнейшим из них являются *правила общелингвистического характера* – создания оптимального текста для наилучшего восприятия адресатом выраженных языковыми сред-

¹ См.: Кострова М. Особенности реализации языковых правил законодательной техники в уголовном законе // Уголовное право. 2002. № 2. С. 39.

² Бентам И. Принцип законодательства. О влиянии условий и места на законодательство / пер. М.О. Герцензон. М., 1896. Вып. 5. С. 103.

³ Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 651.

⁴ Применительно к уголовному закону в кратком виде языковые правила были впервые сформулированы Н.Ф. Кузнецовой. См.: Кузнецова Н. Эффективность уголовно-правовых норм и язык закона // Социалист. законность. 1973. № 9. С. 29–33.

⁵ См.: Кострова М. Указ. соч. С. 39.

ствами правовых норм. Это условие является наиболее общим и в дальнейшем конкретизируется в собственно терминологических, синтаксических и стилистических правилах. К общелингвистическим требованиям следует отнести: правила ясности, краткости, исключения двусмысленности, соблюдения грамматических правил.

Синтаксические требования имеют первостепенное отношение к конструкции предложений: они не должны быть ни излишне сложными, ни искусственно упрощенными; следует стремиться к относительной простоте пунктуации. Словосочетания, будучи синтаксическими конструкциями, с одной стороны, и формами, выражающими, как правило, некоторое устойчивое понятие – с другой, должны отвечать как синтаксическим, так и терминологическим требованиям. При этом нельзя нарушать правила синтаксиса и пунктуации.

Стилистические правила законодательной техники связаны со стилистикой – областью филологии, которая исследует функционирование (или способы использования) языковых единиц и категорий в рамках литературного языка.

Важнейшей из особенностей стиля «языка закона» является его директивность и официальность. Директивность законодательного текста выражается в его обязательных, волевых, властных формулировках, в требовании выполнять законом установленные нормы/правила. При этом язык закона должен быть ровным и сдержанным. Яркость, выразительность, красота, изящество стиля закона заключены в его логичности и последовательности, экономичности и рациональности, мотивированности и формальной определенности, в однозначности, точности и четкости изложения смысла правовых предписаний⁶.

Требование избегать редко употребляемые слова, архаизмы, историзмы, неологизмы, вульгаризмы, просторечия и не ставшие общепотребительными иностранные слова обычно не вызывает споров.

Критериями стиля языка закона являются его точность, краткость, ясность, простота.

Точность означает достижение наибольшего соответствия между идеей, мыслью и воплощением этой мысли в законодательной формуле. Технико-юридическими критериями точности выступают следующие: 1) четкость, недвусмысленность дефиниций; 2) отсутствие в тексте закона двусмысленных и многозначных терминов; 3) позитивность используемых формул, то есть возможность употребления не более одного отрицания при изложении одной мысли; 4) недопустимость употребления глагольно-неопределенных конструкций в безличных предложениях⁷. Стремление к точности противостоит стремлению к простоте. Технико-юридический критерий точности занимает доминирующую позицию, так как текст закона должен быть прежде всего максимально точен и лишь затем по возможности прост. Применительно к уголовному закону *точность* – это соответствие текста статьи мысли законодателя, а ясность – это адекватное восприятие читающим смысла, заключенного в тексте статьи. Точность уголовного закона определяется тем, удовлетворяет ли он потребностям практики борьбы с преступностью, эффективно ли действует норма, есть ли ошибки в правоприменении.

Краткость закона характеризуется максимально сжатым изложением его текста, отсутствием повторов и малоинформативных сочетаний в его тексте. Критерий краткости сосредотачивает внимание на сути закона. К критериям краткости относятся следующие требования: 1) максимально сжатое изложение текста нормативного акта; 2) экономное использование языка; 3) отсутствие повторов и малоинформативных сочетаний в тексте закона⁸. При этом краткость не должна достигаться за счет ограничения содержания, в котором все юридически значимые моменты обязаны присутствовать. В случаях, когда не удается сформулировать кратко правовую норму в статье закона без утраты существенных моментов ее элементного состава, приходится, не взирая на громоздкость, воспроизводить все части правовой нормы.

⁷ Законодательная техника : науч.-практ. пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова. М. : Городец, 2000. С. 53.

⁸ См.: Сырых Е.В. Технико-юридические критерии качества закона // Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000. С. 173.

⁶ См.: Керимов Д.А. Законодательная техника : науч.-метод. и учеб. пособие. М. : Норма, 2000. С. 61.

Следующее основное требование, предъявляемое к законодательному языку, – его ясность. *Ясность* означает понятность текста читателю, что обеспечивается максимально допустимой простотой текста. Критерием ясности выступают: 1) необходимость использования общеизвестных терминов в общеизвестном значении; 2) обязательность расшифровки значения наиболее важных терминов; 3) употребление простых и понятных терминов, известных и широко употребляемых оборотов; 4) недопустимость употребления сложных грамматических конструкций, например, причастных и деепричастных оборотов, сложноподчиненных предложений⁹. Отсутствие ясного определения условий, при которых правовая

норма должна применяться, неизбежно затруднит ее применение.

Еще одним требованием, предъявляемым к законодательному языку, является его простота. *Простота* текста закона характеризуется: 1) отсутствием в тексте громоздких конструкций; 2) умеренным использованием причастных и деепричастных оборотов; 3) прямым порядком слов (за подлежащим следует сказуемое) и т.д. Законодательство Российской Федерации охраняет права и свободы любого человека и гражданина, касается каждого и, пожалуй, доступность, простота и четкость его языка, нормативных положений – это основные цели, к которым должен стремиться правотворец.

⁹ Сырых Е.В. Указ. соч. С. 174.

ПРАВОВАЯ СИСТЕМА: ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ

ГАЙДИДЕЙ Юлия Михайловна

Аннотация. В статье рассматриваются выработанные юридической наукой подходы к пониманию категории «правовая система» с целью определения наиболее правильного. Автор подробно анализирует признаки правовой системы, которые составляют ее качественную характеристику.

Annotation. The article examines different approaches that give some insight into the notion “legal system” provided by juridical science. The purpose of the article is to single out the most valid one. The author carries out a thorough analysis of features which build the qualitative characteristic of legal system.

Ключевые слова: право, правовая система общества, признаки правовой системы общества.

Key words: law, legal system of society, features of the legal system of society.

Происходящие в Российской Федерации политические, судебные, культурные, социально-экономические преобразования требуют надлежащей правовой базы. Такой базой и служит правовая система.

Вопросами правовой системы занимались и сейчас занимаются различные ученые¹. В настоящее время существует немало подходов к определению «правовая система». И, тем не менее, на наш взгляд, понятие правовой системы требует своего уточнения.

По верному утверждению В.Д. Зорькина, «Право и модерн очень тесно связаны друг с другом. Ведь право эпохи модерна – это важ-

нейший движущий мотор модернизации»². При этом, по справедливому замечанию автора, в процессе модернизации важно не поддаваться «соблазну слепого копирования», что само по себе «является не вариантом полноценной модернизации, а ее суррогатным антагонистом»³.

Это важно, так как от того, насколько совершенна и эффективна правовая система, прямо зависит успех проводимых в стране преобразований, утверждение идей законности, правопорядка, соблюдение прав человека. Четкое определение содержания категории «правовая система» необходимо в целях создания стройной, имеющей огромное научно-теоретическое и практическое значение концепции современной государственности, выработки направлений и механизмов повышения ее эффективности.

В современной юридической литературе существует несколько подходов к пониманию категории «правовая система».

М.И. Байтин характеризует последнюю как совокупность юридических явлений, включая юридические средства, и считает, что, помимо юридических явлений, задействованных в механизме правового регулирования, она включает в себя юридические явления, охватываемые более широким понятием правового воздействия, – правосознание, правовую

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1979. № 7 ; Алексеев С.С. Право и правовая система // Правоведение. 1980. № 1 ; Тиунова Л.Б. О понятии правовой системы // Там же. 1985. № 1 ; Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи / под ред. А.М. Васильева. М., 1986. Т. I ; Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987 ; Он же. Актуальные проблемы теории права (гл. 4). Саратов, 2003 ; Синюков В.Н. Российская правовая система. Саратов, 1994 ; Петелина И.В. Теоретические проблемы российской правовой системы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996 ; Байтин М.И. Право и правовая система // Право и политика. 2000. № 4 ; Баранов В.М., Поленина С.В. Система права, система законодательства и правовая система. Н. Новгород, 2000 ; Сорокин В.В. Правовая система переходного периода: теоретические проблемы. М., 2003 ; Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004 ; Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Ярославль, 2005. Т. I ; Он же. Теория правовой системы общества. Ярославль, 2006. Т. II ; Лукьянова Е.Г. Глобализация и правовая система России. М., 2006 ; Малько А.В., Затонский В.А. Правовая система – ключевой компонент государственности, качественная основа правовой жизни общества // Рос. юрид. журн. 2007. № 2 и др.

² Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Российская газета. 2010. 25 июня.

³ Там же.

культуру, правовое воспитание. Он определяет правовую систему как совокупность внутренне организованных и взаимосвязанных социально однородных и устремленных в конечном счете к общим целям правовых явлений данного общества, каждое из которых выполняет специфическую роль в правовом регулировании или выходящем за его пределы правовом воздействии на общественные отношения⁴.

Правовая система, по мнению С.С. Алексеева, – это все позитивное право, рассматриваемое в единстве с другими активными элементами правовой действительности – правовой идеологией и судебной практикой⁵.

Д.А. Керимов под правовой системой предлагает понимать «единство составляющих ее компонентов (частей), которые определенным образом объединены между собой (по содержательным и формальным критериям) и которые в зависимости от их природы и характера связи между ними (объективной, закономерной или субъективной, произвольной) составляют относительно устойчивую организацию»⁶.

По мнению Н.И. Матузова, правовая система – совокупность внутренне согласованных, взаимосвязанных, социально однородных юридических средств (явлений), с помощью которых публичная власть оказывает регулятивно-организующее и стабилизирующее воздействие на общественные отношения, поведение людей и их объединений (закрепление, регулирование, дозволение, обязывание, запрещение, убеждение и принуждение, стимулирование и ограничение, превенция, санкции, ответственность и т.д.)⁷.

Существуют исследования, в которых понимание правовой системы связано с механическим применением концептуального аппарата системного анализа без раскрытия правовой специфики объекта. Так, В.С. Жеребкин приводит следующее определение: «под правовой системой следует иметь в виду прежде всего набор или совокупность взаимосвязанных и взаимодействующих в направлении поставленных целей частей, т.е. подсистем элемен-

тов, которая образует единое целостное правовое образование, обладающее специфическими системными, интеграционными качествами и признаками самоуправляемости и информационной направленности»⁸.

Более детально определяет рассматриваемое понятие В.Н. Синюков, который под правовой системой общества понимает «конкретно-историческую совокупность права (законодательства), юридической практики и господствующей правовой идеологии отдельной страны (государства)»⁹.

В.Н. Синюков назвал правовую систему «подлинно человеческой организацией». В том смысле, что она носит гуманитарный характер, призвана служить прежде всего человеку, личности¹⁰. По его мнению, мы находимся на таком этапе, когда можно подойти к имеющимся фактам отечественной правовой жизни с несколько иных, нежели прежде, позиций: не с формально-юридических, социологических, психологических, «а через призму национально-исторической, культурно-типологической природы отечественного правового мира в интересах познания конкретной целостности и системности»¹¹.

Приведенные выше понятия позволяют нам говорить о существовании двух основных подходов к пониманию правовой системы – широком и узком. В широком смысле она рассматривается как совокупность правовых явлений, составной частью которых выступает система права. Правовая система в узком смысле – это целостное единство норм национального права, разделенных на основе внутреннего согласования на части: правовые институты и отрасли права.

Однако при всем разнообразии характеристик правовой системы все же «узкая» ее трактовка представляется менее убедительной. Правовая система – это сложное правовое явление, включающее в себя главные конструктивные элементы и производные, с помощью которых достигаются конечные цели правового регулирования.

Поэтому мы считаем более правильным «широкий» подход, при котором в полной ме-

⁴ Байтин М.И. Сущность права. Саратов, 2001. С. 155–156.

⁵ См.: Алексеев С.С. Право: Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 47.

⁶ Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 257.

⁷ См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. С. 93.

⁸ Жеребкин В.С. Противоречия при социализме и право. Владимир, 1972. С. 62.

⁹ Синюков В.Н. Указ. соч. С. 163.

¹⁰ Там же. С. 57.

¹¹ Там же. С. 12.

ре отражается вся правовая организация общества в единстве и взаимодействии всех составляющих ее компонентов.

Думается, что Н.И. Матузов понимает правовую систему именно с точки зрения «широкого» подхода, когда рассматривает ее как сложное, собирательное, многоплановое понятие, отражающее всю совокупность юридических явлений общества¹².

Все приведенные выше определения раскрывают так или иначе основные признаки правовой системы, которые составляют ее качественную характеристику.

1. Правовая система представляет собой важнейший компонент любого гражданского общества. Это особая разновидность социальной (общественной) системы, возникновение, развитие и функционирование которой тесным образом связано с экономической и политической системами общества, его культурой и духовной средой в целом.

2. Это сложноорганизованная система. В самом общем плане правовая система любого общества состоит из следующих основных компонентов: а) объективного права; б) юридической практики (правотворческой, правоприменительной, судебной и др.), осуществляемой в рамках правовых отношений; в) правосознания (совокупности юридических идей, взглядов, представлений), которое находит выражение в праве и правовой культуре общества.

3. Правовой системе общества свойственны не только определенная дифференциация, то есть расчленение на отдельные компоненты, но и единство. Это комплекс внутренне согласованных, взаимосвязанных и взаимодействующих правовых явлений, процессов, которые представляют собой органическое целостное образование.

4. Она является важнейшим элементом государственного суверенитета. С помощью права, юридической практики и идеологии государство делает свои веления обязательными, осуществляет свои внутренние и внешние функции.

5. Она обладает определенной автономностью и «суверенностью». Так, правовая система

независима по отношению к экономической и политической системам, духовной среде.

6. Правовая система имеет такое свойство, как стабильность, которая в значительной степени обусловлена, с одной стороны, детерминирующими ее общественными отношениями, стабильностью экономики, политики, социальной и духовной сфер жизни общества, а с другой – высокой степенью организации и интеграции ее свойств и элементов. В основном стабильность зависит от совершенства законодательства, от уровня правосознания и правовой культуры граждан, должностных лиц и т.д.

7. Динамизм правовой системы обусловлен внутренними и внешними ее противоречиями, а также интенсивностью и характером изменения указанных общественных отношений, степенью ее активности и функционирования.

8. Целенаправленность правовой системы заключается в том, что ее формирование, развитие и функционирование подчинено соответствующим задачам и целям.

9. Адаптивность правовой системы выражается в ее «приспособляемости» к изменяющимся условиям реальной жизни.

10. Иерархичность – это свойство не только строения, морфологии правовой системы, но и ее «жизнедеятельности», функционирования.

Выделяют и другие признаки правовой системы (самоорганизованность, ограниченность, открытая социальная система, коммуникативность, полиструктурность, вероятностный характер и т.д.), которые в целом и раскрывают понятие правовой системы, ее особенности, самостоятельное место и роль в любом гражданском обществе¹³.

Обозначенные черты рассматриваемой системы позволяют сделать вывод о том, что правовая система – это часть гражданского общества, состоящая из совокупности взаимосвязанных и взаимодействующих правовых явлений, образующих относительно стабильную организацию и призванных урегулировать сложившиеся общественные отношения.

¹² См.: Матузов Н.И. Правовая система развитого социализма // Советское государство и право. 1983. № 1. С. 18.

¹³ См. подробнее: Карташов В.Н. Указ.соч. Т. I. С. 49–53.

СТАНОВЛЕНИЕ РОССИЙСКОГО ГОРНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЭПОХУ ПЕТРА ВЕЛИКОГО

ДЕНИСОВА Любовь Николаевна

Аннотация. Статья раскрывает основные принципы формирования горного права в России в период правления Петра Великого и положения горного законодательства. Автор показывает сущность главных тенденций горного законодательства, сохранившихся до нашего времени.

Annotation. The development of Russian mining legislation in the era of Peter the Great. The article reveals the main principles of formation of mining law in Russia during the reign of Peter the Great and the provisions of the mining law. The author reveals the essence of the main trends of mountain legislation, preserved to our time.

Ключевые слова: горное право, рудознаты, Берг-коллегия, Берг-привилегия, горная свобода.
Key words: mining law, the miners, the Berg-Collegium, Berg-Privilege, freedom of mining.

До начала XVIII века в российской горной отрасли деятельность промышленников, занимавшихся поисками, добычей и переработкой полезных ископаемых, подчинялась действию обычного права и частной воли князей, не выраженной в письменной форме общего закона.

В XV–XVII веках важной формой выражения обычного права служили акты юридических сделок. Они закреплялись договорами купли-продажи горных промыслов или горного имущества (*купчие*), договорами «о *любимом разделе*» наследуемого имущества горнопромышленника, добытой соли и т.п. (*деловые памяти*), договорами о ликвидации спорных дел, возникавших из-за неправомерного использования чужих земель с горными промыслами, захвата вотчин и «земель с железными рудами» (*мировые записи*) и пр. По мере того как власть сосредотачивалась в руках великого князя (царя), правитель также становился источником горно-правовых норм, которые можно найти в царских указах, уставных, жалованных, льготных, тарханных и иных видах грамот¹.

С древними грамотами как с одним из видов правительственной деятельности связано зарождение горного законодательства в России. Ими не только устанавливались горные регалии для князей, отечественных и иностранных промышленников или отдельных

монастырей. Из текстов таких грамот становится понятно, каким образом государство предоставляло горные промыслы в пользование, осуществляло контроль за устройством «*железодельных домниц*», соляных варниц и продажей готовой продукции иностранцам, на какой период устанавливало льготные каникулы для горнопромышленников в начальный этап освоения месторождений, для каких стратегических полезных ископаемых вводило особый правовой режим.

Освоению новых земель и природных богатств дальних рубежей Московского государства способствовали путешествия землепроходцев-промышленников. В этот период среди них сложилась особая профессия – *рудоскателей и рудознатцев*. В России появляются *жалованные грамоты* на право поиска и добычи полезных ископаемых, выданные частным предпринимателям. Жалованные грамоты представляли привилегии отдельным лицам – частные законы (*priva lex*). Грамоты содержали пожалования угодий и промыслов, право создания перерабатывающих производств, то есть закрепляли сделки между правителем и частным лицом в отношении допуска к доходным промыслам, в том числе и горным. В *жалованных грамотах* встречаются первые формулировки конструкций, которые впоследствии преобразованы в основные начала и положения российского горного законодательства: принципы горной регалии, горной свободы, акцессии в XVIII–XIX веках. *Тарханные грамоты* освобождали промышленников не только от уплаты горных налогов, но

¹ Тихомирова С.Р., Ананченко А.Д. История зарождения и становления отечественного горного дела и законодательства // Изв. высш. учеб. заведений. Геология и разведка. 2002. № 6. С. 138.

и от местного суда. *Похвальные грамоты* поощряли рудознатцев к дальнейшим поискам.

В период рудознатцев грамоты на промыслы не трансформировались в общий закон. В них очень редко указывалось на преемственность пожалованной привилегии наследниками владельца грамоты. Кроме того, содержание привилегий было не единообразным. При смене правителя или при вступлении в наследство лицу, получившему пожалование, всегда приходилось обращаться за подтверждением грамоты к правителю. Законодательные памятники «периода рудознатцев» свидетельствуют, что *горный промысел лишь по отдельным видам сырья и руд составлял исключительную монополию государства*. Поощряя частный горный промысел, государство одновременно вводило ограничения на поиск и добычу стратегически важных ископаемых: селитры, золота и серебра.

В XVIII веке в России начинается бурный рост промышленности, чему способствовали энергичная экономическая политика Петра Первого и новое прогрессивное горное законодательство.

Петр Первый познакомился с горными науками и возможностями использования на практике полезных ископаемых за границей, путешествуя в составе Великого посольства в 1697–1698 годах. Он был единственным русским государем, который не только осознавал необходимость использования внутренних природных ресурсов на благо процветания России, но и лично интересовался и увлекался горным делом, что способствовало его развитию.

Первый опыт упорядочения геолого-разведочных работ в России был положен указом Петра Первого от 24 августа 1700 года о создании особого Приказа рудокопных дел – поисково-разведочного государственного учреждения, которое возглавил окольный Алексей Тимофеевич Лихачев².

Создание Петром Первым Приказа рудокопных дел положило начало и геологической службе России. «Наше русское государство, – писал царь, – перед иными землями преизобилует и потребными металлами, и минералами,

которые до настоящего времени без всякого прилежания исканы. Надо, чтобы Божье благословение втуне под землей не оставалось».

Приказ рудокопных дел ведал: геолого-разведочными работами; подготовкой квалифицированных специалистов в этой области; поиском мест для проведения строительства рудников и заводов; учетом добычи и выплавки; штрафами и иными наказаниями за нерадивость в работе в рамках компетенции данного ведомства.

Новый этап в горном деле и горном законодательстве связан с именованным Указом Петра Первого «Об учреждении Берг-Коллегиума для ведения в оном дел о рудах и минералах» от 10 декабря 1719 года, состоявшего из 17 статей³. В историю горного права петровский указ вошел как Берг-привилегия. Петр Первый учреждает и специальную Берг-коллегию, которая будет отвечать за все вопросы геологоразведочной отрасли. Президентом Берг-коллегии был назначен генерал Яков Брюс (1670–1735).

Правила, сформулированные в статьях рассматриваемого документа, представляют собой основы формируемого горного права.

В начале своего Указа, написанного собственноручно Петром Великим, как и большинство указов петровского времени, государь говорит о необходимости развития горнодобывающей сферы. Петр Первый справедливо считал, что создание горнодобывающей промышленности приведет к развитию и процветанию государства, а также освоению окраинных земель и заселению их. Государь ясно осознавал степень природных богатств России, понимая при этом, что, в силу экономических и правовых причин, они осваиваются очень слабо либо вообще не осваиваются. Это означало, что государство теряло и материальную выгоду, и политический престиж, игнорируя освоение природных сокровищ. Причину такого положения Петр Великий увидел в отсутствии должного законодательства, защитившего интересы занимающихся геологоразведочным делом.

Статья 11 Указа объявляла государственную собственность на землю и недра, то есть горную регалию: *«только Нам одним, как Монарху,*

² Указ от 24 августа 1700 г. // Полн. собр. законов Российской империи с 1649 года. Тип. Второго отделения собственной Его Императорского Величества канцелярии. № 1812.

³ Именной Указ от 10 декабря 1719 г. // Полн. собр. законов Российской империи с 1649 года. Тип. Второго отделения собственной Его Императорского Величества канцелярии. № 3464.

принадлежат рудокопные заводы». В этой же статье впервые провозглашается принцип платности пользования недрами: $\frac{1}{10}$ от прибыли необходимо заплатить в Берг-коллегию. При этом, если при поисках полезных ископаемых убытков окажется больше прибыли, то несколько лет можно не платить этот взнос.

В Указе подчеркивалось большое значение освоения полезных ископаемых для государства. Последнее поощряло поиск полезных ископаемых и в первую очередь нефти. Любой житель России мог обратиться в Берг-коллегию с информацией о находке нефти в том или ином районе, поскольку Указ (ст. 1) давал право *«всем и каждому, какого б чина и достоинства ни был, во всех местах, как на собственных, так и на чужих землях искать, плавать, варить и чистить всякие металлы, как-то: золото, серебро, медь, олово, свинец, железо, так же и минералы, как селитра, сера, купорос, квасцы <...> и камня»*.

Обнаружившие новые металлы и минералы и выразившие желание построить завод для их добычи и переработки должны являться в Санкт-Петербург в Берг-коллегию, а в Москве, в Сибири и Казани к определенным от Берг-коллегии Берг-офицерам, которые должны определить важность обнаруженных природных богатств и целесообразность строительства завода именно в этом месте. Для этого желающие осваивать природные богатства должны иметь пробы металлов или минералов и письменно заявить о своей находке. Если нет возможности лично приехать к Берг-офицеру, то можно письменное прошение и пробы прислать с кем-либо (ст. 3). В свою очередь Берг-коллегия должна в краткие сроки принять решение на полученное прошение и указать способы обработки присланных природных богатств, которые будут максимально выгодны для обнаружившего их (ст. 4). Первооткрыватель получает привилегию, или жалованную грамоту, на участок 250 сажень в длину и 250 сажень в ширину, где он и его компаньоны будут вести геологоразведочные работы, а в дальнейшем смогут построить и завод (ст. 5). Помещики, или владельцы тех земель, где находятся полезные ископаемые, имели первоочередное право на строительство заводов, но только в том случае, если заявят об этом заранее (ст. 6). Если владелец земли не выражает желание строить завод самостоятельно или вместе с другими промышленниками, *«то прину-*

жден будет терпеть, что другие в его землях руду и минералы искать и копать и переделывать будут, дабы Божие благословение под землю втуне не осталось» (ст. 7). При этом промышленники, осваивающие природные богатства, должны платить владельцу земли $\frac{1}{32}$ долю от прибыли (ст. 7). Указ предписывал, что обнаружившим в своих землях золото, серебро и медь и изъявившим желание построить завод, из коллегии выделяются кредиты на строительство. Открывшим новые месторождения от государства полагалось вознаграждение за старание. Работающие на заводах освобождались от налогов, солдатской и матросской службы, и за свой труд должны получать зарплату.

Покупку золота, серебра, меди и селитры осуществляет в первую очередь государство и по установленным государством ценам (ст. 12–13). И только в случае отсутствия денег у государственных служащих для покупки золота, серебра, меди и селитры, промышленник волен продать эти ископаемые, кому захочет (ст. 14). Другие металлы, такие как железо, олово, свинец и всякие минералы, в том числе нефть, каждый промышленник волен продать, кому захочет (ст. 15).

Успешная работа завода является гарантией того, что такой промышленник получает от государства привилегию или жалованную грамоту на владение этим заводом и возможностью передать предприятие по наследству. Лишь в случае непредвиденных обстоятельств или невозможности наследниками содержать предприятие оно изымается у промышленника (ст. 16). Указ гласил, что в случае утаивания известных природных богатств, несвоевременного сообщения о них, препятствии при их поисках, строительстве заводов и расширении производства, виновника ждет телесное наказание, смертная казнь и конфискация всего имущества *«как презираноющему Волю Государя, врагу общенародной пользы в назидание другим»* (ст. 17).

Петровский Указ сформулировал основные принципы горного права, по существу не изменившиеся до сих пор:

- 1) государственная собственность на недра (горная регалия) и любая форма собственности на добытые природные ресурсы;
- 2) отделение права собственности на землю и недра (горная свобода);
- 3) платность недропользования;

4) требование рациональной разработки месторождений и охраны недр;

5) свобода горного предпринимательства, за исключением отдельных видов ископаемых⁴.

Принцип горной регалии был закреплен в правовых системах многих европейских стран в Средние века, а впоследствии был внедрен и в правовое регулирование недропользования в России. Горная регалия – это принадлежность права на главные ископаемые не землевладельцу как таковому, но государю (гех), который мог отдать это право тому или другому лицу.

Значение принципа горной регалии состояло в том, что государство в лице Петра Великого, издавшего Берг-привилегию, поставило два фундаментальных вопроса правовой системы недропользования, определяющих экономическое и правовое развитие всего государства на будущее: вопрос о собственнике недр (им было признано государство (казна)) и вопрос о соотношении права на поверхность земли с правом на ее недра (он был решен в пользу их разделения как разных объектов права собственности). Несмотря на дальнейшее ограничение действия этого принципа на частных землях (введение принципа «акцессии» Екатериной Второй), его значение оставалось очень важным для теории и практики российского горного права.

Принцип горной свободы являлся логическим продолжением принципа горной регалии и способствовал активизации развития горного дела в России.

Закрепив за собой исключительные права на участки недр, государство устанавливало плату за пользование ими, а последнее объявляло свободным, то есть каждому желающему дозволялось осуществлять поиск и разведку месторождений полезных ископаемых на всех категориях земель (и частных и казенных – при неограниченном принципе горной свободы) и в случае открытия месторождения получать преимущественное право на его разработку. При этом реализация права на такую преимущественную перед другими желающими предпринимателями разработку месторожде-

ния обуславливалась соблюдением следующих требований:

– внесение платежей за пользование недрами;

– постоянное ведение разработки;

– вознаграждение землевладельцу, на земле которого производится разработка месторождения, за причиненные убытки.

Существенным условием реализации принципа горной свободы являлась невозможность землевладельца помешать разработке месторождения его первооткрывателем. Без этого принцип горной свободы превращался в фикцию. Последовательное появление принципов горной регалии и горной свободы было характерно для многих государств Европы. Несмотря на ограничение его действия на частных землях реформой Екатерины Второй, он оставался постоянным ориентиром для законодателей в сфере горного права.

Многие принципы и нормы Берг-привилегии были заимствованы из иностранных горных законов. Даже само название документа взято из шведского законодательства. Все это свидетельствует о значительной рецепции иностранного права в горном праве России, что наглядно проявляется и во всем его развитии. Однако не все положения Берг-привилегии являются заимствованными нормами. Таковы последние о предоставлении ссуд из казны для горного дела, когда предприниматель на своей земле – сам землевладелец (ст. 8), нормы о выплате награды всякому открывателю значительных месторождений меди и серебра (ст. 9). Их включение в законодательный акт диктовалось прежде всего особым вниманием государства к становлению горного дела, необходимостью особой государственной политики в этой области.

Таким образом, несмотря на значительные заимствования иностранного права, в 1719 году в России возникает правовая основа пользования недрами. Появляются и специфические принципы и нормы права недропользования, содержащиеся в Берг-привилегии Петра Первого. С этого момента также начинается формирование горного права России как самостоятельной отрасли российского права.

⁴ Перчик А.И. Горное право : учеб. для вузов. 2-е изд. М. : Филология три, 2002. С. 65.

НЕКОТОРЫЕ РАССУЖДЕНИЯ О ФОРМАЛЬНОЙ И ФАКТИЧЕСКОЙ ЛЕГИТИМАЦИИ ВЛАСТИ

ДРОЗДОВА Александра Михайловна

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы и особенности процесса легитимации власти. Особо исследуются возможные соотношения формальной и фактической легитимации власти. Автором также рассматриваются проблемы, которые появляются у властвующих в процессе легитимации власти.

Annotation. The article deals with the problems and peculiarities of the process of legitimation of power. Particularly examines the possible relationship of formal and de facto legitimation of power. The author also discusses the problems that appear in alive in the legitimation of power.

Ключевые слова: власть, законность, легальность, легитимация, формальная легитимация, фактическая легитимация, проблемы в процессе легитимации.

Key words: power, legitimacy, legality, legitimation, legitimation, the actual formal legitimation, legitimation process.

Власть – одно из ключевых, наиболее масштабных, многогранных и определяющих явлений в жизни общества. Только в русском языке она описывается, оценивается и характеризуется более чем пятью тысячами понятий и категорий. Греческое "kratos" – власть, сила, господство¹. Проявление власти осуществляется в изменении существующего порядка вещей и установлении собственного порядка. Власть выливается в космогонии, а обращение к первичному дает санкцию вторичному – власти в мире людей.

И.А. Исаев в статье «Метафизика власти и закона у греков» утверждает, что «власть – это всегда власть над чем-то или над кем-то. Она требует множественности»². Как известно, истоком множественности всегда является единство: «властвующее единое» уже фактом своего реального существования всегда порождает противоречия и множественность, части и элементы. Следует заметить, как прав И.А. Исаев, когда утверждает, что «власть не столько дробится, сколько становится равнодействующей в борьбе, например, света и тьмы, любви и вражды, огня и воды и т.д.»³. Борьба обычно происходит с переменным успехом, по

этой причине рождается определенный ритм. Нарастают и убывают части, элементы, составляющие, однако при этом сумма последних не изменяется. Именно это и порождает цикличность – и тогда все повторяется во Вселенной. Это тайна власти, которую уже много веков мыслители пытаются разгадать и пока безуспешно.

В связи с этим позволим себе напомнить слова Н. Бердяева о том, что «Тайна власти, тайна подчинения людей носителям власти до сих пор не вполне разгадана. Почему огромное количество людей, на стороне которых есть преобладание физической силы, согласны подчиняться одному человеку или небольшой кучке людей, если они носители власти? Даже обыкновенный полицейский вызывает иное чувство, чем простой смертный в пиджаке. Как в древние времена, так и теперь почему-то люди склонны думать, что существует помазание к власти»⁴.

Эффект использования власти в значительной степени определяется ее социальным содержанием – способностью действовать в согласии или противоречии с интересами управляемых. Здесь уместно вспомнить М. Вебера, который считал, что «насилие отнюдь не является нормальным или единственным средством государства – об этом нет и речи, но оно, пожалуй, специфическое для него средство»⁵.

¹ Дроздова А.М., Комаров С.А. Легитимация и ответственность государственной власти во взаимоотношениях государства и личности (социально-философские и правовые аспекты) : моногр. 2-е изд. СПб. : Изд-во Юрид. ин-та (Санкт-Петербург), 2011. С. 9.

² Исаев И.А. Метафизика власти и закона у греков // Власть силы и сила власти : сб. науч. тр. М. : Юрист, 1996.

³ Там же.

⁴ Бердяев Н. Судьба России. М., 1990. С. 269.

⁵ Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 645.

Несколько позже Макс Вебер замечает, что отношение господства людей над людьми все же опирается на легитимное или считающееся легитимным насилие как средство, при этом, вероятно, подразумевая, что «мыслящая» власть не может не искать себе оправдания, не может не стремиться к положению общепризнанного и общезначимого феномена общества. Если сказать проще, то власть должна хотеть стремиться стать легитимной, ей крайне необходим процесс приобретения легитимности, то есть легитимация.

«Требования права и требования закона выдвигаются на первый план в качестве оснований для легитимации политической власти», — так уверенно заявляет профессор В.И. Ефимов⁶. Хотя с данным суждением можно и не согласиться потому, что вполне возможно выполнить условия права и закона, но при этом не придавать власти характер легитимной.

Термин *легализация* происходит от латинского слова "legalis", что означает законный. Ссылки на легализацию как основание власти и должного поведения уже в IV–III веках до н.э. использовались школой китайских легистов в споре с конфуцианцами, требовавшими такого поведения, которое соответствовало бы вселенской гармонии. В современных условиях легализация государственной власти, являясь юридическим понятием, означает установление, признание, поддержку данной власти законом и прежде всего Конституцией. Это признание будет опираться только на закон. Однако конституции могут быть приняты, изменены, отменены различными способами, как известно. Иногда конституции и законы, принятые в соответствии с установленными процедурами, по своему содержанию легализовывали открыто диктаторскую или антинародную власть, тоталитарную систему. Юридическая легализация государственной власти в таких условиях может стать и лжелегализацией.

Совершенно по-другому выглядит представление о понятии *легитимации* государственной власти. Это понятие намного более сложное, чем юридическая легализация. "Legitimus" тоже означает законный, узаконенный, но данное понятие не совсем формально юридическое, оно больше фактическое, хотя ради справедливости следует заметить, что его со-

ставной частью могут быть и, часто бывают, юридические элементы. Возможно из этого исходили конфуцианцы в споре с упомянутыми легистами, возможно, что это же имели в виду сторонники светской и духовной властей, по-разному интерпретируя «волю бога». Современное же значение этого понятия связано с исследованиями политологов разных стран и прежде всего немецкого ученого Макса Вебера (1864–1920).

Возможно несколько парадоксально, но *легитимация* нередко вовсе не имеет отношения к закону, а иногда и противоречит ему. Вероятно это есть *процесс*, не обязательно формальный, и даже чаще всего неформальный, *посредством которого государственная власть приобретает свойство легитимности, то есть состояние, выражающее правильность, оправданность, целесообразность, законность и другие стороны соответствия конкретной государственной власти, установкам, ожиданиям личности, социальных групп и коллективов, общества в целом.* Особенно важно, что признание государственной власти, ее способов и методов, действий легитимными складывается на основе чувственного восприятия, опыта, рациональной оценки каждого индивида общества. Некоторые авторы считают однозначно, что легитимация опирается только на внутренние признаки личности, внутренние побудительные мотивы, внутренние стимулы. Однако этому суждению можно противопоставить то, что, например, ораторские способности, внешний вид, возраст вождей могут оказать значительное воздействие на публику, способствовать установлению харизматической власти. Таким образом, можно заключить, что легитимация государственной власти связана не с изданием законов, принятием конституции (хотя и это может входить в процесс легитимации), а, более, с комплексом переживаний и внутренних установок людей, с представлениями различных слоев населения о соблюдении государственной властью, ее органами норм социальной справедливости, прав человека, их защитой и гарантией.

Одновременно возникает новая проблема. Не легитимированная власть опирается на насилие, иные формы принуждения, в том числе психическое воздействие. И тогда: или власть становится легитимной, или не становится таковой, то есть выходит, что легитимацию

⁶ Ефимов В.И. Власть в России. М. : РАГС, 1996.

нельзя навязать людям извне, например, силой оружия, или в результате давности избрания данной власти. Она – легитимация – создается преданностью людей определенному общественному строю (иногда определенной личности), который выражает непреложные ценности бытия. В основе такого рода преданности чаще всего лежит вера людей в то, что их блага зависят от сохранения и поддержания существующего порядка, данной государственной власти или лично от руководителя, убеждение в том, что эта власть выражает интересы народа. Поэтому, наверное, легитимация власти всегда связана с интересами народа, различных социальных слоев населения, а поскольку интересы и потребности различных групп в силу ограниченности ресурсов и других обстоятельств могут быть часто удовлетворены только частично или удовлетворены полностью лишь запросы некоторых групп, легитимация государственной власти в обществе, за редчайшим исключением, не может иметь всеобъемлющего, универсального характера, *то, что является легитимным для одних, предстает как не легитимное для других.*

По мнению автора, следует заключить, что легитимация связана не с одобрением всего общества (это происходит крайне редко), а с принятием ее большинством населения при уважении и защите прав меньшинств. Именно такое положение дел на практике, а не диктатура делает государственную власть легитимной. При этом следует отметить, что легитимация государственной власти придает ей необходимый авторитет в обществе. По этой причине большинство населения добровольно и сознательно подчиняется ей, законным требованиям ее органов и представителей, что придает ей устойчивость, стабильность, необходимую степень свободы в осуществлении государственной политики. Становится совершенно очевидным, что чем выше уровень легитимации государственной власти, тем шире возможности руководства обществом с минимальными «силовыми» издержками и затратами «управленческой энергии», с большей свободой для саморегулирования общественных процессов. Вместе с тем легитимная власть вправе и обязана в интересах общества применять меры принуждения, предусмотренные законом, если иные способы пресечь антиобщественные действия не дают результатов.

Совершенно обоснованно вспомнить здесь интересное умозаключение Н. Бердяева о двойственном смысле власти, а именно он говорил следующее: «Бесспорно, начало власти связано с существованием зла. И это в двойном смысле. Власть принуждена бороться с проявлениями зла, в этом ее функция. Но она и сама несет зло и бывает новым источником зла. И тогда нужна новая власть, чтобы положить этому предел. Но потом власть, положившая предел господству злой власти, сама делается злой. И нет выхода из этого порочного круга. Победа и господство всегда означают диалектическое перерождение и превращение в обратное тому, для чего боролись. Таков исход всех революций. Революция борется против власти, ставшей злой, и она борется за власть и в ней побеждают силы, которые наиболее способны организовывать власть, вытесняя и часто истребляя менее на это способных»⁷.

Возвращаясь к ранее сказанному, следует заметить, что арифметическое большинство не всегда может служить основой подлинной легитимации государственной власти. Часто оценки большинства делают государственную власть подлинно легитимной. Вероятно, что наиболее решающим критерием является ее соответствие общечеловеческим ценностям.

Кроме того, легитимация государственной власти должна оцениваться не по словам самих ее представителей (хотя и этот факт имеет определенное значение), не по текстам принятых ею программ и законов (хотя и это крайне важно), а по практической деятельности, по способам решения ею коренных вопросов жизни общества и каждой личности. Очень важно для властвующих при принятии ими решений думать не о народе в целом, а о конкретном, живом, нормальном, со своими особенностями и запросами человеке. Если правительственные структуры не учитывают этого принципа, то вероятнее всего, что их решения не будут легитимными.

Так, В.Е. Чиркин писал достаточно давно в очередной статье, что «как свидетельствуют систематические опросы населения, отсюда и проистекает эрозия легитимности государственной власти в России (легитимность была высокой после августа 1991 года) при сохранении ее легализации: все высшие органы госу-

⁷ Бердяев Н. Указ. соч. 1990. С. 270.

дарства созданы по Конституции РФ 1993 года и действуют, в принципе, в соответствии с ней. При этом, по опросам, организованным в конце марта 1995 года по заданию телеканала НТВ, 6 % опрошенных доверяли Президенту России, 78 % – не доверяли, 10 % одновременно доверяли и не доверяли, 6 % затруднились ответить⁸. В настоящий момент работу В.В. Путина на президентском посту одобряют 83 % опрошенных, то есть максимальное количество респондентов за последние четыре года. При этом с января 2014 года рейтинг одобрения деятельности главы государства вырос на 18 %. Об этом, как пишет «Ъ», свидетельствуют данные «Левада-центра». Выросло доверие и к Председателю Правительства Д. Медведеву. Премьера поддерживают 65 % опрошенных – на 17 % больше, чем в начале года. При этом треть респондентов заявили, что не одобряют деятельность премьера. Одобрение деятельности возглавляемого им кабинета министров также возросло: о своей поддержке Правительства РФ заявили 60 % опрошенных. Свое недовольство работой этого органа в то же время выразили 39 % граждан, принявших участие в опросе. Примечательно, что с начала года рейтинг доверия к Правительству вырос на те же 17 %, что и к премьеру⁹.

Из вышесказанного следует сделать вывод о том, что социологические опросы, да еще на такую трудную тему, не всегда дают абсолютно верные результаты, да и не могут их дать по ряду объективных и субъективных причин, но полученные данные при этих опросах не следует недооценивать, их необходимо анализировать и делать конкретные практические выводы.

Ранее уже было сказано о том, что легитимация государственной власти обычно включает в себя и процесс ее легализации. При этом следует заметить, что последний находится часто в противоречии с формальной легализацией, если при этом юридические законы не являются правовыми, не соответствуют общечеловеческим и общедемократическим ценностям, нормам справедливости, принятым в данном обществе, а также определенным

нравственным установкам, сложившимся у наибольшей части населения страны. В подобной ситуации правомерно говорить об отсутствии легитимации государственной власти (если при этом население отрицательно относится к порядкам, установленным властью). Возможен и другой вариант, особенно в ходе революционных событий в стране, возросшего национально-освободительного движения – при этом происходит легитимация новой антигосударственной власти, повстанческой или предгосударственной власти, которая уже существует в некоторых освобожденных от прежней власти районах и которая впоследствии станет, а может быть и не станет, государственной властью. В качестве примера мы видим развитие событий в разных странах мира в прошлом и настоящем времени.

На основании вышеизложенного делаем вывод о том, что легализация может быть ложной, а следовательно, возможна и ложная легитимация. Чаще всего это происходит в результате идеологического, пропагандистского воздействия на умы людей, особенно если это воздействие касается националистических отношений. Вполне возможен и способ использования личных качеств со стороны лидера и его ближайшего окружения для воздействия на население страны с целью легитимировать свою власть. Можно применить и другие способы, а именно: прекратить доступ достоверной информации, запретить свободную прессу, ввести цензуру для журналистов и обозревателей, запретить категорически оппозицию – в результате чего население окажется в информационном вакууме и будет пользоваться только официально поступающей информацией и в том объеме, который позволит власть, что мы наблюдаем в настоящее время в отношении ряда фактов и стран. Если в этой ситуации власть уделит некоторое внимание населению, то довольно значительная его часть, а возможно, и большинство, поддержат эту государственную власть, поверят в нее вопреки реальности и в ущерб себе. И, может быть, это будет и не ложная легитимация?!

Проблемы верификации (фр. *Verification* от латинского *verus* – истинный, то есть удостоверение в подлинности) как легализации, так и легитимации (в том числе и ложной), достаточно сложны. Практически совершенно не изучены и в отечественной литературе, и в зарубежной.

⁸ Чиркин В.Е. Легализация государственной власти // Государство и право. 1995. № 8. С. 65.

⁹ См.: Рост рейтинга доверия В.В. Путину и другим представителям властных структур // Коммерсант Online. URL: <http://monitornews.ru/news/rost-reytinga-doveriya-v-v-putinu-i-drugim-predstaviteljam-vlastnyih-struktur/>

Обобщив весь имеющийся вышеизложенный материал, правомерно заметим, что легитимация – это процедура общественного признания какого-либо действия, действий нескольких лиц, события или факта в политике – ее признания, объяснения и полнейшего оправдания.

При этом легитимация не обладает юридическими функциями и не является правовым процессом. Некоторые авторы (М. Вебер в том числе) уверены, что легитимация объясняет и оправдывает политические решения, создание, изменение, обновление политических структур, вызывает повиновение, согласие, политическое участие совершенно без принуждения. А в некоторых случаях – это даже оправдание самого принуждения.

Следует помнить, что властвующие всегда должны заботиться в признании своей власти среди подвластных. Пренебречь легитимацией до определенных пределов, конечно, может деспот, тиран, тоталитарно настроенная власть либо структура временная или уже обреченная...

Правомерно следует отметить, что легитимация как процесс сочетается с делегитимацией, которая представляет собой утрату доверия, полное лишение политики и власти доверия общества, окончательное разочарование в идеалах и принципах, а также целях и методах руководства властвующих. Возможно разочарование и в личности вождей.

Властвующие вполне могут вовремя усмотреть тенденцию потери легитимации и частично или полностью предотвратить процесс делегитимации. Хотя может быть создана ситуация, когда вначале власть воспринимается как нежеланная, а по истечении времени все начинают сознавать, что им была нужна именно такая. Пожалуй, надо еще раз вспомнить Макса Вебера, который однажды заметил, что «Всякое изменение – революционное или реформаторское – в царстве кесаря вначале вызывало сопротивление со стороны церкви, осуждение новшества, как проявление духа антихриста. Но когда стабилизировалась и укреплялась новая власть кесаря, церковь вдруг заметила, что это и есть та власть, которая также от Бога, и санкционировала ее»¹⁰. Из этого вполне логично должно следовать заключение, что может возникнуть ситуация, при которой в первое время власть не принимается и не воспринимается, но

через некоторое время население раскрытыми глазами заметит, что это их власть и станет ее признавать. Весьма вероятно и противоположное течение событий, когда в первый момент все признают власть, примут ее и будут готовы ей подчиняться, а по истечении некоторого времени люди поймут, что они обмануты или просто их ожидания не оправдались.

В отличие от законности в юридическом смысле, легальность, легитимность власти тоже означает законность, но можно утверждать, что в более широком плане соответствия власти законам бытия, разума, справедливости и, наконец, как часто думали и до сих пор многие считают, божеским законам. Известный американский социолог Парсонс Талкотт, говоря о легитимации нормативных систем (кстати, право и закон также нуждаются в легитимации), отмечал: «В конечном счете легитимация восходит к религиозным обоснованиям, но в сложных обществах, кроме религиозного, имеются и многие другие, нижележащие уровни узаконения»¹¹.

В числе этих уровней всегда был и юридический, и вопрос часто сводился к тому, как ценность права и закона вписаны в общую систему ценностей, на которой базируется официальная идеология того или иного государства. «В условиях современных конституционных государств, – пишет немецкий государствовед Мартин Криле, – легитимация основана на убеждении, что государство и Конституция государства, в общем и целом, устроены разумно, поскольку обеспечивают сравнительно благоприятные условия для мира, свободы и справедливости, и потому предпочитают другим каким-либо альтернативам»¹².

Процесс легитимации достигает относительной завершенности, когда на религиозном или светском уровне узаконения власти возникает и утрачивается вера в нее (доверие к власти), появляется идеологическая приверженность и решимость народа защищать данное устройство власти от ниспровергателей и легкомысленных реформаторов. Основания для легитимации – свои у каждой власти, хотя отдельные ценности и идеи могут иметь легити-

¹⁰ Вебер М. Указ. соч. С. 261.

¹¹ Парсонс Т. Общий обзор // Американская социология. Перспективы. Проблемы. Методы. М., 1972. С. 868.

¹² Kriele M. Einführung in die Staatslehre. Bonn, 1975. S. 7.

мирующую силу для множества властей в течение длительного времени.

