

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ЭКОНОМИКИ И ФИНАНСОВ

**УЧЕНЫЕ
ЗАПИСКИ**
юридического факультета
Выпуск 15 (25)

САНКТ-ПЕТЕРБУРГ
2009

Председатель редакционной коллегии
ректор СПбГУЭФ, д. э. н. **И. А. Максимцев**

Научный редактор
декан юридического факультета, д. ю. н. **А. А. Ливеровский**

Редакционная коллегия:

д. п. н., проф. **В. А. Ачкасов**, д. ю. н., проф. **А. А. Белкин**,
д. ю. н., проф. **Г. Г. Бернацкий**, д. э. н., д. ю. н., проф. **М. Н. Бродский**,
д. ю. н., проф. **Л. Б. Ескина**, д. ю. н., проф. **В. П. Кириленко**,
д. ю. н., проф. **М. И. Клеандров**, д. ю. н., проф. **В. А. Кряжков**,
к. ю. н., проф. **М. А. Митюков**, д. ю. н., проф. **В. А. Сапун**, д. ю. н., проф. **А. П. Сергеев**,
д. ю. н., проф. **В. И. Тюнин**, д. ю. н., проф. **А. И. Худяков**

Ответственный секретарь
к. т. н., доцент **В. Н. Антонов**

У **Ученые записки юридического факультета**. Вып. 15 (25) / Под ред. А. А. Ливеровского. – Санкт-Петербург: Издательство Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов, 2009. – 142 с.

Первый выпуск журнала «Ученые записки» Института права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов вышел в 1999 году. До 2004 года было опубликовано 10 выпусков журнала. В июне 2004 года журнал зарегистрирован как средство массовой информации под названием «Ученые записки юридического факультета». В журнале печатаются работы, посвященные теоретическим исследованиям в различных отраслях права и анализу юридической практики.

ББК 67

СОДЕРЖАНИЕ

Раздел 1. Теоретические исследования

<i>Ахрем Н. В.</i> Конституционные принципы налоговой деятельности субъектов Российской Федерации.....	5
<i>Князев Г. А.</i> Философско-правовые аспекты глобального финансово-экономического кризиса.....	13
<i>Ливеровский А. А., Худяков А. И.</i> Правовые основы формирования регионального бюджета.....	20
<i>Мажорина М. М.</i> Право международной торговли и <i>lex mercatoria</i> в системе регулирования трансграничных торговых отношений.....	30
<i>Новиков А. Б.</i> О методах и мерах административного воздействия в механизме правового регулирования.....	39
<i>Шкеле М. В.</i> Клевета и диффамация: соотношение правонарушений и ответственности.....	47

Раздел 2. Юридическая практика

<i>Кремсалюк В. А.</i> Определение размера компенсации морального вреда.....	55
<i>Пиджаков А. Ю., Решецкий Ф. Н.</i> Правовое регулирование борьбы с коррупцией в Республике Беларусь.....	62
<i>Рахимов Э. Х.</i> Краткий анализ условий порядка размещения государственного заказа, заключения и исполнения государственного контракта на основе современного законодательства.....	72
<i>Триадская И. А.</i> Направления совершенствования законодательства, регулирующего капитальное строительство жилья.....	80
<i>Часовникова О. Г.</i> Прекращение уголовного преследования по реабилитирующим основаниям, связанное с определением признаков отсутствия события и состава преступления.....	88

Раздел 3. Конституционная юстиция

<i>Джагарян А. А., Джагарян Н. В.</i> Конституционный Суд России как фактор становления суверенно-демократического государства.....	97
---	----

Раздел 4. История права

<i>Иванюженко А. Б.</i> Влияние традиционной китайской философии на правоприменение в КНР и развитие российско-китайских отношений.....	108
<i>Селифонов А. А.</i> Гражданское право: законодательство, культурно-исторические условия развития.....	119

Раздел 5. Студенческие работы

<i>Тарасенко А. Г.</i> Личное неимущественное право гражданина на голос.....	125
--	-----



Part 1. Theory of law

Akhrem N. V. Constitutional principles related to the tax activity of the Russian Federation individuals.....	5
Knyazev H. A. Global economic crisis from the perspective of the law theory	13
Liverovskiy A. A., Khudyakov A. I. Legal foundations of regional budget formation	20
Mazhorina M. M. Law of international trade and lex mercatoria in system of regulation of transboundary trade relation.....	30
Novikov A. B. Methods and measures of administrative influence in the mechanism of legal regulation	39
Shkele M. A. Slander and defamation: correlation of offences and amenability	47

Part 2. Legal practice

Kremsalyuk V. A. Definition of the size of compensation for non-pecuniary damage	55
Pidzhakov A. J., Resheckiy F. N. Legal regulation of the fight against corruption in the republic of Belarus.....	62
Rakhimov E. H. Concise analysis of state order placement procedure, conclusion and execution of state contract in accordance with contemporary legislation.....	72
Triadskaya I. A. Directions of perfection of the legislation regulating capital construction of habitation	80
Chasovnikova O. G. Termination of criminal prosecution on rehabilitation to the bases, connected with definition of signs of absence of event and the corpus delicti	88

Part 3. The constitutional justice

Dzhagaryan A. A., Dzhagaryan N. V. Constitutional Court of the Russian Federation as the factor of formation of a sovereign democratic state.....	97
--	----

Part 4. History of law

Ivanyuzhenko A. B. Influence of the traditional Chinese philosophy on law enforcement in PRC and the evolution of Russian-Chinese relations.....	108
Selifonov A. A. Civil law: the legislation, cultural-historical conditions of development.....	119
	125

*Н. В. Ахрем
N. V. Ahrem*

**КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРИНЦИПЫ
НАЛОГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**CONSTITUTIONAL PRINCIPLES RELATED TO THE TAX ACTIVITY
OF THE RUSSIAN FEDERATION INDIVIDUALS**

Аннотация. В статье рассматриваются принципы налоговой деятельности субъектов Федерации и устанавливается их связь с положениями Конституции РФ, определяющими федеративное регулирование налогообложения субъектов и соблюдение основных прав человека и гражданина.

Ключевые слова. Налоговая деятельность субъектов федерации, конституционные принципы, установление и регулирование налогов, федерализм.

Annotation. The article examines the tax activity principles of federal individuals and their link with the articles of Russian Federation Constitution is established there. These constitutional articles determine the federal regulation of individuals' tax burden and the observation of human and citizen's rights.

Keywords. Tax activity of federal individuals, constitutional principles, establishments and regulation of taxes, federalism.

Основными направлениями налоговой деятельности субъектов РФ являются взимание налогов (региональных и федеральных, закрепленных за региональными бюджетами), установление региональных налогов и введение их в действие на территории соответствующего субъекта РФ.

Но поскольку само взимание налогов осуществляется федеральными органами налоговой службы, то практически реальным направлением налоговой деятельности субъекта РФ, осуществляемым им непосредственно, выступает деятельность по установлению и введению налогов. Поэтому главное внимание обратим на те принципы, которые определяют это направление налоговой деятельности субъектов РФ.

При установлении и введении регионального налога субъект РФ должен руководствоваться теми конституционными положениями, которые определяют налогообложение. Данные положения принято именовать *конституционными принципами налогообложения*. В своем Постановлении от 21 марта 1997 г. № 5-П Конституционный Суд РФ отметил, что поскольку принципы налогообложения в части, непосредственно предопределяемой положениями Конституции РФ, в соответствии с п. «а» ст. 71 находятся в ведении Российской Федерации, то права субъектов Российской Федерации связаны этими общими принципами налогообложения (абз. 3 п. 4 Постановления).

В числе конституционных принципов налогообложения, которыми должны руководствоваться субъекты РФ при установлении и введении региональных налогов, можно отметить следующие.



1. *Принцип налогового федерализма.* Принцип налогового федерализма является одним из основных принципов налогообложения. Это нашло свое отображение и в решениях Конституционного Суда РФ. Так, в своем Постановлении от 21 марта 1997 г. № 5-П Конституционный Суд указал, что «общие принципы налогообложения и сборов относятся к основным гарантиям, установление которых федеральным законом обеспечивает реализацию и соблюдение основ конституционного строя, основных прав человека и гражданина, **принципов федерализма в Российской Федерации**» (выделено нами. – Авт.).

Выделение принципа федерализма в качестве одного из основных принципов налогообложения нашло свое отображение и в литературе¹.

При этом федерализм рассматривается в качестве основного начала налогообложения, объединяющего несколько конкретных принципов. В числе их названы следующие: а) принцип единства налоговой политики; б) принцип единства системы налогов; в) принцип разделения налоговых полномочий².

Полагаем, что, во-первых, налоговый федерализм является *принципом*, который определяет как строение налоговой системы, так и налоговую деятельность публично-правовых образований, включая субъекты РФ; во-вторых, на основе данного принципа определяется объем полномочий в сфере налогообложения федерального центра, с одной стороны, и субъектов РФ – с другой.

Реализуется принцип налогового федерализма в следующих аспектах:

1) в отнесении в ведение Российской Федерации установления и введения федеральных налогов и сборов (п. «з» ст. 71 Конституции РФ) и в отнесении в ведение субъектов РФ частичного установления региональных налогов и сборов (п. «и» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) и самостоятельного введения их в действие на своей территории (ст. 73 Конституции РФ);

2) в отнесении к предмету совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ установления общих принципов налогообложения и сборов в Российской Федерации (п. «и» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) с одновременным установлением того, что общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом (ч. 3 ст. 75 Конституции РФ);

3) в отнесении к компетенции федерального центра (Российской Федерации) права на определение состава и структуры налоговой системы Российской Федерации. Это право вытекает из такого конституционного полномочия Российской Федерации, как право на установление общих принципов налогообложения и сборов в Российской Федерации, что предусмотрено ч. 3 ст. 75 Конституции РФ;

4) в выделении в налоговой системе Российской Федерации таких разновидностей налогов, как федеральные налоги и региональные налоги. Такой состав налоговой системы вытекает из ч. 1 ст. 5, ч. 1 и 2 ст. 66, ч. 3 ст. 75, ч. 1, 2 и 4 ст. 76 Конституции РФ. Данное строение налоговой системы соответствует федеративному устройству государства;

5) в распределении налоговых доходов между Российской Федерацией и субъектами РФ, в том числе путем закрепления налогов в качестве доходов соответственно федерального и региональных бюджетов. Данное распределение осуществлено федеральным центром как следствие реализации конституционного полномочия по осуществлению финансового регулирования, предусмотренного п. «ж» ст. 71 Конституции РФ;

6) в самостоятельном использовании Российской Федерацией и субъектами РФ налоговых доходов, закрепленных соответственно за федеральным и региональными бюджетами.

2. *Принцип законности при установлении и введении регионального налога.* Из ст. 57 Конституции РФ вытекает, что обязанность по уплате порождает лишь тот налог, который установлен законом. Принцип законности при установлении и введении регионального налога охватывает четыре необходимых условия: во-первых, региональный налог должен быть

¹ См., напр.: Гаджиев Г. А., Пепеляев С. Г. Предприниматель – налогоплательщик – государство. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: Учеб. пособие. М., 1998. С. 193–197; *Налоговое право России: Учебник для вузов* / Отв. ред. Ю. А. Крохина. 2-е изд., перераб. М., 2006. С. 136; *Налоговое право: Учеб. пособие* / Под ред. С. Г. Пепеляева. М., 2000. С. 68.

² *Налоговое право: Учеб. пособие* / Под ред. С. Г. Пепеляева. С. 78–79.



установлен надлежащим органом; во-вторых, он должен быть установлен в надлежащей форме; в-третьих, он должен быть установлен надлежащим образом; в-четвертых, налог должен быть установлен из числа тех, которые обозначены в федеральном законе в качестве региональных.

Первый признак означает, что региональный налог устанавливается законодательным органом субъекта РФ. Установление данного налога каким-либо иным органом не допускается.

В своем Постановлении от 4 апреля 1996 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов г. Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и г. Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы», Конституционный Суд определил, что Конституция РФ не дает оснований для вывода, что налог может быть установлен актом органа исполнительной власти (в том числе и на основании делегированных полномочий) с последующим одобрением законодательным органом (или без такового).

Второй признак данного принципа заключается в том, что налог должен быть установлен и введен в действие только тем нормативным правовым актом, который имеет форму закона.

Собственно говоря, это требование вытекает из того, что налог должен быть установлен законодательным органом субъекта РФ, который принимает нормативные правовые акты в форме закона.

Конституционный Суд неоднократно подчеркивал, что единственной правовой формой налога может выступать только закон.

Комментируя принцип установления налога только законом, С. С. Попова отмечает, что данный принцип является конституционно значимым, поскольку налогообложение всегда касается основных прав человека и гражданина. Указанный принцип имеет двойную функцию: как норма о компетенции – обеспечивать право окончательного решения законодателя, и как основное право гражданина – предоставлять свободу и гарантировать ее³.

Так, Конституционный Суд в своем Постановлении от 11 ноября 1997 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности статьи 11.1 Закона РФ от 1 апреля 1993 года “О государственной границе Российской Федерации” в редакции от 19 июля 1997 года» пришел к выводу, что установить налог можно только законом. Конституционное требование об установлении налогов только и исключительно в законодательном порядке представляет собой один из принципов правового демократического государства и имеет своей целью гарантировать, в частности, права и законные интересы налогоплательщиков от произвола и несанкционированного вмешательства исполнительной власти. Только закон в силу его определенности, стабильности, особого порядка принятия может предоставить налогоплательщику достоверные данные для исполнения им налоговой обязанности. Если существенные элементы налога устанавливаются исполнительной властью, то принцип определенности налоговых обязательств подвергается угрозе, поскольку эти обязательства могут быть изменены в худшую для налогоплательщиков сторону в упрощенном порядке.

Третий признак данного принципа – закон о налоге должен быть принят в рамках установленных процедур.

В принципе, региональный закон о налоге принимается в рамках того же регламента, который установлен для обычных законов. Однако имеется существенная особенность, которая предусмотрена Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

Этот Закон предусматривает, что законопроекты о введении или об отмене налогов, освобождении от их уплаты рассматриваются законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ по представлению высшего должностного лица субъекта РФ (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ) либо при наличии заключения указанного лица. Данное заключение представляется в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта

³ Попова С. С. Конституционно-правовые принципы налоговой системы в решениях Конституционного Суда Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3.



РФ в срок, который устанавливается конституцией (уставом) субъекта РФ и не может быть менее двадцати календарных дней (п. 3 ст. 6 Закона).

Такое положение продиктовано стремлением повысить качество налоговых законопроектов, обеспечить финансовую стабильность государства, не позволить возобладать в парламенте популистским, а то и просто некомпетентным настроениям, которым могут быть подвержены депутаты, всегда заинтересованные в голосах своих избирателей, в большинстве своем являющихся налогоплательщиками. Как писал в свое время французский финансист Гастон Жез, «опытом доказано, что законодательные собрания особенно в демократических странах относятся расточительно к народным деньгам. Они очень легко поддаются всяким гуманитарным побуждениям и подчиняются интересам выборной рекламы». Он приходит к выводу: «Таким образом проблема может быть выражена в следующих словах: парламент расточителен, некомпетентен и безответственен»⁴.

Одним из условий законности установления регионального налога является соблюдение установленных правил публикации налоговых законов. Конституция РФ предусматривает следующее: «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». Налоговый кодекс конкретизирует порядок вступления актов законодательства о налогах в силу.

Четвертый признак данного принципа обусловлен требованием налогового законодательства: субъект РФ вправе вводить на своей территории только такой налог, который, во-первых, зафиксирован в федеральном законе (в настоящее время в Налоговом кодексе), причем, во-вторых, зафиксирован в качестве *регионального* налога. Налогов, не предусмотренных Налоговым кодексом в качестве региональных, законодательный (представительный) орган субъекта не правомочен устанавливать и (или) вводить.

Характеризуя данную ситуацию, Ю. А. Крохина пишет, что субъекты РФ могут вводить только те налоги, перечень которых предусмотрен Налоговым кодексом как федеральным законом. Данное правило следует из п. 3 ст. 55 Конституции, согласно которому права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, а налог всегда является ограничением права частной собственности. Развивая положения Конституции, Налоговый кодекс (ст. 12) и Бюджетный кодекс (п. 1 ст. 64) прямо запрещают субъектам РФ вносить элементы новизны в налоговую систему России. Следовательно, относительно установления региональных налогов региональное правотворчество носит усеченный (ограниченный) характер и распространяется только на сферу введения налогов, отнесенных Налоговым кодексом к региональным⁵.

Как отмечается в литературе, «право субъектов Федерации на установление налога всегда носит производный характер, поскольку субъекты Федерации связаны с общими принципами налогообложения и сборов»⁶.

Следует отметить, что ограничение права субъектов РФ на установление региональных налогов лишь тем перечнем, который предусмотрен федеральным центром, постоянно подвергается критике со стороны тех авторов, которые выражают мнение регионов. Причем недовольство таким порядком выражают как те субъекты РФ, которые испытывают хронический недостаток денежных средств в силу слабости собственной экономической базы, так и те, которые хотя и являются самодостаточными, но полагают, что федеральный центр отбирает у них чрезмерно много финансовых ресурсов. Поэтому в печати звучат предложения о необходимости разработки механизма, предоставляющего экономические льготы и преференции бюджетно самообеспечивающимся субъектам РФ, предусмотрев в нем в числе прочих права по введению дополнительных региональных налогов и сборов⁷.

⁴ Жез Г. Общая теория бюджета / Пер. с франц.; под ред. Г. Г. Соловья и К. К. Шмакова. М., 1930. С. 70–71.

⁵ Крохина Ю. А. Налоговое право: Учебник. М., 2005. С. 83.

⁶ Налоговое право: Учеб. пособие / Под ред. С. Г. Пепеляева. С. 79.

⁷ Подпорина И. Бюджетный кодекс и некоторые аспекты экономических отношений // Экономист. 1997.



По поводу таких предложений Ю. А. Крохина считает, что «введение субъектами РФ собственных налогов, не предусмотренных федеральным налоговым законодательством, является прямым нарушением Конституции РФ (ст. 71, 72) и Налогового кодекса (ст. 12), согласно которым установление видов налогов и сборов, образующих налоговую систему РФ, относится к ведению федерального центра. Предоставление субъектам Федерации права вводить дополнительные налоги не соответствует и установленным ст. 3 Налогового кодекса РФ основным началам законодательства о налогах и сборах, в числе которых недопущение установления налогов и сборов, нарушающих единое экономическое пространство РФ (п. 4 ст. 3), а также запрет на установление каких-либо платежей, не предусмотренных Налоговым кодексом РФ (п. 5 ст. 3). Кроме отмеченного, дополнительные налоги в отдельных субъектах РФ неминуемо приведут к бюджетной асимметрии и резкой дифференциации доходного потенциала различных регионов России»⁸.

Касаясь данной дискуссии, отметим, что система, при которой субъекты РФ могут вводить на своей территории какие угодно дополнительные налоги по своему собственному усмотрению и желанию, действительно не оправдала себя по целому ряду как экономических, так и правовых причин. Поэтому установление правила, в соответствии с которым субъекты РФ могут вводить на своей территории только те налоги, которые значатся в федеральном списке, представляется вполне разумным и обоснованным как с правовой, так и с экономической точки зрения. Вопрос заключается в другом: насколько соответствует принципу федерализма тот перечень региональных налогов, который закреплен в Налоговом кодексе. Совершенно понятно, что данный перечень не закрывает потребностей субъектов РФ даже хотя бы в малейшей степени. В настоящее время основным источником финансовых ресурсов субъектов РФ выступают не собственные, региональные налоги и даже не те федеральные налоги, которые закреплены за региональными бюджетами, а трансферты из федерального бюджета, т. е. финансирование из федерального бюджета в порядке оказания финансовой помощи. В таком же положении оказались и местные бюджеты, доходы которых в значительной мере зависят от той финансовой помощи (трансфертов), которая будет выделена им из регионального бюджета. Так, в литературе отмечается, что «в федеральном бюджете предоставление межбюджетных расходов составляет почти треть всего федерального бюджета. Столь же высока доля межбюджетных трансфертов и в бюджетах субъектов РФ, а с учетом средств, передаваемых через единые и дополнительные нормативы отчислений по налогам, доля средств, распределяемых в рамках межбюджетного регулирования, может достигать до 35–40% расходов бюджета субъекта РФ»⁹.

Характеризуя произошедшие изменения, А. Н. Медушевский пишет: «Серьезным рычагом влияния становится фактический пересмотр бюджетного федерализма, связанный с принятием нового налогового законодательства, общий смысл которого состоит в смещении налоговых поступлений от регионов к центру с возможностью их последующего перераспределения центральной властью»¹⁰.

В результате имеет место ситуация, при которой, как отмечает Б. А. Страшун, налоговая система превращается в рычаг воздействия центральной власти на поведение субъектов Федерации: налоговая компетенция распределяется между Федерацией и ее субъектами таким образом, при котором субъект Федерации не может существовать без финансовой помощи центра¹¹.

Поэтому проблема недостатка собственных доходных источников в виде региональных налогов является не только актуальной, но и болезненной. В литературе по данному поводу отмечается, что несмотря на проводимые бюджетные реформы, распределение налогового потенциала по уровням бюджетной системы остается нерациональным, в результате чего

⁸ Крохина Ю. А. Бюджетное право и российский федерализм / Под ред. Н. И. Химичева. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 346–347.

⁹ Завьялов Д. Ю. Оценка эффективности межбюджетных трансфертов // Проблемы совершенствования бюджетной политики регионов и муниципалитетов: Материалы Восьмой научно-практической конференции (16–18 июля 2008 г.). Петрозаводск, 2008. С. 71.

¹⁰ Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты: Курс лекций. М., 2002. С. 358.

¹¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Т. 2. М., 1995. С. 380.



абсолютное большинство субъектов РФ теряют свою финансовую самостоятельность и становятся нуждающимися в финансовой поддержке из федерального бюджета¹².

3. *Принцип учета основных прав человека и гражданина.* Статья 2 Конституции РФ провозглашает: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства».

Развивая это конституционное положение, Налоговый кодекс предусматривает: «Недопустимы налоги и сборы, препятствующие реализации гражданами своих конституционных прав» (п. 3 ст. 3 НК). Одновременно Налоговый кодекс запрещает установление налогов, ограничивающих или создающих препятствия осуществлению не запрещенной законом экономической деятельности физических лиц и организаций (п. 4 ст. 3 НК).

Надо сказать, что само по себе установление и взимание налога с гражданина, хотя и связано с принудительным лишением его имущества в виде денежных средств (и соответственно с лишением права собственности на это имущество), не может, по нашему мнению, рассматриваться в качестве способа ограничения гражданина его конституционных прав и свобод. Уплата налогов является конституционной обязанностью. Но, с другой стороны, понятно, что непомерно завышенные налоги, экономически необоснованные налоги, налоги, установленные без учета финансовых возможностей людей, конечно же, влияют на практическую реализацию гражданами своих прав и свобод.

Это и находит свое отображение в практике деятельности Конституционного Суда РФ.

Так, реализуя конституционный принцип учета прав и свобод человека и гражданина применительно к конкретным делам, Конституционный Суд РФ, в частности, в своем Постановлении от 4 апреля 1996 г. № 9-П по делу «О проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы», пришел к выводу, что устанавливаемый субъектами РФ чрезмерно высокий сбор при регистрации граждан по месту жительства для малообеспеченных граждан означает ограничение предусмотренного ст. 27 Конституции РФ права на свободу передвижения и выбора места жительства. При этом Конституционный Суд отметил, что реализация конституционного права на выбор места жительства не может ставиться в зависимость от уплаты или неуплаты каких-либо налогов и сборов, поскольку основные права граждан РФ гарантируются Конституцией РФ без каких-либо условий фискального характера.

В другом своем решении Конституционный Суд отметил, что введение необоснованно высоких, т. е. чрезмерных, изъятий из доходов, полученных от занятия определенными видами деятельности (нотариальная, аудиторская, адвокатская практика и т. д.), препятствует осуществлению индивидуальной предпринимательской деятельности, что приводит к нарушению ст. 34 Конституции РФ. При этом Суд подчеркнул, что при установлении ставки обязательных платежей для отдельных категорий плательщиков законодатель обязан учитывать фактическое сходство и реальное различие между ними и другими категориями плательщиков (ст. 7 (ч. 1), 19 (ч. 1, 2), 39 (ч. 1), 55 (ч. 2, 3), ст. 57 Конституции РФ)¹³.

В данном случае речь идет об ограничении посредством налогообложения права граждан на свободу предпринимательской деятельности. Это право предусмотрено ст. 34 Конституции РФ, в соответствии с которой «каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности» (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ).

Данное право высоко оценивается в конституционно-правовой литературе и рассматривается как один из элементов экономической основы общества. Например, М. В. Баглай пишет, что свобода экономической деятельности – это один из основополагающих принципов рыночной экономики. «В сочетании с правом частной собственности это главный антипод тоталитарной государственной экономики с ее плановой и административно-командной системами. Свобода экономической деятельности означает, что люди могут беспрепятственно создавать и преобра-

¹² *Бюджетная политика и межбюджетные отношения в субъектах Российской Федерации* / А. С. Колесов, В. А. Гуртнов, А. С. Ревайкин, С. В. Сигова; под ред. А. С. Колесова. М., 2007. С. 117.

¹³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 1998 г. № 7-П.



зовывать предприятия, распоряжаться продуктами своей деятельности с целью извлечения прибыли. Они вправе свободно вести торговлю, открывать банки и биржи, создавать хозяйственные объединения. Индивидуальное обогащение от такой деятельности, если она не противоправна, не только не враждебно интересам общества, но как раз служит этим интересам»¹⁴.

Следует отметить, что аргумент в виде нарушения прав человека и гражданина является одним из наиболее часто употребляемых Конституционным Судом при вынесении своих решений при рассмотрении конкретных дел. Это имеет место даже в тех случаях, когда основанием для принятия решения могут служить обстоятельства, не связанные напрямую с нарушением прав граждан. Например, в постановлениях Конституционного Суда РФ от 2 июля 1997 г. № 10-П и от 8 октября 1997 г. № 13-П устанавливалось, что субъект Федерации не вправе своим законом вводить налоги, не предусмотренные федеральным законом, поскольку перечень региональных налогов, установленный федеральным центром, носит исчерпывающий характер. В качестве обоснования этого решения Суд сослался еще и на такое обстоятельство, как недопустимость нарушения прав налогоплательщиков произвольным правоприменением и правоустановлением. Неопределенность норм в законах о налогах, отметил Суд, может привести к произволу государственных органов и должностных лиц в их отношениях с налогоплательщиками и нарушению равенства прав граждан перед законом.

4. *Принцип обеспечения равенства граждан при осуществлении налогообложения.* Часть 2 ст. 6 Конституции РФ предусматривает, что «каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет *равные обязанности*, предусмотренные Конституцией Российской Федерации». Одновременно ч. 2 ст. 19 Конституции устанавливает: «Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств».

Как отмечается в литературе, принцип равноправия граждан «пронизывает содержание многих конституционных норм, регулирующих права, свободы и обязанности личности, условия их реализации. Суть данного принципа – признание прав, свобод и обязанностей за каждым членом общества в равной мере»¹⁵.

В развитие данного конституционного положения Налоговый кодекс устанавливает, что законодательство о налогах и сборах основывается на признании всеобщности и равенстве налогообложения (п. 1 ст. 3 НК). Пункт 2 этой же статьи закрепляет, что налоги не могут иметь дискриминационный характер и различно применяться исходя из социальных, расовых, национальных, религиозных и иных подобных критериев.

Принцип равенства налогообложения традиционно увязывается с такими принципами, как *справедливость* и *соразмерность* налогообложения.

Как указывается в литературе, эти принципы впервые были провозглашены Конституционным Судом в Постановлении от 4 апреля 1996 г. № 9-П «О проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы». В данном Постановлении Конституционный Суд указал, что в законах, устанавливающих налоги и сборы, должны учитываться такие конституционные принципы, как принципы равенства и соразмерного конституционно значимым целям ограничения прав и свобод¹⁶.

Следует сказать, что принцип равенства всех перед законом вовсе не означает равенства сумм налогов, уплачиваемых налогоплательщиками. Равенство суммы налога свойственно разве лишь одному исторически известному налогу – подушному. При всех остальных налогах суммы уплачиваемых налогов разнятся, поскольку разнятся объекты налогообложения

¹⁴ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации: Учебник. 6-е изд., изм. и доп. М., 2007. С. 159–160.

¹⁵ Конституционное право России: Учебник / Отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин. 3-е изд., пересмотр. и доп. М., 2008. С. 161–162.

¹⁶ Сасов К. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по налогообложению / Под ред. С. Г. Пепеляева. М., 2008. С. 26.



(например, полученная налогоплательщиком прибыль, стоимость принадлежащего налогоплательщику имущества и т. п.). К тому же на различия в размере суммы уплачиваемого налога (а то и вовсе освобождение от его уплаты) влияет такой элемент налогообложения, как *налоговые льготы*. Поэтому речь идет о равенстве *налогового бремени*.

Обоснование принципа «равного налогового бремени» дал Конституционный Суд в Постановлении от 23 декабря 1999 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 1, 2, 4 и 6 Федерального закона от 4 января 1999 года “О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд РФ, ФСС РФ, Государственный фонд занятости населения РФ и ФОМС на 1999 год”». В этом Постановлении Конституционный Суд указал, что принцип равного налогового бремени в сфере налоговых отношений означает, что не допускается установление дополнительных, а также повышенных по ставкам налогов в зависимости от формы собственности, организационно-правовой формы предпринимательской деятельности, местонахождения налогоплательщика и иных имеющих дискриминационный характер оснований (ч. 2 ст. 8, ст. 19, 57 Конституции РФ).

В целях трактовки принципа «равного налогового бремени» Конституционный Суд РФ в упомянутом выше Постановлении от 4 апреля 1996 г. № 9-П отметил, что принцип равенства в социальном государстве в отношении обязанности платить законно установленные налоги может достигаться посредством справедливого перераспределения налогового бремени путем дифференциации ставок налогов и предоставления налоговых льгот. Кроме того, в данном Постановлении было указано, что принцип равенства в социальном государстве в отношении обязанности платить законно установленные налоги может достигаться посредством справедливого перераспределения налогового бремени путем дифференциации ставок налогов и предоставления налоговых льгот. В особом мнении судьи М. В. Баглая к этому Постановлению отмечается, что «хотя правовое государство начинается с формального равенства, однако равенство граждан и их свободы нельзя доводить до абсурда, ограничиваясь одним формальным равенством правовых статусов. В ограничении прав одних лиц может состоять правомерная защита прав других лиц, а справедливые льготы отдельным гражданам исправляют этические пороки формального равенства между всеми гражданами».

Отметим, что в указанном Постановлении Конституционного Суда определены и принципы установления налоговых льгот, что, заметим, в части региональных налогов отнесено к компетенции субъектов РФ.

Этими принципами являются:

– принцип равенства не по форме, а по сути: конституционный принцип равенства всех перед законом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ) не должен пониматься как принцип «формального равенства»;

– принцип соразмерности налогового обременения: необходимость учета фактической способности к уплате налогов, соразмерного ограничения прав и свобод граждан (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ);

– принцип справедливости в социальном государстве (ст. 17 Конституции РФ): общепризнанное ограничение личных доходов граждан налогами может иметь отдельные исключения, обусловленные справедливым подходом к определению в каждом конкретном случае возможности гражданина уплатить тот или иной налог¹⁷.

5. *Принцип недопустимости установления региональных налогов, нарушающего единство экономического пространства Российской Федерации.* Часть 1 ст. 8 Конституции РФ, из которой и вытекает рассматриваемый принцип, устанавливает, что в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

«Содержание принципа единства экономического пространства, – указывается в литературе, – означает равное распространение принципов рыночной экономики и правил гражданского оборота на все субъекты хозяйственной деятельности (как частного, так и публичного секторов) по всей территории страны»¹⁸.

¹⁷ Там же. С. 90.

¹⁸ Конституционное право России: Учебник / А. Е. Постников, В. Д. Мазаев, Е. Е. Никитина [и др.]; под ред. А. Е. Постникова. М., 2007. С. 107.



Руководствуясь этим конституционным положением, Налоговый кодекс определяет, что «не допускается устанавливать налоги и сборы, нарушающие единое экономическое пространство Российской Федерации и, в частности, прямо или косвенно ограничивающие свободное перемещение в пределах территории Российской Федерации товаров (работ, услуг) или финансовых средств, либо иначе ограничивать или создавать препятствия не запрещенной законом экономической деятельности физических лиц и организаций» (п. 4 ст. 3 НК).

Надо сказать, что в настоящее время факты установления субъектами РФ налогов и сборов, нарушающих принцип единства экономического пространства Российской Федерации, встречаются крайне редко. Объясняется это тем, что возможности субъектов РФ на самостоятельное установление налогов и сборов весьма ограничены. Однако в конце 90-х годов прошлого столетия это было весьма распространенным явлением.

Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 21 марта 1997 г. № 5-П отметил, что принцип единства экономического пространства Российской Федерации не допускает введения региональных налогов, которые могут ограничить свободное перемещение товаров, услуг, финансовых средств в пределах единого экономического пространства. Одновременно этот принцип, подчеркнул Конституционный Суд, не допускает введения региональных налогов, которые позволяют формировать бюджеты одних территорий за счет налоговых доходов других территорий либо переносить уплату налогов на налогоплательщиков других регионов.

Г. А. Князев
Н. А. Князев

ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ГЛОБАЛЬНОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО КРИЗИСА

GLOBAL ECONOMIC CRISIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LAW THEORY

Аннотация. В результате глобальной информатизации сознание за счет науки получает господство над материей, а идеология посредством права подчиняет себе экономику. Профессиональные рамки вслед за государственными границами утрачивают прежнее значение. Проводимые ради ускорения технического развития манипулирование и дестабилизация экономических процессов способствовали возникновению глобального финансово-экономического кризиса и усложняют его разрешение. Объявленные государственным руководством меры по выходу из кризиса не устраняют его первопричин, а усложняют правовые проблемы, делая их решение невозможным без расширения предмета исследования.

Ключевые слова. Философия права, трансдисциплинарные исследования права, глобализация, дематериализация экономики, глобальный финансово-экономический кризис.

Annotation. As a result of global informatisation consciousness to account of the science gets the mastery on matter but ideology by means of law subordinates itself economy. The professional



frames subsequent to state borders forfeit former importance. Conducted for the sake of speedups of the technical advances manipulating and destabilization of economic processes promoted to origin of global financial economic crisis and complicate its decision. The proclaimed by government measures on output from crisis do not avoid its prime causes, but complicate the legal problems, making their decision impossible without expansion of the subject of the study.

Keywords. Philosophy of law, transdisciplinary researches of law, globalization, dematerialization of economy, global financial economic crisis.

Одной из отрицательных сторон глобализации экономики являются мировые экономические кризисы, включая происходящий в настоящее время. В этом плане несомненный интерес для поиска новых направлений теоретико-правовых исследований представляет попытка рассмотреть глобальный финансово-экономический кризис с точки зрения философии права, предпринятая Председателем Конституционного Суда РФ, д-ром юрид. наук, проф. В. Д. Зорькиным в статье «Право – для человека», опубликованной в «Российской газете» 25 ноября 2008 г. Критический разбор отдельных положений этой работы позволит прояснить место права в современных общественных процессах.

Что первично? Невозможно не согласиться с В. Д. Зорькиным в том, что «философия права... является мировоззренческой и в этом смысле стратегической доктриной всей юридической практики», что «любое наше правовое действие должно, оставаясь профессиональным, становиться философско-правовым. А значит, мировоззренческим»¹. Но мировоззрение не сводится к соотношению философских категорий единичного, особенного и всеобщего, о котором пишет В. Д. Зорькин. Здесь уместно вспомнить недавнее прошлое нашей страны, когда на мировоззрение смотрели более широко. «Главным вопросом мировоззрения, – считали советские философы, – является основной вопрос философии. В зависимости от его решения различаются два основных вида мировоззрения: материалистическое и идеалистическое»².

В условиях глобальной информатизации острота основного вопроса философии нарастает в связи со стремлением к использованию достижений материалистической науки для идеалистического переустройства мира. «Именно благодаря науке человек, а значит, и дух, получает господство над материей»³.

«Материальная цивилизация уходит в прошлое. На смену ей идет новая социогуманитарная цивилизация. В ней материализм будет снят социогуманизмом. Согласно ему не только “бытие определяет сознание”, но и “сознание определяет бытие”»⁴.

Подобное мировоззрение нашло свое выражение и в официальных документах развитых государств, становясь через юридическую формализацию стратегической доктриной правового регулирования экономики. «Так, в Японии, – сообщает А. Г. Светланов, – разработана и реализуется “Стратегическая программа создания, охраны и использования объектов интеллектуальной собственности”, провозгласившая принцип перехода от конкурентоспособного лидера в “производстве материальных продуктов к созданию экономики, «основанной на знаниях», и нации, основанной на интеллектуальной собственности”. Именно это рассматривается как необходимое условие сохранения лидерства в глобализованном мире»⁵.

Как видно из приведенного примера, юридически закрепленное неравенство между технологиями переходит в фактическое неравенство между государствами, разделение их на лидеров и аутсайдеров. Поскольку проблема равенства является одной из ключевых в философии права, рассмотрим процесс развития неравенства подробнее.

В обычной речи понятия «главное» и «основное» означают примерно одно и то же. Между тем «во главе» значит «впереди» или «вверху», а «в основе», наоборот, – «внизу».

¹ Зорькин В. Д. Право – для человека // Российская газета. 2008. 25 ноября.

² Мировоззрение // Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. 5-е изд. М., 1987. С. 285.

³ Научно-технический прогресс // Глобалистика: Энциклопедия / Гл. ред. И. И. Мазур, А. Н. Чумаков. М., 2003. С. 664.

⁴ Голубев В. Рынок без стихии // Союз. Беларусь – Россия. 2008. 24 июля. С. II.

⁵ Светланов А. Г. Роль государства в развитии науки и инновационной деятельности // Государство и право. 2005. № 5. С. 53.



В ходе прогрессивного развития главное рано или поздно отделяется от основного, и между ними возникает антагонистическое противоречие.

То, что является высшим достижением, не может быть жизненно важным, поскольку жизненно важные проблемы решаются в первую очередь. Если они не решены на низшем уровне, то переход на более высокие ступени развития невозможен. Высшее – это то, что вырывается вперед и становится главным, хотя низшее продолжает оставаться основным.

Сохранение низшего вынуждает высшее приспособляться к его существованию, т. е. обращать его себе на пользу. Слабая приспособленность ведет к гибели высшего, сильная – делает его зависимым от низшего. Высшее обретает внутреннюю противоречивость между отрицанием низшего и потребностью в нем. Эта противоречивость служит источником опережающего развития высшего.

Отрицание высшим низшего разделяет центр системы на два полюса: положительный (нижний, начальный) и отрицательный (верхний, конечный). Отношение между названными полюсами становится осью, вокруг которой строится вся система (например, демократическое государство выстраивается вокруг отношения между источником государственной власти – народом и ее носителем – государственным аппаратом). По этой оси, длина которой определяется дистанцией разрыва в развитии между высшим и низшим, начинается перетекание благ от низшего к высшему. Хотя такое перетекание выглядит как поступательное движение всей системы вперед и вверх, на самом деле оно выводит систему из состояния равновесия, постепенно уменьшая ее устойчивость, а с нею – жизнеспособность.

Подчинение низшего высшему приводит к тому, что жизненно важное оказывается в зависимости от того, без чего можно прожить. В результате без того, без чего раньше можно было обойтись, выжить становится невозможным. Например, люди веками жили без компьютеров, но теперь их отключение угрожает смертью, поскольку системы жизнеобеспечения переведены на компьютерное управление.

Однако подчиненность низшего высшему не снимает противоречия между ними. Простота низшего дает ему больше свободы в выборе путей развития, чем остается у сложного высшего. Следовательно, низшее способно рано или поздно породить новое высшее, сбросив старое.

Поэтому высшее начинает управлять низшим так, чтобы удержать власть над ним, т. е. стремится ограничить его развитие. Управление превращается в угнетение. Это превращение находит свое обоснование в мифе о самодостаточности высшего и возможности и необходимости перехода всех низших форм развития в высшие.

Так, противоречие, возникающее из-за перехода от антропоцентризма к разумоцентризму, а значит, отделения разумности от человечности, востребует идею о несущественности земной жизни человека по сравнению с вечной жизнью разумной души. В результате право на жизнь приобретает внутреннюю противоречивость, позволяющую истолковать это право в качестве его противоположности, т. е. как обязанности умереть.

Но сладкий миф о вечности и первичности высшего, якобы сотворившего низшее, лишь усиливает угнетение низшего, устраняя страх перед собственной гибелью вследствие его гибели. Высшее все яростнее пилит сук, на котором сидит, уверовав в свою способность летать. А низшее, в свою очередь, лихорадочно начинает искать способы хотя бы частичного самосохранения, ускоряя свое развитие в других направлениях. В отношениях между верхами и низами складывается революционная ситуация.

И вот происходит мировой кризис. Не снимая главного вопроса мировоззрения, он ставит много новых философских вопросов, некоторые из которых имеют значение и для права. Попробуем на них ответить.

Кто виноват? Вряд ли кто-то будет утверждать, что поставленный вопрос – не юридический, хотя речь идет о кризисе, который является финансово-экономическим, и понадобится рассмотреть действие глобального экономического механизма, но с точки зрения его правового регулирования. Так как В. Д. Зорькин тратит на оправдание своего посягательства на профессиональные рамки экономистов целых шесть абзацев⁶, стоит разъяснить значение профессиональных рамок в «трансдисциплинарном» исследовании.

⁶ Зорькин В. Д. Право – для человека.



Профессиональная разобщенность оказывается ничуть не меньшим препятствием для решения глобальных проблем современности, чем разобщенность национально-государственная. Поскольку межгосударственные отношения на деле не ограничиваются чисто международно-правовыми формами, можно предположить, что и взаимодействие различных наук будет происходить не только в рамках междисциплинарного подхода.

Если решение проблемы юридического характера невозможно без выхода за рамки предмета современного правоведения, то следует переступить рамки, сдерживающие развитие науки, равно как и ничто не препятствует профессионалам в области, куда вторгается юрист своим исследованием, оценивать полученные им результаты со своих профессиональных позиций. Но если профессионал вынужден заходить в «чужую» область, то его научный долг – разобраться в исследованиях тех, кто в этой области является экспертами, хотя бы в той степени, какая ему требуется для решения своих профессиональных проблем, затрагивающих чужую предметную область.

Однако, выходя за свои профессиональные рамки, следует помнить, что в неюридических областях право является не центром, а периферийным явлением. Поэтому строить «транс-юридическую» (т. е. рассматривающую право не отвлеченно, а с учетом современных общественных процессов) философию права на основе «правоцентризма», (т. е. вокруг понятия «право») значит ошибочно экстраполировать свои профессиональные принципы на области, в которых они не действуют. Исходя из сказанного, ограничимся в своем теоретико-правовом расследовании теми цитируемыми в публикациях ученых обвинениями, которые затрагивают вопросы мировоззренческого характера, и, рассмотрев факты, решим вопрос о праве.

«Видные эксперты, – пишет В. Д. Зорькин, – полагают, что кризис, который углублялся в течение последних 10–15 лет, на самом деле возник в результате решения, принятого в августе 1971 г.: отделить доллар США как валюту для осуществления международных расчетов и мировой торговли от фиксированного золотого эквивалента. С этого момента начался стремительный рост фиктивного капитала, утвердилась система плавающих валютных курсов и произошло постепенное отделение финансовой системы, ставшей по существу спекулятивной, от реальной экономики»⁷.

Отказ от материального обеспечения денег действительно является шагом в направлении дематериализации финансов. Но такой чисто финансовый подход не раскрывает сути изменений в экономике, отразившихся на форме ее финансового обеспечения.

«Вкратце, – разъясняет проф. В. А. Демин, – причина здесь в том, что уже давно образовалась диспропорция между теми секторами американской экономики, которые связаны с производством новейших информационных технологий, программного продукта и остальной традиционной промышленностью. Происходит рост сверхприбылей в секторе информационных технологий и снижение рентабельности в традиционных отраслях американской промышленности»⁸.

Здесь стоит напомнить, что отмеченная диспропорция возникла не вследствие естественных экономических процессов, а явилась результатом целенаправленной государственной политики. Дискриминация традиционных технологий, реального сектора экономики и материального производства ослабила ту основу, на которой и первоначально ради обслуживания которой стало возможным появление и развитие информационных технологий.

«Следствием этого, – продолжает В. А. Демин, – стал рост инфляции, акции ведущих компаний поползли вверх (индекс Доу Джонса с 1996 г. по 2000 г. вырос более, чем в два раза, – с 5000 до 11 000), но, по мнению американских специалистов, это явилось следствием искусственного спекулятивного перегрева фондового рынка. Такая экономика очень неустойчива. И появились уже первые признаки надвигающегося глобального кризиса»⁹.

«Мировой финансово-экономический кризис, – считает В. Д. Зорькин, – если его рассматривать с точки зрения экономиста, – прежде всего – результат нарушения законов экономики»¹⁰. Непостижимое событие, нарушающее объективные законы, называется чудом. Но научное мировоззрение несовместимо с чудесами.

⁷ Там же.

⁸ Иванов С. Благо или зло? Беседа с д-ром экон. наук, проф. В. А. Деминим // Советская Россия. 2000. 22 авг.

⁹ Там же.

¹⁰ Зорькин В. Д. Право – для человека.



То, что необъяснимо с точки зрения экономиста, должно быть поднято на философский уровень рассмотрения. Получается, что современная экономика управляется некоей трансцендентной силой, не считающейся с ее внутренними закономерностями.

Хотя сетевой глобализм, казалось бы, несовместим ни с границами, ни с иерархией, отрицание определенности (т. е. протяженности и закономерности) чего-то одного неизбежно приводит к посягательству на определенность всего остального. В частности, стирание национальных границ приводит к исчезновению и границ функциональных. Как отмечает проф. Мюнхенского университета У. Бек, становится не только неясным, что в эру глобального капитала понимается под «национальной экономикой», но еще глубже, как вообще следует понимать «экономику» и «экономическую деятельность» и отграничивать ее от «политики»¹¹. Но там, где не кончается свобода одного, не может начаться и свобода другого. Снятие границ оказывается ничуть не менее жестким способом властвования, чем их установление. Ведь различия, существовавшие по разные стороны границы, не исчезают, а вступают во взаимодействие, что ведет к новой неравновесности, а значит – к новым границам и новой подчиненности. И – о чудо! – экономика оказывается в подчинении у идеологии.

Данная ситуация стала возможной из-за преобладания в экономическом обороте нематериальных объектов гражданских прав, не имеющих объективной стоимости. Как отмечал Д. Белл, «с политической точки зрения проблемой постиндустриального общества... является... отсутствие адекватных механизмов оценки общественных благ»¹².

Эта политическая проблема получает юридическое решение. «Цены на творческий труд, – пишет С. Б. Переслегин, – зависят от правовой базы и, в частности, от того же закона об авторском праве. В принципе, они могут быть искусственно сделаны как сколь угодно высокими (ценой появления обширного слоя “вечных подмастерьев”, почти ничего не получающих за литературный или научный труд), так и очень низкими»¹³.

В результате экономическая стоимость подменяется аксиологической ценностью.

Для объяснения механизма этой подмены требуется раскрыть вторую сторону дематериализации экономики. «В информационном обществе, – пишут профессора В. А. Лисичкин и Л. А. Шелепин, – появился новый мощный способ влияния на людей. Человек живет не только во внешнем материальном мире, но и в глобальном информационном поле. Поэтому не только “бытие определяет сознание”, но также и внешнее воздействие на процессы мышления с помощью СМИ»¹⁴.

Фактическая несвобода человека от информационного воздействия получила определенное правовое оформление в виде государственного санкционирования источников информации, предполагающего чисто юридическое признание их достоверности при отсутствии каких-либо фактических гарантий. Информационный взрыв, отчуждение информации от человека посредством перевода ее в машиночитаемую форму, усложнение общественных отношений иностранным элементом, кризис понимания – все эти проблемы информационного общества находят своеобразное решение в виде юридической фикции. Естественное равенство людей в бессилии перед лавиной информации создает хаос, который упорядочивается путем назначения узкой группы «посвященных», чье мнение формально-юридически объявляется объективным критерием истины.

«Глобализация, – отмечает В. Д. Зорькин, – побудила нас к юридически формализованному доверию. Где-то на другом конце света неизвестные нам люди выпускают акции. Но есть рейтинговые агентства, которые обязаны объективно оценить эти акции. А мы обязаны доверять рейтинговым агентствам»¹⁵.

¹¹ Бек У. Что такое глобализация? / Пер. с нем. А. Григорьева и В. Седельника; Общ. ред и послесловие А. Филиппова. М., 2001. С. 186.

¹² Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. М., 1990. С. 171; см. также С. XXXIX.

¹³ Переслегин С. Б. Метаправо: юридическая «оболочка» сетевой цивилизации // [http://www.igstab.ru/materials/black/Per Metaw.htm](http://www.igstab.ru/materials/black/Per%20Metaw.htm) (3.03.2009) С. 4–5.

¹⁴ Лисичкин В. А., Шелепин Л. А. Глобальная империя Зла. М., 2001. С. 172.

¹⁵ Зорькин В. Д. Право – для человека.



На этом примере хорошо видна противоположность знания и права, способность права в отдельных случаях компенсировать незнание. «Мы, – продолжает В. Д. Зорькин, – не знаем людей, выпускающих акции. Не знаем их человеческих и профессиональных качеств. Но мы верим, что есть инстанция, которая это все знает и с нами этим знанием поделится. Эта вера создает глобальную интеграцию»¹⁶.

Но такая «экономика, основанная на незнании», позволяет, злоупотребляя доверием, манипулировать спросом в пользу интеллектуальной собственности. Государство считает даже такое стимулирование наукоемких производств прогрессивным, и целесообразность берет верх над законностью. Учитывая сказанное, следует согласиться с В. Д. Зорькиным в том, что «кризис свидетельствует о деформации принципов права, имеющей место как в законодательстве, регулирующем экономику, так и в соответствующей правоприменительной практике в финансово-экономической сфере»¹⁷.

Что делать? «Конец XX – начало XXI века, – пересказывает Концепцию внешней политики РФ 2000 г. В. В. Гаврилов, – ознаменовались осуществлением крупного прорыва на ряде ключевых направлений научно-технического прогресса, который повлек за собой создание единого общемирового информационного пространства, углубление и диверсификацию международных экономических связей, появление новых революционных технологий в промышленности и медицине. Указанные факторы придали взаимозависимости государств глобальный характер и породили... новые опасности крупномасштабных экономических кризисов...»¹⁸. Казалось бы, бороться с негативными явлениями надо путем устранения, а не преумножения их причин и условий.

Но там, где здравый рассудок отбрасывает старые заблуждения, разум создает новые. «Возникшие проблемы, – пишет о глобальном финансово-экономическом кризисе В. Д. Зорькин, – требуют разработки и внедрения новых “критических технологий” в политике, экономике и праве»¹⁹. Происходит цепная реакция расширенного воспроизводства технологий посредством проблем. Как отмечал французский социолог Жак Эллюль, «технический прогресс... заставляет нас смотреть на порождаемые им проблемы как на проблемы преимущественно технические и толкает нас к поиску технических решений для них»²⁰.

Правда, справедливости ради следует оговориться, что В. Д. Зорькин перед процитированными предложениями ссылается на Президента РФ. Поэтому не мешает сравнить сказанное с первоисточником. «Надо, – говорит Д. А. Медведев, – быстро осваивать высвобождающиеся в мировой экономике ниши, создавать новые эффективные предприятия, внедрять самые передовые технологии. Такой подход – это и есть одно из лучших антикризисных “лекарств” и, с другой стороны, неотъемлемая часть идеологии современного развития России»²¹.

«Лечить» кризис предполагается переходом к официальной идеологизации экономики и прямым нарушением п. 2 ст. 13 Конституции РФ отметить ее 15-летний юбилей. Для тех, кто сочтет это случайной оговоркой или иносказанием, двумя абзацами ниже гарант Конституции повторяет этот тезис четче: «Основу нашей политики должна составить идеология...»²².

Реакция российского государства на нынешний кризис, тем не менее, следует в русле общемировых тенденций технико-экономического развития. Новые достижения экономических наук обращаются на воскрешение призрака научно управляемой экономики, а вызванное кризисом усиление экономических функций государства и права обостряет их внутреннюю противоречивость. Как предсказывает проф. Гарвардского университета Н. Фергюсон, «лекарства, которые используются сегодня, чтобы сохранить экономики

¹⁶ Там же.

¹⁷ Там же.

¹⁸ Гаврилов В. В. Международное право в эпоху глобализации: некоторые понятийные и содержательные характеристики // Московский журнал международного права. 2002. № 3. С. 185.

¹⁹ Зорькин В. Д. Право – для человека.

²⁰ Цит. по: Дайзард У. Наступление информационного века // Новая технократическая волна на Западе / Сост. П. С. Гуревич. М., 1986. С. 350.

²¹ Послание Президента РФ Федеральному Собранию // Российская газета. 2008. 6 ноября.

²² Там же.



на плаву, приведут к новым проблемам»²³. А новым проблемам опять будут искать чисто технические решения, развивая технологию за счет других областей общественной жизни. И право среди них, естественно, не будет исключением.

Подобное развитие имеет определенную направленность, продиктованную представлениями о прогрессе как чисто количественном увеличении масштабов охвата и степени сложности. И, поскольку глобальные масштабы технологией уже в основном достигнуты, на смену экстенсивной глобализации приходит интенсивная. А мировой кризис служит хорошим поводом для этого.

«XXI век, – отмечает В. Д. Зорькин, – погружает нас в чудовищную сложность... Речь идет о глобальном финансово-экономическом кризисе и его возможных негативных последствиях»²⁴. В чем же В. Д. Зорькин видит выход из кризиса? «В том, чтобы усложнить модель глобализации, превратить ее из унификации в нечто совершенно другое – сложное, богатое содержанием, многомерное...»²⁵. Сложности с глобализацией предлагается исправлять еще большим усложнением глобализации.

Эта цепная реакция усложнения возникает из-за стремления сохранить дискредитировавшую себя экономическую основу глобализации, не допустить ее замены на новую, более реалистичную. Усложнение мировой финансовой системы позволит закрепить и увеличить ее отрыв от реальной экономики, без которого информация не могла бы господствовать над материей.

Усложнение требуется для того, чтобы «за счет этого возратить подлинное доверие во все сферы человеческой жизни»²⁶. Сложность новой модели глобализации затруднит ее познание, а там, куда не проникает свет знания, остается полагаться на слепую веру. В результате ограниченная правом свобода превратится в несвободу: юридически формализованная обязанность доверия будет заменена фактической невозможностью неверия.

«Мы, я верю, – заявляет В. Д. Зорькин, – сможем прийти к новому, гораздо более адекватному пониманию соотношения единичного, особенного и всеобщего. А через это – к новому культурному синтезу, а значит – и к новому синтезу правовому»²⁷. Новая интерпретация мира, основанная на новой, более не нуждающейся в юридической формализации вере, должна стать новым мировоззренческим фундаментом глобализации.

«Тогда, – пророчествует В. Д. Зорькин, – мы изгоним демона недоверия из разных сфер нашей жизни... И только служение такому идеалу подлинно достойно нашей профессии в столь беспокойное время»²⁸. Но не лучше ли юридической науке вместо подобного «экзорсизма» работать над тем, чтобы обеспечить каждому действительную свободу в мировоззренческом выборе между верой и неверием, поддержкой глобализации или ее неприятием?

Раз уж речь зашла о вере, интересно сравнить мнение проф. В. Д. Зорькина с официальной позицией Русской православной церкви. «Необходимо возвращать деньгам связь с реальной экономикой, реальными товарами и услугами, реальными затратами труда, в том числе интеллектуального. В противном случае вся мировая финансовая система рано или поздно превратится в один большой МММ», – заявил 30 сентября Чаплин (зам. главы отдела внешних церковных связей Московского патриархата протоиерей Всеволод. – Г. К.) и подчеркнул, что многие религии не зря «осуждали и осуждают ростовщичество»²⁹.

Такие взгляды находят поддержку на глобальном уровне. «Утверждения, что современная экономика мало общего имеет с экономикой реальной и игнорирует интересы общества и принципы справедливости, содержались и в двух других программных заявлениях, соавтором которых выступила РПЦ. Первое называлось “Послание предстоятелей православных церквей” (подписано главами 14 православных церквей, в том числе и Алексием II), второе –

²³ Кокшаров А. Каким будет новый кризис: Интервью с проф. Гарвардского университета Н. Фергюсоном // Эксперт. Специальный выпуск. 2009. № 1. Кризисы. С. 21.

²⁴ Зорькин В. Д. Право – для человека.

²⁵ Там же.

²⁶ Там же.

²⁷ Там же.

²⁸ Там же.

²⁹ Куколевский А. Приход и расход // Коммерсантъ. Власть. 2008. 17 ноября.



“Заявление Конференции европейских церквей” (содружество более чем 120 христианских церквей Европы). Оба документа призывали к пересмотру правил функционирования мировой финансовой системы»³⁰.

По сути, церковь призывает к материализму в экономике (включая трудовую теорию стоимости К. Маркса), причем апеллируя к принципам справедливости. В обществе, пребывающем во власти технологии, стремящейся подражать магии, религия и наука как бы меняются местами. И право оказывается в самом эпицентре этого мировоззренческого кризиса.

* * *

Подводя итог сказанному, вкратце сформулируем суть изменений, которые претерпевает право в глобализующемся мире. Превращение права в средство подчинения экономики глобалистской идеологии приводит к проецированию противоречий системы «техника – экономика – общество» на само право. В результате к традиционной философско-правовой проблематике добавляются вопросы, прежде не входившие в предмет теоретико-правовых изысканий. Предлагаемые в литературе идеологически приемлемые методы решения этих вопросов только порождают новые проблемы. Поэтому можно предположить, что расширение предмета философии права станет одной из тенденций ее развития в условиях глобализации.

³⁰ Там же.

А. А. Ливеровский, А. И. Худяков
A. A. Liverovski, A. I. Khudyakov

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ФОРМИРОВАНИЯ РЕГИОНАЛЬНОГО БЮДЖЕТА

LEGAL FOUNDATIONS OF REGIONAL BUDGET FORMATION

Аннотация. В статье дается авторское представление о методах бюджетной деятельности, посредством которых осуществляются процессы формирования бюджета субъекта Российской Федерации.

Ключевые слова. Методы бюджетной деятельности, формирование бюджета, субъект Российской Федерации, доходные отношения, денежные средства, расходные отношения, трансферт, дотации, субсидии, субвенции, государственные услуги, сборы.

Annotation. The article gives the author's view of the methods of budgetary activity by which the processes of formation of a budget for a constituent body of the Russian Federation.

Keywords. Methods of budgetary activity, budget formation, constituent body of the Russian Federation, revenue relations, money means, expenditures relations, transfer, dotations, subsidies, subventions, public services, charges.

Бюджетную деятельность в литературе обычно определяют как деятельность по формированию, распределению и использованию такого денежного фонда, как бюджет.



Например, Ю. А. Крохина пишет, что бюджетная деятельность – это «основанная на правовых нормах совокупность систематически осуществляемых субъектами бюджетного права функций по планомерной аккумуляции, распределению и использованию централизованного денежного фонда общего назначения в публичных интересах»¹.

Исходя из этого, бюджетную деятельность субъекта РФ можно определить как его деятельность в лице уполномоченных на то органов по формированию, распределению и использованию регионального бюджета.

Бюджетная деятельность осуществляется посредством определенных методов.

Методы бюджетной деятельности – это те конкретные приемы и способы, посредством которых субъект РФ в лице своих органов осуществляет процессы формирования, распределения и использования бюджета.

Методы бюджетной деятельности субъекта РФ зависят от направления этой деятельности: 1) формирования регионального бюджета; 2) распределения регионального бюджета; 3) использования регионального бюджета.

Формирование регионального бюджета – это операции субъекта РФ, направленные на пополнение данного бюджета денежными средствами.

Следует сказать, что различные авторы дают различные трактовки методов, посредством которых осуществляется формирование бюджета.

Так, Н. И. Химичева пишет, что для привлечения денежных средств в бюджетную систему используются методы обязательных и добровольных платежей. Они охватывают несколько видов платежей, каждый из которых отличается своеобразием. Например, основными обязательными платежами в бюджет выступают налоги, сборы, пошлины, уплачиваемые юридическими и физическими лицами. Наряду с этим используются и добровольные методы для формирования государственных денежных фондов: лотереи, займы, пожертвования юридических и физических лиц и т. д.²

М. В. Карасева дополняет перечень методов *формирования* бюджета еще двумя методами: методом финансовых изъятий и штрафным методом. *Метод финансовых изъятий* заключается, по ее мнению, в изъятии государством свободного остатка прибыли казенного предприятия. *Штрафной метод* выражается в установлении и применении штрафов и пеней за финансовые правонарушения и объективно-противоправные деяния в сфере публичных финансов³.

Формирование бюджета обычно характеризуется через категорию «доходы бюджета».

Бюджетный кодекс определяет доходы бюджета как «поступающие в бюджет денежные средства, за исключением средств, являющихся источниками финансирования дефицита бюджета» (ст. 6 БК).

В основе права субъектов РФ на бюджетные доходы лежит конституционное право этих публично-территориальных образований на собственный бюджет, так как право на бюджет является нереальным, если оно не обеспечено правом на доходы этого бюджета.

Как отмечается в литературе, «основой всех правовых норм, регулирующих бюджетные отношения, является Конституция РФ. Прежде всего, на эти отношения распространяются конституционные нормы *общего характера*, которые определяют основные принципы и формы бюджетной деятельности государства, защиты прав и законных интересов участвующих в ней субъектов»... «Конституция РФ (ст. 71–73) установила предметы ведения Российской Федерации в области бюджета и предметы ее совместного ведения с субъектами РФ, вне пределов которых субъекты РФ самостоятельны. Обладая всей полнотой государственной власти, они осуществляют собственное правовое регулирование бюджетных отношений, принимая законы и иные нормативные правовые акты, содержание которых не должно противоречить законодательству РФ... Исходной правовой основой компетенции субъектов РФ в области бюджета являются Конституция РФ и Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных

¹ Крохина Ю. А. Бюджетное право и российский федерализм / Под ред. Н. И. Химичевой. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 97.

² Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Химичева. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 98–99.

³ Финансовое право: Учебник / Отв. ред. М. В. Карасева. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 37–39.



органов государственной власти субъектов Российской Федерации”. Нормы этого Закона развивают конституционные положения о предметах ведения субъектов РФ»⁴.

Указанный Закон устанавливает, что каждый субъект Российской Федерации имеет право на собственный бюджет (п. 1 ст. 26.13 Закона). Данное право фиксирует и Бюджетный кодекс РФ (ст. 14 БК РФ).

Конституционный Суд РФ в своем определении от 8 января 1998 г. об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности ст. 12 Закона Ставропольского края от 22 марта 1997 г. «О краевом бюджете на 1997 год» указал, что по смыслу Конституции РФ бюджеты субъектов РФ относятся к ведению самих субъектов Федерации, которые самостоятельно решают вопросы формирования своего бюджета и определяют направления использования бюджетных средств.

Право на собственный бюджет фиксируют конституции и уставы всех субъектов Российской Федерации. Так, Устав Санкт-Петербурга устанавливает, что финансовая самостоятельность Санкт-Петербурга гарантируется Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, законами Санкт-Петербурга и настоящим Уставом Санкт-Петербурга. Финансы Санкт-Петербурга составляют средства бюджета Санкт-Петербурга, внебюджетных фондов Санкт-Петербурга (ст. 72 Устава Санкт-Петербурга).

Полагаем, что право субъекта РФ на свой бюджет (региональный бюджет) является одним из признаков того, что данное публично-территориальное образование является субъектом Российской Федерации.

Право на бюджет предполагает наличие права на доходы, которые формируют доходную часть бюджета, превращая его в реальный фонд денежных средств. В итоге право субъектов РФ на бюджет включает в себя право данных субъектов на бюджетные доходы. И это право выступает элементом бюджетной компетенции субъектов РФ.

Отношения, возникающие в процессе формирования бюджета субъекта РФ, по своему функциональному назначению выступают в качестве *доходных* отношений данного денежного фонда. Эти отношения опосредуют движение денежных средств от какого-либо лица (плательщика) в бюджет, поступая в собственность субъекта РФ.

Наличие в системе государственных доходов особой разновидности доходов – доходов бюджета субъекта РФ – является элементом принципа бюджетного федерализма.

Так, Ю. А. Крохина, анализируя содержание принципа бюджетного федерализма, в числе прочих полномочий субъектов РФ выделяет следующие: а) установление источников доходов собственных бюджетов, в том числе региональных налогов, сборов, иных обязательных платежей; б) получение из федерального бюджета источников доходов, закрепленных за бюджетом субъекта Российской Федерации⁵.

Бюджетный кодекс РФ предусматривает, что доходы бюджетов субъектов РФ формируются посредством следующих видов доходов: 1) налоговые доходы; 2) неналоговые доходы; 3) безвозмездные поступления.

Надо сказать, что данная классификация доходов не дает полного представления о системе методов, посредством которых субъект РФ осуществляет сбор данных доходов. Кроме того, она выстроена на основе различных классификационных критериев. В частности, в состав налоговых доходов входят платежи, которые на самом деле налогами не являются. К их числу относятся государственная пошлина – если налог является безэквивалентным и безвозмездным платежом, то пошлины выступают относительно эквивалентным и возмездным платежом. Государственная пошлина отнесена к категории «налоговые доходы», между тем данный платеж носит относительно эквивалентный характер и отождествление с налогом является экономически необоснованным. Сбор за пользование объектами водных биологических ресурсов и сбор за пользование объектами животного мира по своей экономической сути также не относятся к налоговым доходам. Наконец, налоговые доходы по своей экономической сути есть типичные безвозмездные поступления, что относит их к третьей разновидности бюджетных доходов.

⁴ Финансовое право: Учебник / Отв. ред. Н. И. Химичева. С. 200–201, 233.

⁵ Крохина Ю. А. Бюджетное право и российский федерализм / Под ред. Н. И. Химичевой. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 280–283.



По смыслу данной классификации к неналоговым доходам отнесено все, что не относится к налоговым доходам и безвозмездным поступлениям, что позволяет включить в их состав противоположные по своей правовой и экономической сути платежи. Как отмечает В. В. Стрельников, «институт неналоговых доходов изначально является институтом интегрирующим, вбирающим в себя все то, что не охвачено налоговым правом. Соответственно сложно дать исчерпывающую характеристику самим неналоговым доходам, так как по правилам логики нельзя сделать содержательным определение путем отрицания»⁶.

Полагаем, что формирование региональных бюджетов осуществляется посредством следующих методов.

1. Метод принудительного, безвозвратного и безэквивалентного изъятия денежных средств у их владельцев

Наиболее типичным примером использования данного метода являются налоги.

Налоговый кодекс РФ определяет налог следующим образом: «Под налогом понимается обязательный, индивидуально безвозмездный платеж, взимаемый с организаций и физических лиц в форме отчуждения принадлежащих им на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления денежных средств в целях финансового обеспечения деятельности государства и (или) муниципальных образований» (п. 1 ст. 8 НК).

Конституционной основой права субъектом РФ на получение налоговых доходов выступают:

– ч. 3 ст. 75 Конституции РФ, которая предусматривает, что «общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом». Реализуя это полномочие, Налоговый кодекс РФ, который является федеральным законом, выделяет такую категорию налогов, как *региональные* налоги. Эти налоги выступают доходным источником региональных бюджетов. В настоящее время в систему региональных налогов входят три вида налогов: 1) налог на имущество организаций; 2) налог на игорный бизнес; 3) транспортный налог (ст. 14 НК РФ);

– ч. 4 ст. 76 Конституции РФ, которая устанавливает, что вне пределов ведения Российской Федерации, совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации эти субъекты осуществляют собственное правовое регулирование, включая принятие законов и иных нормативных правовых актов. В силу этого полномочия субъект РФ самостоятельно определяет те элементы региональных налогов, установление которых отнесено Налоговым кодексом к компетенции субъектов РФ, а также вводит эти налоги на своей территории или отменяет их действие;

– п. «ж» ст. 71 Конституции РФ, который относит к предмету ведения Российской Федерации *финансовое регулирование*. В соответствии с этим полномочием Бюджетный кодекс РФ закрепляет за региональными бюджетами целый ряд федеральных налогов и сборов (полностью или в определенной части), придавая им характер *собственных* доходов данных бюджетов. Перечень *федеральных налогов*, закрепленных за бюджетами субъектов РФ, включает в себя в настоящее время следующие виды налогов: 1) налог на прибыль организаций; 2) налог на доходы физических лиц; 3) акцизы (по некоторым видам подакцизных товаров); 4) налог на добычу полезных ископаемых (по некоторым видам продукции).

В итоге в качестве доходного источника региональных бюджетов выступают два вида налогов: 1) региональные налоги; 2) некоторые виды федеральных налогов, право на получение которых в установленном Бюджетным кодексом РФ размере закреплено за бюджетами субъектов РФ.

На основе рассматриваемого метода производится также обращение в доход региональных бюджетов средств, полученных в результате применения мер гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности. Здесь мы также имеем одностороннее, принудительное, безвозмездное и безвозвратное изъятие денежных средств у их владельцев в пользу субъекта РФ с обращением этих средств в доход регионального бюджета.

⁶ Стрельников В. В. Налоговое право и «право неналоговых доходов» // Бюджетное право Российской Федерации / Под общ. ред. С. В. Запольского, Д. М. Щекина. М., 2007. С. 136.



Конституционной основой установления гражданско-правовой и уголовной ответственности выступает п. «о» ст. 71 Конституции РФ, в силу которой гражданское и уголовное законодательство относится к предмету ведения Российской Федерации. Конституционной основой административной ответственности выступает подп. «к» п. 1 ст. 72 Конституции, относящий административное законодательство к совместному ведению Российской Федерации и субъектов РФ.

Выше уже отмечалось, что, по мнению М. В. Карасевой, в данном случае реализуется такой метод финансовой деятельности, как штрафной метод.

Полагаем, что само по себе установление штрафов не выступает методом финансовой деятельности. Установление юридической ответственности не является способом добывания денежных средств в бюджет. Государство устанавливает юридическую ответственность не для того, чтобы пополнить свою казну. Штраф не есть платеж в бюджет. Сам по себе штраф не имеет фискальной функции. У штрафа иное юридическое и социальное предназначение.

Юридическая ответственность, выступая мерой наказания правонарушителя, является средством обеспечения исполнения предписаний соответствующей правовой нормы. Штраф – это мера юридической ответственности, мера наказания. При взимании штрафа как меры административной или уголовной ответственности не возникает доходного бюджетного правоотношения, являющегося финансовым правоотношением, субъектами которого выступают публично-территориальное образование, с одной стороны, и плательщик средств в бюджет – с другой. Правонарушитель не есть плательщик средств в бюджет. Штраф взимается в рамках соответственно административно-правового или уголовно-правового отношений.

Методом финансовой деятельности в данном случае выступает не установление штрафа и не его взыскание с правонарушителя, а обращение суммы взысканного штрафа в доход бюджета. Следует различать акт взимания штрафа и акт направления суммы взысканного штрафа в доход бюджета. Это различные по своей социальной, экономической и правовой природе юридические акты. Поэтому конституционная основа этого метода не суверенное право государства на привлечение правонарушителя к юридической ответственности, а п. «ж» ст. 71 Конституции РФ, который относит к ведению Российской Федерации *финансовое регулирование*. Это положение конкретизировано ст. 41 и 46 БК РФ.

2. Метод получения средств из иных бюджетов в порядке межбюджетного финансирования

В настоящее время одним из основных способов формирования регионального бюджета является получение субъектами РФ денежных средств в форме межбюджетных трансфертов.

Межбюджетные трансферты – это средства одного бюджета бюджетной системы Российской Федерации, перечисляемые другому бюджету бюджетной системы Российской Федерации.

Формами межбюджетных трансфертов, являющихся доходами региональных бюджетов, являются:

- дотации из других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации;
- субсидии из других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации (межбюджетные субсидии);
- субвенции из федерального бюджета;
- иные межбюджетные трансферты из других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации (п. 4 ст. 41 БК).

Бюджетный кодекс квалифицирует межбюджетные трансферты в качестве *безвозмездных поступлений*.

Характеризуя этот метод формирования регионального бюджета, можно отметить следующее.

Во-первых, поскольку источником предоставления денежных средств выступает иной бюджет бюджетной системы Российской Федерации, то для бюджета, предоставляющего средства, данное предоставление относится к такому направлению бюджетной деятельности, как *распределение* бюджета методом *финансирования*, т. е. безвозвратного и безвозмездного предоставления денежных средств. Иначе говоря, для бюджета, предоставляющего трансферт, этот метод выражает *расходное* отношение, для бюджета, получающего трансферт (в данном случае для регионального бюджета), он выражает *доходное* отношение.



Во-вторых, предоставление денег из федерального бюджета региональному бюджету в порядке межбюджетного трансферта осуществляется на основе одностороннего волеизъявления уполномоченных органов государственной власти Российской Федерации, что оформляется принятием закона о федеральном бюджете. В то же время нельзя сказать, что предоставление межбюджетного трансферта зависит лишь от усмотрения федеральных органов государственной власти и их благосклонности по отношению к финансируемому субъекту РФ. В большинстве случаев в основе предоставления межбюджетных трансфертов лежат определенные нормативы.

Например, при передаче субъектам РФ полномочий Российской Федерации государство должно компенсировать дополнительно возникшие при этом расходы региональных бюджетов за счет субвенций, предоставляемых из федерального бюджета. Для этих целей в составе федерального бюджета образуется Федеральный фонд компенсаций.

Субвенции бюджетам субъектов РФ из федерального бюджета распределяются между этими субъектами в соответствии с методиками, утверждаемыми Правительством РФ в соответствии с требованиями Бюджетного кодекса РФ, федеральных законов и нормативных правовых актов Президента РФ и Правительства РФ (ст. 133 БК РФ).

Следовательно, предоставление трансфертов из федерального бюджета региональным бюджетам во многих случаях обусловлено *обязанностью* федерального центра по сбалансированности региональных бюджетов и поддержанию их в объеме, обеспечивающем получение жителями этих субъектов государственных услуг в соответствии с установленными стандартами жизнеобеспеченности.

В-третьих, межбюджетный трансферт выражает одностороннее, безвозмездное и безвозвратное предоставление денежных средств. С экономической точки зрения в данном случае возникает финансовое отношение, которое опосредует одностороннее движение стоимости в денежной форме, не сопряженное встречным движением стоимости в товарной форме. С правовой точки зрения данное отношение является финансово-правовым. Субъектами этого отношения выступают Российская Федерация, с одной стороны, и субъект РФ – с другой.

Конституционной основой данного метода бюджетной деятельности является ст. 5 Конституции РФ, определяющая государственное устройство Российской Федерации в качестве федеративного, а также п. «ж» ст. 71, относящий финансовое регулирование к предмету ведения Российской Федерации, что влечет политическую ответственность федеративного центра за финансовое состояние дел в субъектах Российской Федерации.

3. Метод добровольно-безвозвратного привлечения денежных средств

В качестве одного из источников доходов регионального бюджета Бюджетный кодекс РФ называет «безвозмездные поступления от физических и юридических лиц, международных организаций и правительств иностранных государств, в том числе добровольные пожертвования» (абз. 6 п. 4 ст. 41 БК РФ).

В отличие от налогового метода, который реализуется в силу односторонне-властного установления государства, в силу чего плательщик осуществляет свой платеж в бюджет на принудительной основе, данный метод реализуется в силу добровольного волеизъявления самого плательщика. По существу имеет место сделка дарения в пользу субъекта РФ. Данным методом организуется платеж, который выражает одностороннее и безвозвратное движение денежных средств от плательщика в региональный бюджет. С экономической точки зрения данное отношение является финансовым. Оно является распределительным, опосредуя одностороннее движение стоимости в денежной форме, не сопряженное встречным движением стоимости в товарной форме. Однако с правовой точки зрения оно будет гражданско-правовым, поскольку опосредовано договором дарения.

Договор дарения в пользу субъекта РФ может носить характер *пожертвования* (п. 1 ст. 582 ГК). Однако в отличие от пожертвования в пользу гражданина или юридического лица, которое может быть обусловлено жертвователем целью использования одаряемым полученных в порядке дара денежных средств по определенному назначению, в данном случае такая цель не оговаривается. И. В. Елисеев объясняет это положение следующим образом: «Правовое положение государства как субъекта права специфично тем, что оно всегда действует не в своих собственных, а в общих интересах. Значит, даритель может



быть уверен в том, что любой дар в адрес государства будет использован на общее благо; иначе он просто не может быть использован. Более того, предполагается, что государство лучше других субъектов знает, в чем состоит это общее благо, и лучше других может действовать в общепользовных целях. Поэтому даритель некомпетентен обязывать государство к определенному способу использования пожертвованного имущества»⁷.

Отметим также, что Гражданский кодекс РФ не включает в предусмотренный п. 1 ст. 582 ГК РФ примерный перечень субъектов, в пользу которых может совершаться пожертвование, государственных учреждений, цели создания которых напрямую не связаны с социальной защитой населения. В связи с этим в литературе указывается, что такое умолчание законодателя осознанно и имеет целью предотвратить возможные злоупотребления, в частности отмыывание незаконных доходов под видом пожертвований или приобретение влияния на органы, наделенные публично-властной компетенцией, посредством их периодического «прикармливания»⁸.

В зависимости от фигуры дарителя можно выделить две правовые конструкции данного метода:

1) конструкция, при которой в роли дарителя выступает резидент – граждане или юридические лица, т. е. имеет место внутренняя сделка;

2) конструкция, при которой в роли дарителя выступает нерезидент – международные организации или правительства иностранных государств, т. е. имеет место внешнеэкономическая сделка. Такие дарения или пожертвования обычно именуют термином «гранты». Регулируются они нормами международного права.

Конституционной основой данного метода выступает п. 2 ст. 8 Конституции РФ, который определил формы собственности – частная, государственная, состоящая из федеральной собственности и собственности субъектов Российской Федерации.

Развивая это конституционное положение, Гражданский кодекс РФ устанавливает, что собственник обладает правомочиями владения, пользования и распоряжения имуществом. Правомочие распоряжения – это юридически обеспеченная возможность определить судьбу вещи путем совершения юридических актов в отношении этой вещи⁹. Осуществляя пожертвование в бюджет субъекта РФ, даритель реализует свое конституционное право распоряжения имуществом, в данном случае путем безвозмездного его отчуждения субъекту РФ.

4. Метод добровольно-возвратного привлечения денежных средств

Классическим примером такого добывания денежных средств выступают государственные займы (заимствования) субъектов РФ.

Под государственными заимствованиями субъектов РФ понимаются государственные займы, осуществляемые путем выпуска государственных ценных бумаг от имени субъекта РФ, и кредиты, привлекаемые в региональный бюджет от других бюджетов бюджетной системы, кредитных организаций, иностранных банков и международных финансовых организаций, по которым возникают долговые обязательства субъекта РФ (п. 6 ст. 103 БК).

Государственные заимствования субъектов РФ подразделяются на внутренние и внешние.

Государственные займы осуществляются в рамках таких экономических отношений, как кредитные. Эти отношения опосредуют предоставление денежных средств на условиях возврата их эквивалента. Поэтому государственный заем всегда выражает два противоположных акта движения денег: на первом этапе – этапе размещения займа – деньги движутся от заимодавца к субъекту РФ, выступающему в качестве заемщика; на втором этапе – этапе возврата долга (погашения кредита) – деньги движутся в обратном направлении: от заемщика (должника) к заимодавцу. Поэтому государственные займы всегда выражают одновременно два аспекта бюджетной деятельности: при размещении займа они выступают методом *формирования* бюджета (деньги приходят в бюджет), а при погашении займа (возврате долга) – методом *расходования* бюджета (деньги уходят из бюджета). Поэтому

⁷ Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 125.

⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). М., 2003. С. 203.

⁹ Гражданское право: Учебник. Ч. I. 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 341.



как метод привлечения денежных средств в региональный бюджет государственные займы «работают» лишь на стадии размещения займа (взятия денег займы).

Основываясь на том обстоятельстве, что получение денег в данном случае обусловлено необходимостью их возврата, некоторые ученые высказывают мнение, согласно которому средства, полученные в результате размещения займа, не выступают «настоящим» доходом бюджета.

Существует мнение, что субъектом отношений государственного займа, выступающим в роли заемщика, является «уполномоченный орган государственной власти»¹⁰.

Это ошибочное мнение. Как правильно, по нашему мнению, отмечается в литературе, «эмитентами государственных и муниципальных облигаций выступают соответствующие органы исполнительной власти, являющиеся юридическими лицами (обычно министерства или управления финансов). Однако займы выпускаются от имени соответствующего публично-правового образования в целом, и потому исполнение обязательств по ним происходит за счет средств соответствующей казны»¹¹.

Гражданский кодекс РФ решает этот вопрос совершенно определенно: «По договору государственного займа заемщиком выступает Российская Федерация, субъект Российской Федерации...» (п. 1 ст. 817 ГК РФ), т. е. само публично-территориальное образование, а не его орган.

Вопрос об отраслевой принадлежности правоотношений публичного заимствования является спорным. Для цивилистов принадлежность публичных заимствований к гражданскому праву не вызывает сомнения. Однако большинство юристов-финансистов относит эти заимствования к сфере финансового права либо признает его комплексным правовым институтом, но с преимущественной долей финансового права.

Следует сказать, что признанию публичного заимствования предметом исключительно финансового права препятствует ст. 817 ГК. В соответствии с этой статьей государственный (муниципальный) заем осуществляется на основе *гражданско-правового* договора. То обстоятельство, что условия договора займа определяются заемщиком (в данном случае субъектом РФ) в одностороннем порядке, свидетельствует лишь о том, что данный гражданско-правовой договор имеет форму договора *присоединения*.

В случае, когда в роли кредитора выступает международная финансовая организация, данное отношение регулируется международным правом.

Отметим также, что в соответствии с Бюджетным кодексом РФ средства, полученные субъектом РФ в результате размещения займа, используются для финансирования дефицита бюджета. Для некоторых авторов это послужило основанием для признания государственного займа целевым займом (ст. 814 ГК).

Утверждение, что назначением государственного заимствования является «финансирование бюджетного дефицита», не раскрывает, по нашему мнению, сущности финансового механизма использования средств, полученных в результате этого заимствования. *Цель* заимствования спутана с его *причиной*.