Если государственная власть желает серьезно строить свои отношения с народом, то она должна быть легитимирована не любым, а именно тем образом, который отвечает уровню социально-экономического, культурного развития гражданского общества, степени правосознания народа и, наконец, конкретным сложившимся в стране обстоятельствам.

Нельзя не согласиться с С.А. Комаровым¹³, который считает, что с момента, когда верховная власть издает правовую норму, она обязуется и сама соответствовать ее требованиям и не отступать от нее. Именно при этом условии нормы права несут в жизнь государства устойчивость и порядок. И только при соблюдении собственных предписаний следует рассчитывать на развитие у подданных уважения к закону и чувства законности в государстве в целом.

¹³ Комаров С.А. Общая теория государства и права : учеб. СПб. : Изд-во Юрид. ин-та (Санкт-Петербург), 2001. С. 158.

ОСНОВНЫЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ И ПЕНИТЕНЦИАРНЫЕ ВОЗЗРЕНИЯ ЕКАТЕРИНЫ II, А.Н. РАДИЩЕВА

СМОЛЯРОВ Максим Владимирович

Аннотация. В статье анализируются политико-правовые и пенитенциарные воззрения Екатерины II, А.Н. Радищева. Автор считает, что успешное реформирование пенитенциарной системы невозможно представить без учета исторического опыта, в том числе и реформаторской мысли XVIII века. Концепция развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства РФ в октябре 2010 года, по мнению автора, основывается на гуманистических началах, заложенных Екатериной II, другими учеными XVIII века.

Annotation. This article analyzes the political, legal and penal views Catherine II, A.N. Radishcheva. The author believes that a successful reform of the penitentiary system is impossible to imagine without the historical experience, including the reformist ideas of the XVIII century. The concept of development of the penitentiary system of the Russian Federation until 2020, approved by Government in October 2010, according to the author, based on humanistic principles laid down by Catherine II, other scientists of the XVIII century.

Ключевые слова: уголовно-исполнительное право, наказание, политико-правовые воззрения, Екатерина II, А.Н. Радищев.

Key words: criminal law enforcement, punishment, political and legal views, Catherine II, A.N. Radishchev.

14 октября 2010 года распоряжением Правительства РФ была утверждена Концепция развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 года, заложившая основы реформирования пенитенциарной системы на ближайшие годы. Гуманистические идеи Концепции можно обнаружить в воззрениях ведущих отечественных и зарубежных ученых XVIII века.

Одним из важнейших документов, сосредотачивающих идеи государственно-правового развития страны, стал «Наказ» (далее – Наказ) Екатерины II. Он рассматривался государыней как идеологическое обоснование реформ не только в пенитенциарной сфере, но и во всем государстве. Документ состоял из 22 глав, которые были разделены на 655 статей, по утверждению В.О. Ключевского, 294 статьи принадлежат перу Монтескье¹. Остальные были взяты у Д. Дидро, Жан-Жака Руссо и других известных ученых. В.О. Ключевский отмечал, что Екатерина сама не преувеличивала, даже умаляла участие своего авторства в «Наказе». Отправляя Фридриху II немецкий перевод своего труда, она писала: «Вы увидите, что я, как

ворона в басне, нарядилась в павлиньи перья; в этом сочинении мне принадлежит лишь расположение материала да кое-где одна строчка, одно слово»².

Анализируя Наказ, можно отметить, что Екатерина II придерживалась позиции сохранения в России, исходя из естественного протяжения страны, самодержавного образа правления («Государь есть Самодержавный; ибо никакая другая, как только соединенная в его особе власть, не может действовать сходно с пространством столь великого Государства» (гл. 2. ст. 9), «Сказано мною: власти средние, подчиненные и зависящие от верховной: в самой вещи Государь есть источник всякие государственные и гражданские власти» (гл. 3. ст. 19)³. Всякое другое правление, по мысли императрицы, «не только было бы России вредно, но и вконец разорительно» (гл. 2. ст. 11). «Какой предлог самодержавного правления?» – задает вопрос Екатерина. И тут же отвечает: «Не тот, чтоб у людей отнять естест-

² См.: Ключевский В.О. Указ. соч. С. 779–780.

³ См.: Екатерина II. Наказ Комиссии о сочинении проекта Нового уложения. 30 июля 1767 г. // Екатерина II. Избранное / авт. вступ. ст. А.Б. Каменский ; сост., авт. коммент. Г.О. Бабкова. М., 2010. С. 116.

¹ См.: Ключевский В.О. Русская история. М., 2007. С. 779.

венную их вольность: но чтобы действия их направить к получению самого большого ото всех добра» (гл. 2. ст. 13).

Законы, составляющие основание всей державы, «предполагают малые потоки, сиречь Правительства, чрез которые изливается власть Государства» (гл. 3. ст. 20)⁴. Законы, по мысли императрицы, сколько возможно, предохраняют безопасность каждого гражданина (гл. 5. ст. 33)⁵.

Екатерина устанавливала определенные требования к созданию законов: они должны быть «писаны простым языком», книга законов должна быть изданием «весьма употребительным, и которую за малую цену достать можно было наподобие букваря». В этой же статье царица писала, что «преступления не столь часты будут, чем большее число людей Уложение читать и разуметь станут. И для того предписать надлежит, чтобы во всех школах учили детей грамоте попеременно из церковных книг и из тех книг, кои законодательство содержат» (гл. 10 ст. 158)⁶.

В X главе Наказа обозначались основные положения уголовно-исполнительной политики. Обратим особое внимание на некоторые из них: во-первых, в государстве нельзя определять в одно исправительное учреждение разных лиц («Не должно сажать в одно место: 1) вероятно обвиняемого в преступлении; 2) обвиненного во оном и 3) осужденного. Обвиняемый держится только под стражею, а другие два в тюрьме; но тюрьма сия одному из них будет только часть наказания, а другому самое наказание»⁷); во-вторых, необходимо предупреждать преступления; в-третьих, наказание должно быть соразмерным преступлению. «Самое надежнейшее обуздание от преступлений есть не строгость наказания, но когда люди подлинно знают, что преступающий законы непременно будет наказан», – писала императрица⁸. Само наказание не должно казаться «насильством одного или многих, противу гражданина восставших», наказание должно быть народное, скорое, потребное для общества, умеренное и точно показанное в законах (гл. 10 ст. 200).

Схожие гуманистические воззрения по вопросу реформирования пенитенциарной системы представлял А.Н. Радищев. Он обращал внимание на необходимость создания нового уголовного кодекса для страны. Базисом разработанного уголовного законодательства должна была стать идея о равенстве всех перед законом и судом, отмена всяких телесных наказаний, в том числе и пыток.

А.Н. Радищев особо отмечал: «Если от деяния какого-либо последует вред, но не обнаруживается притом... намерение... тогда деяние не может вмениться в преступление, и закон определит за оное удовлетворение, а не наказание, ниже пеню»⁹.

Основными целями наказания А.Н. Радищев видел предупреждение преступлений и исправление преступников. В отношении к смертной казни он высказывался отрицательно, считая, что «...всякая жестокость и уродование не достигают в наказаниях своей цели»¹⁰.

Вследствие этого А.Н. Радищев предлагал следующие наказания: 1) наказания, стремящиеся к исправлению преступника; 2) наказания, налагаемые для предупреждения преступлений. Исходя из этих двух групп, А.Н. Радищев рассматривал следующие виды наказаний: «темничное заключение и содержание под стражей», ссылка на время или навсегда, изгнание на время или навсегда, телесное наказание (должно быть не иначе, «как в виде исправления, а потому всегда легко и с великою осторожностью»), «лишение выгод, прав и преимуществ своего сословия», «лишение доброго имени», денежная пеня, выговор и др. Данные наказания в отдельных случаях могут быть соединены, «но очень редко». Усугубление наказаний, считал А.Н. Радищев, «превосходит всегда меру»¹¹.

Тюрьма для А.Н. Радищева является временным местом заключения, где сам заключенный обязан работать, но только так работать, чтобы это соответствовало бы его состоянию и свойству, для того, чтобы «укротить

⁴ См.: Екатерина II. Указ. соч. С. 116.

⁵ См.: Там же. С. 118.

⁶ См.: Там же. С. 133.

⁷ См.: Там же. С. 134.

⁸ См.: Там же. С. 144.

⁹ См.: Радищев А.Н. Проект для разделения Уложения Российского // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. Т. IV: Россия XI–XIX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд ; рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. М., 1999. С. 403.

¹⁰ См.: Там же. С. 403.

¹¹ См.: Там же. С. 403–404.

страсть и неумеренность, и воздержанием преступившего исправить»¹².

Поддерживая общую политику гуманизации наказания, А.Н. Радищев жестко критиковал государственное устройство страны, самодержавие и крепостничество. Крепостное право было, по его мнению, несостоятельно, в том числе и с экономической точки зрения: крестьянство не имеет стимулов к труду («Нива рабства, неполный давая плод, мертвит граждан»). «Самодержавие есть наипротивнейшее человеческому естеству состояние»¹³. В России будущего должен, по мнению А.Н. Радищева, быть установлен республиканский строй («На Вече весь течет народ»)¹⁴. Однако реформы,

предложенные А.Н. Радищевым, так и не были воплощены в жизнь.

Таким образом, подводя итог нашему исследованию, стоит признать, что дальнейшее продуктивное реформирование уголовно-исполнительной системы России возможно только при условии активного изучения истории уголовного и уголовно-исполнительного права. Мы признаем, что, конечно, политико-правовые идеи прошлого не могут быть полностью использованы в наши дни, но все то разумное и вечное, что было предложено ранее, должно войти в золотой опыт развития не только пенитенциарной системы, но и всего государства.

¹² См.: Радищев А.Н. О ценах за людей убиенных // Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей. Вторая половина XVIII в. / под общ. ред. С.А. Покровского. М., 1959. С. 558.

¹³ См.: История политических и правовых учений : учеб. / под ред. О.Э. Лейста. М., 2002. С. 381.

¹⁴ См.: Там же. С. 383.

К ВОПРОСУ О ЕДИНСТВЕ СТРУКТУР ЭЛЕМЕНТОВ ОСНОВНЫХ ПРИНЦИПОВ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ НА ПРИМЕРЕ ПРИНЦИПА ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

МОСИН Сергей Анатольевич

Аннотация. В рамках исследования вопроса о единстве структур элементов основных принципов конституционного строя в статье рассматривается структура элементов конституционно-правовых основ правового государства в Российской Федерации. Аргументируется, что основополагающие конституционные установления выходят за рамки своих традиционных определений как принципы, поскольку сочетают в себе характеристики различных правовых категорий.

Annotation. In the study of the question of the unity of the structure of the elements of the basic principles of the constitutional system the article presents the structure of elements of the constitutional and legal foundations of legal state in the Russian Federation. It is argued that the fundamental constitutional provisions go beyond its traditional definition as principles, as it combines the characteristics of different legal categories.

Ключевые слова: основы конституционного строя, основополагающие конституционные установления, структура элементов конституционно-правовых основ, правовое государство, конституционный принцип, специфические нормы, нетипичные правовые установления, правовая презумпция, правовая фикция, правовая аксиома.

Key words: foundations of the constitutional system, fundamental constitutional provisions, structure of the constitutional and legal foundations elements, legal state, constitutional principle, specific rules, nontypical legal establishments, legal presumption, legal fiction, legal axiom.

Рассматривая тему исследования, отметим, что основы конституционного строя отражаются в праве в виде системы конституционных принципов, которая основывается: на политических общественных отношениях; экономических общественных отношениях; социальных общественных отношениях; духовно-культурных общественных отношениях¹.

Согласно ст. 1 Конституции Российской Федерации, относящейся к разделу «Основы конституционного строя», Российская Федерация – Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления. Справедливо отмечается, что основы конституционного строя определяются не только в Конституции Российской Федерации. Они насыщаются конкретным содержанием в многочисленном конституционном законодательстве². Таким образом, оче-

видно, что принципиальные положения указанного конституционного установления имеют определяющий характер для всей правовой системы и раскрываются как в нормах Конституции Российской Федерации, так и в положениях иных нормативных правовых актов.

Так, принцип демократического государства в своей основе имеет, например, установление, что носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ, который осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления. Высшим непосредственным выражением власти народа являются референдум и свободные выборы (ст. 3 Конституции Российской Федерации).

Принцип федеративного государства определяется тем, что федеративное устройство Российской Федерации основано на ее государственной целостности, единстве системы государственной власти, разграничении пред-

¹ Васильева С.В., Виноградов В.А., Мазаев В.Д. Конституционное право России : учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Эксмо, 2011. С. 138.

² Там же.

метов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов в Российской Федерации (ст. 5 Конституции Российской Федерации).

Принцип правового государства основывается, в том числе, на следующих конституционных установлениях: верховенство Конституции Российской Федерации, ее высшая юридическая сила, прямое действие и применение на всей территории Российской Федерации; равенство всех перед законом и судом; разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную; признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина; признание общепризнанных принципов, норм международного права и международных договоров Российской Федерации частью правовой системы Российской Федерации (ст. 15 Конституции Российской Федерации).

Республиканская форма правления реализуется прежде всего в положениях, закрепляющих выборность высших государственных органов и органов местного самоуправления и реализации принципа разделения властей (ст. 3, 10, 11 Конституции Российской Федерации).

Если более детально разбирать структуру элементов основ конституционного строя, то мы увидим, что, помимо основополагающих конституционных установлений и составляющих их «субпринципов», она состоит из целого комплекса различных правовых установлений. Более подробно рассмотрим данный аспект на примере принципа правового государства.

Как известно, конституционные принципы являются основополагающими элементами правового государства в Российской Федерации и исходными началами отечественной правовой системы, которые находят свое отражение, развиваются и конкретизируются во всех отраслях права. Принимая это во внимание, в структуре конституционно-правовых основ правового государства в Российской Федерации конституционные принципы являются элементами первого (верхнего) уровня. При этом, являясь базовыми элементами основ правового государства, они не единственные, поскольку порождают целый ряд сопутствующих им правовых категорий. Такие правовые кате-

гории, будучи тесно взаимосвязанными между собой и с конституционными принципами, в конечном счете, дополняя друг друга, создают структуру основ правового государства. В данном случае речь идет о нетипичных правовых установлениях, специфических нормах права и нормах-интерпретациях.

Нетипичные правовые установления, такие как конституционно-правовые презумпции, фикции, аксиомы относятся к элементам второго уровня основ правового государства и являются вспомогательными по отношению к конституционным принципам. Данные правовые категории определяются нами как нетипичные правовые установления в силу ряда признаков, среди которых, как правило, отсутствие прямого нормативного закрепления, необходимость интерпретации, сложность конструкции, функциональная взаимосвязь с корреспондирующими им конституционными принципами.

Обратимся к правовой презумпции. Под правовой презумпцией следует понимать необходимое для правового регулирования предположение, прямо или косвенно закрепленное в правовой норме, направленное на установление или устанавливающее наличие или отсутствие определенных фактов, обстоятельств, процессов и считающееся истинным, пока не будет установлено иное. Наличие презумпций в законодательстве позволяет, с одной стороны, увеличить эффективность всей правовой системы, а с другой – подтвердить и укрепить правовые основы государственного устройства. Отрасль конституционного права, как и другие отрасли права, содержит ряд правовых презумпций. Такие конституционно-правовые презумпции, как презумпция конституционности и презумпция законности нормативных правовых актов, презумпция конституционности и презумпция законности деятельности субъектов правоотношений, презумпция добросовестности деятельности субъектов правоотношений, являются основополагающими в отечественной правовой системе и, в том числе, лежат в основе правового государства. Отметим, что указанные конституционно-правовые презумпции неразрывно взаимосвязаны с корреспондирующими им конституционными принципами. С одной стороны, правовая презумпция освобождает от необходимости установления соблюдения корреспондирующего ей принципа при возникновении тех или иных право-

отношений, с другой – без возможности подвергнуть сомнению соблюдение правового принципа вряд ли можно рассчитывать на его беспрекословное исполнение участниками правоотношений. Так, презумпция конституционности нормативных правовых актов дает возможность опровергнуть конституционность нормативного акта Конституционным Судом Российской Федерации. В свою очередь возможность опровержения конституционности нормативного акта является существенной гарантией не только прав и свобод человека и гражданина от произвола государственных органов, но и поддерживает действенность и авторитет конституционных установлений и основ правового государства. Также без установления конституционно-правового принципа нет необходимости закрепления такой презумпции. Например, если бы Конституция Российской Федерации не содержала положений, закрепляющих принцип конституционности нормативных правовых актов, то отсутствовала бы в отечественном конституционном праве и презумпция конституционности нормативных правовых актов. Необходимо отметить, что обратная взаимосвязь невозможна, то есть появление правового принципа в любом случае первоочередное. Очевидно, что наличие правового принципа является основанием для появления правовой презумпции. Правовой принцип наполняет презумпцию своим содержанием и ограничивает ее последним. Это означает, что предположение, содержащееся в правовой презумпции, не может выходить за рамки требований положений корреспондирующего ей принципа, то есть правовая презумпция не может предполагать соблюдение субъектами правоотношений любых других условий, кроме тех, которые определены корреспондирующим ей принципом. Таким образом, во-первых, указанная презумпция конституционности нормативных правовых актов не может быть опровергнута в Конституционном Суде Российской Федерации в случае соблюдения субъектами нормотворчества положений принципа конституционности нормативного правового акта, а во-вторых, – данная презумпция не предполагает соблюдения субъектами нормотворчества каких-либо иных положений, за исключением тех, которые определены данным принципом.

Далее обратимся к конституционно-правовым фикциям и отметим их взаимосвязь с конституционно-правовыми принципами.

Под правовой (юридической) фикцией обычно понимается несуществующее положение, которое признается законодательством существующим и, вследствие этого, обязательным к применению. Следует поддержать мнение, что фикции позволяют избежать неопределенности в состоянии и отношениях при правовом регулировании³. Положение о том, что нормы законодательства известны всем участникам правоотношений, которое является правовой фикцией, закрепляется, а точнее, интерпретируется непосредственно из ч. 3 ст. 15 Конституции Российской Федерации: «Законы подлежат официальному опубликованию. Неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения». Указанное конституционное установление не позволяет субъектам правоотношений обосновывать неисполнение требований нормативных правовых актов их незнанием, а органам государственной власти злоупотреблять своими полномочиями в сфере нормотворчества и правоприменения. При этом очевидно, что знать в полном объеме всю нормативную правовую базу невозможно, поэтому наличие указанных конституционных положений обусловлено необходимостью нормального функционирования всей правовой системы, которое возможно только при условии применения фикции знания норм законодательства.

Так же как и в случае с конституционно-правовыми презумпциями, правовой принцип наполняет конституционно-правовую фикцию своим правовым содержанием и ограничивает ее последним. На примере рассмотренной фикции видно, что она затрагивает только те аспекты, которые закреплены в конституционной норме относительно официального опубликования нормативных правовых актов. В отличие от конституционно-правовой презумпции, которая предполагает соблюдение корреспондирующего ей правового принципа до момента опровержения такого предположения, фикция устанавливает этот факт без возможности доказывания обратного.

³ См.: Витрук Н.В. Верность Конституции : моногр. М. : Изд-во РАП, 2008. С. 33.

Далее остановимся на правовой аксиоме. Аксиома – это исходное положение научной теории, принимаемое в качестве истинного без логического доказательства и лежащее в основе доказательства других положений этой теории⁴. В качестве примера правовых аксиом можно привести следующие: «что не запрещено правом, то разрешено», «никто не может быть судьей в своем деле», «преступление предполагает наказание».

Согласимся с тем, что правовые аксиомы являются очевидными и проверенными временем положениями и их истинность не вызывает сомнений⁵. Рассматривая вопрос взаимосвязи правовых принципов и аксиом, следует отметить существование различных взглядов по данному вопросу. С.С. Алексеев указывает на то, что правовые аксиомы представляют собой важнейшие принципы права, закрепленные в нормативно-правовых актах⁶. Л.С. Явич определяет правовые аксиомы как идеи, существующие в правосознании и служащие идеологическими предпосылками принципов права⁷. Как отмечает М.Л. Давыдова, выражаясь в принципах права, аксиомы образуют «содержательный каркас» всей правовой системы. Они представляют собой конкретные правовые веления, без которых существование целых правовых институтов и даже отраслей оказалось бы невозможным⁸. При этом, разделяя понятия «аксиома» и «принцип», этот исследователь справедливо указывает на то, что если значение принципа права приобретают идеи, имеющие общеправовое или отраслевое значение, развивающиеся и конкретизируемые во многих нормах права, то далеко не обо всех аксиомах можно сказать то же самое. Некоторые аксиомы могут определять содержание лишь нескольких нормативно-правовых предписаний либо вообще выражаться в одном единственном предписании закона⁹. В то же время, во-

площась в нормах права, в том числе и конституционно-правовых принципах, правовые аксиомы определяют развитие законодательства, способствуют реализации положений конституционно-правовых установлений и иных норм.

Далее обратимся к следующей группе элементов в рассматриваемой структуре. Специфические (специализированные, нетипичные) нормы права, такие как нормы-интерпретации, нормы-декларации, нормы-цели, нормы-задачи и нормы-символы, являются элементами третьего уровня основ правового государства. Такие нормы, как справедливо указывает О.Ф. Скакун, являются нетипичными правовыми предписаниями, то есть предписаниями «нестандартного» характера, в которых отсутствуют те или иные свойства, признаки, объективно присущие классической модели нормы права¹⁰. Рассматривая последние, этот исследователь выделяет их следующие признаки: такие нормы имеют субсидиарный, то есть вспомогательный характер, помогают основным нормам придать завершенность и полноту праву; сами не регулируют общественные отношения и как бы присоединяются к регулятивным и охранительным нормам, образуя в сочетании с ними единый регулятор и в связи с этим относительно основных норм эти нормы квалифицируются в качестве дополнительных; образуются на основе «первичных», «исходных» норм, но включают в себя дополнительно иные предписания (вбирают новые регулятивные качества) в целях охвата новой группы общественных связей¹¹. Действительно, вспомогательные функции таких нормативных установлений являются их определяющим признаком. Применительно к рассматриваемой теме, к признакам специфических норм, на наш взгляд, также следует отнести их взаимосвязь с конституционно-правовыми принципами, необходимость их дальнейшего развития в законодательстве, правоприменении и судебной практике. Расположение данных норм в рассматриваемой структуре после нетипичных правовых установлений не означает их недостаточно важное значение для конституционно-правовых основ правового го-

⁴ См.: Философский энциклопедический словарь / гл. ред. Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. М.: Сов. энциклопедия, 1983. С. 16.

⁵ См.: Качур Н.Ф. Презумпции в советском семейном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1982. С. 54.

⁶ См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 111.

⁷ См.: Явич Л.С. Право развитого социалистического общества: Сущность и принципы. М., 1978. С. 39.

⁸ См.: Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: моногр. / ГОУ ВПО «ВолГУ». Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. С. 230.

⁹ Там же. С. 229.

¹⁰ См.: Скакун О.Ф. Теория государства и права: учеб. Харьков: Консум: Ун-т внутр. дел, 2000. С. 305.

¹¹ Там же. С. 306.

сударства. При этом, на наш взгляд, вспомогательный, адресный функционал таких специфических правовых норм более ярко выражен по сравнению с нетипичными правовыми установлениями, которые имеют более широкий спектр применения.

Специфические правовые нормы, такие как нормы-цели, нормы-задачи и нормы-символы, находят свое отражение в различных правовых актах, в том числе и в преамбуле Конституции Российской Федерации, являющейся совокупностью указанных норм. Положения преамбулы являются исходными началами, на которых выстроена вся правовая система Российской Федерации. Среди таких положений в преамбуле содержится: утверждение прав и свобод человека, гражданского мира и согласия, сохранение исторически сложившегося государственного единства, вера в добро и справедливость, стремление обеспечить благополучие и процветание России и др. Отметим, что указанные правовые нормы тесно взаимосвязаны с конституционно-правовыми принципами, которые раскрывают содержание таких норм, а применительно к преамбуле, данные нормы являются основами таких конституционно-правовых принципов.

Рассматривая нормы-интерпретации в качестве еще одной разновидности специфических норм права, отметим, что под такими нормами, на наш взгляд, следует понимать, в частности, конституционные установления, получившие официальное толкование Конституционного Суда Российской Федерации в соответствии с ч. 5 ст. 125 Конституции Российской Федерации в порядке абстрактного нормоконтроля, и положения иных нормативных правовых актов, истолкованных (интерпретированных) Конституционным Судом Российской Федерации при рассмотрении всех иных категорий дел в соответствии с полномочиями Конституционного Суда Российской Федерации в порядке казуального истолкования.

Необходимость подобного толкования возникает, в частности, в связи с широтой содержания таких нормативных установлений и возникающими в связи с этим различиями в их понимании субъектами правоотношений. Данные нормы-интерпретации неразрывно связаны с их толкованием (интерпретацией) и должны рассматриваться только с позиции такого толкования (интерпретации). Таким образом, нормы-интерпретации устраняют про-

белы в законодательной и правоприменительной практике, тем самым обеспечивая максимальную реализацию нормативных положений, в том числе и конституционно-правовых принципов. Например, в порядке официального толкования, в частности, были сформулированы правовые позиции, касающиеся процедуры принятия федеральных законов, формы правового акта о конституционных поправках, правовых последствий роспуска Государственной Думы, разграничения компетенции между Конституционным Судом Российской Федерации и другими судами. Тем самым были уточнены некоторые конституционно-правовые установления, включая принцип конституционности.

Подводя итог, отметим, что структура конституционно-правовых основ правового государства в Российской Федерации состоит из совокупности элементов, которые, взаимодействуя между собой, образуют единую структуру. Каждый из таких элементов незаменим, наделен определенным функционалом и играет соответствующую его уровню роль. При этом из изложенного также можно сделать вывод о том, что рассмотренная структура является универсальной по отношению к основам конституционного строя в целом. То есть, например, в рамках принципа демократического государства существуют свои конкретизирующие «субпринципы», нетипичные правовые установления и специфические правовые нормы. Такой универсальный подход, на наш взгляд, позволяет систематизировать и упорядочить взаимодействующие элементы структуры не только в рамках отдельно взятого основополагающего конституционного установления, но и проследить соотношение и взаимодействие элементов структур основ конституционного строя в комплексе.

Еще один вывод, который представляется возможным сделать в рамках рассматриваемой темы, касается правовой характеристики основополагающих конституционных установлений. Представляется, что, помимо того, что основополагающие установления являются исходными принципами всей правовой системы, они одновременно также являются правовой презумпцией, юридической фикцией, правовой аксиомой, специфической нормой. То есть обладают признаками всех входящих в структуру данного установления элементов. Остановимся более подробно на данном аспекте.

В качестве примера возьмем основополагающий принцип конституционности нормативных правовых актов (верховенство Конституции Российской Федерации), который является неотъемлемым элементом правового государства. Данный принцип – презумпция, поскольку проверить на соответствие Конституции Российской Федерации абсолютно все нормативные правовые акты не представляется возможным. Более того, законодательство не устанавливает осуществление предварительного нормоконтроля со стороны Конституционного Суда Российской Федерации. Таким образом, указанный принцип является своим же предположением в части исходной конституционности нормативных правовых актов в силу невозможности осуществления предварительного нормоконтроля, но с возможностью последующего признания неконституционным того или иного нормативного правового акта Конституционным Судом Российской Федерации.

Также принцип конституционности нормативных правовых актов является фикцией в силу отсутствия подтверждения Конституционным Судом Российской Федерации конституционности всех нормативных правовых актов. Следовательно, вполне допустимо наличие среди массива нормативной правовой базы, в силу различных причин, не соответствующих Конституции Российской Федерации правовых норм. В связи с этим данный аспект отчасти делает указанный принцип фикцией, то есть несуществующее положение относительно конституционности нормативных правовых актов признается законодательством существующим в силу рассматриваемого принципа.

Указанный принцип также является правовой аксиомой и специфической нормой пра-

ва, например нормой-целью, поскольку в первом случае в рамках правового государства не требуется каких-либо доказательств необходимости принципа конституционности нормативных правовых актов в ракурсе основ правового государства, а во втором случае – в силу постоянного развития и укрепления правового государства в Российской Федерации, которое требует совершенствования прежде всего законодательной базы, то есть дальнейшего развития. Также обратим внимание на то, что многие принципы и нормы российской Конституции, заимствованные из более развитых демократий, либо остались не реализованными, либо не полностью раскрыли свой потенциал. Это обстоятельство не позволяет считать завершённой консолидацию российского общества в отношении ценностей, заявленных в Конституции, и соблюдении ее принципов, а также говорить о преодолении разногласий среди основных политических сил в вопросах стратегии конституционно-правового развития страны¹². В свою очередь это также свидетельствует о потенциале дальнейшего развития и достижения обозначенных конституционных ценностей.

Если рассмотреть иные основополагающие принципы основ правового государства, то по своим характеристикам они также содержат в себе элементы всех вышеуказанных правовых категорий. Таким образом, на наш взгляд, основополагающие конституционные установления выходят за рамки своих традиционных определений как принципы, поскольку сочетают в себе характеристики различных правовых категорий. В связи с этим представляется, что такие конституционные установления выходят на новый, более сложный, с позиции правовой оценки, уровень.

¹² Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст : аналит. докл. / отв. ред. А.Н. Медушевский. М. : Ин-т права и публич. политики, 2014.

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОЛИТИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В ОТНОШЕНИИ РОССИЙСКИХ ГРАЖДАН ЗА РУБЕЖОМ

ПАНЕНКОВА Мария Анатольевна

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы государственной политики Российской Федерации в отношении российских граждан за рубежом, проблемы, возникающие у них, сравнение политики в отношении граждан за рубежом России и других стран.

Annotation. The article considers the issues of State policy of the Russian Federation in respect of Russian citizens abroad. The problems of Russian citizens abroad. Comparison of Russia's policy in respect of Russian citizens abroad and other countries.

Ключевые слова: соотечественники, политика, проблемы, государство.

Key words: compatriots, politic, problems, the state.

Правовое положение российских граждан за рубежом, а также государственная политика в отношении них регулируется Федеральным законом от 24 мая 1999 года № 99-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом».

В соответствии со ст. 5 вышеуказанного закона государственная политика Российской Федерации в отношении соотечественников является составной частью внутренней и внешней политики Российской Федерации и представляет собой совокупность правовых, дипломатических, социальных, экономических, организационных мер, мер в области информации, образования, культуры и иных мер, осуществляемых Президентом Российской Федерации, органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации при участии органов местного самоуправления в соответствии с Конституцией Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации, законодательством Российской Федерации для претворения в жизнь принципов и целей, установленных вышеуказанным Федеральным законом.

Государственная политика Российской Федерации в отношении соотечественников основывается на принципах партнерства и сотрудничества, а также на признании:

– неотчуждаемости и принадлежности каждому от рождения основных прав и свобод человека и гражданина;

– необходимости обеспечения гражданских, политических, социальных, экономических, культурных и иных прав и свобод соотечественни-

ков, а также их законных интересов в государствах проживания в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права;

– взаимодействия государств в области обеспечения прав и свобод соотечественников.

Целью государственной политики Российской Федерации в отношении соотечественников является оказание государственной поддержки последним, в том числе в обеспечении правовой защиты их интересов, а также условий, при которых они могли бы в качестве равноправных граждан жить в иностранных государствах или вернуться в Российскую Федерацию.

Вопросы обеспечения прав и свобод человека и гражданина занимают одно из первых мест в деятельности всех государственных органов, так как это их важная конституционная обязанность. В соответствии с ч. 3 ст. 80 Конституции РФ Президент Российской Федерации, а не какой-либо другой орган власти, определяет основные направления внутренней и внешней политики государства, в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами.

Политика Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом является менее либеральной по сравнению, например, с Польшей, Францией, Великобританией, Китаем и некоторыми другими странами. Однако это не следует оценивать исключительно в негативном ключе, так как копирование зарубежного опыта правового регулирования на российской почве чревато рядом негативных

политико-правовых последствий. При этом зарубежный опыт не нужно воспринимать в качестве априорно положительного или, напротив, безусловно ложного.

Например, политика Китая в отношении иностранной диаспоры имеет в своей основе стимулирование проживания китайцев в других странах вследствие перенаселенности самого Китая. По этой причине, в частности, китайские государственные органы часто отказывают в реадмиссии, то есть согласии на прием в страну лиц, депортированных в Китай из других государств¹. Для российской правовой системы по названным причинам опыт Китая не является вполне приемлемым.

Или, например, в Польше, которая является небольшим европейским государством, по сравнению с Российской Федерацией, легче обеспечить безопасность в процессе реализации миграционной политики.

При этом важно помнить, что Российская Федерация, как и любое другое государство, не распространяет свою юрисдикцию на территории других стран. Поэтому активизация зарубежной языковой политики представляет собой сложную проблему, реализуемую преимущественно дипломатическими средствами.

Например, одним из направлений политики Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом является возможность последним, которые были жертвами репрессий и исторических потрясений в нашей стране, а также и их потомкам, вернуться на Родину и при их желании восстановить гражданство. Для реализации такого возвращения существует Государственная программа по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом, принята указом Президента РФ 22 июня 2006 года (с изменениями от 25 июля 2014 года № 531). Причем решение об участии в Государственной программе принимается соотечественником добровольно на основе осознанного выбора им места проживания, работы и (или) учебы и реализации своих потенциальных трудовых, образовательных, творческих и иных возможностей на территории Российской Федерации. Участники такой программы и члены их семей при переселении на постоянное место жительства

в Российскую Федерацию имеют право на осуществление трудовой деятельности в качестве наемного работника, на получение дополнительного профессионального образования и профессионального образования, на занятие инвестиционной и предпринимательской деятельностью, сельскохозяйственной деятельностью, могут вести личное подсобное хозяйство и т.д. Переселенцам положен ряд льгот: например, разрешено беспошлинно ввозить свое имущество, компенсируются затраты на проезд и провоз багажа (одного пятитонного контейнера для трех членов семьи, более трех членов семьи два пятитонных контейнера), один легковой автомобиль можно также ввести без уплаты таможенной пошлины. Регионы России, участвующие в программе, были разделены на три категории («А» – преимущественно стратегически важные для России приграничные территории; «Б» – территории, где реализуются крупные инвестиционные проекты, требующие массового привлечения переселенцев, «В» – территории с устойчивым социально-экономическим развитием, на которых в течение последних трех и более лет наблюдаются сокращение общей численности населения и (или) миграционный отток). Правительство России ранее утвердило новые правила переселения соотечественников и постановило выделить территории приоритетного заселения. Подъемные при переезде на такие территории увеличены со 120 до 240 тыс. рублей на заявителя и до 120 тыс. рублей – на каждого члена семьи переселенца.

Также Российской Федерацией высоко ценится то, что некоторые государства бывшего СССР дали возможность нашим соотечественникам жить в их странах и сохранить родной язык и национально-культурную самобытность.

Об активности внешней языковой политики Российской Федерации неоспоримо свидетельствует содержание ряда международных договоров. Так, ст. 20 Договора о дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Республикой Молдова предусматривается, что «Молдавская Сторона в соответствии с национальным законодательством обеспечит надлежащие условия для удовлетворения потребностей в обучении на русском языке в системе образования Республики Молдова»².

¹ Герасимов С.А. Рeadмиссия: конституционно-правовые основы возвращения незаконных иммигрантов в государства их происхождения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 78.

² Договор о дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Республикой Молдова от 19 ноября 2001 г. // СЗ РФ. 2002. № 26. Ст. 2524.

При этом Российская Федерация должна оказывать помощь соотечественникам за рубежом на основании соответствующих соглашений, путем принятия мер, которые согласованы с органами государственной власти соответствующей страны. Такие меры и договоры должны учитывать специфику и ситуацию в каждом отдельном государстве. Решение вопросов финансового, экономического, политического, социального сотрудничества России с другими странами должно ставиться в зависимости от позиции руководства той или иной страны в области соблюдения прав и законных интересов соотечественников в ней.

Для достижения целей государственной политики в отношении российских граждан за рубежом физическим и юридическим лицам РФ, иностранным лицам и организациям, которые оказывают соотечественникам материальную и финансовую помощь и поддержку, могут быть предоставлены налоговые, таможенные и иные льготы и преимущества наравне с соотечественниками и их организациями. С целью содействия российским гражданам за рубежом в сохранении и развитии ими своего культурного наследия государственные органы РФ обязываются законом оказывать помощь культурным центрам, библиотекам, архивам, музеям, театрам, творческим коллективам соотечественников, содействовать изучению ими культурного наследия РФ.

Российская Федерация должна поднимать проблемы защиты прав и законных интересов соотечественников за рубежом на заседаниях Совета глав государств и Совета глав правительств – участников Содружества Независимых Государств, а также на межгосударственных переговорах с Латвийской, Литовской, Эстонской Республиками и др.

Многие зарубежные соотечественники лишены возможности просмотра русскоязычных телевизионных каналов вследствие срав-

нительно узкой сети вещания российских телекомпаний. Требуется активизации межпарламентский диалог для предотвращения ограничения права на образование на русском языке в зарубежных странах. Необходимы также упрощение выдачи учебных виз для абитуриентов-соотечественников, желающих получить высшее или среднее профессиональное образование в российских учебных заведениях. Зарубежные соотечественники должны пользоваться правом бесплатного посещения государственных и муниципальных музеев, архивов и библиотек, правом на оказание в экстренных случаях бесплатной медицинской помощи в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения. Немаловажным представляется вопрос о предоставлении зарубежным соотечественникам права на захоронение на территории Российской Федерации. Также серьезное беспокойство вызывает социально-экономическое положение участников Великой Отечественной войны в связи с сокращением для них льгот в государствах СНГ.

Также не плохо было бы осуществлять взаимодействие с российскими общественными организациями и использовать имеющиеся в их распоряжении возможности в вопросах поддержки соотечественников, защиты их прав и свобод, а также с русскими и славянскими общинами и другими общественными организациями в странах ближнего зарубежья.

Таким образом, в настоящее время остро стоит проблема регулирования государственной политики России в отношении российских граждан за рубежом. Порядку регулирования этого вопроса необходимо уделять большее внимание, ведь для русскоязычных граждан, проживающих вне территории Российской Федерации, сделано не все, что заслуживают люди, оказавшиеся в такой ситуации не по своей вине.

ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

ФАДЕЕВ Виктор Николаевич

Аннотация. Для того чтобы выработать новые подходы к государственному устройству России, необходимо определиться с будущей концепцией государственного устройства России, а для этого надо знать, в каком государстве предпочитает жить большинство населения России.

Annotation. In order to work out the new approaches to the state structure of Russia, it is necessary to determine the future concept of the state structure of Russia, and for that one should know, which state the majority of the population prefers to live in.

Ключевые слова: национально-территориальное образование, национальная элита, местная националистическая элита, геополитические позиции, экспансионизм, имперский и расовый экстремизм, унитарное, федеративное, конфедеративное государство.

Key words: national-territorial unit, national Big League, local nationalistic Big League, geopolitical position, expansionism, imperial or racial extremism, unitary, federative, confederative state.

Вопрос государственного устройства практически никогда не сходил с повестки дня. Однако, вторая по значимости (после вопроса о власти), эта проблема на протяжении последнего столетия всегда решалась келейно, как, например, уничтожение монархии в 1917 году в связи с отречением Николая II, образование СССР в 1922 году и, наконец, его уничтожение в 1991 году.

Давайте задумаемся, какое наследие нам оставили прошлые правители?

Сталин – административные границы между республиками, краями и областями, которые остались почти нетронутыми до сегодняшнего дня. Хрущев подарил Украине Крым, южные области западной Сибири отдал Казахстану, крепости Порт-Артур и Дальний – Китаю. Спасибо вовремя его убрали, а то все бы раздал.

При Горбачеве «просто так» отдали США богатейший шельф в Беринговом море, где сосредоточены запасы всего минтая и, по оценке специалистов, почти 16 % мировых запасов нефти. Ельцин на встречах «без галстука» с подачи МИД пообещал отдать четыре южно-курильских острова Японии, а также стратегическую территорию южнее Владивостока Китаю, слава Богу – не успел!

Все это «наследие» рано или поздно станет потенциальным источником территориальных конфликтов, равно как сталинские переселения «ненадежных» и непокорных народов (чеченцев, ингушей, крымских татар, балкарцев и т.д.) стали источником междуна-

циональных конфликтов. И ведь никто из них или их ближайшего окружения не понес никакой ответственности за нанесение огромного урона национальным интересам страны. А сегодня от этих решений страдают миллионы простых людей.

В XX веке менее чем за 80 лет Россия прошла в своем государственном устройстве несколько качественных этапов: самодержавие, буржуазная демократия Керенского, диктатура пролетариата Ленина, тоталитарное государство Сталина, «кукурузный социализм» Хрущева, «развитой социализм» Брежнева, деидеологизированное государство Горбачева, «авторитарная демократия» Ельцина и, наконец, либерально-автократическая демократия современной власти.

На всех этапах качественного изменения государственного устройства больше всего страдал наиболее многочисленный русский народ, во все времена являвший собой «несущую конструкцию национального скелета» государственного устройства в России.

Русский народ во все времена выполнял консолидирующую функцию для всех народов и этнических групп, входящих в состав России.

Огромную роль в единении народов всегда играл русский язык, который является на территории необъятной России, как и ранее СССР, не только средством межнационального общения, языком межнациональной науки, но и позволяет национальным меньшинствам через русский язык включиться в мировую цивилизацию. В свою очередь уникальная русская

цивилизация, привнеся свою духовность в культуру малых народов, взаимно обогащала и себя и последние. Возможность общения через русский язык с мировой культурой и другими мировыми цивилизациями позволила малым народам избежать национального изоляционизма.

С другой стороны, нельзя сбрасывать со счетов просветительскую и технологическую роль русского народа и русского языка. Профессиональный состав русскоязычного населения в области науки и культуры, промышленного производства, образования и медицины во всех без исключения национально-территориальных образованиях бывшего СССР, кроме, пожалуй, таких мононациональных республик, как Армения и Эстония, играл и продолжает до сих пор играть в жизни этих стран значительную роль. Что касается современной России, то роль и значение русского языка и русского населения в автономных республиках и, особенно, в более мелких национально-территориальных образованиях (областях, округах) также чрезвычайно высоки.

В абсолютном большинстве национально-территориальных образований, за некоторым исключением отдельных северокавказских республик, процентный состав русского и русскоязычного населения превышает, порой весьма значительно, коренное национальное население.

Поэтому любые «потуги» местной национальной элиты, которая пытается использовать мнимые исторические обиды коренного народа на русский народ, в конечном итоге ставят цель – изолировать малые народы от России, от русского народа и русского языка.

Это ведет национальные меньшинства к разрыву не только сложившихся веками экономических связей с Россией, но и к разрушению исторических и жизненно важных, прежде всего для малых народов, каналов общения и взаимосвязи с русской и мировой культурой, что, как правило, подталкивает малые народы к формированию замкнутых национальных анклавов, оторванных территориально от мировых рынков.

Такая изоляционистская политика местной националистической элиты не имеет перспективы в XXI веке и будет отвергнута самими народами. Все расчеты местной элиты на поддержку мирового сообщества или отдельных западных стран – не более чем попытка

сыграть на временных противоречиях руководства России с лидерами этих стран.

Как только Россия займет подобающее место в мировом сообществе и восстановит утраченные геополитические позиции, интерес к местным националистическим элитам в России пропадет сам собой.

Это должно понимать в первую очередь политическое руководство России. Ибо продолжение прежних политического и экономического курсов, ведущих к потере Россией геополитического и геостратегического лица, как мировой Державы, означает в перспективе ее развал и расчленение на зоны интересов ведущих стран мира.

Детонаторы и мощные заряды будущего возможного развала уже подведены под Россию, первый взрыв прогремел в Чечне. Сегодня только кавказский хребет и «кадыровский тейп» удерживает Чечню пока еще в составе России. Итоги референдума по конституции Чечни, как и любые выборы, не должны убаюкивать политическое руководство России. Мусульманский Кавказ, как и Восток, – дело тонкое! А Чечня всегда будет претендовать на особую роль на Северном Кавказе.

Распад СССР, последовавшие за этим события, происходившие в бывших союзных республиках, крупных не православных национально-территориальных образованиях современной России, указывают на то, что национализм в условиях деидеологизации общества является эффективным средством прихода к власти националистически настроенной политической элиты.

Местная элита, эксплуатируя свойственное любому народу стремление к самобытности и национальной независимости, приоритету на своей территории традиционной религиозной конфессии, – видит в этом залог прочности своих режимов.

Для достижения поставленных целей националистическая элита приписывает русскому народу не свойственный его менталитету экспансионизм, имперский и расовый экстремизм, постоянно культивирует в массовое национальное сознание своего народа ненависть ко всему русскому.

Вот почему практически во всех бывших республиках СССР основным стержнем националистической пропаганды стала нескрываемая русофобия и агрессивный «антирусизм». Но об этом большинство СМИ почему-то предпочитают не говорить.

Местная националистическая элита сознательно смешивает понятия «российское руководство» и «русский народ», играя при этом на маниакально неадекватном отождествлении рядом политиков значимости собственной личности, с одной стороны, с Россией, а с другой – с русским народом.

Война в Чечне не была затеяна русским народом, однако все негативные последствия чеченской войны испытали и еще долго будут испытывать на себе, прежде всего, русский и чеченский народы. Как объяснить матерям, у которых сыновья погибли в Чечне, что они ценой своей молодой жизни защитили не Родину, а очередную политическую целесообразность – сохранили «конституционный порядок» в Чечне и, как следствие – сколько детей не появятся на свет от этих бесславно и бездарно погибших русских парней. Назовите хотя бы одну еврейскую семью, чей сын или дочь погибли в Чечне или в Таджикистане, выполняя приказ президента по защите конституции России. Журналисты здесь не в счет. Они обслуживают власть и кого угодно за большие деньги. Их информация с горячих точек не может успокоить русских матерей, потерявших своих сынов и дочерей в Чечне. Что могло сказать высшее руководство страны семьям подводников «Курска», которых государство отказалось даже спасать, поскольку было не в состоянии подать воздух и электроэнергию на стометровую глубину при длине подлодки 150 метров?

По вине власти продолжает гибнуть лучший генофонд русской нации. До каких пор политическое руководство будет этого не замечать? В то же время мы должны понимать, что борьба против национального самосознания народа, как свидетельствует исторический опыт многих стран, также ведет в исторический тупик и заканчивается, как правило, трагедией для народа-гегемона. Русские не должны ценой своего исчезновения или национального обезличивания расчищать пространство и освобождать от себя исконно русские территории и земли для других народов.

В современной России многие политики пытаются «подсунуть» массовому общественному сознанию различные взгляды на проблему будущего государственного устройства России. Одни ратуют за унитарное русское государство, отбрасывая при этом национальные

интересы малых народов, другие – «подсовывают» идею федерализации по национальному признаку, третьи – предлагают сохранить существующий национально-территориальный принцип, четвертые считают, что будущее государственное устройство должно строиться путем укрупнения регионов, пятые говорят о приоритете экономического подхода по отношению к национальному.

Современное государственное устройство пока рассматривается исходя только из политической целесообразности и сиюминутной конъюнктуры тех сил, которые борются за власть или пытаются ее удержать.

Население России, как и прежде, оказывается в стороне от этих дебатов, занято исключительно проблемой текущего выживания и не может в полной мере воспользоваться теми правами, которые ему предоставлены действующей Конституцией даже в вопросах местного самоуправления.

Рассмотрим основные подходы к государственному устройству России с точки зрения общенациональных интересов России с учетом последних как общества, так и государства в целом.

Существующее национально-территориальное устройство России, доставшееся нам в наследство от СССР, противоречит интересам большинства населения, причем не только русского, но и многих других национальностей, проживающих вне своих национально-территориальных образований.

Политический опыт последних лет, особенно после развала СССР, показывает, что дальнейшее сохранение данного подхода к государственному устройству России ведет к усилению националистической идеи как среди национальных меньшинств, так и среди русского населения.

Националистическая идеология быстро завоевывает все новых сторонников. Особенно это заметно на фоне обострения экономического кризиса и роста социальной напряженности. Данные настроения умело используют радикальные и экстремистские силы, которые активно «рвутся» к власти как в центре, так и на местах.

Массовая миграция, особенно русскоязычного населения и русских, с территорий национальных образований и бывших союзных республик вызывает законное возмущение среди русских и русскоязычного населения. Заряд

негативных эмоций и недовольство проводимой национальной политикой растет с каждым годом, питая зреющее в недрах русского самосознания желание создать русское унитарное государство.

Местная националистическая элита, да и сами национальные меньшинства пока не задумываются, что произойдет с ними, если русские создадут свое унитарное, чисто русское государство – Святую Русь, которое может объединиться с другими славянскими народами – белорусами и русскоязычными украинцами.