Бюджетный дефицит – это разница между общей суммой запланированных расходов бюджета и общей суммой его обычных доходов. Следовательно, дефицит – это планово-учетный показатель, отображающий факт, когда запланированных доходов не хватает для покрытия запланированных расходов. Иначе говоря, запланированные к финансированию затраты не обеспечены доходами этого бюджета. Понятие «финансирование» выражает собой предоставление денег определенному лицу в обеспечение тех или иных затрат. Таких бюджетных затрат, как «финансирование бюджетного дефицита», не существует, как не существует и того денежного отношения, которое возникает в результате «финансирования бюджетного дефицита». Поэтому в своей сущности понятие «финансирование дефицита» отображает получение для бюджета дополнительных средств, способствующих сбалансированию бюджета. Финансируется в данном случае не дефицит, финансируется сам

¹⁰ Селюков А. Д. Государственный и муниципальный кредит: Правовое обеспечение. М., 2000. С. 18.

¹¹ Гражданское право: В 2 т. Т II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 221.



бюджет. Это означает, что средства, полученные в результате размещения государственного займа субъекта РФ, являются доходом регионального бюджета.

Отметим также, что установление порядка, в соответствии с которым средства, полученные от размещения займа, используются исключительно для «финансирования бюджетного дефицита», создает впечатление, что единственным предназначением займа выступает погашение долгов, образовавшихся в результате размещения предыдущих займов. Между тем погашение долга субъекта РФ, образовавшегося в результате размещения займа, что, кстати, выражает собой расход бюджета и влияет на его дефицит, погашается не за счет средств нового займа, как это выглядит на первый взгляд, а из общей суммы доходов бюджета. Должник (субъект РФ) не может сослаться на невозможность исполнения своего долгового обязательства в силу того, что средств, полученных от размещения нового займа, недостаточно для погашения старых займов. По своим обязательствам субъект РФ должен отвечать всеми средствами своей казны.

Тот факт, что средства займа направляются на «финансирование бюджетного дефицита», привел ряд исследователей к выводу, что государственный заем носит *целевой* характер. Это, на наш взгляд, ошибочное мнение. В соответствии с Гражданским кодексом РФ заем признается целевым, если договор займа заключен с условием использования заемщиком полученных средств на определенные цели. При этом заемщик обязан обеспечить возможность осуществления заимодавцем контроля за целевым использованием (п. 1 ст. 814 ГК). Действительно, государственный заем (особенно внешний), оформляемый индивидуальным договором, может быть целевым. Однако обычный облигационный заем не является целевым, поскольку характер использования заемщиком суммы займа не определяется соглашением сторон и не выступает условием договора займа. Тот факт, что Бюджетный кодекс РФ предусматривает, что средства займа должны быть использованы на «финансирование бюджетного дефицита», не превращает этот заем в целевой.

Конституционной основой данного метода формирования региональных бюджетов выступает п. 4 ст. 75 Конституции РФ, согласно которому государственные займы выпускаются в порядке, определяемом федеральным законом, и размещаются на добровольной основе. Это конституционное положение реализуется Гражданским кодексом РФ, регулирующим договор государственного займа (ст. 817), а также Бюджетным кодексом РФ, определяющим формы договора займа, организацию государственного заимствования и погашения государственного долга.

5. Метод получения денежных средств от использования имущества, находящегося в собственности субъекта РФ

В число доходов регионального бюджета, полученных посредством данного метода, относятся следующие доходы:

- 1) доходы от *использования имущества*, находящегося в собственности субъектов РФ;
- 2) доходы от *продажи имущества*, находящегося в государственной собственности субъектов РФ, за исключением имущества автономных учреждений субъектов РФ, а также имущества государственных унитарных предприятий этих субъектов, в том числе казенных;
- 3) часть доходов, полученных государственными предприятиями и учреждениями субъекта РФ.

В число этих доходов входят:

- а) доходы от *платных услуг*, оказываемых бюджетными учреждениями субъектов РФ;
- б) часть *прибыли* унитарных предприятий субъектов РФ, остающейся после уплаты налогов и иных обязательных платежей в бюджет, – в размерах, определяемых в порядке, установленном законами данных субъектов.

К данному методу относятся и суммы, полученные субъектом РФ в результате исполнения должниками этого субъекта следующих денежных обязательств:

- а) кредитного обязательства, которое возникло в результате предоставления субъектом РФ кредита.

Погашение заемщиком основной суммы долга, возникшего в результате предоставления субъектом РФ кредита, а также выплата должником процентов по данному кредиту, образуют ту денежную сумму, которая поступает в доход бюджета субъекта РФ. Это выражает собой процесс формирования бюджета данного субъекта;



б) обязательства, возникшего в результате предоставления субъектом РФ государственной гарантии.

В случае, когда гарантия, предоставленная субъектом РФ другому лицу (принципалу), оказалась реализованной и субъект РФ был вынужден произвести выплату денежных средств бенефициару, у принципала возникает обязанность компенсировать субъекту РФ те затраты, которые он понес в результате выплат в соответствии с этой гарантией.

Эти деньги зачисляются в бюджет субъекта РФ, что также выражает собой метод формирования данного бюджета.

Перечисленные доходы субъект РФ получает в статусе собственника того имущества, которое выступает источником получения этих доходов, используя свои правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом. Ранее такие доходы именовались «доменами». Бюджетный кодекс РФ относит данные доходы к категории «неналоговых доходов» бюджетов субъектов РФ.

Конституционной основой данного метода выступает п. 2 ст. 8 Конституции РФ, который определил наличие такой формы собственности, как государственная собственность.

Развивая это конституционное положение, Гражданский кодекс РФ предусматривает такую форму государственной собственности, как собственность субъектов Российской Федерации. В силу этого права субъект РФ обладает правомочиями владения, пользования и распоряжения имуществом, что дает ему возможность извлекать из своей собственности доход, который поступает в региональный бюджет.

6. Метод платного оказания государственных услуг

Ряд доходов субъект РФ получает, оказывая государственные услуги за плату.

Надо сказать, что в теории конституционного права коммерциализация государственной деятельности рассматривается как отрицательное явление¹². Считается, что граждане и юридические лица оплачивают деятельность государства и его субъектов посредством уплаты налогов.

Тем не менее платность государственных услуг применяется достаточно широко, что в первую очередь связано с такими платежами, как государственные сборы.

В соответствии с Налоговым кодексом под *сбором* понимается обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в отношении плательщиков сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений (лицензий) (п. 2 ст. 8 НК РФ).

Исходя из этого определения, сбор выступает платой государству за совершение юридически значимого по отношению к плательщику сбора. К государственным сборам примыкают и такой обязательный платеж, как государственная пошлина, а также платежи, именуемые «плата».

Основное отличие налогов от сборов заключается в том, что налог является безвозмездным (юридический критерий) и безэквивалентным (экономический критерий) платежом: уплатив налог, налогоплательщик ничего взамен не получает. В отличие от этого, сбор является относительно эквивалентным платежом – уплатив сбор, субъект получает что-то взамен: определенное право, юридический статус или разрешение от государства на совершение определенной деятельности. Например, с уплатой сбора за государственную регистрацию юридических лиц связано приобретение субъектом статуса юридического лица, лицензионный сбор взимается при выдаче лицензии, которая дает плательщику право заниматься определенным видом деятельности¹³.

В то же время следует иметь в виду, что отношения, возникающие в процессе взимания сбора, не относятся к категории товарно-денежных отношений, так как сумма сбора не выступает эквивалентом той стоимости, которую плательщик получает взамен, а «юридически значимое действие», совершаемое государственным органом за плату в виде сбора, не имеет товарной стоимости.

¹² См., напр.: Государственное право Германии. В 2 т. Т. 2. М., 1994. С. 149.

¹³ Подробное об отличиях налогов от сборов см.: Худяков А. И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть. Алматы, 2005. С. 20–21.



Возникающее при уплате сбора общественное отношение с экономической точки зрения является финансовым, а с правовой – финансово-правовым.

Конституционной основой данного метода бюджетной деятельности субъекта РФ выступает ст. 57 Конституции РФ, в соответствии с которой каждый обязан платить законно установленные сборы, а также п. 3 ст. 75 Конституции РФ, в соответствии с которым общие принципы взимания сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом. На этой основе Бюджетный кодекс РФ закрепляет за региональными бюджетами целый ряд сборов и плат. К их числу относятся, например, плата за негативное воздействие на окружающую среду, плата за использование лесов, декларационный платеж, сбор за выдачу лицензий на розничную продажу алкогольной продукции, выдаваемых органами исполнительной власти субъектов РФ, плата за пользование водными объектами, находящимися в собственности субъектов РФ, и др. (ст. 57 БК РФ).

Завершая рассмотрение методов формирования региональных бюджетов, отметим, что отношения, возникающие в процессе этого формирования, имеют различную экономическую природу. Так, они могут быть финансовыми (например, налоговыми отношениями), кредитными (такие отношения возникают в процессе государственного займа субъекта РФ), товарно-денежными (такие отношения возникают, например, в процессе использования имущества, находящегося в собственности субъекта РФ). Это предопределяет наличие различных отраслей, используемых для обслуживания процессов формирования региональных бюджетов. В свою очередь это означает, что механизм правового регулирования отношений, возникающих в процессе формирования региональных бюджетов, носит комплексный характер. Данный институт включает в себя нормы финансового, гражданского и международного права.

М. М. Мажорина
M. M. Mazhorina

ПРАВО МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ И LEX MERCATORIA В СИСТЕМЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРАНСГРАНИЧНЫХ ТОРГОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

LAW OF INTERNATIONAL TRADE AND LEX MERCATORIA IN SYSTEM OF REGULATION OF TRANSBOUNDARY TRADE RELATIONS

Аннотация. Современный правовой инструментарий трансграничных торговых отношений достаточно богат, особенно с учетом «квазиправовых» (неправовых) методов регулирования. Все многообразие норм, регулирующих международные и трансграничные торговые отношения, может быть объединено в международную торговую нормативную систему. В структуру международной торговой нормативной системы, таким образом, следует включить:



правовые нормы различной системной и отраслевой принадлежности и неправовые нормы, регулирующие международные торговые отношения – нормы *lex mercatoria*.

Статья посвящена исследованию проблем регулирования международных трансграничных торговых отношений. Феномен международной торговли состоит в ее комплексной природе. Автор анализирует право международной торговли и *lex mercatoria* как разные уровни международной торговой нормативной системы.

Ключевые слова. Право, право международной торговли, международная торговля, *lex mercatoria*, трансграничный, нормативная система.

Annotation. Taking in to account quasi-legal (non-legal) regulation methods of Transnational Trade relations the modern Legal tolls is very developed. Up to our vision, the diversity of norms that regulate International and Transnational trade relations could be united in to International Trade Normative System. Therefore the structure of International Trade Normative System should consist of: Legal norms belonging to different System and Branches; non-legal norms, regulating International Trade relations – *Lex mercatoria* norms.

The article is devoted to the problem of International and Transnational trade relations regulation. International Trade phenomena is conditioned by the composite nature. The author analyzes International Trade Law and *LEX MERCATORIA* as the different levels of the International Trade Normative System.

Keywords. Law, law of international trade, international trade, *lex mercatoria*, cross-border, normative system.

В настоящее время все чаще и активнее в рамках юридической науки поднимаются вопросы сущности и правовой природы *lex mercatoria*, исследуются проблемы права международной торговли, международного торгового права. На наш взгляд, во многом это обусловлено феноменом самой международной торговли, которая способна объединить в себе публичное и частное начала, что в свою очередь порождает комплексность в вопросе правового, а точнее, даже нормативного, регулирования. Сложность и крайняя неоднородность международных торговых отношений обуславливают сложную структуру источников регулирования, которая одновременно и едина, и противоречива. Более того, постоянное усложнение международных торговых отношений, вовлечение в них все большего числа субъектов ведут к усложнению системы регулирования. Элементы этой системы настолько тесно переплетаются, что нередко представляется сложным процесс их идентификации.

Во всем многообразии международных торговых отношений возможно выделение особой группы – частноправовых трансграничных торговых отношений – отношений частных лиц, осложненных «иностранным элементом» в сфере торговли. Это наиболее многочисленная и одновременно наиболее разноуровневая группа отношений. В ее составе можно выделить: а) так называемые «диагональные» отношения с участием государства и частных лиц другого государства; б) внешнеторговые связи субъектов государств и административно-территориальных образований в пределах установленной законодательством соответствующих государств компетенции¹; в) частноправовые торговые отношения хозяйствующих субъектов, физических и юридических лиц иностранных государств.

Системообразующими критериями для всех названных уровней отношений являются, во-первых, их торговая сущность, во-вторых, их трансграничный характер. Исходя из этих критериев, трансграничные торговые отношения входят в предмет регулирования международного частного права. Однако неоднородность и комплексность трансграничных торговых отношений обуславливают оживленную дискуссию относительно «регулятивного компонента», «обслуживающего» такого рода отношения.

Анализ различных регуляторов трансграничных торговых отношений позволяет выделить несколько тенденций:

¹ Субъекты Российской Федерации, вступают в такие отношения с субъектами других государств посредством заключения «соглашений об осуществлении международных и внешнеэкономических связей» // Федеральный закон от 4 января 1999 г. «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231.



1) *взаимпроникновение правового и неправового методов регулирования*. Количественный рост числа норм приводит к качественным изменениям: уменьшению числа пробелов, повышению степени мобильности регулятивных механизмов, появлению комбинированных механизмов регулирования и пр. Как следствие, именно в сфере международной торговли процессы унификации, гармонизации, адаптации приносят наиболее ощутимые результаты. Как замечает Н. Г. Вилкова, «на смену международно-правовому центризму, когда в центре нормотворчества находились государства, заключавшие международные конвенции, приходит полицентризм и появляются частные участники процесса унификации; происходит переход от государственно-правового регулирования к саморегуляции участников международных коммерческих контрактов, что проявляется в нахождении ими не встречавшихся ранее методов унификации, прежде всего в виде Принципов международных коммерческих договоров, стандартизации или нормализации международных коммерческих контрактов. Такая возможность обусловлена существенным возрастанием значения принципа автономии сторон и изменением концепции свободы договора, реализуемого в рамках международных коммерческих отношений»²;

2) *тесное взаимодействие правовых норм различной системной и отраслевой принадлежности*. Во-первых, речь идет о взаимодействии норм международного и национального права, о все большем значении норм международных договоров для регулирования частноправовых торговых отношений трансграничного характера. Во-вторых, наблюдается взаимодействие норм публичных и частных отраслей национального права (конституционного права, гражданского, предпринимательского, финансового, налогового, административного, таможенного, международного частного права) в регулировании трансграничных торговых отношений.

Все многочисленные регуляторы трансграничных торговых отношений с определенной долей условности можно классифицировать на две группы – правовые и неправовые. Наиболее иллюстративными в связи с этим выступают два объемных блока норм – «право международной торговли» и *lex mercatoria*.

Право международной торговли и *lex mercatoria* регулируют один круг общественных отношений – трансграничные торговые отношения, используя при этом разные механизмы и методы. Отсутствие устоявшихся подходов относительно природы и сущности названных явлений делает актуальным их изучение. Воздействие норм права международной торговли и норм *lex mercatoria* на трансграничные торговые отношения в определенном смысле уникально: здесь мы наблюдаем, как тесно взаимодействуют право и «неправо»; как *lex mercatoria* выступает, по сути, субсидиарным регулятором, а иногда и «заполняет» пробелы в праве. При этом функцию *lex mercatoria* нельзя свести исключительно к вспомогательной, так как нормы *lex mercatoria* самодостаточны и оказывают существенное влияние на формирование правовых норм. Собственно, соотношение права международной торговли и *lex mercatoria*, результатов и форм их воздействия на трансграничные торговые отношения и является предметом рассмотрения.

Терминологическое обособление явлений в науке

Понятие «право международной торговли» появилось в отечественной науке сравнительно недавно – в 60-х годах XX в. Своего рода толчком для его применения было использование данного термина в названии созданной ГА ООН в 1966 г. Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). В частности, целью создания ЮНСИТРАЛ стало содействие прогрессивной гармонизации и унификации права международной торговли и распространения информации в этой области. В докладе Генерального Секретаря ООН на 21-й сессии ГА ООН 1966 г. говорилось, что право международной торговли есть «совокупность норм, регулирующих торговые отношения частноправового характера, затрагивающие различные страны»³. В соответствии с этим документом к сфере права международной торговли были отнесены: международная купля-продажа, страхование, перевозки, расчеты, интеллектуальная собственность, торговый арбитраж.

² Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. С. 7.

³ Yearbook of the UN Commission of International Trade and Law. New York, 1971. Vol. 1. P. 23.



В отечественной правовой доктрине сегодня существует и продолжает появляться большое число терминов, «конкурирующих» с понятием права международной торговли, что зачастую приводит к расщеплению или, наоборот, наслоению предметов регулирования, к определенному научному хаосу. Наряду с уже относительно устоявшимся «дуализмом» права международной торговли и международного торгового права существуют такие понятия, как «международное коммерческое право», «право международных коммерческих контрактов», «договорное право», «международное хозяйственное право», «новое *lex mercatoria*» и др. Точно такое же терминологическое многообразие наблюдается и в отношении *lex mercatoria*, несмотря на то, что последнее не является новым в международной торговой практике.

Понятие *lex mercatoria* появилось еще в XI–XII вв. в Европе, в связи с ростом торгового оборота, особенно в портовых городах, возникло специфическое «купеческое» право (*law merchant*). Оно обладало специфическими чертами по сравнению с внутренним, феодальным правом государств. Во-первых, оно было основано на торговых обычаях межнационального характера, сложившихся на ярмарках, международных рынках и в портах. Во-вторых, его использование обеспечивалось не силой профессиональных судов, а самими купцами, деловой практикой и специализированными торговыми судами, отличавшимися быстрой и неформальной процедурой разрешения споров. В-третьих, основными принципами для разрешения споров являлись свобода договора и рассмотрение дела по справедливости.

В современном понимании термина *lex mercatoria* мало что напоминает его «прародителя» – право купеческого сословия, состоявшее в основном из обычаев, которым следовали купеческие суды. Изменился предмет регулирования, неизмеримо сложнее и разнообразнее стали коммерческие операции. Сложность современного *lex mercatoria* заключается в том, что в доктрине отсутствует единое понимание сущности, природы и содержания этого явления. Очевидно, что в современном мире формируется определенная совокупность регуляторов общественных отношений, которая не вписывается в полной мере в традиционные представления людей о праве. В науке известно мнение, что некий регулятор, отличный от национальных правовых систем, возможно, и существует. Однако, как пишет Р. Ю. Колобов, к подобному явлению не стоит применять термин *lex mercatoria*, так как сегодня он приобрел настолько неоднозначное значение, что говорить о каком-либо единообразии просто не приходится⁴.

В определенном смысле синонимичными понятиями выступают «новое *lex mercatoria*»⁵, «негосударственное регулирование»⁶, «обычное торговое право»⁷, «вненациональное право»⁸, «транснациональное право», «транснациональное коммерческое право»⁹, «международное право предпринимательской деятельности»¹⁰, «контрактное право»¹¹, «квазимеждународное право»¹². Существует, наконец, критика самой концепции *lex mercatoria*: некоторые исследователи ставят под сомнение сам факт существования подобного явления¹³.

Представляется, что появление многообразных конкурирующих терминов несколько не способствует какому-либо упорядочению, порождая все больший научный хаос. Думается,

⁴ Колобов Р. Ю. К вопросу о «новом торговом праве» / <http://law.edu.ru/magazine/document.asp?magID=6&magNum=4&magYear=2005&articleID=1229752>.

⁵ Там же.

⁶ Богуславский М. М. Международное частное право: современные проблемы: Учебник. М., 1994. С. 507.

⁷ Бабкин А. М., Шендецов В. В. Словарь иноязычных слов и выражений, употребляющихся в русском языке без перевода: В 3 кн. Т. 2. СПб., 1994. С. 798.

⁸ Fouchard P. L. Arbitrage Commercial International. Paris, 1965. P. 401; Smit H. Proper choice of law and the Lex Mercatoria Arbitralis / Lex Mercatoria Arbitration: Discussion of the New Law Merchant. Revised Edition / Ed. by Thomas E. Carbonneau. Kluwer law international, 1998. P. 93.

⁹ Langen E. Transnational Law. Leiden, 1973. – Цит. по: Аблѣзгова О. Порядок применения норм *lex mercatoria* международным коммерческим арбитражем // Хозяйство и право. 2007. № 12. С. 109.

¹⁰ Мережко А. А. Lex Mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. Киев, 1998. С. 13.

¹¹ Desautels E. Droit international public. Paris, 1997. P. 135.

¹² Шумилов В. М. Международное публичное экономическое право: Учеб. пособие. М., 2002. С. 189.

¹³ См., напр.: Georges R. Delaume, Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts. The Myth of the Lex Mercatoria // Tulane Law Review. 1989. N 63. P. 575.



гораздо уместнее использовать, возможно спорные, но традиционно устоявшиеся термины, уделяя большее внимание их содержанию и отграничению от смежных явлений.

Системная принадлежность. Место в юридической системе

Обозначенная выше терминологическая неоднородность во многом объяснима отсутствием единства мнений о предмете регулирования права международной торговли и *lex mercatoria*. Именно предмет регулирования служит системообразующим критерием и позволяет определить место того или иного явления в юридической системе.

Остановимся сначала на вопросе о месте права международной торговли в юридической системе. Сегодня можно уже считать устоявшимся дуализм понятий «право международной торговли» и «международное торговое право», который в значительной мере отражает принципиально важную позицию, разделяемую как представителями международного публичного права, так и представителями международного частного права. Суть ее сводится к тому, что международное торговое право и право международной торговли суть разносистемные явления.

Международное торговое право признается подотраслью международного экономического права, входящего в состав международного публичного права. Соответственно предметом регулирования международного торгового права выступают международные (межгосударственные) торговые отношения публичного характера.

Однако в отечественной науке встречаются иные, на наш взгляд, менее удачные, позиции относительно юридической природы международного торгового права. Так, В. Ф. Попондопуло рассматривает международное торговое право как один из институтов международного коммерческого права, наряду с международным инвестиционным правом, международным транспортным правом и пр.¹⁴ Само же международное коммерческое право представляет, по мнению В. Ф. Попондопуло, ту часть гражданского права, которая относится, с одной стороны, к международному частному праву, поскольку характеризуется наличием иностранного элемента, с другой стороны – к коммерческому праву, поскольку содержание международного частного права шире понятия международного коммерческого права¹⁵.

В Курсе международного торгового права представлено особое видение международного торгового права как совокупности правовых норм «международного законодательства» и нового *lex mercatoria*, регулирующей частные отношения, возникающие при осуществлении международной торговли¹⁶. Такое понимание международного торгового права, на наш взгляд, представляет собой, по сути, содержание транснационального права, позволяющего объединять в своем составе как правовые, так и неправовые нормы.

Несмотря на отдельные специфические позиции, можно констатировать, что в российской науке сложилось понимание международного торгового права как подотрасли международного экономического права. Соответственно международное торговое право выступает «правовой надстройкой» над одним из сегментов международных торговых отношений – публично-правовыми отношениями между государствами и международными организациями (ММПО). Такое понимание международного торгового права достаточно стройно «вливается» в общую концепцию международного публичного права, отражает существо регулируемых отношений, занимает устойчивое положение в системе международного права, а также позволяет относительно легко дифференцировать предмет регулирования права международной торговли соответственно.

Что касается частноправовых отношений трансграничного торгового характера, то они выступают предметом регулирования права международной торговли. Это значительный сегмент трансграничной торговли частных лиц разных государств, а также «диагональные» отношения с участием государств, в которых последние участвуют на основе доктрины ограниченного (функционального) иммунитета. По сути, речь идет о «трансграничных» торговых отношениях в широком смысле. Распространенное ныне в мировой практике понимание права международной торговли подразумевает наличие в нем, прежде всего, норм частноправового

¹⁴ Международное торговое право: Учеб. пособие / Под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. М., 2005. С. 5.

¹⁵ Там же. С. 13.

¹⁶ Курс международного торгового права / Тынель А., Функ Я., Хвалей В. 2-е изд. М., 2000. С. 7.



характера, а, имея в виду частноправовую природу права международной торговли, некоторые авторы рассматривают его как подотрасль международного частного права.

Представляется, что именно понимание права международной торговли как подотрасли международного частного права является наиболее верным с учетом системообразующих критериев предмета, метода, источников, субъектов и пр. Однако в частноправовой литературе высказываются и иные точки зрения – концепции «права международных контрактов»¹⁷, «международного коммерческого права»¹⁸, «нового торгового права»¹⁹, корреспондирующие западным доктринам транснационального коммерческого права или современного *lex mercatoria*.

Например, по мнению А. А. Родионова, «право международных коммерческих контрактов» необходимо рассматривать как подотрасль международного коммерческого права, регулиующую частноправовые вопросы заключения и исполнения контрактов в сфере международной торговли. При этом международное коммерческое право – международное право, целью которого является создание унифицированных правовых норм для осуществления торговых отношений между субъектами различных государств. И если, как пишет А. А. Родионов, международное частное право разрешает конфликты между коллидирующими правовыми системами, то действие норм права международных коммерческих контрактов направлено на регулирование заключения и исполнения международных коммерческих контрактов путем применения универсальных юридических норм. Строго говоря, международное частное право не регулирует договорные отношения сторон, а определяет право, применимое для их контракта. А право международных коммерческих контрактов непосредственно регулирует договорные отношения участников контракта, что более значимо для международного торгового оборота²⁰. Соответственно право международных коммерческих контрактов системно относится автором к международному праву. Однако, относя к источникам права международных контрактов, в первую очередь, такие акты, как Принципы УНИДРУА, Принципы европейского договорного права²¹ и иные неправовые источники, А. А. Родионов во многом «сближает» право международных контрактов с «транснациональным правом».

Н. Ю. Ерпылева считает «международное коммерческое право» важнейшей отраслью международного частного права, регуливающей порядок заключения, действия и исполнения международных коммерческих контрактов. Центральным институтом данной отрасли МЧП выступают международные коммерческие контракты²². В целом, такое понимание не противоречит, на наш взгляд, изложенной выше концепции права международной торговли: представляется, что в таком виде последнее «вбирает» в себя предмет регулирования международного коммерческого права.

Таким образом, мы наблюдаем большое разнообразие подходов к вопросу правового регулирования трансграничных торговых отношений. Однако не следует забывать, что современный инструментарий регулирования достаточно богат и не ограничен исключительно правовыми нормами, он включает в себя также «квазиправовые» (субправовые), а также неправовые методы регулирования. Это и международно-правовые нормы, внутреннее право международных организаций, «мягкое право», нормы внутреннего права государств, обычные нормы, нормы *lex mercatoria*, нормы транснационального права, нормы наднационального права, политические нормы, нормы морали, технические нормы и пр. Именно международной торговле присущи все эти инструменты и методы, которые, однако, нуждаются в упорядочении и структуризации.

¹⁷ Родионов А. А. Тенденции развития права международных коммерческих контрактов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

¹⁸ Ерпылева Н. Ю. Международное коммерческое право: современные тенденции в развитии / <http://www.businessmix.ru/comm.php?id=2544>.

¹⁹ Колобов Р. Ю. К вопросу о «новом торговом праве» / <http://law.edu.ru/magazine/document.asp?magID=6&magNum=4&magYear=2005&articleID=1229752>.

²⁰ Родионов А. А. Тенденции развития права международных коммерческих контрактов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 6, 10.

²¹ Там же. С. 11.

²² Ерпылева Н. Ю. Международное коммерческое право: современные тенденции в развитии.



Вопрос о месте *lex mercatoria* в юридической системе является еще более дискуссионным, чем вопрос о системной принадлежности права международной торговли.

В современной юридической науке можно встретить подход, согласно которому *lex mercatoria* представляется в качестве нормативной системы. Иногда даже высказывается мысль о том, что *lex mercatoria* суть некий «третий правопорядок», выступающий достаточно автономно по отношению к таким нормативным системам, как международное (публичное) право и национальное право. На наш взгляд, для приобретения определенным явлением качества нормативной системы необходимо наличие ряда признаков. В качестве «цементирующего» признака вполне можно указать на общую природу источников. Природа эта заключается в невластном происхождении подобного рода регуляторов. Вместе с тем необходимо отметить, что этот признак все же не может выступать в качестве исчерпывающего аргумента в пользу рассмотрения *lex mercatoria* в качестве нормативной системы. Видимо, на сегодняшний момент следует признать обоснованным мнение С. В. Бахина, который отмечает, что вряд ли *lex mercatoria* существует в качестве правовой системы²³. Система его источников не обладает достаточной степенью определенности. Границы *lex mercatoria* также представляют собой вопрос, открытый для обсуждения (к примеру, вопрос о принципах международной торговли можно поставить в ракурсе обычаев делового оборота). Деятельность по унификации различных правил международной торговли также накладывает определенный отпечаток на *lex mercatoria*, чем предопределяется нестабильность его границ. Как отмечает В. А. Канашевский, «размытость, фрагментарность и непоследовательность данной концепции не позволяет конституировать *lex mercatoria* в качестве правовой системы»²⁴. Данное явление существует в несколько ином статусе, например, как «субправо»²⁵ или «параюридическая система» («*paralegal law*»)²⁶. В качестве одного из наиболее удачных его определений можно привести дефиницию, предложенную Б. Голдманом²⁷. *Lex mercatoria*, по его мнению, – это «комплекс общих принципов и обычных правил, возникающих спонтанно, либо вырабатываемых целенаправленно, не имеющих непосредственной правовой связи с конкретной национальной правовой системой».

Однако все это не является препятствием для рассмотрения данного явления с точки зрения других понятий. Очевидно, что понятие «нормативная система» не исчерпывается понятием «правовая система», так, к примеру, в качестве элементов международной нормативной системы принято выделять политические нормы и нормы вежливости. Поэтому нельзя отрицать, что явление, обозначаемое термином *lex mercatoria*, в настоящий момент находит свое отражение в реальной жизни. Если обратиться к практике международных коммерческих арбитражей, можно проследить определенную тенденцию к признанию существования *lex mercatoria*. Арбитражные центры по всему миру признают валидной оговорку о применимом праве в случае, если в ней содержится ссылка к *lex mercatoria*, транснациональному праву и т. д. Таким образом, можно констатировать, что определенные субъекты правоприменения так или иначе признают существование данных явлений, так как отношение будет регулироваться не нормами конкретной правовой системы, а иными источниками.

Представляется, что рассуждения относительно места *lex mercatoria* в юридической системе сводятся преимущественно к вопросу на ответ: «право» это или «неправо»? Именно это порождает диаметрально противоположные, непримиримые позиции. На наш взгляд, следует рассматривать проблему под другим ракурсом: с точки зрения места *lex mercatoria* как объективно существующего явления в системе регуляторов трансграничных торговых отношений.

²³ Со схожих позиций рассматривает *lex mercatoria* и М. А. Панасенко (см.: Панасенко М. А. Возможность выбора ненационального права: *lex mercatoria* // Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2001. № 3).

²⁴ Канашевский В. А. Концепция «*Lex mercatoria*» в международном частном праве // Российский ежегодник международного права. 2007. С. 231.

²⁵ Бахин С. В. Субправо (международный свод унифицированного контрактного права). СПб., 2002. С. 221.

²⁶ Berger K. P. The *lex mercatoria* doctrine and the UNIDROIT principles of international commercial contracts // Law and policy in international business, 1997. N 4. P. 95.

²⁷ Goldman B. The applicable law: general principles of law – *lex mercatoria*, contemporary problems in international arbitration law (ed.). London, 1986. P. 125.



Как и любой другой системе в области права, международной торговой системе присущи структурные компоненты: а) предметный компонент – международные торговые отношения во всем своем многообразии; б) субъектный компонент – публичные и частные лица; в) регулятивный компонент – та часть международной нормативной системы, которая «обслуживает» международные торговые отношения; г) функциональный компонент – методы правового и неправового регулирования; д) идеологический компонент – различные внешнеполитические и внешнеэкономические доктрины и концепции, международное правосознание и пр. Нас в первую очередь будет интересовать именно регулятивный компонент международной торговой системы.

Международная торговая нормативная система

Системность, как известно, является одним из ключевых признаков права²⁸. В совокупности нормативные регуляторы образуют нормативно-регулятивную систему, которая в целом и в обособленности тех или иных регуляторов оказывает воздействие на участников общественных отношений²⁹. Под международной нормативной системой понимается «комплекс регулирующих межгосударственные отношения международных норм (политических, религиозных, правовых, моральных, организационных и др.), объединенных на базе общих целей и принципов»³⁰. В структуру международной нормативной системы также включаются нормы обыкновения или практики, вежливости, традиции, организационные и технические нормы, стандарты, религиозные нормы, внутреннее право международных организаций и др.³¹

Вся система международных торговых отношений является объектом нормативного регулирования. Международные торговые отношения являются особенно сложной областью регулирования: необходимость их нормативного регулирования не отрицается, но механизмы такого регулирования остаются предметом дискуссий. В международной торговой системе, как ни в какой другой сфере, «публичный» уровень отношений переплетен с «частным» уровнем. Правоотношения, начинающиеся на «публичном» уровне, зачастую реализуются через частноправовые отношения, и, наоборот, частноправовые отношения своими проблемами или масштабами «выходят» на «публичный» уровень, требуя международно-правового регулирования.

На наш взгляд, все многообразие инструментов, регулирующих международные и трансграничные торговые отношения, может быть объединено в *международную торговую нормативную систему*. Международная торговая нормативная система вполне может рассматриваться как подсистема международной нормативной системы. Профессор И. И. Лукашук основными подсистемами международной нормативной системы называет международное право, политические нормы и мораль³². Такая «вертикальная» структуризация основана на характере и природе норм, объединенных в систему. Однако в рамках международной нормативной системы возможна и «горизонтальная» структуризация на подсистемы в зависимости от объекта регулирования. Так, главным системообразующим фактором будет выступать система международных торговых отношений, которую эта нормативная система призвана регулировать. Другими системообразующими факторами выступают общие цели и принципы.

Международная торговая нормативная система представляет собой систему правовых и неправовых норм, регулирующих все многообразие международных торговых отношений. В структуру международной торговой нормативной системы, таким образом, следует включать:

1) правовые нормы различной системной и отраслевой принадлежности, «обслуживающие» отдельные сегменты международных торговых отношений, – это нормы международных торговых договоров (в том числе унифицирующие), нормы «права ВТО», материально-правовые и коллизионно-правовые нормы международных договоров и национальных нормативных актов, регулирующие трансграничные торговые отношения,

²⁸ Керимов Д. А. Философские проблемы права. М., 1972; Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975.

²⁹ Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. М., 2004. С. 352.

³⁰ Дмитриева Г. К., Лукашук И. И. Становление международной нормативной системы // Российский ежегодник международного права. 1995. СПб., 1996. С. 7.

³¹ Лукашук И. И. Нормы международного права. М., 1997. С. 54.

³² Там же.



и пр. – по системно-отраслевому признаку речь идет о нормах международного экономического права (как отрасли международного публичного права), международного частного права, национального права. Все эти нормы далеко неоднородны, механизмы (способы) их воздействия существенно разнятся. Общим объединяющим началом для этих норм служат предмет их регулирования – международные и трансграничные торговые отношения, а также их правовая природа, отличающая их от иных социальных норм.

В рамках данной группы правовых норм возможна дальнейшая дифференциация в зависимости от системной и отраслевой принадлежности норм на:

– нормы международных договоров, заключаемых между государствами, и нормы международных обычаев в торговле. Нормы международных договоров отличаются значительным многообразием: это и нормы учредительных международных договоров, создающих универсальные и региональные торговые организации, и нормы унифицирующих договоров в сфере международной торговли (унифицирующие материально-правовые нормы, коллизионно-правовые нормы, а также смешанные договоры), и нормы рамочных соглашений об экономическом и торговом сотрудничестве, и нормы специальных торговых (товарных), инвестиционных соглашений и пр. Такого рода нормы и содержащие их источники права создаются на межгосударственном уровне и регулируют напрямую отношения между субъектами международного права, а для воздействия на частнопровые отношения им требуется процесс инкорпорации (имплементации) в национальные правовые системы;

– нормы внутригосударственного права, созданные специально с целью регулирования частнопровых трансграничных торговых отношений, – преимущественно коллизионно-правовые нормы, а также отдельные материально-правовые нормы;

2) неправовые нормы, регулирующие международные торговые отношения. Как известно, нормы права не являются единственным регулятором общественных отношений. Число иных социальных регуляторов крайне велико. Современной тенденцией в системе регулирования международной торговли является все большее значение форм неправового воздействия. Как отмечает Н. Г. Вилкова, «выявленная в конце прошлого столетия недостаточная эффективность международных коллизионных и материально-правовых конвенций обусловила поиск новых регуляторов отношений международного коммерческого оборота, что привело к появлению *lex mercatoria* и расширению сферы применения торговых обычаев»³³. Увеличение числа неправовых регуляторов не означает вытеснения правовых норм, их замены. Более того, обнаруживается тенденция к росту правовых норм, в том числе норм общего характера, что представляется новым явлением³⁴.

При этом, несмотря на сходства и различия, говорить о какой-либо «конкуренции» права международной торговли (да и права вообще) и *lex mercatoria*, а еще больше о «вытеснении» первого последним, не вполне корректно. На наш взгляд, каждое из этих явлений занимает свое значимое место в международной нормативной торговой системе, выполняя свои функции, используя свои инструменты и преследуя, в конечном счете, общую цель – регулирование, упорядочение трансграничных торговых отношений.

³³ Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте / <http://www.businessmix.ru/comm.php?id=3072> (дата последнего посещения 25.06.08).

³⁴ Лукашук И. И. Нормы международного права. С. 62.



А. Б. Новиков
A. B. Novikov

О МЕТОДАХ И МЕРАХ АДМИНИСТРАТИВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

METHODS AND MEASURES OF ADMINISTRATIVE INFLUENCE IN THE MECHANISM OF LEGAL REGULATION

Аннотация. В статье рассматривается негативная и позитивная административная деятельность. Автор выявляет связь форм административной деятельности и методов управляющего воздействия. Позитивное государственное управление представлено как государственные услуги и меры поощрения (стимулирования). Позитивное управление рассматривается на основе теории Э. Форстхоффа. Показано, что государственные контрольные органы могут оказывать особые услуги гражданам и юридическим лицам. Эти услуги содействуют выполнению обязанностей гражданами и юридическими лицами. Рассмотрены директивные методы и методы косвенного воздействия.

Ключевые слова. Формы административной деятельности. Методы управляющего воздействия. Позитивная и негативная административная деятельность. Содействие и стимулирование в государственном управлении. Государственные услуги. Государственное принуждение.

Annotation. In this article are considered positive and negative types of administrative activity. An author displays a connection between forms of administrative activity and means of control action. Positive public administration is represented by state services and measures of encouragement (stimulation). Positive administration is considered on the basis of the E. Forsthoff's theory. As it is illustrated, state control bodies can provide citizens and juridical persons with special services. These services assist citizens and juridical persons in fulfilling their obligations. There are considered direct and indirect methods of influence.

Keywords. Forms of administrative activity. Means of control action. Positive and negative administrative activity. Assistance and encouragement in public administration. State services. State enforcement.

Достижение состояния законности осуществляется в правовых формах реализации компетенции уполномоченных органов государственной администрации. Современная доктрина административного права исходит из того, что все указанные правовые формы обретают процедурно-правовую регламентацию, определяемую характером административной деятельности в соответствии с управленческими функциями. Соответственно обычно выделяют правоустановительную, правоисполнительную и правоохранительную форму деятельности органов исполнительной власти. Каждая из приведенных форм характеризуется и обособляется соответствующими методами и мерами правового воздействия. По этой причине современные юристы выверяют путь к рациональному решению вопроса о классификации административных функций и административных действий, подлежащих процедурной регламентации, через уяснение содержания методов административного воздействия.

Имеющиеся теоретические представления о правовом содержании и разграничении правоустановительной, правоисполнительной и правоохранительной форм деятельности органов исполнительной власти недостаточно единообразны и порой противоречивы, что не позволяет на их основе немедленно приступить к административно-процедурному регулированию в заданной сфере государственного управления.

Аналогичным образом качество процедурной регламентации существенно зависит от представлений о позитивной и негативной административной деятельности. При этом



разграничение позитивной и негативной деятельности выступает в настоящее время непростой методологической задачей.

Действительно, в отличие от правоохранительной формы (которая, кстати говоря, рядом специалистов обоснованно не отождествляется с правоохраной, правовой защитой) правоисполнительная форма характеризует исполнительно-распорядительную деятельность органов государственной администрации, осуществляемую на основе и во исполнение законов и обеспечивающую повседневное (текущее) функционирование государства и его аппарата, являющуюся по своему содержанию позитивной, непосредственно направленной на решение задач государственного управления¹. Приведенная дефиниция, правда, проблему не устраняет в том смысле, что на фоне современных определений правоохранительной деятельности характеристики иных форм административной деятельности также демонстрируют, на наш взгляд, мало «позитивности».

Правоохранительная форма традиционно рассматривается в виде совокупности превенции и принуждения (репрессии)², осуществляемых путем выявления, предупреждения, предотвращения и пресечения подготавливаемых и совершаемых административных правонарушений и преступлений; проведения профилактической работы с лицами, склонными к совершению противоправных действий; раскрытия и расследования преступлений; розыска и задержания преступников; охраны правопорядка и обеспечения общественной безопасности; осуществления надзорной и юрисдикционной деятельности; исполнения наказания³. Соответственно краеугольным камнем в дискуссиях о содержании административной деятельности стал вопрос о соотношении понятий «правоохранительная деятельность» и «применение государственного принуждения». Этот вопрос во многом связан с целями и основаниями применения принуждения. Так, распространено мнение о том, что меры принуждения применяются в связи с совершением административных правонарушений, а также для предупреждения и пресечения правонарушений и преступлений⁴. Другие ученые смотрят на проблему шире. Д. Н. Бахрах указывает на применение государственного принуждения «в связи с неправомерными действиями»⁵. В. В. Серегина среди основных характеристик государственного принуждения отмечает, что «фактическим основанием применения принуждения... является наличие состава правонарушения, а также наличие иных, нежелательных для общества и государства правовых аномалий», но «оно всегда реализуется в рамках охранительных правоотношений»⁶. А. Н. Коркин подразделяет меры принуждения на применяемые в связи с совершением правонарушений и на применяемые при отсутствии правонарушений⁷. Имеются указания и на более масштабные цели применения принуждения – общее обеспечение правопорядка и общественной безопасности⁸, предупреждение правонарушений, пресечение противоправного поведения, предотвращение вредных последствий, наказание виновных в совершении административных правонарушений, обеспечение прав и свобод граждан, общественного порядка, различных видов собственности, создание режима законности, государственной дисциплины, восстановление нарушенных прав и интересов государства, юридических лиц и граждан⁹. Таким образом,

¹ Овсянко Д. М. Административное право. М., 1995. С. 15.

² См., напр.: Тарасов И. Т. Очерк науки полицейского права. М., 1987. С. 105.

³ Хесина Н. М. Административно-правовое обеспечение режима законности и правопорядка в Российской Федерации. М., 2004. С. 99–100.

⁴ Агеенкова Г. Т. Меры административного пресечения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 10; Ардашкин В. Д. Меры защиты (пресечения) в советском административном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1968. С. 6; Мингес А. В. Реализация конституционного права на неприкосновенность личности в сфере специального административного пресечения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1990. С. 11.

⁵ Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. М., 2000. С. 445.

⁶ Серегина В. В. Государственное принуждение по советскому праву. Воронеж, 1991. С. 41–47.

⁷ Коркин А. Н. Конституционные основы института административно-правового принуждения в деятельности сотрудников милиции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 16–17.

⁸ Макареико Н. В., Никифоров М. В., Скляров И. А. Административное принуждение в России: Учеб. пособие / Под ред. И. А. Склярова. Н. Новгород, 2002. С. 31.

⁹ Розенфельд В. Г., Стариков Ю. И. Административное принуждение. Административная ответственность. Административно-юрисдикционный процесс: Учеб. пособие. Воронеж, 1993. С. 15.



самое широкое понимание принуждения фактически отражает преимущественно принудительный характер самых разнообразных направлений деятельности органов исполнительной власти, на наш взгляд, значительно маскируя границы понятия «правоохранительная деятельность». Однако правовое принуждение может определяться и достаточно «мягко», как процесс воздействия на управляемый объект с целью понудить его к должному поведению способами, приемами, указанными в законе¹⁰, без конкретизации мер воздействия.

Решение вопроса о соотношении понятий «правоохранительная деятельность» и «применение государственного принуждения» органами исполнительной власти представляет познавательный интерес и с точки зрения сбалансированного формирования институтов административного права: с одной стороны, административно-правовое принуждение стабильно рассматривается в качестве самостоятельного правового института административного права¹¹, а правоохранительная и «позитивная» деятельность органов исполнительной власти как правовые институты, на наш взгляд, еще нуждаются в разработке своих важнейших концептуальных положений. Однако Ж. И. Овсепян характеризует ситуацию с иной стороны: «Специальные же, развернутые исследования государственно-правового принуждения как теоретико-правовой категории и самостоятельного социального феномена... в российской правовой науке отсутствуют», в то время как производный институт юридической ответственности исследуется достаточно широко¹². По нашему мнению, здесь дело в том, что многие авторы поддаются соблазну использовать как синонимы понятия «институт юридической ответственности» и «институт правоохранительной деятельности», что принципиально недопустимо.

Содержание мер государственного принуждения выражается, по мнению авторитетных ученых, в правоограничениях личного, имущественного и организационного характера, в возложении специальных обязанностей, которые обобщаются понятиями «правового урона» (С. С. Алексеев), «правовых обременений» (О. Э. Лейст) и т. д.¹³ Принцип подобного воздействия заключается в том, что оно создает «такое фактическое состояние, которое если и не исключает решение человека из цепи детерминации, то во всяком случае ставит человека в положение, когда у него нет выбора для избрания иного варианта поведения»¹⁴. При этом наличие правовых ограничений само по себе рассматривается как элемент режима правового регулирования¹⁵, причем в его правоохранительном аспекте: правовое ограничение есть правовое сдерживание противоправного деяния, создающее условия для удовлетворения интересов в охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых субъекты должны действовать; это исключение определенных возможностей в деятельности лиц¹⁶. Как видим, на основании приведенных высказываний в их совокупности возможно утверждать, что обеспечение режима законности осуществляется за счет правоограничений и возложения обязанностей, сдерживающих не только противоправное деяние, но и упомянутые выше «нежелательные для общества и государства правовые аномалии».

Реализация правоограничений и возложение обязанностей, по нашему мнению, весьма точно характеризует «процесс воздействия на управляемый объект», но не проясняет соотношение понятий «правоохранительная деятельность» и «применение государственного принуждения». Представляется логичным изначально считать, что правоохранительная

¹⁰ Ардашкин В. Д. О подчинении и принуждении в советском государственном управлении: Вопросы государства и права. Томск, 1968. С. 249.

¹¹ Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. С. 444–445; Коркин А. Н. Конституционные основы института административно-правового принуждения в деятельности сотрудников милиции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 2002. С. 15; Макарейко Н. В., Никифоров М. В., Скляров И. А. Административное принуждение в России: Учеб. пособие / Под ред. И. А. Склярова. С. 11.

¹² Овсепян Ж. И. Юридическая ответственность и государственное принуждение (Общетеоретическое и конституционно-правовое исследование). Ростов н/Д., 2005. С. 135.

¹³ Хесина Н. М. Административно-правовое обеспечение режима законности и правопорядка в Российской Федерации. С. 119.

¹⁴ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М., 1976. С. 59.

¹⁵ Сапун В. А. Инструментальная теория права в юридической науке // Современное государство и право. Владивосток, 1992. С. 17–30.

¹⁶ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. Саратов, 1994. С. 59.



деятельность непосредственно связана со сдерживанием противоправного деяния, в то время как государственное принуждение в целом решает куда более широкие задачи. Следовательно, при рассмотрении правоохранительных отношений необходимо, на наш взгляд, исходить из положения о том, что обеспечение режима законности проявляется как совокупность административно-правовых мер принудительного характера, но правоохранительная деятельность (сдерживание противоправного деяния) не отождествляется ни с обеспечением административно-правового режима, ни с административно-правовым принуждением (как частью государственного принуждения), выступая их составным элементом. Существенным моментом является направленность правоохранительной деятельности на нейтрализацию противоправных деяний как криминализированных (правонарушения), так и некриминализированных (правопренебрежения).

Как видим, правоохранительная деятельность однозначным образом ассоциируется с государственным принуждением. При этом обратное утверждение уже будет неверным, так как государственное принуждение в многообразии своих проявлений не сводимо к правоохранительной деятельности. Более того, «принуждение ассоциируется не только с негативными последствиями, но может нести в себе и высокий потенциал позитива, созидания»¹⁷.

В связи со сказанным важен вывод о том, что современные научные воззрения на позитивную и негативную административную деятельность определяются скорее представлениями о правовой сущности государственного принуждения, чем содержанием правоохранительной деятельности, и берут свое начало в дискуссиях о соотношении принуждения и права, сформировавших две противоположные парадигмы. По мнению одних ученых, принуждение – необходимый признак права¹⁸; и право есть явление, состоящее из двух элементов: нормы и принуждения. По мнению других, государственное принуждение не является неотъемлемым признаком права, и, следовательно, необходимо обсуждать в первую очередь консенсуальные, диспозитивные основы права. При этом никем не оспаривается положение о том, что право в процессах его реализации обеспечено силой принуждения, принудительными санкциями.

В отношении принуждения распространенным ныне методологическим подходом является выделение в нем физического и психического компонентов¹⁹, причем особая роль последней составляющей была обоснована еще XIX в. немецким ученым Рудольфом фон Иерингом. Воздействие на индивидов, по его мнению, осуществляется «вознаграждением» и «принуждением»²⁰, и принуждение есть «осуществление целей путем господства над чужой волей»²¹.

Таким образом, позиция Р. Иеринга фактически опирается на устранение из правовой сферы стимулирования, поощрения и тем более убеждения. Строго говоря, такое устранение, переводящее оценки негативной и позитивной административной деятельности только в рамки принуждения, можно встретить и у современных авторитетных ученых. Так, Ж. И. Овсепян высказывает мнение о том, что правотворческая, правоприменительная и правоохранительная формы деятельности государства – все реализуют принуждение: «Правотворчество – это правовой аналог психологического принуждения; а правоприменительная и правоохранительная формы деятельности сравнимы с юридической, государственно-правовой конструкцией физического принуждения»²². В связи с приведенной позицией необходимо отметить, что в современной литературе можно обнаружить и дефиниции, расширяющие область принуждения вплоть до включения в него и «стимулирования»: государственное принуждение – вид социального принуждения, которое осуществляется посредством правового воздействия на физических лиц и организации, применение которого имеет своей целью стимулирование

¹⁷ Овсепян Ж. И. Юридическая ответственность и государственное принуждение (Общетеоретическое и конституционно-правовое исследование). С. 185.

¹⁸ См., напр.: Jhering R. Der Zweck in Recht. V. 1, 1877; V. 2, 1883; Шершеневич Г. В. Общая теория права. Вып. 2. М.: Издание Бр. Башмаковыхъ, 1911. С. 349–353.

¹⁹ См., напр.: Марченко М. Н. Понятие и основные признаки права // Общая теория государства и права: Учебник для вузов. В 2 т. М., 2001. Т. 2. С. 18.

²⁰ Jhering R. Der Zweck in Recht. V. 1, 1877. S. 95; V. 2, 1883. S. 4–14.

²¹ Ibid. S. 234.

²² Овсепян Ж. И. Юридическая ответственность и государственное принуждение (Общетеоретическое и конституционно-правовое исследование). С. 191.



законопослушного поведения и обеспечения неукоснительного соблюдения этими субъектами установленных государством общеобязательных правовых предписаний²³.

В противоположность приведенной позиции возникали и исследования, отрицающие принудительность как основное свойство права²⁴. И в русской дореволюционной юридической науке особое внимание стало уделяться не охранительному, а регулятивному и воспитательному характеру права²⁵. Так, по мнению Н. М. Коркунова, значение права определяется его регулятивной функцией, т. е. формулированием общеобязательных правил поведения, а не их санкционированием, и соответственно ученый отдает приоритет процессу исполнения (соблюдения) закона, а не обеспечению исполнения²⁶. Н. М. Коркунов также обращается к выяснению роли метода убеждения: «Вероятность соблюдения правила едва ли более увеличится при установлении принудительных к тому мер, нежели при общем распространении убеждения в разумности такого правила»²⁷.

В дальнейшем во второй половине XX в. смягчение политического режима в СССР и западных странах вызвало к жизни серьезное обращение правоведов к методам управления, отграничиваемым от принуждения. Ключевым стал тезис о том, что власть нельзя сводить к принуждению, а государственное принуждение как метод государственного управления является вспомогательным по отношению к методам убеждения и поощрения²⁸.

Само понятие «государственное принуждение» стало замещаться более широким понятием «государственная охрана» потому, что «речь идет о формулировании общего определения, способного охватить все исторические типы права, между тем как понятие принуждения не предусматривает всех возможных мер охраны правовых норм», принуждение не предусматривает «мер, которыми обеспечивается соблюдение норм социального права»²⁹, а «социалистическое право обеспечивается не только и даже не столько методами принуждения, сколько методами воспитательного характера, методами убеждения»³⁰. Здесь необходимо обратить внимание на то, что проблематика методов административного воздействия получает «обременение» отсылками к «историческим типам права» и, более того, к «правовым новеллам», порожденным революционными преобразованиями XX в.

Различие правоохранительной деятельности и правоохраны рельефно выступает в приведенных положениях как отличие реализации юридической ответственности за правонарушения от всего спектра защитных мер. Обеспечение соблюдения правовых норм при этом расширяется за границы принуждения, присоединяя меры непринудительного характера. Стремясь к точности оценок, следует подчеркнуть, что правоохранительная деятельность объединяет, по мнению ряда специалистов, несколько правоохранительных институтов (включая институт юридической ответственности), и юридическая ответственность является «итоговой оценкой» правонарушения. Понятие «итоговой оценки» применяется в том числе «для отграничения санкций от иных принудительных мер, применяемых в процессе правоохранительной деятельности государства»³¹.

²³ Каплунов А. И. Административное принуждение, применяемое органами внутренних дел (системно-правовой анализ): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005; Кикин А. Ю. Меры налогово-процессуального принуждения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 10–11.

²⁴ См. об этом: Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С. 44; Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909. С. 273.

²⁵ Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 13.

²⁶ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1914. С. 96, 101.

²⁷ Там же. С. 98.

²⁸ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). М., 2001. С. 48–52; Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 94–109; Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 65; Петров Г. М. Поощрение в государственном управлении. Ярославль, 1993.

²⁹ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 60.

³⁰ Марченко М. Н. Понятие и основные признаки права // Общая теория государства и права: Учебник для вузов: В 2 т. С. 18.

³¹ Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981. С. 50; Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 51–64.



Соответственно в современной юридической науке наблюдаются и два подхода к решению вопроса о соотношении мер юридической ответственности и мер государственного принуждения. Одни авторы практически идентифицируют юридическую ответственность и меры государственного принуждения³². Другие ученые утверждают, что реакцию государства на виновное противоправное деяние деликтоспособного субъекта в виде наказания следует отличать от других принудительных мер³³, которые выступают мерами социальной защиты, мерами безопасности, при реализации которых принуждение есть, а ответственности нет³⁴.

В период с 90-х годов XX в. по настоящее время исследования правовых явлений, связанных с принуждением, идут уже в свете новой категории – «государственно-правового воздействия»³⁵, которая оказывается еще более масштабной, чем понятие «охрана». Рассмотрение «правового воздействия» дало новый импульс для осмысления и практического преломления таких способов влияния, как правовое стимулирование, поощрение, правовое ограничение³⁶, убеждение³⁷, причем обнаруживается даже особое восприятие стимулирования и ограничения как «переходных форм между правовыми и иными социальными нормами», которые «имеют большую перспективу в правовом регулировании в условиях демократического государства»³⁸.

В широком формате «правового воздействия» получила новое толкование и категория «санкции». В научный оборот зарубежными и отечественными учеными было введено понятие «поощрительные санкции», стимулирующие правомерное поведение, поощряющие лиц, действующих в интересах общества³⁹. В таком ракурсе поощрительные санкции могут рассматриваться как: 1) урегулированные правом мероприятия органов государственной власти, реализующие взаимодействие государства и общества при достижении целей государственного управления на основе государственной поддержки субъектов, действующих на основе закона не только в своих интересах, но и в интересах общества; 2) дополнительные благоприятные правовые последствия соблюдения правового режима, установленные государством, исходя из общественной значимости соответствующих правоотношений. Как видим, поощрительные санкции занимают логичное место среди «непринудительных санкций»⁴⁰. При этом последние отграничиваются от санкций, определяемых как «меры непосредственного государственного принуждения, применяемые для обеспечения реального исполнения правовых обязанностей или в виде кары за нарушение правовых запретов, либо иные неблагоприятные последствия неисполнения нормы права»⁴¹.

Как видим, основной поток исследований XIX–XX вв. «препарировал» материал государственного принуждения в ущерб тем правовым явлениям, которые не описываются механизмами государственного принуждения. В связи с этим было бы существенным упущением не сказать, что нынешнее употребление терминов «позитивное государственное управление» и «государственная услуга»⁴² все-таки в целом опирается на передовые положения науки

³² Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 10–41; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. С. 315, 318; Галаган И. А. К вопросу о понятии ответственности по советскому праву // Учен. зап. Новгородского пед. института, IV, 1958. С. 225; Лейст О. Э. Санкции в советском праве. С. 94.

³³ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 561; Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права. М., 2000. С. 403–405.

³⁴ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М., 2001. С. 448.

³⁵ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 2000. С. 470; Осинцев Д. В. Методы административно-правового воздействия. СПб., 2005.

³⁶ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект.

³⁷ Бабаев В. К. Право и государственное принуждение // Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. М., 2002. С. 207.

³⁸ Овсепян Ж. И. Юридическая ответственность и государственное принуждение (Общетеоретическое и конституционно-правовое исследование). С. 154.

³⁹ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. С. 71–84.

⁴⁰ См. о последних, напр.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 24–28.

⁴¹ Самощенко И. С. Охрана режима законности советским государством. М., 1960. С. 72.

⁴² Мэннинг Н. Реформа государственного управления: международный опыт. М., 2003. С. 24; Стариков Ю. Н. Административная реформа: основные проблемы переходного этапа // Административная ответственность: вопросы теории и практики. М., 2005. С. 276; Тихомиров М. Ю. Публичные услуги: спрос общества и реализующее его институты // <http://www.hse.ru/ic6/report33.doc>



административного права середины XX в. В современной литературе отмечается⁴³, что Эрнст Форстхофф в своей работе «Публичная администрация как субъект, предоставляющий публичные услуги»⁴⁵ впервые дал научный анализ управления по предоставлению публичных услуг. Соответствующие положения были развиты далее в монографии этого ученого «Правовые вопросы государственного управления по предоставлению публичных услуг»⁴⁵. Разработки Э. Форстхоффа ознаменовали переход в предмете исследований от «обязывающего» властного государственного управления к «предоставляющему» позитивному государственному управлению. При этом нам представляется важным, что ученый указывал не на явления, ранее остававшиеся вне поля зрения исследователей, а на кардинальные изменения в характере государственного управления⁴⁶, которые требуют применения субъектами публичного управления адекватных правовых инструментов и правовых форм⁴⁷, что отражает историческую обусловленность и изменчивость выдвигаемой концепции.

Позитивное предоставляющее государственное управление Э. Форстхофф раскрывает через обязанность государства гарантировать удовлетворение объективных социальных потребностей отдельного человека⁴⁸. При этом вводятся понятия собственного, натурального и эффективного, рационального пространств жизнедеятельности индивидуума. Натуральное пространство – это пространство, которое непосредственно контролируется человеком и принадлежит ему, в том числе *de jure*, а рациональное пространство – пространство, в котором человек эффективно и рационально удовлетворяет свои потребности, пользуясь услугами третьих лиц. Далее ученый приходит к выводу о том, что имеет место расширение рационального пространства, а ответственность за жизнеобеспечение все более приобретает публичный характер; указанная ответственность реализуется при решении новой задачи государства по предоставлению публичных услуг⁴⁹. Характерно, что суть высказываний на этот счет не изменилась и через полвека⁵⁰.

Э. Форстхофф выдвигает новаторскую идею о том, что в сфере позитивного государственного управления отношения гражданина и государства строятся как отношения взаимного участия, соглашения, сотрудничества и требуют новых правовых форм для своей реализации. Такие формы могут быть и публично-правовыми, и частноправовыми⁵¹. Это позволяет ученым на современном этапе делать вывод о том, что «возникновение понятия “публичные услуги” в немецком административном праве тесно связано с формированием представлений о возможности установления равноправных (партнерских) отношений между государством и гражданином и возможности осуществления государственно-управленческой деятельности в форме не только государственно-властных, но и организационных действий, не налагающих на гражданина обременений, а, наоборот, влекущих для него позитивные последствия»⁵².

Теоретические выкладки Э. Форстхоффа позволяют понять, что примерами жизненного обеспечения, некоторыми публичными услугами (водоснабжение, поставка энергии, вообще решение муниципально-хозяйственных задач) проблема «предоставляющего» государственного управления не должна исчерпываться. Ученый приходит к выводу, что

⁴³ Васильева А. Ф. Учение о публичных услугах в административном праве Германии: теория Эрнста Форстхоффа // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): Сб. / Под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. М., 2007. С. 180–181.

⁴⁴ Forsthoff E. Die Verwaltung als Leistungsträger. Stuttgart und Berlin, 1938.

⁴⁵ Forsthoff E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. W. Kohlhammer Verlag. Stuttgart, 1959.

⁴⁶ Ibid. S. 24.

⁴⁷ Schuppert G. F. Verwaltungswissenschaft. Verwaltung. Verwaltungsrecht. Verwaltungslehre. Baden-Baden, 2000. S. 95.

⁴⁸ Forsthoff E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. S. 27.

⁴⁹ Ibid. S. 25–26, 28.

⁵⁰ Путило Н. В. Система публичных услуг. Социальные услуги // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): Сб. / Под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. С. 18.

⁵¹ Forsthoff E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. S. 9–12.

⁵² Мицкевич Л. А. Предоставление публичных услуг как вид государственного управления // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): Сб. / Под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. С. 30.



потребности человека (весьма условно разделенные на необходимые и факультативные) не являются постоянными, ожидания от публичной администрации обуславливаются общим уровнем жизни, а природа социального и распределяющего государства предполагает, что «жизненное обеспечение» выходит за рамки обеспечения минимального жизненного стандарта. Э. Форстхоффу приписывают утверждение, что деятельность публичной администрации по поддержанию общественного порядка и безопасности не является реализацией функции жизненного обеспечения⁵³. В современной литературе отмечается, что хотя государственное управление, связанное с принуждением, в конечном результате осуществляется в интересах и на пользу всем гражданам (что, по нашему мнению, может оцениваться неоднозначно), данное управление («услуги безопасности») не расценивается как предоставление публичных услуг⁵⁴. Кроме того, Э. Форстхофф относил налоговое управление (администрирование) и управление финансами к государственно-властным видам деятельности, отличным от сферы управления по предоставлению публичных услуг⁵⁵.

Существенно, что взгляды Э. Форстхоффа и его последователей подвергают периодизации и относят к «постмодернистской» парадигме публичных услуг, признаками которой являются: 1) признание публичных услуг таковыми не на основе потребностей государства, а в соответствии с «подлинно публичной целью» этих услуг; 2) использование рыночного подхода к механизму регулирования публичных услуг с привлечением и публичных, и частных финансов; 3) адресатом публичных услуг является гражданское общество в целом, а не его отдельные слои и индивидуумы⁵⁶. Предшествовали этой парадигме концепции «модерна» и «постмодерна», причем если модернистская парадигма отличалась всеобъемлющим этатизмом, то «в постмодернистской парадигме противостоят патернализм и эгоистические интересы преимущественно проблемных слоев общества»⁵⁷.

Таким образом, государственному принуждению в системе правового регулирования противостоит не убеждение, стимулирование, а государственно-общественное взаимодействие (государственно-частное партнерство в его широком понимании).

Модерн в понимании публичных услуг означает, что любые услуги становятся публичными только после признания их таковыми государством на основе государственного интереса, публичные услуги предоставляет государство за счет публичных финансов. Как видим, такая коммуникация не испытывает потребности в гражданском обществе. Напротив, признаком постмодерна является апелляция к гражданскому обществу, которое выступает наряду с государством хотя и не субъектом права, но неким значимым фактором политико-правовых коммуникаций. В результате в парадигме постмодерна красочно отразились, на наш взгляд, не столько правовые проблемы, сколько социально-политические доминанты XX в.: «Наиболее концентрированным выражением реакции цивилизованных обществ на практику применения неклассической парадигмы публичных услуг стали явно критическое отношение их к социал-демократическим, и тем более социалистическим ценностям и вследствие этого – заметный сдвиг этих обществ “вправо”»⁵⁸. Словом, гражданское общество «потребовало, чтобы государство взяло на себя львиную долю социальных функций... добилось, чтобы публичные услуги в пользу незащищенных слоев общества были возведены в ранг конституционных социально-экономических прав этих слоев, отождествлены с возможностями обладания этими слоями социальными благами, способными обеспечить им... существование, отвечающее не только человеческому достоинству, но и достигнутому обществом в целом уровню материального благосостояния», что «незамедлительно сказалось на значительном снижении мотивации производства публичных услуг... обернулось

⁵³ Васильева А. Ф. Учение о публичных услугах в административном праве Германии: теория Эрнста Форстхоффа // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): Сб. / Под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. С. 187.

⁵⁴ Maunz T. Rechtsfragen der Leistungsverwaltung // Bayerische Verwaltungsblätter. Heft 18. S. 545.

⁵⁵ Forsthoff E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. S. 13–14.

⁵⁶ Пацуркивский П. С. Эволюция категории «публичные услуги» // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): Сб. / Под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. С. 194.

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ Там же. С. 192–193.



торможением роста возможностей для гражданского общества и правового государства предоставлять адекватные возрастающим публичным потребностям публичные услуги»⁶⁰. А это, на наш взгляд, означает, что правовую основу современных государственных услуг надо искать все-таки не на пространстве социальных компромиссов гражданского общества, а в адекватном содержании коммуникации общества и государства.

Таким образом, современным подходом к классификации методов административного воздействия является использование в качестве классификационного критерия характера коммуникации государства и общества, а также определение реальных границ принуждения и взаимодействия в правовом регулировании.

⁶⁰ Там же. С. 192. – См. об этом также: Глухарева Л. И. Методологические аспекты развития теории прав человека // Государство и право. 2006. № 3.

М. В. Шкеле
M. V. Shkele

КЛЕВЕТА И ДИФФАМАЦИЯ: СООТНОШЕНИЕ ПРАВОНАРУШЕНИЙ И ОТВЕТСТВЕННОСТИ

SLANDER AND DEFAMATION: CORRELATION OF OFFENCES AND AMENABILITY

Аннотация. В статье проводится анализ понятий клеветы и диффамации исходя из современного российского законодательства. Клевета рассматривается как с точки зрения уголовного, так и с точки зрения гражданского права, выявляются признаки сходства и различия. Путем выявления сходств и отличий диффамации от клеветы анализируются возможности и пределы привлечения за диффамацию к уголовной и гражданско-правовой ответственности.

Ключевые слова. Клевета, диффамация, распространение сведений.

Annotation. In this article concepts of slander and defamation are analyzed taking into account the modern legislation of Russian Federation. Slander is rated from the positions of both criminal and civil law by discovering characteristics, resemblances and distinctions. As a result of this comparison we draw a conclusion about possibilities of calling into account in accordance with rules of criminal or civil law.

Keywords. Slander, defamation, spread of information.

Уважение к человеку, признание его высшей ценностью являются общепризнанными принципами современного демократического общества, которые прописаны в Конституции Российской Федерации (ст. 2) и нормах международного права. В развитие данного принципа в ч. 1 ст. 21 Конституции РФ закреплено положение о том, что достоинство личности охраняется государством. Кроме достоинства подлежат уважению и охране такие блага личности, как честь и репутация. В соответствии со ст. 23 Конституции РФ каждый



имеет право на защиту своей чести и доброго имени. В правовой литературе подробно и всесторонне рассматриваются данные понятия и их взаимное соотношение¹.

Среди ряда деяний, причиняющих ущерб чести, достоинству и репутации человека, рассмотрим такие правонарушения, как клевета и диффамация. Согласно «Малому энциклопедическому словарю Брокгауза и Ефрона» уже век тому назад под клеветой понималось распространение о ком-либо заведомо ложных, позорящих его честь фактов. Диффамация же определялась как оглашение в печати фактов или сведений, позорящих чью-либо честь. И оба нарушения влекли уголовную ответственность².

В настоящее время понятие клеветы раскрывается в диспозиции ст. 129 УК РФ, согласно которой клевета есть распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию.

Термин «диффамация» не нашел отражения в современных кодексах России. «Современный экономический словарь» раскрывает понятие диффамации как опубликование в печати сведений (действительных или мнимых), позорящих кого-либо³. Однако отсутствие термина в законодательстве вовсе не означает, что данное деяние «выпало» из сферы правового регулирования. Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» указывается, что при разрешении споров о защите чести, достоинства и деловой репутации судам следует не только руководствоваться нормами российского законодательства (ст. 152 ГК РФ), но и учитывать правовую позицию Европейского Суда по правам человека, имея при этом в виду, что используемое Европейским Судом по правам человека в его постановлениях понятие диффамации тождественно понятию распространения не соответствующих действительности порочащих сведений, содержащемуся в ст. 152 ГК РФ⁴.

Вместе с тем, как нам представляется, отождествлять понятие диффамации и норму, содержащуюся в ст. 152 ГК РФ, не следует. Во-первых, в рамках ст. 152 ГК РФ осуществляется защита чести, достоинства и репутации в случае распространения порочащих сведений как в СМИ, так и иным способом. Во-вторых, в случае распространения в СМИ заведомо ложных сведений порочащего характера содеянное может рассматриваться уже не только в рамках ст. 152 ГК РФ, но и как квалифицированный вид клеветы – в соответствии с ч. 2 ст. 129 УК РФ как клевета, содержащаяся в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации. В-третьих, понятие «диффамация» охватывает распространение не только ложных, но и соответствующих действительности позорящих сведений.

Итак, отметим, что и клевета, и диффамация посягают на честь, достоинство и репутацию человека путем распространения позорящих сведений.

Клевета в уголовном законодательстве рассматривается лишь в отношении человека – физического лица. Гражданско-правовая защита репутации согласно ст. 152 ГК РФ осуществляется как в отношении физических лиц, так и распространяется на деловую репутацию юридических лиц (п. 7 ст. 152 ГК РФ).

При клевете распространяются ложные, т. е. не соответствующие действительности сведения. Диффамация усматривается и при распространении позорящих сведений, соответствующих действительности.

Клевета представляет собой распространение заведомо ложных позорящих сведений. Под распространением сведений, порочащих честь и достоинство граждан или деловую репутацию граждан и юридических лиц, следует понимать опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио и телевидению, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, распространение в сети Интернет, а также

¹ См., напр.: Рудинский Ф. М. Право человека на достоинство // Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики / Под ред. Ф. М. Рудинского. М., 2006. С. 102–130.

² <http://slovari.yandex.ru/dict/brokminor>

³ Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. «Современный экономический словарь» М., 2006. http://base.consultant.ru/cons/static/ju_dict.htm

⁴ Официальный сайт Верховного Суда РФ. http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567



с использованием иных средств телекоммуникационной связи, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в той или иной, в том числе устной, форме хотя бы одному лицу⁵. Для диффамации сообщения ложных сведений в устной форме одному лицу недостаточно.

Хотя, как мы видим, понятие распространения сведений при клевете может рассматриваться в том числе и применительно к таким действиям, как изложение сведений в заявлениях, адресованных должностным лицам, вопрос об этом требует внимательной оценки с учетом обстоятельств конкретного случая. Вместе с тем следует руководствоваться разъяснениями, которые даются в п. 10 цитируемого Постановления, где указывается: «Статьей 33 Конституции Российской Федерации закреплено право граждан направлять личные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления, которые в пределах своей компетенции обязаны рассматривать эти обращения, принимать по ним решения и давать мотивированный ответ в установленный законом срок. Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда гражданин обращается в названные органы с заявлением, в котором приводит те или иные сведения (например, в правоохранительные органы с сообщением о предполагаемом, по его мнению, или совершенном либо готовящемся преступлении), но эти сведения в ходе их проверки не нашли подтверждения, данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для привлечения этого лица к гражданско-правовой ответственности, предусмотренной статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку в указанном случае имела место реализация гражданином конституционного права на обращение в органы, которые в силу закона обязаны проверять поступившую информацию, а не распространение не соответствующих действительности порочащих сведений»⁶.

Следует отметить, что тем более подобные факты сообщений гражданами о преступлениях в правоохранительные органы не должны квалифицироваться как распространение ложных, порочащих сведений применительно к клевете, рассматриваемой с уголовно-правовой точки зрения. Как пример несоблюдения норм уголовного закона, что привело к отмене приговора с прекращением дела, в Обзоре надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за 2001 год приводится оправдание гр-ки Д. за отсутствием в содеянном состава преступления.

Обосновывая прекращение уголовного дела за отсутствием состава преступления, Судебная коллегия обратила внимание на то, что направление заявлений в государственные органы с целью проверки законности деятельности Б. не является основанием для того, чтобы считать доказанным факт распространения ложных сведений. Далее, из заявлений Д., приобщенных к делу, видно, что все они адресованы руководителям государственных органов, в компетенцию которых входит рассмотрение заявлений и жалоб граждан. В соответствии с п. 8 ст. 10 Федерального закона от 31 июля 1995 г. «Об основах государственной службы Российской Федерации» на государственных служащих возложена обязанность не разглашать ставшие им известными в связи с исполнением должностных обязанностей сведения, затрагивающие частную жизнь, честь и достоинство граждан. На основании изложенного Судебная коллегия пришла к выводу, что судом не установлен сам факт распространения сведений⁷. Иными словами, отсутствует деяние – главный признак объективной стороны состава преступления. Кроме того, не было по данному делу установлено и прямого умысла на распространение заведомо ложных сведений, т. е. отсутствует и субъективная сторона состава рассматриваемого преступления.

Однако изложение сведений в заявлениях, адресованных должностным лицам, в отдельных случаях может рассматриваться как распространение сведений, но лишь тогда, когда

⁵ Пункт 7 ППВС РФ № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567

⁶ Пункт 10 ППВС РФ № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567

⁷ Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за 2001 год // БВС РФ. 2002. № 10; http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2141



при рассмотрении дела суд установит, что обращение в указанные органы не имело под собой никаких оснований и продиктовано не намерением исполнить свой гражданский долг или защитить права и охраняемые законом интересы, а исключительно намерением причинить вред другому лицу, т. е. имело место злоупотребление правом (п. 1 и 2 ст. 10 ГК РФ)⁸.

Для наличия состава преступления, предусмотренного ст. 129 УК РФ, с учетом принципа субъективного вменения в уголовном праве обязательно требуется осознание правонарушителем ложности распространяемых сведений, что подчеркивается термином «заведомо» в диспозиции данной статьи. Следует отметить, что данному признаку субъективной стороны не всегда уделяется должное внимание в судебной практике. Анализ опубликованной судебной практики приводит к выводу, что применительно к составу ст. 129 УК РФ отмену судебных решений в большинстве случаев влечет именно отсутствие должной оценки психического отношения лица к содеянному: осознавало ли лицо ложность сведений, желало ли опорочить потерпевшего фактом их разглашения. Приведем несколько примеров.

Белорецким городским судом Республики Башкортостан 18 ноября 1997 г. гр-ка К. осуждена по ч. 3 ст. 129 УК РФ. Она признана виновной в том, что 13 мая 1996 г. около 13 час. 30 мин. у школы в г. Белорецке из неприязни, заведомо сознавая ложность сообщаемых сведений, с целью опозорить малолетнего А., ложно обвинила его в присутствии малолетних К. и М. в том, что якобы А. совершил умышленное убийство ее сына, Юрия, утопив его в воде, и что А. может совершить убийство других малолетних, с которыми он дружит. Она же около полудня 28 мая 1996 г. у школы из неприязни, заведомо сознавая ложность сообщаемых ею сведений, с целью опозорить малолетнего А., вновь ложно обвинила последнего в присутствии М., К. и Х. в том, что якобы он совершил убийство ее сына. Таким образом, она признана виновной в том, что распространила в отношении малолетнего А. заведомо ложные сведения о совершении им тяжкого преступления.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 21 июля 1998 г. поддержала вывод кассационной инстанции об отсутствии в действиях гр-ки К. состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 129 УК РФ, указав следующее. Согласно закону преступление, предусмотренное ч. 3 ст. 129 УК РФ, совершается только с прямым умыслом. Данных о том, что К. умышленно распространяла заведомо ложные сведения, порочащие честь и достоинство А., в деле нет. Как видно из материалов дела, по факту смерти сына гр-ки К. было вынесено несколько постановлений о прекращении дела, которые впоследствии отменялись по заявлениям К. Последнее решение по данному делу было принято лишь 20 марта 1997 г. Таким образом, в течение всего времени, пока велось следствие по данному делу, ни гр-ке К., ни органам следствия не были известны истинные причины гибели ее сына. Поэтому К., высказывая свои мысли об убийстве сына, добросовестно заблуждалась, поскольку не знала о ложности распространяемых ею сведений в отношении А.⁹

Другим подобным примером служит оправдание за отсутствием состава преступления, предусмотренного ст. 129 УК РФ, гр-на Д. По приговору Ломоносовского районного суда г. Архангельска от 18 мая 1998 г. гр-н Д. (генеральный директор общества с ограниченной ответственностью) осужден по ч. 3 ст. 129 УК РФ. Он признан виновным в клевете, соединенной с обвинением лица в совершении тяжкого преступления. Гр-н Д. в интервью, которое было опубликовано в газете 31 октября 1996 г., и в письме Президенту Российской Федерации от 16 декабря 1993 г. умышленно распространил заведомо ложные и позорящие А. и В. измышления, обвинив их в совершении тяжкого преступления, а именно в том, что в январе 1989 г. А. – заместитель генерального директора по производству объединения «Архангельск-рыбпром» и В. – директор по экономике этого объединения продали в Германию партию креветок на сумму 740 тыс. долларов и присвоили их, за что были уволены с работы. А. на похищенные деньги создал свою фирму. Как видно из исследованных доказательств, факт

⁸ Пункт 10 ППВС РФ № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567

⁹ Преступление, предусмотренное ст. 129 УК РФ (клевета), совершается только с прямым умыслом // БВС РФ. 1999. № 2; http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3275



хищения криветок имел место, для выяснения обстоятельств в Германию направлялись две комиссии, гр-н. Д. предоставлял корреспонденту газеты документы, которые корреспондент счел значимыми, но в дальнейшем корреспондент газеты А. документы утратил.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 29 июня 1999 г. протест заместителя Председателя Верховного Суда РФ удовлетворила, указав следующее. Согласно диспозиции ст. 129 УК РФ уголовная ответственность за клевету наступает в том случае, если виновный заведомо осознавал ложность сообщаемых им сведений, порочащих честь и достоинство других лиц или подрывающих их репутацию, и желал их распространить. Если гражданин уверен в том, что сведения, которые он распространяет, содержат правдивые данные, хотя на самом деле они ложные, он не может нести уголовную ответственность по ст. 129 УК РФ¹⁰.

И в завершение приведем пример по уголовному делу в отношении гр-ки Щ., где, обосновывая принятое решение, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ раскрывает содержание прямого умысла в том виде, в котором необходимо его установление при вменении уголовной ответственности за клевету.

По приговору мирового судьи участка № 1 Высокогорского района Республики Татарстан от 8 ноября 2005 г. гр-ка Щ. осуждена по совокупности преступлений ч. 1 ст. 129 УК РФ (по эпизоду от 6 сентября 2004 г.); ч. 1 ст. 129 УК РФ (по эпизоду от 5 мая 2005 г.); ч. 1 ст. 129 УК РФ (по эпизоду от 24 июня 2005 г.) и ч. 1 ст. 129 УК РФ (по эпизоду от 13 июля 2005 г.). Согласно приговору гр-ка Щ. признана виновной в распространении сведений, порочащих честь и достоинство другого лица, подрывающих его репутацию, при следующих обстоятельствах.

6 сентября 2004 г. гр-ка Щ. в Высокогорском РОВД во время допроса в качестве потерпевшей по факту поджога ее дома, предупрежденная об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний по ст. 307 УК РФ, показала, что к данному преступлению причастны гр-ка К. и ее родственники. При этом каких-либо доказательств в подтверждение своих высказываний не привела.

5 мая 2005 г. она же, после возобновления предварительного следствия, допрошенная в качестве потерпевшей и предупрежденная об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний по ст. 307 УК РФ, показала, что в поджоге своего дома подозревает своих соседей – супругов К., так как они неоднократно угрожали ей поджогом. Со слов гр-ки Щ., ее подозрения подтверждаются и тем, что гр-ка К. подобным образом подожгла дом своего сотрудника по работе в банке, она об этом слышала от работников банка. Однако гр-ка Щ. подтвердить свои слова ни документально, ни свидетельскими показаниями не смогла.

24 июня 2005 г. гр-ка Щ. обратилась в Высокогорский РОВД с заявлением, в котором просила привлечь к уголовной ответственности гр-ку К. и ее родственников за попытку 24 июня 2005 г. поджечь ее дом, и вновь никаких доказательств, подтверждающих данное сообщение, не привела.

13 июля 2005 г. гр-ка Щ. в ходе допроса в качестве потерпевшей по уголовному делу, предупрежденная об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний по ст. 307 УК РФ, сообщила, что заказчиком всех поджогов является гр-ка К. из-за того, что она лишилась доходов от преступных действий с векселями, которые покупала на имя родственников. Супруги К. имеют (в доме) оружие. Она сама видела, как гр-н К. взял из автомашины автомат, а гр-н Кв. (его родственник) открыто шел по дороге, держа в руке пистолет.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ определила надзорную жалобу осужденной Щ. удовлетворить, ранее состоявшиеся решения по делу отменить и производство по делу прекратить за отсутствием в деянии состава преступления по следующим основаниям. Материалы дела содержат противоречивые доказательства, и бесспорно установлено лишь то, что в доме Щ. дважды был пожар. Суд же, выслушав стороны и показания свидетелей по фактам пожаров в доме Щ., изучив протоколы следственных действий из материалов уголовных дел,

¹⁰ Согласно диспозиции ст. 129 УК РФ уголовная ответственность за клевету наступает в том случае, если виновный заведомо осознавал ложность сообщаемых им сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию, и желал их распространить // БВС РФ. 2000. № 3; http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3096



находящихся в Высокогорском РОВД, пришел к выводу о том, что вина гр-ки Ш. в совершении преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 129 УК РФ, материалами дела доказана.