Действующее федеративное устройство России, закрепленное федеративными договорами центра с национальными образованиями (автономными республиками и округами) и территориями (края, области и два города – Москва и Санкт-Петербург), закрепило законодательно существовавшее еще во времена СССР неравноправие русской нации, прежде всего, в национальных образованиях, а русские территории сделало субъектами федерации второго сорта. Это может стать своеобразным динамитом, способным взорвать не только само понятие конституционности государственного устройства России, но и всю Россию.

С другой стороны, ориентация на новое административно-территориальное деление без учета национальной окраски регионов может дать позитивные результаты только при условии установления авторитарного руководства в центре и жесткой борьбы с национализмом и инакомыслием. Этот опыт построения государственного устройства имеет свои исторические корни и традиции в России. По сути, возвращает Россию к временам прошлого унитарного государства, каким оно было при самодержавии.

Поэтому такой подход не может быть принят за основу при формировании новой национальной политики – без нового пассионарного подъема русской нации. Россия пока не готова к нему! Хотя в принципе он созвучен с американским подходом к государственному устройству, где нет национальных штатов. Значит, нужна общенациональная русская идея и сильная центральная власть, которая сможет возобладать над местными традициями и предрассудками.

Конечно, для того чтобы выработать новые подходы к государственному устройству

России, необходимо определиться с будущей концепцией государственного устройства России, а для этого надо знать, в каком государстве предпочитает жить большинство населения России, а именно:

- в унитарном государстве;
- федеративном государстве, где на всей территории реализованы равные права всех граждан России независимо от национальности;
- конфедеративном государстве, объединяющем автономные территории и национальные образования в составе России только единым экономическим и оборонным пространством;
- конфедеративном государстве, типа Евросоюза, в составе России, Белоруссии, Казахстана и, возможно, юго-восточной Украины с вероятным присоединением к ним других суверенных государств бывшего СССР?

Все другие варианты являются той или иной комбинацией указанных концепций возможного государственного устройства России. Вопрос остается за малым. Определить такую комбинацию, которая могла бы в максимальной степени, с одной стороны, удовлетворить национальные интересы всех народов, в том числе и русского, а с другой – сохранить целостность государства.

Кстати, необходимо заметить, что конфедеративное устройство России не отрицает возможности создания унитарного государства, но в этом случае ставится под сомнение необходимость наличия сильного центра. Конфедерация и сильный центр – взаимоисключающие понятия. Центр в условиях конфедерации выполняет только координирующую роль. Тогда надо отказаться от державных амбиций и превратиться в некое подобие Швейцарии. Этот вариант похож на новоогаревский конфедеративный договор, сама идея которого привела к развалу СССР.

Если исключить опасность развала России по конфедеративному принципу, то надо предположить скорое радикальное улучшение экономической ситуации.

Наиболее предпочтительным вариантом для будущей России явилось бы последовательное воссоединение с Белоруссией и Казахстаном, а далее, возможно, с Украиной, на этот раз все же на основе конфедеративного государства с единым экономическим и оборонным пространством.

НЕОБХОДИМОСТЬ ПОДГОТОВКИ СПЕЦИАЛИСТОВ ДЛЯ РАЗВИТИЯ ДЕТСКОЙ МЕДИАЦИИ В РОССИИ

БОДРОВА Елена Андреевна

***Аннотация.** Наличие обширных знаний и владение широким спектром навыков делает профессию медиатора уникальной. Создание узкопрофильной специализации в медиации обеспечит необходимый уровень компетенции медиаторов за счет углубленного изучения специфики теоретической и практической базы при подготовке специалистов в определенных профессиональных сферах медиативной деятельности.*

***Annotation.** Unique character of mediation job is based on extensive knowledge and practical experience. Single-discipline in mediation provides to mediators special job level cause of enhanced studying in theoretical and practical sphere of every mediation area.*

***Ключевые слова:** медиация, специалитет, школьная медиация, профессиональный стандарт медиатора.*

***Key words:** mediation, specialist programme, school mediation, professional mediator norm.*

Цивилизованное развитие социума несет в себе не только позитивное начало для каждого индивида и общества в целом, но и сублимированное отношение к возникающим конфликтам как межличностного, так и глобального характера. Субъективное отношение каждой из сторон к конфликту существенно затрудняет процесс урегулирования спорной ситуации. В случае, когда стороны самостоятельно не могут прийти к компромиссному решению в конфликте, возникает необходимость привлечения третьей стороны, занимающей нейтральную позицию в споре. Исторически подобная роль в России закрепилась за институтом судей. Судья по итогам судебного разбирательства единолично выносит решение, обязательное для выполнения всеми участниками спора.

Целью судебного разбирательства является разрешение каждой конфликтной ситуации, а совокупным следствием этого процесса становится снижение уровня социального напряжения в обществе целом. Контроль над уровнем социальной напряженности в стране позволяет государству оперативно реагировать на любые вызовы и обеспечивать стабильность развития социума. Другими словами, государственная судебная система наделена не только функциями арбитра, но и выступает в качестве своеобразного стабилизатора взаимоотношений различных слоев общества. Именно поэтому крайне важно, чтобы судебное решение выносилось своевременно, без затягивания процесса.

Скорость рассмотрения и вынесения решения по каждому конкретному делу зависит от степени загруженности судов. С целью оптимизации работы судебной системы представляется целесообразным внести предложение о формировании системы взаимодействия судов и медиативных центров. Медиация как способ внесудебного урегулирования споров поможет разгрузить суды, тем самым ускорив процесс рассмотрения и вынесения решения по делу. Это в свою очередь не только позволит организовать наиболее эффективную процедуру судебного разбирательства, но и создаст реальные предпосылки для развития отечественной медиации различных направлений.

Медиация в Европе и США, а также ряде других стран получила свое широкое признание за счет своей очевидной социальной полезности. Медиатор одновременно выполняет функции юриста, психолога, конфликтолога, социолога, лингвиста, что позволяет ему в кратчайшие сроки выявить основную проблему, с которой пришел клиент. Источником проблемы, вызвавшей спор, может быть любая причина. Медиатор как специалист широкого профиля не только подготовлен в вопросах урегулирования конфликтов, но и компетентен в установлении истинной причины спора, которая кроется за озвученным клиентом поводом¹.

¹ Хищенко А.С. Развитие института медиации в России // Политика и о-во. 2009. № 7. С. 18–21.

Разрешение конкретного спора – это одна из задач, стоящих перед медиатором. Главной его целью является снятие межличностного напряжения. Именно поэтому особое значение имеет тот факт, что медиатор в ходе разрешения конфликта может выявить какие-либо сопутствующие проблемы и порекомендует клиенту обратиться к психологу или юристу для своевременного блокирования развития предпосылок возможных спорных ситуаций².

Наличие обширных знаний и владение широким спектром навыков делает профессию медиатора уникальной. Специфика работы последнего требует четко регламентированных профессиональных требований, подобно тем, которые определяют профиль многих специалистов, работающих с людьми – учителей, врачей, юристов, психологов и т.д. Узкопрофильная специализация обусловлена целым рядом объективных и субъективных факторов, которые позволяют обществу доверять жизнь, здоровье, защиту своих интересов именно таким профессионалам.

В настоящее время Центр права и медиации в г. Москве разработал профессиональный стандарт медиаторов. Предложенный в стандартах принцип подготовки последних предусматривает разделение медиаторов на специалистов общего профиля и экспертов в специализированных областях.

Медиатор общего профиля может проводить процедуры медиации, не требующие глубокого знания предметной области, в которой возник спор, и специальных навыков ведения процедуры медиации в специализированной сфере; применять базовые (не специализированные) приемы и методы ведения процедуры медиации.

К специализированным сферам медиации относятся: семейная и коммерческая медиации, медиация в образовании, публичной и трудовой сфере, в восстановительном правосудии и с несовершеннолетними правонарушителями, медиация в спорах, связанных с защитой интеллектуальной собственности, многосторонняя медиация и медиация в международной сфере (проведение процедуры

медиации в трансграничных и/или межкультурных спорах, возникших в конкретной сфере – либо семейной, либо коммерческой, либо в др.). Соискатель подтверждает свою квалификацию для каждой сферы отдельно. Квалификационный документ (сертификат/свидетельство) выдается на каждую специализированную сферу³.

Определение категорий для специалистов по медиации, безусловно, необходимо в связи со спецификой рассматриваемых ими споров. Медиатору – эксперту по правам детей, – несомненно, потребуются специальные знания и навыки для урегулирования конфликтов данного вида. Это представляется вполне обоснованным, но, тем не менее, у медиатора, проводящего спороурегулирующую процедуру не всегда есть возможность получить необходимые знания до начала ведения дела. Как правило, обладая общим профессиональным багажом, медиатор приобретает целевые знания и дополнительные навыки непосредственно в процессе работы с клиентом. Это, безусловно, увеличивает время разбирательства и влияет на качество работы медиатора в целом. Принимая во внимание изложенное, представляется обоснованным организовать подготовку специалистов в каждой конкретной сфере: медиаторов по правам детей, медиаторов по семейным спорам, медиаторов, взаимодействующих с судами и т.д.

В настоящее время большое внимание уделяется развитию школьной медиации. Необходимость развития данного вида разрешения споров и создание системы защиты и обеспечения прав и интересов детей и дружественного к ребенку правосудия определены Национальной стратегией действий в интересах детей на 2012–2017 годы (утверждена указом Президента Российской Федерации от 1 июня 2012 года № 761)⁴.

Метод школьной медиации направлен на работу со всеми участниками образовательного и воспитательного процесса и ориентирован на формирование конструктивной позиции

² Аллахвердова О.В., Карпенко А.Д. Медиация – переговоры с участием посредника. СПб. : Роза мира, 2007.

³ URL: <http://www.mediacia.com/news/178.html> (дата обращения: 11.08.2014).

⁴ Указ Президента РФ от 1 июня 2012 г. № 761 «О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы» // СЗ РФ. 2012. № 23.

сторон в решении споров, создание консенсуса с каждой из сторон конфликта⁵.

Формирование и дальнейшее развитие методов школьной медиации является одним из доказательств имеющегося социального заказа на подготовку медиаторов с определенной специализацией, в частности – специалиста в области семейной и образовательной медиации. Квалифицированность специалиста обуславливается глубиной его

теоретических знаний и обширностью практических навыков профессионала в определенной области медиации.

Создание специалитета в медиации обеспечивает необходимый уровень компетенции медиаторов за счет углубленного изучения специфики теоретической и практической базы при подготовке специалистов в определенных профессиональных сферах медиативной деятельности.

⁵ Эберг А. Посредничество как эффективный инструмент разрешения споров // Хозяйство и право. 2008. № 12. С. 78–83.

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ХАРАКТЕРИСТИКЕ ОБРЕМЕНЯЕМОЙ ВЕЩИ

БУМАЖНИКОВА Ольга Викторовна

***Аннотация.** Статья посвящена проблеме обременения. Споры о правовой природе обременения, в частности обременения объектов недвижимости в науке гражданского права, продолжают до сих пор. В статье автор рассматривает признаки обременения. Кроме того, особое внимание уделяется такому признаку обременения, как дискретность.*

***Annotation.** Article is devoted to an encumbrance problem. Disputes on the legal nature of encumbrance, in particular encumbrances of real estate objects in science of civil law proceed still. In article the author considers encumbrance signs. Besides the special attention is paid to such sign of encumbrance as discretization.*

***Ключевые слова:** обременение, отличительные черты, имущество, вещь, дискретность.*

***Key words:** encumbrance, distinctive features, property, thing, discretization.*

Среди объектов гражданских, жилищных, земельных, лесных, водных прав особое место принадлежит вещам, что определяется, во-первых, их наибольшей распространенностью и, во-вторых, возникновением по поводу вещей правоотношений собственности. Вещи суть материальные предметы внешнего по отношению к человеку окружающего мира. Ими являются как предметы материальной культуры, то есть продукты человеческого труда, так и предметы, созданные самой природой и используемые людьми в своей жизнедеятельности, – земля и подобное. Важнейший признак вещей, благодаря которому они и становятся объектами частных правоотношений, заключается в их способности удовлетворять те или иные потребности людей¹. То есть вещами в частном праве признаются материальные, физически осязаемые объекты, имеющие экономическую форму товара².

В связи с этим автор считает необходимым остановиться на исследовании вещи, подлежащей обременению, рассмотреть некоторые признаки вещи, допускающие ее обременение, приобретение ею статуса обременяемой.

Во-первых, обременению может подлежать как движимое, так и недвижимое имущество. Единственное, такое имущество должно

иметь товарную стоимость, составлять экономическую ценность для общества.

Во-вторых, как известно, вещное право в субъективном смысле – это юридическая обеспеченная возможность пользоваться индивидуально-определенной вещью в своем интересе и независимо от других лиц³. Когда затрагивается вопрос об обременении вещи, то следует говорить именно об индивидуально-определенной вещи, независимо от того, вещные это права или обязательственные. Сам способ индивидуализации не имеет значения, важно лишь наличие четких определяющих признаков, позволяющих утверждать, что на эту вещь установлено вещное право, она обременена. Обременить возможно индивидуально-определенную вещь, а не генерическую.

В-третьих, обременяемая вещь, независимо от того, простая она или сложная (хотя более свойственно это сложным вещам), обладает признаком дискретности. Наиболее полную характеристику этот признак в современной цивилистике получил в работе В.А. Лапача⁴, в которой установлено, что дискретность объекта – это его «качественная, а также физическая и (или) учетная определенность и обособ-

¹ См.: Гражданское право : учеб. : в 3 т. / Н.Д. Егоров [и др.] ; отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2005. Т. 1. С. 254.

² См.: Гражданское право : учеб. : в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., М., 2000. Т. 1. С. 300.

³ См.: Аверченко Н.Н. Сложная вещь как объект вещного права // Вещные права: постановка проблемы и ее решение : сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М. : Статут, 2011. С. 70 ; Гражданское право : учеб. : в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. М., 2008. Т. 1. С. 585–604.

⁴ См.: Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 140–155.

ленность от всех других объектов»⁵. Это также общий признак всех объектов гражданских прав⁶.

В вещах дискретность характеризует прежде всего пространственную ограниченность⁷, которая является необходимым условием разделения объекта и среды (предмета и фона)⁸. Поскольку вещь имеет границу, она конечна; конечность является моментом качества и означает определенность вещи как чего-то целостного. Если вещи не имеют границы, они неотличимы друг от друга⁹.

В-четвертых, для придания вещи статуса обремененной, необходимо чтобы вещь была реальной, а не созданной в будущем, а также материальной (телесной вещью), то есть дискретность вещи достигалась с использованием физических (естественных) его границ¹⁰.

При этом в кругу вещей все течет, все меняется¹¹. Множество независимых вещей могут быть объединены в качественно новое образование – комплекс (сложную вещь), который впредь будет существовать как единый объект права. В гражданском обороте винт может квалифицироваться не только как отдельная вещь (изделие, товар), но и как составная часть, например, у карбюратора. Последний тоже может быть интерпретирован не только как самостоятельное изделие, но и как компонент двигателя транспортного средства. И так далее, по возрастающей: двигатель – часть автомобиля, автомобиль – единица предприятия как имущественного комплекса.

⁵ См.: Аверченко Н.Н. Указ. соч. С. 71 ; Шрейдер Ю.А. Особенности описания сложных систем // Системные исследования. Методологические проблемы. М., 1983. С. 107 ; Рейхенбах Г. Философия пространства и времени. М., 1985. С. 39.

⁶ См.: Аверченко Н.Н. Указ. соч. С. 71.

⁷ См.: Баранцев Р.Г. Синергетика в современном естествознании. М.: Едиториал, 2003. С. 69.

⁸ См.: Ганзен В.А. Восприятие целостных объектов. Л., 1974. С. 62 ; Шрейдер Ю.А. Указ. соч. С.107.

⁹ См.: Ильин В.В. Онтологические и гносеологические функции категорий количества и качества. М., 1972. С. 10.

¹⁰ См.: Аверченко Н.Н. Указ. соч. С. 228.

¹¹ Постоянно происходит качественное преобразование предметов материальной среды. Диалектико-правовая изменчивость вещи состоит в том, что в одном случае последняя представляется самоценным предметом, в другом – лишь составной частью другого, более общего объекта, а в третьем – сама распадается на множество мелких элементов – тоже ценных (отдельные экспонаты из коллекции) или, напротив, никому не нужных (обрывки одежды). «Нет столь великой вещи, которую не превзошла бы величиною еще большая; нет вещи столь малой, в которую не вместились еще меньшая», – говорил К. Прутков. См.: Аверченко Н.Н. Указ. соч. С. 72.

В свое время римский юрист Павел весьма тонко подметил данную непрерывность: «Если в инвентарь включается котел, то и кувшины, с помощью которых в котел наливается вода, относятся к тому же самому разряду, и далее до бесконечности за каждым первоначальным предметом появляется связанный с ним следующий»¹². Реальные объекты часто предстают как имеющие в своем составе другие связанные с ними объекты. Они уничтожаются и создаются вновь, их экономическая и культурная ценность переживает в разные эпохи взлеты и падения. Таким образом, юридический мир вещей – это вечные метаморфозы их восприятия и, как следствие, правового режима.

Дискретность исключительно важна для владения вещью. Ведь владение – это не столько постоянное осознание вещи, сколько осознанная возможность распространения на нее своей индивидуальной (исключительной) фактической власти – «господства»¹³. К.П. Победоносцев настойчиво указывал на «необходимость ясного сознания о материальных границах владения, соответствующего праву»¹⁴.

Конечно, с точки зрения практической, внешние границы объекта имеют значение сами по себе лишь в небольшом числе случаев (например, границы квартиры, жилого дома, земельного участка и подобное). Более существенно такое качество, которое объект имеет в отведенных ему границах, ибо смысл пользования объектом заключается в потреблении свойственных ему качеств. Однако следует иметь в виду, что качество как таковое без соотнесения его с отдельным дискретным объектом невозможно. В этом отношении нужно руководствоваться известным тезисом диалектики о соотношении формы и содержания: форма существенна, а сущность сформирована¹⁵.

¹² См.: Дигесты Юстиниана / пер. с лат. / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2004. Т. 5. Полут. 2. С. 103.

¹³ См.: Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. СПб.: Юридический центр прессы, 2002. С. 19–20.

¹⁴ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. М.: Статут, 2002. Ч. 1. С. 211.

¹⁵ См.: Гражданское право: часть первая: учеб. / под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. М.: Эксмо, 2011. С. 227.

Некоторые субстанции материального характера не имеют четко определенных в пространстве собственных границ, однако могут занимать объем, заданный им другим материальным образованием. Если тот же атмосферный воздух искусственно нагнетается внутрь вещи и удерживается в ее пределах за счет непроницаемых преград, то он не приобретает свойства вещи, а лишь позволяет последней занять в пространстве отведенное для нее место и выполнять предназначенную

функцию (например, воздух в автомобильных покрышках и подобное). Другой пример: электрический ток (направленный поток заряженных частиц) сам по себе материален, однако вещью не является; он приобретает свойства дискретности благодаря тому, что, во-первых, сосредоточен внутри металлического проводника (заполняет его объем) и, во-вторых, параметры этого потока (сила, количество) могут быть определены с помощью известных способов и средств контроля и учета.

ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ПОНЯТИЯ ТОВАРНОГО ЗНАКА И ЕГО ФУНКЦИЙ

ИВАНОВА Елена Геннадьевна

Аннотация. Автор анализирует историю зарождения и развития такого правового явления, как товарный знак. В статье исследуются подходы к формулировке и содержанию понятия «товарный знак», а также к функциям, присущим последнему, в разные периоды истории.

Annotation. The author analyses history of origination and development of such a legal event as a trademark. In the article are explored approaches to a wording and concept content of "trademark", and also to functions, which are inherent in a trademark, in different periods of history.

Ключевые слова: товарный знак, история развития, понятие, функции, индивидуализация товара.

Key words: trademark, history of development, concept, functions, ascertainment.

Облик современного товарного знака формировался на протяжении многих столетий, пройдя путь от метки, целью которой было разграничение собственности на свою и чужую, до обозначения, служащего источником информации о производителе продукции, гарантом ее качества и таким элементом товарного рынка, без которого последний сейчас просто немыслим.

Прообразы товарного знака стали зарождаться еще в древности. К их числу относятся, например, тамга и клеймо.

Тамги использовались в Древнем Риме, Греции, Египте, Китае ремесленниками и художниками¹. Клеймами мастера Ассирии и Вавилона почти за 4 000 лет до н. э. отмечали камни построенных ими зданий².

В чем же принципиальное различие между тамгой и клеймом? «Тамга – знак принадлежности, знак личной или групповой собственности, которой владеют ради ее накопления и по мере увеличения которой обогащаются. Клеймо – знак авторства, которым метится товарная собственность. Ею владеют не ради накопления, а ради продажи товара. "Автором", изготавливающим товар, может быть как отдельное лицо или группа лиц, так и целая корпорация. На клеймо переносится репутация изгото-

вителя, поэтому клеймо призвано свидетельствовать о хорошем качестве товара, вызывать доверие к нему»³.

Первым в мире законодательным актом о товарных знаках стал акт, принятый английским парламентом в 1266 году, согласно которому каждый пекарь обязан был проставлять свой знак на хлебе, чтобы «если хлеб выпечен недостаточного веса, было известно, кто является виновным»⁴.

В России первым законодательным актом, упоминавшем об использовании клейм для товара, стал Новоторговый устав, датированный 22 апреля 1667 года (для сравнения: в европейских странах законодательные акты, содержащие упоминание о клеймах, появились уже в XIII веке⁵).

Моментом появления товарного знака в России можно считать принятие в 1754 году Правительственного указа об обязательном клеймении всех русских товаров особыми фабричными знаками «со всеми благами и повинностями». Согласно этому указу клейма следовало наносить на все товары, а за фальшивые клейма предусматривалось уголовное наказание⁶.

В 1783 году на смену клейму пришел штампель, который надлежало иметь каждому хозяину и содержателю фабрик и мануфактур⁷.

¹ См.: Товарные знаки и бренды / Н.В. Коник [и др.]. М.: Управление персоналом, 2006. С. 7.

² Там же. С. 9.

³ Суперанская А.В., Соболева Т.А. Товарные знаки. 2-е изд., испр. и доп. М.: Либроком, 2009. С. 14.

⁴ См.: Товарные знаки и бренды. С. 9.

⁵ Там же. С. 20.

⁶ Там же.

⁷ Там же. С. 17.

Следующей вехой на пути развития российского законодательства о товарных знаках стало принятое 25 февраля 1830 года указом Сената Положение о клеймении фабричных изделий, в котором описывалось значение товарных клейм, определялся порядок их наложения и регистрации образцов клейм, устанавливалась уголовная ответственность за подделку. Кроме того, с 1830 года было начато ведение официального реестра русских производителей, зарегистрировавших свои клейма в Департаменте торговли и мануфактур⁸.

Несмотря на правовые достижения 1830 года в сфере использования обозначений, индивидуализирующих товары, понадобилось еще 66 лет, чтобы в России появилось первое официальное определение понятия «товарный знак». Принятый 25 февраля 1896 года Закон «О товарных знаках (фабричных и торговых марках и клеймах)» определил товарные знаки как «всякого рода обозначения, выставляемые промышленниками и торговцами на товарах или на упаковке и посуде, в коих они хранятся, для отличия оных от товаров других промышленников и торговцев»⁹. Если сравнить указанную формулировку с современным законодательным определением понятия «товарный знак», можно сделать вывод о том, что суть этих определений идентична, различаются лишь детали, что обусловлено социально-экономическими особенностями соответствующих исторических периодов. Например, на смену промышленникам и торговцам пришли индивидуальные предприниматели и юридические лица и т.д. Значение указанного закона заключалось еще и в том, что в нем подробно оговаривалась процедура регистрации знаков, определялись сроки их действия и меры по защите товарных знаков¹⁰.

Социально-экономические особенности советского периода истории России отразились и на нормах права, регулирующих товарные знаки. В частности, изменился подход к определению понятия «товарный знак»: в постановлении ВСНХ «О товарных знаках государственных предприятий» от 17 июля 1919 года под товарным знаком понималось «не столько средство индивидуализации продукции, сколько

способ идентификации предприятия-производителя и ведомства, которому предприятие подчинено»¹¹.

10 ноября 1922 года СНК РСФСР был принят Декрет «О товарных знаках»¹², ставший очередным шагом на пути развития правовых основ отношений, предметом которых выступал товарный знак. Данный вывод мы делаем, поскольку в указанном законодательном акте содержался перечень отличительных знаков, которые могли выступать в качестве товарных; описывалось содержание товарного знака; указывались знаки, которые не допускается использовать в качестве товарных либо которые не признаются таковыми. Кроме того, указанным Декретом устанавливалась уголовная ответственность за нарушение правил пользования товарными знаками¹³.

Акты, принятые советской властью в период с 1923 по 1926 год (постановление СНК СССР «О товарных знаках» от 18 июля 1923 года¹⁴; постановление ЦИК и СНК СССР «О товарных знаках» от 12 февраля 1926 года¹⁵; постановление ЦИК и СНК СССР «О введении в действие постановления о товарных знаках»), не привнесли в правовую регламентацию товарных знаков ничего нового. Отметим лишь то, что, начиная с 1924 года, все материалы, связанные с товарным знаком, публиковались в «Вестнике комитета по делам изобретений», затем стал выпускаться бюллетень «Открытия, изобретения, промышленные образцы, товарные знаки»¹⁶.

В 1936 году на смену товарным знакам пришли производственные марки (постановление ЦИК и СНК СССР «О производственных марках и товарных знаках» от 7 марта 1936 года¹⁷). Возвращение к товарным знакам про-

¹¹ Закурдаева О.Ю. Формирование понятия «товарный знак» в российском законодательстве // Законодательство и экономика. 2006. № 11. С. 61.

¹² Там же.

¹³ Декрет СНК РСФСР от 10 ноября 1922 г. «О товарных знаках». URL: <http://www.bestpravo.ru>

¹⁴ Постановление СНК СССР от 18 июля 1923 г. «О товарных знаках». URL: <http://www.libussr.ru>

¹⁵ Постановление ЦИК и СНК СССР от 12 февраля 1926 г. «О товарных знаках». URL: <http://www.bestpravo.ru>

¹⁶ См.: Дайксель А., Брандмейер К., Глинтерник Э.М. Товарный знак в Европе и в России. Вопросы теории и истории / под ред. М.С. Каган. СПб.: Славия, 2002. С. 121–122.

¹⁷ Постановление ЦИК СССР № 47 и СНК СССР № 455 от 7 марта 1936 г. «О производственных марках и торговых знаках». URL: <http://www.bestpravo.ru>

⁸ Товарные знаки и бренды. С. 17.

⁹ Там же.

¹⁰ См.: URL: <http://www.tovarnyeznaki.kz>

изошло в 1962 году, когда Советом Министров СССР было принято постановление «О товарных знаках»¹⁸. Особенность данного акта заключалась в том, что впервые организациям, основная деятельность которых заключалась в оказании различных услуг, было предоставлено право пользоваться знаками обслуживания, которые были приравнены к товарным знакам и так же, как и последние, подлежали регистрации.

Следующим этапом развития правовой основы регулирования отношений, связанных с использованием товарных знаков, стало принятие 8 января 1974 года Государственным комитетом Совета Министров СССР по делам изобретений и открытий Положения о товарных знаках¹⁹. Значение данного акта в первую очередь выражалось в том, что в нем впервые было четко сформулировано понятие товарного знака как зарегистрированного в установленном порядке обозначения, служащего для отличия товаров одних предприятий от однородных товаров других. (Данное определение очень похоже на современное, различие заключается только в субъекте). Кроме того, в указанном Положении были подробно описаны функции регистрирующего органа (Государственного комитета СССР по делам изобретений и открытий), процедура регистрации товарного знака, а также порядок, содержание, условия использования товарных знаков и защита прав владельца.

С 1983 года сведения о зарегистрированных товарных знаках стали публиковаться в официальном патентном бюллетене «Промышленные образцы. Товарные знаки»²⁰.

Последним законодательным актом советской власти, регулирующим товарные знаки, стал принятый 3 июля 1991 года Закон СССР «О товарных знаках и знаках обслуживания» № 2293-1²¹. Закон еще более детально – по сравнению с Положением о товарных знаках от 8 января 1974 года – регламентировал отношения, связанные с регистрацией и использованием товарных знаков, однако так и не нашел применения по причине распада СССР.

На смену всем предыдущим законодательным актам пришел принятый 23 сентября 1992 года Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (далее – Закон РФ о товарных знаках)²². Значение последнего сложно переоценить: он окончательно упорядочил отношения, складывающиеся по поводу регистрации и использования товарных знаков. В частности, в этом Законе было раскрыто содержание понятия «товарный знак», почти идентичное его современному значению («обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических или физических лиц»); перечислены виды товарных знаков; определены основы правовой охраны данного средства индивидуализации; установлены процедура регистрации обозначения в качестве товарного знака, а также порядок и особенности использования товарного знака; определен порядок распоряжения правом на товарный знак. Кроме того, в Законе 1992 года были определены основания прекращения правовой охраны на товарный знак. Таким образом, посредством принятия данного Закона получили правовое регулирование вопросы, возникающие в связи с регистрацией товарного знака, его использованием и правовой охраной.

В 1994 году вместо бюллетеня «Промышленные образцы. Товарные знаки» начал издаваться бюллетень «Товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров»²³.

Позднее Закон РФ о товарных знаках 1992 года был признан утратившим силу (с 1 января 2008 года) в связи с введением в действие ч. 4 Гражданского кодекса Российской Федерации²⁴ (далее – ГК РФ).

Кодекс понимает под товарным знаком «обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей» (ст. 1477 ГК РФ).

Сформулированное законодателем определение представляется нам наиболее удачным по причине своей содержательности, четкости

¹⁸ Постановление Совета Министров СССР от 15 мая 1962 г. № 442 «О товарных знаках». URL: <http://pravo.levonevsky.org>

¹⁹ Положение, утвержденное Государственным комитетом Совета Министров СССР по делам изобретений и открытий 8 января 1974 г. «О товарных знаках». URL: <http://www.libussr.ru>

²⁰ См.: Дайксель А., Брандмейер К., Глинттерник Э.М. Указ. соч. С. 121–122.

²¹ Закон СССР от 3 июля 1991 г. № 2293-1 «О товарных знаках и знаках обслуживания». URL: <http://www.bestpravo.ru>

²² Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2322.

²³ См.: Дайксель А., Брандмейер К., Глинттерник Э.М. Указ. соч. С. 121–122.

²⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации, часть четвертая : [федер. закон от 18 дек. 2006 г. № 230-ФЗ] // СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496.

и лаконичности. Во-первых, оно содержит информацию о том, что товарный знак вправе использовать только юридические лица и индивидуальные предприниматели. Во-вторых, данное определение выражает главную функцию товарных знаков – индивидуализацию, направленную на отличие товаров одних производителей от товаров других.

Говоря о функциях, которые товарный знак призван выполнять, отметим, что они претерпевали значительные изменения на протяжении всего времени существования товарных знаков в том или ином виде. Так, впервые упомянутые в российском законодательстве – в Новоторговом уставе от 22 апреля 1667 года – клейма были нацелены на выполнение двух функций: во-первых, наличие на товаре клейма подтверждало факт уплаты пошлины и, во-вторых, помогало отличать русские товары от иностранных²⁵.

В конце XVII – начале XVIII века роль клейма изменяется, постепенно оно начинает выполнять функции знака, указывающего на производителя товара²⁶. В дальнейшем указанная функция окончательно утверждается за клеймом, на смену которому приходит сначала штемпель, а затем товарный знак.

Функцию средства индивидуализации продукции товарный знак утрачивает с принятием 17 июля 1919 года ВСНХ постановления «О товарных знаках государственных предприятий»: теперь товарный знак стал выполнять функцию идентификации предприятия-производителя и ведомства, которому предприятие подчинено²⁷.

Спустя три года товарный знак стал выполнять уже совсем иную функцию: он должен был служить «для выделения определенной продукции из круга аналогов, выпускаемых как государственными, так и частными предприятиями» (Декрет СНК РСФСР от 10 ноября 1922 года «О товарных знаках»²⁸).

В 1936 году в связи с принятием ЦИК и СНК СССР постановления «О производственных марках и товарных знаках»²⁹ произошел переход от товарных знаков к производственным маркам, главной функцией которых стало усиление ответственности производственных предприятий, артелей (товариществ) и коопераций за качество выпускаемых ими изделий и обеспечение покупателю возможности выбора продукции хорошо зарекомендовавших себя предприятий. При этом функция отличительного знака товара того или иного производителя за маркой сохранилась.

В 1962 году вновь произошло возвращение к товарным знакам благодаря принятию Советом Министров СССР постановления «О товарных знаках»³⁰, согласно которому товарные знаки были призваны повысить ответственность предприятий за качество выпускаемой ими продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления.

В 1974 году товарный знак Положением о товарных знаках³¹, принятым Государственным комитетом Совета Министров СССР по делам изобретений и открытий, был наделен функцией отличия товаров одних предприятий от однородных товаров других.

Современный товарный знак выполняет целый ряд функций, к числу которых исследователи относят: 1) функцию индивидуализации (выделяет товаропроизводителя и его продукцию среди других); 2) гарантийную функцию (гарантирует потребителю определенный набор полезных свойств товара или услуги, их качество и репутацию на рынке); 3) рекламную; 4) защитную (защищает предпринимательскую деятельность правообладателя товарного знака от недобросовестной конкуренции); 5) отличительную функцию (позволяет покупателю отождествлять маркированный товар с конкретным производителем, вызывает определенное представление о качестве продукции)³².

²⁹ Постановление ЦИК СССР № 47 и СНК СССР № 455 от 7 марта 1936 г.

³⁰ Постановление Совета Министров СССР от 15 мая 1962 г. № 442.

³¹ Положение, утвержденное Государственным комитетом Совета Министров СССР по делам изобретений и открытий 8 января 1974 г.

³² См.: Шульга А.К. Товарные знаки как средство индивидуализации товаров, работ, услуг : моногр. М. : Юрист, 2010. С. 24–25 ; Сафонов И.В. Товарный знак // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 1 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ URL: <http://www.tovarnyeznaki.kz>

²⁶ Там же.

²⁷ Закурдаева О.Ю. Указ. соч. С. 61.

²⁸ Там же.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ОХРАНЫ ПРАВ АВТОРОВ НА СЛУЖЕБНЫЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ

РОМАНОВА Ирина Николаевна

Аннотация. Результатом интеллектуальной деятельности граждан, занятых в сфере науки, литературы, искусства, является создание ими самых разнообразных служебных произведений. В связи с этим возникают вопросы практической реализации прав на охрану, а, в необходимых случаях, и судебную защиту служебных произведений. Данная статья посвящена определению сущности и выявлению квалифицирующих признаков служебного произведения; исследованию порядка использования работодателем созданного работником служебного произведения; анализу особенностей осуществления и защиты прав граждан, создавших результат интеллектуальной деятельности совместным творческим трудом.

Annotation. The result of people's activity who are involved in the sphere of science, literature, art is the creation of different works by themselves. Because of it there are questions about rights for protection and sometimes even judicial protection of these works. This article is devoted to revealing the essence and the identification of the qualifying signs of such works; research the order of using works created by the employee by the employer of a work; analysis of peculiarities of realization and protection of rights of citizens, created the result of intellectual activity with the help of joint creative work.

Ключевые слова: должностная инструкция, результат интеллектуальной деятельности работника, служебное произведение, соавторство, трудовой договор, трудовые обязанности работника.

Key words: job description, the result of employee's intellectual activity, work, co-authorship, employment contract, the duties of the employee.

В сложной системе взаимодействия работников и работодателей по поводу использования, охраны и защиты результатов интеллектуальной деятельности работников, а именно создаваемых ими в процессе выполнения трудовой функции самых разнообразных служебных произведений, конфликтные ситуации между двумя ключевыми фигурами трудовой деятельности (работником и работодателем) на сегодняшний день составляют значительный процент в общем количестве всех споров, возникающих в сфере интеллектуальной собственности.

На протяжении почти пятнадцатилетнего периода (начиная с 1993 года) правовое регулирование института служебных произведений в России осуществлялось нормами Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 года № 5351-1 (далее – Закон об авторском праве)¹, многие

положения которого в XXI веке уже не способны были адекватно отражать современные реалии и обеспечивать максимальную защиту субъективных прав и законных интересов участников гражданского оборота. Данное обстоятельство обусловило потребность в принятии кардинальных законодательных мер, выразившихся в систематизации «интеллектуального законодательства», результатом чего явилось принятие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)², с введением в действие которой с 1 января 2008 года были отменены существовавшие ранее нормативно-правовые акты (в их числе и Закон об авторском праве), а также получил обновление целый ряд положений, в той или иной мере затрагивающих сферу интеллектуальной собственности, в том числе и институт служебного произведения.

Несмотря на то что сам институт служебного произведения регламентируется нормами

¹ Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (ред. от 20.07.2004 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242 (утратил силу с 01.01.2008 г. в связи с принятием Федерального закона Российской Федерации от 18.12.2006 г. № 231-ФЗ).

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 23.07.2013 г.) // СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496.

гражданского права, для признания произведения именно служебным между автором такого произведения и работодателем необходимо наличие трудовых отношений, регулируемых трудовым законодательством.

Представляется важным раскрытие и уяснение понятия «служебное произведение». Значение правильного его толкования сложно переоценить, поскольку на практике встречаются случаи обращения граждан, выполняющих определенную работу на основе заключенного с ними гражданско-правового договора, в суд с защитой прав, нарушенных контрагентом, присвоившим себе результаты научной деятельности сотрудника. Наглядной иллюстрацией приведенного положения может послужить следующий пример.

Так, «Стороны» (Образовательное учебное учреждение высшего профессионального образования, в лице Директора – «Заказчик» и гражданин «N» – «Исполнитель»), заключили договор об оказании преподавательских услуг, в период действия которого по просьбе «Заказчика» «Исполнителем», хотя это и не входило в перечень его договорных обязанностей, на добровольных началах была подготовлена база тестовых заданий для использования ее при тестировании студентов в период прохождения данным вузом государственной аккредитации. Причиной обращения «Исполнителя» в суд с требованием о привлечении «Заказчика» к ответственности за «незаконное использование служебного произведения» послужило размещение последним в сети Интернет oferty, условием которой являлась передача на возмездной основе созданной «Исполнителем» базы тестовых заданий неопределенному кругу лиц.

Для правильного разрешения этого и подобного ему спора следует исходить из смысла п. 1 ст. 1295 ГК РФ, в соответствии с которым служебным произведением является произведение науки (наряду с произведением литературы и искусства), при условии, что оно создано в пределах, установленных для данного работника (автора соответствующего произведения) трудовых обязанностей.

Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что главными основаниями для придания произведению, созданному работником, статуса служебного являются два условия.

Во-первых, это наличие между работником и работодателем трудовых отношений, которые, в соответствии со ст. 16 Трудового ко-

декса Российской Федерации³, возникают между работником и работодателем на основании заключаемого обязательно в письменной форме трудового договора, составляемого в двух экземплярах и подписываемого обеими сторонами.

Таким образом, заключение трудового договора с работником, в обязанности которого входит создание произведений науки, литературы или искусства, подразумевает, что исключительные права на такие произведения будут принадлежать работодателю автоматически без какой-либо обязательной регистрации.

Однако трудовым договором стороны могут предусмотреть иное, о чем свидетельствует судебная практика по данным вопросам.

Так, Пленум ВС и Пленум ВАС приняли совместное постановление (далее – Постановление)⁴, в котором разъяснили порядок применения отдельных положений ГК РФ, в частности положений о служебном произведении. В п. 39.1 Постановления обращено внимание: вопрос о том, является ли конкретное произведение служебным, решается исходя из положений законодательства, действовавшего на момент создания произведения. Согласно ст. 1295 ГК РФ под служебным понимается произведение науки, литературы или искусства, созданное в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей. Ранее же ст. 14 Закона об авторском праве относил к служебным произведения, созданные в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя. Изменение определения необходимо понимать следующим образом: словосочетание «служебное задание» было исключено, поскольку исполнение служебного задания включается в служебные обязанности работника, которые, в свою очередь, должны быть перечислены в трудовом договоре.

Во-вторых, для того, чтобы произведение приобрело статус служебного, оно должно

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 23.07.2013 г.) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

⁴ Постановление Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюл. Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 6.

быть создано в пределах трудовых обязанностей работника. В перечень документов, которые подтверждают факт создания работником произведения в пределах трудовых обязанностей, включены:

– трудовой договор, в котором должны быть четко прописаны основные обязанности, возлагаемые на работника;

– должностная инструкция, предусматривающая в качестве обязанностей работника, в том числе и создание соответствующих служебных произведений;

– иные документы, принятые работодателем в развитие и дополнение положений трудового договора.

Во избежание в дальнейшем спорных ситуаций, которые могут возникнуть в связи с определением статуса созданного работником произведения (служебное или неслужебное), работодателю в каждом конкретном случае необходимо детально прорабатывать и отражать в соответствующих документах максимально полный перечень должностных обязанностей.

Высказываясь по этому поводу, А. Бычков предлагает работодателям разрабатывать локальные акты, регулирующие порядок юридического закрепления прав на служебные произведения. Этими актами должны обеспечиваться контроль за созданием служебного произведения, порядок оформления прав на служебные произведения, документальное оформление перехода прав, контроль за сроком действия исключительного права, учет служебных произведений. Кроме того, многие юристы являются сторонниками того, чтобы заключать договоры гражданско-правового характера, гарантирующие юридическое закрепление исключительных прав на служебные произведения за работодателем⁵.

Данная точка зрения представляется не вполне убедительной, поскольку, по справедливому замечанию Э. Гаврилова и К. Гаврилова, в случае, когда предметом трудового договора авторского заказа является создание служебного произведения и отчуждение работодателю исключительного права на это произведение, следует помнить, что отчуждение ра-

ботодателю исключительного права на заказанное служебное произведение презюмируется нормой абз. 1 п. 2 ст. 1295 ГК РФ: исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, если трудовым или иным договором между работодателем и автором не предусмотрено иное. В связи с этим переход к работодателю исключительного права на служебное произведение, созданное работником, не должен подтверждаться каким-либо документом: этот переход осуществляется по закону⁶.

Проанализировав условия, являющиеся главными основаниями для придания произведению, созданному работником, статуса служебного, можно, таким образом, выделить следующие признаки, при наличии которых созданное работником произведение не будет являться служебным.

Во-первых, если произведение науки, литературы или искусства было создано в рамках не трудового, а гражданско-правового договора на создание произведения.

Во-вторых, если создание произведения непосредственно не входило в трудовые обязанности работника.

Таким образом, в рассмотренном случае, в соответствии с п. 39.1 Постановления, исключительное право на созданное произведение науки, литературы или искусства будет принадлежать работнику («Исполнителю») и использование его работодателем («Заказчиком») возможно лишь на основании отдельного соглашения с работником («Исполнителем») и при условии выплаты ему вознаграждения.

Интересным представляется рассмотрение вопроса о порядке использования работодателем созданного работником служебного произведения. По правилам ст. 1295 ГК РФ работодатель сохраняет право на созданное работником служебное произведение при условии, что данный работодатель в течение трех лет со дня предоставления служебного произведения в его распоряжение начнет использование этого произведения (распространение, публичный показ, воспроизведение и т.п.). Наряду с самостоятельным использованием произведения, работодатель вправе также передать по договору об отчуждении исключительного права

⁵ Бычков А. Чей рекламный слоган? // ЭЖ-Юрист. 2013. № 8. Тематическое приложение. С. 1.

⁶ Гаврилов Э., Гаврилов К. Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. 2013. № 3. С. 34.

или лицензионному договору исключительное право на произведение другому лицу либо сообщить автору о сохранении произведения в тайне (если для работодателя представляет интерес охрана научной разработки в качестве секрета производства). В том случае, если работодателем ни одно из трех указанных действий не будет совершено, право на служебное произведение будет принадлежать его автору. Однако при условии, что в отведенный законодателем трехлетний срок работодатель: сам начнет использование служебного произведения; передаст исключительное право другому лицу либо примет решение о сохранении служебного произведения в тайне, автор имеет право на вознаграждение, условия и порядок выплаты которого работодателем определяются договором между ним и работником.

Как верно отмечает Г.А. Лаптев, спорные вопросы, связанные с защитой прав автора, должны рассматриваться в суде. При этом авторское право предусматривает также возможность судебной защиты работодателем прав на созданное работником служебное произведение, поскольку лица, получившие исключительные права на законном основании, становятся правообладателями и получают возможность защищать свои права⁷.

Работодателям необходимо иметь в виду, что условия, относящиеся к такому вознаграждению, могут быть предусмотрены как в трудовом договоре, так и в иных дополнительных соглашениях, заключаемых между работником и работодателем. При этом выплата вознаграждения производится работодателем даже в тех случаях, когда использование произведения осуществляется третьим лицом по лицензионному договору или исключительное право на произведение перешло к новому правообладателю.

Отдельного внимания заслуживает вопрос о соавторстве при создании служебного произведения. Согласно п. 4 ст. 1228 ГК РФ соавторами являются двое и более граждан (в рассматриваемом случае – сотрудники организации), создавшие результат интеллектуальной деятельности совместным творческим трудом. Для того чтобы работодатель смог приобрести

право на созданное такими работниками произведение, ему необходимо оформить трудовые отношения и служебное задание с каждым из работников.

Стоит отметить, что по правилам ст. 1228 ГК РФ гражданин, который не внес личный творческий вклад в создание результата интеллектуальной деятельности, а лишь оказал его автору техническое (подбор материалов, компьютерная верстка), консультационное, организационное или материальное содействие или помощь, либо только способствовал оформлению прав на такой результат или его использованию, либо лишь осуществлял контроль за выполнением соответствующих работ, этот гражданин не признается соавтором такого результата.

Юридически обеспеченная возможность защиты прав и законных интересов граждан является одним из важнейших признаков правового государства. Интерполируя данное положение на институт интеллектуальной собственности, в частности, на исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, следует отметить, что действующая редакция ГК РФ не содержит специальной нормы, предусматривающей возможность самостоятельной защиты прав лиц, которым исключительное право принадлежит совместно, однако работа над устранением данного пробела уже ведется. В процессе реформирования гражданского законодательства был принят и ступил в силу целый ряд федеральных законов, вносящих изменения и дополнения в различные гражданско-правовые институты. В настоящее время на рассмотрении Государственной Думы Российской Федерации находится Проект Федерального закона № 47538-6/7 «О внесении изменений в части вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁸, который предусматривает, наряду с рядом других изменений, также изменения в действующие положения части четвертой ГК РФ о совместном использовании результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Так, в упомянутом проекте п. 3 ст. 1229 ГК РФ дополнен

⁷ Лаптев Г.А. Некоторые вопросы защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности // Гражданское право. 2013. № 3. С. 37.

⁸ Проект Федерального закона № 47538-6/7 «О внесении изменений в части вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

подп. 4 следующего содержания: «Каждый из правообладателей вправе самостоятельно принимать меры по защите своих прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации». Данный подход законодателя представляется совершенно обоснованным, поскольку с введением подп. 4 п. 3

ст. 1229 ГК РФ в действие правообладателям, которым исключительное право принадлежит совместно, будет предоставлена возможность совершать самостоятельные действия в защиту своих нарушенных прав вне зависимости от волевой направленности действий других правообладателей.

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ПРИЗНАКОВ СУБЪЕКТА ДОЛЖНОСТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В ЗАРУБЕЖНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

ГРИБОВ Александр Сергеевич

Аннотация. В статье исследуются особенности регламентации признаков субъекта должностных преступлений в уголовном законодательстве зарубежных стран, рассматриваются и сравниваются с положениями УК РФ конструктивные признаки понятия должностного лица в уголовном праве ближнего и дальнего зарубежья. Подробно анализируются квалифицирующие признаки, характеризующие субъекта должностных преступлений.

Annotation. In the article, regulation features of the malfeasances subject's signs in the Criminal Code of foreign countries are investigated, and constructive signs of the concept of an official in the Criminal Law of the near- and far- abroad are considered and compared with the clauses of the Russian Federation Criminal Code. The qualifying signs characterizing the subject of malfeasances are analyzed in details.

Ключевые слова: должностные преступления, должностное лицо, зарубежное уголовное право, государственный служащий, представитель власти, организационно-распорядительные функции, административно-хозяйственные функции.

Key words: malfeasances, an official, a foreign criminal law, a State employee, a representative of the power, organizational-administrative functions, administrative-economic functions.