Однако суд не учел, что субъективная сторона данного преступления характеризуется прямым умыслом. Материалами дела не установлено, что гр-ка Ш., заведомо понимая ложность сообщаемых ею сведений, а также то, что распространяемые сведения порочат честь и достоинство другого лица, подрывают его репутацию, сознательно желала именно этого. При таких обстоятельствах вывод суда о наличии в действиях Ш. состава преступления нельзя признать правильным¹¹.

Для гражданско-правовой охраны чести, достоинства и репутации от распространения позорящих сведений, в том числе при диффамации, признак «заведомой ложности» не является обязательным. Обстоятельствами, имеющими в силу ст. 152 ГК РФ значение для дела, которые должны быть определены судьей при принятии искового заявления и подготовке дела к судебному разбирательству, а также в ходе судебного разбирательства, являются: факт распространения ответчиком сведений об истце, порочащий характер этих сведений и несоответствие их действительности¹².

И, как мы отмечали выше, при распространении *заведомо* ложных позорящих сведений диффамация подпадает под признаки квалифицированной клеветы (ч. 2 ст. 129 УК). Если же при диффамации лицо ложность сведений не осознает, то состав преступления по ст. 129 УК РФ отсутствует.

При наличии состава клеветы нарушитель может подвергаться мерам как уголовной, так и гражданско-правовой ответственности. Уголовное дело о преступлении, предусмотренном ч. 1 ст. 129 УК РФ, согласно ч. 1 ст. 20 УПК РФ относится к делам частного обвинения, которые возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя и подлежат прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым¹³. Согласно ч. 5 ст. 20 УПК РФ квалифицированный и особо квалифицированный составы клеветы отнесены к делам публичного обвинения.

Приведем следующий пример. Постановлением мирового судьи судебного участка № 1 Первомайского района Нижегородской области от 9 апреля 2003 г. гр-ке Ш. отказано в возбуждении уголовного дела частного обвинения в отношении М. по ч. 1 ст. 129 УК РФ в связи с отсутствием в деянии последней состава преступления.

Президиум Нижегородского областного суда 4 ноября 2004 г. отменил постановление мирового судьи и другие решения по данному делу по следующим основаниям. В соответствии с ч. 2 ст. 20 УПК РФ уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ч. 1 ст. 129 УК РФ, считаются уголовными делами частного обвинения и возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, его законного представителя и подлежат прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым. В силу ч. 1 ст. 318 УПК РФ уголовные дела о преступлениях, указанных в ч. 2 ст. 20 УПК РФ, возбуждаются путем подачи заявления потерпевшим или его законным представителем, а также другими лицами, перечисленными в ч. 2 и 3 ст. 318 УПК РФ. Таким образом, сам факт подачи гр-кой Ш. в суд заявления о возбуждении в отношении М. уголовного дела по ч. 1 ст. 129 УК РФ уже свидетельствует о возбужденном деле.

Согласно ч. 1 ст. 319 УПК РФ, если поданное заявление не отвечает требованиям ч. 5 и 6 ст. 318 УПК РФ, мировой судья выносит постановление о возвращении заявления лицу, его подавшему, в котором предлагает ему привести заявление в соответствие с названными требованиями и устанавливает для этого срок. В случае неисполнения данного указания мировой судья отказывает в принятии заявления к своему производству. Как видно из постановления

¹¹ Приговор и последующие судебные решения по обвинению в распространении заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица (ч. 1 ст. 129 УК РФ), отменены, и производство по уголовному делу прекращено за отсутствием в деянии состава преступления. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 2 ноября 2006 г. № 11-Д06-125 // БВС РФ. 2007. № 7; http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=4917

¹² Пункт 7 ППВС РФ № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567

¹³ За исключением случаев, предусмотренных частью четвертой ст. 20 УПК РФ.



мирового судьи, там нет ссылки на то, что поданное гр-кой Ш. заявление не отвечает требованиям, предъявляемым к форме заявления, и оно не возвращено Ш. Уголовно-процессуальным законом не предусмотрено других случаев отказа в принятии заявления к производству.

Таким образом, уголовное дело, возбужденное самим фактом подачи гр-кой Ш. заявления в суд, не давало мировому судье оснований отказать в принятии заявления к своему производству, поэтому последующие судебные постановления подлежат отмене¹⁴.

Согласно ст. 44 УПК РФ в рамках уголовного судопроизводства лицо может предъявить гражданский иск – требование о возмещении вреда, при наличии оснований полагать, что имущественный или моральный вред причинен ему непосредственно преступлением. Если действия лица, распространившего не соответствующие действительности порочащие сведения, содержат признаки преступления, предусмотренного ст. 129 УК РФ (клевета), потерпевший вправе обратиться в суд с заявлением о привлечении виновного к уголовной ответственности, а также предъявить иск о защите чести и достоинства или деловой репутации в порядке гражданского судопроизводства¹⁵.

Таким образом, как мы видим, потерпевший от клеветы может в определенных границах принимать решение, к какой ответственности – уголовной, или гражданско-правовой, или к той и другой будет привлечен правонарушитель.

Если диффамация подпадает под признаки ч. 2 (или 3) ст. 129 УК РФ, то такое уголовное дело в соответствии с ч. 5 ст. 20 УПК РФ относится к делам публичного обвинения и в соответствии со ст. 21 УПК РФ должно возбуждаться при обнаружении признаков преступления. Вопрос о привлечении к гражданско-правовой ответственности разрешается потерпевшим.

Если диффамация не содержит состава клеветы (отсутствует заведомость – лицо не осознавало ложности распространяемых сведений), то в случае распространения ложных сведений пострадавшее лицо может воспользоваться гражданско-правовой защитой своих интересов в соответствии со ст. 152 ГК РФ.

Если же диффамация проявилась как опубликование в печати действительных сведений, позорящих кого-либо, то не следует забывать об иных нормах уголовного и гражданского законодательства, охраняющих личную и семейную тайну, честь, достоинство, доброе имя как нематериальные блага (ст. 137 УК РФ, ст. 150–151 ГК РФ и др.). В случае, когда имело место распространение без согласия истца или его законных представителей соответствующих действительности сведений о его частной жизни, на ответчика может быть возложена обязанность компенсировать моральный вред, причиненный распространением такой информации (ст. 150, 151 ГК РФ). Исключения составляют случаи, когда средством массовой информации была распространена информация о частной жизни истца в целях защиты общественных интересов на основании п. 5 ст. 49 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации»¹⁶. В ст. 4 данного Закона закреплена недопустимость злоупотребления свободой массовой информации, в частности, указывается на недопустимость использования средств массовой информации в целях совершения уголовно-наказуемых деяний, для разглашения сведений, составляющих государственную или иную специально охраняемую законом тайну¹⁷.

Вместе с тем охрана личной и семейной тайны, чести, достоинства, доброго имени как нематериальных благ не должны препятствовать возможности передавать и получать информацию. В частности, лица, пострадавшие от аморального или противоправного поведения

¹⁴ Дела о преступлениях, указанных в ч. 2 ст. 20 УПК РФ, возбуждаются не иначе как путем подачи потерпевшим заявления, которое должно соответствовать требованиям ч. 5 и 6 ст. 318 УПК РФ. Постановление президиума Нижегородского областного суда от 4 ноября 2004 г. // БВС РФ. 2006. № 1; http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2987

¹⁵ Пункт 6 ППВС РФ № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567

¹⁶ Пункт 8 ППВС РФ № 3 от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1567

¹⁷ Закон РФ «О средствах массовой информации» (о СМИ) от 27 декабря 1991 г. № 2124-1. http://www.consultant.ru/popular/smi/42_1.html#p53



гражданина, должны иметь право высказаться по этому поводу. СМИ должны иметь право предоставлять обществу информацию не только о заслугах и подвигах, но и об имевшем место аморальном и противоправном поведении граждан. Особенно это важно в отношении лиц, занимающихся политикой, в отношении должностных лиц, в том числе для реализации актуального направления уголовной политики – борьбы с коррупцией.

Русская пословица гласит: береги платье снову, а честь смолоду. Поэтому, как нам представляется, если деяние не имеет признаков клеветы и не нарушает охраняемую государством личную, семейную тайну, то введение ответственности за диффамацию (в части опубликования действительных сведений, позорящих человека) противоречит общественным интересам.

Раздел 2

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

В. А. Кремсалуок
V. A. Kremsalyuk

ОПРЕДЕЛЕНИЕ РАЗМЕРА КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА

DEFINITION OF THE SIZE OF COMPENSATION FOR NON-PECUNIARY DAMAGE

Аннотация. Гражданским кодексом Российской Федерации в качестве одного из способов защиты гражданских прав предусмотрена компенсация морального вреда. Но на сегодняшний день каких-либо рекомендаций относительно того, каким образом следует рассчитывать сумму компенсации морального вреда, законодательство не содержит.

В научных работах предлагаются различные методики расчета величины компенсации морального вреда. Однако, на наш взгляд, указанные подходы не могут изменить существующую ситуацию.

Большинство проблем существует именно потому, что межнаучный институт пытаются втиснуть в рамки одной науки и применяют в основном правовые методы.

По нашему мнению, решение имеющихся проблем можно найти только объединяя несколько областей знаний и привлекая разных специалистов – юристов, психологов, математиков – и применяя компьютерное тестирование и экспертные системы на базе искусственного интеллекта.

Полагаем, что предложенный нами механизм определения размера компенсации морального вреда, будет способствовать единообразному и справедливому решению судами споров о компенсации морального вреда.

Ключевые слова. Компенсация морального вреда, нематериальный вред.

Annotation. The compensation for non-pecuniary damage is stipulated as one of ways of protection of civil rights in the Civil code of the Russian Federation. The legislation does not contain any recommendations how to calculate the sum of compensation for non-pecuniary damage.

In scientific works various methods for calculating compensation for non-pecuniary damage are offered. However the specified approaches can not change an existing situation.

The majority of problems exist just because interscientific institute is tried to squeeze in frameworks of one science and apply basically legal methods.

These problems could be solved uniting some fields of knowledge and involving different experts: lawyers, psychologists, mathematics and applying computer testing and expert systems on the basis of an artificial intelligence.

This mechanism of definition of the size of compensation for non-pecuniary damage, will promote the unified and fair solving of disputes on compensation for non-pecuniary damage.

Key words. Compensation for non-pecuniary damage; non-pecuniary damage.

Действующим Гражданским кодексом Российской Федерации (далее – ГК РФ) в качестве одного из способов защиты гражданских прав предусмотрена компенсация морального вреда. При этом моральный вред подлежит компенсации только в денежной форме. Для применения



этого способа гражданско-правовой защиты установлены определенные правила, которые помогают ответить на вопрос, признавать или не признавать претерпевание лицом морального вреда юридическим фактом, влекущим гражданско-правовую ответственность. Однако на сегодняшний день каких-либо конкретных рекомендаций относительно того, каким образом следует рассчитывать сумму компенсации морального вреда, законодательство не содержит.

На практике выходит, что многое решает субъективное мнение судьи, а это часто ведет к недооценке (или переоценке) причиненного вреда. Отсюда невероятный «размах» в выплатах компенсаций. Рассматривая аналогичные дела, различные суды назначают размеры компенсаций морального вреда, отличающиеся друг от друга в несколько раз. Например, в Обзоре судебной практики Верховного суда Российской Федерации за IV квартал 2002 г. приведено решение краевого суда, согласно которому нравственные страдания, пережитые истицей в связи со смертью дочери, суд оценил в 100 000 рублей¹. Рассматривая схожее дело, один из районных судов Астраханской области оценивает пережитые истцом нравственные страдания в связи со смертью сына и внучки в 50 000 рублей². Московский областной суд оценил нравственные страдания, вызванные незаконным увольнением потерпевшего, в 10 000 рублей³. Свердловский областной суд оценил нравственные страдания, пережитые гражданином в аналогичной ситуации, в 2000 рублей⁴.

В современных научных работах предлагаются различные подходы к определению конкретной величины компенсации морального вреда. Однако высказываются мнения и против разработок каких-либо методик определения размера компенсации морального вреда. Так, Е. В. Смиренская считает, что идея введения методик определения размера компенсации морального вреда является несостоятельной, что применение психологической экспертизы более юридически обоснованно, чем любые методики⁵. Но, на наш взгляд, применение психологической экспертизы не исключает возможности в дальнейшем применять необходимую в каждом конкретном случае методику определения размера компенсации морального вреда. При этом разумно было бы вводить результаты проведенной ранее психологической экспертизы в сам расчет в виде конкретных значений коэффициентов.

Попробуем кратко определить суть наиболее известных на сегодняшний день методик, проанализировать их, оценить их достоинства и недостатки с целью определения их возможного практического применения как в реально существующих условиях, так и в условиях предлагаемой нами ниже схемы определения компенсации морального вреда.

Для определения размера компенсации морального вреда при несчастных случаях на производстве М. В. Дулясовой предлагается метод, в котором за основу берется оценка экономической эффективности жизнедеятельности человека от момента несчастного случая до момента наступления естественной смерти. Согласно методике экономическая эффективность жизнедеятельности человека делится на потенциальную и остаточную. При этом учитываются личностные и психологические характеристики, показатели здоровья и социального положения, а также упущенная выгода в части недополученных материальных благ. При разработке базовой расчетной формулы М. В. Дулясовой использованы основные положения современного финансового менеджмента и оценки бизнеса. В частности, операции аннуитета (*annuity* – пер. с англ. «ежегодный платеж») и перпетуитета (*perpetuity* – пер. с англ. «вечность»). Несмотря на громоздкость расчетов, методика доступна для прикладного применения и уже опробована на практике⁶.

¹ Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации за IV квартал 2002 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 7.

² Информационный бюллетень кассационной и надзорной практики по гражданским делам Архангельского областного суда за II квартал 2007 г. // Сайт Архангельского областного суда: <http://www.arhcourt.ru>.

³ Определение Московского областного суда от 16.05.2005 по делу № 33-3555 // официально опубликовано не было. – См. Электронную справочно-правовую систему КонсультантПлюс.

⁴ Определение Свердловского областного суда от 02.05.2006 по делу № 33-2475/2006 // официально опубликовано не было. – См. Электронную справочно-правовую систему КонсультантПлюс.

⁵ Подробнее см.: Смиренская Е. В. Компенсация морального вреда как деликтное обязательство: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, С. 160.

⁶ Подробнее см.: Компенсация морального ущерба работнику: (методические рекомендации). Вып. 2 / Сост. М. Дулясова С. 50–61; Дулясова М. В. Методические рекомендации по количественной оценке морального ущерба работнику вследствие несчастного случая на производстве. М., 2004.



Одной из наиболее известных на сегодняшний день является методика определения размера компенсации морального вреда, предложенная более 10 лет назад А. М. Эрделевским. В основу данного метода положено соотношение размеров санкций различных статей Уголовного кодекса Российской Федерации. Автор предлагает:

1) ввести понятие «презюмируемый моральный вред» – страдания, которые не может не испытывать нормально реагирующий на совершенные в отношении него противоправные деяния человек;

2) ввести базисный размер компенсации морального вреда – сумму компенсации презюмированного морального вреда при причинении тяжких телесных повреждений;

3) применять таблицу размеров компенсации презюмируемого морального вреда при посягательствах на различные нематериальные блага, которые соотносятся с базисным размером компенсации морального вреда пропорционально соотношению максимальных санкций в Уголовном кодексе РФ за преступления, посягающие на аналогичные блага.

Законодательно закрепленные критерии А. М. Эрделевский отображает в виде условных коэффициентов в единой формуле определения размера компенсации. При рассмотрении конкретного дела в результате учета вышеуказанных коэффициентов сумма компенсации может как уменьшаться, так и увеличиваться. Итоговый размер компенсации морального вреда не может превышать размер компенсации презюмируемого морального вреда более чем в 4 раза, уменьшаться же он может вплоть до полного отказа в его компенсации⁷.

Довольно известна методика В. И. Кашина, который предлагает оценивать моральный вред в соответствии с фактическими потерями «ресурсов здоровья» (в смысле способность жить (выживать), трудиться и достигать целей). Согласно этой методике по результатам тестирования рассчитываются индивидуальные показатели: предстоящая продолжительность жизни, ресурсы здоровья в натуральной и денежной оценке, их износ, эффективный возраст и рента здоровья. Учитываются также уровень образования, профессионализм, компетентность и опыт работы. Упомянутая методика отличается ярко выраженной ориентацией на западные стандарты. В результате расчетов по данной методике нередко получаются суммы компенсации морального вреда в районе 1–3 млн долларов⁸.

В методике, предлагаемой М. А. Гацким, отдельно рассчитывается величина компенсации морального вреда, выражающегося в физических страданиях, и отдельно – в нравственных. Причем физические страдания делятся автором методики на четыре категории в зависимости от времени, в течение которого глубина физического страдания достигнет своего максимального значения. Нравственные страдания оцениваются в зависимости от силы внешнего негативного воздействия и степени восприимчивости человека к этому воздействию⁹.

А. Л. Южанинова предлагает совершенно иной подход – методику, основанную на рассмотрении морального вреда как формы психической травмы. Автор учитывает страдания как форму реагирования на психическую травму, а последствия причиненного морального вреда – как психические нарушения. При этом предлагается проводить экспертное исследование с применением традиционных психодиагностических методов в сочетании с биографическим методом. В основу биографического метода положены реконструкция индивидуальных особенностей и выявление устойчивых способов взаимодействий человека с окружающим миром. Согласно предлагаемому методу оцениваются степень страданий (тяжелые, средней степени, легкие), их последствия (функциональные, органические, хронические). Кроме того, предлагается учитывать, являются ли вредные воздействия главным или только провоцирующим фактором для возникновения страданий¹⁰.

⁷ Подробнее см.: Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. М., 1997.

⁸ Подробнее см.: Кашин В. И. 1) Оценка морального ущерба в РФ // Юридическая практика. 2003. № 22, <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10000350>; 2) Оценка ресурсов здоровья: методические основы, практика и перспективы: Доклад на Конгрессе «10 лет оценочной деятельности в России. Итоги и перспективы» 4–5 июня 2003 г. // Сайт электронного периодического издания «Вестник оценщика»: <http://www.appraiser.ru/default.aspx?SectionID=321>

⁹ Подробнее см.: Гацкий М. А. Моральный вред: величина страданий и размер компенсации. М., 2007. С. 152–160.

¹⁰ Подробнее см.: Южанинова А. Л. Судебно-психиатрическая экспертиза в гражданском процессе. Ч. 1: Судебно-психиатрическая экспертиза по делам о компенсации морального вреда. Саратов, 2000.



А. Л. Южанинова абсолютно справедливо считает методику А. М. Эрделевского более подходящей для оценки юридической ответственности. Для оценки степени страданий потерпевшего она предлагает применять специальные, психологические исследования. На наш взгляд, доработанные предложения А. Л. Южаниновой, в плане возможности прикладного применения, могут стать оптимальной методикой определения размера компенсации морального вреда.

Кроме предложений, описанных выше, существуют и другие. Но они в большинстве своем не отличаются универсальностью, слишком сложны для повседневного применения на практике и требуют создания специальной расчетной службы¹¹. Но тем не менее каждая разработка имеет свое рациональное зерно. Практически все они позволяют получить конкретные цифры, а ряд элементов из этих методик можно использовать при создании и реализации механизма компенсации морального вреда.

Не умаляя значение всех существующих предложений, хочется заметить, что они, на наш взгляд, носят характер узко- и разнонаправленный. Кардинально изменить существующую ситуацию в исследуемой области они не могут, даже если будут проанализированы, систематизированы, адаптированы и внедрены в практику. Нужен системный подход – только в этом случае могут пригодиться рациональные моменты из приведенных выше предложений (например, синтез основных расчетных предложений и определение необходимых коэффициентов с учетом предложений психологической направленности).

Как уже было отмечено выше, использовать на практике законодательно установленные критерии оценки морального вреда для определения в каждом отдельном случае конкретного размера компенсации очень проблематично. Нет базисного подхода к определению размера компенсации морального вреда, отсутствует какая-либо конкретная методика, руководствуясь которой можно было бы и рассчитывать размер компенсации морального вреда в соответствии с законодательно утвержденными критериями, и иметь возможность обосновать решение.

На наш взгляд, проведенный анализ показывает, что большинство проблем, о которых написано выше, существуют именно потому, что комплексный, междисциплинарный институт пытаются втиснуть в рамки одной науки и применяют в основном правовые методы. Также при решении сложившейся проблемы большинство ученых пытаются идти по пути стран, в которых издавна такой правовой институт функционировал. Во многих странах накоплен немалый прецедентный опыт, существуют свои традиционные схемы. В Англии, например, вопросы определения размера компенсации морального вреда решаются путем введения таблиц для определения размеров компенсации. В этой стране с 1964 г. действует специальная тарифная схема, которая постоянно модифицируется. В Германии судебной практикой выработано правило, согласно которому следует ориентироваться на ранее вынесенные судебные решения по делам, связанным с сопоставимыми правонарушениями¹². У нас в отличие от зарубежных стран нет устоявшейся судебной практики, не создается общедоступная база судебных прецедентов со всеми необходимыми комментариями и разъяснениями, нет четких принципов и методов определения размера компенсации.

Существующие сегодня проблемы при таком подходе решить невозможно. Можно продолжать предлагать, совершенствовать и пытаться внедрить различные математические вычисления и коэффициенты с таблицами или вводить границы размеров компенсации с системой различных поправочных коэффициентов, в оптимальном варианте – проводить очные психологические консультации. Однако это потребует привлечения большого количества специалистов. Да и применение очного психологического консультирования

¹¹ Например, методика, предлагаемая В. Б. Черкуновым, А. В. Черкуновой, М. С. Прилепиной, основана на естественнонаучном методе расчета. В расчете используются интегральные интерпретации, многокритериальный (векторный) подход, оценивается схема активного гомеостаза (комфортного равновесия) и т. д. (подробнее см.: Черкунов В. Б., Черкунова А. В., Прилепина М. С. Расчет компенсации морального вреда: Науч.-практ. пособие. Н. Новгород, 2002).

¹² Подробнее см.: Эрделевский А. М. 1) Проблемы компенсации морального вреда в зарубежном и российском законодательстве и судебной практике // Государство и право. 1997. № 10. С. 22–32; 2) Компенсация морального вреда в России и за рубежом. С. 23, 127.



(такого, как используется сегодня) является затруднительным из-за громоздкости методик и длительности обработки результатов.

Использование базы прецедентов тоже не решит проблему. Двигаясь по этому пути, мы будем только заимствовать, копировать чужой опыт, пытаться догнать страны, в которых веками складывалась своя собственная система решения подобных споров.

На наш взгляд, нужно идти вперед и использовать последние научные достижения, современные практические разработки (и не только в области права). Тем более что возможности такие имеются.

Если говорить более конкретно, то следует отметить, что определение характеристик исследуемого вида вреда – это прежде всего сфера психологии, сам расчет величины компенсации – область математики, а решение этой задачи в целом – сфера инновационных технологий.

Решение можно найти только объединяя несколько областей знаний и привлекая разных специалистов: юристов, психологов, математиков и др. Причем решать они должны задачи своей области, а вот как это может быть объединено, попробуем представить дальше.

Мы предлагаем при решении вопросов о компенсации морального вреда применять алгоритмическую схему (схема 1). Данная схема отражает возможную структуру особой системы, которую можно применять при рассмотрении дел о компенсации морального вреда. Эта схема позволит осуществить несколько возможных вариантов досудебной подготовки информации. Схема предусматривает использование двух основных операционно-функциональных блоков.

Блок 1 – блок психологического тестирования (компьютерного или очного) с последующей программной обработкой результатов в обоих случаях.

Имеются разработанные психологические тесты, которые можно использовать уже сегодня (экспресс-методы тестирования посттравматических и острых стрессовых расстройств по опроснику травматического стресса (ОТС)¹³; шкала воздействия события¹⁴; тест на измерение основных показателей организма человека при воспоминании о событии).

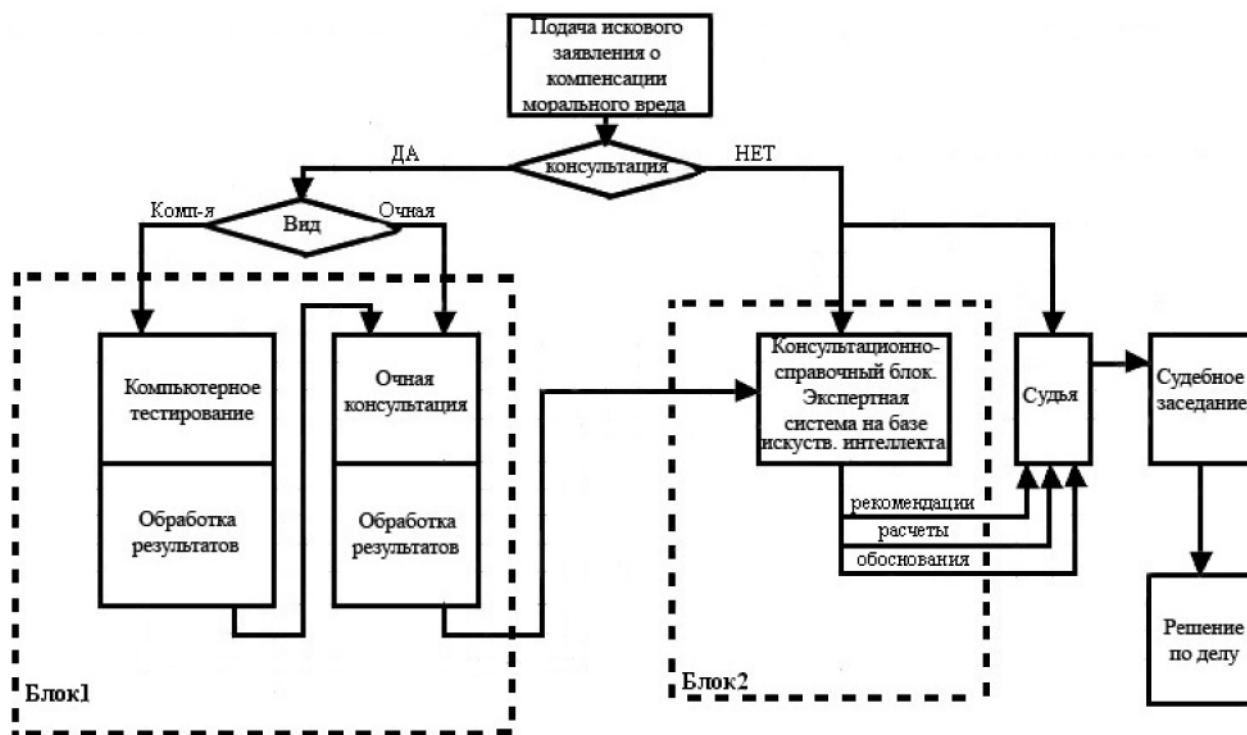
По существующим методикам можно определить, например, индивидуальные особенности лица, возможные ближайшие и отдаленные последствия неблагоприятного события, реальную картину взаимодействия сторон.

Само по себе компьютерное тестирование является достаточно доступным. При этом отпадает вопрос относительно нехватки штата психологов, дороговизны самого тестирования и решается проблема затраты времени, необходимого для обработки информации. Компьютерная психодиагностика сегодня уже применяется для определения типа личности (системы АВТАНТЕСТ, МИКРОЛЮШЕР), признаков депрессии, психических заболеваний (экспертная система АВ-ТАНКЛИП (Автоматический Анализатор Клинической Психодиагностики)), последствий психических травм и т. п.

Блок 2 – консультационно-справочный блок поддержки принятия решений, который представляет собой экспертную систему на базе искусственного интеллекта. Экспертные системы – это программные комплексы, созданные для решения задач на основе возможностей персональных компьютеров, способные накапливать знания квалифицированных специалистов в конкретных предметных областях и применять этот опыт при консультировании. Принципиальным отличием экспертных систем от других программ является их адаптивность, т. е. изменчивость в процессе самообучения. Эта компьютерная программа способна решать следующие задачи: распознавание и восприятие человеческой речи, распознавание конкретных образов, оперирование знаниями для принятия решений в определенной предметной области с целью решения проблемы и выработки рекомендаций. Эти программы способны исполнять роль высококвалифицированного экспертного специалиста. Кроме того, особенностью таких систем является то, что они не просто выполняют алгоритм, а обладают особым образом интегрированной базой знаний, которая предполагает ее постоянное активное пополнение и дает возможность решать не алгоритмические,

¹³ Подробнее см.: Кучер А. А. Теория и практика психологической коррекции и реабилитации при посттравматическом стрессовом расстройстве. Уфа, 2002. С. 42–80.

¹⁴ Там же.



а неоднозначные задачи, применяя неформализованный подход, многоходовые комбинации с неопределенным содержанием, требующим уточнений и рассуждений¹⁵.

В экспертных системах на базе искусственного интеллекта, в отличие от обычных программ моделируется механизм мышления человека при решении задач в определенной области, системой формируются определенные соображения и выводы, основанные на ее знаниях (собственной базе знаний), данные системы используют не алгоритмические, а эвристические и приближенные методы.

Экспертные системы помощи в принятии решений в отличие от других программ в области искусственного интеллекта:

- характеризуются высокой скоростью получения результата и его достоверностью;
- обладают способностью объяснить, почему предложено именно такое решение, и доказать его обоснованность;
- работать и в условиях ошибок, допускаемых пользователем;
- заменять опытного человека-эксперта в предметной области¹⁶.

Системы подобного плана разрабатываются в нашей стране. Аналоги уже существуют и применяются в некоторых областях кибернетики, медицины, юриспруденции (примерами

¹⁵ Для справки. Научное направление, связанное с машинным моделированием интеллектуальных человеческих функций, – искусственный интеллект – возникло в середине 60-х годов XX столетия. Его возникновение привело к созданию компьютерных программ, имитирующих интеллектуальную человеческую деятельность, способных решать техническими средствами сложные интеллектуальные задачи, считавшиеся прерогативой человека. Под интеллектуальными задачами следует понимать те задачи, для решения которых нет алгоритма, следование которому всегда приводит к успеху). Разработкой систем искусственного интеллекта занимается раздел информатики, решающий вопросы имитации мышления человека с помощью компьютера. В данной области разрабатываются и внедряются компьютерные программы, способные воспроизводить мыслительную деятельности человека – специалиста (аналитика, эксперта, консультанта).

¹⁶ Подробнее об экспертных системах см.: Гаврилова Т. А., Хорошевский В. Ф. Базы знаний интеллектуальных систем: Учеб. пособие. СПб., 200; Разработка экспертных систем. Среда CLIPS: Учеб. пособие / Под ред. А. П. Частикова, Т. А. Гавриловой, Д. Л. Белова. СПб., 2003; Гаврилова Т. А. Системы искусственного интеллекта: разработка баз знаний в инструментальной среде КАРРА: Учеб. пособие. СПб., 2004; Рудакова Г. М. Искусственный интеллект. Экспертные системы. Красноярск, 2002; Информатика и математика для юристов / Под ред. В. Д. Элькина. М., 2003; Джексон П. Введение в экспертные системы. 3-е изд. М., 2001; Чуркин В. И. Экспертные системы: Учеб. пособие. СПб., 2005; Джарратано Д., Рэйл Г. Экспертные системы: принципы, разработка и программирование. 4-е изд. М., 2007 и др.



простейших экспертных систем, применяемых в данной области, могут служить экспертные системы «Ущерб», «Маньяк»). Разработки по применению подобных систем также ведутся в области криминологии¹⁷.

Блок 2 должен быть разработан и адаптирован с таким расчетом, чтобы судья, который будет принимать решение о присуждении компенсации морального вреда, имел возможность при необходимости (при подготовке к проведению судебных слушаний, в ходе судебного разбирательства и при принятии решения по делу) обращаться к данному консультационно-справочному блоку и получать всю необходимую справочную информацию, расчеты, обоснования, рекомендации.

Консультационно-справочный блок способен содержать весь необходимый набор расчетов и методик, а также нормативные требования и ограничения, включающие все последние изменения, накопленную базу судебных решений по всем делам о компенсации морального вреда.

Современные компьютерно-информационные технологии позволяют уже сегодня создать такую систему, а также использовать ее любому пользователю. Причем вся совокупность знаний уже будет заложена в систему, производящую необходимые расчеты.

Саму же систему при необходимости можно будет в последующем модернизировать.

Предлагаемая алгоритмическая схема может работать следующим образом:

Шаг 1. Человеку, подавшему исковое заявление о компенсации морального вреда, предлагается пройти или компьютерную психодиагностику, или (при необходимости) очную экспертную консультацию у специалиста в области психологии (Блок 1).

Шаг 2. Результаты проведенной экспертизы поступают в систему поддержки принятия решений консультационно-справочного блока (Блок 2), к которой в последующем сможет обращаться и судья.

Шаг 3. Еще до начала судебного заседания необходимые данные по рассматриваемому делу и необходимые документы вводятся в систему поддержки принятия решений консультационно-справочного блока (Блок 2).

Шаг 4. В систему поддержки принятия решений консультационно-справочного блока (Блок 2) вводятся сведения, полученные в ходе судебного заседания.

Шаг 5. В результате необходимого диалога с системой поддержки принятия решений судья получает ответы на все вопросы, рекомендации, вводит итоговую информацию, получает рекомендательное заключение со всеми необходимыми обоснованиями.

С учетом этих данных судья принимает решение по делу. Данное решение будет обоснованным, содержащим все необходимые расчеты, учитывающим прецедентную базу, индивидуальные особенности потерпевшего, последствия (ближайшие и отдаленные) моральной травмы.

Внедрение данной схемы позволит решать кадровый вопрос (недостаток необходимого количества психологов); решить проблемы обработки данных психологического обследования; создать рентабельную, доступную систему, помогающую судьям принимать решения, обосновывать их, освобождая судей от необходимости самим производить математические расчеты; ускорить рассмотрение подобных дел в судах, создать базу прецедентов (решения судов будут поступать в базу данных системы).

Полагаем, что предложенный в данной статье механизм определения размера компенсации морального вреда будет реально применимым на практике. Кроме того, подобный подход, несомненно, будет способствовать единообразному и справедливому решению судами споров о компенсации морального вреда.

¹⁷ Подробнее см.: *Ким Д. В.* Ситуационный подход как методологическая основа предварительного расследования и судебного разбирательства уголовных дел: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Барнаул, 2006.



А. Ю. Пиджаков, Ф. Н. Решецкий
A. J. Pidzhakov, F. N. Resheckiy

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ БОРЬБЫ С КОРРУПЦИЕЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

LEGAL REGULATION OF THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN THE REPUBLIC OF BELARUS

Аннотация. В статье рассматриваются различные меры государственной борьбы с коррупцией. Борьба с ней должна, на наш взгляд, носить комплексный характер. Это значит, что для пресечения конкретных явлений коррупции надо использовать имеющиеся законодательные возможности, обращаясь за помощью к соответствующим структурам власти. Случаи коррупции должны предаваться огласке, их вскрытие должно быть предметом обсуждения. Только открытость власти позволит эффективно бороться с коррупцией.

Ключевые слова. Коррупция, Республика Беларусь, борьба с коррупцией, меры государственной борьбы с коррупцией, правовое регулирование борьбы с коррупцией.

Annotation. In the article Legal Regulation of the Fight against Corruption in the Republic of Belarus different measures of state fight against corruption are considered. In our opinion, the fight should be comprehensive. This means that in order to repress certain occurrences of corruption we should use the existing legal resources, applying to the relevant authorities. The occurrences of corruption should be made known, and their uncovering should be a subject of discussion. Only the openness of the authorities will allow to fight corruption effectively.

Keywords. Corruption, Republic of Belarus, fight against corruption, measures of state fight against corruption, legal regulation of fight against corruption.

То, что коррупция связана с плохой работой государственной системы, в Беларуси не оспаривает никто. Однако существует различное понимание причин коррупции. Председатель КГБ недавно назвал коррупцию ржавчиной на теле государственного управления. Под ржавчиной в данном случае имеются в виду в первую очередь коррумпированные чиновники. В свою очередь оппозиционные политики считают, что коррупция – раковая опухоль с метастазами, охватившая государственную систему Беларуси. Другими словами, коррупция порождается самой системой власти. Отсюда и два подхода к искоренению коррупции – радикальный, направленный на изменение существующего политического режима, и более мягкий («очистка от ржавчины»), содержащий различные меры государственного воздействия на нарушителей законов, многократного и частого изменения самих законов, создания дополнительных органов государственного контроля за проявлениями коррупции, проведение отдельных профилактических мероприятий по предотвращению коррупции. Первый способ предлагают оппозиционные политики, второй – политики, находящиеся у власти.

Для Беларуси характерным является закрытость и неподконтрольность власти никаким общественным институтам, кроме Президента. Экономика Беларуси находится под жестким государственным регулированием, институты частной собственности не развиты. В Республике реализуется модель «управляемой демократии», институты гражданского общества находятся в зачаточном состоянии, изолированы от широких слоев населения, и возможности контроля за действием власти существенно ограничены, информационное пространство Беларуси закрыто для негосударственных СМИ. Законодательство Беларуси сохранило особенности советской правовой системы, когда закон носил декларативный характер, реальную силу имели не законы, а различного рода подзаконные акты. Президент имеет практически ничем неограниченные полномочия, он находится вне общественной критики, активно защищает от



публичной критики и своих сторонников. По мнению правозащитников, именно эти особенности белорусского государства являются основными причинами коррупции.

Коррупционные явления оказывают влияние в большей или меньшей степени на все стороны жизни рядового белоруса. Наиболее ощутимы и значимы проявления коррупции в политике, сфере государственного управления, экономике, бизнесе, здравоохранении, образовании, а также связанные с работой местных органов власти и судов. Имеет место «верхушечная» и низовая коррупция.

Коррупция в политике в Беларуси связана прежде всего с избирательным процессом, определяющим выбор депутатов в Парламент и местные органы законодательной власти. Для Беларуси не является характерным подкуп избирателей. Наиболее распространено воздействие на руководителей избирательных комиссий и председателей сельских советов – главных лиц, ответственных за подсчет голосов на местах. Чтобы предотвратить появление в Парламенте лиц, имеющих иную, чем у Президента, точку зрения на явления жизни в Беларуси, в настоящее время используется следующее. Местные руководители администраций подбирают кандидатуры будущих депутатов, которые проходят предварительное обсуждение и утверждение в идеологических отделах районных, областных администраций или республиканской администрации – в зависимости от уровня выборов. Не прошедшие проверку кандидаты под разными предлогами не регистрируются, т. е. не получают право быть кандидатом или не получают необходимого количества голосов, поскольку голоса считают также проверенные администрациями лица. Примечательно, что одним из официальных оправданий такой практики является желание избежать коррупции со стороны возможных богатых кандидатов в депутаты.

Несмотря на установленную в республике практику фильтрации неугодных власти кандидатов в законодательные органы (а возможно, и благодаря ей) в Беларуси имеет место и парламентская коррупция, заключающаяся в оплаченном лоббировании тех или иных законодательных актов, использовании авторитета депутата для получения льготных кредитов и др. До начала 2007 г. парламентская коррупция являлась самым безопасным видом коррупции, поскольку была защищена депутатским иммунитетом. В январе 2007 г. был принят новый Закон «О борьбе с коррупцией», который в качестве субъектов коррупционных правонарушений – граждан, которые в своей деятельности могут допустить правонарушения, связанные с коррупцией, назвал в том числе и депутатов парламента.

В условиях «управляемой демократии» политическая коррупция не вызывает больших протестных выступлений населения. И хотя социологические опросы постоянно фиксируют понимание более чем половиной населения страны, того, что выборы не являются действительным волеизъявлением граждан, что парламентарии больше заботятся о своих личных интересах, чем об общественных, вопросы политической коррупции являются в стране второстепенными для большинства граждан.

Коррупция в сфере государственного управления выражается в делении граждан на «своих» и «чужих». «Свои» связаны корпоративными, в том числе и коррупционными, интересами, которые удовлетворяют за счет «чужих» или интересов государства. Как правило, «свои» формируются на базе территориальной общности: вышестоящий руководитель назначает или способствует назначению на государственные должности своих земляков. В настоящее время назначение на любые руководящие должности в государстве осуществляется исходя из интересов только «своих». В народе «свои» называются «мафиями». «Мафии» бывают республиканского, областного, районного, отраслевого уровней и уровня предприятий и учреждений. Коррупция в сфере государственного управления имеет место, когда госслужащий, который имеет право распоряжаться государственными ресурсами и принимать решения в интересах государства и общества, использует ресурсы или принимает решения в своих личных интересах. Исследователи коррупционных явлений выделяют верхушечную и низовую коррупцию. Первая определяет характер государственных законодательных отношений и решений, вторая – характер взаимоотношений между чиновником и гражданином. Существует также «вертикальная» коррупция, когда чиновники одного учреждения, находящиеся на разных ступенях иерархической лестницы, связаны коррупционными отношениями. Вертикальная коррупция объединяет низовую и верхушечную.