В отличие от стран дальнего зарубежья, уголовное законодательство стран – бывших республик СССР¹, в силу определенной общности исторического развития и территории, единой дореволюционной и советской юридической школы, намного ближе к российскому праву в вопросах установления ответственности за должностные преступления. Это проявляется, в частности, в сходной терминологии, используемой законодателями, как в наименованиях соответствующих статей, так и при конструировании отдельных составов, местонахождении норм о должностных преступлениях в УК и т.д.

Субъектом различных должностных преступлений в большинстве уголовных кодексов стран второй группы выступает должностное лицо. Исключение составляют УК Латвийской Республики («государственное должностное лицо»), УК Литовской Республики («государственный служащий либо приравненное к нему лицо») и УК Республики Казахстан («лицо, уполномоченное на выполнение государственной функции»). В сравнении с дефиницией

должностного лица, данной в примеч. 1 к ст. 285 УК РФ, эти понятия являются более широкими по содержанию. Так, в соответствии с примечанием к ст. 307 УК Республики Казахстан к лицам, уполномоченным на выполнение государственной функции, относятся не только должностные лица, определение которых практически идентично с УК РФ, но и депутаты маслихатов, кандидаты в Президенты Республики и др. Еще более широкое содержание имеет понятие «государственный служащий либо приравненное к нему лицо» (ст. 230 УК Литовской Республики), включающее в себя не только служащих публично-правовых образований, но и лиц, занимающихся предпринимательством, если они наделены полномочиями публичного администрирования. При этом следует отметить, что понятие таких лиц ограничивается рамками глав, устанавливающих ответственность за преступления против публичных интересов, и не распространяется на другие главы.

Содержание понятия «должностное лицо» определяется в первую очередь тем, какие общественные отношения поставлены законодателями под охрану в рамках раздела (главы), содержащего норму о превышении полномочий. По данному критерию страны можно разделить на две подгруппы:

¹ Полагаем, что встречающееся в литературе использование термина «страны СНГ» применительно ко всем бывшим республикам СССР не является правомерным, поскольку многие страны (Латвия, Эстония, Литва, Грузия) не входят состав СНГ.

1. Как и УК РФ, ставящие под охрану уголовного закона в рамках соответствующей главы только интересы публичной службы (УК Республики Таджикистан, УК Кыргызской Республики, УК Республики Казахстан, УК Азербайджанской Республики). Определения должностного лица в таких странах имеют незначительные отличия от данного в УК РФ. Так, например, УК Кыргызской Республики, наряду с организационно-распорядительными и административно-хозяйственными функциями должностного лица, называет контрольно-ревизионные (примеч. 1 к ст. 304), а УК Азербайджанской Республики не признает должностными лицами военнослужащих (примеч. 1 к ст. 308).

2. Ставящие под охрану в рамках соответствующей главы (раздела) всю «сферу служебной деятельности» (УК Украины, УК Республики Беларусь, УК Республики Узбекистан, УК Эстонской Республики). Соответственно содержание понятия «должностное лицо» в таких странах шире, поскольку включает в себя лиц, выполняющих соответствующие функции не только в публичных органах (учреждениях), но и в иных, независимо от формы собственности.

В вопросе о функциях, исполняемых должностными лицами, позиции названных стран, как правило, совпадают. Таковыми обычно признаются функции представителя власти, организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции.

В описании квалифицирующих (особо квалифицирующих) признаков, характеризующих субъекта должностного преступления, позиции законодателей стран – бывших участников СССР во многом сходны, однако здесь также существуют свои особенности².

Практически все уголовные кодексы в качестве такового признают особый статус должностного лица (за исключением УК Литовской, Латвийской Республики и УК Украины). При этом используемая законодателями терминология различна: «лицо, занимающее ответственную государственную должность» (ч. 2 ст. 308 УК Республики Казахстан), «должностное лицо, занимающее ответственное положение» (п. 2 ч. 2 ст. 305 УК Кыргызской Республики,

ч. 3 ст. 426 УК Республики Беларусь), «ответственное должностное лицо» (УК Республики Узбекистан) и др. Различен и состав лиц, охватываемых данными понятиями. Так, например, УК Кыргызской Республики к их числу не относит главу органа местного самоуправления (примеч. 2 к ст. 304), хотя признает лиц, работающих в системе органов местного самоуправления должностными (примеч. 1 к ст. 304). На наш взгляд, это не совсем правильно, поскольку такие лица обладают достаточно широкими властными полномочиями и имеют значительные «связи», которые могут быть использованы ими в преступных целях. Уголовный кодекс Республики Казахстан также прямо не выделяет главу органа местного самоуправления, но перечень лиц, занимающих ответственное положение, здесь шире, чем в УК Кыргызской Республики. Наряду с лицами, занимающими должности, устанавливаемые Конституцией, конституционными и иными законами Республики Казахстан для непосредственного исполнения функций государства и полномочий государственных органов, к числу таких лиц относятся лица, занимающие политические должности государственных служащих (примеч. 4 к ст. 307). Такие должности устанавливаются Реестром³, частично пересекающимся со Сводным перечнем государственных должностей Российской Федерации⁴, но имеющим более широкое содержание, ввиду указания должностей не только «государственного», но и иного уровня. Наряду с высшими должностями Республики Казахстан (премьер-министр, руководитель администрации Президента и др.), в Реестре указаны должности регионального (акимы⁵ областей, столицы и городов республиканского значения и др.) и даже местного значения (акимы городов и городских районов, районов, сел, сельских округов, поселков, аулов). На наш взгляд, такой подход не лишен недостатков: вряд ли правильно ставить в один ряд высших чиновников, имеющих статус, полномочия и связи

² См.: Изосимов С.В., Кузнецов А.П. Служебные преступления: Учебно-практический комментарий (Главы 23, 30 УК РФ). Н. Новгород, 2003. С. 45; Соловьев О.Г. Инструментарий право-творческой техники нуждается в законодательном оформлении // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 10. С. 95.

³ См.: Указ Президента Республики Казахстан от 29 декабря 1999 г. № 317 «Об утверждении Реестра должностей политических государственных служащих и Правил порядка наложения дисциплинарных взысканий на политических государственных служащих. URL: <http://www.kyzmet.kz>

⁴ См.: Указ Президента Российской Федерации от 11 января 1995 г. № 32 «О государственных должностях Российской Федерации» // Российская газета. 1995. 17 янв.

⁵ Аким – глава местного исполнительного органа власти в Казахстане (см.: URL: <http://ru.wikipedia.org>).

государственного масштаба с руководителями сельского уровня, поскольку при всех равных условиях деяния последних будут менее общественно опасны, так как нарушают нормальную работу публичных органов на сельском, а не на государственном уровне.

Уголовное законодательство стран дальнего зарубежья предлагает очень разнообразные формы регламентации признаков субъекта должностных преступлений. Среди них выделяются: публичное должностное лицо (УК Польши, УК Японии); чиновники либо члены выборного органа (УК Швейцарии); сотрудники государственных органов (УК КНР); публичный чиновник Австралийского союза (УК Австралии); должностное лицо (УК Болгарии); публичный служащий (УК штата Техас); любое лицо при осуществлении государственной функции (УК Дании).

Причем различия усматриваются не только в наименовании, но и в сущностных подходах к определению понятий таких лиц. Всего можно выделить четыре различных подхода:

– в законе содержится лишь наименование субъекта, его качественные признаки не раскрываются (УК Японии, УК Болгарии, УК Дании и др.);

– в законе указан исчерпывающий перечень лиц, признаваемых должностными, понятие такого лица не дается (УК Австралии, УК Польши); например, УК Австралии к публичным чиновникам Австралийского союза относит генерал-губернатора, министра, судебного чиновника Австралийского союза и др.;

– в законе дается понятие субъекта по его существенным признакам (УК Швейцарии); указанного подхода придерживается и российский законодатель;

– в законе дается определение субъекта, при этом приводится перечень должностей, занимая которые лицо приобретает данный статус (УК штата Техас). Так, в соответствии с п. 41 ст. 1.07 УК штата Техас «Публичный служащий – это лицо, избранное, выбранное, назначенное, нанятое или иным образом замещающее одну из нижеперечисленных должностей, даже если оно не выполнило все требуемые условия для занятия должности или не приняло на себя должностные обязанности: (А) должностного лица, служащего или представителя органа власти; (В) присяжного заседателя...» и др.

У каждого из названных подходов, за исключением первого, на наш взгляд, есть как положительные, так и отрицательные стороны. Однако, учитывая динамику развития российского законодательства, следует признать, что на данном этапе развития правовой системы более предпочтительным для нас выглядит именно третий подход, поскольку включение в УК РФ закрытого перечня должностных лиц, во-первых, трудно реализуемо на практике по причине их существенного количества, а во-вторых, не упростит деятельность правоприменителя, так как развитие законодательства с неизбежностью скажется на составе лиц, признаваемых должностными, что в свою очередь будет проявляться в систематически вносимых в УК РФ изменениях.

О КРИТЕРИЯХ ОЦЕНКИ СУДЕБНОГО АКТА В УГОЛОВНОМ И ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ЖИДКОВ Эдуард Владимирович

Аннотация. В статье рассматриваются основные критерии оценки судебных актов уголовного судопроизводства, прежде всего с позиции понимания и толкования их правосудности; подвергаются критике подходы некоторых авторов к толкованию таких критериев и высказывается авторская идея об их расширении посредством оценки относимости и допустимости процессуального акта.

Annotation. The article examines the main evaluation criteria of judicial acts in criminal proceedings, and in view of the understanding and interpretation of their pravodobnosti; criticized approaches some authors to the interpretation of these criteria and it is the author's idea about their expansion by assessing the relevance and admissibility procedure act.

Ключевые слова: акт правосудия, приговор, правосудность, мотивированность, относимость и допустимость процессуального акта.

Key words: act of justice, verdict, pravodobnosti, motivation, relevance and admissibility procedure act.

Анализируя нормы действующего Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), можно заметить, что чаще всего в нем упоминаются такие основные критерии оценки уголовно-процессуального акта, как законность, обоснованность и мотивированность.

Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ) называет дополнительный и, как представляется, один из важнейших критериев оценки уголовно-процессуальных актов – их правосудность и устанавливает уголовную ответственность за вынесение судьей (судьями) заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта.

Будучи однокоренным по отношению к слову «правосудие», термин «неправосудный» употреблялся издавна, в частности, в таких документах, как Судебники 1497 и 1550 годов¹. Можно с уверенностью предположить, что этимология обоих понятий восходит к выражению «правый суд» в значении «правильный», «основывающийся на правде или правде». Толково-словообразовательный словарь Т.Ф. Ефремовой определяет «правосудный»

как «соответствующий требованиям закона, основанный на правосудии»².

Исходя из этого, правосудность приговора или иного судебного акта как уголовно-правовой термин можно считать признаком, относящимся исключительно к актам, выносимым судом и только судом непосредственно в порядке осуществления правосудия, которое, исходя из ст. 118 Конституции Российской Федерации, осуществляется только судом.

Правосудие определяется в юридической литературе как деятельность по реализации судебной власти³. Однако этого определения недостаточно, чтобы отличить акт осуществления правосудия от других судебных актов.

Под актом в юридической литературе понимается официальный документ, имеющий юридическую силу⁴. Судебным актом в большинстве источников называется правоприменительный акт суда, разрешающий дело по существу⁵.

² См.: Ефремова Т.Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный (онлайн-версия) // Русский язык для абитуриентов, студентов. URL: <http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Efremova-term-80934.htm> (дата обращения: 27.08.2014).

³ См.: Большая юридическая энциклопедия. М.: ЭКСМО, 2008. С. 464.

⁴ См.: Там же. С. 34.

⁵ См.: Словарь-справочник уголовного права. URL: http://criminal_law.academic.ru/1780/%D0%A1%D0%A3%D0%94%D0%95%D0%91%D0%9D%D0%AB%D0%99_%D0%90%D0%9A%D0%A2 (дата обращения: 30.08.2014).

¹ См.: Полищук Д.А. Базовые парадигмы современной уголовной политики России в сфере защиты интересов правосудия: моногр. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2014. С. 22–23.

По мнению И.Ф. Соловьева, актом правосудия по уголовному делу является лишь такое постановленное в результате отправления правосудия решение, которым дело разрешается по существу, то есть устанавливается виновность или невиновность подсудимого и на основе этого применяется или не применяется уголовное наказание к виновному либо оправдывается невиновный. Таким актом может быть лишь приговор суда или определение суда об освобождении от уголовной ответственности⁶.

Представляется, что подобная точка зрения содержит ряд неточностей. Так, в первом предложении цитирования автор говорит о применении либо неприменении к осужденному уголовного наказания, а во втором, противореча сам себе, – об уголовной ответственности.

Исходя из логики И.Ф. Соловьева, более точным было бы считать разрешением дела по существу решение вопроса, является ли подсудимый виновным или невиновным, и на основе этого – решение вопроса о применении либо неприменении к виновному уголовной ответственности. При этом неизбежно возникла бы новая проблема – разграничение состава преступления, предусмотренного ст. 305 УК РФ, и составов таких преступлений, как привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности и незаконное освобождение от нее (ст. 299 и 300 УК РФ).

Такое разграничение можно произвести, исходя из содержания понятия правосудности:

1) вынесение судом приговора, являющегося заведомо неправосудным вследствие неправильного решения суда вопроса о виновности или невиновности подсудимого, образует состав вынесения заведомо неправосудного приговора (ст. 305 УК РФ), если при этом невиновный не был привлечен к уголовной ответственности, а виновный не был от нее освобожден;

2) состав преступления, предусмотренного ст. 300 УК РФ, образует незаконное освобождение от уголовной ответственности лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления (в частности, подсудимого, согласно ч. 2 ст. 47 УПК РФ), совершенное

исключительно прокурором, следователем или лицом, производящим дознание, а не судом (судьей);

3) привлечение судом заведомо невиновного к уголовной ответственности подпадает под ст. 299 УК РФ;

4) освобождение судом от уголовной ответственности лица, заведомо виновного в совершении преступления, при отсутствии предусмотренных законодательством оснований для этого, образует состав преступления, предусмотренного ст. 302 УК РФ.

Правосудность приговора, по мнению И.Ф. Соловьева, представляет собой «комплексную характеристику приговора суда, которая интегрирует требования законности, обоснованности, мотивированности и справедливости в единое целое, определяющее приговор как акт правосудия. Вынесенный с нарушением хотя бы одного из указанных требований приговор является неправосудным и подлежит отмене или изменению в установленном законом порядке»⁷. Таким образом, правосудным И.Ф. Соловьев считает приговор, вынесенный судом с соблюдением требований законности, обоснованности, мотивированности и справедливости.

Н. Смирнова подразумевает под неправосудностью наличие существенных нарушений процессуального законодательства, неправильное применение материального закона, несоответствие выводов суда фактическим обстоятельствам дела⁸.

Более логичным представляется определять правосудность приговора как его правильность разрешения судом дела по существу, то есть ответа на вопросы, связанные с установлением виновности подсудимого и необходимости привлечения его к уголовной ответственности либо освобождения от нее. Все иные вопросы, включающие выбор судом вида и меры уголовного наказания или иных мер уголовно-правового характера, возможность отсрочки его отбывания или применения условного осуждения, при условии правильности указанных «главных» вопросов, возникающих

⁶ См.: Соловьев И.Ф. Правосудность приговора в уголовном процессе Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 1992. С. 8.

⁷ См.: Соловьев И.Ф. Указ. соч. С. 8.

⁸ См.: Смирнова Н. Комментарий к статье 305 УК РФ. URL: <http://tos.sitefresh.net/blogs/uchitsja-uchitsja-i-esche-raz-uchitsja/kommentarii-k-state-305-uk-rf.html> (дата обращения: 03.09.2014).

перед судом, понятием «правосудность» не охватываются.

Аналогичный подход представляется применимым при анализе термина «правосудность иного судебного акта». Определяя содержание последнего, применительно к конкретному акту правосудия по уголовному, гражданскому или иному делу, следовало бы в первую очередь установить, в чем заключается существо дела и какие наиболее важные вопросы разрешает данный акт.

В частности, А.В. Панов и А.В. Тихомиров, говоря о правосудности судебных актов по делам о причинении вреда здоровью при оказании медицинских услуг, называют такие основные критерии правосудности судебного решения, как его соответствие:

- 1) существом объективной истины;
- 2) существом медицинской профессии;
- 3) существом права на здоровье⁹.

Данная точка зрения представляется верной, поскольку суд, вынося решение по существу по этой категории дел, обязан, руководствуясь принципом установления истины, прежде всего определить, нарушено ли право потерпевшего (истца) на здоровье путем причинения ему вреда, в чем именно выразилось такое нарушение и соответствовало ли поведение правонарушителя (ответчика) существом медицинской профессии, правилам профессиональной этики и иным соответствующим принципам и нормам.

Правильное понимание правосудности приговора или иного судебного акта позволит не только успешно квалифицировать преступления, указанные в настоящей работе, но и более точно оценивать качество решения, вынесенного судом по конкретному делу, и, в конечном итоге, эффективность деятельности суда по отправлению правосудия.

К числу критериев оценки процессуальных актов (а также любых действий и решений, создающих, изменяющих или прекращающих права и обязанности) следовало бы также отнести относимость и допустимость. Эти два термина позаимствованы из доказательственного права и до настоящего времени исследовались исключительно в качестве требований к доказательствам.

Относимость доказательства означает, что оно имеет значение для дела¹⁰.

Случаи, когда совершаемое процессуальное действие либо принимаемое решение не имеют реального значения для дела, а осуществляются из корыстных или иных личных интересов либо по заказу, вполне возможны и происходят не так уж редко. В частности, может иметь место производство обысков и изъятие компьютеров, а также материальных носителей информации (в частности, после сделанного специально для этого незаконного возбуждения уголовного дела), в целях передачи такой информации конкурентам ее владельца.

Подобное поведение следователей, дознавателей или суда противоречит закону, принципам процессуального права и интересам правоохранительной деятельности. В связи с этим необходимо повысить четкость формулировок и эффективность процессуального законодательства для предупреждения таких действий и решений путем уточнения используемых понятий.

Требование допустимости процессуального акта, как представляется, обусловлено определенным сходством между законодательной регламентацией его оценки и оценки доказательственной информации. В большинстве случаев они оцениваются с точки зрения законности (для доказательства это прежде всего соответствие закону его формы и содержания), обоснованности – наличия предусмотренных законом оснований для производства действия, вынесения решения или получения доказательства, мотивированности – указания в предусмотренных законом случаях мотивов их производства, вынесения или получения (точнее, совершения действий или принятия решений, направленных на получение доказательств).

К процессуальным документам (в частности, оформляющим процессуальное действие или решение) не в меньшей степени применима и такая характеристика, как достоверность, под которой можно понимать соответствие содержания документа фактическим обстоятельствам дела.

⁹ См.: Панов А.В., Тихомиров А.В. Правосудность судебного решения по делам о причинении вреда здоровью при оказании медицинских услуг (продолжение) // Главный врач: хозяйство и право. 2009. № 5. С. 41–49.

¹⁰ См.: Большая юридическая энциклопедия. С. 387–388.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАЩИТЫ ИНФОРМАЦИИ ПРАВОВЫМИ СРЕДСТВАМИ

КИСЕЛЁВ Артём Константинович

***Аннотация.** Рассмотрены актуальные проблемы правовой регламентации защиты и охраны информации. Проанализированы нормативно-правовые акты в сфере обеспечении защиты информации. Излагается авторское видение соотношения понятий «защита» и «охрана информации».*

***Annotation.** In article actual problems of the legal norm of protection and guard of information. This article analyzes the legislation of protection and guard of information. In article author's point of view on identity of definitions of protection and guard of information.*

***Ключевые слова:** информационная безопасность, защита информации, охрана информации.*

***Key words:** information security, protection of information, guard of information.*

Обеспечение информационной безопасности на сегодняшний день имеет исключительную актуальность, что обусловлено значением информации, информационных процессов, средств и технологий в современном постиндустриальном обществе¹.

Юридическую основу развития информационного общества в Российской Федерации (далее – РФ) на сегодняшний день составляет огромное количество нормативных правовых актов.

В соответствии с «Доктриной информационной безопасности РФ» под информационной безопасностью РФ понимается состояние защищенности ее национальных интересов в информационной сфере, определяющихся совокупностью сбалансированных интересов личности, общества и государства².

Учитывая подход к безопасности как к состоянию защищенности, в широком смысле безопасность информации можно определить как состояние защищенности информации. Представляется, что логичнее было бы сформулировать определение информационной безопасности не через категорию «националь-

ные интересы», а через категорию «безопасность информации».

Следует оговориться, что далеко не вся информационная сфера³ является объектом информационной безопасности в рамках обеспечения государственной безопасности, а лишь та информация, защищенность которой является необходимым условием обеспечения государственной безопасности⁴.

Одним из основных нормативных актов, названных «Доктриной информационной безопасности РФ» в качестве элементов базы правового обеспечения информационной безопасности, является Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации»⁵. В п. 1 ст. 1 данного Федерального закона, определяющей сферу его действия,

³ Под информационной сферой понимают всю совокупность информационных сообщений и их потоков; средств обработки, передачи и хранения информационных сообщений, других средств, обеспечивающих информационные потребности личности, общества и государства (инфраструктуру общества); общественных отношений, связанных с обработкой, передачей и хранением информационных сообщений; субъектов этих отношений (то есть – всю область информационной деятельности человечества) // Кириленко В.И. О соотношении понятий «информационная безопасность», «информационная сфера», «информационная среда» // Аграрное и земельное право. 2010. № 4/64. С. 82.

⁴ Ирошников Д.В. Правовая политика Российской Федерации в сфере государственной безопасности (теоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2011.

⁵ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» : [принят Государственной Думой 8 июля 2006 г. : одобрен Советом Федерации 14 июля 2006 г. : по состоянию на 28 дек. 2013 г.] // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

¹ Новокшанов О.Н. Актуальные проблемы правового обеспечения информационной безопасности // Право и государство: теория и практика. 2010. № 5/65. С. 84.

² Указ Президента РФ от 9 сентября 2000 г. № Пр-1895 «Доктрина информационной безопасности Российской Федерации» // Российская газета. 2000. № 187.

указано: «Настоящий Федеральный закон регулирует отношения, возникающие при: осуществлении права на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации; применении информационных технологий; обеспечении защиты информации».

Следует отметить, что понятие «защита информации» в различных нормативно-правовых актах и научных трудах толкуется по-разному. Сравним Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации» (далее – ФЗ «Об информации...») и Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ)⁶.

В сфере информационной безопасности ФЗ «Об информации...» и УК РФ взаимосвязаны. По замыслу законодателя диспозиция статей УК РФ имеет отсылочный характер к ФЗ «Об информации...», так как в УК РФ не регламентируется термины «информация», «сведения», «данные» и т.д. Примерами могут служить следующие статьи: 140 УК РФ «Отказ в предоставлении гражданину информации»; 272 УК РФ «Неправомерный доступ к компьютерной информации»; 274 УК РФ «Нарушение правил эксплуатации средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации и информационно-телекоммуникационных сетей» и др.

В п. 1 ст. 16 ФЗ «Об информации...» регламентированы его цели. Каждой из них соответствуют диспозиции статей УК РФ:

1) обеспечение защиты информации от неправомерного доступа, уничтожения, модифицирования, блокирования, копирования, предоставления, распространения, а также от иных неправомерных действий в отношении такой информации (ст. 272 УК РФ «Неправомерный доступ к компьютерной информации»; ст. 274 УК РФ «Нарушение правил эксплуатации средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации и информационно-телекоммуникационных сетей»);

2) соблюдение конфиденциальности информации ограниченного доступа (ст. 138 УК РФ «Нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений»; ст. 283 УК РФ «Разглашение го-

сударственной тайны»; ст. 285 УК РФ «Утрата документов, содержащих государственную тайну»);

3) реализация права на доступ к информации (ст. 140 УК РФ «Отказ в предоставлении гражданину информации»; ст. 144 УК РФ «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов»; ст. 237 УК РФ «Соккрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни или здоровья людей»).

Таким образом, логичным было бы предположить, что в приведенных выше формулировках термины «защита» и «охрана» используются в качестве синонимов, из чего вытекает следующее: ФЗ «Об информации...» и УК РФ фактически регламентируют одни и те же правоотношения – правоотношения в сфере информационных процессов.

Интересен тот факт, что Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП РФ)⁷, например, ст. 14.49 КоАП РФ; подп. 52 п. 2 ст. 28.3 КоАП РФ определяет следующую формулировку «...в целях защиты сведений, составляющих государственную тайну или относимых к охраняемой в соответствии с законодательством РФ иной информации ограниченного доступа...». Из данной формулировки следует, что сведения, составляющие государственную тайну, защищаются, а иная информация ограниченного доступа охраняется. Приведем еще пример: ст. 13.12 КоАП РФ имеет следующую диспозицию «Нарушение условий, предусмотренных лицензией на осуществление деятельности в области защиты информации (за исключением информации, составляющей государственную тайну)», что подразумевает защиту информации, которая не является сведениями, составляющими государственную тайну. Противопоставление статей КоАП РФ наводит на мысли о защите информации в целом, но какая же информация охраняется? Следует подробно проанализировать категории защиты и охраны информации.

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации : [принят Государственной Думой 24 мая 1996 г. : одобрен Советом Федерации 5 июня 1996 г. : по состоянию на 10 янв. 2014 г.] // СЗ РФ. 1996. № 25.

⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : [федер. закон от 30.12.2001 г. № 195-ФЗ : принят Государственной Думой 20 дек. 2001 г. : одобрен Советом Федерации 26 дек. 2001 г. : по состоянию на 22 дек. 2012 г.] // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

Закон РФ «О государственной тайне»⁸ регулирует отношения, связанные с защитой сведений в интересах обеспечения безопасности РФ. В ст. 2 вышеназванного закона под средствами защиты информации понимаются технические, криптографические, программные и другие средства, предназначенные для защиты сведений, составляющих государственную тайну, средства, в которых они реализованы, а также средства контроля эффективности защиты информации. То есть имеется в виду не правовые средства защиты, а технические. Правовую охрану же данных правоотношений осуществляет УК РФ (например, ст. 283 УК РФ «Разглашение государственной тайны»).

Что же касается рассматриваемых категорий «защита» и «охрана» в гражданском законодательстве: в ч. 4 ст. 1253.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)⁹ регламентируется следующая формулировка: «К информационному посреднику, который в соответствии с настоящей статьей не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, могут быть предъявлены требования о защите интеллектуальных прав». Так же «защита» предусмотрена: ст. 1250 ГК РФ «Защита интеллектуальных прав»; ст. 1251 ГК РФ «Защита личных неимущественных прав»; ст. 1252 ГК РФ «Защита исключительных прав». Способы такой защиты регламентируются ст. 12 ГК РФ. Примечательно, что, в отличие от Закона РФ «О государственной тайне», ГК РФ предусматривает как правовые средства защиты («признания права» ст. 12 ГК РФ), так и технические или технологические («требования... об удалении информации... или об ограничении доступа к ней» ст. 1253.1 ГК РФ).

Говоря об «охране» информации в гражданском законодательстве, следует обратиться к содержанию ст. 1225 ГК РФ «Результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и пред-

приятий, которым предоставляется правовая охрана»; ч. 2 ст. 1448 ГК РФ «Правовая охрана, предоставляемая настоящим Кодексом, распространяется только на оригинальную топологию интегральной микросхемы...»; ч. 1 ст. 1542 ГК РФ «В состав единой технологии могут входить также результаты интеллектуальной деятельности, не подлежащие правовой охране на основании правил настоящего раздела, в том числе технические данные, другая информация». Следует учесть, что в содержании этой же статьи (ст. 1542 ГК РФ) в ч. 2 «Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, которые входят в состав единой технологии, признаются и подлежат защите в соответствии с правилами настоящего Кодекса» регламентируется понятие защита исключительных прав.

Как видно из приведенных выше примеров законодатель использует два различных термина: «охрана» информации и ее «защита». Для понимания данных категорий следует обратиться к научной точке зрения, где существуют различные позиции. По мнению З.В. Макаровой, понятие «защита» является более широким, чем «охрана». Защита прав предполагает недопущение и предупреждение их нарушения, а в случае нарушения прав – их восстановление и возмещение причиненного вреда¹⁰. Подтверждением этой точки зрения, как считают сторонники такой позиции, является, например, ст. 2 Конституции РФ: «...Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»¹¹. Но в данном случае уместно говорить не о более широком значении понятия «защита» права по отношению к «охране» права, а о специфике субъекта, ее осуществляющего. Для государства как организации публичной власти именно защита прав является одной из основных функций. В то же время оно для исполнения этой функции обязывает отдельные государственные органы и должностных лиц устанавливать режим охраны прав, а в случае их нарушения осуществлять защиту нарушенных прав.

⁸ Закон РФ от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне»: по состоянию на 21 дек. 2013 г. // Российская газета. 1993. № 182.

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 дек. 2006 г. № 230-ФЗ: [принят Государственной Думой 24 нояб. 2006 г.: одобрен Советом Федерации 8 дек. 2006 г.: по состоянию на 23 июля 2013 г.] // Российская газета. 2006. № 289.

¹⁰ Макарова З.В. Защита в российском уголовном процессе: понятие, виды, предмет и пределы // Правоведение. 2000. № 3. С. 219.

¹¹ Конституция Российской Федерации: [принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г.: по состоянию на 21 июля 2014 г.]. Ст. 2 // Российская газета. 1993. № 237.

В.А. Тархов полагает, что охрана каждого права существует постоянно и имеет целью обеспечить его осуществление, не допустить его нарушение. Охрана обеспечивается прежде всего государством, предусматривающим субъективные права и их защиту. Носитель права и сам может предпринять различные меры охраны своих интересов: предпринять меры охраны своих вещей, обеспечить доказательствами кредиторские права (документы, свидетели и т.п.) и др. Важно, чтобы меры самоохраны были законными. Необходимость прибегнуть к защите права появляется лишь при его нарушении, оспаривании либо угрозе нарушения¹².

Э.П. Гаврилов полагает, что охрана есть установление общего правового режима, а защита – те меры, которые предпринимаются в случаях, когда гражданские права нарушены или оспорены¹³. Созвучно этой позиции и мнение Н.И. Матузова. Он пишет: «Вообще охрана и защита субъективного права или охраняемого законом интереса – не одно и то же: охраняются они постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются. Защита есть момент охраны, одна из ее форм. Эти понятия не совпадают»¹⁴.

Итак, наличие различных мнений ученых о соотношении понятий «защита права» и «охрана права» показывает, что большинство исследователей под защитой права подразумевает меры, направленные на восстановление нарушенного права или на предотвращение угрозы нарушения прав и законных интересов. Вместе с тем известны точки зрения и тех ученых, которые отдают предпочтение понятию

«защита права», ставя от него в зависимость понятие «охрана права».

Таким образом, представляется, что охраной информации охватывается вся совокупность мер, обеспечивающих ее безопасность. В нее включаются меры не только правового, но и экономического, политического, организационного и иного характера, направленные на создание необходимых условий для обеспечения безопасности информации.

Представляется, что, наряду с таким широким пониманием охраны в науке и в законодательстве, используется понятие охраны в узком смысле слова. В этом случае в него включаются лишь те предусмотренные законом меры, которые направлены на конкретные действия, технологический процесс. Но как свидетельствует анализ приведенных выше примеров нормативно-правовых актов и различных научных подходов к понятиям «защита» и «охрана», существуют недостатки правовых норм, регламентирующих правоотношения в сфере защиты информации и информационной безопасности в целом.

Правовая политика в сфере информационной безопасности – последовательная деятельность государства, включающая в себя комплекс идей, целей, задач и принципов, реализуемых посредством права и направленных на обеспечение безопасности информации, защищенность которой является необходимым условием обеспечения государственной безопасности. На данный момент остается неясным, защищается информация правом или охраняется им.

¹² Тархов В.А. Гражданское право. Чебоксары, 1997. С. 259–260.

¹³ Гаврилов Э.П. Комментарий Закона об авторском праве и смежных правах. М., 1996. С. 217.

¹⁴ Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 130.

УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ОБМАНА И ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ДОВЕРИЕМ ПРИ СОВЕРШЕНИИ МОШЕННИЧЕСТВА (СТ. 159 УК РФ)

КУЗНЕЦОВА Александра Николаевна

Аннотация. В статье исследуются особенности обмана и злоупотребления доверием как признаков объективной стороны преступного мошенничества. Подробно рассматриваются различные виды преступного обмана, анализируются отличия мошенничества от иных форм хищений по способу совершения преступления.

Annotation. The article examines the characteristics of fraud and breach of trust as a sign of the objective side of criminal fraud. Different types of criminal deception are in detail considered, fraud analyzed differences from other forms of theft by the process of committing a crime.

Ключевые слова: хищение, мошенничество, объективная сторона, способ, обман, злоупотребление доверием, имущество, право на имущество.

Key words: theft, fraud, the objective side, the way the deception, abuse of trust property, the right to property.

Исключительно важным при квалификации мошенничества является вопрос о наличии в действиях виновного обмана или злоупотребления доверием по отношению к потерпевшему. Дело в том, что указанные признаки объективной стороны являются способами совершения анализируемого общественно опасного деяния и выступают в качестве обязательных для признания преступления как мошенничества. Именно специфический способ совершения деяния отличает мошенничество от других форм хищений.

Существуют точки зрения в литературе о том, что обман и злоупотребление доверием являются также и средством мошеннического получения имущества¹. Другие авторы полагают, что обман, злоупотребление доверием выступают в качестве способа, средства или условия совершения преступления². Понятие «средства преступления» употребляется в юридической литературе и в законодательстве также в другом специальном смысле. Под средствами понимают обычно вещи, документы, различные приспособления и механизмы, иначе говоря, материальные предметы, используе-

мые преступником для совершения преступления. Следовательно, предпочтительнее говорить об обмане (злоупотреблении доверием) только как о способе совершения преступления. Обман или злоупотребление доверием представляет собой акт человеческого поведения. Как справедливо отмечается в литературе, в составе мошенничества обман и злоупотребление доверием «выступают в роли вспомогательного действия, обеспечивающего выполнение основного действия, и включаются в него»³.

Обман в языкознании понимается как сознательное введение кого-либо в заблуждение, неправда, ложь, лживые слова, поступки, действия, намеренно вводящие в заблуждение, ложь, выдаваемая за истину, ложное представление о чем-нибудь, заблуждение. Обман как преступное действие характеризуется следующими особенностями: 1) обязательно предполагает объект воздействия – лицо, вводимое в заблуждение; 2) с обманом обычно связывается представление об активном поведении – намеренном, умышленном.

В действующем законодательстве понятие «обман» отсутствует. Формулировка ст. 187 УК РСФСР 1922 года гласила, что обманом считается как сообщение заведомо ложных

¹ См.: Кригер Г.А. Квалификация хищений социалистического имущества. М., 1974. С. 49 ; Соловьев О.Г. Уголовно-правовые средства охраны бюджетных отношений: проблемы юридической техники. Ярославль : ЯрГУ, 2008. С. 90.

² См.: Кронин А.Г. Мошенничество: спорные вопросы квалификации неоконченного состава // Следователь. 2003. № 2. С. 34.

³ Панов Н.И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность. Харьков, 1982. С. 35.

сведений, так и заведомое сокрытие обстоятельств, сообщение о которых было обязательно. Г.Н. Борзенков определяет обман как всякое искажение истины или умолчание об истине⁴. В данной формулировке, как видим, представлены две формы обмана – активная и пассивная. Содержание обмана при мошенничестве определяют те обстоятельства, в отношении которых мошенник вводит в заблуждение потерпевшего. Эти обстоятельства, естественно, могут носить самый разнообразный характер и касаться предметов, лиц, действий, событий, их фактических или юридических свойств, могут относиться к настоящему, прошедшему и будущему времени. Содержанием обмана являются обстоятельства как объективного, так и субъективного характера, например намерения субъекта.

Юридическая практика свидетельствует: обман относительно будущих событий встречается довольно часто, особенно если речь идет о действиях виновного («ложные обещания»). Его содержанием являются обстоятельства будущего времени (ярким примером служат все так называемые «финансовые пирамиды», которые обещали увеличить вклады в сотни раз за короткое время), при которых сознательно создается неверное представление о действительных намерениях, которые имеются у мошенника в данный момент.

В юридической литературе предлагается следующая группировка отдельных видов мошеннических обманов⁵: 1) обманы в отношении личности (существования, тождества, особых свойств личности и др.); 2) обманы относительно различных предметов (их существования, тождества, размера, качества, цены и др.); 3) обманы по поводу различных событий и действий; 4) обманы в намерениях (ложные обещания).

Обманы в отношении личности очень часто встречаются по делам о мошенничестве. По статистике УВД Ярославской области, подобные преступления совершают более половины (58,7 %) осужденных по ст. 159 УК РФ. Как правило, мошенник сообщает ложные сведения о себе или своем соучастнике. Обман

может касаться и третьих лиц, особенно если речь идет о существовании того или иного лица (так, уверив потерпевшего в том, что его родственник или близкий, считающийся умершим, жив, мошенник получает имущество якобы для передачи этому лицу).

Обманы в тождестве – это мошеннические действия, при совершении которых преступник выдает себя или своего участника за другого с целью присвоить себе полномочия другого лица, вызвать к себе особое доверие или иным образом создать предпосылки для нового обмана. В данном случае преступник может назваться чужим или вымышленным именем и использованием подложного документа, что очень распространено на практике (например, двое мошенников находят чужую сберкнижку и пытаются получить по ней деньги). Возможен также и словесный обман, особенно при посягательствах на частную собственность.

Обман в личных качествах – это в первую очередь обман в должностном положении лица или в отношениях, связанных с этим обстоятельством, якобы дающих ему возможность совершить известные действия в пользу обманутого или же воздержаться от совершения действий, которые обманутый расценивает как направленные против его интересов. Обманы такого рода могут иметь свои предметом также общественное положение обманщика и вообще все обстоятельства, определяющие его правовое положение (в отличие от его отношений по родству, по прежней дружбе и т.п.).

Так, Р. был осужден за то, что, с целью хищения товарно-материальных ценностей, зашел в магазин и, представившись сотрудником ФСБ, показав при этом несоответствующее его словам удостоверение, попросил у продавца от имени начальника РОВД товары в долг, обещая сразу же вернуть деньги. Поверив ему, продавец выдал их Р., за что тот расписался, указав чужую фамилию, после чего с похищенным скрылся⁶.

Обман в количестве, обычно осуществляемый посредством использования подложных документов, заключается в том, что субъект в результате приписок, подчисток и т.п. действий получает большее количество того или ино-

⁴ См.: Борзенков Г.Н. Ответственность за мошенничество: вопросы квалификации // Законность. 2000. № 3. С. 30.

⁵ См.: Якименко С.А. О способах совершения мошенничества // Актуальные проблемы правопедения. Кемерово, 1995. С. 135.

⁶ См.: Определение Верховного Суда РФ от 9 июля 2005 г. № 78-о05-109 // Бюл. Верховного Суда РФ. 2005. № 2. С. 4–5.

го имущества, чем то, на которое он имел право, и излишек обращает в свою пользу.

Обманы в качестве могут заключаться в том, что вместо одной вещи контрагенту передается другая, индивидуально определенная или разнящаяся от условленной родовыми признаками: вместо подлинной картины может быть передана копия и т.п.

Другой вид обманов в качестве – это так называемые обманы в тесном смысле. В этом случае, в отличие от предыдущего, предметом мошеннического обмана являются признаки, входящие в состав вещи данного рода; сюда относятся продажа позолоченных часов из неблагородного металла или серебряных за золотые, изношенной автомашины за новую, товаров низкого сорта по цене высшего и т.д.

К категориям обманов в качестве относятся все обманы, имеющие своим предметом всякого рода недостатки имущества, значительно уменьшающие его цену или пригодность к обычному или предусмотренному договором употреблению и делающие имущество недоброкачественным.

Обман в качестве может быть произведен также ложным указанием результатов, которые должны вызвать использование данного предмета, например, при продаже простой жидкости под видом лекарства. К данному виду обмана можно отнести случаи, когда в качестве предмета торга выступает какая-нибудь значимая для потерпевшего информация. Так, по делу С. действия обвиняемого были обоснованно квалифицированы как мошенничество. С. позвонил депутату областной думы К. и в обмен на вымышленную информацию о готовящемся убийстве последнего потребовал передать ему 5 000 долларов США. Депутат, опасаясь за свою жизнь и здоровье, поручил своему уполномоченному отнести конверт с деньгами на указанное преступником место (в отделение связи). Когда С. явился в отделение связи за деньгами, он был задержан⁷.

Существует и *обман в цене*. Цена принадлежит к числу объективных признаков имущества, она неразрывно связана с характери-

стой имущества со стороны его качества и количества. Поэтому назначение высокой цены за вещь заведомо средних достоинств или «нормальной» цены за вещь, не отвечающую своему обычному назначению, по общему правилу, представляет собой и обман в качестве. Вещь, по сути, выдается не за то, чем она является в действительности; в то же время это обман в цене, так как субъект назначает за вещь цену, которой она на самом деле не стоит.

Мошеннический обман может относиться также и к *юридической характеристике* предмета, а именно к принадлежности имущества, к объему прав на него у данного лица. Таким будет, например, случай, когда лицо продает не принадлежащее ему имущество, выдавая его за свое, либо продает заложенную квартиру или доверенность с правом продажи на владение автомобилем, принадлежащим его родственникам. Например, А. имитировал продажу Г. принадлежащего Госснабу Якутской (Саха) Республики автобуса «КАВЗ-327» за 330 тыс. руб., из которых через посредника от потерпевшего было получено 230 тыс. руб. Остальные 100 тыс. руб. предполагалось получить от Г. после передачи ему технической документации на автобус, который вскоре был возвращен законному владельцу⁸.

Большое распространение среди различных обманов получил обман в *отношении намерений*, то есть получение имущества или прав на него путем ложных обещаний: под предлогом оказания помощи в приобретении дефицитного товара, в прописке, получении жилой площади, поступлении в учебное заведение, изменении судебного приговора и т.д. Жертвами подобных преступлений легко становятся ищущие окольных путей для достижения своих целей. При том потерпевший становится жертвой не только обмана, но и собственного корыстолюбия, стремления к легкой наживе, неразборчивости в средствах. Следует иметь в виду, что многие потерпевшие, желая скрыть неправомерный или аморальный характер собственных действий, либо вообще не заявляют о случившемся (на что и рассчитыва-

⁷ См.: Дело № 00030501 / Арх. УВД Кировского р-на г. Ярославля за 2009 г.

⁸ См.: Определение Верховного Суда РФ от 9 июля 2003 г. № 6-кп003-17 // Бюл. Верховного Суда РФ. 2003. № 10. С. 5.

ет мошенник), либо сообщают неверные сведения о характере сделки⁹.

Одной из таких разновидностей мошенничества в сфере частного предпринимательства является незаконный сбор у населения денег с обещанием высоких доходов фирмами, не имеющими права привлекать средства населения. Нередко финансовые компании-мошенники, собирающие деньги у населения, для придания видимости надежности своей фирмы выдают клиентам страховые полисы. Однако после исчезновения таких мошенников выясняется, что полисы выдавались от имени несуществующих страховых компаний или реальных компаний, которые, однако, не только не состояли с ними ни в каких договорных отношениях, но и не подозревали о выдаче от их имени страховых полисов.

При расследовании уголовных дел, возбужденных по признакам такой разновидности мошенничества, целесообразно сосредоточить внимание в первую очередь на проверке следующих обстоятельств: 1) законно ли создана коммерческая организация, все ли необходимые процедуры пройдены на стадии ее учреждения; 2) осуществлялась ли коммерческой организацией постоянная деятельность в каком-либо из направлений, обозначенных в ее уставе; 3) соответствуют ли предполагаемые дивиденды среднестатистической практике финансово-кредитных организаций; 4) имеется ли лицензия надзорных организаций и соответствует ли деятельность коммерческой организации лицензионным требованиям.

В заключение отметим, что обман может быть *активным и пассивным*. Активная форма обмана характеризуется как искажение истины сообщением ложных сведений, совершением различных действий. Пассивная форма обмана характеризуется как умолчание об истине. Можно определять обман как всякое искажение истины или умолчание об истине.

Обманные действия, например, при получении кредитных средств путем мошенничества

могут выражаться в словесном обмане, обмане в письменной форме, обмане действием. Содержание мошеннического обмана в таких случаях составляют обстоятельства, в отношении которых мошенник вводит в заблуждение потерпевшего. Эти обстоятельства носят самый разнообразный характер. Обман может касаться предметов, лиц, действий, событий, их фактических или юридических свойств. Содержанием обмана являются обстоятельства как объективного, так и субъективного характера, например намерения субъекта. События, по поводу которых создается заблуждение, могут относиться к настоящему, прошедшему или будущему времени.

Наиболее распространенная форма «кредитного» обмана – использование подложных документов. В настоящее время с широкими возможностями компьютерной, копировальной техники этот способ получил наибольшее распространение. Для введения в заблуждение владельцев имущества относительно законности своего участия в хозяйственной деятельности могут использоваться следующие приемы (действия, операции): внесение в учредительные документы, необходимые для регистрации предприятия, искаженных сведений об учредителях (руководителях), в том числе путем использования похищенных (утраченных) паспортов граждан; изготовление поддельных печатей, уставов и других документов, в том числе путем использования ксерокопий, действительных документов и их фальсификации; использование реквизитов распавшихся предприятий с согласия их руководителей, введенных в заблуждение; похищение бланков предприятий и открытие по ним расчетных счетов в банке; регистрация предприятий по ненадлежаще оформленным, недействительным документам по сговору с должностными лицами государственных органов, осуществляющих регистрацию предприятия; сообщение ложных сведений об участниках сделки путем подделки личных документов, визитных карточек и т.п.

⁹ Борзенков Г.Н. Личная собственность под охраной закона. М., 1985. С. 56–57.

АЛГОРИТМИЗАЦИЯ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНЫХ КОМБИНАЦИЙ ПРИ ДОКУМЕНТИРОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С ПОЛУЧЕНИЕМ НЕПРАВОМЕРНОЙ ВЫГОДЫ

НЕКРАСОВ Вячеслав Анатольевич
БЕЛИК Лариса Степановна

Аннотация. Статья посвящена отдельным вопросам алгоритмизации проведения оперативных комбинаций при документировании преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды. Предлагается алгоритмическая матрица проведения оперативных комбинаций, которую можно использовать при документировании преступлений указанной категории. В качестве примеров приводятся несколько видов типичных ситуаций, наиболее часто встречаемых в практической деятельности сотрудников оперативных подразделений органов внутренних дел.

Annotation. The paper is devoted to coverage of certain issues algorithmization for rapid combinations in documenting crimes associated with obtaining undue advantage. It is proposed algorithmic matrix of operational combinations that can be used for documenting the crimes of this category. Examples are a few types of typical situations most frequently encountered in the practice of staff operational units of the Interior.

Ключевые слова: оперативная комбинация, оперативно-розыскная деятельность, алгоритмизация.

Key words: operational combination of operational-search activity, algorithmic.

Алгоритмизация следственной и оперативно-розыскной деятельности правоохранительных органов является актуальной проблемой, требующей оперативного решения¹. Эффективность проведения оперативных комбинаций при документировании преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды, нередко напрямую зависит от алгоритмизации их использования.

С.И. Николаюк считает, что работник оперативного подразделения, выполняя свои служебные обязанности, каждый раз осуществляет определенный порядок действий, который формально можно определить как алгоритм. Поэтому теория ОРД должна научно обосновать максимальное количество алгоритмов для обеспечения перекрытия всех возможных оперативно-тактических ситуаций². При этом необходимо обратить внимание на органическую взаимосвязь таких проблем, как индивидуализация

и типизация деятельности работника оперативного подразделения органов внутренних дел в соответствующей оперативно-тактической ситуации³.

Понятие алгоритма может рассматриваться на следующих уровнях: интуитивно-содержательном, на уровне формальных уточнений и на так называемом прикладном уровне.

Рассмотрим прикладной уровень, поскольку для него характерно определенное ослабление жесткости алгоритма деятельности и предоставление субъекту альтернативных возможностей поведения. Поэтому общей философской базой применения этого подхода в ОРД выступает теория рационального выбора, сосредоточенная на решении вопроса выбора благоприятного пути для достижения цели⁴.

По содержанию под алгоритмами понимают общепринятые и предписанные относительно того, какие и в каком порядке производить действия, целью которых является полу-

¹ Ищенко Е.П., Сливинский К.О. Криминалистическая алгоритмизация : теоретические предпосылки // Акад. юрид. журн. 2001. № 4. С. 45–51, 46.