Коррупция в экономике связана с хищениями путем злоупотребления служебными полномочиями, присвоением либо растратой средств предприятия, получением взятки за действия не в интересах предприятия, а взяткодателя, должностным подлогом. Наиболее поражены коррупцией промышленные предприятия, выпускающие высоколиквидную продукцию. Должностные лица таких предприятий по собственному умыслу или по сговору с преступными группами доводят предприятия до банкротства с целью их последующего выкупа. Не редки случаи продажи продукции по заниженным ценам, совершения сделок на выгодных для клиента, а не государства, условиях и т. д. Наиболее пораженными коррупцией в Беларуси считаются Министерство лесного хозяйства, топливно-энергетические комплексы.

В сфере таможенной деятельности к основным видам коррупционной деятельности относятся: пропуск грузов через государственную границу без надлежащего оформления, освобождение от ответственности за деньги или услуги лиц, совершивших таможенные нарушения, занижение стоимости таможенного груза с целью уменьшения таможенных платежей, оформление фиктивных документов на провоз товаров и т. д.

Факты коррупции на производстве, в таможенных органах не являются широко известными населению – граждане узнают о них, как правило, после возбуждения уголовных дел из передач белорусского радио или телевидения и всецело поддерживают действия Президента по борьбе с коррупцией среди министров и директоров заводов.

Наиболее поражена коррупцией сфера бизнеса. Согласно проведенному социологами лаборатории «Новак» исследованию среды функционирования малых и средних предприятий 70 % респондентов (этот показатель не изменяется уже на протяжении ряда лет) постоянно или время от времени дают взятки представителям органов управления. Более всего дают взятки участники таких сфер деятельности, как общественное питание, торговля и строительство. Именно в этих областях государство создало наибольшую систему контроля и различных ограничительных факторов. Как утверждают предприниматели, обратившиеся в БХК, наиболее коррумпированными или «взяткопринимаемыми» являются санитарные службы, пожарники, многочисленные государственные организации, выдающие те или иные разрешения.

Почти треть (27 %) частных фирм работает с так называемыми «откатами» – когда органы госуправления получают денежное вознаграждение за осуществление сделки, полученный заказ и т. д. «Откат» имеет место при каждой третьей сделке, осуществляемой в Беларуси, и само количество «откатов» с годами не уменьшается. Более всего «откатных» сделок осуществляется в таких сферах деятельности, как транспорт, связь, строительство. Интересно то, что население, в большинстве благосклонно относящееся к развитию бизнеса, относится к бизнесменам-взяткодателям с «пониманием» и осуждает только «взяткопринимателей».

Связь коррупции в экономике, бизнесе с правами человека, на первый взгляд, отсутствует. Эти виды коррупции пока находятся вне сфер деятельности и интересов белорусских правозащитников за исключением оказания помощи предпринимателям, выступающим с требованием проведения реформ, направленных в том числе и на искоренение коррупции.

Более видимую связь с осуществлением социальных прав граждан имеет коррупция в сфере здравоохранения и образования. Коррупция здесь проявляется в основном в виде взяток или других форм незаконного вознаграждения. В системе здравоохранения эти вознаграждения даются за осуществление юридически значимых действий (в виде выдачи справок, заключений, проведения экспертиз и др.) должностными лицами медучреждений, оказание содействия в проведении операций, обследований, оказание квалифицированной медицинской помощи (особенно эти явления распространены в местах, где отсутствует возможность получения медицинских услуг вне государственных медучреждений), предоставление в аренду помещений, медицинского оборудования.

В сфере образования распространены: взяточничество при зачислении в вузы, элитные колледжи, гимназии, особенно на условиях обучения за счет государства, получение вознаграждения за сдачу экзаменов в период обучения, за выделение мест в общежитиях, поселение в общежитиях в комнатах, имеющих больше удобств, оформление фиктивных документов об окончании учебного заведения.



Коррупционные явления в деятельности исполнительных органов власти наиболее обременительны для широких слоев населения, поскольку касаются жизненно важных для них вопросов. В результате коррупции гражданин попадает в зависимость от должностного лица при решении своих семейных, бытовых, жилищных, социальных и других проблем. В 2006 г. наибольшее распространение имели коррупционные нарушения, связанные с выделением земли для строительства жилых домов или ведения бизнеса, продажи или сдачи в аренду объектов коммунальной собственности, получения лицензий, государственной регистрации фирм и объектов личной собственности, т. н. незаконной предпринимательской деятельности.

Коррупция в судах Беларуси безусловно имеет место, особенно в регионах. Однако она имеет специфическую форму. Случаи, когда судьи за вынесение приговора в интересах одной из сторон получают материальное вознаграждение, мало известны. Чаще всего несправедливые приговоры выносятся в интересах государства или по рекомендации местных властей (т. н. «телефонное право»). Об этом свидетельствуют граждане, обратившиеся в (БХК) с жалобами на несправедливое по их мнению, решение суда. Рядовой белорус при возникновении проблем любого характера всеми силами стремится избежать разрешения этих проблем через суд, если он не имеет достаточного количества денег или связей. Граждане говорят о существовании судебной «мафии», считают ее самой страшной в стране. Следует отметить, что случаи коррупции среди судей в средствах массовой информации, в официальных публичных отчетах по борьбе с коррупцией практически не упоминаются.

Когда правозащитники начинают интересоваться явлениями коррупции, государственные органы, осуществляющие строгий надзор за соблюдением правозащитными организациями своих уставных целей и задач, сразу предупреждают правозащитников о возможном наказании за внеуставную деятельность.

Если обратиться к Конституции Беларуси, определяющей права белорусских граждан, можно увидеть, что коррупционные действия мешают осуществлению прав граждан или нарушают многие из них. Так, нарушается равенство людей перед законом, право на равную защиту прав и законных интересов (ст. 22). Нарушается право участвовать в решении государственных дел как непосредственно, так и через свободно избранных представителей (ст. 37). Граждане лишаются права быть избранными в государственные органы (ст. 38). Нарушается право равного доступа к любым должностям в государственных органах (ст. 39). Нарушается право на охрану здоровья, включая бесплатное лечение в государственных учреждениях здравоохранения, доступного для всех граждан медицинского обслуживания (ст. 45). Нарушается право получить соответствующее образование в государственных учебных заведениях бесплатно на конкурсной основе в соответствии со своими способностями (ст. 49), нарушаются гарантии и право на защиту прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом (ст. 60).

Несмотря на то что официальная пропаганда утверждает о невысоком уровне коррупции, государство уже почти 10 лет осуществляет меры по активному искоренению данного явления. К этим мерам можно отнести издание различных законодательных актов, направленных в основном на борьбу с проявлениями коррупции, а не с ее предупреждением, наделение различных госструктур правом борьбы с коррупцией и создание специальных госструктур, проведение публичных антикоррупционных чисток как в центре, так и в регионах. В настоящее время вопросы борьбы с коррупцией регулируются 5 специальными законами, основным из которых является Закон «О борьбе с коррупцией», отдельными нормами Уголовного и Административного кодексов, 2 декретами и 7 указами Президента, 2 постановлениями Совета Министров и 1 постановлением Верховного Суда.

Государственная борьба направлена против всех вышеперечисленных проявлений коррупции, но она имеет ряд специфических особенностей. К этим особенностям можно отнести: в целом карательный характер антикоррупционной борьбы, направленность антикоррупционной борьбы на искоренение коррупционеров, а не ликвидацию причин коррупции, с коррупцией среди госчиновников борются исключительно госчиновники, СМИ, гражданское общество в антикоррупционной борьбе не участвует, антикоррупционная борьба ведется планомерно, в соответствии с 5-летней программой (таких программ уже 2). Главным способом профилактики коррупции является распространение страха перед наказанием и действием карательных



органов. Для этого используются различные показательные акции, когда задержание коррупционеров происходит при достаточно большом скоплении народа с публичным их унижением. Превентивные меры борьбы с коррупцией, такие как реформирование судебной системы с целью создания независимой и эффективной судебной власти, обеспечение прозрачности всех этапов избирательного процесса, гарантии получения информации о работе чиновников как представителям государственных, так и негосударственных СМИ, снижение барьеров для законодательного оформления бизнеса, количества необходимых для этого разрешений, децентрализация власти, в том числе реформа местного самоуправления, государством не используются. Из превентивных мер реализованы только ограничения, связанные с государственной службой (Закон «О государственной службе в Республике Беларусь»).

В задачи Белорусского Хельсинкского Комитета по решению проблем коррупции не входят только занятия по отслеживанию коррупционных процессов. Как правило, БХК отслеживает выполнение Республикой Беларусь своих обязательств по ОБСЕ, ООН, проводит мониторинги выборов – им подготовлены рекомендации по демократизации избирательного процесса в Беларуси. Вопросы коррупции рассматриваются как часть проблемы соблюдения и выполнения прав человека. Больше всего приходится иметь дело со следствиями коррупции – в общественные приемные комитета ежегодно обращаются сотни людей с жалобами на нерешенность своих проблем из-за отсутствия, по их мнению, справедливого суда, нежелания государственных органов внимательно, всесторонне и объективно рассматривать возникшие в их жизни проблемы. Поэтому в 2007 г. было решено провести два отдельных антикоррупционных мониторинга, посвященных деятельности судов и деятельности местных органов власти в рамках программы «хорошее управление». Ставится задача определить слабые места в решении государством проблем простого гражданина, т. е. возможные места для возникновения «низовой» коррупции, а также предложить рекомендации по улучшению управления. Комитет хочет проследить, насколько суды выполняют определенные белорусским законодательством нормы по защите интересов граждан, выполнение рекомендаций для Беларуси спецдокладчика ООН по судам. В практике широко используется посылка наблюдателей на различные мероприятия, связанные с выполнением прав человека, и в суды. По признанию участников этих мероприятий, наличие наблюдателей значительно сдерживает произвол чиновников. Начиная мониторинг, комитет несколько раз обращался в Администрацию Президента с просьбой обсудить возможные совместные действия и взаимные интересы. Однако ответа на эти предложения не последовало. Государство просто игнорирует помощь гражданского общества в борьбе с коррупцией.

Говоря об эффективности государственной борьбы с коррупцией, следует отметить, что применение в основном карательных мер оказалось малоэффективным. По данным белорусской прокуратуры, в 2006 г. было зарегистрировано около 4 тыс. преступлений, связанных с коррупцией. И хотя Генеральный прокурор отметил, что число коррупционных преступлений уменьшилось на 18,6 % по сравнению с 2005 г., а в 1-м квартале 2007 г. еще уменьшилось на 24,4 %, статистика свидетельствует о том, что число раскрываемых преступлений остается приблизительно одинаковым на протяжении последнего десятилетия и, по-видимому, характеризует предельную мощность работы правоохранительных органов Беларуси в этом направлении, а не действительное состояние преступности. Многие высокопоставленные белорусские чиновники, журналисты государственных изданий, депутаты парламента, опираясь на статистику раскрытых преступлений, любят утверждать, что уровень коррупции в Беларуси один из самых низких. Вместе с тем, по данным опроса НИСЭПИ, 81,4 % избирателей Беларуси убеждены в существовании коррупции в стране в значительных масштабах.

Глава «Приорбанка» С. Костюченко на заседании Совета по инвестициям при Совете Министров заявил, что, по банковским оценкам, в Беларуси насчитываются 7–10 тысяч долларовых миллионеров. При этом в банке имеется только 2 счета, вклады на которых превышают 1 миллион долларов, остальные миллионеры предпочитают хранить свои деньги в зарубежных банках. Это сообщение получило широкую огласку, и в Интернете на различных сайтах стали публиковаться списки предполагаемых миллионеров. Во всех без исключения списках первую десятку богатых людей Беларуси представляли высокопоставленные государственные чиновники, легальные доходы которых никак не могли привести к накоплению миллиона долларов.



Таким образом, несмотря на различные меры государственной борьбы с коррупцией, в Беларуси она продолжает усиливаться, затрагивая все новые области выполнения прав человека. Борьба с ней должна, на наш взгляд, носить комплексный характер. Это значит, что для пресечения конкретных явлений коррупции надо использовать имеющиеся законодательные возможности, обращаясь за помощью к соответствующим структурам власти. Информация о случаях коррупции должна широко распространяться даже в условиях закрытого пространства.

Случаи коррупции должны предаваться огласке, их вскрытие должно быть предметом общественного обсуждения. Только открытость власти позволит эффективно бороться с коррупцией.

29 января 2007 г. вступил в силу новый Закон «О мерах по борьбе с коррупцией». Его основными задачами являются профилактика и предупреждение коррупции. Под действие Закона подпадают нарушения, совершенные членами Совета Республики, депутатами местных советов, кандидатами в президенты и служащими негосударственных организаций. Также в коррупции теперь могут обвинить врачей и учителей.

В Законе о коррупции оговариваются ограничения для семей госслужащих. Теперь «члены семьи (госслужащего. – *Авт.*) не вправе принимать имущество и услуги, в том числе приглашения в туристические, лечебно-оздоровительные и иные поездки за счет физических и юридических лиц, находящихся в служебной или иной зависимости от этого государственного должностного или приравненного к нему лица»¹.

«Законопроект является частью программы борьбы с преступностью. Чем меньше жуликов в государственных органах, тем больше порядка в стране, дисциплины и тем крепче экономика государства», – заявил председатель комиссии по международным делам и национальной безопасности Совета Республики Национального собрания Николай Чергинец².

Следует отметить, что ранее представители нижней палаты Национального собрания не один раз отправляли законопроект на доработку. Среди главных причин отклонения Закона о борьбе с коррупцией аналитики называют то, что в нем предусматривалась ответственность за получение «выгоды неимущественного характера». В процессе доработки это понятие заменили на «получение выгоды или услуги». Из законопроекта также была исключена норма, предполагающая «обязательное ежегодное декларирование доходов и имущества государственными служащими и членами их семей», так как подобная норма содержится в Законе «О государственной службе». В доработанном законопроекте «О борьбе с коррупцией» не стало и статьи о том, что о коррупционных преступлениях депутатов нужно сообщать в СМИ. Тем не менее информация о коррупционных преступлениях депутатов будет направляться председателю Палаты представителей.

Как заявил генеральный прокурор Беларуси П. Миклашевич, в стране завершается разработка госпрограммы по противодействию коррупции на 2007–2010 гг.

Вообще, по данным прокуратуры, в 2006 г. зарегистрировано 4 тыс. преступлений, связанных с коррупцией, при этом их количество уменьшилось по сравнению с предыдущим годом на 18,6 %. Наибольшее количество преступлений в этой сфере совершено в сельском хозяйстве и лесной отрасли. Ряд дел возбужден по линии МВД.

Однако, несмотря на официальные данные по улучшению ситуации с коррупцией, международные исследования и сопоставления позволяют сделать совсем другие выводы. Так, по данным Transparency International, наиболее известной международной организации, оценивающей уровень коррупции в различных странах, ситуация с коррупцией в Беларуси за последние годы резко ухудшилась. Например, по индексу восприятия коррупции в 2002 г. Беларусь занимала 36-е место, в 2005 г. – уже 107-е, в 2006-м – 151-е место.

Эксперты Transparency International оценивали уровень коррупции в Беларуси на основании четырех сделанных исследований. Такое падение особенно заметно в сравнении с более-менее стабильной или даже улучшающейся ситуацией в странах-соседах (рис. 1). Россия переместилась со 126-го места на 121-е, Украина – со 107-го на 99-е. 151-е место

¹ См.: <http://telegraf.by/belarus/2007/01/29/korruption>.

² Там же.

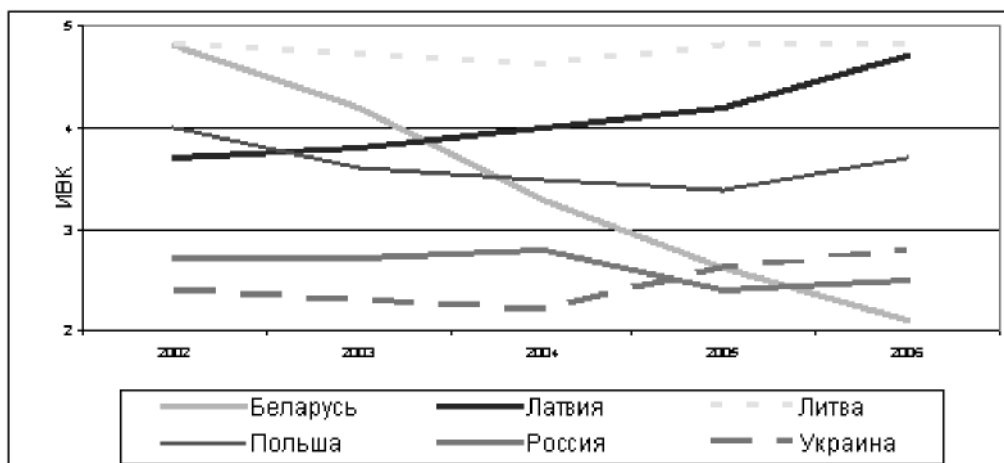


Рис. 1. Динамика изменения Индекса восприятия коррупции в 2002–2006 гг. в ряде отдельных стран региона

Примечание: ИВК отражает восприятие уровня коррупции предпринимателями и аналитиками и оценивает его по шкале от 10 (коррупция практически отсутствует) до 0 (очень высокий уровень коррупции).

Источник: Transparency International Corruption Perception Index, www.transparency.org

Беларусь «делит» с такими странами СНГ, как Таджикистан, Узбекистан, Кыргызстан. Последние места в списке международной организации занимают специфические страны: Гаити, Мьянма, Ирак, Гвинея, Судан.

Согласно данным исследования среды функционирования малых и средних предприятий (МСП) Беларуси, проведенного Исследовательским центром ИПМ³, значительная часть респондентов постоянно или время от времени дают взятки представителям органов управления.

Этот показатель – около 70 % – практически не изменяется на протяжении уже ряда лет, несмотря на активную борьбу с коррупцией в государстве, и подтверждает выводы международной организации Transparency International о высокой коррумпированности белорусских органов госуправления. Небольшое улучшение показателей и рост числа тех, кто считает, что такого явления, как взятки, в нашей стране нет, можно объяснить ростом страха в обществе⁴.

Ответы на вопросы о взятках, теневом обороте или откатах традиционно встречают сопротивление респондентов, поскольку означают признание в противоправных действиях.

Интересно проследить размер даваемых взяток в зависимости от размера фирмы (рис. 2). Так, крупные фирмы, не стесняясь и не скрываясь, говорят о том, что 60 % из них постоянно дают взятки; 38 % маленьких фирм – о том, что такого явления нет.

Таблица 1

Распределение ответов на вопрос: «На Ваш взгляд, как часто руководители частных предприятий вынуждены давать взятки (в любой форме) представителям органов власти?»

	% респондентов		
	2002 г.	2005 г.	2007 г.
Изредка	40,7	57,0	45,4
Постоянно	39,4	20,3	22,7
Такого явления нет	18,5	18,8	28,8
Отказ от ответа	1,4	4,0	3,2
Итого	100,0	100,0	100,0

Источник: Исследовательский центр ИПМ.

³ Исследование проведено лабораторией «Новак» для Исследовательского центра ИПМ. Были опрошены собственники и топ-менеджеры 410 МСП страны по репрезентативной выборке. Ошибка репрезентативности – 3 %.

⁴ Часть респондентов не верят в анонимность опроса и не доверяют интервьюерам («вы пришли ко мне в офис», «вы знаете, кто заполнял анкету», «почему я должен вам доверять?» и пр.), соответственно выбирая опции «отказ от ответа» или «такого явления нет».

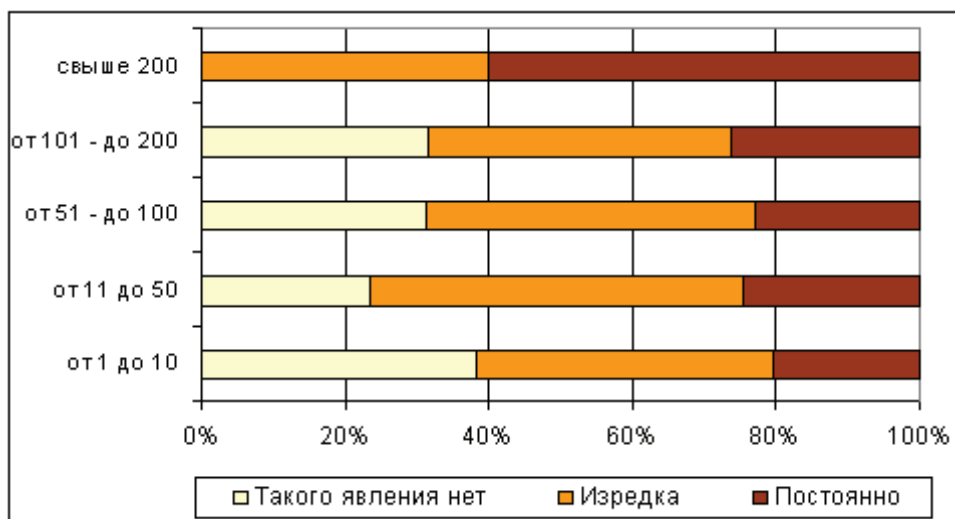


Рис. 2. Размеры взяток в зависимости от размера фирмы

Источник: Исследовательский центр ИПМ.

Возможно, что частично это объясняется действительно тем, что давать взятку зачастую некому (поскольку для этого нужно «обрасти» необходимыми связями и знакомствами) либо незачем (поскольку обороты фирмы недостаточны для такого рода риска), частично – более глубоким страхом сказать правду интервьюеру.

Этот вывод подтверждается и анализом с точки зрения возраста фирмы. О том, что такого явления, как взятки, в Беларуси нет, заявляют 40 % фирм, созданных после 2005 г., против 25 % среди фирм-старожилов (созданных до 1996 г.). Более «взрослые» фирмы чаще дают взятки как изредка (48 % против 42 %), так и постоянно (27 % против 18 %).

Более всего дают взятки представители таких сфер деятельности, как общественное питание, торговля и строительство. Очевидно, что по сравнению с производственной деятельностью или оказанием нематериальных услуг (компьютерные, юридические, консалтинговые и пр.) эти отрасли наиболее уязвимы перед многочисленной армией контролеров, которая приходит, чтобы найти нарушение. Чем сложнее регуляторная среда, состоящая из многочисленных правил и норм, тем чаще приходится платить. Не случайно другие исследования и частные беседы с предпринимателями показывают, что наиболее коррумпированными, или «взяткоемкими», являются не налоговая инспекция или госконтроль, а санитарные службы, пожарники, многочисленные организации, выдающие те или иные разрешения.

В региональном разрезе коррупция в сфере предпринимательства в Беларуси выглядит следующим образом (табл. 2). Наилучшим образом дела обстоят в Могилеве, причем как по ответам «такого явления нет», так и по необходимости постоянно давать взятки. Сложно сказать, но, возможно, эксперимент, проводимый Могилевским облисполкомом по упрощению разрешительной системы и либерализации условий ведения бизнеса в области, действительно имеет такие положительные результаты⁵.

Почти треть частных фирм (27 %) работает в системе откатов (денежного вознаграждения за проведенную сделку, полученный заказ и пр.) при каждой третьей сделке, а само количество откатов с течением времени совсем не уменьшается (табл. 3).

По-прежнему количество откатов зависит от оборотов или размера фирмы. Так, 40 % фирм с числом работников свыше 200 чел. работают в системе откатов при каждой второй сделке, тогда как у небольших фирм это 12–15 %. Более всего откатных схем осуществляется в таких сферах деятельности, как транспорт, связь, строительство.

И лишь в сфере теневого оборота можно констатировать небольшую тенденцию к улучшению ситуации (табл. 4). Теневой оборот, понимаемый как оборот, проходящий без отражения в документах бухгалтерского учета, на протяжении ряда лет снижается (т. е. уменьшается

⁵ Могилевский областной исполнительный комитет работает над улучшением бизнес-климата в регионе совместно с Международной финансовой корпорацией.



Таблица 2

Распределение ответов на вопрос: «На Ваш взгляд, как часто руководители частных предприятий вынуждены давать взятки (в любой форме) представителям органов власти?» – в зависимости от региона

	Минск	Мин. обл.	Брест и обл.	Гродно и обл.	Витебск и обл.	Гомель и обл.	Могилев и обл.
Такого явления нет	26,1	30,0	32,1	36,7	35,0	17,6	53,8
Изредка	51,3	32,5	46,4	56,7	27,5	55,9	42,3
Постоянно	22,6	37,5	21,4	6,7	37,5	26,5	3,8
Итого	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Источник: Исследовательский центр ИПМ.

Таблица 3

Распределение ответов на вопрос: «Как Вы считаете, насколько распространено в Беларуси такое явление, как откат при получении выгодных заказов?»

	% респондентов		
	2002 г.	2005 г.	2007 г.
Имеет место при каждой десятой сделке	11,6	20,5	17,6
Имеет место при каждой пятой сделке	18,8	21,3	17,6
Имеет место при каждой третьей сделке	14,3	15,5	13,7
Имеет место при каждой второй сделке	10,6	8,8	9,5
Имеет место при каждой сделке	12,7	1,5	3,7
Такого явления нет	25,9	25,5	33,4
Нет ответа	6,1	7,0	4,6
Итого	100,0	100,0	100,0

Источник: Исследовательский центр ИПМ.

объем схем с неучтенной наличкой). Однако это лишь означает, что фирмы переходят на более цивилизованные формы «оптимизации и минимизации налогов», поскольку налоги в Беларуси по-прежнему за пределами высоки. Высококвалифицированные юристы и бухгалтеры могут предложить использование различных схем увеличения расходной части и/или уменьшения налогооблагаемой базы (даже с привлечением финансовых фирм-однодневок), делая необходимые проводки по балансу. Граница между легальными схемами по уменьшению налогов и теневым оборотом зачастую размыта.

Таблица 4

Распределение ответов на вопрос: «По Вашему мнению, какая доля оборота частных предприятий проходит без отражения в документах бухгалтерского учета (теневой оборот)?»

	% респондентов			
	2000 г.	2002 г.	2005 г.	2007 г.
До 10 %	14,4	17,5	25,0	23,2
10-25 %	28,5	19,0	26,5	19,3
25-50 %	16,8	3,4	15,0	13,2
51-75 %	18,2	3,4	3,8	6,1
Более 75 %	–	3,2	1,3	1,5
Нет ответа	15,1	36,0	7,0	3,4
Такого явления нет	6,9	17,5	21,5	33,4
Итого	100,0	100,0	100,0	100,0

Коррупция несправима в ситуации зарегулированности условий ведения бизнеса. В этой ситуации любые заявления об усилении борьбы с коррупцией останутся лишь декларациями. Бессмысленно и неэффективно совершенствовать современную систему, определяющую бизнес-климат Беларуси. Ее нужно полностью поменять, создав совсем другие правила и институты, определяющие «правила игры» на рынке.

Республикой Беларусь ратифицированы и неукоснительно выполняются такие основные международные акты, как Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию (подписана в г. Страсбурге 27 января 1999 г.), Конвенция ООН против транс-



национальной организованной преступности (подписана в г. Палермо 14 декабря 2000 г.), Конвенция ООН против коррупции от 31 октября 2003 г., Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию от 4 ноября 1999 г. (ратифицирована в 2005 г.).

В Республике создана законодательная база по борьбе с коррупцией во всех сферах жизнедеятельности государства. В ней определено понятие «коррупция», дан перечень коррупционных правонарушений и преступлений, указаны конкретные организационные, предупредительно-профилактические мероприятия и механизмы борьбы с этим опаснейшим проявлением, а также предусмотрена жесточайшая уголовная ответственность за данные преступления.

Базовым документом, на основе которого организуется антикоррупционная деятельность в нашей стране, является Закон Республики Беларусь «О борьбе с коррупцией», принятый 20 июля 2006 г. (это третий по счету подобный закон в Республике – первый был принят 15 июня 1993 г., второй – 26 июня 1997 г.).

Государственными органами, осуществляющими борьбу с коррупцией в стране, являются: органы прокуратуры, внутренних дел и государственной безопасности. Генеральная прокуратура Республики Беларусь определена ответственной за организацию борьбы с коррупцией.

Важным документом по противодействию коррупции, предусматривающим комплекс конкретных организационно-правовых, социально-экономических и организационно-практических мероприятий, является Государственная программа по усилению борьбы с коррупцией на 2007–2010 гг., утвержденная Указом Президента Республики Беларусь от 8 мая 2007 г. № 220.

Большой вклад в дело борьбы с коррупцией и укрепления правопорядка в стране вносит Межведомственная комиссия по борьбе с преступностью, коррупцией и наркоманией при Совете Безопасности Республики Беларусь.

Весомую роль в борьбе с коррупционными проявлениями играют также государственные СМИ, работа с обращениями граждан, «горячие линии», «телефоны доверия», «телефоны обратной связи», проведение единых дней информирования, деятельность информационно-пропагандистских групп, встречи руководителей с трудовыми коллективами, прием граждан по месту жительства, реализация заявительного принципа «одно окно».

За январь–ноябрь 2008 г. в стране зарегистрировано 2 637 коррупционных преступлений (за аналогичный период 2007 г. – 2 993). В результате этого количество выявленных лиц, совершивших коррупционные преступления, за 11 месяцев 2008 г. возросло и составило 1 470, что на 4,9 % больше, чем за 11 месяцев 2007 г. (1 401). Из них к уголовной ответственности привлечено: за взяточничество – 370 человек (2007 г. – 358), за хищение путем злоупотребления служебными полномочиями – 376 (2007 г. – 351), за злоупотребление властью или служебными полномочиями – 82 человека (2007 г. – 90), за служебный подлог – 334 (2007 г. – 373).

В числе лиц, совершивших коррупционные преступления, 83 руководителя органов власти и подчиненных им лиц государственных организаций, 613 занимали должности, связанные с выполнением организационно-распорядительных обязанностей, 273 – связанные с выполнением административно-хозяйственных функций, 119 лиц – уполномоченных на совершение юридически значимых действий.

По областям снижение уровня коррупционных деяний произошло в Брестской – на 62 преступления (–15,0 %), Витебской – на 107 (–20,0 %), Гомельской – на 12 (–2,7 %), Гродненской – на 29 (–7,6 %), Минской – на 62 (–15,9 %), Могилевской – на 17 (–4,9 %), в г. Минске – на 14 (–3,9 %).

Вместе с тем острота этой проблемы не ослабевает. Проведенный Генеральной прокуратурой Республики Беларусь анализ правонарушений в стране показывает, что среди отраслей и сфер деятельности за 11 месяцев 2008 г. наибольшее число коррупционных преступных деяний выявлено в торговле – 467, промышленности – 396, органах государственного управления – 366, сельском хозяйстве – 338, строительстве – 213, здравоохранении – 178, образовании – 108, на транспорте – 51.

Значительным остается масштаб материального ущерба от коррупционных преступлений. За январь–ноябрь 2008 г. по делам коррупционной направленности установленный урон государству составил 79 875 млн руб.



В сфере государственного управления только за 11 месяцев 2008 г. было совершено 366 коррупционных преступлений. Из них почти треть – должностными лицами государственных органов, непосредственно на которых в первую очередь возлагается борьба с коррупцией, т. е. теми, кто призван предотвращать и пресекать данные правонарушения.

Согласно данным Института социологии НАН Беларуси, среди коррупционных преступлений наиболее высокими темпами за последние 15 лет растет число случаев взяточничества и хищений путем присвоения, растраты или злоупотребления служебным положением. В общей структуре преступности должностные правонарушения составляют около 2 %, из них удельный вес взяточничества – 40 %.

Мировой опыт показывает, что коррупция активно процветает, когда государство испытывает серьезные трудности в развитии либо находится в стадии модернизации и переходит к новым способам управления экономикой и другими важнейшими сферами жизнедеятельности.

Поэтому не случайно на состоявшемся 13 ноября 2008 г. совещании по вопросам эффективности принимаемых мер по борьбе с коррупцией Президент Республики Беларусь А. Г. Лукашенко заявил: «Базовый принцип нашей политики – государство для народа. И ради достижения этой цели я не отступлю от решительной борьбы с коррупцией – ржавчиной, способной втянуть страну в пропасть экономических и социально-политических потрясений». Выступление Главы государства в очередной раз подтвердило неизменность и жесткость позиции власти к любым коррупционным проявлениям в республике. Оно вызвало большой общественно-политический резонанс, получило широкую поддержку населения страны, стало программным для организации деятельности всех органов государственного управления в данном направлении.

Э. Х. Рахимов
E. H. Rakhimov

КРАТКИЙ АНАЛИЗ УСЛОВИЙ ПОРЯДКА РАЗМЕЩЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКАЗА, ЗАКЛЮЧЕНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРАКТА НА ОСНОВЕ СОВРЕМЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

CONCISE ANALYSIS OF STATE ORDER PLACEMENT PROCEDURE, CONCLUSION AND EXECUTION OF STATE CONTRACT IN ACCORDANCE WITH CONTEMPORARY LEGISLATION

Аннотация. В статье проводится краткий анализ различных новых условий, в том числе предшествующих заключению и сопутствующих исполнению государственного контракта. Отдельно рассматриваются процедуры размещения государственных заказов с точки зрения их влияния на формирование договорных условий. Также освещаются условия договоров государственного заказа, которые в соответствии с современным законодательством, требуется относить к существенным.



Ключевые слова. Государственный заказ, государственный контракт, конкурс, аукцион.

Annotation. There is an analysis of different types of new conditions that appears in contemporary state purchases relation in this article. Procedures of state order placement in the view of influence on contract conditions are examined severally. Contract conditions that in accordance with contemporary legislation are required to be essential also reviewed in this article.

Keywords. State order, state contract, tender, auction.

Изменившееся законодательство о государственном заказе, в особенности о порядке его размещения, диктует необходимость пересмотра ряда условий, сопровождающих договорные отношения в данной сфере. В особенности представляют интерес следующие условия: те, которые необходимо относить к существенным, в том числе подлежащие обязательному включению в государственный контракт, особые «режимы» внесения изменений и дополнений в условия договора, специальные условия, предшествующие заключению государственного контракта.

Основным нормативным правовым актом, содержащим наряду с Гражданским кодексом РФ упомянутые условия, является Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»¹ (далее – Закон 94-ФЗ).

Закон 94-ФЗ предусматривает наличие в государственном контракте так называемых «твердых» условий, которые не подлежат изменению ни по соглашению сторон, ни в одностороннем порядке, что подтверждается судебной практикой².

Эти условия, указанные в ч. 11 и 12 ст. 9, ч. 12 ст. 25, ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 29, ч. 1 ст. 31, ч. 7 ст. 31.4, ч. 3 ст. 31.5, ч. 12 ст. 35, ч. 6 ст. 36, ч. 13 ст. 37, ч. 3 ст. 38, ч. 1 ст. 40, ч. 14 ст. 41, ч. 6 ст. 42, ч. 6 и 8 ст. 46, ч. 8 ст. 47, ч. 10 ст. 53 и ч. 5 и 6 ст. 54 Закона 94-ФЗ, не подлежат изменению как по соглашению сторон, так и в одностороннем порядке, за исключением случаев, предусмотренных ч. 6–6.6 и 8.1 ст. 9.

Отдельно решен вопрос о цене государственного контракта, которая по общему правилу не подлежит изменению (ч. 4.1 ст. 9). Однако также имеются исключения, предусмотренные п. 2 ч. 2 ст. 55, ч. 4.2 ст. 9, ч. 6.2–4 ст. 9 Закона 94-ФЗ.

Закон 94-ФЗ заставляет по-новому трактовать существенные условия государственного контракта, так как расширил их по сравнению с Гражданским кодексом РФ. К таким новым условиям следует отнести:

– обязательное для включения в государственный контракт условие об ответственности поставщика (исполнителя, подрядчика) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, предусмотрено государственным или муниципальным контрактом (ч. 10 ст. 9 Закона 94-ФЗ). Причем данное условие конкретизировано в ч. 11 ст. 9: размер такой неустойки (штрафа, пеней) устанавливается государственным контрактом в размере не менее 1/300 действующей на день уплаты неустойки (штрафа, пеней) ставки рефинансирования ЦБ РФ;

– обязательное для включения в государственный контракт условие о порядке осуществления заказчиком приемки поставляемых товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг на соответствие их количества, комплектности, объема и качества требованиям, установленным в таком контракте. Для проверки соответствия качества поставляемых товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг требованиям, установленным государственным контрактом, заказчик вправе привлекать независимых экспертов, выбор которых осуществляется в соответствии с Законом (ч. 12 ст. 9).

Законодательством предусмотрены два общих способа расторжения государственного контракта. В соответствии с ч. 8 ст. 9 Закона 94-ФЗ расторжение государственного или муниципального контракта допускается по соглашению сторон или решению суда по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3105.

² Решение Арбитражного суда Свердловской области от 23 декабря 2008 г. № А60-29009/2008-С7 // Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».



В частности, Гражданским кодексом Российской Федерации предусмотрены:

– возможность расторжения договора по соглашению сторон в соответствии с п. 1 ст. 450, если такое право сторон не ограничено иными нормами Кодекса, например п. 2 ст. 430;

– возможность расторжения договора по требованию одной из сторон, в частности при существенном нарушении договора другой стороной (п. 2 ст. 450), в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451), при включении в договор присоединения условий, явно обременительных для присоединившейся стороны (ст. 428), и в других случаях, предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации. Расторжение договора по требованию одной из сторон предполагает обращение последней сначала к другой стороне правоотношения, а после получения отказа либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении расторгнуть договор или установленный законом либо договором, а при отсутствии – в тридцатидневный срок – в суд. При этом при рассмотрении спора о расторжении договора в соответствии с п. 2 ст. 450 ГК РФ учитывается фактическое исполнение ответчиком обязательства на момент вынесения решения, а также значимость спорных правоотношений для хозяйственной деятельности ответчика (постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 сентября 1997 г. № 376/97³);

– возможность расторжения договора в одностороннем порядке (т. е. без обращения к другой стороне правоотношения и в суд), если это допускается договором (п. 1 ст. 451) либо законом, в частности при отсутствии со стороны заказчика возмещения поставщику убытков, причиненных в связи с выполнением государственного контракта (ст. 533), при непредоставлении покупателем отгрузочной накладной в установленный срок (п. 3 ст. 509), при невыборке покупателем товаров в установленный срок (п. 2 ст. 515), при передаче товаров ненадлежащего качества (ст. 518, п. 2 ст. 475), при передаче некомплектного товара (ст. 519, п. 2 ст. 480), при существенном нарушении договора поставки одной из сторон (ст. 523), по основаниям, предусмотренным ст. 534, и др.⁴

Отметим, что в соответствии со ст. 19 Закона 94-ФЗ расторжение государственного либо муниципального контракта в связи с его существенным нарушением поставщиком влечет включение последнего в реестр недобросовестных поставщиков.

В качестве общих условий, предшествующих заключению государственного контракта, можно выделить следующие условия:

– обязанность заказчика отказаться от заключения государственного контракта в случае установления фактов, указанных в ч. 3 ст. 9 Закона 94-ФЗ;

– государственный контракт заключается на условиях, указанных в извещении о проведении открытого конкурса или аукциона, в случае запроса котировок – на условиях, указанных в таком запросе;

– при заключении государственного или муниципального контракта на поставку энергетических ресурсов проект такого контракта, направляемый государственным или муниципальным заказчиком поставщику, должен быть основан на объеме потребления энергетических ресурсов, согласованном в предусмотренном законодательством Российской Федерации порядке (ч. 7 ст. 9);

– при размещении заказа на оказание услуг связи федеральным органом исполнительной власти, в ведении которого находятся сети связи специального назначения, предназначенные для нужд обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка, и который выступает государственным заказчиком, начальная (максимальная) цена государственного контракта, а также цена государственного контракта в случае размещения заказа указанным органом у единственного исполнителя должна определяться в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, исходя из необходимости компенсации экономически обоснованных затрат, связанных с оказанием данных услуг, и возмещения обоснованной нормы прибыли (рентабельности) от капитала, используемого при оказании данных услуг (ч. 7.1 ст. 9);

³ Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 1998. № 1.

⁴ Комментарий к Федеральному закону «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (постатейный) / Под общ. ред. Ю. А. Тихомирова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 56.



– при размещении заказа на выполнение работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства начальная (максимальная) цена государственного или муниципального контракта определяется на весь срок выполнения таких работ исходя из их цены в течение соответствующих лет планируемого периода исполнения контракта (ч. 7.2 ст. 9);

– государственные заказчики, за исключением случаев размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд обороны страны и безопасности государства, обязаны осуществлять размещение заказов у субъектов малого предпринимательства в размере не менее чем десять и не более чем двадцать процентов общего годового объема поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, установленным Правительством Российской Федерации, путем проведения торгов, запроса котировок, в которых участниками размещения заказа являются такие субъекты, а государственные заказчики в случаях размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для нужд обороны страны и безопасности государства и муниципальные заказчики вправе осуществлять такое размещение заказов (ч. 1 ст. 15).

К числу особенностей современного государственного заказа относится также то, что способы его размещения закреплены законодательно (ст. 10 Закона 94-ФЗ). Это размещение заказа путем проведения торгов (в форме открытого конкурса, аукциона, в том числе аукциона в электронной форме), а также без проведения торгов (запрос котировок, у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), на товарных биржах). Нужно учесть, что Законом предусмотрен приоритет торгов как способов размещения заказа.

Открытый конкурс. Основная особенность открытых конкурсов по сравнению с другими формами размещения заказов заключается в том, что выбор поставщика или исполнителя, способного лучшим образом обеспечить исполнение контракта, базируется на оценке предложений участников размещения заказа по конкретным критериям, установленным в каждом конкретном конкурсе и предложенным в конкурсной заявке. Таким образом, на конкурсе оценке подлежат не сами участники (требования к их допуску на конкурс установлены законом), а исключительно предложенные участниками заявки. При этом с учетом того, что ст. 28 Закона установлен полный перечень возможных критериев, выбор поставщика (исполнителя) во многом зависит от технического задания на конкретный конкурс, т. е. от количества заданных заказчиком стандартных величин, показателей и тех показателей, которые заказчиком, уполномоченным органом четко не регламентированы, а будут оценены и сравнены в качестве конкретных предложений участников размещения заказа. Например, срок выполнения работ может быть установлен заказчиком в качестве обязательного условия в конкурсной документации либо данный показатель может быть оценен в процессе сопоставления заявок, если для заказчика принципиально важным будет являться завершение выполнения заказа в короткие сроки.

Таким образом, конкурс является самой сложной из допустимых способов размещения заказа относительно необходимых процедур и сроков. Поэтому проводить конкурс имеет смысл, если при закупке товара, выполнении работ или оказании услуг важны квалификация поставщика, предлагаемые им условия выполнения контракта (включая технологию выполнения), а также если есть возможность оценивать заявки по критериям ст. 28 Закона № 94-ФЗ. В качестве примеров можно привести заказы на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, на создание произведений искусства, строительство технически сложных и особо опасных объектов.

Выбрав открытый конкурс в качестве способа размещения заказа стороны, в особенности государственный заказчик, должны учитывать специфические условия, предшествующие заключению государственного контракта:

– в случае признания конкурса несостоявшимся и если только один участник размещения заказа признан участником конкурса, заказчик обязан акцептировать оферту единственного участника конкурса. Цена такого контракта не должна превышать начальную цену контракта, указанную в извещении (первой оферте заказчика);

– конкурсная документация не должна содержать указание на товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, патенты, полезные модели, промышленные



образцы, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товару, его производителю, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа;

- не допускается включать в конкурсную документацию требования к участнику размещения заказа, а также требования к его деловой репутации, требования о наличии у участника размещения заказа производственных мощностей, технологического оборудования, трудовых, финансовых и других ресурсов, необходимых для производства товара, поставка которого выступает предметом контракта, выполнения работ, оказания услуг, являющихся предметом контракта, за исключением случаев, если возможность установления таких требований к участнику размещения заказа предусмотрена Законом;

- содержание конкурсной документации должно соответствовать п. 4 ст. 22 Закона;

- содержание извещения о проведении конкурса должно соответствовать п. 4 ст. 21 Закона и является исчерпывающим;

- заказчик не вправе требовать от участника размещения заказа иные документы, за исключением документов, предусмотренных ч. 3 ст. 25 Закона;

- срок направления повторной оферты (проекта контракта) победителю конкурса составляет три дня;

- срок акцептирования повторной оферты заказчика для победителя конкурса устанавливается конкурсной документацией;

- в случае признания конкурса несостоявшимся и если только один участник размещения заказа признан участником конкурса, заключение государственного контракта для последнего является обязательным;

- заявка участника размещения заказа должна быть составлена по форме, в срок, установленный конкурсной документацией, и должна соответствовать требованиям, установленным п. 3 ст. 25 Закона;

- прием заявок на участие в конкурсе прекращается в день вскрытия конвертов с такими заявками и открытия доступа к поданным в форме электронных документов заявкам на участие в конкурсе, что устанавливает срок акцепта публичной оферты заказчика⁵.

Открытый аукцион. Особенностью аукциона на размещение заказа является то, что выбор поставщика (исполнителя, подрядчика) осуществляется на основании одного критерия – цены, так как подразумевается, что остальные критерии соответствуют требованиям, установленным в документации об аукционе. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 27 февраля 2008 г. № 236-р определен перечень товаров, работ и услуг, заказ на поставки которых осуществляется путем проведения аукциона. Причем данный перечень довольно обширный, что подтверждает тезис о том, что на сегодняшний день аукцион, согласно официальной позиции Минэкономразвития России и Федеральной антимонопольной службы, является приоритетной формой размещения заказа как наиболее прозрачная и некоррупционная процедура. Отметим, что в большинстве развитых стран аукцион или вообще не применяется, или применяется в незначительных объемах⁶.

Что касается эффективности открытых аукционов, следует заметить, что некоторые авторы⁷ высказывают большие сомнения в наличии последней. Ведь расчет эффективности идет от начальной цены контракта, которая является к тому же максимальной, а не от среднерыночных цен на те или иные товар или услугу. Быть может, этим объясняется «непопулярность» данного способа за рубежом.

К числу существенных условий, предшествующих заключению государственного контракта по результатам аукциона, можно отнести следующие:

⁵ Комментарий к Федеральному закону «О размещении заказов...». С. 74.

⁶ *Алтынцев А. В.* Некоторые проблемные аспекты организации размещения государственного и муниципального заказа и пути их решения // Финансовый вестник: финансы, налоги, страхование, бухгалтерский учет. 2008. № 8.

⁷ См., напр.: *Нестерович Н. Н.* Эффективность Закона 94-ФЗ: есть ли она? // Государственные и муниципальные закупки – 2008: Сборник докладов III Всероссийской практической конференции-семинара. М., 2008. С. 113–120.



- в случае признания аукциона несостоявшимся и если только один участник размещения заказа признан участником аукциона, заказчик обязан акцептировать оферту единственного участника аукциона. Цена такого контракта не должна превышать начальную цену контракта, указанную в извещении (первой оферте заказчика);
- в случае признания аукциона несостоявшимся и если только один участник размещения заказа признан участником конкурса, заключение государственного контракта для последнего является обязательным;
- срок направления повторной оферты (проекта контракта) победителю аукциона составляет три дня;
- срок акцептирования повторной оферты заказчика для победителя аукциона устанавливается аукционной документацией;
- не допускается взимание с участников размещения заказа платы за участие в аукционе, за исключением платы за предоставление документации об аукционе в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом;
- размер обеспечения заявки на участие в аукционе должен составлять пять процентов начальной (максимальной) цены контракта (цены лота);
- при проведении аукциона какие-либо переговоры заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации или аукционной комиссии с участником размещения заказа не допускаются;
- в извещении о проведении открытого аукциона помимо сведений, предусмотренных п. 1, 2, 4, 5 и 12 ч. 4 ст. 21 Закона, также должны быть указаны сведения, указанные в ч. 3 ст. 33 Закона;
- документация об аукционе должна содержать требования, установленные заказчиком, уполномоченным органом, к качеству, техническим характеристикам товара, работ, услуг, требования к их безопасности, требования к функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, к размерам, упаковке, отгрузке товара, требования к результатам работ и иные показатели, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемых работ, оказываемых услуг потребностям заказчика;
- не допускается включать в документацию об аукционе требования к участнику размещения заказа, а также требования к его деловой репутации, требования о наличии у участника размещения заказа производственных мощностей, технологического оборудования, трудовых, финансовых и других ресурсов, необходимых для производства товара, поставка которого является предметом контракта, выполнения работ, оказания услуг, являющихся предметом контракта, за исключением случаев, если возможность установления таких требований к участнику размещения заказа предусмотрена Законом 94-ФЗ;
- документация об аукционе не может содержать указание на знаки обслуживания, фирменные наименования, патенты, полезные модели, промышленные образцы, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товару, его производителю, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа;
- в случае проведения аукциона на право заключить контракт на поставку печатных изданий документация об аукционе может содержать указание на наименование печатного издания, автора (при его наличии), при этом слова «или эквивалент» не используются;
- документация об аукционе помимо сведений, предусмотренных п. 2–4, 4.2–7 и 10 ч. 4 ст. 22 Закона, должна содержать сведения, предусмотренные ч. 4 ст. 34 Закона;
- сведения, содержащиеся в документации об аукционе, должны соответствовать сведениям, указанным в извещении о проведении открытого аукциона;
- требовать от участника размещения заказа иное, за исключением предусмотренных ч. 2 ст. 35 Закона документов и сведений, не допускается;
- государственный или муниципальный контракт заключается на условиях, указанных в извещении о проведении открытого аукциона и документации об аукционе, по цене, предложенной победителем аукциона, либо в случае заключения государственного или муниципального контракта с участником аукциона, который сделал предпоследнее предложение о цене контракта, по цене, предложенной таким участником;



– «шаг аукциона» устанавливается в размере 5 % начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), указанной в извещении о проведении аукциона. В случае, если после трехкратного объявления последнего предложения о цене контракта ни один из участников аукциона не заявил о своем намерении предложить более низкую цену контракта, аукционист обязан снизить «шаг аукциона» на 0,5 % начальной (максимальной) цены контракта (цены лота), но не ниже 0,5 % начальной (максимальной) цены контракта (цены лота);

Особенностями проведения *открытого аукциона в электронной форме* являются следующие положения:

– такой аукцион вправе проводиться, если цена контракта не превышает один миллион рублей;

– извещение о проведении открытого аукциона в электронной форме публикуется и размещается в порядке, установленном ч. 1 и 2 ст. 33 Закона 94-ФЗ, не менее чем за десять дней до даты проведения аукциона;

– в извещении о проведении открытого аукциона в электронной форме, размещаемом на официальном сайте, кроме сведений, предусмотренных п. 1, 2, 4 и 5 ч. 4 ст. 21, п. 3, 4, 4.2–7 ч. 4 ст. 22, п. 2 ч. 3 ст. 33, п. 6 и 9 ч. 4 ст. 34 Закона, указываются также сайт в сети Интернет, на котором будет проводиться такой аукцион, дата и время начала регистрации на этом сайте участников аукциона, порядок их регистрации на этом сайте, дата и время начала проведения такого аукциона;

– при проведении открытого аукциона в электронной форме «шаг аукциона» не устанавливается.

Запрос котировок цен. Перечень существенных условий, предшествующих заключению государственного контракта по результатам запроса котировок, состоит из следующих позиций:

– заказчик, уполномоченный орган не вправе осуществлять путем запроса котировок размещение заказа на поставку одноименных товаров, выполнение одноименных работ, оказание одноименных услуг на сумму более чем пятьсот тысяч рублей в течение квартала;

– запрос котировок должен содержать сведения, соответствующие ст. 43 Закона;

– котировочная заявка должна содержать требования, установленные Законом в ст. 44;

– заказчик, уполномоченный орган обязаны разместить на официальном сайте извещение о проведении запроса котировок и проект контракта, заключаемого по результатам проведения такого запроса, не менее чем за семь рабочих дней до дня истечения срока представления котировочных заявок, а при размещении заказа на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг на сумму, не превышающую двухсот пятидесяти тысяч рублей, а также в случае, предусмотренном ч. 6 ст. 42 Закона 94-ФЗ, не менее чем за четыре рабочих дня до дня истечения указанного срока;

– извещение о проведении запроса котировок должно содержать сведения, предусмотренные ст. 43 Закона 94-ФЗ, и быть доступным для ознакомления в течение всего срока подачи котировочных заявок без взимания платы. Извещение о проведении запроса котировок может содержать указание на товарные знаки, которые должны сопровождаться словами «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых применяются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком. Эквивалентность товаров определяется в соответствии с требованиями и показателями, устанавливаемыми на основании п. 4 ст. 43 Закона 94-ФЗ. Извещение о проведении запроса котировок не может содержать знаки обслуживания, фирменные наименования, патенты, полезные модели, промышленные образцы, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товару, его производителю, информации, работам, услугам, если такие требования влекут за собой ограничение количества участников размещения заказа;

– государственный или муниципальный контракт может быть заключен не ранее чем через пять дней со дня размещения на официальном сайте протокола рассмотрения и оценки котировочных заявок и не позднее чем через двадцать дней со дня подписания указанного протокола.

Специальные условия *запроса котировок* предусмотрены в целях оказания гуманитарной помощи либо ликвидации последствий ситуаций природного или техногенного характера:



– перечень отобранных поставщиков подлежит ежегодному обновлению путем проведения предварительного отбора. В случае если до дня проведения предварительного отбора в перечне поставщиков остался один участник размещения заказа, перечень поставщиков подлежит обновлению не позднее чем через сорок пять дней со дня исключения предпоследнего участника размещения заказа из такого перечня;

– перечень товаров, работ, услуг, необходимых для оказания гуманитарной помощи либо ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера, устанавливается Правительством Российской Федерации⁸. В случае если возникает потребность в товарах, работах, услугах, не предусмотренных таким перечнем, размещение заказов на поставки таких товаров, выполнение работ, оказание услуг осуществляется в соответствии с Законом. При этом, если вследствие непреодолимой силы возникла потребность в товарах, работах, услугах, не предусмотренных таким перечнем и применение иных способов размещения заказа нецелесообразно в связи с затратой времени, размещение заказа осуществляется у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) в соответствии с п. 6 ч. 2 ст. 55 Закона 94-ФЗ;

– заказчик, уполномоченный орган не позднее чем за тридцать дней до дня истечения срока представления заявок на участие в предварительном отборе опубликовывают в официальном печатном издании и размещают на официальном сайте извещение о проведении предварительного отбора;

– ч. 3 ст. 49 Закона устанавливается обязательное содержание извещения о предварительном отборе;

– в запросе котировок указываются необходимые для оказания гуманитарной помощи либо ликвидации последствий чрезвычайной ситуации природного или техногенного характера количество товаров, объем работ, услуг. В запросе котировок не указывается максимальная цена контракта. В котировочной заявке участник размещения заказа указывает количество товаров, объем работ, услуг, соответственно поставки, выполнение, оказание которых он может осуществить в срок, установленный запросом котировок;

– ч. 2 ст. 51 устанавливается обязательное содержание заявки на участие в предварительном отборе;

– каждый участник размещения заказа вправе подать только одну котировочную заявку, изменение которой не допускается. Проведение переговоров между заказчиком и участником размещения заказа в отношении котировочной заявки не допускается.

Обязательные условия размещения заказа *у единственного поставщика* содержатся в п. 2 ст. 55 Закона, в котором закреплен исчерпывающий перечень случаев такого размещения заказа.

Что касается *размещения государственного заказа на поставки биржевых товаров на товарных биржах*, следует отметить, что указанный способ может применяться при цене контракта от пяти миллионов рублей, однако порядок такого размещения заказов устанавливается Правительством РФ и пока не утвержден.

В заключение считаем нужным отметить, что проведенный анализ представленных в Законе 94-ФЗ условий, как предшествующих заключению договора, так и подлежащих учету при его заключении и исполнении, позволил установить следующее:

– обязательность условий как для заказчика, так и для его контрагента может иметь происхождение двух видов: обязательные условия, устанавливаемые законом, и условия, ставшие обязательными вследствие добровольных намерений лица вступить в договорные отношения;

– существенные условия государственного контракта, представленные в Законе 94-ФЗ, должны найти свое место также в ГК РФ, учитывая большую юридическую силу последнего;

– наборы условий, имеющих характер обязательных или подлежащих учету, различаются в зависимости от стадий размещения заказов, статуса субъектов-поставщиков (исполнителей), а также способа размещения заказа.

Необходимо заметить, что важность точного соблюдения указанных условий, предшествующих заключению государственного контракта, как и условий самого государственного

⁸ Распоряжение Правительства РФ от 27 февраля 2006 г. № 261-р // СЗ РФ. 2006. № 10. Ст. 1125.



контракта продиктована также судебной практикой. Судебные органы исходят из того, что в случае нарушения порядка размещения заказа торги признаются недействительными, что влечет недействительность государственного контракта⁹. Однако нужно учитывать, что не все случаи нарушения порядка размещения заказов влекут за собой недействительность государственного контракта. В соответствии со ст. 449 Гражданского кодекса Российской Федерации торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны недействительными по иску заинтересованного лица. Однако реализация этого права заинтересованным лицом возможна в том случае, если оспариваемой сделкой нарушены его права или охраняемые законом интересы и целью предъявленного иска является восстановление этих прав и интересов¹⁰.

⁹ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 сентября 2008 г. № 11576/08 // Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹⁰ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 ноября 2007 г. № 14096/07 // Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

И. А. Триадская
I. A. Triadskaya

НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО КАПИТАЛЬНОЕ СТРОИТЕЛЬСТВО ЖИЛЬЯ

DIRECTIONS OF PERFECTION OF THE LEGISLATION REGULATING CAPITAL CONSTRUCTION OF HABITATION

Аннотация. В статье производится краткий анализ различных проблемных аспектов капитального строительства, связанных с инвестициями в капитальное строительство, дается характеристика коллизионных моментов действующего законодательства, связанных с налогообложением объекта незавершенного строительства, освещаются проблемные аспекты действующего законодательства в сфере капитального строительства.

Ключевые слова. Капитальное строительство, долевое строительство, земельный участок, инвестиции, правовые риски, due diligence, ипотечное кредитование.

Annotation. Brief analysis of various problematic capital construction aspects concerned with capital construction investments is made in the article; characteristics of applicable law conflict items concerned with taxation of incomplete construction projects is given; questions of actual capital construction legislation are taken up in this article.

Key words. Capital construction, share building, land, investments, legal risks, due diligence, mortgage landing.

Капитальное строительство регламентируется весьма обширным кругом нормативно-правовых актов. Задачами правового регулирования в капитальном строительстве жилья выступают упорядочение различных аспектов хозяйственной деятельности, определение направлений и форм наиболее рационального использования финансовых, материальных и трудовых ресурсов в сфере жилищного строительства, обеспечение целенаправленной концентрации ресурсов для полной и своевременной реализации правительственных жилищных программ.

Успешность строительного процесса зависит от одновременного наличия следующих факторов, являющихся определяющими для реализации продукта строительного производства – недвижимости: возможности (экономической и юридической) привлечения достаточных финансовых и производственных ресурсов; минимальных инвестиционных и правовых рисков; эффективности и прозрачности государственного регулирования строительства; наличия юридически грамотного договора строительного подряда – инструмента регулирования правоотношений между участниками строительного производства. Представляется удобным рассмотреть в соответствии с указанными моментами и направления совершенствования строительного законодательства.

Федеральным законом «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»¹ установлены основные принципы государственного регулирования инвестиционной деятельности в стране, его формы и методы, источники финансирования, защита инвестиций, ответственность субъектов инвестиционной деятельности за ненадлежащее исполнение обязательств. На привлечение и эффективное использование иностранных материальных и финансовых ресурсов, передовой зарубежной техники и технологий направлен Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»², устанавливающий порядок и условия сотрудничества иностранных инвесторов с их российскими партнерами при осуществлении инвестиций.

Анализируя эти два закона, необходимо отметить, что основные понятия одного закона дополняются соответствующей статьей другого, а ряд понятий являются смежными для обоих. Так, общим для этих законов является определение понятий «инвестиционный проект», «приоритетный инвестиционный проект», «срок окупаемости инвестиционного проекта», «совокупная налоговая нагрузка». Однако вызывает сомнения обоснованность включения некоторых терминов в законодательство об инвестициях. Так, «срок окупаемости инвестиционного проекта» и «совокупная налоговая нагрузка» по сути являются чисто экономическими понятиями, обосновывающими эффективность инвестиций, и подлежат включению в бизнес-план или технико-экономическое обоснование проекта.

Говоря о **технико-экономическом обосновании**, необходимо отметить, что ни в одном из нормативных актов России нет определения данного термина. А между тем необходимость предоставления ТЭО в комплекте прочей документации является согласно ряду нормативно-правовых актов одним из основных факторов принятия положительного решения при оформлении инвестиционного проекта, будь то иностранные инвестиции либо привлечение заемных средств российских налоговых резидентов. В ситуации отсутствия однозначных критериев к разработке ТЭО, или бизнес-плана, вполне вероятен произвол в принятии решения уполномоченными лицами, что на практике приводит к коррупции и бюрократизации инвестиционных проектов. Представляется необходимым закрепить на законодательном уровне форму ТЭО, бизнес-плана³.

Бесспорно положительным моментом в обеспечении развития инвестиционного климата явилась отмена обязательной продажи части валютной выручки резидентов, полученной ими от продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг нерезиденту (ст. 21 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле» № 173-ФЗ от 10.12.2003⁴). В этом изменении Закона, несомненно, нашли свое отражение общее оздоровление финансовой ситуации в Российской Федерации и укрепление ее национальной валюты.

В настоящее время основную роль в обеспечении строительства финансовыми ресурсами играют частные инвесторы – дольщики. Используемые ими средства все чаще являются заемными средствами банков, предоставляемыми гражданам по договору об ипотеке.

Обеспечение граждан жильем является для любого государства одним из определяющих факторов его социальной политики, одной из первостепенных задач, решать которую

¹ СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

² Там же. № 28. Ст. 3493.

³ *Иванец В. К., Резниченко В. С.* Совершенствование нормативно-правового обеспечения управления инвестиционно-строительной деятельностью в Российской Федерации // Экономика строительства. 2000. № 5. С. 21.

⁴ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.



оно должно не только создавая благоприятные условия для развития рынка коммерческого жилья. Государство, являясь гарантом прав и свобод человека и гражданина, в том числе права на жилье, должно создать все необходимые условия для реализации таких прав.

Первым шагом на пути создания условий для реализации гражданами прав на жилье является формирование законодательной базы, обеспечивающей надлежащее правовое регулирование отношений, связанных с жильем, включая отношения по ипотечному кредитованию, отвечающей современным реалиям российской экономики, уровню благосостояния общества, учитывающей особенности исторического развития нашей страны. Ипотечные правовые нормы необходимо привести в соответствие с Конституцией РФ, совершенствовать не только ипотечное, но и гражданское, жилищное, административное законодательство.

Некоторые нормы Закона об ипотеке должны быть изменены с целью соблюдения прав человека и гражданина. Необходимая мера – принятие Правительством РФ предельных ставок кредитов для ипотечного кредитования, размеры которых были бы приемлемы не только для кредиторов, но и для заемщиков. Нельзя допускать, чтобы, пользуясь безвыходным положением заемщиков, кредиторы действовали только в своих интересах, превращая сделку по ипотечному кредитованию в кабалу для заемщика.

Государство должно также развивать социальное ипотечное кредитование. В законодательстве следует не только предусмотреть абстрактную возможность установления льгот при получении и погашении кредита для отдельных категорий граждан, особо нуждающихся в улучшении жилищных условий (малоимущие граждане, молодые семьи, инвалиды, дети-сироты, семьи, имеющие одного родителя, так называемые неполные семьи, государственные служащие и т. п.), но и выработать реальные механизмы действия этой системы.

Чтобы банки и кредитные организации не несли убытков, государству необходимо проводить политику их вовлечения в различные программы ипотечного кредитования на условиях льготного налогообложения, тем самым повышая их заинтересованность в установлении более благоприятных условий ипотечного кредитования для населения, разработке более совершенных и доступных ипотечных кредитных продуктов⁵.

Для эффективного управления правовыми рисками необходимо понимать принципы их разграничения на концептуальные (объективные) риски и риски, на минимизацию которых субъект инвестиционной деятельности может оказывать непосредственное влияние (субъективные риски). Основными **объективными правовыми рисками при осуществлении инвестиционной деятельности**, отражающими состояние инвестиционного климата в стране, являются:

- частый пересмотр действующего хозяйственного законодательства («правил игры» субъектов рынка);
- высокий уровень нестраховых рисков, управление которыми проблематично с помощью иных правовых инструментов, альтернативных страхованию;
- разрыв между экономическими возможностями страны и адекватностью правового регулирования, не позволяющий целенаправленно, рационально и эффективно прогнозировать и управлять рисками;
- отсутствие реального правового и экономического равенства субъектов гражданского оборота и превалирование административных методов над гражданско-правовыми;
- неоправданно высокий удельный вес человеческого фактора в сферах, которые должны регулироваться законами прямого действия, как следствие – судебный произвол, коррупция и т. п.;
- серьезные недостатки смежной с инвестиционным законодательством системы корпоративного права. Многие институты корпоративного права не отвечают современным требованиям международного инвестиционного процесса, подразумевающего наличие четких правовых инструментов и рычагов, а не запутанной, порой бессмысленной казуистики и декларативности норм;
- неблагоприятная конъюнктура правоприменительной деятельности, судебной практики и института банкротства;

⁵ Аванесов Э.В., Северова М.А. Ипотечное кредитование как способ приобретения права собственности на жилое помещение // Современное право. 2007. № 4.

– слабая защита прав собственности, миноритарных акционеров российских компаний, неэффективный правовой механизм против рейдерских захватов⁶.

Характеризуя **субъективные правовые риски**, целесообразно остановиться на прикладных аспектах правового обеспечения инвестиционной деятельности. Здесь особую важность приобретает возможность получения правовых инструментов и рычагов, обеспечивающих оперативный контроль за состоянием инвестиционного процесса на всех его стадиях и по основным направлениям, а также уменьшение основных правовых рисков инвестиционных проектов. На определенных стадиях реализации инвестиционного проекта могут выявляться риски следующего характера:

1. Стадия анализа, проверки и подготовки к реализации инвестиционного проекта. Основные правовые риски (риск изучения): дефекты в юридическом оформлении титулов собственности, правоустанавливающих документов на основные активы партнеров инвестора; наличие скрытых обязательств, арестов, обременений активов партнера, их влияние на возможность корпоративных конфликтов; риски неправомерности приватизации имущества; иск наличия исковых требований и претензий в адрес контрагента; риск наличия критериев банкротства; риск отсутствия необходимых лицензий на осуществление определенных видов деятельности, отсутствия документов, подтверждающих права на объекты интеллектуальной собственности.

2. Стадия вложения финансовых средств в рамках инвестиционного проекта. Риск ненадлежащего структурирования сделок, направленных на реализацию инвестиционного проекта; риск отсутствия правового механизма досрочного возврата финансовых средств при неблагоприятном сценарии инвестиционного проекта; неправильное или неполное использование юридической техники; риск ненадлежащего оформления юридических гарантий и способов обеспечения, неучета факторов, влияющих на действительность сделок; риск переоценки возможности национальной системы страхования рисков; риск неполноты реквизитов ценных бумаг, отсутствия государственной регистрации выпусков эмиссионных ценных бумаг; риски неуполномоченности лиц, заключающих с инвестором сделки; неправильный выбор формы расчетов с точки зрения безопасности сделки; риск неучета регионального фактора, локального административного ресурса при инвестировании и разрешении споров; неучет суммы возможных судебных издержек, необъективности третейского судопроизводства, выбора неоптимальной подсудности; риск существенного отличия правовых систем государств и неучета этих отличий; недооценка превалирования административного ресурса конкордентов над правовыми инструментами защиты.

3. Стадия реализации инвестиционного проекта требует наличия долговременных и надежных правовых гарантий вложения, сохранности и возврата инвестиций. Основными рисками на данной стадии являются риски смешанного организационно-управленческо-правового характера: непрозрачность финансовых потоков; неполнота экономической и правовой информации; затрудненность доступа и контроля за принимаемыми в рамках инвестиционного проекта решениями; неоптимальное и дискриминационное для инвестора содержание учредительных документов юридического лица; неоптимальное соотношение долей участия партнеров; риски, вытекающие из положения миноритарного акционера; риск утраты контроля за крупными сделками.

4. Стадия функционирования результата инвестиционного проекта. Рисками здесь являются: рейдерские посягательства с использованием правовых конструкций; размывание доли участия, подлог информации в реестре акционеров, протоколов органов управления хозяйственных обществ; риск неправильности эмиссии ценных бумаг; несанкционированный вывод активов или реорганизация; риск нарушения соотношения чистых активов уставному капиталу; риск использования неутвержденных форм документов с отклоняющимися от нормальных условий; риск принятия обществом на себя неисполнимых условий, недуманность условий конфиденциальности сделок.

⁶ Шичанин А. В., Гривков О. Д. Некоторые аспекты минимизации правовых рисков при осуществлении инвестиционной деятельности // Право и экономика. 2007. № 6.



Следует отметить, что в плане правовых рисков наиболее значимой и влияющей на весь цикл инвестиционного проекта является первая из вышеописанных стадий, которая выступает как своеобразный фундамент, на котором базируется инвестиционный проект. На данной стадии необходимы четкий правовой анализ и акцентированное внимание на документарной базе инвестиционного проекта, которая должна быть максимально достоверной, достаточной, полученной из надлежащих источников информации. Юридическая проверка такой документарной базы производится в рамках процедуры *due diligence*⁷.

Проверка в рамках процедуры *due diligence* предусматривает установление надлежащей правосубъектности контрагента по сделке (механизм регистрации юридического лица, правильность формирования уставного капитала, оплаты акций, правомерности участия в обществе государственных органов и т. п.). Изучаются учредительные документы лица на их соответствие действующему законодательству, определяются пределы компетенции органов управления хозяйственного общества, устанавливаются критерии крупности сделок и сделок с заинтересованностью. Небрежная проверка данных полномочий органов управления влечет за собой значительные риски признания сделок недействительными, что подтверждается многочисленными примерами из практики делового оборота и судебной практики. В случае, если принятие решения по данной сделке на основании изученных документов требует одобрения со стороны всех или квалифицированного большинства участников (акционеров) общества, необходимо запросить документы, подтверждающие процедуру принятия решения компетентными органами соответствующего решения (бюллетени голосования, протокол общего собрания и т. п.).

Следующий шаг – проверка титулов собственности, правоустанавливающих документов на основные активы партнеров инвестора, наличия арестов, обременений активов партнера, правильности оформления процесса приватизации имущества, наличия исковых требований и претензий в адрес контрагента, наличия у организации критической величины долгов, которые она не в состоянии выплатить, и других критериев банкротства, признаков, при которых возможна принудительная ликвидация хозяйственного общества, наличия необходимых лицензий на осуществление определенных видов деятельности, подтверждений прав на объекты интеллектуальной собственности.

Последним по очередности, но не по значению этапом является разработка оптимальной правовой модели, позволяющей превентивно сконструировать наиболее выгодный для инвестора алгоритм взаимоотношений с предполагаемым контрагентом по сделке. Данная правовая модель включает в себя анализ предполагаемых конфликтов с будущим контрагентом по сделке и скрытых рисков данного инвестиционного проекта.

При выстраивании договорных отношений с партнером необходимо предусмотреть ответственность за утаивание и искажение информации о внесенных изменениях в учредительные документы, процедуре избрания первых лиц и заключении крупных сделок, о внебалансовых обязательствах – векселя, поручительства (в виде соглашений, расписок, справок, подписанных уполномоченным лицом контрагента). Данные инструменты позволяют потенциальному инвестору в случае необходимости эффективнее отстаивать свои права с помощью гражданско-правовых инструментов и уголовно-правовых методов, так как нередко случаи злоупотреблений со стороны партнеров по инвестиционному проекту.

Поскольку объектом инвестирования долевого строительства жилья являются объекты недвижимости, то здесь особенно важно определение механизма юридических гарантий защиты или возврата инвестиционного капитала. Главная задача юристов на данной стадии – подготовка грамотного, всеохватывающего юридического заключения о потенциальных обязательствах, скрытых рисках, возможных корпоративных конфликтах с предложением форм участия в инвестиционном проекте, путей минимизации рисков, а также уровня общей юридической защищенности при участии инвестора в данном инвестиционном проекте. Подобное юридическое заключение – это верный тактический шаг, так как служит предупреждением инвестора о возможных ошибках.

⁷ *Due diligence* (англ. юр.) – «должная заботливость». // Англо-русский юридический словарь. 2-е изд., стереотип. / С. Н. Андрианов, А. С. Берсон, А. С. Никифоров. М., 1998. С. 155.

Представляется, что включение в действующее инвестиционное законодательство обязательной проверки *due diligence* по перечисленным направлениям будет оправданным, так как послужит снижению инвестиционных рисков, повышению прозрачности информации об инвестиционных проектах, уменьшит возможность мошенничества, злоупотреблений и коррупции, которые так часто встречаются при осуществлении инвестиционных строительных проектов.

В условиях снижения темпов строительства и принятия политического курса на увеличение населения кажется логичным принятие со стороны государства всех мер к стабилизации цен на жилье при увеличении объемов его строительства. Однако сложившаяся к настоящему моменту правовая база, регулирующая деятельность в области строительства жилья, не только не позволит увеличить объемы жилищного строительства в субъектах Федерации, но и приведет к его существенному снижению и, как следствие, росту цен на жилые помещения.

Среди основных **факторов, сдерживающих строительство жилья**, можно выделить отсутствие необходимой правовой базы, ограничение конкуренции на рынке строительства жилья, сложности финансирования, бюрократические барьеры, отставание промышленности строительных материалов, высокие тарифы естественных монополий и др. Однако в значительной степени наличие указанных ограничителей обусловлено работой органов местного самоуправления.

На практике жилищное строительство осуществляется по большей части в поселениях (сельских и городских, в том числе городских округах) на участках, находящихся в муниципальной собственности.

Участки для жилищного строительства из муниципальных земель должны предоставляться на основании документации по планировке территории, разработанной согласно генеральному плану и правилам землепользования и застройки поселения. Но в большинстве поселений правила землепользования и застройки, разработанные в соответствии с Земельным и Градостроительным кодексами Российской Федерации, отсутствуют, а существующие генеральные планы поселений, как правило, были приняты в советское время и не отвечают реалиям настоящего времени. Несмотря на это, согласно Земельному кодексу в отсутствие правил землепользования и застройки предоставление земельных участков для строительства из земель, находящихся в муниципальной собственности, по общему правилу не будет осуществляться.

Для преодоления этого барьера органам местного самоуправления следует подготовить проект границ участка, провести кадастровый учет, разработать проекты планировки территории, проекты межевания территории, градостроительные планы земельных участков, а главное, определить технические условия подключения объектов к сетям инженерно-технического обеспечения и провести работы по обустройству территории. Данная работа требует значительного финансирования, которое в местных бюджетах, как правило, не предусмотрено.

Поэтому сложилась парадоксальная ситуация, когда есть земельный участок, но нет правомочного им распоряжаться субъекта, либо субъект имеется, но участок юридически не оформлен, поэтому распоряжаться им нельзя.

В соответствии с Федеральным законом от 27 декабря 2002 г. №184-ФЗ «О техническом регулировании»⁸ обязательные для применения и исполнения требования к объектам технического регулирования, в том числе зданиям, строениям и сооружениям, процессам проектирования и строительства, устанавливаются техническими регламентами, которые по общему правилу принимаются федеральными законами (ст. 9). Особый порядок разработки и принятия технических регламентов предусмотрен в ст. 10 указанного Федерального закона и касается случаев необходимости принятия технического регламента в чрезвычайной ситуации, случаев утверждения технического регламента международным договором, подлежащим ратификации, а также случаев, когда до вступления в силу федерального закона о техническом регламенте Правительство Российской Федерации издает постановление о соответствующем техническом регламенте.

Срок принятия технических регламентов составляет семь лет со дня вступления в силу Федерального закона «О техническом регулировании» – с 30 мая 2003 г. Прошло уже больше половины установленного срока, однако до сих пор ни один из технических

⁸ СЗ РФ. 2002. № 52. Ст. 5140.



регламентов не принят федеральным законом. При этом важность соблюдения срока разработки и утверждения технических регламентов заключается в том, что в силу п. 7 ст. 46 Федерального закона «О техническом регулировании» обязательные требования к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, в отношении которых технические регламенты в указанный срок не были приняты, прекращают действие по его истечении.

В последнее время снова стали распространены случаи, когда застройщик нарушает сроки строительства более чем на 1 год либо оказывается не в состоянии вообще завершить строительство и передать объект долевого строительства (жилое или нежилое помещение) участнику долевого строительства. При этом применение таких мер защиты и ответственности, как расторжение договора участия в долевом строительстве и возмещение убытков, становятся неэффективными (прежде всего при наличии признаков банкротства у застройщика), поскольку не призваны решить вопрос об адекватной компенсации ни реального ущерба, ни упущенной выгоды.

Тем не менее новый Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»⁹ не содержит каких-либо положений на этот счет. Вместе с тем представляется разумным предусмотреть в данном случае порядка принудительного перевода земельного участка (или права на земельный участок) и объекта незавершенного строительства в судебном порядке в общую долевую собственность участников долевого строительства и застройщика с передачей функции застройщика создаваемому ими товариществу собственников жилья, жилищному строительному кооперативу или иному специализированному потребительскому кооперативу.

В соответствии с подп. 4 п. 3 ст. 39 Налогового кодекса Российской Федерации¹⁰ не признается реализацией товаров, работ или услуг, а значит, не подлежит налогообложению налогом на добавленную стоимость (НДС) передача имущества, если такая передача носит инвестиционный характер (в частности, вклады в уставный (складочный) капитал хозяйственных обществ и товариществ, вклады по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности), паевые взносы в паевые фонды кооперативов).

Основным федеральным законом, определяющим, носит ли передача имущества инвестиционный характер или нет, является Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»¹¹. В ст. 1 данного Закона понятие инвестиционной деятельности определяется как вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта. Инвестиции – это денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта.

Однако в силу ст. 2 этого же Закона его действие распространяется на отношения, связанные с инвестиционной деятельностью, осуществляемой в форме капитальных вложений. Поскольку капитальные вложения представляют собой инвестиции в основной капитал (основные средства), к которому нельзя отнести объект долевого строительства (жилое или нежилое помещение), к отношению по участию в долевом строительстве указанный Федеральный закон не должен применяться.

Другое определение дано в ст. 1 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»¹², который признан утратившим силу только в части норм, противоречащих Федеральному закону «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений». Соответственно данный Закон следует применять к отношениям по участию в долевом строительстве.

⁹ СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 40.

¹⁰ Там же. 1998. № 31. Ст. 3824.

¹¹ Там же. 1999. № 9. Ст. 1096.

¹² Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1005.

Указанный Закон определяет инвестиции как денежные средства, целевые банковские вклады, паи, акции и другие ценные бумаги, технологии, машины, оборудование, кредиты, любое другое имущество или имущественные права, интеллектуальные ценности, вкладываемые в объекты предпринимательской и других видов деятельности в целях получения прибыли (дохода) и достижения положительного социального эффекта. Таким образом, получение прибыли (дохода) является квалифицирующим признаком при определении инвестиционной деятельности. Поскольку передача объекта долевого строительства застройщиком участнику долевого строительства не предполагает получение прибыли (дохода) после его передачи, она не носит инвестиционного характера и ее следует рассматривать как реализацию. Следовательно, она подлежит налогообложению НДС.

Во избежание этого представляется необходимым внести дополнение в подп. 4 п. 3 ст. 39 НК РФ в части непризнания реализацией товаров, работ и услуг передачи объекта долевого строительства участнику долевого строительства.

Подводя итог, необходимо отметить, что действующие редакции Гражданского кодекса РФ, Градостроительного кодекса РФ, Земельного кодекса РФ, федеральных законов в сфере жилищного строительства и других нормативно-правовых актов недостаточно конкретно и подробно трактуют многие положения. Эти нормативные акты требуют детализации.

Опираясь на данные анализа всей правовой базы капитального жилищного строительства советского периода и Российской Федерации в Ленинграде и Санкт-Петербурге, следует использовать сохраняющий практическую значимость опыт правового регулирования жилищного строительства при развитии и совершенствовании современного законодательства в этой сфере. Так, решая задачу совершенствования законодательства в области капитального строительства жилья в современных условиях, допустимо переосмыслить практическую ценность Правил о договорах подряда на капитальное строительство и ряд других важнейших законодательных актов советского периода, в которых закреплён ценный опыт правового регулирования капитального строительства, сохраняющий свое значение независимо от изменений социально-экономических и политических условий в стране. Для реализации поставленных Правительством РФ целей по успешной реализации приоритетного национального проекта «Доступное и комфортное жилье – гражданам России» необходимо рекомендовать органам государственной власти и органам местного самоуправления ускорить принятие необходимых нормативных правовых актов (прежде всего технических регламентов, правил землепользования и застройки), а также подготовку земельных участков без предварительного согласования для предоставления на торгах в целях жилищного строительства с выделением субвенций из федерального бюджета.



ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ ПО РЕАБИЛИТИРУЮЩИМ ОСНОВАНИЯМ, СВЯЗАННОЕ С ОПРЕДЕЛЕНИЕМ ПРИЗНАКОВ ОТСУТСТВИЯ СОБЫТИЯ И СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

TERMINATION OF CRIMINAL PROSECUTION ON REHABILITATION TO THE BASES, CONNECTED WITH DEFINITION OF SIGNS OF ABSENCE OF EVENT AND THE CORPUS DELICTI

Аннотация. Настоящая статья посвящена исследованию проблем прекращения уголовного преследования по реабилитирующим основаниям, связанным с определением признаков отсутствия события и состава преступления. В настоящее время в российской науке уголовно-процессуального права нет единого мнения относительно разграничения «отсутствие события преступления» от смежного основания «отсутствие в деянии состава преступления». В статье проводится анализ работ некоторых авторов, посвященных исследованию прекращения уголовного преследования по реабилитирующим основаниям, в том числе связанным с определением признаков отсутствия события и состава преступления, обзор практики по применению права по рассматриваемой теме, обосновывается необходимость законодательного изменения Уголовно-процессуального кодекса РФ в терминологии «преступное событие» и предлагается возможная формулировка статьи, посвященной прекращению уголовного преследования.

Ключевые слова. Прекращение уголовного преследования, событие преступления, состав преступления, презумпция невиновности, деяние.