² Николаюк С.І. Алгоритмізація дій оперативних працівників в процесі оперативного пошуку ознак господарських злочинів шляхом використання можливостей нечіткої логіки // Південноукр. правничий часопис. 2009. № 1.

³ Цехан Д.М. Використання високих інформаційних технологій в оперативно-розшуковій діяльності органів внутрішніх справ : моногр. / за наук. ред. О.О. Подобного. Одеса : Юридична література, 2011. 216 с.

⁴ Там же. С. 75.

чение необходимого результата⁵. Специалисты в области технических наук дают следующее толкование термина «алгоритм»: «точное предписание выполнять в строго определенном порядке систему операций для решения задач конкретного вида». То есть если задача имеет решение, выполняя заданную последовательность действий, обязательно будет найдено решение⁶. В практике борьбы с преступностью проблема алгоритмизации на начальном этапе возникла в криминалистике в связи с недостаточностью информационного обеспечения следователя, что стимулировало поиск недостатков в его работе и направлений их устранения⁷.

Ученые-криминалисты под алгоритмом предлагают понимать точную систему действий, ориентированных на типичные ситуации того или иного этапа расследования в зависимости от вида преступного деяния. То есть это система четко разработанного описания соответствующих действий, направленных на решение конкретных задач расследования⁸.

В.В. Печерский отмечает, что алгоритм – это система рациональных и последовательных действий, выполнение которых, в процессуальных формах, влечет за собой получение положительного результата⁹.

Такой результат при документировании преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды, можно достичь, только имея достаточный квалификационный уровень знаний и навыков, обрести которые без знания соответствующих последовательных действий не возможно.

Именно поэтому стоит согласиться с исследователями, которые считают, что целесообразность разработки алгоритмов наиболее очевидна в случаях недостаточной квалификации кадров, при наличии сложностей, возникающих при проведении оперативных комбинаций. Из всех действий, обусловленных преступлениями указанной категории и оперативно-тактической ситуацией на начальном этапе проведения опера-

тивной комбинации, оптимальным является только определенный перечень действий, который варьируется в незначительных пределах¹⁰.

Коррупционность должностных лиц приводит к возникновению значительного количества фактов получения неправомерной выгоды, в том числе совершаемого с помощью разработанных преступных схем. Осуществляя свою преступную деятельность, такие лица руководствуются четким алгоритмом совершения определенных и последовательных действий. Это связано с тем, что преступления, совершенные определенными лицами, имеют признаки плановости.

Алгоритмический подход к организации своей деятельности должны использовать и работники оперативных подразделений правоохранительных органов при документировании преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды. Алгоритмизация организационного аспекта позволит решить значительное количество вопросов в деятельности оперативных подразделений ОВД¹¹.

М.С. Полевой отмечает возрастающую роль алгоритмов и вполне обоснованно подчеркивает, что они разрабатываются в процессе функционирования системы правоохранительных органов, однако не являются жесткими, поскольку выбор таких алгоритмов и их структура во многом определяются конкретной оперативно-розыскной ситуацией. Детализируя свою позицию, ученый классифицировал такие алгоритмы на «определенные» и «расплывчатые»¹².

Применение оперативных комбинаций позволяет выделить ряд факторов, обуславливающих необходимость разработки алгоритмов:

– сложность выбора аппаратного средства в условиях дефицита оперативно-значимой информации на начальном этапе документирования преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды, поскольку работнику оперативного подразделения ОВД не всегда известно, каким именно образом совершено преступление указанной категории;

– наличие в деятельности преступников определенной типологии действий, направлен-

⁵ Смирнов В.А. Алгоритмы и логические схемы алгоритмов // Проблемы логики. М., 1963. С. 84–101, 85.

⁶ Вилкас Э.И., Майминас Е.З. Решение: теория, информация, моделирование. М.: Радио и связь, 1981. С. 21.

⁷ Цехан Д.М. Указ. соч. С. 75.

⁸ Там же.

⁹ Печерский В.В. Типовые программы допроса на предварительном и судебном следствии: учеб.-практ. пособие. М.: Юрлитинформ, 2005. С. 55–56.

¹⁰ Цехан Д.М. Указ. соч. С. 77.

¹¹ Там же.

¹² Правовая кибернетика социалистических стран / под ред. Н.С. Полевой [и др.]. М.: Юридическая литература, 1987. 432 с.

ных для совершения преступлений указанной категории;

– целесообразность для сотрудника оперативного подразделения ОВД (который не профессионально владеет навыками работы) действовать по жестким правилам, которые разработаны учеными с учетом практики;

– наличие уже сформированных в оперативно-розыскной практике четких действий, направленных на использование оперативных комбинаций при документировании преступной деятельности лиц указанной нами категории преступлений.

Алгоритмизация может предоставить положительные результаты при проведении оперативной комбинации по документированию преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды.

Необходимо отметить, что на формирование соответствующего алгоритма влияет ряд факторов преимущественно объективного характера:

– сложившаяся оперативно-тактическая ситуация;

– профессиональные навыки конкретного работника оперативного подразделения ОВД, который применяет оперативную комбинацию;

– информационно-аналитическое и материально-техническое обеспечение оперативной комбинации;

– конкретная задача, которую необходимо решить оперативному работнику с помощью оперативной комбинации при документировании преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды.

Применение оперативных комбинаций при документировании преступлений указанной категории в практической деятельности оперативных подразделений ОВД свидетельствует, что отдельные направления их применения уже являются алгоритмизованными. К ним можно отнести:

1) сбор и анализ информации об объекте, который представляет оперативный интерес;

2) планирование и моделирование ситуаций, в которые планируется поместить объект, представляющий оперативный интерес;

3) разработка легенды и ее материально-техническое обеспечение;

4) способы доведения необходимой информации в рамках плана и легенды подозреваемому лицу;

5) распределение функций и ролей между субъектами оперативной комбинации;

6) осуществление запланированных действий субъектами оперативной комбинации;

7) анализ результатов проведенной оперативной комбинации.

Указанный алгоритм проведения оперативной комбинации не является исчерпывающим, а выступает своеобразной «матрицей», которая может применяться для разработки определенных алгоритмических действий, используемых при возникновении конкретных типичных ситуаций совершения преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды.

Следует отметить, что научные разработки по типологии ситуаций в правоохранительной деятельности ОВД в юридической науке осуществлялись неоднократно, причем преимущественно теорией криминалистики¹³. Уже сегодня, в рамках этой области знаний, результаты исследований активно используют для разработки рекомендаций различного характера. Однако, в отличие от криминалистики, научно-исследовательские работы, которые проводились в рамках теории ОРД, оказались направленными преимущественно на актуализацию необходимости определения типичных ситуаций, а также определение общих ориентиров их исследования¹⁴.

Термин «ситуация» почти одинаково интерпретируется для любой сферы деятельности человека. В словаре иностранных языков под ситуацией толкуется совпадение условий и обстоятельств, создающих определенное положение¹⁵. Аналогичное понятие приводится и в словаре русского языка: «...совокупность условий и обстоятельств, создающих те или иные отношения, обстановку, состояние»¹⁶.

В оперативно-розыскной теории понятие «ситуация» ассоциируется с возникновением криминальных явлений (событий), в связи с которыми появляются соответствующие основания для проведения ОРД. Например, В.Г. Самойлов

¹³ Волчецкая Т.С. Криминалистическая ситуалогия : моногр. / под ред. Н.П. Яблокова. Калининград, 1997. 248 с.

¹⁴ Неживий В.М. Типові ситуації учинення злочинів у сфері земельних відносин з проявами хабарництва // Вісн. Луганск. держав. ун-ту внутр. справ імені Е.О. Дідоренка ; спец. вип. 2011. № 8. С. 532–539, 533.

¹⁵ Словник іноземних слів / за ред. О.С. Мельничука ; гол. ред. україн. радян. енцикл. Акад. наук Української РСР. Київ, 1975. С. 618.

¹⁶ Словарь русского языка : в 4 т. / АН СССР, Ин-т рус. яз. ; под ред. А.П. Евгеньевой. 3-е изд., стер. М. : Русский язык, 1998. Т. 4. С. 100.

считает, что ситуация включает в себя совокупность фактических данных относительно уголовных событий в условиях необходимости принятия решения о проведении оперативно-розыскных мероприятий¹⁷. В свою очередь общее мнение Е.О. Дидоренко, И.П. Козаченко, Я.Ю. Кондратьева, В.П. Пилипчука и В.Г. Регульского заключается в понимании ситуации как реально существующего на данный момент положения конкретного уголовного события, в связи с которым осуществляются оперативно-розыскные мероприятия¹⁸.

Понятно, что особенности приведенных подходов к терминологическому определению содержания ситуации заключаются в отражении ее прикладного аспекта. Прежде всего речь идет о ситуации как обстановке (по параметрам наличия и качества информации), которую оценивает уполномоченное лицо на определенный момент времени, в интересах противодействия преступности.

В свою очередь, термин «типовой» сразу в двух значениях интерпретируют словари иностранных слов¹⁹:

– как то, что является образцом, стандартом для ряда явлений, случаев или соответствует определенному образцу;

– характерный или присущий определенному типу явлений.

По мнению В.М. Неживого, суть термина «типовой» в ОРД можно определить как рас-

пространенность какого-либо явления, что в практике выполнения оперативно-розыскных заданий часто встречается (повторяется), в определенной степени поддается формализации и предусматривает возможность принятия типового решения²⁰.

Учитывая вышеизложенное, приведем в качестве примера наиболее типичные ситуации совершения преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды. При этом следует отметить, что алгоритм действий по проведению оперативных комбинаций сотрудниками оперативных подразделений ОВД в каждой конкретной ситуации будет формироваться на основании приведенной выше «алгоритмической матрицы».

Ситуация № 1. Задержание преступника с поличным при получении или даче неправомерной выгоды.

Ситуация № 2. Документирование преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды, совершаемых при участии посредников.

Ситуация № 3. Документирование преступлений, связанных с получением неправомерной выгоды, осуществляемых организованной группой или преступной организацией.

Ситуация № 4. Внутрикамерная разработка задержанных и арестованных с целью получения и проверки информации о фактах получения неправомерной выгоды.

¹⁷ Самойлов В.Г. Оперативно-розыскная тактика органов внутренних дел : учеб. пособие. М., 1984. С. 25.

¹⁸ Оперативно-розшукова діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина Підручника / за аг. ред. Л.В. Бородича ; [авт. кол. Е.О. Дидоренко, І.П. Козаченко, Я.Ю. Кондратьєв, В.П. Пилипчук, В.Л. Регульський]. Луганськ : РВВ ЛПВС, 1999. Т. 1. С. 319.

¹⁹ Словник іноземних слів. С. 606.

²⁰ Неживий В.М. Указ. соч. С. 532–539, 534.

АНАЛИЗ СООТВЕТСТВИЯ ПРИЗНАКОВ РАЗБОЯ ФОРМЕ ХИЩЕНИЯ

ПАНТЮХИНА Инга Владимировна
БРАЖНИК Сергей Дмитриевич

Аннотация. В статье анализируются признаки законодательной конструкции разбоя, их соответствие признакам хищения, позиции различных специалистов по данному вопросу и судебной практики. На основе исследования авторы приходят к заключению о несоответствии разбоя форме хищения, противоречивости правоприменительной практики установлениям закона и предлагают решение данных проблем.

Annotation. The article analyzes the characteristics of the legislative design of the robbery, according to the signs of theft, the positions of various experts on this issue and litigation. On the basis of research, the authors conclude that the discrepancy robbery form of theft, inconsistent enforcement practices provisions of the law and offer a solution to these problems.

Ключевые слова: разбой, хищение, нападение, насилие, законодательная конструкция, трансформация умысла, окончание разбоя.

Key words: robbery, theft, assault, rape, statutory construction, the transformation of intent, the end of the robbery.

Формы хищений, установленные УК РФ, являются исчерпывающими. Традиционная и наиболее опасная из них – разбой. Несмотря на это отнесение последнего к хищениям в доктрине уголовного права подвергается серьезной критике. В частности, С.М. Кочои, Н.А. Лопашенко и некоторые другие специалисты, анализируя признаки объективной стороны разбоя, пытаются последовательно и обоснованно доказать несостоятельность его отнесения к хищениям, в связи с несоответствием конструкции разбоя всем признакам хищения, отраженным в его легальном определении (примеч. 1 ст. 158 УК РФ). Так, Н.А. Лопашенко подчеркивает, что нападение в целях хищения чужого имущества, соединенное с физическим и психическим воздействием на потерпевшего, не равнозначно хищению. По ее мнению, законодательная конструкция разбоя находится в глубоком противоречии с законодательным определением хищения, и поэтому считать разбой формой хищения нет никаких оснований¹. С.М. Кочои полагает, что разбой более всего похож на корыстное преступление против собственности, а не на

хищение². Такие позиции специалистов подчеркивают неудачность законодательной формулировки разбоя.

Диспозиция нормы, предусмотренной ч. 1 ст. 162 УК РФ, сконструирована как нападение, соединенное с насилием, опасным для жизни или здоровья лица, подвергшегося нападению, или угрозой применения такого насилия, совершенное с целью изъятия чужого имущества. По сути, разбой представлен сложносоставным деянием, состоящим из двух групп действий: 1) нападения, сопряженного с применением насилия или угрозой его применения и 2) изъятия чужого имущества с последующим его обращением в собственность нападающего или иного лица.

Одним из отличительных признаков разбоя от других форм хищения является способ его совершения в виде нападения. Вместе с тем, единого толкования понятия *нападения* в доктрине уголовного права не выработано. На протяжении многих лет этот термин является оценочным понятием, рассматриваемым и определяемым в юридической литературе интуитивно, что требует казуистического толкования. Обычно в него включают такие при-

¹ См.: Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. М., 2005. С. 68–69.

² См.: Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. М.: Профобразование, 2000. С. 98.

знаки, как внезапность, агрессивность, неожиданность³. В русском языке он толкуется как быстрое стремительное действие, предпринятое виновным против жертвы, с целью захвата, нанесения урона, ущерба и т.п.⁴ В научных источниках нападение определяется как «быстрое, стремительное действие, предпринятое против потерпевшего», которое может носить *открытый* (в том числе *демонстративный*), то есть быть явным для потерпевшего, и *скрытый* от потерпевшего характер, например, удар по голове, нанесенный сзади, выстрел из укрытия⁵. Применительно к хищениям оно толкуется как внезапное воздействие на потерпевшего, соединенное с насилием либо угрозой его применения, с целью хищения чужого имущества⁶, или как «открытое либо внезапное скрытое физическое воздействие на собственника, иного владельца имущества либо на другое лицо, которое может помешать завладению чужим имуществом»⁷ и т.п.

Итак, нападение можно представить как действие, состоящее из двух последовательных этапов: создание реальной опасности применения насилия и непосредственно насилие. Реальная возможность применения насилия и степень его опасности для потерпевшего могут быть субъективными, то есть оцениваться самим потерпевшим (в случае, когда нападение носит открытый характер) и объективно реальными, исходя из конкретной обстановки, независимо от того, осознавал ли этот факт потерпевший. В любом случае действия виновного должны быть направлены на причинение вреда жизни и здоровью потерпевшего.

В связи с важностью понимания смысла нападения как способа совершения разбоя некоторые специалисты предлагают легализовать его толкование в ст. 162 УК РФ как «неожиданные для потерпевшего и активные умыш-

ленные насильственные действия, опасные для жизни или здоровья, либо угрозу такими действиями»⁸. Другие авторы утверждают, что, по сути, нападение есть внезапное применение насилия, на основании чего нападение и насилие происходят одновременно и поэтому их фактически невозможно разделить, а практика смещает акцент на насилие. На этой основе они заключают, что во включении в диспозицию ст. 162 УК РФ «нападения» нет необходимости⁹. В противовес подобной позиции еще ранее высказались Г.И. Чечель и М.К. Алиев. Исследовав сущность терминов «нападение» и «насилие» они констатировали, что их нельзя рассматривать как части единого, расположенные внешне по отношению к друг другу, они составные части целого – с самим этим целым. По их мнению, нападение неразрывно связано с насилием и именно в этой совокупности они составляют разбой, поэтому идеи об исключении «нападения» из законодательной конструкции разбоя несостоятельны¹⁰.

Законодательная конструкция разбоя позволяет вывести последовательность совершаемых виновным действий: нападение, применение насилия или угроза его применения, изъятие имущества и обращение его в пользу виновного или иного лица. В данном аспекте актуализируется подход к оценке хищения с трансформацией одной его формы в другую в процессе реализации умысла. В специальной литературе подчеркивается, что «хищение, начатое как кража или грабеж, может перерасти в разбой, если виновный с целью завладения имуществом (или его удержания после завладения) применяет насилие, опасное для жизни или здоровья, либо угрожает применением такого насилия»¹¹, что находит свое подтвержде-

³ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. А.И. Рарога. М.: Проект, 2004. С. 272; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В.Ф. Караулова. М., 2002. С. 129.

⁴ См.: Словарь русского языка. М.: Просвещение, 1982. Т. 2. С. 376.

⁵ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.М. Лебедев. 12-е изд., перераб и доп. М., 2012. С. 547–548.

⁶ См.: Севрюков А.П. Хищение имущества: криминологические и уголовно-правовые аспекты. М., 2004. С. 147.

⁷ Савинов А.В. Экономические преступления: учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 58.

⁸ Казанков В.Ю. Разбой как форма хищения чужого имущества: Уголовно-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2006. С. 7.

⁹ См.: Шалюгина Е.С. Аргументация объективных признаков организованного разбоя в действующем российском законодательстве // Юридическая техника. 2013. № 7-1. С. 376.

¹⁰ См.: Чечель Г.И., Алиев М.К. Разбой: некоторые вопросы объективной стороны // Вестн. Сев.-Кавказ. федер. ун-та. 2006. № 4. С. 81.

¹¹ Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: учеб. / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. 2-е изд., испр. и доп. М.: Контракт: ИНФРА-М, 2009. С. 212–213; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А.И. Чучаева. 2-е изд., испр., доп. и перераб. М.: Контракт: ИНФРА-М, 2010. URL: <http://forum.garant.ru/read.php?7,1321601> (дата обращения: 17.03.2014).

ние в судебной практике¹². В приведенном толковании обращает на себя внимание указание на возможность применения насилия не с целью изъятия имущества у потерпевшего, а удержания уже изъятых. Однако в данном случае механизм совершения разбоя включает сначала изъятие имущества, а потом применение насилия, которое уже не согласуется с законодательной формулировкой нападения в разбое, так как для него обязательной установлена та цель, с которой оно совершается – хищение. В рассматриваемом случае хищение уже состоялось (частично – произошло изъятие чужого имущества). Совершенное таким образом деяние, даже при беглом сопоставлении с законодательной конструкцией разбоя, обнаруживает их несоответствие друг другу. В связи с этим следует признать, что правоприменительная практика в приведенных случаях вынуждена более руководствоваться целесообразностью квалификации содеянного и устойчивой практикой, нежели положениями закона. Данное положение служит еще одним дополнительным аргументом сомнения в правильности отнесения разбоя к форме хищения.

Оконченным разбой признается с момента нападения, даже при условии, что, в силу различных причин, преступник не смог завладеть имуществом¹³. Стадия его окончания фактически переносится на стадию покушения. Специалисты подчеркивают: «с точки зрения законодателя, разбой проявляется в полном объеме даже тогда, когда нет ни изъятия чужого имущества, ни тем более обращения этого имущества виновным в свою пользу или пользу иных лиц»¹⁴. Эта же позиция отражена в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 года¹⁵. В связи с этим

в доктрине уголовного права общепризнано отнесение разбоя к разновидности усеченных составов преступлений, так как оконченным он признается до окончания всех действий, составляющих его объективную сторону, чем он также существенно отличается от других форм хищения, которые сконструированы как материальные составы преступления. Вместе с тем, квалифицирующие признаки разбоя, предусматривающие совершение разбоя в крупном и особо крупном размере (ч. 3 и 4 ст. 162 УК РФ) дают основания полагать, что разбой в них регламентирован как материальный состав преступления, что не согласуется с основным составом последнего и опять же вызывает обоснованную критику со стороны специалистов¹⁶. Несмотря на законодательные конструкции указанных признаков, Верховным Судом РФ растолковано, что в случаях, когда лицо, совершившее разбойное нападение, имело цель завладеть имуществом в крупном или особо крупном размере, но фактически завладело имуществом, стоимость которого не превышает двухсот пятидесяти тысяч рублей либо одного миллиона рублей, его действия надлежит квалифицировать по ч. 3 ст. 162 или по пункту «б» ч. 4 ст. 162 УК РФ как оконченный разбой, совершенный в крупном размере или в целях завладения имуществом в особо крупном размере¹⁷. Данное толкование приходит в противоречие с законодательной конструкцией указанных квалифицирующих признаков, что опять показывает вольное толкование норм закона и ориентир судебной практики на руководство целесообразностью применения норм закона, а не их исполнением в точном соответствии с их регламентацией.

Нельзя не отметить и еще одной особенности разбоя, согласно которой хищение имущества определено лишь целью нападения, в связи с чем, по смыслу конструкции деяния, определяющим (первостепенным) является не изъятие и обращение чужого имущества в пользу виновного, а нападение на потерпевшего с применением к нему насилия, поскольку хищение в нем определено лишь как цель.

¹² См., например: Постановление Президиума Московского городского суда от 13 июля 2012 г. по делу № 44у-285/12 // Арх. Моск. гор. суда.

¹³ См.: Морозов Ю. Уточнить критерии кратковременного расстройства здоровья // Рос. юстиция. 2000. № 4. С. 50.

¹⁴ Богданчиков С.В. Уголовно-правовые и криминологические аспекты преступлений против собственности : моногр. / под ред. Н.Д. Эриашвили. М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2011. С. 91–92.

¹⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» (с изм. и доп. от 06.02.2007 г. и 23.12.2010 г.). URL: <http://ппвс.рф/2002/postanovlenie-plenuma-vs-rf/N29-ot-27.12.2002.html> (дата обращения: 27.07.2014).

¹⁶ Более подробно см.: Хилота В.В. Разбой: от усеченного – к материальному составу преступления // Адвокат. 2007. № 8. С. 36–39.

¹⁷ См.: URL: <http://ппвс.рф/2002/postanovlenie-plenuma-vs-rf/N29-ot-27.12.2002.html> (дата обращения: 27.07.2014).

Собственно хищение, по сути, вынесено за рамки разбоя как оконченного преступления, что также порождает сомнения в правомерности отнесения разбоя к формам хищения.

Итак, особенностями законодательной конструкции разбоя, отличающими его от иных форм хищения, являются двуобъектность посягательства, способ совершения – нападение, сопряженное с насилием, опасным для жизни или здоровья лица, подвергшегося нападению, цель нападения – хищение чужого имущества и момент его окончания – факт нападения, то есть до реализации изъятия имущества (усеченность состава). Эти особенности разбоя дают основания для дискуссий, в ходе которых некоторые специалисты обосновывают обоснованность отнесения разбоя к формам хищения, доводы которых представляются весьма убедительными. В связи с этим можно утверждать, что законодательная конструкция состава разбоя несовершенна и требует изменения.

Прекращение дискуссий по вопросу отнесения разбоя к формам хищения видится в двух направлениях: отказ от признания разбоя формой хищения или приведение конструкции разбоя в соответствие с признаками хищения. Более целесообразным представляется второй путь, для реализации которого ст. 162 УК РФ будет достаточно изложить в следующей редакции: «Разбой, то есть хищение чужого имущества посредством применения насилия, опасного для жизни или здоровья потерпевшего, или угрозы применения такого насилия». Такая конструкция разбоя устраним противоречия между толкованием легальных признаков конструкций разбоя и хищения, снимет изложенные дискуссионные вопросы о признании разбоя формой хищения, а также позволит привести в соответствие с законом квалификацию случаев хищения при трансформации умысла в ходе изъятия имущества и применения насилия с целью удержания изъятого имущества, а также указанных квалифицированных видов разбоя.

АНАЛИЗ СООТВЕТСТВИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ПОЛОВОЙ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В РОССИИ МЕЖДУНАРОДНЫМ НОРМАМ

СЕНИНА Олеся Александровна

Аннотация. В статье анализируется соответствие норм российского уголовного законодательства Конвенции Совета Европы «О защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия», делается вывод о неполном их соответствии, на основе чего обосновывается необходимость внесения изменений в действующее законодательство России.

Annotation. The article examines the compliance of the norms of Russian criminal law to the Council of Europe Convention "On the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse", concludes their lack of compliance on the basis of which the necessity of amending the current legislation of Russia.

Ключевые слова: несовершеннолетние, половая неприкосновенность, международные нормы, состав преступления.

Key words: minors, sexual integrity, international standards, crime structure.

В современном мире преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетних перестали быть проблемой отдельных стран. Вненациональный характер этих преступлений подтверждается международными нормами. Так, еще Конвенцией о правах ребенка от 20 ноября 1989 года закреплена обязанность государства обеспечивать ребенку такую защиту и заботу, которые необходимы для его благополучия, принимать все необходимые законодательные, административные, социальные и просветительные меры с целью защиты ребенка от всех форм физического или психологического насилия, оскорбления или злоупотребления, включая сексуальное злоупотребление, защищать ребенка от всех форм сексуальной эксплуатации и сексуального совращения (ст. 3, 19 и 34)¹. Согласно этим положениям государства-участники принимают на национальном уровне все необходимые меры для предотвращения склонения или принуждения ребенка к любой незаконной сексуальной деятельности, использования в целях эксплуатации детей в проституции или в другой незаконной сексуальной практике, в порнографии и порнографических материалах.

Принятая в 2007 году Конвенция Совета Европы «О защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия» (далее – Конвенция) рекомендует государствам-участникам установить уголовную ответственность за занятие деятельностью сексуального характера с ребенком, который, согласно соответствующим положениям национального законодательства, не достиг установленного законом возраста для такого занятия. В ней же определена необходимость установления уголовной ответственности за занятие деятельностью сексуального характера с ребенком, когда используются принуждение, сила или угрозы, злоупотребление признанным доверием, властью или влиянием на ребенка, в том числе внутри семьи или особо уязвимым положением ребенка, в частности в силу его ограниченных умственных и физических возможностей или в случае его зависимого положения (ст. 18)².

Анализ данных норм позволяет заключить, что международные нормы оставляют открытым для каждого государства вопрос о возрасте для занятия деятельностью сексуального характера, который решается на уровне национального законодательства с учетом региональных особен-

¹ См.: Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=9959> (дата обращения: 07.08.2014).

² См.: Конвенция Совета Европы от 25 октября 2007 г. «О защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия». URL: http://www.aids.tomsk.ru/wp-content/uploads/2013/09/LanzaroteConvention_ru.pdf (дата обращения: 10.08.2014).

ностей, в том числе специфики культуры, национальных обычаев и традиций.

К числу преступных Конвенция относит насильственные и ненасильственные посягательства на несовершеннолетних.

Россия подписала Конвенцию 1 октября 2012 года и ратифицировала, но с оговорками, и с 1 декабря 2013 года она вступила для РФ в силу³.

Отдельно Конвенцией Совета Европы предложено государствам-участникам криминализировать такой состав преступления, как совращение детей, заключающийся в умышленном склонении ребенка, не достигшего возраста допустимости сексуальных отношений, к наблюдению сексуального насилия или деятельности сексуального характера в сексуальных целях (ст. 22). В отечественном законодательстве подобного самостоятельного состава преступления не регламентировано, однако такие действия признаются российским правоприменителем развратными и соответственно квалифицируются по ст. 135 УК РФ.

Безусловный интерес представляет ст. 23 Конвенции, предписывающая установление уголовной ответственности за любое умышленное предложение о встрече, с которым взрослый при помощи информационно-коммуникационных технологий обращается к ребенку, не достигшему возраста, допустимого для сексуальных отношений, с целью совершения против него или нее любого из половых насильственных преступлений, если за таким предложением последовали практические действия, направленные на проведение такой встречи. Действующим УК РФ подобной или похожей нормы не предусмотрено. По мнению А.Д. Оберемченко, совершение перечисленных действий может быть квалифицировано как приготовление к определенным половым преступлениям, однако уголовная ответственность наступает лишь за приготовление к тяжкому или особо тяжкому преступлению, что исключает ответственность за подобные действия в целях совершения, например, развратных действий без отягчающих обстоятельств⁴. Таким образом, изложенная рекомендация Кон-

венции российским законодателем в полной мере не реализована, тогда как, с учетом распространенности использования сети Интернет и особенно среди подростков, она является весьма актуальной.

К числу сексуальных посягательств на несовершеннолетних Конвенцией отнесены деяния, сопряженные с их проституцией (ст. 19), порнографией с их изображениями, а также их участия в порнографических представлениях (ст. 20, 21). В части данных норм следует констатировать, что они фактически воспроизведены в отечественном уголовном законодательстве. В то же время обращает на себя внимание то, что рассматриваемая Конвенция относит эти деяния к половым посягательствам, тогда как российский законодатель определил им место в группе преступлений против общественной нравственности. Такое положение подтверждает обоснованность критики места расположения указанных составов преступлений в УК РФ и целесообразность предложений некоторых специалистов об их переносе в группу половых преступлений⁵.

Отдельно Конвенцией оговорены обстоятельства, отягчающие наказание за совершение сексуальных посягательств в отношении несовершеннолетних. В силу ст. 28 к таковым отнесены нанесение серьезного ущерба физическому или психическому здоровью жертвы, предшествование или сопровождение преступления пытками или актами грубого насилия, совершение преступления в отношении особо уязвимой жертвы членом семьи, лицом, живущим с ребенком, или лицом, злоупотребившим властью, совершение несколькими лицами, организованной группой, лицом, ранее судимым за совершение преступлений такого же характера. Большинство указанных обстоятельств признается российским законодателем отягчающими наказание (ст. 63 УК РФ) либо квалифицирующими признаками конкретных составов преступлений (например, ч. 5 ст. 131 и ч. 5 ст. 135 УК РФ). Однако в российских нормах отсутствуют и как отягчающее наказание, и как квалифицирующий признак такие обстоятельства, как совершение полового преступления в отношении несовершеннолетнего

³ См.: Федеральный закон Российской Федерации от 7 мая 2013 г. № 76-ФЗ «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений» // Российская газета. 2013. № 6075. 13 мая.

⁴ См.: Оберемченко А.Д. Развратные действия: уголовно-правовая характеристика и проблемы квалификации : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2014. С. 37.

⁵ См.: Ларина Л.Ю., Пантюхина И.В. Точность определения места расположения преступлений как фактор сохранения структуры Особенной части УК РФ // Правовая инициатива. 2014. № 2. С. 10.

членом семьи, иным лицом, живущим с ребенком, или лицом, злоупотребившим властью. Вместе с тем случаи совершения посягательств на несовершеннолетних со стороны членов их семьи или работников образовательных и иных учреждений для детей не редки. Так, согласно данным М. Куршева субъектами половых посягательств на детей в 6,3 % являются родные отцы, в 26,6 % – отчимы или сожители матери и в 21,9 % – другие родственники⁶. По утверждению М.А. Коротаевой и А.М. Тронева, отчимами, родителями или другими ближайшими родственниками совершается 34 % сексуальных посягательств на несовершеннолетних⁷. Л.В. Логинова указывает, что родственные связи с потерпевшими имеют 18 % лиц, совершивших половые посягательства на несовершеннолетних и 26 % сексуальных преступлений против несовершеннолетних совершают учителя средних образовательных школ, воспитатели, тренеры спортивных секций, сотрудники школ-интернатов и детских домов⁸. Безусловно, общественная опасность полового посягательства на несовершеннолетнего при его совершении родственником или иным близким или знакомым потерпевшему лицом увеличивается. Поэтому небезосновательны предложения о включении в действующие нормы УК РФ в качестве квалифицирующих признаков половых посягательств на несовершеннолетних их совершение перечисленными лицами⁹.

Таким образом, анализ международных норм показывает, что мировым сообществом признана общественная опасность как насильственного, так и ненасильственного вовлече-

ния несовершеннолетних в сексуальную деятельность, которая может негативно повлиять на их физическое и психическое развитие.

Большинство рекомендаций международного сообщества в сфере защиты несовершеннолетних от сексуальных посягательств российским законодателем имплементировано. Однако оговорки Федерального закона о ратификации Конвенции Совета Европы «О защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия» позволили российскому законодателю оставить без внимания ряд международных предписаний. В частности, не устанавливать ответственность за предложения взрослого лица о встрече с несовершеннолетним посредством информационно-коммуникационных технологий с целью совершения полового преступления и не повышать ответственность за половые посягательства на несовершеннолетних со стороны их родственников, иных близких лиц и работников различных образовательных, лечебных и иных социальных учреждений, в которых могут находиться несовершеннолетние. Вместе с тем исследования подтверждают наличие таких явлений в России, что указывает на необходимость отказа российского законодателя от оговорок при ратификации международных норм и приведение отечественных мер уголовно-правовой защиты половой неприкосновенности несовершеннолетних в полное соответствие с международным законодательством, что позволит в большей степени обеспечить такую неприкосновенность и при необходимости более дифференцированно и справедливо избирать меры наказания за ее нарушение.

⁶ См.: Куршев М. «Портрет» педосексуального преступника // Уголовное право. 2011. № 2. С. 129.

⁷ См.: Коротаева М.А., Тронева А.М. Особенности личности преступника, совершающего сексуальные преступления против несовершеннолетних // Адвокатская практика. 2009. № 1. С. 27–30.

⁸ См.: Логинова Л.В. Уголовно-правовое и криминологическое исследование преступлений против половой неприкосновенности несовершеннолетних : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 13, 27–30.

⁹ См.: Затона Р.Е. Уголовно-правовой и криминологический аспекты ответственности за половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим четырнадцатилетнего возраста : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 10 ; Логинова Л.В. Указ. соч. С. 9 ; Пантюхина И.В. О расширении квалифицирующих признаков половых преступлений // Право и политика: теоретические и практические проблемы : сб. материалов 2-й Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию юрид. фак. Ряз. гос. ун-та имени С.А. Есенина / отв. ред. А.В. Малько. Рязань, 2013. С. 393.

К ВОПРОСУ О ТЕХНИКЕ ПРИМЕНЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА

СОЛОВЬЕВ Олег Геннадиевич

Аннотация. В статье исследуются различные подходы к выработке понятия применения уголовного закона, предлагается наиболее оптимальная дефиниция исследуемого феномена. Автор предлагает выделять в качестве элементов правоприменительной техники в уголовном праве – технику квалификации, конкретизации или индивидуализации. В работе анализируется положение о допустимости расширения границы техники применения уголовного права за счет положений организационно-процессуального (процедурного) характера.

Annotation. For article various approaches to development of concept of application of the criminal law are investigated, the optimal definition of an investigated phenomenon is offered. The author suggests to mark out the technics of qualification, a concrete definition or a responsibility individualization as elements of technics of application of the criminal law. In work position about an expansion admissibility borders of technics of application of criminal law at the expense of positions of organizational-remedial (procedural) character is analyzed.

Ключевые слова: юридическая техника, субъект правоприменения, применение уголовного права, дефиниция, техника квалификации, индивидуализация ответственности, толкование.

Key words: juridical technique, subject of law enforcement, application of the criminal law, definition, technics of qualification, responsibility individualization, interpretation.

В юридической литературе отмечаются различные подходы к выработке понятия правоприменительной техники в уголовном праве. Основные вопросы возникают при оценке содержания ключевого понятия в указанной связке – *применение уголовного права*. Несомненно, следует поддержать позицию авторов, которые исключают нормативный (в силу отсутствия законодательной дефиниции) и семантический подходы к выяснению того, что включается в содержание применения уголовного права, и предлагают исследование данного феномена в рамках как признаков общей теории права, так и отраслевых особенностей уголовного права¹.

Изучая немногочисленные доктринальные исследования по вопросам применения уголовного права, можно выделить различные дефиниции исследуемого феномена. Так, по мнению А.В. Наумова, *применение уголовного права* – это деятельность, направленная «на решение вопроса (положительное или отрицательное) об уголовной ответственности и наказании лица, совершившего преступление, либо устанавливающая правомерность поступков

лица и освобождающая его от уголовной ответственности и наказания»². «*Применение уголовно-правовых норм*, – полагает А.С. Шляпочников, – это основывающийся на <...> уголовном законе властный волевой акт государственного органа, <...> опирающийся на установленную по уголовному делу объективную истину в вопросе о виновности или невиновности лица, привлеченного к уголовной ответственности»³. В свою очередь, Л.Д. Гаухман определяет *применение уголовного закона* как многообразную деятельность государственных правоохранительных органов, связанную с решением вопросов: 1) уголовно-правовой оценки содеянного; 2) назначения наказания; 3) освобождения от уголовной ответственности и от наказания; 4) применения принудительных мер воспитательного характера к несовершеннолетним; 5) применения принудительных мер медицинского характера⁴.

Заметим, что приведенные позиции страдают либо некоторой узостью (и напротив, аб-

¹ См.: Благов Е.В. Общая теория применения уголовного права. Ярославль, 2003. С. 68; Белоносов В.О. Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 5.

² Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики). Волгоград, 1973. С. 44–45.

³ См.: Шляпочников А.С. Толкование советского уголовного закона. М., 1960. С. 47.

⁴ См.: Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001. С. 10.

страктностью, размытостью), либо процессуальным (процедурным) уклоном. Более точное и конкретное, на наш взгляд, определение предложено Е.В. Благовым, считающим, что «...применение уголовного права – это принятие и закрепление решения о предусмотренности (или непредусмотренности) установленных фактических обстоятельств в соответствующей норме и об определении (или неопределении) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера»⁵.

Такой подход, представляющийся в целом логичным, по мнению Е.В. Румянцевой, должен быть немного скорректирован. Дело в том, указывает она, «что применение уголовного права и, соответственно, техника этого процесса заключаются не только в принятии и закреплении соответствующего решения, но и в самой деятельности... Следовательно, техника применения уголовного права относится не только к выработке правоприменительного решения, но и в целом к *деятельности* по квалификации преступления, оценке малозначительного деяния, назначению наказания или освобождению от него и т.д.»⁶.

Представляется, что в формулировке, предложенной Е.В. Благовым, речь идет, в том числе, и о деятельности, но применительно к *единичной правоприменительной операции*, поскольку и оценка малозначительности, и назначение наказания либо освобождения от него всегда связаны с принятием и закреплением юридического решения. Понятно, что если речь идет о правоприменительном процессе, таких решений может быть много и осуществляются они в определенной последовательности – это и образует правоприменительную деятельность. Но в исследуемом определении говорится о *применении уголовного права*, поэтому вполне логично говорить о единичной операции, как элементе перманентного процесса. Что является основным содержанием деятельности хирурга по применению своих навыков – совершение хирургической операции или операций? Спор, в этом смысле, является бессодержательным.

Тем не менее, если вести речь о содержании абстрактной правоприменительной деятельности, *во-первых*, правильней привязывать ее к *процессу* принятия решений. Не случайно большинство вышеуказанных авторов рассуждают именно в этом ключе. *Во-вторых*, учетом того, что *квалификация* является необходимой составляющей правоприменения в перечень основных операций должен включаться и элемент *толкования* уголовного закона. Заметим, что *толкование, интерпретация* по времени и сложности может занимать подавляющий объем в процессе применения норм уголовного права. Очевидно, что широкая трактовка термина «принятие решения» позволяет включать в него и элемент толкования, то есть выработки решения. Однако процессы выработки и принятия решения могут различаться как по субъектам, так и по качественному и количественному содержанию (например, по количеству предложенных для принятия решений). Следовательно, сам перечень основных операций по применению уголовного закона может выглядеть следующим образом: *выработка, принятие, закрепление... решения*.

Думается также, что оба процесса 1) «принятия и закрепления решения о предусмотренности (или непредусмотренности) установленных фактических обстоятельств в соответствующей норме» и 2) «определения (или неопределения) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера» должны не только объединяться союзом «и», но альтернативно разделяться союзом «или». Отсюда дефиниция, предложенная Е.В. Благовым, в модернизированном виде может выглядеть следующим образом: ***применение уголовного права – это деятельность полномочных субъектов по выработке, принятию и закреплению решений о соответствии (либо несоответствии) установленных фактических обстоятельств признакам, закрепленным в уголовно-правовой норме, и (или) об определении (либо неопределении) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера.***

Очевидно, что в таком виде понятие применения уголовного закона пересекается с понятием квалификации в уголовном праве, а отсюда одним из элементов правоприменительной техники является техника квалификации. Коротко отметим, что по поводу определения содержания процесса квалификации в доктрине сложилось в основном два подхода. В соответствии с первым (назовем его «уз-

⁵ Благов Е.В. Общая теория применения уголовного права. С. 73.

⁶ См.: Румянцева Е.В. Техника конструирования и применения диспозиций статей о налоговых преступлениях (ст. 198–199² УК РФ) : дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2007. С. 59.

ким») квалификация преступлений состоит в установлении соответствия данного конкретного деяния признакам того или иного состава преступления, предусмотренного уголовным законом⁷.

Сторонники «широкого» подхода в процесс квалификации включают и этап *юридического закрепления* результата идентификации содеянного с описанием его состава в уголовном законе. Так, по мнению В.Н. Кудрявцева, «понятие квалификации имеет два значения: 1) процесс установления признаков того или иного преступления в действиях лица; 2) результат этой деятельности судебных и прокурорских органов – официальное признание и закрепление в соответствующем юридическом акте (постановлении следователя или органа дознания, обвинительном заключении, судебном приговоре или определении) обнаруженного соответствия признаков совершенного деяния уголовно-правовой норме»⁸.

Не вдаваясь в дискуссию по поводу указанных выше позиций, мы присоединимся к первой точке зрения, таким образом, не рассматривая юридическое закрепление итогов квалификации как обязательный ее этап. Понятно, что в данном случае речь идет исключительно об официальной квалификации. Следовательно, применение средств уголовно-процессуального принуждения, освобождение от уголовной ответственности, назначение наказания, освобождение от наказания или от его отбывания, применение иных мер уголовно-правового характера, погашение и снятие судимости не являются этапами квалификации, хотя и осуществляются на основе ее результатов. Условно такие элементы применения уголовного права можно назвать конкретизацией, индивидуализацией ответственности. Отсюда *техника применения уголовного права* включает в себя *технику квалификации и технику конкретизации и индивидуализации ответственности*. Это в свою очередь означает, что в значительной степени качество применения уголовного закона зависит от уровня техники

квалификации, конкретизации и индивидуализации ответственности и наказания.

Отметим, что в контексте вышесказанного возникает несколько вопросов. Во-первых, в каком соотношении находятся понятия: *техника применения уголовного закона* и *правоприменительная техника в уголовном праве*; во-вторых, возможно ли говорить о *единообразии* либо *различии* технической составляющей правоприменительной деятельности *всех полномочных субъектов* (например, следователя, прокурора, судьи и т.п.); в-третьих, какие именно технические операции необходимо включать в процесс *по выработке, принятию и закреплению правоприменительных решений*.

Отвечая на первый вопрос, отметим, что, техника применения уголовного закона, на наш взгляд, по содержанию и границам является более узким понятием, чем правоприменительная техника в уголовном праве. Ответ на второй вопрос предполагает возможность использования в практической юридической деятельности различными правомочными субъектами несовпадающих уголовно-правовых инструментов.

Наиболее сложным является третий вопрос. Условно любая деятельность состоит из последовательных взаимозависящих мыслительных и физических операций. Равно и деятельность по применению уголовного права состоит из подобных элементов. Мы уже говорили, что наибольший объем в этом процессе могут занимать интерпретационные операции. Если сводить правоприменение только к выработке и принятию решения, оно, по сути, смешивается с толкованием права, а по сути – с квалификацией. Включая в правоприменительную деятельность элемент *закрепления* таких решений, мы, несомненно, расширяем ее границы, но в таком случае она начинает пересекаться с техническими процессуальными операциями.

Считается ли техническим «уголовно-правовым» сбоем, приводящим к отрицательному результату, нарушение следователем уголовно-процессуальных положений, например сроков или порядка вынесения процессуальных решений (которые закрепляют положительную квалификацию). Если да, то тогда правоприменительная техника в уголовном праве может не только тесно смыкаться, пересекаться, но порой и сливаться с процессуальной техникой. Отсюда мы полагаем допустимым расширять (в отдельных случаях) грани-

⁷ См.: Герцензон А.А. Квалификация преступлений. М., 1947. С. 56 ; Коржанский М.И. Квалификация преступлений. Киев, 1998. С. 10–11.

⁸ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1999. С. 5.

цы техники применения уголовного права за счет положений *организационно-процессуального* (процедурного) характера, поскольку уголовный процесс, как справедливо утверждается в литературе, является единственной и специфической формой именно применения уголовного права, результаты которого всегда закрепляются в процессуальных актах⁹.

Не случайно, в отличие от Уголовного кодекса, в котором словосочетание «применение уголовного закона» употребляется лишь один раз (ч. 2 ст. 3 УК РФ), Уголовно-процессуальный кодекс использует такую терминологию гораздо чаще (ч. 2 ст. 297, ч. 3 ст. 301, ч. 1 ст. 387 и др.). В ч. 2. ст. 297 УПК РФ (Законность, обоснованность и справедливость приговора) указывается, что приговор признается законным, обоснованным и справедливым,

если он постановлен в соответствии с требованиями *настоящего Кодекса* и основан на *правильном применении уголовного закона* (выделено нами. – *О.С.*).

Нередко в правовой доктрине анализируется проблема: является ли использование (неиспользование) технических элементов, которые облегчают, упрощают, интенсифицируют и т.п. деятельность различных правомочных субъектов, *составляющими правоприменительной техники в уголовном праве* (например, использование компьютера, правовых систем, квалифицированных комментариев и проч.). Полагаем, что такие предметы не являются элементами юридической техники, как элементы исключительно правовой деятельности, соответственно, не должны включаться они и в содержание техники правоприменительной.

⁹ См.: Антонов И.А. Новый УПК РФ: особенности применения мер уголовно-процессуального принуждения, связанных с лишением свободы // Следователь. 2002. № 2. С. 34 ; Благов Е.В. Применение уголовного закона (теория и практика). СПб., 2004. С. 74.

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ НАДОМНИКОВ И ДИСТАНЦИОННЫХ РАБОТНИКОВ: НЕКОТОРЫЕ СХОДСТВА И РАЗЛИЧИЯ

АЛЕКСЕЕВ Кирилл Васильевич

Аннотация. В статье проведен анализ норм трудового законодательства, посвященных правовому положению надомников и дистанционных работников. Рассмотрены некоторые сходства и различия правового статуса надомников и дистанционных работников. Предложены некоторые изменения в Трудовой кодекс РФ.

Annotation. The article analyses norms of labor legislation devoted to the legal position of outworkers and telecommuters. It considers some similarities and differences of their legal statuses. The author suggests introducing some amendments into the Labor Code of the Russian Federation.

Ключевые слова: надомники, дистанционные работники, трудовой договор, работодатель, работник.

Key words: outworkers, telecommuters, labor contract, employer, employee.

Развитие информационных технологий, постоянный рост количества граждан, пользующихся Интернетом и социальными сетями, уже давно обусловили увеличение на рынке труда количества дистанционных работников, осуществляющих трудовую функцию в удалении от работодателя.

До недавнего времени такой удаленный труд не имел специального регулирования в трудовом законодательстве, и работодатели либо использовали его без надлежащего оформления, либо пытались заключить трудовой договор, ориентируясь на гл. 49 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ), касающуюся надомников.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 5 апреля 2013 года. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» ТК РФ был дополнен гл. 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников».

Таким образом, дистанционные работники выведены в совершенно самостоятельную категорию, для которой предусмотрено особое правовое положение. Вместе с тем между надомниками и дистанционными работниками остается много общего, а появившиеся различия, на наш взгляд, не всегда оправданны.

Согласно ст. 310 ТК РФ надомниками считаются лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому из материалов и с использованием инструментов и механизмов, выделяемых работодателем либо приобретаемых надомником за свой счет. Надом-

ник может выполнять работу, обусловленную трудовым договором, с участием членов его семьи. При этом трудовые отношения между членами семьи надомника и работодателем не возникают. В случае использования надомником своих инструментов и механизмов ему выплачивается компенсация за их износ. Выплата такой компенсации, а также возмещение иных расходов, связанных с выполнением работ на дому, производятся работодателем в порядке, определенном трудовым договором.

Дистанционными работниками, в соответствии со ст. 312.1 ТК РФ, считаются лица, заключившие трудовой договор о дистанционной работе, которой является выполнение определенной трудовым договором трудовой функции вне места нахождения работодателя, его филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения (включая расположенные в другой местности), вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя, при условии использования для выполнения данной трудовой функции и для осуществления взаимодействия между работодателем и работником по вопросам, связанным с ее выполнением, информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети Интернет. Кроме того, из ст. 312.2 ТК РФ следует, что в трудовом договоре о дистанционной работе может предусматриваться дополнительное условие об обязанности дистанционного работника использовать при исполнении им

своих обязанностей по трудовому договору о дистанционной работе оборудование, программно-технические средства, средства защиты информации и иные средства, предоставленные или рекомендованные работодателем.

Как видно из указанных выше норм, основным объединяющим надомников и дистанционных работников фактором является выполнение трудовой функции вне места нахождения работодателя. Помимо этого, общими признаками двух рассматриваемых категорий работников, в частности, являются следующие:

1. Инструменты и механизмы для работы надомников, оборудование, программно-технические средства, средства защиты информации и иные средства, используемые дистанционным работником, либо предоставляются, либо рекомендуются работодателем. При этом второй вариант более внятно урегулирован в отношении надомников, которые, согласно ст. 310 ТК РФ, приобретают инструменты и механизмы за свой счет.

2. Расторжение трудового договора как с надомником, так и с дистанционным работником, производится по основаниям, предусмотренным трудовым договором.

3. На надомников и дистанционных работников распространяется действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, с установленными в ТК РФ особенностями (ст. 310 и 312.1).

4. Для дистанционных работников, равно как и для надомников, предусмотрена компенсация в случае использования ими своего оборудования, собственных инструментов и механизмов (ст. 312.3 и 310 ТК РФ).

Далее законодатель пошел по пути разграничения правового положения рассматриваемых категорий работников. Как представляется, целесообразно провести анализ установленных в ТК РФ некоторых различий между надомниками и дистанционными работниками и выяснить, насколько эти различия оправданны.

1. Рабочее место дистанционного работника не определено, а надомник выполняет работу на дому (ст. 310 ТК РФ). На практике к своему жилищу работник будет привязан лишь в том случае, если его трудовая функция связана со стационарным оборудованием, перемещение которого затруднено. Едва ли у работодателя возникнут претензии к надомнику,

который, например, будет заниматься резьбой по дереву в рамках трудового договора не дома, как это обусловлено соглашением, а в саду, на даче, в гараже и т.д. По большому счету работодателя интересует конечный результат работы и надомника, и дистанционного работника, а не сам трудовой процесс. Следует отметить, что данный факт сближает трудовые отношения надомника и дистанционного работника, с одной стороны, и с другой стороны, работодателя с гражданско-правовыми отношениями.

2. Законодательство не предусматривает участия в выполнении работы «дистанционника» членов семьи, в то время как в отношении надомника такое участие прямо предусмотрено в ТК РФ (ст. 310). Не совсем понятно, почему законодатель счел, что дистанционный работник не может пользоваться помощью членов семьи, как надомник, поскольку очевидно, что перепоручение части (или всей) работы вполне возможно. Особенно это касается таких видов работы, как литературное редактирование, верстка книг, перевод, набор текста на компьютере и т.д.

3. Согласно ст. 311 ТК РФ работы, поручаемые надомникам, не могут быть противопоказаны им по состоянию здоровья и должны выполняться в условиях, соответствующих требованиям охраны труда. Для дистанционных работников ничего подобного не предусмотрено. Таким образом, получается, что законодатель не учел «Гигиенические требования к персональным электронно-вычислительным машинам и организации работы. СанПиН 2.2.2/2.4.1340-03», утвержденные Главным государственным санитарным врачом Российской Федерации 30 мая 2003 года и введенные в действие постановлением Главного государственного санитарного врача Российской Федерации от 3 июня 2003 года № 118. Между тем в соответствии с п. 13.1 данного документа лица, работающие с ПЭВМ более 50 % рабочего времени (профессионально связанные с эксплуатацией ПЭВМ), должны проходить обязательные предварительные при поступлении на работу и периодические медицинские осмотры в установленном порядке.

4. Надомник оформляет трудовые отношения с работодателем в обычном порядке. Оформление трудовой книжки для дистанционного работника, заключающего трудовой договор впервые, в силу ст. 312.2 ТК РФ, не

является обязательным; также по соглашению сторон трудового договора о дистанционной работе сведения о дистанционной работе могут не вноситься в трудовую книжку дистанционного работника. Думается, что при таком подходе законодатель стимулирует развитие уже существующих злоупотреблений, связанных с совместительством, признанием гражданина безработным и т.д.

5. Безусловно, главным отличием удаленных работников от надомников является использование работниками для выполнения своей трудовой функции и для осуществления взаимодействия между работодателем и работником по вопросам, связанным с ее выполнением, информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети Интернет.

Согласно Федеральному закону от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» информационно-телекоммуникационная сеть – технологическая система, предназначенная для передачи по линиям связи информации, доступ к которой осуществляется с использованием средств вычислительной техники. Обычное почтовое отправление (посылка, бандероль, заказное письмо) к информационно-телекоммуникационным сетям, естественно, не относится, и это прямо следует из приведенного легального определения данных сетей.

Такое отличие обуславливает специфические нормы, посвященные дистанционным работникам, в частности: заключение трудового договора путем обмена электронными документами; возможность использования формы электронного документа с усиленной квалифицированной электронной подписью дистанционного работника или лица, поступающего на дистанционную работу, и работодателя; возможность обмена документами в электронном виде; предоставление работодателем по заявлению работника заверенных надлежащим образом копий документов, связанных с работой (ст. 62 ТК РФ), в форме электронного документа (если это указано в заявлении) и т.д.

Однако следует отметить, что использование электронной формы документов не отменяет полностью традиционный вариант на бумажном носителе. Так, в соответствии со ст. 312.2 ТК РФ в случае, если трудовой дого-

вор о дистанционной работе заключен путем обмена электронными документами, работодатель не позднее трех календарных дней со дня заключения данного трудового договора обязан направить дистанционному работнику по почте заказным письмом с уведомлением оформленный надлежащим образом экземпляр данного трудового договора на бумажном носителе. Поступающее на дистанционную работу лицо обязано направить работодателю по требованию последнего по почте заказным письмом с уведомлением нотариально заверенные копии документов, предусмотренных ст. 65 ТК РФ, на бумажном носителе. Трудовая книжка (в случае ее оформления) предоставляется работодателю лично или направляется по почте заказным письмом с уведомлением.

Иными словами, полностью отказаться от традиционного бумажного документооборота на современном этапе не представляется возможным, что и отразил законодатель в гл. 49.1 ТК РФ.

Краткий анализ перечисленных выше различий между надомными и дистанционными работниками позволяет сделать следующие выводы.

Законодатель, определяя правовое положение дистанционных работников, на наш взгляд, отнес к последним слишком узкую группу, а по некоторым параметрам не совсем справедливо отделил их от надомников.

Так, работник, осуществляющий трудовую функцию с использованием услуг почты, не попадает в категорию дистанционных работников, даже если работодатель находится от него на значительном удалении. Такое положение представляется несправедливым, поскольку, скажем, клейщик конвертов или специалист по росписи игрушек, если его работодатель находится в другом городе, полностью соответствует статусу дистанционного работника, за исключением главного: он не использует для выполнения своей трудовой функции информационно-телекоммуникационные сети, в том числе Интернет.

Если строго следовать положениям ст. 312.1 ТК РФ, к дистанционным нельзя отнести работников, которые осуществляют взаимодействие с работодателем через Всемирную сеть, но саму трудовую функцию выполняют без помощи телекоммуникационных сетей, и это представляется неоправданным.

В качестве примера можно привести работу корректора. Технология издания книги подразумевает, что этот специалист работает с бумажным вариантом работы. На практике корректор доставляет результат своего труда работодателю не только лично, но и используя услуги почты или курьера. В последнем случае удаленность работника от работодателя может составлять сотни километров, однако трудовой договор о дистанционной работе в данной ситуации не будет соответствовать ст. 312.1 ТК РФ, ибо для выполнения своей трудовой функции корректор не использует информационно-телекоммуникационные сети (даже если он общается с работодателем посредством Интернета). Более того, падение уровня грамотности нередко обуславливает желание издательства-работодателя привлечь к работе очень опытного специалиста зрелого, а порой и пенсионного возраста, но эта категория граждан нередко совсем не владеет навыками работы с электронно-вычислительными машинами.

Аналогичный пример можно привести и из сферы физического, а не интеллектуального труда. Работник, занимающийся раскраской фигурок и отправляющий готовую продукцию в другой город, лишен возможности заключить трудовой договор о дистанционной работе по причинам, указанным выше.

Таким образом, находясь вдалеке от работодателя, подобные описанным выше работники не могут заключить трудовой договор о дистанционной работе и, как следствие, лишены возможности обмениваться с работодателем документами в электронной форме, даже если владеют навыками работы на компьютерной технике и в Интернете.

Такое положение, как представляется, противоречит интересам как работников, так и работодателей, поскольку воспользоваться некоторыми, безусловно, удобными нововведениями, получится далеко не у всех желающих.

Выход из ситуации видится в дальнейшем развитии трудового законодательства, которое, на наш взгляд, должно пойти по следующему пути. Необходимо, прежде всего, расширить круг потенциальных дистанционных работников, заменив в ч. 1 ст. 312.1 слова «при условии использования» словами «в том числе

с использованием». Такая замена позволит легально трудоустроить на условиях дистанционной работы не только системных администраторов, создателей сайтов, наборщиков текстов на компьютере и других подобных специалистов, чья трудовая функция немыслима без информационно-телекоммуникационных сетей, но и таких специалистов, как корректор, склейщик конвертов и прочих работников, чей труд не связан с работой, например в Интернете, но при этом может носить и интеллектуальный, и физический характер.

Кроме того, журналисты, литературные редакторы, копирайтеры и другие подобные специалисты смогут по согласованию с работодателем выбирать наиболее удобный для них способ выполнения трудовых функций: с использованием электронной или традиционной почты, на бумажных или электронных носителях и т.д. Предложенное изменение также позволит дистанционно трудиться большему количеству представителей старшего поколения, пенсионеров, которые смогут без использования информационных технологий улучшать свое благосостояние посредством официальной работы по трудовому договору о дистанционной работе.

Еще одним важным фактором является, по нашему мнению, более четкое определение правового положения надомника. Для этого представляется целесообразным дополнить первое предложение ч. 1 ст. 310 словами «и предназначенных для стационарной работы или требующих специальных условий». Благодаря этому изменению также расширится круг лиц, которые смогут заключать трудовой договор о дистанционной работе.

Существуют разные виды деятельности, которую возможно выполнять в любых условиях без привязки к конкретному месту, и такие работы, на наш взгляд, целесообразно считать дистанционными вне зависимости от того, используются при этом информационно-телекоммуникационные сети или нет.

Подводя итог всему сказанному, следует подчеркнуть, что сам факт регулирования труда такой специфической категории, как дистанционные работники, бесспорно, позити-

вен. Однако существующие нормы требуют совершенствования.

За рамками данной статьи остался подробный анализ целого ряда проблем: факультативность записи в трудовой книжке и эфемерность некоторых норм об охране труда дистанционного работника, отсутствие медицинского осмотра лиц, работающих на компью-

тере, и т.д. Эти проблемы требуют отдельного исследования.

Думается, что первым шагом на пути улучшения правового регулирования труда надомников и дистанционных работников должны стать предложенные выше изменения, позволяющие расширить круг лиц, имеющих законные основания работать дистанционно.

СИСТЕМА ПРИНЦИПОВ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

ТЮТЮНИК Аэлиа Сергеевна

Аннотация. Статья посвящена анализу принципов земельного права. В ней представлена основная информация о системе принципов права, взгляды ученых в этой области. На основе теоретических представлений автором предлагается система принципов земельного права, включающая принципы, закрепленные в земельном законодательстве и доктринальные принципы земельного права.

Annotation. The article concerns the analysis of the principles of the land law. It represents the basic information about the system of the principles of the law, researches in this area. On the basis of theoretical representations, the author offers the system of the principles of the land law, including the principles specified in the land legislation and the doctrinal principles of the land law.

Ключевые слова: принципы права, система принципов права, принципы земельного права, доктринальные принципы земельного права.

Key words: principles of the law, system of principles of the law, principles of the land law, doctrinal principles of the land law.

Известно, что одно из значений слова «принцип» (происходит от латинского слова *principium* – «основа, начало»), которое наиболее соответствует понятию «принцип права», – основные идеи, исходные положения или ведущие начала процесса его формирования, развития и функционирования¹.

Принципам земельного права присущи общие черты и свойства, характерные для всех других правовых принципов. Поэтому при рассмотрении принципов земельного права необходимо руководствоваться прежде всего общими положениями, выработанными в теории права².

Принимая во внимание теорию права, Е.С. Болтанова считает, что принципы земельного права – «это объективно обусловленные характером земельных отношений основополагающие, руководящие положения, отражающие сущность земельного права»³. По мнению Ю.Г. Жарикова, отличительной особенностью принципов земельного права «является их фиксация в отраслевом земель-

ном законе – Земельном кодексе Российской Федерации»⁴.

К принципам земельного права большинство представителей последнего относят следующие: учет значения земли как основы жизни и деятельности человека; приоритет охраны земли как важнейшего компонента окружающей среды и средства производства в сельском хозяйстве и лесном хозяйстве перед использованием земли в качестве недвижимого имущества; приоритет охраны жизни и здоровья человека; участие граждан, общественных организаций (объединений) и религиозных организаций в решении вопросов, касающихся их прав на землю; единство судьбы земельных участков и прочно связанных с ними объектов; приоритет сохранения особо ценных земель и земель особо охраняемых территорий; платность использования земли; деление земель по целевому назначению на категории; разграничение государственной собственности на землю на собственность Российской Федерации, собственность субъектов Российской Федерации и собственность муниципальных образований; дифференцированный подход к установлению правового режима земель; сочетание интересов общества и законных интересов

¹ Мален Н.С. Правовые принципы, нормы и судебная практика // Государство и право. 1996. № 6. С. 12–19.

² Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации (учебно-практический) / под ред. В.В. Круглова, С.А. Степанова. М.: Проспект: Ин-т част. права, 2010 // Система ГАРАНТ ЭКСПЕРТ.

³ Болтанова Е.С. Земельное право. М., 2010. С. 17–19.

⁴ Земельное право: учеб. / под ред. С.А. Боголюбова. М.: Проспект, 2010. С. 14.

граждан; разграничение действия норм гражданского законодательства и норм земельного законодательства в части регулирования отношений по использованию земель; государственное регулирование приватизации земли⁵.

В свою очередь, указанные принципы земельного права названы законодателем иначе – «Основные принципы земельного законодательства» – и получили свое закрепление в ст. 1 Земельного кодекса Российской Федерации 2001 года (далее – ЗК РФ).

Исходя из определения, представленного, например, в толковом словаре земельного права, принципы земельного законодательства – это «закрепленные в актах земельного законодательства основополагающие земельно-правовые нормы, на которых базируется (или должно базироваться) все действующее земельное законодательство»⁶. Считаем, что данное определение можно применить и для понятия принципов земельного права, поскольку существенных отличий от определений, представленных выше, не отражено.

Следовательно, указание одних и тех же принципов в земельном праве и Земельном кодексе, входящем в земельное законодательство, приводит к мысли, что различий между принципами земельного права и принципами земельного законодательства не существует.

Однако с такой позицией трудно согласиться, поскольку, исходя из общих правил, представленных в теории права, принципы права и принципы законодательства не могут быть тождественными⁷.

Необходимо сказать, что определений к понятию «принципы законодательства», в отличие от представленных в литературе определений к понятиям «принципы права», существ-

венно меньше. В основном определение к принципам законодательства упоминается в соотношении с принципами права. Так, И.Н. Сенякин указывает, что «отсутствие законодательного оформления принципов права затрудняет их использование на практике, порождает неоднозначное толкование. Вместе с тем, желательность нормативного закрепления принципов права не означает их отождествление с принципами законодательства. Последние представляют собой исходные технико-юридические начала построения как отдельно взятого нормативно-правового акта, так и системы российского законодательства в целом, посредством которых осуществляется ее эффективное функционирование, обеспечивается наиболее полное и точное отражение в ней требований правовых принципов»⁸. Далее он указывает, что «несмотря на тесную взаимосвязь между принципами права и принципами законодательства, существует целый ряд отличий, первое из которых заключается в том, что принципы права носят объективный характер, а принципы законодательства, напротив, по своей природе больше подвержены субъективному воздействию со стороны законодателя, и их образование напрямую зависит от его волеизъявления, а также от характера проводимой государством политики»⁹.

С.Ю. Суменков считает, что «с методологической точки зрения принципы понятий «право» и «законодательство», их соотношение, можно представить как содержание (принципы права) и форму (принципы законодательства)»¹⁰.

Подобный подход применяется в теории права при рассмотрении соотношения права и законодательства. Например, в учебнике под редакцией А.В. Мелехина указывается, что «в теории права соотношение категорий "право" и "законодательство" понимается неодинаково»¹¹.

И.А. Иконичкая при определении понятия земельного права отмечает, что «исходным при определении понятия земельного права

⁵ Земельное право : учеб. / В.Х. Улюкаев [и др.]. М. : Частное право, 2010. 344 с. // СПС «КонсультантПлюс»; Земельное право : учеб. / под ред. С.А. Боголюбова. С. 14–19; Волков Г.А. Принципы земельного права России. М. : Городец, 2005. 336 с.; Земельное право России: краткий курс лекций / под ред. А.П. Анисимова. М. : Юрайт-Издат, 2013. С. 14–20.

⁶ Краснов О.И., Петрова Т.В., Тарло Е.Г. Толковый словарь земельного права. СПб., 2004. С. 254.

⁷ Теория государства и права : учеб. / под ред. А.В. Мелехина. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009 // СПС «КонсультантПлюс»; Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2002. С. 277; Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 2002. С. 186; Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 123; Теория государства и права: Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 1995. С. 122.

⁸ Сенякин И.Н. Федерализм как принцип российского законодательства. Саратов, 2007. С. 147.

⁹ Там же. С. 145–147.

¹⁰ Суменков С.Ю. Принципы права и исключения в праве: аспекты соотношения // Государство и право. 2009. № 5. С. 23.

¹¹ Теория государства и права : учеб. / под ред. А.В. Мелехина.

является современный подход теории права к соотношению таких категорий, как право и законодательство. Определение земельного права опирается прежде всего на общее различие права и законодательства, а также на различие элементов, составляющих систему права и систему законодательства»¹².

Более подробно по вопросу о соотношении принципов земельного права и принципов земельного законодательства высказал свое мнение Г.А. Волков в работе, посвященной принципам земельного права, в которой он справедливо отмечает, что «принципы земельного права, закрепленные непосредственно в правовых нормах закона, становятся нормами-принципами. Вместе с тем нормы-принципы земельного права являются законодательными предписаниями, которые выражают и закрепляют принципы земельного права»¹³.

М.Ю. Тихомиров продолжает, что «значение норм-принципов, содержащихся в ст. 1, прежде всего состоит в том, что они определяют цели, на которые должна быть ориентирована вся нормотворческая деятельность в области земельного законодательства, находящая выражение в нормах как Кодекса, так и других федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними законов субъектов Российской Федерации. Этим же принципам должно подчиняться также подзаконное нормотворчество в сфере земельных отношений, осуществляемое Президентом России, Правительством РФ, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления в рамках их компетенции. Кроме того, указанные нормы-принципы могут в определенных случаях служить критерием, позволяющим разрешать возникающие правовые коллизии при применении отдельных актов и норм земельного законодательства»¹⁴.

Обратим внимание, что названные ученые не используют термин «принципы земельного законодательства».

Резюмируя вышеизложенное, опираясь на общетеоретическую характеристику принципов земельного права, принимая во внимание подходы ученых к понятию «принципы права», заложенные в теории права, а также мнения ученых – специалистов по земельному праву, под *принципами земельного права*, на наш взгляд, следует понимать основные начала, руководящие положения, определяющие общую направленность и выражающие сущность регулирования отношений, связанных с использованием и охраной земли в Российской Федерации как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, которые, получая закрепление в актах земельного законодательства, приобретают юридическую силу нормы права.

Исходя из этого, принципы, названные в п. 1 ст. 1 ЗК РФ как основные принципы земельного законодательства, по нашему мнению, представляют собой принципы земельного права. Они закрепляют основные стержневые положения регулирования земельных отношений. Отметим, что эти принципы имеют практически-прикладной характер, поскольку являются обязательными для всех субъектов земельных отношений и составляют важнейшую часть ЗК РФ.

Обратим внимание на п. 2 ст. 1 ЗК РФ, согласно которой федеральными законами могут быть установлены и другие принципы земельного законодательства, не противоречащие установленным п. 1 настоящей статьи принципам.

В земельно-правовой литературе указаны следующие федеральные законы, в которых находят отражение принципы земельного права. Так, Федеральный закон «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» от 24 июля 2002 года № 101-ФЗ¹⁵ в п. 3 ст. 1 называет принципы, на которых основывается оборот земель сельскохозяйственного назначения; Федеральный закон «О государственном кадастре недвижимости» от 24 июля 2007 года № 221-ФЗ¹⁶, закрепляющий в ст. 4 принципы ведения государственного кадастра недвижимости и иные.

Как справедливо подчеркивал С.А. Боголюбов в одном из своих комментариев к ЗК РФ, «принципы, устанавливаемые федеральными

¹² Иконицкая И.А. Земельное право Российской Федерации: Теория и тенденции развития. М.: ИГП РАН, 1999. С. 20.

¹³ Волков Г.А. Указ. соч. С. 18.

¹⁴ Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.В. Чубукова, М.Ю. Тихомирова. М., 2001. С. 22.

¹⁵ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3018.

¹⁶ Там же. 2007. № 31. Ст. 4017.

законами, как правило, относятся к отдельной конкретной сфере земельных отношений, регулируемой каждым из этих законов, и, таким образом, развивают и дополняют общие принципы земельного законодательства, закрепленные ЗК, которым они не должны противоречить»¹⁷.

Перечень принципов не является исчерпывающим, как отмечено в п. 2 ст. 1. Сравнительный анализ содержания других статей Земельного кодекса позволяет сформулировать ряд принципов земельного права, так или иначе нашедших также отражение в других актах земельного законодательства и в юридической литературе по этому вопросу¹⁸. Последние представляют собой доктринальные принципы права, которые представляют собой «исходные юридические идеи (идеалы и т.п.), сформулированные учеными-юристами, составляющие часть научного правосознания, выраженные текстуально, не обязательные для субъектов права и выступающие в качестве научно обоснованных ориентиров в процессе уяснения и разъяснения правовых предписаний и правового регулирования общественных отношений»¹⁹. Внешней формой их закрепления являются научные работы ученых-юристов (статьи, комментарии, диссертации, монографии и т.д.).

Принципы земельного права исследовались в научной литературе задолго до введения в ЗК РФ статьи, посвященной принципам земельного права.

В работах ученых по земельному праву советского периода назывались такие принципы, как принцип исключительности права государственной социалистической собственности на землю, ее недра, леса, воды и другие объекты природы; принцип безвозмездности земельных отношений²⁰; плановость, целенаправленность и рациональность землепользования; устойчивость землепользования; при-

оритет права сельскохозяйственного землепользования²¹.

Названные принципы не были закреплены в определенной статье нормативного акта, тем не менее, важнейшие положения земельного права были учтены в тех или иных нормах кодексов. Так, в Земельном кодексе РСФСР 1970 года²² было установлено, что земля состоит в исключительной собственности государства и предоставляется только в пользование (ст. 3), из чего выводился принцип исключительной собственности государства на землю. В одном из юридических журналов при анализе ЗК РСФСР 1970 года отмечалось следующее: «даже беглый обзор главы I Земельного кодекса РСФСР 1970 г. показывает, что в ней закреплены основные принципы правового регулирования земельных отношений в СССР...»²³.

И.А. Иконицкая отмечает, что «принципы земельного права, вытекающие из законодательства, сформулированы теперь и на уровне правовой доктрины»²⁴. В работе, посвященной тенденциям развития земельного права 1999 года, ученый называла следующие принципы земельного права: «многообразие субъектов права собственности на землю; множественность иных вещных прав на землю; защита земельных прав; платность землепользования; приоритет сельскохозяйственного землепользования при учете качества сельскохозяйственных угодий. Названные принципы в большей или меньшей степени уже нашли отражение в действующем законодательстве, некоторые из них только зарождаются под влиянием социальной практики»²⁵.

При введении ЗК РФ 2001 года в действие в земельно-правовой литературе, несмотря на наличие ст. 1 ЗК РФ, находят свое отражение и другие принципы земельного права. Например, Е.С. Болтанова выделяет следующие: принцип учета при регулировании земельных отношений многоаспектности земли (или комплексного подхода к земле как многоаспект-

¹⁷ Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. С.А. Боголюбова. СПб. : Питер Пресс, 2009 // Система ГАРАНТ ЭКСПЕРТ.

¹⁸ Волков Г.А. Указ. соч. С. 65 ; Жариков Ю.Г. Земельное право России. М. : Кнорус, 2006. С. 13.

¹⁹ Бараташвили Д.Т. Принципы официального юридического толкования : дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2005. 181 с.

²⁰ Якушев В.С. Метод и принципы регулирования земельных отношений // Правоведение. 1961. № 4. С. 75–81.

²¹ Общая теория советского земельного права / отв. ред. Г.А. Аксенёнок, И.А. Иконицкая, Н.И. Краснов. М. : Наука, 1983. С. 123–127.

²² Ведомости ВС РСФСР. 1970. № 28. Ст. 581.

²³ Земельный кодекс РСФСР 1970 г. // Правоведение. 1970. № 6. С. 16–23.

²⁴ Иконицкая И.А. Земельное право Российской Федерации : учеб. М. : ИГП РАН, 2002. С. 45.

²⁵ Иконицкая И.А. Земельное право Российской Федерации: Теория и тенденции развития. С. 20.

ному явлению); принцип сочетания частных и публичных интересов; принцип управления земельными ресурсами независимо от формы собственности. Называется также принцип целевого использования земли²⁶, который также не закреплен напрямую в ЗК РФ, но который можно вывести из анализа его норм, в частности подп. 8 п. 1 ст. 1 ЗК РФ.

Перечень доктринальных принципов земельного права может быть продолжен, поскольку учеными предлагаются различные их виды.

Таким образом, можно заключить, что доктринальные принципы земельного права – это принципы, которые прямо не указаны в земельном законодательстве, но следуют из смысла и содержания нормативного правового акта. Такие принципы не обладают юридической силой и формулируются учеными путем толкования норм земельного права. Изначально являясь идеями, они отражают суть сложившихся в обществе отношений и затем могут получить нормативное закрепление.

Стоит сказать, что среди исследователей нет единого мнения о количестве принципов права.

В свою очередь принципы права состоят между собой в определенной взаимосвязи, обусловленной различными факторами объективного порядка и образуют систему²⁷ принципов права.

Система принципов права представляет собой «интеграцию однотипных по своей сущности принципов права в структурно упорядоченное единство, обладающее относительной самостоятельностью, стабильностью, автономностью функционирования и взаимодействием с внешней средой в целях урегулирования соответствующих общественных отношений»²⁸

или «такое строение принципов, расположение основных элементов и связей, которое обеспечивает целостность принципов, сохранение необходимых свойств и функций при воздействии на них различных внешних и внутренних факторов»²⁹.

Система принципов права в юридической литературе до конца не сформировалась. В систему принципов права включают: социальную справедливость, равноправие граждан, единство прав и обязанностей, гуманизм, сочетание убеждения и принуждения в праве, демократизм, разделение властей, федерализм, законность, соответствие между объективным и субъективным правом, сочетание публично-правовых и частноправовых форм регулирования общественных отношений, возрастание роли закона, неотвратимость ответственности, сочетание развития регионального и федерального законодательства³⁰.

Неоднозначное мнение по поводу системы принципов земельного права сложилось и в земельном праве.

В теории советского земельного права подчеркивалось, что принципы советского земельного права связаны с главным принципом социалистической национализацией земли, вытекают из него и образуют определенную систему принципов советского земельного права. Данная система принципов земельного права «отражает, во-первых, систему норм советского земельного права, а во-вторых, систему институтов советского земельного права, т.е. структуру советского земельного права, определяемую Основами земельного законодательства и другим земельным законодательством»³¹.

Схожее мнение было высказано учеными в учебнике по советскому земельному праву о том, что принципы советского земельного права либо прямо сформулированы в конкретных нормах земельного права, либо вытекают из группы норм. Их значение заключается в том, что каждый из них является основой значительной группы норм или правового ин-

²⁶ Сыродоев Н.А. Земельное право: Курс лекций : учеб. пособие. М. : Проспект, 2010. С. 17–18.

²⁷ Под выражением «система» понимается «порядок расположения частей целого», «нечто целое, представляющее собой единство закономерно расположенных и находящихся во взаимной связи частей» // Теория государства и права : учеб. / под ред. А.В. Мелехина.

В.Н. Михайлов указывает, что «система – упорядоченное определенным образом множество элементов (подсистем), взаимосвязанных и взаимодействующих между собой и образующих некоторое целостное единство; все системы характеризуются системно-элементным, системно-структурным, системно-функциональным и системно-интегративным аспектами, имеют связи с внешней средой и свою историю» (Михайлов В.Н. Роль социально-правовых исследований в процессе управления // Юридический мир. 2011. № 7. С. 27–30).

²⁸ Захаров А.Л. Межотраслевые принципы права : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. 357 с.

²⁹ Бараташвили Д.Т. Указ. соч. С. 57.

³⁰ Цыбулевская О.И. Принципы права // Теория государства и права: Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов : СВШ МВД РФ, 1995. С. 122–125; Мироненко М.Б. Принципы юридической ответственности в системе принципов права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 8.

³¹ Общая теория советского земельного права. С. 125.

ститута в системе советского земельного права. Принципы определяют не только содержание норм земельного права, но и его системность, структуру всей совокупности норм советского земельного права³².

Г.А. Волков, приводя в своей монографии различные виды принципов земельного права, заключает, что «единого понимания о системе принципов земельного права пока нет»³³. Хотя вывод ученого основывался только на многочисленном числе принципов земельного права, приведенных из анализа трудов представителей науки земельного права.

В одном из комментариев к ЗК РФ отмечалось, что «принципы, закрепленные в ст. 1 ЗК РФ составляют систему взаимосвязанных принципов, которые лежат в основе правового регулирования общественных отношений по поводу земли»³⁴.

Принимая во внимание вышеизложенное, на наш взгляд, система принципов земельного права является совокупностью основных положений, на основе которых происходит регулирование земельных отношений. Это принципы зе-

мельного права, имеющие практически-прикладной характер и закреплены в земельном законодательстве, а также принципы земельного права, которые сформулированы учеными-юристами на основе выведения принципов из содержания норм земельного законодательства.

Таким образом, система принципов современного земельного права – это совокупность последовательно расположенных и взаимодействующих:

- принципов, закрепленных в п. 1 ст. 1 ЗК РФ;
- не закрепленных в данной статье, но вытекающих из смысла и содержания других норм ЗК РФ;
- сформулированных в других федеральных законах земельного законодательства согласно п. 2 ст. 1 ЗК РФ.

Такая система принципов земельного права обеспечивает целостность принципов в земельном праве, их взаимосвязанность при регулировании земельных отношений, позволяет осуществить правильное применение как норм земельного права, так и норм смежного законодательства.

³² Советское земельное право : учеб. / отв. ред. В.П. Балежин, Н.И. Краснов. М. : Юридическая литература, 1977. С. 21–28.

³³ Волков Г.А. Указ. соч. С. 87.

³⁴ Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации / под ред. О.И. Крассова. М. : Норма, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

МЕСТО АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ ПРАВА И ОТРАСЛИ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

САМБОР Николай Анатольевич

***Аннотация.** В статье рассматриваются вопросы, связанные с определением места административно-деликтного права в системе права. Приводятся доктринальные взгляды на определение административно-деликтного права как института отрасли административного права и подотрасли административного права. Вместе с тем, отстаивается позиция о том, что административно-деликтное право – это межотраслевая категория, которая объединяет в себе элементы разных отраслей права. Именно такой подход позволяет всесторонне осмыслить и понять комплексно содержание административно-деликтного права.*

***Annotation.** The article discusses issues related to the definition of administrative and tort law in the legal system. Given doctrinal views on the definition of administrative and tort law as an institution of administrative law and industry sub-sector administrative law. However, to defend a position that administrative and tort law – is cross-sectoral category that combines elements from different branches of law. This approach allows you to fully comprehend and understand the content of a complex administrative and tort law.*

***Ключевые слова:** система права, отрасль, подотрасль, институт, административное право, административно-деликтное право.*

***Key words:** system of law, branch, sub-branch, institution, administrative law, administrative and tort law.*

В последнее время все чаще и чаще возникают вопросы, связанные с переосмыслением понятий. Одним из таких понятий, к которым приковано внимание, есть понятие и содержание административного права. Причин тому много: начиная оттого, что в последние два десятилетия изменился политический и социальный уклад жизни, что привело, в свою очередь, к мировоззренческим изменениям граждан. Сама действительность требует новых подходов к пониманию общественных явлений, и право не исключение. Познание известных понятий в новой действительности заставляет по-другому относиться и к их содержанию, притом, что сама жизнь приносит новые явления и факты, с которыми невозможно не считаться. Право должно олицетворять образы действительности, обеспечивая тем самым уникальный способ утверждения общественно полезного способа поведения. В то же время праву суждено не только раскрывать и урегулировать незнакомые уголки жизни общества и отдельных его участников в сегодняшнем дне, но и заботиться о стабильности взаимоотношений в будущем.

Административное право как одна из отраслей правовой системы не лишено всех вышеуказанных признаков. Кроме всего, административное право – это отрасль права и законодательства, которая регулирует широкий круг правоотношений в публично-правовой сфере, где участником правоотношений выступают субъекты властных полномочий, которые, в отличие от иных участников, наделены дополнительными полномочиями.

Вопросы административного права были и остаются предметом многих научных исследований. Решению указанных вопросов, а также поиску оптимальных моделей правоотношений при участии субъектов властных полномочий уделяли внимание видные ученые-юристы Украины и зарубежья. Несмотря на предпринятые усилия, значительный круг вопросов указанной отрасли остается дискуссионным. Одна из проблем – существование административно-деликтного права. Многие скажут, что последнее имеет место. Указанному вопросу или отдельным его составляющим посвящены монографии, диссертационные исследования. Несмотря на широту поисков, остается актуальным вопрос существования административно-деликтного права как самостоя-

тельной отрасли права, как подотрасли или института административного права. В данный момент отсутствует единый подход к пониманию административно-деликтного права.

Все вышеизложенное и определило цель исследования. Это анализ существующих подходов к пониманию административно-деликтного права и его места в правовой системе Украины.

Система права представляет собой обусловленную экономическим и социальным строением общества структуру права, которая выражает его внутреннюю согласованность и единство норм права, и одновременно их деление на отрасли и институты¹.

А.В. Мицкевич пишет о том, что структурный аспект правовой системы всякого государства состоит в том, что все правовые нормы, входящие в действующее позитивное право, составляют единое целое, разделяемое по содержанию различных норм на соответствующие взаимосвязанные части структуры права и законодательства. Основанием такой содержательной структуры права и законодательства служит разнообразие видов общественных отношений, являющееся объективным, лежащим вне права критерием его разделения на различные части: отрасли, подотрасли, институты права. Такой объективный критерий деления единого в своей основе права на отрасли, институты и т.п. носит название предмета правового регулирования².

Самым большим структурным элементом системы права выступает именно отрасль права. Отрасль права – это относительно самостоятельное подразделение системы права, состоящее из правовых норм, регулирующих качественно специфический вид общественных отношений³. С другой стороны, отрасль права – это систематизированная совокупность основных норм, образующих самостоятельную часть системы права, которые регулируют качественно своеобразный вид общественных отношений своим специфическим методом. Крите-

риями деления права на отрасли являются предмет и метод правового регулирования⁴. Исходя из вышеупомянутых определений «отрасли права», мы можем видеть два разные но, вместе с тем не взаимоисключающие, а наоборот, взаимодополняющие подходы к восприятию и пониманию данного понятия. Первый подход, озвученный В.Н. Хропанюком, опирается на восприятие понятия «отрасли права» как составляющей части системы права, тогда как А.В. Мелехин указывает на внутреннюю структурированность отрасли права и преподносит определение исходя из внутренней составляющей последнего. Таким образом, отрасль права объединяет в себе совокупность правовых норм, которые регулируют качественно однородные правоотношения, которым характерны специфические предмет и метод правового регулирования, и является составляющей системы права как целостности правовых норм.

Как уже упоминалось, отличительными элементами отрасли права выступают предмет и метод правового регулирования.

Предмет правового регулирования – это качественно однородный вид общественных отношений, на которые воздействуют нормы определенной отрасли права⁵. Предмет правового регулирования выступает основным критерием деления права на отрасли. Он представляет собой качественно определенный вид общественных отношений, на который направлено воздействие данной отрасли права (например, сфера управленческих отношений в административном праве)⁶.

Метод правового регулирования – это дополнительный критерий, который представляет собой сочетание юридических средств и приемов, осуществляющих воздействие права на поведение людей, общественные отношения. Для урегулирования последних используются главным образом два метода: диспозитивный и императивный. Используя их, право подразделяется на следующие отрасли: государственное, административное, уголовное, гражданское, уголовно-процессуальное и др. Отрасль права может включать в себя подотрас-

¹ Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / О.В. Зайчук [та ін.] ; за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. К. : Юрінком Інтер, 2006. С. 673.

² Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / Н.В. Варламова [и др.] ; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М. : Норма, 2004. С. 328–329.

³ Хропанюк В.Н. Теория государства и права : учеб. для высш. учеб. заведений / под общ. ред. В.Г. Стрекозова. М. : Ин-терстиль : Омега-Л, 2008. С. 290.

⁴ Мелехин А.В. Теория государства и права : учеб. М. : Маркет ДС, 2007. С. 319.

⁵ Хропанюк В.Н. Указ. соч. С. 293.

⁶ Мелехин А.В. Указ. соч. С. 319.

ли⁷. Метод правового регулирования – это способы воздействия отрасли права на определенный вид общественных отношений, являющийся предметом ее регулирования, утверждает В.Н. Хропанюк⁸.

Не заостряя внимание именно на понятии отрасли права, теоретических основаниях и понимании предмета и метода правового регулирования в теории права, считаем необходимым указать на то, что в результате многолетних научных и эмпирических исследований ученые-юристы пришли к выводу о том, что одной из отраслей системы права является административное право, которому свойственны присущие данной отрасли предмет и метод правового регулирования.

Административное право – это отрасль права, регулирующая общественные отношения в сфере государственного управления и устанавливающая административную ответственность за правонарушения, связанные с осуществлением государственного управления⁹.

Административное право органично связано с исполнительной властью как важный инструмент ее реализации и отрасль права, которая создает правовые принципы ее функционирования¹⁰.

Административное право регулирует общественные отношения, которые складываются в процессе осуществления исполнительно-распорядительной деятельности органов государства¹¹.

Административное право рассматривают как совокупность правовых норм, которые регулируют общественные отношения в сфере государственного управления. Его основу составляет административное законодательство, которое является составной частью (элементом) всего законодательства Украины. Под административным законодательством понимают систему правовых актов, в которых находят свое внешнее проявление административно-правовые нормы. Оно охватывает не все нормативно-правовые акты, а лишь те, которые

относятся к управленческой деятельности (исполнительной и предписывающей)¹².

Административное право регулирует отношения, складывающиеся в процессе государственного управления. Оно (в отличие от государственного) в основном регулирует деятельность правительства и иных исполнительных органов, порядок прохождения государственной службы, а также устанавливает систему административных проступков и порядок применения административной ответственности к виновным лицам¹³.

В науке существует множество доктринальных определений понятия «административное право» и это, на наш взгляд, вполне логично, поскольку каждый из исследователей пытался подчеркнуть ту черту, которая является главной, базисной в данной отрасли, что и выделяет ее среди иных отраслей права. Но так или иначе связующим звеном и неоспоримой чертой данной отрасли есть то, что отношения, которые она регулирует, связаны с государственным управлением и государственной службой. И лишь, например, из указанных нами определений административного права только И.Ф. Кузьмин и В.М. Сырых акцентировали внимание на том, что административное право как отрасль права регулирует вопросы, связанные с применением административной ответственности и определения оснований административной ответственности – административных правонарушений. Таким образом, наблюдается тенденция к расчленению предмета административного права и выделению отдельных его составляющих, которые в сравнении с общим предметом правового регулирования имеют свои характерные только им признаки.

Итак, предмет административного права составляют общественные отношения, которые возникают с целью реализации и защиты прав граждан, создания нормальных условий для функционирования гражданского общества и государства. Такие отношения связаны: с 1) деятельностью органов исполнительной власти; 2) внутриорганизационной деятельностью других государственных органов, предприятий, учреждений, организаций; 3) управленческой

⁷ Мелехин А.В. Указ. соч. С. 319–320.

⁸ Хропанюк В.Н. Указ. соч. С. 293.

⁹ Абдулаев М.И. Теория государства и права : учеб. для высш. учеб. заведений. М. : Финансовый контроль, 2004. С. 392.

¹⁰ Адміністративне право України : підручник / Ю.П. Битяк [та ін.] ; за ред. Ю.П. Битяка. К. : Юрінком Інтер, 2007. С. 20.

¹¹ Хропанюк В.Н. Указ. соч. С. 291.

¹² Адміністративне право України. С. 19.

¹³ Общая теория права : учеб. для юрид. вузов / Ю.А. Дмитриев [и др.] ; под общ. ред. А.С. Пиголкина. 2-е изд., испр. и доп. М. : Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1998. С. 188.

деятельностью органов местного самоуправления; 4) осуществлением другими негосударственными субъектами делегированных полномочий органов исполнительной власти; 5) осуществлением правосудия в форме административного судопроизводства¹⁴.

Д.Н. Бахрах определяет предмет административного права следующим образом: это совокупность общественных отношений, возникающих при осуществлении властной деятельности государственной администрации (органов исполнительной власти), муниципальной администрации (исполнительных органов местного самоуправления) и административного судопроизводства¹⁵. Как можно убедиться, предмет административного права весьма велик, охватывая собой существенный объем общественных отношений, среди которых особое место отводится правоотношениям, которые возникают именно в связи с привлечением лиц к административной ответственности.

В.К. Колпаков и О.В. Кузьменко указывают на то, что административно-правовой метод – это совокупность приемов влияния, которые содержатся в административно-правовых нормах, с помощью которых устанавливается юридическое властное и юридическое подвластное положение сторон в правоотношениях. Отношения, которые возникают под воздействием административно-правового метода регулирования, характеризуются, как правило, неравенством сторон и имеют название «властьотношения», или «отношения власти и подчинения»¹⁶. Итак, предмет и метод административного права объединены правоотношениями в сфере осуществления государственной власти. Как известно из теории распределения власти, последняя подразделяется на три ветви: исполнительную, законодательную и судебную. Таким образом, административное право как отрасль права и законодательства должна урегулировать соответствующие вопросы реализации указанных ветвей власти.

Одной из сфер государственного управления и реализации государственной власти есть область применения мер ответственности и государственного принуждения за совершения противоправных действий. Исходя из сказанного, можно предположить, что метод административного права распространяет свое действие и на установление механизмов взаимодействия субъектов во время привлечения лиц к административной ответственности.

Экстраполируя данные положения применительно к административно-деликтным правоотношениям, приходим к выводу о том, что для указанных правоотношений характерен как предмет, так и метод административного права. Вместе с этим административным правоотношениям, связанным с совершением административного правонарушения, привлечением лица к административной ответственности и применением мер государственного принуждения, присущи методы, не характерные для иных правоотношений, входящих в состав предмета правового регулирования административного права и связанных с осуществлением государственного управления. Это обуславливается тем, что административно-деликтные правоотношения связаны не с позитивным урегулированием (во время реализации субъективных прав и исполнения обязанностей), а в правоотношениях, связанных с исполнением запретных норм, которыми и выступают нормы особенной части законодательства об административных правонарушениях, где концентрируются составы правонарушений.

Не зря в юридической литературе указывается на то, что административно-правовые отношения подразделяются в первую очередь на *охранительные* (в том числе деликтные) и *регулятивные*, что соответственно сказывается на применении различных методов и форм управленческой деятельности¹⁷.

Действие административного права весьма масштабно. Непосредственное административно-правовое воздействие распространяется на две большие сферы общественных отношений: 1) деятельность органов государственной власти и уполномоченных должностных лиц (органов исполнительной власти, государственных и муниципальных служащих) по реализации функций государственного управле-

¹⁴ Адміністративне право України. С. 25–26.

¹⁵ Административное право : учеб. / Д.Н. Бахрах, Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков. 3-е изд., пересмотр. и доп. М. : Норма, 2008. 816 с. С. 63.

¹⁶ Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України : підручник. К. : Юрінком Інтер, 2003. С. 36.

¹⁷ Административное право. С. 117.

ния и местного самоуправления; административно-правовой режим подобной деятельности в различных областях (например, в государственной службе (служебном праве), милицейском праве, муниципальном праве, строительном праве, школьном и таможенном праве) устанавливается отраслевыми правовыми средствами и методами; это так называемое управленческое право (включающее управление в отраслях и межотраслевых сферах), которое посредством регулятивной функции защищает права и свободы граждан, обеспечивает административное нормотворчество и устанавливает ответственность в государственном управлении; 2) обеспечение общественного порядка и безопасности, борьба с правонарушениями, совершенными в сфере, подконтрольной органам исполнительной власти (строительство, статистика, торговля, налогообложение, таможенное дело и т.д.); это так называемое административно-деликтное право, осуществляющее административно-юрисдикционные функции и контрольно-надзорные полномочия¹⁸. Фактически на подобной «дихотомии» административного права стоял и В.Б. Аверьянов, который утверждал, что предмет административного права состоит из двух частей – управленческой и неуправленческой. При этом к «неуправленческим» общественным отношениям В. Аверьянов относил группу отношений, в которых принимают участие субъекты публичной администрации: 1) в связи с подготовкой и принятием разного рода индивидуальных решений по поводу как реализации разных субъективных прав частных (физических и юридических) лиц, так и исполнения последними обязанностей, возложенных на них законодательством; 2) по поводу реагирования на разные обращения частных лиц, включая и рассмотрение в административном (внесудебном) порядке их жалоб; 3) в конце концов, в связи с применением мер административного принуждения (которые намного шире, как известно, нежели только наложение административных взысканий)¹⁹.

Также указывается то, что в качестве принципиального положения следует отметить, что субъекты административного права

могут реализовывать свой правовой статус в рамках следующих четырех крупнейших блоков возникающих правоотношений, среди которых и выделяется отдельным блоком административно-деликтное право, то есть в процесс отношений, возникающих при применении мер административного принуждения уполномоченными органами и должностными лицами к субъектам, нарушающим правовые нормы²⁰.

С целью внутриотраслевой дифференциации отношений, имеющих специфику регулирования в рамках одной отрасли, а в данном случае административного права, встал вопрос о разграничении правоотношений, имеющих специфику предмета и метода правового регулирования. В связи с этим состоялась дифференциация отрасли на подотрасли и институты. Не исключением из этого правила стала и отрасль административного права.

В.М. Сырых утверждает, что подотрасль права – это целостное образование, которым регламентируется специфический вид отношений в пределах сферы правового регулирования соответствующей отрасли права²¹. Таким образом, складывается возможность объединить в рамках отрасли административного права нормы, которые образуют целостное образование и регулируют вид правоотношений, связанных с реализацией административной ответственности.

Так, А.Б. Агапов утверждает, что административная деликтология является подотраслью административного права²². Аналогичное утверждение доказывает и А.В. Кирин²³, понимая его как единый подотраслевой комплекс профильных институтов, материальные и процессуальные нормы которых на общей предметной основе регламентируют как основания, так и порядок применения мер ответственности за административные правонарушения²⁴ в составе следующих правовых институтов: института административных²⁵ правонарушений (деликтов); института мер административной ответственности; института субъектов ад-

¹⁸ Административное право. С. 45–46.

¹⁹ Аверьянов В. Нова доктрина українського адміністративного права: концептуальні позиції // Право України. 2006. № 5. С. 13.

²⁰ Административное право. С. 125.

²¹ Общая теория права. С. 184.

²² Агапов А.Б. Административная ответственность : учеб. М. : Статут, 2000. С. 23.

²³ Кирин А.В. Теория административно-деликтного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 10.

²⁴ Там же. С. 11.

²⁵ Там же. С. 11–12.

министративной юрисдикции; института производства по делам об административных правонарушениях; института исполнительного производства по делам об административных правонарушениях²⁶.

Но это далеко не единственный взгляд на место административно-деликтного права в рамках отрасли административного права. В свою очередь Д.Н. Бахрах настаивает на том, что именно к институтам административного права относятся вопросы принуждения по административному праву и административного судопроизводства²⁷. Г.А. Борисов пишет о том, что институт права – это совокупность норм права, регулирующая обособленные группы общественных отношений внутри отрасли права. Институт права – это первичная правовая общность, которая складывается из совокупности однородных норм права. Институт права регулирует определенный участок общественных отношений внутри (как правило, отраслевого) предмета правового регулирования (институт соучастия, институт поставки, наследования, институт трудового соглашения и др.).

Исходя из вышеизложенного, видим, что в науке сложилось два подхода к определению места административно-деликтного права в отрасли административного права. Оба мнения имеют право на существование и представляют собой аргументированные с авторских позиций утверждения. При этом каждый из подходов имеет свои как «сильные», так и «слабые» позиции. На наш взгляд, административно-деликтное право невозможно «замкнуть» в рамках одной отрасли административного права. Так или иначе, административно-деликтное право если и понимать как институт, то исключительно как межотраслевой, который объединяет в себе и институты конституционного права, и институты гражданского или хозяйственного, а также иных отраслей права, поскольку, например, формирование составов

административных правонарушений, посягающих на предпринимательскую деятельность или в сфере земельных отношений, невозможно без их отождествления с регулятивными нормами, скажем, в отрасли предпринимательского права или земельного права и т.д.

Кроме того, немаловажным аспектом проблемы определения места административно-деликтного права в системе права выступают вопросы, связанные с тем, что административно-деликтное право объединяет нормы материального и процессуального права, что уже указывает на невозможность его отождествления с одним институтом в рамках одной отрасли права.

Все вышеупомянутое указывает на обширный нормативно-правовой материал, который охватывается понятием «административно-деликтное право» и имеет непосредственное отношение к защите и охране прав, свобод и интересов человека от общественно опасных и асоциальных явлений, а также регулирует объем прав, свобод и обязанностей участников производства по делам об административных правонарушениях.

Таким образом, на наш взгляд, следует пересмотреть сложившиеся доктрины к пониманию административно-деликтного права, определив достойное место этому юридическому феномену. На сегодняшний день сфера административно-деликтного права и законодательства весьма важна для обеспечения и реализации прав, свобод и интересов не только лиц, привлекающихся к административной ответственности, но и иных участников производства по делу об административном правонарушении и участников составления протокола об административном правонарушении (административного расследования). Поэтому считаем, что разработка данного теоретического вопроса имеет крайне важное практическое значение, связанное с гарантиями реализации участников производства по делам об административных правонарушениях.

²⁶ Административное право. С. 71.

²⁷ Борисов Г.А. Теория государства и права : учеб. Белгород : Изд-во БелГУ, 2007. С. 170.

**НЕПОСРЕДСТВЕННЫЙ ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ,
СВЯЗАННОГО С ПОДДЕЛЬНЫМИ ДЕНЬГАМИ,
ГОСУДАРСТВЕННЫМИ ЦЕННЫМИ БУМАГАМИ, БИЛЕТАМИ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ ЛОТЕРЕИ, МАРКАМИ АКЦИЗНОГО
НАЛОГА, ГОЛОГРАФИЧЕСКИМИ ЗАЩИТНЫМИ ЭЛЕМЕНТАМИ:
НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ
(ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ)**

МИХАЙЛОВ Иван Михайлович

***Аннотация.** Статья посвящена рассмотрению вопросов определения непосредственного объекта незаконных деяний, которые связаны с поддельными деньгами, государственными ценными бумагами, билетами государственной лотереи, марками акцизного налога, голографическими защитными элементами, его структуры и понятия, а также обоснованию предложений по усовершенствованию уголовного законодательства.*

***Annotation.** The article deals with the issues of identifying the direct object of unlawful acts that are linked with counterfeit money, government securities, state lottery tickets, signs of excise duties, holographic protective elements of its structure and concepts, as well as the justification of proposals for improvement of the criminal law.*

***Ключевые слова:** поддельная национальная валюта Украины и иностранная валюта, государственные ценные бумаги, билеты государственной лотереи, марки акцизного налога, голографические защитные элементы.*

***Key words:** counterfeit national and foreign currency, state securities, tickets of state lottery, signs of excise duties, holographic protective elements.*

Внесение изменений законодателем в редакцию уголовно-правовой нормы, как правило, вызвано наличием пробелов или неэффективным воздействием, что требует законодательной коррекции. Предлагаемые изменения следует подвергать глубокому системному анализу с позиции правоприменительной практики и требований законодательной техники для достижения предполагаемой цели и ожидаемых социально-экономических последствий, что ставятся перед принятым законом об уголовной ответственности.

Значительное внимание изучению уголовно-правовой характеристики преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, уделяли в своих трудах П.П. Андрушко, Н.А. Гуторова, А.А. Дудоров, М.И. Мельник, Ю.В. Солопанов. Исследования анализированного преступления на диссертационном уровне в Украине осуществлено в работах И.В. Сынгаевской, Е.Б. Сахаровой, С.И. Марка, А.А. Кашкарова. Вопросам изучения уголовно-правовых и криминологических аспектов фальшивомонетничества в Российской Федерации посвя-

щены диссертации В.Д. Ларичева, Б.С. Болотского, А.В. Петрянина, В.А. Сергеева, С.А. Бесчасного Н.В. Образцовой, И.Е. Максимовой, А.Н. Ватутина, В.В. Загайнова. Авторы указанных трудов анализировали данное преступление во время действия разных редакций статьи, следует указать и на отличие редакций уголовно-правовых норм в законодательстве Украины и России, что предусматривают уголовную ответственность за рассматриваемое преступление. Поэтому наше исследование объекта преступлений актуально, так как связано с вновь принятыми изменениями к редакции ст. 199 УК Украины, а это значимо повлияло на характеристику данного преступления.

Цель статьи – определение непосредственного объекта изготовления, хранения, приобретения, перевозки, пересылки, ввоза в Украину или сбыта поддельной национальной валюты Украины и иностранной валюты, государственных ценных бумаг, билетов государственной лотереи, марок акцизного налога, голографических защитных элементов.

В уголовно-правовой науке Украины существуют две диаметрально противоположные концепции по объекту преступления, а именно: концепция, согласно которой объектом преступления является совокупность общественных отношений, и концепция, отрицающая первую, которая заключается в том, что общественные отношения по своей сути не могут выступать как реальные объекты конкретных преступлений. Не рассматривая вопрос сущности объекта преступления на уровне дискуссии, отметим, что находим все основания определять его через общественные отношения. Поддерживая в своем исследовании теорию последних, считаем необходимым выяснить сущность объекта преступления и «механизм» преступного посягательства на него, через определение структуры (состава) общественных отношений и взаимодействие, систему связей между разными элементами его составных частей.

Структурными элементами объекта преступления являются: 1) субъекты (носители) отношений; 2) предмет, по поводу которого существуют отношения; 3) социальная связь (общественно значимая деятельность) как содержание отношений¹.

Субъектами общественных отношений, которые возникают в сфере регулирования денежного обращения, обращения государственных ценных бумаг, порядка изготовления, хранения, продажи марок акцизного налога и голографических защитных элементов, выступают: 1) одна сторона – государство, за исключением сферы проведения государственных лотерей; 2) физические и юридические лица, которые выступают как вторая сторона в общественных отношениях.

Государство как субъект действует при эмиссии национальной валюты, при соблюдении порядка использования наличной иностранной валюты на территории Украины, а также является эмитентом государственных ценных бумаг; при изготовлении, хранении, продаже марок акцизного налога.

Вторая сторона – участники денежного обращения, участники фондового рынка, субъекты хозяйствования, которые, согласно зако-

нодательству, являются плательщиками акцизного налога с алкогольных напитков и табачных изделий (покупатели марок акцизного налога). Особенностью этих общественных отношений является то, что одной из сторон обязательно выступает государство в лице уполномоченных органов. Но исключением являются субъекты общественных отношений лотерейной сферы. Поскольку, с одной стороны, это отношения между оператором государственных лотерей, которым может быть юридическое лицо – субъект хозяйствования, получившее право на проведение государственных лотерей согласно установленному порядку². С другой стороны, – игроком (физическим лицом, достигшим 18 лет), который по собственному желанию принимает участие в разыгрывании призов.

Предметом общественных отношений, возникающих в сфере регулирования денежного обращения, обращения государственных ценных бумаг, в лотерейной сфере, касательно порядка изготовления, хранения, продажи марок акцизного налога и голографических защитных элементов, является национальная валюта, иностранная валюта, государственные ценные бумаги (государственные облигации Украины, казначейские обязательства Украины, приватизационные бумаги), билеты государственной лотереи, марки акцизного налога и их голографические защитные элементы.

Далее следует указать, что предметом преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, являются поддельная национальная валюта, поддельная иностранная валюта, поддельные государственные ценные бумаги, поддельные билеты государственной лотереи, поддельные марки акцизного налога и поддельные голографические защитные элементы, а также, в случае незаконно изготовленных и незаконно полученных марок акцизного налога и голографических защитных элементов, предметом преступления выступают действительные марки акцизного налога и голографические защитные элементы. В случае незаконно изготовленных и незаконно полученных марок акцизного налога и голографических защитных элементов предмет общественных

¹ Кримінальне право України. Загальна частина : підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанова [та ін.]. К. ; Х. : Юрінком Інтер : Право, 2010. С. 90.

² Закон України від 6 вересня 2012 р. «Про державні лотереї в Україні» // Відомості Верховної Ради України. 2013. № 31. Ст. 369.

отношений и предмет преступления совпадают.

Социальная связь – это взаимодействие, взаимосвязь субъектов отношений. Данная связь разрывается под воздействием вмешательства общественно опасных деяний в наличное денежное обращение, обращение государственных ценных бумаг, билетов государственной лотереи, порядка, предусмотренного для марок акцизного налога и голографических защитных элементов, введением поддельных экземпляров, а также марок акцизного налога и голографических защитных элементов, которые получены с нарушением существующего порядка.

Предметом преступного воздействия (тот элемент, на который посягает преступление) определяем социальную связь субъектов общественных отношений, который направлен на обеспечение установленного порядка изготовления, хранения, приобретения, перевозки, пересылки, ввоза в Украину и сбыта национальной валюты, иностранной валюты, государственных ценных бумаг, билетов государственной лотереи, марок акцизного налога и их голографических защитных элементов. Воздействуя хотя бы на один элемент общественных отношений, преступление разрушает последнее. Механизм причинения вреда рассматриваемому объекту состоит в том, что, разрывая социальную связь, виновный нарушает всю структуру этих общественных отношений, которые охраняются уголовным законом.

В теории уголовного права существует ряд определений непосредственного объекта анализируемого преступления, особо обратим внимание на определения, указанные в последних диссертационных исследованиях, посвященных этой теме.

Основным непосредственным объектом преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, являются общественные отношения в сфере обращения денег, государственных ценных бумаг или билетов государственной лотереи, обеспечения монополии государства на их выпуск, авторитет государства в целом, как на внутреннем, так и на внешнем рынках³.

³ Марко С.І. Кримінально-правова характеристика виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту або збуту підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Львів, 2009. С. 66.

В данном определении главный акцент делается на уголовно-правовой охране обращения указанных предметов, второстепенным определена уголовно-правовая охрана выпуска. Однако в этом определении объекта преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, указано на обращение денег, что требует уточнения. Обращение денег, по характеру движения денежных средств, включает финансы, кредит и денежный оборот⁴. Под денежным оборотом понимают движение денежной массы в наличной и безналичной форме, что обуславливает круговорот товаров, а также нетоварные платежи и расчеты⁵. Это подтверждает необходимость конкретизации «обращения денег», поскольку анализируемой уголовно-правовой нормой охраняются не все общественные отношения, которые складываются в сфере обращения денег, а только наличное денежное обращение. Последние определяют как движение денежных средств, что совершается непосредственно между участниками денежных операций⁶. Основным непосредственным объектом изготовления, хранения, приобретения, перевозки, пересылки, ввоза в Украину с целью сбыта и сбыта поддельной национальной или иностранной валюты, государственных ценных бумаг и билетов государственной лотереи являются общественные отношения, которые обеспечивают регулирование наличного денежного обращения в государстве, обращение государственных ценных бумаг и билетов государственной лотереи⁷. В определении И.В. Сынгаевской заслуживает внимания указание на наличный вид денежного обращения.

Высказана позиция, что объектом преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, является полиобъектный деликт, поскольку виновное лицо, в зависимости от предмета преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, посягает на разные общественные отношения непосредственным объектом престу-

⁴ Основи економічної теорії: політекономічний аспект : підручник / Г.Н. Клишко [та ін.] ; за ред. Г.Н. Клишка, В.П. Нестеренка. 2-ге вид., перероб. К. : Вища шк., 1997. С. 385.

⁵ Малый экономический словарь / под ред. А.Н. Азриляна. М. : Ин-т новой экономики, 2000. С. 453–454.

⁶ Бабич А.М., Павлова Л.Н. Финансы. Денежное обращение. Кредит : учеб. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2000. С. 29.

⁷ Сингаївська І.В. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика фальшивомонетництва : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Х., 2007. С. 56.

пления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, можно считать конкретные общественные отношения, которые складываются в сфере монополии государства на выпуск и обращение национальной валюты; выпуск и обращение иностранной валюты (защита монополии другого государства на основании международно-правовых соглашений); выпуск и обращение государственных ценных бумаг; выпуск и обращение билетов государственной лотереи⁸. Указанное определение было до введения последних изменений в редакцию ст. 199 УК Украины и, по нашему мнению, нуждается в уточнении. Законом Украины «О Национальном банке Украины» в ст. 34 «Эмиссия» определено исключительное право введения в обращение (эмиссия) гривны и разменной монеты, организация их обращения и изъятия с оборота⁹. Данное законодательное закрепление должно иметь свое отражение и в определении объекта преступления.

Автор исследования, посвященного поддельным ценным бумагам, объектом изготовления, хранения, приобретения, перевоза, пересылки, ввоза в Украину или сбыта поддельных государственных ценных бумаг (ст. 199 УК Украины) определяет как общественные отношения относительно обеспечения порядка выпуска и обращения государственных ценных бумаг, которые обеспечивают безопасность государства в финансовой сфере¹⁰. Нуждается в исследовании данное определение «общественные отношения относительно обеспечения порядка выпуска ценных бумаг». Выпуск ценных бумаг – это совокупность определенного вида эмиссионных ценных бумаг одного эмитента, одной номинальной стоимости, которые имеют одинаковую форму выпуска и международный идентификационный номер, обеспечивают их собственникам одинаковые права независимо от времени приобретения и способа их эмиссии. По сути это один тираж определенного вида ценных бумаг. Согласно Закону Украины «О ценных бумагах и фондовом

рынке» под эмиссией понимают совокупность действий эмитента, что продельваются в установленной законодательством последовательности и направлены на размещение эмиссионных ценных бумаг среди их первых собственников. Следует указать, что происходит посягательство на общественные отношения, которые обеспечивают регулирование эмиссии и обращение государственных ценных бумаг.

Закон Украины «О государственных лотереях в Украине» регулирует отношения, которые складываются во время проведения лотерей. Проведением государственных лотерей считается хозяйственная деятельность оператора государственных лотерей, которая включает принятие ставок в государственную лотерею, проведение розыгрышей призового (выигрышного) фонда государственной лотереи, выплаты призов и иных операций, что прямо или опосредовано обеспечивают проведение лотереи. То есть изготовление, сбыт и иные действия, связанные со сбытом поддельных лотерей, воздействуют именно на выпуск и в целом на проведение государственных лотерей.

При совершении незаконных деяний с марками акцизного налога и голографическими защитными элементами непосредственным объектом определяют систему налогообложения в части администрирования акцизного налога на алкогольные напитки и табачные изделия¹¹. Под системой налогообложения понимается совокупность налогов и сборов (обязательных платежей) к бюджетам и государственным целевым фондам, которые проводят взыскание в установленном законами Украины порядке. Сомнительным считаем высказывания, в которых происходит посягательство преступления на совокупность налогов, здесь следует указать на общественные отношения, что обеспечивают регулирование установленного порядка взыскания акцизного налога.

Отношения собственности являются дополнительным факультативным непосредственным объектом «фальшивомонетничества», поскольку лишь при введении в обращение подделок под видом настоящих наносится вред, тогда как при совершении других альтернативных действий, предусмотренных ст. 199 УК Украины, создается лишь угроза при-

⁸ Кашкаров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Х., 2006. С. 80.

⁹ Закон України від 20 травня 1999 р. «Про Національний банк України» // Відомості Верховної Ради України. 1999. № 29. Ст. 238.

¹⁰ Сахарова О.Б. Попередження органами внутрішніх справ злочинів, що вчиняються на ринку цінних паперів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. К., 2002. С. 30.

¹¹ Кримінальне право (Особлива частина) : підручник / за ред. О.О. Дудоров, Є.О. Письменського. Луганськ : Елтон-2, 2012. Т. 1. С. 525.

чинения такого вреда¹². Дополнительным непосредственным объектом незаконных действий с марками акцизного налога и голографических защитных элементов ученые определяют как законные интересы потребителей¹³. Более определенным считаем категорию «прав потребителей», которая определена законодательством, поэтому в этом случае следует указать на общественные отношения, складывающиеся в сфере защиты прав потребителей.

Ранее, в отношении редакции ст. 216 УК Украины, академик Н.А. Гуторова высказывала мнение, что при незаконном изготовлении, подделке, использовании или сбыте незаконно изготовленных, полученных или поддельных марок акцизного сбора или контрольных марок в одном составе преступления предусматриваются альтернативные посягательства на два вида общественных отношений, которые кардинально отличаются между собой. Существование незаконно изготовленных, поддельных или незаконно полученных марок акцизного сбора нарушают нормальное существование отношений по оплате акцизного сбора (что входит в состав налоговых отношений), а контрольных марок – отношений интеллектуальной собственности. Соответственно, такое положение противоречило как теоретическим принципам построения Особенной части УК, так и потребностям правоприменительной практики. Поэтому было предложено разграничение деяний касательно марок акцизного сбора и контрольных марок в отдельные составы преступлений¹⁴.

С учетом изменений следует отметить, что изготовление, хранение, приобретение, перевозка, пересылка, ввоз в Украину с целью сбыта или сбыт поддельных денег, государственных ценных бумаг или билетов государственной лотереи является преступлением, которое причиняет вред или создает угрозу причинения существенного вреда нескольким группам общественных отношений. Анализируя общественную опасность этого преступления, следует отметить, что не все данные группы общественных отношений равноценны по своему значению для общества, а вред, который наносится

им, учитывая беспрепятственное функционирование и последующее их развитие, также далеко не одинаков¹⁵. Марки акцизного налога хоть и отнесены к предмету преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, не могут считаться однотипными с денежными знаками или государственными ценными бумагами. Поскольку марки акцизного налога не пребывают в свободном гражданско-правовом обращении и лицу не предоставляется право реализовать соответственные подакцизные товары, значит они только регулируют порядок реализации алкогольных и табачных изделий, а также являются знаком подтверждения того, что акцизный налог был внесен.

Из вышеприведенного видно, что разные предметы преступления, которые имеют различные объекты преступления, размещенные законодателем в диспозиции одной уголовно-правовой нормы, являются, во-первых, нелогичными, а во-вторых, усложняют применение этой нормы на практике. Решение данной коллизии видим в усовершенствовании диспозиции ст. 199 УК Украины, исключив из этой уголовно-правовой нормы марки акцизного налога и голографические защитные элементы, предусмотрев их уголовно-правовую защиту в отдельной уголовно-правовой норме.

Проведя вышеизложенное исследование, основным непосредственным объектом преступления, предусмотренного ст. 199 УК Украины, определяем общественные отношения, которые складываются в сфере эмиссии национальной валюты Украины и наличного денежного обращения, эмиссии и обращения государственных ценных бумаг, выпуска и проведения государственных лотерей и общественных отношений, что обеспечивают регулирование установленного порядка взыскания акцизного налога. Дополнительным непосредственным объектом анализируемого преступления определяем отношения собственности, считая, что незаконные действия с марками акцизного налога и голографическими защитными элементами посягают на общественные отношения, складывающиеся в сфере защиты прав потребителей.

¹² Сингаївська І.В. Указ. соч. С. 7.

¹³ Кримінальне право (Особлива частина). С. 525.

¹⁴ Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України : моногр. Харків : Вид-во нац. ун-ту внутр. справ України, 2001. 384 с.

¹⁵ Марко С.І. Указ. соч. С. 65–66.

К ВОПРОСУ ПРАВОМЕРНОСТИ ПОБУЖДЕНИЯ В ПРОЦЕССЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО РАЗОБЛАЧЕНИЮ ПРЕСТУПНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНИЗОВАННЫХ ГРУПП И ПРЕСТУПНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ

ШАМАРА Александр Владимирович
КОМАШКО Владимир Владимирович

Аннотация. В статье в контексте норм уголовного права Украины рассмотрен вопрос относительно границ правомочности побуждения при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в отношении участников преступных организованных групп и организаций.

Annotation. In an article in the context of the criminal law of Ukraine considered relative to the boundaries legitimacy motives in carrying out operational-investigative activity against members of organized criminal groups and organizations.

Ключевые слова: побуждение, добровольный отказ от совершения преступления, принуждение, оперативно-розыскная деятельность.

Key words: motivation, voluntary renunciation of criminal coercion, operatively-search activity.

Украина в ч. 1 ст. 3 Основного Закона провозгласила человека, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность высочайшими социальными ценностями. При этом права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. То есть государство закрепило за собой и возложило на себя функции осуществления правоохранительной деятельности¹. При этом некоторые правоохранительные органы Украины имеют специальный предмет своей деятельности, который обеспечивается использованием специальных форм и методов при ее осуществлении, которые имеют определенные особенности регламентации. К таким органам относятся и уполномоченные субъекты оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД).

Традиционно ядром ОРД является агентурный метод, то есть совокупность методов и приемов легендированного поведения физических лиц, конфиденциально, на добровольной основе сотрудничающих с оперативными подразделениями, а также оперативных сотрудников правоохранительных органов и специальных служб по получению оперативно-

значимой информации и документированию противоправных действий путем установления и развития доверительных отношений с лицами, которые ею обладают².

Организованная преступность определена в законодательстве как совокупность преступлений, совершаемых в связи с созданием организованных преступных группировок. Речь идет о совокупности различных преступлений, которые проявляются и пресекаются путем использования негласного сотрудничества³.

Целью данной работы является исследование уголовно-правовых аспектов, обуславливающих правомочность побуждения в процессе осуществления специальными подразделениями правоохранительных органов Украины оперативно-розыскной деятельности в отношении участников организованной группы.

Изучением теоретических и практических аспектов, непосредственно связанных с указанной проблематикой, занимались ведущие ученые как советской эпохи, так и современные, в частности: М.П. Карпушин, С.В. Дьяков, Б.В. Романюк, Е.Д. Скулиш, А.Ф. Бантышев, П.А. Погорецкий, В.Ф. Ущиповский,

¹ Судебные и правоохранительные органы Украины : пособие для подгот. к экзаменам / А.Ф. Бантышев, С.А. Кузьмин, К.В. Колосова ; под общ. ред. Б.В. Романюка. 2-е изд., перераб. Киев : Изд. Сорванец А.В., 2009. 224 с. С. 12.

² Теория оперативно-розыскной деятельности : учеб. / под ред. К.К. Горяиновой, В.С. Овчинского, Г.К. Синиловой. М. ; Харьков : ИНФА-М., 2006. 832 с. С. 11.

³ Борьба с организованной преступностью : учеб. / рук. авт. кол. Е.Д. Скулиш. Киев : Науч.-изд. отд. НА СБ Украины, 2010. 256 с. С. 171.

А.П. Исиченко, А.А. Вагин, Г.К. Синилова и др. Однако узкие научно-прикладные исследования определения границ правомерности побуждения в практической деятельности оперативных подразделений правоохранительных органов именно в контексте противодействия организованным группам и преступным организациям фактически не проводились, а вопрос о признании в таких условиях все еще остается дискуссионным.

Современные теоретики ОРД под оперативной комбинацией понимают комплекс действий, объединенных единым замыслом, направленный на решение конкретной задачи по выявлению, предупреждению или раскрытию преступления⁴.

Итак, фактически оперативная комбинация – это скрытое побуждение объекта оперативной заинтересованности к действиям, в результате которых создаются благоприятные возможности для решения определенной, конкретной оперативной задачи.

По общему правилу, побуждение, которое проводится в ходе оперативно-розыскных мероприятий, при любых условиях не должно провоцировать любое преступное деяние или нарушать законные права и интересы граждан⁵. Суть провокации составляют активные действия субъектов по умышленному побуждению лица (лиц), которое не имеет преступного умысла, к совершению преступления с целью последующего изобличения совершеного преступления⁶. С другой стороны, побуждение не должно быть соучастием в совершении лицом преступления путем подстрекательства к совершению преступления, пособничества и тем более организацией преступной деятельности или соучастия в той или иной форме. Следовательно, правомерное побуждение не должно ни при каких условиях активизировать действия лица (лиц), которые являются объектами оперативно-розыскной деятельности, на совершение преступления (преступлений). Также побуждение недопустимо в условиях, когда объект ОРД лишен возможности выбирать по собственному воле-

изъявлению варианты собственного поведения, особенно правомерного (активной, конформистской либо маргинальной).

Итак, побуждение при проведении оперативно-розыскной деятельности возможно и допустимо в следующих случаях:

1. Побуждение к отказу от реализации конкретного преступного умысла или подготовки к совершению преступления. В частности, это касается случаев побуждения как к добровольному, так и к вынужденному отказу от намерений совершения преступления. Стоит отметить, что побуждение лица к отказу от преступных намерений, в соответствии с нормами действующего уголовного закона, возможно в следующих случаях:

– когда фактически совершенное лицом деяние еще не представляет общественной опасности;

– у лица не сформировался еще окончательный умысел на совершение преступления, в случае, когда правоохранительные органы принимают решение к привлечению такого лица к негласному сотрудничеству, с одновременным применением к лицу одного из специальных механизмов освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных соответствующими нормами как Общей, так и Особенной части уголовного закона.

2. Побуждение лица, объекта оперативной заинтересованности, учитывая оперативную обстановку и стратегические задачи ОРД, к созданию условий для более эффективного пресечения преступной деятельности, предупреждения наступления преступного результата, более детального выяснения всех сторон преступной деятельности, установления соучастников преступления, определения возможных материальных доказательств преступления на стадии его подготовки. Однако при этом такое побуждение ни при каких условиях не должно способствовать достижению преступного результата и не влиять на его уголовно-правовую квалификацию.

3. В ходе оперативно-розыскного процесса допустимо привлечение лица к реализации оперативно-розыскных задач путем использования специальных методов, сил и средств. В частности, использование таким лицом непригодных средств и орудий подготовки к со-

⁴ Теория оперативно-розыскной деятельности... С. 378.

⁵ Оперативно-розыскная деятельность : учеб. / под ред. К.К. Горяиновой, В.С. Овчинского, Г.К. Синиловой. 2-е изд., доп. и перераб. М. : ИНФРА-М, 2004. Гл. XIV. 848 с. С. 383.

⁶ Бантышев А.Ф., Кузьмин С.А. Взятничество: квалификация и документирование : практ. пособие. Киев : Паливода А.В., 2009. 120 с. С. 53.

вершению преступления, перенаправление ее усилий на непригодный объект (предмет).

При этом такое участие правоохранительных органов, с одной стороны, может предупредить причинение вреда и наступление социально-опасных последствий, а с другой – никак не должно повлиять на уголовно-правовую квалификацию деяния.

Стоит отметить, что, очевидно, побуждение к добровольному отказу от преступных намерений может считаться лучшим вариантом реализации побуждения в оперативной комбинации.

По своему содержанию добровольный отказ от совершения преступления означает исчезновение умысла на стадии подготовки совершения преступления, и, как следствие, – такого важнейшего признака преступления, как общественная опасность деяния⁷. Таким образом, и уголовная ответственность в таких случаях должна быть не более чем наказание за совершение деяния, которое окончательно утратило общественную опасность. С другой стороны, наличие указанных норм относительно добровольного отказа позволяет лицу, совершающему подготовку к совершению преступления, вернуться к нормальной жизни, не испытав при этом уголовного наказания. Следовательно, наличие в уголовном законе института добровольного отказа может при определенных условиях повлиять на потерю лицом направления на доведение начатого преступления до конца.

Добровольный отказ при неоконченном преступлении как обстоятельство, исключающее преступность деяния, возможен лишь тогда, когда в деянии лица еще отсутствуют признаки оконченного преступления и если деяние не является таковым, при котором преступление не доведено до конца по причинам, не зависящим от воли виновного.

Можно выделить перечень общих обязательных признаков добровольного отказа (его условий) лица – участника организованной группы или преступной организации от участия в преступной группировке, по совокупности которых в деянии лица он (добровольный

отказ от дальнейшего участия в организованной группе) имеется :

– добровольность, то есть лицо прекращает начатое преступную деятельность в составе организованной группы или преступной организации добровольно, по личной воле, без всякого физического и психического принуждения;

– окончательность, то есть собственная преступная деятельность участником прекращается окончательно, без намерения в будущем возобновить или продолжить ее;

– своевременность, то есть план преступной деятельности не реализован в полном объеме;

– осознанность, то есть наличие у лица осознания возможности довести преступные намерения, по крайней мере на определенном этапе, до конца (достижение преступного результата).

В этом контексте стоит обратить внимание, что, поскольку законодатель в ч. 1 ст. 255 Уголовного кодекса Украины (далее – УК Украины) предусматривает в качестве самостоятельного состава преступления уже само фактическое участие в преступной организации, то для освобождения лица – участника преступной организации (кроме организатора и руководителя) от уголовной ответственности за участие в ней необходимо выполнение, кроме указанных выше условий добровольного отказа, еще и факт деятельного раскаяния, поскольку только при таких условиях возможно применение специального механизма освобождения от уголовной ответственности, предусмотренного ч. 2 ст. 255 УК Украины.

Рассматривая перечень обязательных признаков добровольного отказа, авторы считают целесообразным более подробно рассмотреть первую из них – добровольность.

Следовательно, лицо должно принять решение о своем выходе из состава организованной группы на основании собственного волеизъявления при отсутствии применения к нему мер физического или психического принуждения.

Стоит еще раз отметить, что случаи добровольного отказа члена организованной группы или преступной организации от участия в ней никак не могут быть распространены на деяния, совершенные в составе этой организованной группы или преступной организации, кроме, как уже упоминалось выше, путем при-

⁷ Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Украины. Общая часть / А.Ф. Бантышев, С.А. Кузьмин. Киев : Паливода А.В., 2010. 336 с. С. 71.

менения специального механизма освобождения от уголовной ответственности за участие в такой организации при условии деятельного раскаяния.

Возвращаясь к непосредственной проблеме инкриминирования участникам организованной группы или преступной организации участия в совершении конкретных преступлений в составе такой группировки, следует рассмотреть специальный вопрос об уголовной ответственности соучастников в случае добровольного отказа от совершения преступления со стороны других соучастников.

Часть 1 ст. 31 УК Украины предусматривает, что, в случае добровольного отказа от совершения преступления, исполнитель (соисполнитель) подлежит уголовной ответственности при наличии условий, предусмотренных ст. 17 УК Украины, то есть если он окончательно прекратил по своей воле приготовления к преступлению, если при этом он осознавал возможность доведения преступления до конца. В этом случае другие соучастники подлежат уголовной ответственности за приготовление к тому преступлению или покушение на то преступление, от совершения которого добровольно отказался исполнитель. То есть речь идет уже об общих условиях добровольного отказа.

Для наличия добровольного отказа со стороны других соучастников (организатора, подстрекателя и пособника) уголовный закон предусматривает некоторые особые требования, а именно: не подлежат уголовной ответственности при

добровольном отказе организатор, подстрекатель или пособник, если они предотвратили совершение преступления или своевременно уведомили соответствующие органы государственной власти о готовящемся преступлении. Добровольным отказом пособника является также непредоставление им средств или орудий совершения преступления или неустранение препятствий к совершению преступления.

Эти субъекты (организатор, подстрекатель или пособник), в отличие от исполнителя, не только отказываются от дальнейшей преступной деятельности, а должны, с целью предотвращения преступления, своевременно уведомить соответствующие органы.

При добровольном отказе кого-либо из соучастников исполнитель подлежит уголовной ответственности за приготовление к преступлению или за покушение на преступление, в зависимости от того, на какой из этих стадий его деяние прекращено.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что границы правомерности побуждения в процессе проведения ОРД в полной мере определены и ограничены действующим законодательством, с одной стороны, регламентирующим проведение оперативно-розыскной деятельности, а с другой – уголовным законом, в частности, такими его институтами, как стадии совершения преступления, соучастие в преступлении и совокупность норм, направленных на стимуляцию положительно-го посткриминального поведения.

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ, КЛАССИФИКАЦИИ И ЗНАЧЕНИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ФИКЦИЙ

ДАНИЛОВА Екатерина Сергеевна

Аннотация. В статье раскрывается проблема определения фикций в праве, выделяются основные признаки юридических фикций, проводится их классификация по различным основаниям. Автором сделан вывод о том, какое значение имеют фикции в правовом регулировании.

Annotation. The article deals with the problem of definition "legal fictions". The author formulates main features of legal fictions. It is dealt with the classification legal fictions according to various criteria. Conclusions are drawn about the value of fictions in legal regulation.

Ключевые слова: правовая фикция, юридическая техника, прием, способ законодательной техники.

Key words: legal fiction, juridical technique, legislative technique method.

В России на современном этапе идет процесс формирования правового государства и гражданского общества, сложился определенный положительный опыт законотворческой деятельности. Однако на данный момент в нем сохраняется множество недостатков, влекущих за собой трудности в правореализации. Гармонизация законодательства в первую очередь связана с совершенствованием юридической техники, поэтому необходимо переосмыслить понимание и использование отдельных ее категорий. Переосмысление должно осуществляться с учетом прошлого опыта российской правовой науки, частью которой является в том числе и юридическая фикция.

Юридическая фикция – правовая категория, которая уже на протяжении многих веков осуществляется в законодательной и правоприменительной практике. История данной категории ведет свои истоки со времен римского права. Впоследствии она была воспринята и интегрирована в правовые системы многих европейских стран, в том числе в российскую правовую систему.

В настоящее время юридическая фикция широко используется российским законодателем. Ее существование в праве оправдывается исключительно правовыми целями, главная из которых – стремление к эффективности правового регулирования.

Само понятие «фикция» происходит от латинского "fictio" – выдумка, вымысел.

В Толковом словаре под редакцией Д.Н. Ушакова фикция определяется следующим образом: «Положение, построение, которому ничто не соответствует в действительности, но которым пользуются как допущенным с какой-нибудь определенной целью»¹.

Определение правовой фикции законодателем не сформулировано, поэтому следует анализировать мнения ученых.

В одной из первых и наиболее значительных работ на тему правовых фикций в отечественной правовой науке – монографии профессора Д.И. Мейера «О юридических вымыслах и предположениях, скрытных и притворных действиях» – под фикцией (*fictions juris*) понимается «вымышленное существование факта, о котором известно, что оно вовсе не существует или существует в другом виде»². Также Мейер называет фикции вымыслами права.

Другой исследователь, внесший значительный вклад в изучение фикций, – Г.Ф. Дормидонтов – в своей работе уже выделял это понятие в узком и широком смысле. В «самом обширном смысле» он относит к фикциям «явления юридического быта, которые справедливо и несправедливо обозначаются этим словом и производным от него прилагательным, а рав-

¹ Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М., 2000. URL: <http://ushdict.narod.ru/>

² Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, скрытных и притворных действиях. Казань, 1854. С. 2.

но близкими ему по значению словами: ”вымышленный”, ”мнимый”, ”притворный” и т.п.»³. Для точного определения понятия юридической фикции в узком смысле Дормидонтов упоминает о том, что «фикция вообще есть известный прием мышления, состоящий в допущении существующим известного несуществующего обстоятельства или, наоборот, несуществующим существующего, в решении задачи при помощи ложного положения»⁴; отсюда он выводит понятие юридической фикции «в тесном смысле» – это «тот же прием, но допускаемый и даже предписываемый в известном случае объективным правом»⁵.

На сегодняшний момент, по нашему мнению, это понятие в юридической науке используется лишь в его узком значении.

В советское время З.М. Черниловский, констатируя, что фикция была известна еще римскому праву, ссылается на мнение Р. Иеринга, который «говорил о ней, как о кажущемся акте, с помощью которого достигается известный результат, одобренный данной системой права. Иеринг характеризовал юридическую фикцию как юридическую ложь, освященную необходимостью; она позволяет избегать трудностей, вместо того, чтобы преодолевать их, и представляет собой своего рода технический обман»⁶. Сам Черниловский считает, что фикция играет как положительную, так и отрицательную роль⁷.

В.М. Горшенев определял фикцию как «закрепленное в правовых актах и используемое в юридической практике нормативное предписание в виде специфического способа (приема), выражающегося в провозглашении существующими факта или обстоятельства, в действительности не имеющих места»⁸. Он считает, что регулятивное воздействие фикции состоит в том, что «с ее помощью обеспечивается определенная устойчивость принятого

акта применения права в ситуации, когда обнаружена невозможная неизвестность»⁹.

Как особый прием понимает фикцию и профессор Н.И. Матузов, отмечая, что он «заключается в том, что действительность подводится под некую формулу, ей не соответствующую или даже вообще ничего общего с ней не имеющую, чтобы затем из этой формулы сделать определенные выводы»¹⁰. Он уверен в необходимости этого для некоторых практических нужд, поэтому фикции закрепляются в праве. Н.И. Матузов делает справедливый вывод: фикции «как бы дополняют собой классические правовые нормы... именно они помогают выходить из наиболее затруднительных ситуаций и коллизий»¹¹.

М.Л. Давыдова по данному вопросу пишет, что категорию «фикция» юристы используют в нескольких значениях:

– понятие «фикция в праве» «обозначает такие ситуации в правотворчестве или правоприменении, когда законы не соответствуют регулируемым общественным отношениям, а правоприменительная практика не соответствует законам»;

– явления фиктивного правового состояния «носят юридический характер, регулируются законом, их существование признается правом, хотя и оценивается чаще всего негативно (фиктивный брак и т.п.)»;

– правовые фикции как прием (средство) юридической техники «представляют собой специфические правовые положения, с помощью которых конструируется несуществующая условная правовая реальность. Данные явления, будучи абсолютным вымыслом, не только существуют с юридической точки зрения, но и являются необходимыми элементами механизма правового регулирования»¹².

И.А. Исаев уверен: «юридическая фикция всегда ищет и заполняет пустые места, пробелы, ее построения дополняют незавершенную систему, стремясь сделать ее законченной», проекты и обосновывающие их юридические

³ Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Ч. I : Юридические фикции и презумпции // Вестн. граждан. права. 2011. № 3. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=CJI;n=52552>

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ Черниловский З.М. Презумпции и фикции в истории права // Советское государство и право. 1984. № 1. С. 104.

⁷ Там же. С. 105.

⁸ Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3.

⁹ Горшенев В.М. Указ. соч. С. 117.

¹⁰ Теория государства и права: Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2001. С. 218.

¹¹ Теория государства и права. С. 218.

¹² Давыдова М.Л. Проблемы понятия и классификации правовых фикций // Вестн. ВолГУ. 2009. № 11. С. 17–18.

фикции создают тот порядок, о котором мечтает законодатель¹³.

Таким образом, российские ученые придерживаются различных подходов к определению правовой фикции. Большинство из них понимают под фикцией особый прием юридической техники. Однако следует отметить, что фикция должна определяться с различных позиций: как прием юридической техники, как фиктивные нормы и как фиктивные правоотношения.

Ученые, как правило, одинаково видят цель создания и использования юридических фикций: они придают правовому регулированию определенность, конкретность и четкость. Представляется, что фикции дополняют классические правовые нормы и помогают выйти из наиболее затруднительных ситуаций.

Переходя к вопросу о признаках юридических фикций, следует обратиться к справедливому утверждению И.Л. Ишигилова о том, что выделить универсальные признаки юридических фикций сложно, так как они представляют собой большое разнообразие и отличаются между собой¹⁴.

Однако такие признаки учеными все же выделяются:

1. Фикции «для своего объекта регулирования вычлениают те обстоятельства, которые находятся в состоянии невосполнимой неизвестности»¹⁵.

2. Фикциям придается значение юридических фактов¹⁶. При этом фикции сами по себе не являются юридическими фактами, а лишь «замещают юридические факты в тех случаях, когда динамика правовых отношений ожидает наличия факта, а реальная действительность... допускает пробел»¹⁷.

3. Фикции имеют намеренно деформирующий характер, который, как считает М.Л. Давыдова, может заключаться:

– в искусственном уподоблении или приравнивании понятий и обстоятельств, различ-

ных или даже противоположных в действительности;

– признании реальными несуществующих обстоятельств и отрицании существующих (например, запись усыновителей родителями ребенка);

– признании существующими обстоятельств и ситуаций до того, как они стали существовать на самом деле или возникли позже, чем это было в действительности (например, изменение даты рождения усыновленного ребенка)¹⁸.

4. Соглашаясь с К.К. Панько, М.Л. Давыдова называет еще один признак фикции: она имеет императивный (неоспоримый) характер, то есть не предусматривает возможность появления таких ситуаций, которые не охватываются установленным ею правилом¹⁹.

И.Л. Ишигилов рассматривает этот признак под другим углом зрения. По его мнению, он распадается на два подпризнака. «Первый характеризует саму правовую норму, которая содержит юридическую фикцию, а второй – адресован правоприменительному органу»²⁰. Первый подпризнак говорит о том, что фикция может и не соответствовать реальной действительности, но при этом она звучит однозначно, признавая явление как существующее «без колебаний». Вторым подпризнаком – общеобязательность. Его содержание состоит в том, что правоприменитель должен поступать, исходя из предписанных правовыми нормами положений, содержащими юридические фикции, несмотря на то, что несуществующее положение налицо²¹.

Хотя правовые фикции могут и не соответствовать реальной действительности, они не подлежат оспариванию. И оспаривать их нет необходимости, ведь правотворческий орган специально идет таким способом и легально их закрепляет.

Р.К. Лотфуллин отмечает: «для юридической фикции характерна юридическая неопровержимость. Она сконструирована таким образом, что возможность доказывания обратного

¹³ Исаев И.А. Непроявленный язык закона // LEX RUSSICA (Науч. тр. МГЮА). 2006. № 1. С. 19–20.

¹⁴ Ишигилов И.Л. Понятие юридических фикций // Сибир. юрид. вестн. 2007. № 1 (36). С. 3.

¹⁵ Панько К.К. Фикции в уголовном праве: В сфере законодательства и правоприменении : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 1998. С. 9.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 17.

¹⁸ Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 17.

¹⁹ Там же.

²⁰ Ишигилов И.Л. Указ. соч. С. 5.

²¹ Там же.

исключена»²². Однако в его работе встречается противоречие, поскольку затем он говорит о том, что на практике могут встречаться фикции, содержащие механизм опровержения.

Поэтому предпочтительной представляется точка зрения И.Л. Ишигилова, который считает, что данный признак следует называть именно *неоспоримость*²³.

Среди прочих признаков нужно отметить следующий: фикция «содержится, закрепляется и описывается в правовых нормах»²⁴. В противном случае назвать данную фикцию юридической мы не можем. Этот признак можно назвать формальным или формально определенным.

Трудно согласиться с мнением тех авторов (среди них А.В. Мелехин²⁵ и Р.К. Лотфуллин²⁶), которые говорят об абсолютной ложности юридических фикций. Действительно, существуют доказательства относительной ложности фикций. Ишигилов приводит одно из них: признание лица умершим (что предусмотрено ст. 45 ГК РФ); но в то же время законодатель предусматривает случай явки лица, которое объявлено умершим (ст. 46 ГК РФ). Он справедливо делает вывод: юридическая фикция – это положение, которое может не соответствовать (но может и соответствовать) действительности²⁷.

Очень важным признаком считается *легальность* юридической фикции, так как он характеризует последнюю как законное явление. «Легальность юридических фикций характеризуется их очевидностью и преднамеренностью создания»²⁸. Очевидность юридической фикции характеризуется тем, что они никогда не подразумеваются, не предполагаются, а прямо предусмотрены правовыми нормами. Преднамеренность создания говорит о том, что правотворческий орган сознательно идет по такому пути регулирования отношений²⁹.

Подводя итог вышесказанному о признаках правовой фикции, нужно отметить, что

отечественные ученые называют различные признаки, подчас даже противоречащие друг другу (как в случае с абсолютной и относительной ложностью); однако можно выделить ряд признаков, которые являются основными и традиционно называются в юридической литературе. Среди них: общеобязательность, очевидность, императивный характер юридических фикций. Кроме того, правовые фикции замещают юридические факты, имеют намеренно деформирующий характер и придают правовому регулированию определенность, конкретность и четкость.

Поскольку фикции в праве являются довольно распространенным явлением, возникает необходимость в их классификации. Отечественные исследователи делят их по определенным основаниям.

I. Фикции можно разделить по сфере существования:

– на *теоретические*, которые, являясь частью правовой доктрины, не выступают самостоятельными регуляторами. Так, в качестве правовых фикций в литературе традиционно рассматриваются конструкции юридического лица, государства и др. Независимо от факта закрепления в нормативном тексте их условно можно назвать понятийными, они не устанавливают правил, а предполагают наличие допущения в самом понятии;

– *нормативные* фикции – это правовые положения, закрепленные в тексте закона в виде отдельных регулятивных нормативных предписаний. Именно об этих правовых велениях принято говорить как о средствах юридической техники, поэтому именно они подвергаются классификации³⁰.

Можно дать сначала укрупненную классификацию фикций, а затем подробно провести ее по отраслям. Однако следует оговориться: «большинство фикций так или иначе связано с частным правом. Причина проста: вымысел, если и даст сбой, затронет лишь небольшой круг лиц и не приведет к дестабилизации правовой системы в целом»³¹.

II. 1. Цель *материально-правовых* фикций состоит в том, чтобы обеспечить нормальное развитие общественных отношений, преодо-

²² Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 13.

²³ Ишигилов И.Л. Указ. соч. С. 5.

²⁴ Там же.

²⁵ Мелехин А.В. Теория государства и права : учеб. М., 2009. С. 378.

²⁶ Лотфуллин Р.К. Указ. соч. С. 6.

²⁷ Ишигилов И.Л. Указ. соч. С. 4.

²⁸ Там же. С. 5.

²⁹ Там же.

³⁰ Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 19.

³¹ Кашанина Т.В. Юридическая техника : учеб. М., 2011. С. 201.

леть состояние неопределенности, невосполнимости тех или иных фактов либо информации о них³². К таким фикциям относят:

а) гражданско-правовые (местом жительства несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет, или граждан, находящихся под опекой, признается место жительства их законных представителей (п. 2 ст. 20 ГК РФ))³³;

б) уголовно-правовые (лицо освобождается от уголовной ответственности, если со дня совершения преступления истекли... сроки... (ч. 1 ст. 78 УК РФ)³⁴. «Этот вид уголовно-правовой фикции позволяет законодательно устанавливать временные пределы возможности привлечения лица к уголовной ответственности и отбывания наказания»³⁵;

в) административно-правовые (не является административным правонарушением причинение лицом вреда охраняемым законом интересам в состоянии крайней необходимости... (ст. 2.7 КоАП РФ))³⁶;

г) трудовое право (трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя (ст. 67 ТК РФ))³⁷;

д) семейное право (запись усыновителей в качестве родителей усыновленного ребенка (ст. 136 СК РФ))³⁸;

е) налоговое право (в случае направления требования об уплате налога по почте заказным письмом оно считается полученным по истечении шести дней с даты направления заказного письма (п. 6 ст. 69 НК РФ))³⁹.

³² Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 20.

³³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. 23.06.2014 г.) // Российская газета. 1994. № 238–239. 8 дек.

³⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. 21.07.2014 г.) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2594. 17 июня.

³⁵ Панько К.К. Указ. соч. С.16.

³⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. 21.07.2014 г.) // Российская газета. 2001. № 256. 31 дек.

³⁷ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ (ред. 28.06.2014 г.) // Российская газета. 2001. № 256. 31 дек.

³⁸ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (ред. 05.05.2014 г.) // Там же. 1996. № 17. 21 янв.

³⁹ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ (ред. 28.06.2014 г.) // Там же. 1998. № 148–149. 6 авг.

Данная фикция «способствует оптимизации налогового процесса, а точнее, одного из его производств: производства по исчислению и уплате налога». Она «обеспечивает конкретность решения сложной процессуальной ситуации, а значит, и ясность налогового законодательства»⁴⁰.

2. *Процессуально-правовые* фикции призваны преодолеть процессуальную недисциплинированность сторон, сокращать ход и объем производства по делу, экономить силы судей, смягчать процессуальные формальности. Без процессуальных фикций правильное и справедливое рассмотрение и разрешение дела часто бывает невозможным⁴¹. К ним относятся:

а) гражданско-процессуальные (при отсутствии сообщения о перемене адреса лица, участвующего в деле, судебная повестка или иное судебное извещение посылаются по последнему известному суду месту жительства или месту нахождения адресата и считаются доставленными, хотя бы адресат по этому адресу более не проживает или не находится (ст. 118 ГПК РФ))⁴²;

б) арбитражно-процессуальные (лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса считаются извещенными надлежащим образом арбитражным судом, если:

– адресат отказался от получения копии судебного акта и этот отказ зафиксирован организацией почтовой связи или арбитражным судом;

– несмотря на почтовое извещение, адресат не явился за получением копии судебного акта, направленной арбитражным судом в установленном порядке, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд (ч. 4 ст. 123 АПК РФ))⁴³;

в) уголовно-процессуальные (уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужден-

⁴⁰ Карасева М.В. Презумпции и фикции в части первой Налогового кодекса РФ // Журн. рос. права. М., 2002. № 9. С. 80.

⁴¹ Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 21.

⁴² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (ред. 21.07.2014 г.) // Российская газета. 2002. № 220. 20 нояб.

⁴³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (ред. 28.06.2014 г.) // Российская газета. 2002. № 137. 27 июля.

ное уголовное дело подлежит прекращению... в случае истечения сроков давности уголовного преследования (ч. 3 ст. 24 УПК РФ)⁴⁴.

III. Правовые фикции могут также быть классифицированы по степени обязательности. Нет сомнений в том, что «любая фикция императивна с точки зрения возможности опровержения установленного ею правила»⁴⁵. Тем не менее степень обязательности применения фикции для суда может быть различной. В зависимости от нее правовые фикции делятся на два вида:

1. *Императивные* фикции устанавливают обязанность суда признать те или иные обстоятельства. Эта обязанность обозначается в тексте использованием слов «считается», «признается» и др.⁴⁶: «...началом исчисления срока для признания безвестного отсутствия **считается** первое число месяца, следующего за тем, в котором были получены последние сведения об отсутствующем» (ст. 42 ГК РФ).

2. *Диспозитивные* (или оценочные) фикции предполагают возможность выбора для судьи, предоставляя ему право применить соответствующее правило. После применения фикции судом она не может быть оспорена. Подобные предписания содержат формулировки «суд вправе признать», «суд вправе обосновать» и т.п.⁴⁷ Например: «Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение, **может быть признана судом** недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения» (ст. 178 ГК РФ).

IV. Классифицируют юридические фикции также *по источнику*: фикции, закрепленные в Конституции РФ; в международных нормативных правовых актах; в федеральных конституционных законах и федеральных законах; в нормативных актах Президента РФ, актах палат Федерального Собрания РФ, нормативных актах Правительства РФ, иных актах министерств и ведомств; в конституциях и уставах субъектов Российской Федерации, их

законах и подзаконных актах; в актах о местном самоуправлении; в локальных актах⁴⁸.

V. По характеру воздействия выделяют фикции:

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

2. *Социально не одобряемые*. Это фикции, негативно влияющие на тех или иных участников правоотношений. Так, согласно ч. 3 ст. 79 ГПК РФ при уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым⁴⁹. Эти положения дополняют обычные процессуальные нормы и предназначены для преодоления негативных последствий недисциплинированности лиц, участвующих в деле.

VI. В зависимости от принадлежности к той или иной части правовой системы говорят о фикциях: *публично-правовых*, то есть фикциях, используемых в публично-правовых отношениях; *частноправовых*, то есть фикциях, используемых в частном праве⁵⁰.

Правовые фикции классифицируются по большому количеству критериев. Однако необходимо заметить, что не существует единой системы классификации фикций, а некоторые виды классификации не лишены элемента отнесенности.

⁴⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (ред. 21.07.2014 г.) // Там же. 2011. № 249. 22 дек.

⁴⁵ Давыдова М.Л. Указ. соч. С. 22.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ Танимов О.В. Система юридических фикций в современном российском праве // Вестн. Рос. правовой акад. М., 2007. № 1. С. 16.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Душакова Л.А. Правовые фикции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. С. 13.

Подводя итог всему вышеизложенному, следует отметить отсутствие достаточно четкого определения понятия правовой фикции, отвечающего ее истинной природе и роли в праве. В связи с этим предлагаем наиболее верное и полное, на наш взгляд, авторское определение юридической фикции:

Юридическая фикция – это универсальный прием юридической техники, используемый в исключительных случаях на стадиях правотворчества и правоприменения, состоящий в признании существующим заведомо не существующего факта или наоборот, обладающий императивностью и выполняющий роль юридического факта в ситуации невозможной неизвестности.

Значение юридических фикций заключается в том, что они устраняют неопределенность в правовом регулировании; помогают упростить юридические отношения и сделать

правовое регулирование устойчивым и стабильным; сокращая ход и объем правовой деятельности, облегчают установление конкретных обстоятельств и тем самым способствуют процессуальной экономии; вносят четкость и стабильность в правовое регулирование, дисциплинируют участников правовых отношений, являются своеобразным гарантом их субъективных юридических прав и свобод.

Использование в правотворчестве юридической фикции в некоторых случаях является единственно возможным средством регулирования общественных отношений в сложных ситуациях невозможной неизвестности. Правовая фикция в качестве приема юридической техники всегда является исключительным средством, применяемым законодателем в случаях, когда иными средствами достижение поставленных целей невозможно. Юридическая фикция способствует эффективной юридической деятельности.

ОРГАНИЗАЦИЯ МОРСКОГО ТАМОЖЕННОГО ОФОРМЛЕНИЯ В РОССИИ (XVII–XVIII ВЕКА)

ЛОБЫЧ Татьяна Юрьевна

Аннотация. Статья посвящена становлению процедур морского таможенного оформления в России и их нормативному закреплению в актах законодательства (XVII–XVIII века). Источниковую базу исследования составили нормативные правовые акты из коллекции Полного собрания законов Российской империи.

Annotation. The article is devoted to establishing and developing the procedures of sea customs clearance in Russia and their legalization in acts and statutes (XVII–XVIII centuries). The research work is based on the laws from Complete Laws of Russian Empire.

Ключевые слова: портовые таможи, таможенная служба, таможенные учреждения, морская торговля, процедуры морского таможенного оформления.

Key words: port customs, customs service, customs licenses, sea trade, customs clearance procedures.

На настоящий момент Россия имеет самую большую протяженность морских границ в мире. Завоевание выходов к морям, а также развитие морской внешней торговли позволило Российскому государству в Новое время преодолеть политическую и экономическую изоляцию.

Важную роль в этом сыграла таможенная служба, которая практически осуществляла процедуры таможенного оформления прибытия и убытия судов, оформления и хранения грузов. Исторический опыт, накопленный в XVI–XVIII веках во время зарождения морской торговли России, оказал значительное влияние на современное состояние процедур морского таможенного оформления.

История становления портовых таможен в России представляет значительный интерес с различных позиций, в том числе с позиции изучения истории таможенной службы, так как в то время, как большинство таможен было ориентировано на внутреннее обложение, портовые таможи изначально регулировали внешнюю торговлю. Вместе с тем, изучению собственно проблем морского таможенного оформления посвящено пока немного исследований.

В наиболее полном виде на сегодняшний момент это сделано в обобщающих трудах по истории ведущих российских портовых таможен – Архангельской¹ и Санкт-Петербур-

бургской². В этих работах освещена их роль в таможенной системе Российского государства на различных исторических этапах, приведены цифры экспортно-импортных операций в разные годы, затронуты отдельные вопросы таможенного оформления судов и товаров, перемещаемых морским путем.

Значительный вклад в изучение становления морских оформительских процедур внесла В.Г. Балковская. В одной из ее работ³ основное внимание уделено организационному становлению морских портовых таможен, поэтому таможенные процедуры изучены там с функциональных позиций, в связи с деятельностью должностных лиц. Другая же работа⁴ явилась одним из первых опытов комплексной реконструкции процесса таможенного оформления судов и товаров, перемещаемых морским путем, предпринятой в историческом развитии.

В работе А.В. Демкина⁵ изучалась номенклатура экспортно-импортных операций в морской внешней торговле. Вопросы таможенного оформления затрагивались именно через особенности пошлинного обложения и оформле-

² Таможенная служба Санкт-Петербурга (1703–2003 гг.) / сост. И.И. Мушкет, Н.С. Нижник, Н.В. Симонова ; под ред. В.И. Вьюнова. СПб., 2003.

³ Балковская В.Г. Становление портовых таможен в России (XVI–XVIII вв.) // Вестн. Рос. тамож. акад. 2011. № 3. С. 24–30.

⁴ Балковская В.Г. Становление процедур морского таможенного оформления в России (XVII–XVIII вв.) // Таможенная политика России на Дальнем Востоке. 2014. № 1. С. 114–119.

⁵ Демкин А.В. Западноевропейские купцы и их товары в России в XVII в. М., 1992.

¹ История Архангельской таможни XVI–XX вв. : моногр. / В.Н. Буланов [и др.]. Архангельск, 2001.

ния отдельных видов товаров. Близкий к этому подход использован И.А. Малышевой⁶, которая исследует номенклатуру товаров, перемещаемых через порт Архангельск с позиций документирования таможенных процедур. Похожий прием использован Н.Н. Репиным⁷ при проведении сравнительного анализа роли и значения Архангельской и Санкт-Петербургской портовой таможен.

Интересным подходом является изучение таможенных оформительских процедур с позиций осуществления таможенной политики, как это сделано в работе С.Д. Калашникова⁸. Его мнение позволяет увидеть возможности процедур таможенного оформления как инструмента ужесточения либо либерализации торговой и таможенной политики государства.

Таким образом, отдельные аспекты процедур таможенного оформления морских судов и товаров, перемещаемых морским путем, исследованы достаточно подробно. Вместе с тем, сегодня очень мало работ, специально посвященных изучению этой важной научной проблемы. Настоящая работа была попыткой комплексной реконструкции таких процедур в историческом развитии, от их возникновения в середине XVI века до нормативного закрепления в актах законодательства XVIII века.

Длительное время Россия не имела выходов к морям, лишь в середине XVI века начинается история ее морской торговли. Открытие англичанами в августе 1553 года удобной гавани в устье Северной Двины можно отнести к серии исторических курьезов, так как англичане надеялись найти северный морской путь в Индию и Китай⁹. Однако эта ошибка позволила Англии на долгое время занять лидирующую позицию в торговле с Россией, в свою очередь наладить стабильную торговлю с европейскими государствами.

Этот путь был не особо удобен, поскольку беломорское побережье находилось на значительном расстоянии от основных производящих областей России и от стран Западной Европы. Из-за дальности он требовал значительных затрат на перевозку товаров, к тому же мог использоваться всего несколько месяцев в году из-за длительного ледостава на Белом море. Но северный торговый путь имел одно огромное преимущество – в устье Северной Двины можно было вести прямую торговлю с приезжавшими сюда западноевропейскими купцами, торговать без посредничества прибалтийско-немецких купцов, присваивавших ранее себе немалую посредническую прибыль.

Кроме того, торговля в устье Северной Двины производилась на русской территории, под защитой русской администрации и не находилась в зависимости от частых войн и смен властей, мешавших нормальному ходу торговли в городах Восточной Прибалтики.

Для обеспечения стабильной морской торговли необходимо было наличие хотя бы одного оборудованного порта, именно поэтому в 1584 году в устье Северной Двины основали посад Новые Холмогоры, в 1613 году переименованный в город Архангельск в честь находившегося поблизости монастыря Архангела Михаила. Именно в этом порту началось практическое формирование и юридическое оформление морских таможенных оформительских процедур.

29 марта 1588 года царь Федор Иванович издал грамоту двинским таможенным целовальникам (другое название документа – Двинская таможенная грамота 1588 года)¹⁰, что положило начало правовому регулированию морской торговли.

Историк Н.И. Костомаров отмечал, что в течение XVII века в Архангельск ежегодно приходило от 30 до 40 иностранных судов, торговля была организована в виде ярмарки, проходившей во время навигации и продолжавшейся четыре месяца¹¹.

В Архангельске постепенно явочным порядком нарабатывались правила таможенного

⁶ Малышева И.А. Архангельская таможенная книга 1710 г. // Торговля, купечество и таможенное дело в России в XVI–XIX вв. : сб. материалов 2-й Междунар. науч. конф. (Курск, 2009). Курск : Курс. гос. ун-т, 2009. С. 129–134.

⁷ Репин Н.Н. Изменение объема и экспорта Архангельского и Петербургского портов в первой половине XVIII в. // Промышленность и торговля России XVII–XVIII вв. М., 1983. С. 174–192.

⁸ Калашников С.Д. Исторический опыт протекционизма в таможенной политике России. М., 1996.

⁹ Лакиер А.Б. Обзор сношений между Англией и Россией в XVI–XVII столетиях. СПб., 1854. С. 4.

¹⁰ Таможенное дело России : сб. док. и материалов. М. : ЮПАПС, 1997. Т. 1. С. 84.

¹¹ Костомаров Н.И. Очерк торговли Московского государства в XVI–XVII столетиях. СПб., 1862. С. 145.

оформления судов: практически сразу была устроена корабельная пристань, при ней – таможенная изба с гостиным двором. В 1635 году устье Северной Двины с обеих сторон было ограждено стрелецкими караулами, которые останавливали все прибывающие в порт корабли.

На каждом этапе оформления создавались свои правила, которые первоначально существовали в форме правовых обычаев, а затем письменно фиксировались в актах царского законодательства. В полном виде они нашли закрепление в Новоторговом уставе 1667 года¹².

Новоторговый устав – основной таможенный закон прямого действия, технологические схемы таможенного контроля, оформления и обложения товаров, заложенные в нем, можно представить следующим образом:

1) таможенное оформление русских товаров, вывозимых из Москвы и внутренних городов страны к Архангельску;

2) таможенное оформление в Архангельске привозных иностранных товаров;

3) таможенное обложение в Архангельске вывозных русских товаров;

4) таможенное обложение в Архангельске привозных иностранных товаров;

5) таможенное оформление товаров, вывозимых из Архангельска в Москву и внутренние города русскими людьми;

6) таможенное оформление товаров, вывозимых из Архангельска в Москву и во внутренние города иностранцами;

7) таможенное обложение товаров, вывозимых из Архангельска в Москву и во внутренние города иностранцами.

Порядок иноземной торговли по Уставу был определен следующим образом:

– при прибытии в устье Двины корабль должен был явиться в специальный пункт морского таможенного досмотра – шанцы, где капитан обязан был подать полную «роспись товаров» с указанием производителя и собственника товара, а также его количества (ст. 43);

– товары в росписи предписывалось указывать правдиво – не утаивать (ст. 45) и не занижать таможенную стоимость (ст. 49) под угрозой конфискации;

– уплата таможенных пошлин должна была производиться золотыми и серебряными монетами по установленному курсу (ст. 48, 50);

– на ввозимые вина устанавливались особо высокие пошлины (ст. 51);

– при желании везти товары вглубь России купец должен был пройти полный таможенный досмотр и уплатить проезжие пошлины (ст. 56) и т.д.

Иностранцам было запрещено:

– беспошлинно торговать между собой (ст. 40–41, 63);

– торговать в розницу вне Архангельска, весь товар они должны были продавать русским гостям оптом (ст. 42, 83, 84);

– привозить товары низкого качества – «худые» товары (ст. 45);

– разгружать товары ночью под угрозой конфискации (ст. 46);

– торговать винами в розлив (ст. 54–55);

– вести розничную торговлю внутри России, весь товар должны были продать оптом местным купцам (ст. 60).

Из вышеперечисленного видно, что Новоторговый устав впервые в российской истории достаточно полно определял порядок проведения и содержание таможенных процедур в сфере внешней торговли.

В XVIII веке начался новый этап истории внешней торговли, что было связано с приобретением выходов в Балтийское море. В новых исторических условиях Санкт-Петербургский порт стал ведущим морским портом, а Санкт-Петербургская портовая таможня заняла лидирующее положение среди таможенных учреждений России. Этот процесс происходил постепенно и явился результатом целенаправленной политики правительства по переориентации морской торговли на порты Балтики.

Переориентация товарных потоков на порты Балтики была оправдана и климатически – эти порты не замерзают, в отличие от Архангельска, и географически – они расположены значительно ближе к странам Западной Европы. Петр I подключил властный ресурс, обязав отечественных купцов привозить исключительно в Санкт-Петербург широкий перечень традиционных экспортных товаров, далее он продумал ряд мероприятий, призванных сделать для иностранных купцов заход в порты Балтики более выгодным за счет снижения

¹² Новоторговый устав : [принят 22 апр. 1667 г.] // ПСЗРИ. Т. I. № 408. С. 677–691.

торговых пошлин по сравнению с Архангельском и удобным за счет обустройства берега.

В результате этих мероприятий, проводившихся в течение 1713–1724 годов, порт Санкт-Петербурга занял лидирующее положение среди морских портов России, а Санкт-Петербургская портовая таможня стала ведущим таможенным учреждением России, так как организационно была построена на новых принципах – впервые сделали попытку отказаться от укомплектования штатов на основе государственной повинности и внедрить укомплектование на штатной основе.

В организации балтийской торговли использовался опыт, ранее накопленный в беломорской торговле. Например, Санкт-Петербургская таможня имела в подчинении Кронштадтскую портовую таможню, которая не осуществляла досмотр и оформление грузов, а должна была обеспечивать явку кораблей в Санкт-Петербург и препятствовать несанкционированной разгрузке до явки в порт. Фактически она исполняла ту же роль, что и шанцы при Архангельской таможне по Новоторговому уставу 1667 года¹³.

Во второй половине 1720-х годов на штатную основу были переведены и другие портовые таможни, как старые – Архангельская, Астраханская и Кольская, так и появившиеся у России вследствие территориальных приобретений – Кронштадтская, Выборгская, Нарвская, Рижская, а в конце XVIII века – Черноморские.

Можно выделить следующие важнейшие явления в государственном регулировании морской внешней торговли России в XVIII веке:

1) количество портовых таможен возросло с одной в начале века до двадцати трех в конце;

2) усложнилась организационная структура портовых учреждений – наряду с портовыми таможнями, появились морские таможенные заставы, к концу века их было уже

семь; они подчинялись портовым таможням и выполняли вспомогательные функции в морском таможенном обслуживании;

3) так как объем внешней морской торговли значительно превосходил объемы сухопутной, портовые таможни заняли лидирующее место в системе российских таможенных учреждений;

4) увеличение числа выходов к морю привело к возрастанию числа портовых таможен и подчиненных им таможенных застав;

5) в ходе развития внешней торговли России обозначилась определенная специализация в деятельности портовых таможен (специализировались преимущественно на импорте или экспорте, на оформлении определенных грузов и т.п.)¹⁴.

Таким образом, хотя морская торговля России была начата еще в середине XVI века, лишь к XVIII веку было завершено становление системы портовых таможенных учреждений. В этот период произошли кардинальные изменения в российской внешней торговле: Россия закрепила на берегах Балтики и Черного моря, у нее появился собственный торговый флот и торговля приобрела активный характер. Развитие морской торговли привело к началу организационной перестройки таможенной системы как бюрократической организации, с установленным штатом и объемом полномочий.

В XVIII веке увеличение числа таможенников потребовало более четкого разграничения должностных полномочий, более детальной проработки процедур оформления. Именно с этими целями было принято два акта учредительного и регламентирующего характера – Морской торговый регламент и устав (принят 31 января 1724 года, содержал 41 статью) и Морской пошлинный регламент или устав (принят 31 марта 1731 года, содержал 99 статей). Это количественное сопоставление позволяет предположить себе стремление законодателя сделать содержание норм все более четким, а организацию процедур более регламентированной на каждом этапе таможенного оформления, начиная с подачи декларации.

¹³ Указ Правительствующего сената от 29 августа 1733 г. «О предписании ставить на приходящие корабли караул от Кронштадтской портовой таможни впредь до построения таможенной яхты» // ПСЗРИ. Т. IX. № 6471. С. 194; Указ Правительствующего сената от 16 ноября 1739 г. «О запрещении входить на прибывающие в Кронштадт купеческие корабли прежде, нежели будет поставлен от таможни досмотрщик» // ПСЗРИ. Т. X. № 7949. С. 955–956.

¹⁴ Балковская В.Г. Таможенная служба в системе управления Российского государства XVI–XVIII вв. Владивосток, 2011. С. 207–220.

Особенностью этих нормативных актов являлось то, что они включали в себя не только регулятивные, но и охранительные нормы. Причем Регламент 1724 года носил более репрессивный характер, что было связано с жесткостью действовавшего в тот период тарифа. Принятие более умеренного тарифа 1731 года привело к смягчению норм ответственности за таможенные нарушения в сфере морского оформления судов, что нашло юридическое закрепление в Регламенте 1731 года.

Регламенты 1724 и 1731 годов объединяло то, что все утаенные и неявные товары подлежали конфискации. При этом дополнительно взыскивался штраф в размере той пошлины, которую необходимо было бы заплатить в казну при прохождении таможенного контроля. При этом предусматривалась поощрительная премия для служащих таможни, обнаруживших утаенный товар – они получали $\frac{1}{4}$ часть от конфискованного товара.

Таким образом, принятие Регламентов 1724 и 1731 годов было важным мероприятием в становлении российской морской торговли. Они изменили и существенно дополнили правила захода иностранных судов в российские порты.

Все иностранные товары, прошедшие таможенный досмотр, метились специальным навесным свинцовым «таможенным клеймом». Товары, которые направлялись в продажу, а клейма не имели, подлежали по факту выявления такого нарушения конфискации.

Таким образом, в XVI–XVIII веках в сфере таможенного дела появились устойчивые процедуры таможенного оформления и таможенного контроля, досмотровых операций. Возникнув явочным порядком, эти процедуры в XVII веке получили свое нормативное закрепление

в актах законодательства. Принятием Новоторгового устава завершился первый этап таможенных реформ. Дальнейшее развитие процедуры морского таможенного оформления получили в результате петровских преобразований.

Приобретение выходов в Балтийское море привело к переориентации торговых потоков, возрастанию объемов внутренней и внешней торговли, что закономерно привело к дальнейшей бюрократизации таможенной системы.

Увеличение штатной численности служащих таможен потребовало создания законодательных актов регламентирующего характера в данной сфере государственного управления, призванных унифицировать деятельность по таможенному оформлению прибытия и убытия судов, таможенного контроля и досмотра. Можно констатировать, что принятие Регламентов 1724 и 1731 годов было важной вехой в становлении российской морской торговли. Они изменили и существенно дополнили правила захода иностранных судов в российские порты.

Таким образом, хотя морская торговля России была начата еще в середине XVI века, лишь к середине XVIII века завершилось становление системы портовых таможенных учреждений и процедур морского таможенного оформления. В этот период произошли кардинальные изменения в российской внешней торговле: Россия закрепилась на берегах Балтийского, а позже Черного морей, у нее появился собственный торговый флот, и торговля приобрела активный характер.

К концу XVIII века становление портовых таможен в основном завершилось, это привело к юридическому закреплению сформировавшихся морских таможенных оформительских процедур.

ЭВОЛЮЦИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА, ЕГО МЕСТО И РОЛЬ В СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ НАУКЕ И ПРАКТИКЕ

ОРЖАХОВСКАЯ Ирина Юрьевна

Аннотация. В статье анализируется принцип свободы договора в рамках Евразийского экономического союза (ЕАЭС). Принцип свободы договора рассматривается в странах – союзниках Евразийского экономического союза. Определяются проблемы и возможности реализации рассматриваемого принципа.

Annotation. The paper is devoted to the principle of freedom of contract within the Eurasian Economic Community (EAEC or EurAsEC). The principle of freedom of contract is considered allied countries of the EAEC. Opportunities and challenges identify the principle of freedom of contract in the EAEC.

Ключевые слова: принцип свободы договора, Евразийский экономический союз (ЕАЭС), правовая система, императивные и диспозитивные нормы.

Key words: the principle of freedom of contract, the Eurasian Economic Community (EAEC or EurAsEC), legal system, the peremptory and the nonmandatory norms.

На сегодняшний день одной из актуальных проблем современного частного права является нестабильность гражданского оборота, что обуславливается, в частности, признанием гражданско-правовых договоров незаключенными или недействительными при отсутствии достаточно разумных оснований, в случаях нестандартного использования принципа свободы договора. В России данный принцип является основополагающим, обеспечивая рациональное ведение договорных отношений, что, в свою очередь, сказывается на эффективном удовлетворении и защите не только частных интересов, но и развитии экономики государства в целом.

Однако принцип свободы договора должен реализоваться не только в стране, но и на международном уровне, что будет способствовать развитию грамотной интеграции. В мае этого года был подписан договор о создании Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) между Российской Федерацией, Беларуссией и Казахстаном, в дальнейшем в союз планируют вступить Армения и Киргизия. Евразийский экономический союз является международным интеграционным экономическим объединением, с помощью которого страны-союзники хотят улучшить экономику своих стран. Президент России В.В. Путин прокомментировал ЕАЭС с наилучшей стороны: «Договор имеет эпохальное и историческое значе-

ние, открывает самые широкие перспективы для развития экономик и повышения благосостояния граждан наших стран»¹. Подписанная версия договора носит компромиссный характер, и потому ряд задуманных мер не был осуществлен в полном объеме. В частности, это касается и правового аспекта: свободы и ограничения торговли между участниками союза не решены и отложены до 2025 года или на неопределенный срок. Получается, что многие договоры, заключаемые странами-участницами, не будут законодательно урегулированы на должном уровне, а значит, принцип свободы договора будет существенно уничтожаться, что в свою очередь навредит стабильности гражданского оборота. Поэтому актуальным становится выяснить – является ли принцип свободы договора основополагающим в странах-союзниках, как и в Российской Федерации, если нет, то каким образом будет проходить заключение различных договоров на международном уровне и будет ли это вредить интеграционным процессам в рамках ЕАЭС.

Принцип свободы договора закреплен в гражданских кодексах всех стран – участниц ЕАЭС. Поэтому, объединяясь в указанный экономический союз, страны-союзники должны осознавать значимость нормативных актов,

¹ Заявления для прессы по итогам заседания Высшего Евразийского экономического совета. 2014. 29 мая. URL: <http://www.kremlin.ru/transcripts/45790>

призванных регулировать их взаимоотношения. Ведь очень важно, чтобы интеграционные процессы приносили пользу странам-участникам.

Содержание принципа свободы договора в Российской Федерации определяет Гражданский кодекс РФ в ст. 421 как совокупность трех элементов²: право субъектов решать вопрос о заключении либо не заключении договора; выбор контрагента при заключении договора; усмотрение сторон при определении условий договора.

В Белоруссии принцип свободы договора закреплен в числе основополагающих принципов, а именно в ст. 2 Гражданского кодекса, раскрывается указанный принцип в ст. 391, который, как и в России, состоит из трех составляющих³: граждане и юридические лица свободны в заключении договора; стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законодательством; условия договора определяются по усмотрению сторон в порядке и пределах, предусмотренных законодательством, а именно ст. 392, которая говорит о том, что договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законодательством.

В Гражданском кодексе Казахстана принцип свободы договора закреплен как основополагающий непосредственно в ст. 2 Гражданского кодекса. Однако его сущность достаточно урезана по сравнению с предыдущими странами и не раскрывает его суть как таковую. Непосредственно в ст. 380 принцип свободы договора состоит из двух компонентов⁴: граждане и юридические лица свободны в заключении договора, понуждение к заключению не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключать договор предусмотрена законодательством или добровольно принятым обязательствам; стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством.

Однако свобода договора, как и свобода в целом, не может быть абсолютной, поскольку человек живет в обществе и должен соблюдать его правила, в соответствии с которыми свобода одного не должна нарушать свободы другого. Поэтому свобода договора может и должна быть ограничена, однако ограничения должны быть подкреплены убедительными политико-правовыми основаниями, а бремя аргументации лежит на том, кто предлагает ввести то или иное ограничение. Проблема состоит в том, чтобы выявить основания, когда сила заключенного договора и права сторон свободно определять его условия опровергаются в связи с приоритетом более важных политико-правовых ценностей.

Источниками ограничений принципа свободы договора в России выступают следующие нормативные акты: Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации, федеральные законы и федеральные конституционные законы, постановления пленумов Верховного и Арбитражного Судов Российской Федерации. Большое количество ограничений в этих источниках являются обоснованными и подкрепленными убедительными политико-правовыми аргументами. Например, п. 3 ст. 17 Конституции Российской Федерации, содержащий правило применения свободы, не нарушая права и свободы других лиц, вполне понятно и лаконично ограничивает принцип свободы договора⁵.

Однако часто суды признают договоры в целом или их части недействительными или ничтожными, ссылаясь на то, что сделки противоречат закону. Возникает вопрос: противоречие какому закону? В большинстве случаев речь идет об императивных нормах гражданского законодательства, согласно которым договор не может противоречить. А определяют императивные нормы суды при помощи формально-атрибутивной теории, которая говорит о том, что диспозитивные нормы те, где есть слова «если иное не предусмотрено договором», а императивные все остальные.

М.И. Брагинский при анализе норм Гражданского кодекса Российской Федерации при

² Гражданский кодекс Российской Федерации // Российская газета. 1994. № 238–239. 8 дек. Ст. 421.

³ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 дек. 1998 г. № 218-3 // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. 1999. № 7–9. 5 марта. Ст. 101, 1, 391–392.

⁴ Гражданский кодекс Республики Казахстан // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996. № 2. Ст. 187.

⁵ Демина Т.В., Таболина Г.В. Конституционно-правовые основы ограничения свободы договора // Вестн. Амур. гос. ун-та. 2010. № 48. 77 с.

помощи формально-атрибутивной теории отмечает, что кодекс содержит около 1 600 императивных и только около 200 диспозитивных норм⁶. Но все ли выявленные 1 600 норм – императивны? Обычно принято отвечать на такой вопрос положительно. В то же время часто никаких рациональных политико-правовых аргументов для признания данной нормы императивной нет, а следовательно, можно говорить, что принцип свободы договора провозглашается формально, а на практике подвергается уничтожению.

В сложившихся условиях не трудно сделать вывод, что современная реализация принципа свободы в России подвергается необоснованному ограничению.

В Республике Беларусь ограничение принципа свободы договора осуществляется непосредственно при помощи нормативных актов. Особый акцент делается на то, что сама свобода вступления в договорные отношения может быть ограничена законодательством либо добровольно принятым обязательством. По этому признаку гражданско-правовые договоры можно подразделить на договоры, обязательность заключения которых предусмотрена в законодательстве, и договоры, вытекающие из добровольно принятого обязательства⁷.

Проведенный анализ принципа свободы договора в странах – участницах ЕАЭС указывает на отсутствие единого закрепления иссле-

дуемого принципа, а также на различного рода ограничения, которые не всегда являются обоснованными. Таким образом, регулировать договорные отношения при помощи внутреннего законодательства невозможно. Тогда возникает вопрос: при помощи чего будут урегулированы договорные отношения? В ходе исследования были предложены возможные правовые регуляторы: международные конвенции; унифицирование законодательства; создание новых нормативных актов на базе Евразийского экономического союза.

Однако стоит учитывать, что в условиях современного состояния рыночных отношений не обойтись без запретительно-ограничительного регулирования, стоит согласиться с американским ученым Р.К. Макконнелл в том, что «нет практически никакой нужды во вмешательстве правительства в деятельность экономики, помимо установления им самых общих юридических ограничений для осуществления индивидуального выбора и использования частной собственности»⁸. Задача исследователей и законодателя – определиться с введением договорной свободы, а также определить и установить границы необходимых и адекватных ограничений, рамки регулирования договорных отношений в целом в целях охраны прав, свобод и законных интересов участников договорных отношений, обеспечения безопасности личности и общества.

⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения. М., 2004. С. 89–90, 175–177.

⁷ Годунов В.Н. Принцип свободы договора и его реализация в законодательстве республики Беларусь // Право и демократия : сб. науч. тр. / редкол.: В.Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. Минск : БГУ, 2012. Вып. 23. С. 4–5.

⁸ Макконнелл К.Р., Брю С.Л. Экономика: принципы, проблемы и политика : пер. с 14-го англ. изд. М. : ИНФРА-М, 2003. С. 919–920.

ОБЗОР I ВСЕРОССИЙСКОГО КОНКУРСА СТУДЕНЧЕСКИХ НАУЧНЫХ РАБОТ «АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА»

В июне 2014 года кафедрой теории и истории государства и права Рязанского государственного университета имени С.А. Есенина совместно с журналом «Юридическая наука» был проведен I Всероссийский конкурс студенческих научных работ «Актуальные проблемы теории и истории государства и права».

На конкурс было представлено 27 работ из 14 субъектов Российской Федерации.

Конкурсная комиссия отметила высокий научный уровень поступивших работ. Все они соответствовали предъявляемым требованиям.

Критериями оценки конкурсных работ были:

- актуальность темы;
- научная новизна;
- наличие авторских выводов и рекомендаций;
- научная обоснованность полученных результатов;
- количество и качество используемых источников;
- техническое оформление работы.

По результатам рассмотрения работ конкурсной комиссией были выявлены следующие победители конкурса:

I место – Данилова Екатерина Сергеевна, студентка 2 курса юридического факультета Ивановского государственного университета. Научный руководитель: Поцелуев Евгений Леонидович, канд. ист. наук, доцент. Тема: «Фикции в праве: понятие и виды».

II место – Лобыч Татьяна Юрьевна, студентка 3 курса юридического факультета Владивостокского филиала Российской таможенной академии. Научный руководитель: Балковская Валентина Григорьевна, канд. полит. наук, доцент. Тема: «Становление процедур морского таможенного оформления (XVII–XVIII века): историко-правовой аспект».

III место – Оржаховская Ирина Юрьевна, студентка 2 курса Института управления в экономических, экологических и социальных системах Южного федерального университета. Научный руководитель: Яровая Валентина Владимировна, ст. преподаватель. Тема: «Эволюция принципа свободы договора, его место и роль в современной правовой науке и практике».

Статьи победителей конкурса, подготовленные по темам выигравших научных работ, опубликованы в разделе «Студенческая наука».

**Поздравляем победителей конкурса и желаем им дальнейших успехов в научной работе!
Благодарим всех участников конкурса за проявленный интерес!**

*Заведующий кафедрой теории и истории государства и права
ФГБОУ ВПО «Рязанский государственный университет
имени С.А. Есенина», кандидат юридических наук, доцент
Д.В. Ирошников*

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Алексеев Кирилл Васильевич – доцент кафедры предпринимательского и трудового права ФГБОУ «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина», кандидат филологических наук, доцент.

E-mail: ki.alekseev@gmail.com

Баев Валерий Григорьевич – заведующий кафедрой «Трудовое и предпринимательское право» ФГБОУ ВПО «Тамбовский государственный технический университет», доктор юридических наук, профессор.

E-mail: baev@nnn.tstu.ru

Белик Лариса Степановна – адъюнкт Одесского государственного университета внутренних дел.

E-mail: Lora183@ukr.net

Бодрова Елена Андреевна – аспирант кафедры финансового права ФГБОУ ВПО «Российский государственный гуманитарный университет», юрисконсульт ООО «Монолит».

E-mail: Bodrovaelena@yahoo.com

Бражник Сергей Дмитриевич – доцент кафедры уголовного права и процесса ФГБОУ ВПО «Ярославский государственный университет имени П.Г. Демидова», кандидат юридических наук.

E-mail: bsd2009@mail.ru

Бумажникова Ольга Викторовна – адвокат Адвокатской палаты Тверской области, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин НОУ ВПО «Институт «Верхневолжье», кандидат юридических наук.

E-mail: bumazhnikova.olga@yandex.ru

Воликова Ирина Александровна – студентка магистратуры Юридического института ФГБОУ ВПО «Тамбовский государственный технический университет».

E-mail: baev@nnn.tstu.ru

Гайдидей Юлия Михайловна – старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин Пятигорского филиала ФГБОУ ВПО «Северо-Кавказский государственный технический университет», кандидат юридических наук.

E-mail: zamdecuf-nr@pfil.ncstu.ru

Грибов Александр Сергеевич – администрация Ярославской области, кандидат юридических наук.

E-mail: gribovalex@yandex.ru

Данилова Екатерина Сергеевна – студентка 3 курса дневного отделения юридического факультета ФГБОУ ВПО «Ивановский государственный университет».

E-mail: e-s-danilova@ya.ru

Денисова Любовь Николаевна – профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета ФГБОУ ВПО «Российский государственный университет нефти и газа имени И.М. Губкина», доктор исторических наук, профессор.

E-mail: lubadenisova@rambler.ru

Дроздова Александра Михайловна – профессор кафедры правовой культуры и защиты прав человека Юридического института Северо-Кавказского федерального университета, доктор юридических наук, профессор.

E-mail: temp17@rambler.ru

Жидков Эдуард Владимирович – старший преподаватель кафедры уголовного права и процесса ФГБОУ ВПО «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина», кандидат юридических наук.

E-mail: eduard.zhidkov@mail.ru

Иванова Елена Геннадьевна – помощник судьи Арбитражного суда Ивановской области, аспирант ГОУ ВПО «Российская академия правосудия».

E-mail: selena200786@mail.ru

Касаткина Наталья Николаевна – заведующая кафедрой иностранных языков гуманитарных факультетов ФГБОУ ВПО «Ярославский государственный университет имени П.Г. Демидова», кандидат педагогических наук.

E-mail: ninet75@mail.ru

Киселёв Артём Константинович – сотрудник органов федеральной службы безопасности.

E-mail: artemkise@yandex.ru

Комашко Владимир Владимирович – соискатель Днепропетровского государственного университета внутренних дел Украины.

E-mail: Shamara79@mail.ru

Кузнецова Александра Николаевна – консультант Ярославского Центра экономического и налогового просвещения.

E-mail: kuznetsovaal@inbox.ru

Лобыч Татьяна Юрьевна – студентка 4 курса Владивостокского филиала ФГКОУ ВПО «Российская таможенная академия».

E-mail: valyabalk@yandex.ru

Михайлов Иван Михайлович – ведущий специалист кафедры административного и финансового права Национальной академии прокуратуры Украины.

E-mail: im331331@gmail.com

Мосин Сергей Анатольевич – докторант кафедры конституционного и муниципального права ФГБОУ ВПО «Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации», кандидат юридических наук.

E-mail: m-sa81@yandex.ru

Некрасов Вячеслав Анатольевич – заместитель начальника факультета подготовки, переподготовки и повышения квалификации Национального университета ГНС Украины сотрудников налоговой милиции по научной работе, кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: Lora183@ukr.net

Оржаховская Ирина Юрьевна – студентка 2 курса Института управления в экономических, экологических и социальных системах ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет».

E-mail: orgahovskaya2@yandex.ru

Паненкова Мария Анатольевна – помощник нотариуса.

E-mail: Chermas@mail.ru

Пантюхина Инга Владимировна – заведующая кафедрой уголовного права и процесса ФГБОУ ВПО «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина», кандидат юридических наук, доцент.

E-mail: i.pantyhina@rsu.edu.ru

Романова Ирина Николаевна – заведующая кафедрой гражданского права и процесса филиала Московского университета имени С.Ю. Витте в г. Рязани, кандидат юридических наук.

E-mail: vip_irinaromanova@list.ru

Самбор Николай Анатольевич – старший инспектор штаба Прилукского городского отдела Управления МВД Украины в Черниговской области (по обслуживанию города Прилуки и Прилукского района), кандидат юридических наук.

E-mail: NIKOLAS783@yandex.ua

Сенина Олеся Александровна – студентка магистратуры юридического факультета ФГБОУ ВПО «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина».

E-mail: lese4ka-89@bk.ru

Смоляров Максим Владимирович – ассистент кафедры теории и истории государства и права ФГБОУ ВПО «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина».

E-mail: msmolyarov@yandex.ru

Соловьев Олег Геннадьевич – доцент кафедры уголовного права и криминологии ФГБОУ ВПО «Ярославский государственный университет имени П.Г. Демидова», кандидат юридических наук.

E-mail: olegsol1961@yandex.ru

Тютюник Аэлита Сергеевна – аспирант сектора сельскохозяйственного и земельного права Института государства и права Российской академии наук.

E-mail: lityla@yandex.ru

Фадеев Виктор Николаевич – профессор кафедры криминологии ФГКОУ ВПО «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации», доктор юридических наук, профессор.

E-mail: fadei87@mail.ru

Шамара Александр Владимирович – советник Председателя Союза юристов Украины, доктор философии в области права, старший исследователь.

E-mail: Shamara79@mail.ru

ПРАВИЛА ПУБЛИКАЦИИ СТАТЕЙ В ЖУРНАЛЕ «ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА»

Статья представляется в электронном виде, файл в формате Microsoft Office Word, шрифт Times New Roman, кегль 14, интервал 1,5, абзац автоматический 1,25 мм, сноски автоматические постраничные, кегль 12, поля: 2,0 см.

К статье прилагаются:

- а) аннотация статьи (4–5 строк) и ключевые слова;
- б) сведения об авторе, в том числе: ФИО (полностью), ученая степень, ученое звание, место работы (учебы), должность, контактные данные: адрес с указанием почтового индекса, контактный телефон, E-mail.

Название статьи, аннотация, ключевые слова, информация об авторе предоставляются на русском и английском языках (при необходимости издательство оказывает услуги по квалифицированному переводу текста на английский язык). Подробнее в разделе «Перевод текста».

Материалы, не отвечающие вышеперечисленным требованиям, не принимаются к публикации!

Статьи следует направлять по адресу электронной почты: jur-science@mail.ru

Все рукописи в обязательном порядке рецензируются. С Порядком рецензирования рукописей можно ознакомиться в разделе «Рецензирование».

После принятия статьи к публикации автору направляется по электронной почте счет на оплату соответствующих услуг.

Стоимость публикации составляет 250 рублей за одну страницу текста (включает в себя стоимость авторского экземпляра журнала, а также почтовые расходы). Авторы из стран СНГ дополнительно оплачивают 100 рублей за международную пересылку.

Статьи докторов юридических наук, а также зарубежных авторов (кроме стран СНГ) публикуются бесплатно (в пределах 14 страниц).

Автору высылается один бесплатный экземпляр журнала. При необходимости автор вправе заказать дополнительные экземпляры журнала (стоимость одного дополнительного экземпляра – 500 рублей (включая почтовые расходы), при международной пересылке – 600 рублей).

При публикации статьи в журнале автор передает издательству право на распространение статьи (включая информацию об авторе) любым способом (размещение на сайте журнала, в научных электронных библиотеках, в справочно-правовых системах и т.п.) без выплаты автору вознаграждения.

Данное предложение является публичной офертой в соответствии со ст. 437 Гражданского кодекса Российской Федерации.

ПОРЯДОК РЕЦЕНЗИРОВАНИЯ РУКОПИСЕЙ, ПРЕДСТАВЛЯЕМЫХ ДЛЯ ПУБЛИКАЦИИ В ЖУРНАЛЕ «ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА»

1. Настоящий Порядок рецензирования рукописей, представляемых для публикации в журнале «Юридическая наука» (далее – Порядок) определяет порядок рецензирования рукописей научных статей, представляемых авторами для публикации в журнале «Юридическая наука» (далее – Журнал).

2. Каждая рукопись, представленная в редакцию Журнала, обязательно проходит процедуру рецензирования.

3. Рукопись научной статьи, поступившая в редакцию Журнала, рассматривается главным редактором на предмет соответствия рукописи научной статьи профилю Журнала, требованиям к оформлению и направляется на рецензирование специалисту.

4. Рецензирование осуществляет один из членов редакционной коллегии Журнала, имеющий наиболее близкую к теме статьи научную специализацию. Редакция имеет право привлекать внешних рецензентов (докторов или кандидатов наук, в том числе специалистов-практиков).

5. Рецензенты уведомляются о том, что представленные для рецензирования статьи являются частной собственностью авторов и содержат сведения, не подлежащие разглашению. Рецензентам не разрешается делать копии статей и передавать их третьим лицам.

6. Рецензирование проводится конфиденциально для авторов статей. Рецензия предоставляется автору рукописи по его письменному запросу, без подписи и указания фамилии, должности, места работы рецензента.

7. Рецензия в обязательном порядке должна быть предоставлена по соответствующему запросу экспертных советов в Высшую аттестационную комиссию.

8. Сроки рецензирования рукописей:

8.1. Главный редактор Журнала рассматривает представленную к публикации рукопись в соответствии с п. 2 Порядка в течение семи дней с момента получения рукописи редакцией.

8.2. Рецензирование рукописи специалистом осуществляется в течение четырнадцати дней с момента предоставления ему рукописи главным редактором.

8.3. В сроки, указанные в п. 8.1. и 8.2. Порядка, не включаются выходные и праздничные дни, установленные действующим законодательством Российской Федерации.

8.4. По согласованию редакции и рецензента рецензирование рукописи может производиться в более короткие сроки с целью включения статьи в ближайший номер Журнала.

9. Содержание рецензии:

9.1. Рецензия должна содержать экспертную оценку рукописи по следующим параметрам:

9.1.1. соответствие содержания статьи ее названию;

9.1.2. актуальность темы исследования;

9.1.3. научная новизна полученных результатов;

9.1.4. целесообразность публикации статьи, с учетом ранее выпущенной по данному вопросу литературы;

9.1.5. подача материала (язык, стиль, используемые категории и обороты).

9.2. Рецензент вправе дать рекомендации автору и редакции по улучшению рукописи. Замечания и пожелания рецензента должны быть объективными и принципиальными, направленными на повышение научного и методического уровней рукописи.

9.3. В заключительной части рецензии должно содержаться одно из следующих решений:

9.3.1. рекомендовать принять рукопись к публикации в открытой печати;

9.3.2. рекомендовать принять рукопись к публикации в открытой печати с внесением технической правки;

9.3.3. рекомендовать принять рукопись к публикации в открытой печати после устранения автором замечаний рецензента, с последующим направлением на повторное рецензирование тому же рецензенту;

9.3.4. рекомендовать отказать в публикации статьи в открытой печати по причине ее несоответствия требованиям, предъявляемым к научному уровню Журнала.

10. В случае принятия рецензентом решения, указанного в п. 9.3.3 Порядка, доработанная (переработанная) автором статья повторно направляется на рецензирование. В случае, если рецензент при повторном рецензировании принимает аналогичное решение, статья считается отклоненной и более не подлежит рассмотрению редакцией Журнала.

11. В случаях принятия рецензентом решений, указанных в п. 9.3.2–9.3.4 Порядка, текст рецензии в обязательном порядке направляется автору рукописи.

12. В случае отрицательной оценки рукописи в целом, рецензент должен убедительно обосновать свои выводы.

13. В случае принятия рецензентом решения рекомендовать рукопись к принятию к публикации, статья принимается к публикации в Журнале с обязательным уведомлением автора.

14. Оригиналы рецензий хранятся в редакции Журнала в течение трех лет с момента их подписания рецензентом.

Концепция

Издательство «Концепция»

приглашает к сотрудничеству всех заинтересованных лиц и оказывает услуги по изданию монографий, учебников, учебных пособий, сборников материалов конференций, методических рекомендаций, периодических изданий и иной литературы, в том числе:

- ❖ Подготовка издания к печати, а также: профессиональное редактирование и корректура рукописей (в том числе диссертаций), оформление библиографических ссылок согласно требованиям ГОСТ; присвоение индексов ISBN, УДК, ББК, оформление титульного листа и выходных данных по ГОСТ, подготовка оригинал-макета книги.
- ❖ Печать различных видов изданий на современном оборудовании: доступны различные типы печати, широкий выбор бумаги, различные варианты переплета, обложки. По желанию клиента издательство работает с минимальными тиражами (от 1 экз.).
- ❖ Включение научной литературы (в том числе монографий) в систему Российского индекса научного цитирования с размещением текста в Научной электронной библиотеке (elibrary.ru).
- ❖ Доставка книг по России и странам ближнего зарубежья.

Наша концепция: «От черновика до книги – один шаг».

Наш телефон: 8 (4912) 99-21-97

E-mail: conception.rzn@gmail.com

Корректор *Смурова Надежда Васильевна*
Верстка *Твердоступ Марина Вячеславовна*

Отпечатано с готового оригинал-макета
в ООО «ЭКОТЕКСТ»
390046, г. Рязань, Скорбященский проезд, д. 18.
Тел./ф.: (4912) 24-04-09, 24-06-09.