Annotation. Present article is devoted research of problems of the termination of criminal prosecution on rehabilitation to the bases, connected with definition of signs of absence of event and the corpus delicti. Now in the Russian science of the criminal procedure there is no common opinion concerning differentiation «absence of event of crime», from the adjacent basis – «absence in corpus delicti act». In article the analysis of works of some authors devoted to research of the termination of criminal prosecution on rehabilitation to the bases, including connected with definition of signs of absence of event and the corpus delicti, the practice review on application of the right to a considered theme is carried out, necessity of legislative change of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation for terminology «criminal event» is proved and the possible formulation of article devoted to the termination of criminal prosecution is offered.

Key words. The criminal prosecution termination, Event of crime, the Corpus delicti, the Presumption of innocence, Act.

На определенном этапе развития человеческого общества после возникновения государства сформировалось понятие преступления. Однако как явление социальной действительности деяния, составляющие его содержание, существовали и до возникновения государства. По сути, это были любые сознательные деяния членов общества, которые вступали в противоречие с существующими в нем традициями, обычаями и иными общепризнанными правилами поведения и существенно дезорганизовывали нормальную жизнедеятельность социальной организации.

При возникновении государства появилась необходимость зафиксировать наиболее серьезные и часто встречающиеся виды поведения, отклоняющегося от общепринятых социаль-



ных норм, и определить за их совершение меры негативного характера, ранее применявшиеся от имени социальной общности всеми или отдельными членами общества, а теперь – от имени государства специально уполномоченными на то органами или лицами. Для этого необходимо было проанализировать всю совокупность аналогичных деяний и выделить общие, присущие каждому из них и наиболее существенные признаки, которые подлежали закреплению в нормах права (общеобязательных правилах поведения, исполнение которых обеспечивалось принудительной силой государства). Однако законодательное определение преступления как правовой категории долгое время не существовало. В качестве основного признака (являвшегося и единственным) выступала противоправность деяния, т. е. наличие прямого запрета на его совершение, закреплённого в конкретных уголовно-правовых нормах, входящих в различные правовые акты наряду с нормами иных отраслей законодательства (в их современном понимании).

Положение изменилось лишь с появлением кодифицированных сборников норм уголовного права, где присутствовало определение данного понятия с использованием различной законодательной техники¹.

С развитием государства и общества изменялось и само понятие преступления, но его суть, на наш взгляд, оставалась неизменной.

Событие в праве трактуется как один из видов юридических фактов, с которыми закон связывает возникновение правоотношений. Отсутствие события преступления означает отсутствие юридического факта, в силу чего уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное уголовное дело подлежит прекращению ввиду отсутствия повода для возникновения соответствующего правоотношения².

При кажущейся ясности и лаконичности формулировки «отсутствие события преступления» это основание стало предметом научного диспута с момента его первого появления в уголовно-процессуальном законодательстве нашего государства (в п. 1 ст. 5 Основ уголовного судопроизводства СССР и союзных республик). Теперь, как и прежде, в науке уголовно-процессуального права нет единого мнения относительно его отграничения от смежного основания – «отсутствие в деянии состава преступления», хотя именно этой цели было посвящено введение его в уголовно-процессуальное законодательство³.

По мнению Б. М. Сергеева, «отсутствие события преступления предполагает случаи отсутствия деяния (действия или бездействия), о котором поступило заявление или сообщение и которое можно было бы расценить как преступление либо нарушающее другие нормы права или же как правомерное... Нет деяния, которое подлежало бы оценке. Когда речь идет об отсутствии события преступления, то имеется в виду отсутствие всех без исключения его элементов... Различие между отсутствием события преступления и отсутствием состава преступления заключается в том, что применение названных оснований... влечет разные правовые последствия. Отсутствие в деянии состава преступления не исключает наличия в нем административного или дисциплинарного проступка либо иного нарушения общественного порядка и правил общежития. Поэтому, в отличие от отсутствия события преступления, отсутствие состава преступления не исключает возможность применения в этих случаях мер административного или дисциплинарного воздействия. Кроме того, отсутствие события преступления влечет отказ в удовлетворении гражданского иска, в то время как отсутствие состава преступления оставляет возможность решить вопрос о возмещении ущерба в порядке гражданского судопроизводства. Как видно, между рассматриваемыми обстоятельствами есть принципиальные отличия, и правильное их определение имеет существенное значение»⁴.

¹ Уголовное право. Часть Общая. Часть Особенная: Учебник / Под общ. ред. Л. Д. Гаухмана, Л. М. Колодкина, С. В. Максимова. М., 1999. С. 60.

² Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации в редакции закона от 29 мая 2006 года / Под общ. и науч. ред. А. Я. Сухарева. М., 2006. С. 49.

³ Как отмечали Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткуллин, до его введения при отсутствии события преступления рекомендовалось прекращать дела за отсутствием состава преступления. Это, однако, не могло считаться нормальным, поскольку приводило к смешению двух, хотя и близких, но все же самостоятельных оснований (Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. М., 1965. С. 305).

⁴ Сергеев Б. М. Отсутствие события и состава преступления как основания к отказу в возбуждении уголовного дела // Следователь. 2002. № 10. С. 6, 7.



Некоторые авторы правомерно обращают внимание на то, что отсутствие события преступления будет иметь место и в том случае, если определенное событие было ошибочно воспринято как преступление⁵.

Спорным в юридической литературе является вопрос о том, какое решение должно быть принято по делу, если точно не установлено, имело место событие преступления или нет⁶.

На мой взгляд, органы предварительного расследования должны принять все возможные меры к установлению наличия или отсутствия в действительности события преступления. В тех редких случаях, когда достоверно установить наличие события преступления невозможно, дело подлежит прекращению по п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, поскольку, как справедливо отмечает В. В. Шимановский, недоказанность события преступления по правовым последствиям по существу приравнивается к его отсутствию⁷.

В связи с этим можно согласиться с мнением Б. Т. Безлепкина о том, что в силу презумпции невиновности к отсутствию события преступления юридически приравниваются ситуации, когда по поводу существования соответствующего деяния, фигурировавшего в поводе к возбуждению уголовного дела, остались неразрешимые сомнения. Они толкуются в пользу обвиняемого и уравнивают формулировки «отсутствие события преступления» и «неустановление события преступления»⁸.

Правоприменительная практика свидетельствует о том, что в процессе проверки сообщения о преступлении до возбуждения уголовного дела возможно прийти к обоснованному выводу о наличии либо отсутствии события преступления. Это подтверждается и тем, что из 200 изученных нами дел только 7, или 3,5 %, были прекращены на основании п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК РФ.

Рассматривая вопрос с позиции права, отметим, что в действующем российском законодательстве преступлением признается «виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания» (ч. 1 ст. 14 УК РФ). Виновным в преступлении признается лицо, совершившее деяние умышленно или по неосторожности (ч. 1 ст. 24 УК РФ). Таким образом, деятельность «не лиц» в уголовном праве не оценивается.

Здесь можно согласиться с предложением Н. Б. Опарина констатировать отсутствие события преступления, когда достоверно установлено отсутствие субъекта преступления⁹, следовательно, нельзя вести речь и о его (человека) деянии. Именно «узкое» понимание термина «событие преступления» как деяния¹⁰ отстаивают Ю. Н. Белозеров, С. В. Бородин, П. М. Давыдов, Д. Я. Мирский, А. Р. Михайленко, А. В. Наумов, Н. Г. Стойко, А. А. Чувилев¹¹. Сходную позицию

⁵ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Н. А. Петухова, Г. И. Загорского. М., 2002. С. 53; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации в редакции закона от 29 мая 2006 г. // Под общ. и науч. ред. А. Я. Сухарева. С. 49.

⁶ Одни авторы в подобных случаях предлагают дело прекратить за отсутствием события преступления (Лукашевич В. З. Прекращение уголовного дела в стадии предварительного расследования по реабилитирующим основаниям. Л., С. 53; Якубович Н. А. Окончание предварительного следствия. М., 1962. С. 101–102; Мотовиловкер Я. О. Основания прекращения уголовного дела по реабилитирующим лицу мотивам // Советское государство и право. 1972. № 9. С. 89–91 и др.). Ряд авторов полагает, что в подобных ситуациях дело должно быть приостановлено за неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого (Чеканов В. Я. Гарантии прав граждан в СССР и усиление их охраны на современном этапе коммунистического строительства. Саратов, 1962. С. 82). Третьи предлагают прекратить производство по делу за недоказанностью участия обвиняемого в совершении преступления (Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. С. 335–336). А. Я. Дубинский рассматривает две ситуации: если не установлено наличие преступления, дело прекращается за отсутствием события преступления. Если же установление события преступления зависит от установления участия определенного лица в совершении этого деяния, дело нужно прекратить за недоказанностью участия обвиняемого в совершении преступления (Дубинский А. Я. Основания к прекращению уголовного дела в стадии предварительного расследования. Киев, 1973. С. 15–16).

⁷ Шимановский В. В. Обеспечение законности и прокурорский надзор при прекращении уголовного дела на предварительном следствии и дознании: Учеб. пособие. СПб., 1996. С. 7.

⁸ Безлепкин Б. Т. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). М., 2002. С. 37.

⁹ Опарин И. Б. Прекращение уголовных дел следователем по реабилитирующим основаниям: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 17.

¹⁰ Термин «деяние» определяется как «действие, поступок» (см.: Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1995. С. 133).

¹¹ Бородин С. В. Разрешение вопроса о возбуждении уголовного дела: Пособие. М., 1970. С. 52; Давыдов П. М., Мирский Д. Я. Прекращение уголовных дел. М., 1963. С. 12; Михайленко А. Р. Возбуждение уголовного



занимал и Я. О. Мотовиловкер, указывавший, что при рассмотрении отсутствия события преступления речь идет лишь «о деянии в смысле его физических свойств независимо от того, оказывается ли оно общественно опасным или противоправным или нет», и потому предлагает заменить соответствующую формулировку в постановлении, с «не установлено событие преступления» на «не установлено деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый»¹².

Присоединяясь к позиции, высказанной Я. О. Мотовиловкером, полагаю, что подобный подход, во-первых, приведет редакцию п. 1 ст. 24 и п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК в соответствие с п. 1 ст. 299 УПК («имело ли место деяние», а не «событие преступления»); во-вторых, устранил возможность толкования закона в том смысле, что в случае оправдания лица по п. 2 ст. 302 суд признает, что событие преступления имело место (иначе подсудимый был бы оправдан по п. 1 ст. 302), но в этом событии преступления нет состава преступления; в-третьих, устранил трудности в разграничении фактических и юридических оснований оправдательного приговора (прекращения производства)¹³.

Таким образом, предполагается, что из содержания термина «преступное событие» следует исключить иные явления, не связанные с деятельностью человека, и поддержать предложение Я. О. Мотовиловкера о необходимости замены вызывающего споры термина «событие преступления» на более понятный и юридически точный: «деяние» (человека), по факту которого осуществлялось уголовное преследование.

Отсутствие события преступления (деяния лица) следует констатировать, когда:

- 1) вмененное лицу (подозреваемому, обвиняемому, подсудимому) деяние не совершалось вообще;
- 2) указанные в обвинении последствия наступили независимо от чьей-либо воли, например в результате действия сил природы.

Все отношения при производстве по уголовному делу и, прежде всего, процесс доказывания концентрируются вокруг двух главных вопросов: имело ли место событие преступления и кто именно его виновно совершил. При разрешении этих вопросов одним из необходимых условий является установление состава преступления.

Термин «состав преступления» принадлежит науке уголовного права и детально разработан. Решение об отказе от уголовного преследования за отсутствием состава преступления основывается на анализе положений УК РФ.

Статьей 8 УК РФ установлено, что основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом, поэтому с очевидностью можно утверждать, что при отсутствии хотя бы одного признака, или элемента, состава преступления уголовное преследование должно быть прекращено за отсутствием в деянии состава преступления.

Пункт 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, закрепляющий в процессуальном законе прекращение уголовного преследования и производства за отсутствием состава преступления, представляет собой общее положение. Раскрыть его можно, только проанализировав нормы Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов, сгруппировав их по следующим основаниям: констатирующие отсутствие объективной стороны, объекта, субъекта, субъективной стороны.

Как правильно указывает Б. Т. Безлепкин, здесь имеются в виду ситуации, когда само деяние подтвердилось, однако оно не содержит, или, по крайней мере, не установлено, что содержит, все обязательные признаки состава преступления¹⁴.

дела в советском уголовном процессе. Саратов, 1975. С. 65; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А. В. Наумов. С. 64 (в нем деяние определяется как «поведение (поступок) человека в форме действия или бездействия»); Стойко Н. Г. Неодказанность обстоятельств уголовного дела. Красноярск, 1984. С. 82; Белозеров Ю. Н., Чувилов А. А. Проблемы обеспечения законности и обоснованности возбуждения уголовного дела: Пособие. М., 1973. С. 32.

¹² Мотовиловкер Я. О. Основной вопрос уголовного дела и его компоненты: Вопросы факта и права: Монография. Воронеж, 1984. С. 104.

¹³ Там же.

¹⁴ Безлепкин Б. Т. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). С. 37.



Применительно к досудебным стадиям уголовного судопроизводства разновидностями проявления указанного основания являются следующие ситуации.

I. Отсутствие одного из элементов состава преступления – субъекта преступления. По данному основанию иногда принимаются решения об отказе в возбуждении уголовного дела.

Отсутствие состава преступления может быть установлено «в отношении лица, не достигшего к моменту совершения деяния, предусмотренного уголовным законом, возраста, с которого наступает уголовная ответственность» (ч. 3 ст. 27 УПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 5 УПК РСФСР). По общему правилу, уголовной ответственности подлежит лицо, достигшее ко времени совершения преступления шестнадцатилетнего возраста (ч. 1 ст. 20 УК РФ). Лишь по небольшой категории уголовных дел, как правило, при совершении тяжких или особо тяжких преступлений, возраст привлечения к уголовной ответственности снижен до четырнадцати лет (ч. 2 ст. 20 УК РФ).

Правоприменитель констатирует отсутствие субъекта преступления в связи с тем, что лицо не отвечает определенным психическим критериям. Это может быть ситуация так называемой возрастной вменяемости¹⁵. Она получила отражение в уголовно-процессуальном законе относительно недавно¹⁶ и возникает, когда лицо, формально достигшее возраста уголовной ответственности, но вследствие отставания в психическом развитии не связанного с психическим расстройством, во время совершения общественно опасного деяния не могло в полной мере осознавать фактический характер своих действий (бездействия) либо руководить ими (ч. 3 ст. 27 УПК). Это основание было предопределено нормой ч. 3 ст. 20 УК РФ¹⁷. Его прототип был закреплен в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных: «Безумие, сумасшествие и припадки болезни, приводящие в умоисступление или совершенное беспаямство», когда не было сомнения, что данное лицо по своему состоянию не могло иметь понятия о противозаконности и самом свойстве своего деяния (п. 3 ст. 98, ст. 101–103 Уложения)¹⁸.

Может возникнуть и иная ситуация, когда лицо, совершившее общественно опасное деяние, страдает психическим расстройством, исключающим вменяемость (п. «а» ч. 1 ст. 97 УК РФ)¹⁹.

В этом случае невменяемость субъекта общественно опасного деяния, как совершенно справедливо отмечали Н. В. Жогин, В. В. Кальницкий, В. В. Николук и Ф. Н. Фаткуллин, повлечет не что иное, как отказ от уголовного преследования за отсутствием состава преступления²⁰.

В случае заболевания лица душевной болезнью в период производства по делу, возможно, следует предусмотреть в законе специальное основание.

II. Отсутствие объективной стороны состава преступления, в том числе такого ее элемента, как причинная связь между противоправным действием (бездействием) и общественно опасными последствиями.

В практической деятельности констатация отсутствия состава преступления в связи с отсутствием объективной стороны имеет место и при вынесении так называемых отсекаю-

¹⁵ Манова Н. С. О некоторых противоречиях уголовного и уголовно-процессуального законодательства // Российский следователь. 2000. № 1. С. 28.

¹⁶ С принятием ФЗ от 21 декабря 1996 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР и Исправительно-трудовой кодекс РСФСР в связи с принятием Уголовного кодекса РФ» с последующими изменениями (см.: СЗ РФ. 1996. № 52. Ст. 5881).

¹⁷ Савицкий В. М. Последние новеллы УПК: прекращение уголовного дела, состав суда, подсудность, подследственность // Российская юстиция. 1997. № 4. С. 18.

¹⁸ Положение ст. 104 Уложения предписывало применять подобные правила глухонемым, а равно лишившимся слуха и языка в детском возрасте, когда нет сомнения, что они «не получили... никакого понятия об обязанностях и законе» (Российское законодательство X–XX веков. Т. 6. С. 317).

¹⁹ В случае психического расстройства несовершеннолетнего необходимо решать вопрос о применении принудительных мер медицинского характера в порядке гл. 51 УПК РФ.

²⁰ Николук В. В., Кальницкий В. В. Уголовно-процессуальная деятельность по применению принудительных мер медицинского характера: Учеб. пособие. Омск, 1990. С. 5; Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. С. 313.



щих постановлений для отграничения одного состава преступления от другого либо для объяснения, почему лицу не инкриминирован тот или иной состав преступления.

III. Отсутствие вины. Вина – это обязательный признак субъективной стороны любого состава преступления, выражаемый в форме умысла или неосторожности, либо того и другого, представляющий собой характеристику уголовным законом интеллектуального и волевого моментов (включая их отсутствие) психического отношения лица к предусмотренному уголовным законом в качестве преступления общественно опасному деянию и его последствиям и определенных сочетаний этих моментов, выражающий отрицательное субъективное отношение лица к социальным ценностям, имеющий психологическое, социально-политическое и уголовно-правовое содержание²¹.

1. *Невиновное причинение вреда.* Согласно уголовно-правовому принципу вины лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина. Объективное вменение, т. е. уголовная ответственность за невиновное причинение вреда, не допускается (ст. 5 УК РФ). При этом деяние признается совершенным невиновно, если:

а) лицо, его совершившее, не осознавало и по обстоятельствам дела не могло осознавать общественной опасности своих действий (бездействия) либо не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий и по обстоятельствам дела не должно было и не могло их предвидеть;

б) лицо, его совершившее, хотя и предвидело возможность наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), но не могло предотвратить эти последствия в силу несоответствия своих физиологических качеств требованиям экстремальных условий или нервно-психическим перегрузкам (ст. 28 УК РФ).

В каждом случае невиновного причинения вреда должно быть установлено событие преступления. Иначе уголовное преследование должно прекращаться не за невиновностью причинения вреда, а за отсутствием события преступления.

2. *Совершение деяния с ненадлежащей формой вины.* Согласно ч. 1 ст. 24 УК РФ виновным в преступлении признается лицо, совершившее деяние умышленно или по неосторожности.

3. *Отсутствие иных признаков субъективной стороны, если они указаны в основном составе преступления.* Помимо вины, субъективная сторона преступления характеризуется такими признаками, как мотив и цель. Если последние указываются в диспозиции определенной статьи Особенной части УК РФ, то они становятся обязательными признаками. В этом случае их отсутствие (неустановление) в конкретном деянии исключает уголовную ответственность и, следовательно, является обстоятельством, влекущим прекращение уголовного преследования за данное деяние.

г) отсутствие общественно опасного деяния:

– деяние имело место, но оно малозначительное, не представляющее общественной опасности в силу ч. 2 ст. 14 УК РФ.

Специфическим социальным признаком, характеризующим деяние, которое имеет уголовно-правовое значение, является его направленность против охраняемых государством общественных отношений, т. е. его общественная опасность. Поэтому согласно ч. 2 ст. 14 УК РФ не является преступлением действие (бездействие) хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности. Это в полной мере отвечает Рекомендации № R (87) 18 Комитета министров Совета Европы «Относительно упрощения уголовного правосудия» от 17 сентября 1987 г.,²² в которой в качестве одного из путей более четкого установления приоритетов в проведении уголовной политики называется возможный отказ от преследования, когда речь идет о малозначимых преступлениях.

²¹ Уголовное право. Часть Общая. Часть Особенная: Учебник / Под общ. ред. Л. Д. Гаухмана, Л. М. Колodka, С. В. Максимова. С. 122.

²² См.: <http://www.hri.ru/docs/?content=doc&id== 126>



Малозначительность деяния на данный момент остается одной из наиболее сложных для уяснения категорий теории уголовного права и правоприменительной практики. Так, проведенное Ч. М. Багировым анкетирование сотрудников правоохранительных органов показало, что 75 % респондентов испытывают трудности при применении положений ч. 2 ст. 14 УК РФ. 46 % опрошенных дознавателей, следователей ОВД и прокуратуры, мировых и федеральных судей назвали эти трудности существенными²³.

Российский законодатель, отрицая возможность принятия решений в уголовном процессе исключительно по мотиву целесообразности (при отсутствии иных обстоятельств), как уже отмечалось выше, данное основание в целом признает императивным. Такой подход, скорее всего, является более верным, так как не только ставит правоприменителю в обязанность принятие соответствующего решения, но и направляет его усилия на установление самого факта малозначительности деяния, поскольку при императивном формулировании данного основания прекращение в силу малозначительности составит факт нарушения закона.

На сегодняшний день малозначительность деяния не предусматривается Уголовно-процессуальным кодексом РФ в качестве самостоятельного основания прекращения уголовного преследования. Авторы комментариев, учебных и научных работ направляют правоприменительную практику таким образом, что прекращаться процессуальная деятельность в данном случае должна за отсутствием состава преступления²⁴. По данным Г. П. Химичевой, в силу малозначительности по п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ прекращается примерно 23,8 % от всех дел, прекращенных за отсутствием состава преступления²⁵.

Признавая абсолютную специфичность малозначительности деяния, некоторые ученые считают, что прекращение необходимо аргументировать не отсутствием состава преступления в деянии лица, а именно малозначительностью последнего²⁶ как нереабилитирующим основанием, исключающим производство по делу²⁷. В целом поддерживая позицию о специфичности данного основания, тем не менее не можем признать целесообразным выделение его в качестве отдельного основания. Малозначительность деяния по смыслу уголовного закона есть обстоятельство, исключающее преступность деяния, и именно в этом качестве, наряду с другими подобными обстоятельствами, оно должно быть закреплено в уголовно-процессуальном законодательстве как основание для прекращения уголовного преследования.

– добровольный отказ довести преступление до конца, если фактически совершенное деяние не содержит состава иного преступления (ст. 31 УК РФ);

– добровольный отказ от преступления, под которым признается прекращение лицом приготовления к преступлению либо прекращение действий (бездействия), непосредственно направленных на совершение преступления, если лицо осознавало возможность доведения преступления до конца. Лицо, добровольно и окончательно отказавшееся от доведения этого преступления до конца, не подлежит уголовной ответственности (ч. 1, 2 ст. 31 УК РФ).

²³ Багиров Ч. М. Малозначительность деяния и ее уголовно-правовое значение: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С. 3. – Основными ошибками правоприменительной практики, по данным Ч. М. Багирова, являются: игнорирование одного из главных эмпирических признаков, условий существования малозначительности деяния – формальной уголовной противоправности действия (бездействия) лица (59,05 % изученных отказных материалов и уголовных дел); некорректный учет отдельных обстоятельств поведения лица в качестве факторов малозначительности (50,8 %); небрежность (нередко граничащая с незаконностью) процессуального оформления решений о малозначительности содеянного (см.: Там же. С. 15–16). См. также: Сергеев Б. М. Отсутствие события и состава преступления как основания к отказу в возбуждении уголовного дела // Следователь. 2002. № 10. С. 8.

²⁴ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В. В. Мозякова. М., 2002. С. 68; Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / Под общ. ред. В. М. Лебедева. М., 2002. С. 48; Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Уголовный процесс. СПб., 2004. С. 339; Ендольцева А. В. Институт освобождения от уголовной ответственности. М., 2004. С. 36 и др.

²⁵ Химичева Г. П. Досудебное производство по уголовным делам; концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности. М., 2003. С. 248.

²⁶ Сергеев Б. М. Отсутствие события и состава преступления как основания к отказу в возбуждении уголовного дела // Следователь. 2002. № 10. С. 7–8.

²⁷ Багиров Ч. М. Малозначительность деяния и ее уголовно-правовое значение: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 16–17; Картохина О. А. Начало и прекращение уголовного преследования следователями органов внутренних дел: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003.



Согласно современной российской системе оснований прекращения уголовного преследования в случае обнаружения факта добровольного отказа от преступления после возбуждения уголовного дела преследование прекращается по п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, т. е. за отсутствием в деянии состава преступления²⁸. О. А. Картохина выделяет его в качестве отдельного основания²⁹, ранее на дополнении тогда еще ст. 5 УПК РСФСР пунктом, предусматривающим освобождение от уголовной ответственности в случаях добровольного отказа, настаивал В. Е. Новичков³⁰.

Х. Д. Аликперов считает, что «освобождение от уголовной ответственности при добровольном отказе от преступления осуществляется не в силу того, что в предшествующих добровольному отказу действиях виновного нет состава преступления. Состав преступления и в этом случае есть. Ведь уголовная ответственность наступает не только за оконченное преступление, но и за приготовление к нему, как и за покушение на совершение преступления... Иными словами, если лицо, добровольно отказавшееся довести преступление до конца, будет застигнуто на стадии приготовления или покушения на преступление, то в этих случаях оно подлежит уголовной ответственности»³¹.

Позволю себе не согласиться с данной позицией. В силу ст. 30 УК РФ лицо подлежит уголовной ответственности за приготовление или покушение только в том случае, если у него был умысел довести начатое до конца, который он не смог реализовать по независящим от него причинам. Собственно, за этот умысел оно и привлекается к ответственности государством, поскольку реальный вред общественным отношениям еще не причинен. Именно желание довести начатое до логического завершения делает лицо опасным. Ситуация, приведенная в качестве примера Х. Д. Аликперовым, «если лицо, добровольно отказавшееся довести преступление до конца, будет застигнуто на стадии приготовления или покушения на преступление», на практике действительно будет решена в пользу привлечения лица к уголовной ответственности, но отнюдь не потому, что это верно с теоретической точки зрения, а лишь в силу практической недоказуемости реальности последующего отказа. Ситуация, когда предполагаемый добровольный отказ можно абсолютно достоверно установить, на практике невозможна, но ей нельзя отказать в существовании на уровне правовой абстракции. И именно эта абстракция дает возможность утверждать, что уголовная ответственность при покушении или приготовлении возникает только в тех случаях, когда лишь вмешательство посторонних сил не дает умыслу на преступление быть окончательно реализованным.

Как уже отмечалось, «событие преступления» охватывает всю внешнюю сторону преступного деяния. Внешняя сторона уголовно наказуемого приготовления или покушения на преступление включает в себя такой обязательный признак, как наличие некоего обстоятельства, послужившего непреодолимым препятствием для доведения преступления до конца. Таким образом, отсутствие данного обстоятельства при прекращении приготовительных действий или действий, непосредственно направленных на совершение преступления, свидетельствует об отсутствии «события преступного приготовления или покушения», т. е., собственно, «события преступления». Это подтверждается и точкой зрения законодателя, который, регламентируя данный институт, использует формулировку «лицо не подлежит уголовной ответственности...», а не «лицо освобождается от уголовной ответственности...», тем самым подчеркивая, что те действия, которые лицо совершило к моменту добровольного отказа, преступными не являются.

Отсюда можно сделать вывод, что прекращать уголовное преследование в случае установления факта добровольного отказа следует за отсутствием события преступления:

– имело место общественно полезное, а не общественно опасное деяние: необходимая оборона, крайняя необходимость или причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 37–39 УК РФ);

²⁸ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В. В. Мозякова. С. 68; См. также: Постановление Президиума Верховного Суда РСФСР по делу Пени и др. // БВС РСФСР. 1988. № 1. С. 10 // Судебная практика к УПК РФ / Под общ. ред. В. М. Лебедева. М., 2005. С. 81–82.

²⁹ Картохина О. А. Начало и прекращение уголовного преследования следователями органов внутренних дел: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.

³⁰ Новичков В. Е. Применение уголовно-правовых норм, поощряющих или обязывающих граждан оказывать помощь правоохранительным органам: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1991. С. 9.

³¹ Аликперов Х. Д. Преступность и компромисс. Баку, 1992. С. 71.



– законодателем признается отсутствие общественной опасности в случае причинения вреда при обоснованном риске, преследующем достижение общественно полезной цели (ст. 41 УК РФ).

д) деяние произошло, но не является противоправным:

– за искомые действия (бездействие) продолжительный период времени (никогда) не была предусмотрена уголовная ответственность;

– расследуемое деяние полностью декриминализовано (например, с 1 января 1997 г. декриминализованы все виды недонесения о преступлении);

– укрывательство преступлений небольшой и средней тяжести, за исключением случаев приобретения или сбыта имущества, заведомо добытого преступным путем, уголовная ответственность за которые предусмотрена ст. 175 УК РФ;

– отказ лиц, перечисленных в ч. 3 ст. 56 УПК РФ, от дачи показаний. Это деяние должно быть признано правомерным, исходя из положений как УПК РФ, так и других федеральных законов. Например, право члена Совета Федерации или депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ отказаться от дачи показаний по обстоятельствам, ставшим ему известными в связи с выполнением им своих служебных обязанностей, закреплено в ст. 21 Федерального закона «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации».

е) иные виды отсутствия состава преступления. Состав преступления отсутствует в действиях (бездействии) конкретного человека и в некоторых других случаях. Так, согласно ст. 40 и 42 УК РФ не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам:

– в результате физического принуждения, если вследствие такого принуждения лицо не могло руководить своими действиями (бездействием), а равно лицом, действующим во исполнение обязательного для него приказа или распоряжения.

Уголовную ответственность за причинение такого вреда должны нести люди, принуждавшие к совершению преступления или отдавшие незаконный приказ или распоряжение³².

Следует отметить, что деяние, в отношении которого решается вопрос о наличии состава преступления, может быть по своей сути общественно опасным либо вообще не являться общественно опасным, но в своих внешних проявлениях быть похожим на таковое.

Таким образом, в науке уголовного процесса данное основание изучено сравнительно глубоко; при этом нельзя констатировать какие-либо принципиальные разногласия между учеными, правоприменителями по рассматриваемому основанию, которое достаточно часто³³ встречается при принятии решений по уголовным делам (из 200 изученных автором дел 52 (или 26 % от общего количества) прекращены по п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ).

Таким образом, подводя итог рассмотренному вопросу, полагаю, что в случае обнаружения факта добровольного отказа от преступления после возбуждения уголовного дела, преследование прекращается по п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, т. е. за отсутствием в деянии события преступления. Кроме того, рассмотрев термин «преступное событие», полагаю, следует исключить из его содержания иные явления, не связанные с деятельностью человека, и внести в ст. 24 УПК РФ изменения, изложив п. 1 ч. 1 – «за отсутствием деяния», что, во-первых, приведет редакцию п. 1 ст. 24 и п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК в соответствие с п. 1 ст. 299 УПК («имело ли место деяние», а не «событие преступления»); во-вторых, устранил трудности в разграничении фактических и юридических оснований прекращения уголовного преследования.

³² Рыжаков А. П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М., 2002. С. 334–335.

³³ На что указали и 26 % из 90 опрошенных прокуроров, следователей и дознавателей (из них: прокуроры – 9 %, следователи – 10 %, дознаватели – 7 %).

Раздел 3

КОНСТИТУЦИОННАЯ ЮСТИЦИЯ

А. А. Джагарян, Н. В. Джагарян
A. A. Dzhagaryan, N. V. Dzhagaryan

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РОССИИ КАК ФАКТОР СТАНОВЛЕНИЯ СУВЕРЕННО-ДЕМОКРАТИЧЕСКОГО ГОСУДАРСТВА

CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION AS THE FACTOR OF FORMATION OF A SOVEREIGN DEMOCRATIC STATE

Аннотация. Статья посвящена анализу становления России как суверенно-демократического государства и роли в этом процессе Конституционного Суда РФ. Авторы исходят из того, что понятия суверенитета и демократии отражают объективную сложность связей соответствующих юридических форм и их фактического содержания, могут по-разному соотноситься между собой в том или ином национально-историческом контексте. Их реальное практическое единство, при котором подлинным субъектом государственного управления становится народ, достигается за счет применения системы мер, в том числе конституционно-судебного характера. В статье определяются способы (формы) воздействия Конституционного Суда РФ на развитие суверенно-демократической государственности и раскрываются ее основные принципы, выработанные в практике конституционного правосудия.

Ключевые слова. Конституционный Суд Российской Федерации, суверенитет, демократия, становление суверенно-демократического государства, развитие суверенно-демократического государства.

Annotation. This paper is devoted to the analysis of the formation of Russia as a sovereign, democratic state and the role of the Constitutional Court of the Russian Federation in such formation. Authors assume that definitions of the sovereignty and democracy reflect the objective complexity of the legal relationships between their existing forms and actual content, and can relate differently to each other in a national-historical context. Real practical unity of the sovereignty and democracy, by which people become a true supreme subject of the governance, is achieved through the application of measures, including constitutional-judicial nature. The article defines ways (forms) of the Constitutional Court of the Russian Federation impact on the development of sovereign-democratic statehood and its basic principles that developed in the constitutional justice's practice.

Keywords. Constitutional Court of the Russian Federation, sovereignty, democracy, formation of a sovereign democratic state, development of a sovereign democratic state.

Суверенная государственность России и незыблемость ее демократической основы – важнейшие ценностные начала, с утверждением и защитой которых российский народ связал принятие Конституции РФ 1993 г. В соответствии с этим Конституция РФ провозглашает Россию демократическим правовым государством с республиканской формой правления, носителем суверенитета и единственным источником власти в котором является многонациональный народ; он осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и местного самоуправления (ч. 1 ст. 1, ч. 1 и 3 ст. 3).



Эти положения, составляющие основы конституционного строя, императивны и безусловны. В сверхконцентрированной, предельно обобщенной, по сути принципной форме они задают базовые нормативные параметры национальной конституционной системы и государственно-правовой механизм жизнеустройства народа, общие стратегические рамки государственно-общественного развития. Вместе с тем конституционная формализация суверенитета и демократии как позитивных атрибутов государства еще не означает, что в системе отношений реального властвования они существуют нераздельно и функционируют как единое целое.

1. Будучи по своей природе и характеру политико-правовыми категориями, понятия суверенитета и демократии отражают объективную сложность связей соответствующих юридических форм и их фактического (материального) содержания и могут по-разному соотноситься между собой в том или ином национально-историческом контексте. Следует согласиться с проф. М. Н. Марченко в том, что реальное содержание государственного суверенитета наполняется не только и даже не столько юридической, сколько экономической, социальной, политической и иной реально существующей объективированной материей¹. Юридическое всегда включает в себя фактическое. Право же, не опирающееся на действительность, не есть право в полном смысле, а только голая и безжизненная юридическая форма.

Внешнеформально, по смыслу Конституции РФ, в Российской Федерации нет и не может быть органов публичной власти, полномочия которых не исходят от власти народа, но все органы государственной власти и местного самоуправления должны рассматриваться как организационно-правовые формы реализации народовластия; именно народ располагает правом формировать аппарат публичной власти и воздействовать на него так, чтобы в случае отклонения деятельности субъектов государственного управления от интересов народа привести ее в соответствие со своей волей; субъективное конституционное правопользование (демократическими свободами) связано целями конституционного строя и имеет своим пределом сохранение народа. Однако фактические отношения могут складываться иначе, так что народный суверенитет – даже при формальном выражении народной воли посредством выборов или референдумов – не получает своего действительного (и действенного) воплощения в суверенитете государства, выступая только его формально-юридической и концептуально-идеологической предпосылкой (обоснованием). При этом присущее демократии начало свободы – ничем не сдерживаемое, гипертрофированное – возводит в суверенно-субъектное состояние каждого индивида, его права и свободы, расщепляя тем самым национальное духовно-политическое единство (непременное условие суверенной субъектности народа).

Как свидетельствует недавний исторический опыт нашей страны, суверенное и демократическое с формально-юридической точки зрения государство практически может быть таким, где индивидуальная свобода как ценность прямо отвергает державность (суверенность) народа (достаточно вспомнить лозунги «чем меньше государства, тем лучше», «рынок автоматически отрегулирует общественные отношения, все расставит на свои места, и никакого контроля, тем более государственного, ему не нужно»); воля большинства не имеет решающего значения в государственном управлении; политический класс глубоко денационализирован и зависим от внешних экономических воздействий, имея предметом своего первостепенного интереса максимизацию собственной материальной выгоды; народ, обладая суверенной правоспособностью, не имеет возможности в полной мере реализовать ее в политико-правовой и производственно-хозяйственной деятельности, ограничен в суверенной дееспособности; фактическую социальную субстанцию государственного суверенитета составляет социально-агрессивное (олигархическое) меньшинство – не сдерживаемое никакой высшей властью, но само для себя такую власть создающее и направляющее, – суверенная свобода которого ведет к порабощению большинства.

Не секрет, что реальным (фактическим) субъектом государственного суверенитета является та социальная сила, которая в конкретно-исторических условиях осуществляет за счет имеющихся в ее распоряжении финансово-экономических, административно-политических,

¹ Марченко М. Н. Государственный суверенитет: проблемы определения понятия и содержания // Правоведение. 2003. № 1. С. 186.



инфраструктурных, информационных, интеллектуальных ресурсов политическое господство, способна возводить свою волю в форму велений государства и тем самым обеспечивать реализацию своих интересов путем применения мер государственного принуждения. Эта господствующая властная воля образует социально-политическое содержание государственного суверенитета, наполняет им юридическую государственно-суверенную форму. Конечно, политическое господство осуществляется не только через государственную власть и потому не сводимо к ней. Однако именно в государственно-властной форме оно достигает наивысшей степени централизации, координации и организованности, приобретая характер политического верховенства.

Стремясь к формализации фактически-суверенного статуса, охране его материальных предпосылок, господствующая социальная сила обеспечивает закрепление в позитивном праве определяющих ее доминирование отношений собственности и выдвигает идеологическое обоснование своего социально-политического господства; обеспечивает наполнение публичной власти лояльными кадрами и через имеющийся инструментарий оказывает влияние на формирование основных направлений государственной политики; осуществляет целенаправленное воздействие на процесс конституционализации государственно-общественной системы с тем, чтобы посредством нормоустановительной, правоприменительной и судебной деятельности определить в пределах нормативно-семантического диапазона конституционных правоположений приемлемые для себя интерпретации и утвердить их в общественной практике в качестве нормативно-исторического должного, либо при необходимости иницирует (и возглавляет) корректировку конституционного регулирования.

Признание суверенной социальной силой всего народа не может быть априорным и аксиоматичным. Такое его положение достигается путем последовательного и эффективного концептуально-идеологического, нормативно-регулятивного, организационно-правового, процедурно-процессуального, финансово-экономического и социально-практического обеспечения взаимосогласованного единства суверенных и демократических начал государственно-общественного устройства и народной жизни. Речь идет о формировании такого качественного состояния государства, при котором народный суверенитет является началом и одновременно объективным пределом демократии, за который она не может выходить без ущерба для конституционно-правовой безопасности личности, общества, государства, а демократия, в свою очередь, выступает политико-правовым механизмом осуществления суверенных прав народа – как в непосредственной, так и в представительной-опосредованной публично-властной деятельностью органов государства формах. Такое государство, представляя по своей сути суверенно-демократическим образом организованный народ, призвано быть сильным, мощным, эффективным, способным к защите основ конституционного строя и устойчивому социально-экономическому развитию.

Формирование суверенно-демократического государства во многом связано с правосознанием народа, его самоопределением через деятельность ведущих интеллектуальных сил в качестве субъекта права и государственно-правовой истории, самостоятельного в избрании своей судьбы, направлений, способов и темпов развития, своей волей и в своих интересах утверждающего систему и иерархию демократических ценностей, релевантную его национально-историческим традициям и представлениям о справедливом мироустройстве. Суверенно-демократическое самосознание определяет целеполагание народной деятельности, формирование народом национально ориентированного политического класса (прежде всего, президентуры и народного представительства), нормативное установление регулятивных и охранительных механизмов, направленных на обеспечение национального единства и проведение государственной политики в соответствии с коренными интересами народа.

2. Особую роль в процессе становления суверенно-демократического государства в России играет Конституционный Суд РФ. Это далеко не случайно, если иметь в виду глубинные сущностные взаимосвязи конституционного правосудия с суверенитетом и демократизмом государства.

Как политико-правовой институт национальной государственности конституционное правосудие выступает порождением суверенно-демократических основ конституционного строя России. По своему предназначению в механизме народовластия оно призвано во-



площадь суверенитет народа в государственно-властных актах, направленных на охрану неизблемости народной воли, выраженной в Конституции РФ, гарантировать верховенство и прямое действие Основного закона, защиту государственно-общественных ценностей, основных прав и свобод человека и гражданина.

Суверенно-демократическая природа конституционного правосудия проявляется и на субъективно-личностном уровне – в праве на конституционную жалобу (ч. 4 ст. 125 Конституции), которое обеспечивает каждому гражданину возможность от имени народа поставить вопрос о соответствии принятого органами государственной власти нормативного правового акта народной воле, выраженной в Конституции РФ. Эта возможность воплощает в себе как индивидуальный (частный) интерес, связанный с восстановлением нарушенных прав, так и публичный интерес, направленный на поддержание законности и конституционного правопорядка². Соответственно участие в процедурах конституционного нормоконтроля следует рассматривать как одну из значимых форм участия в управлении делами государства (ч. 1 ст. 32 Конституции), через которую реализуется конституционно-правовой статус гражданина как ассоциированного субъекта народного суверенитета.

Вместе с тем в процессе реализации своих полномочий Конституционный Суд РФ развивает и конкретизирует конституционные основы суверенитета и демократии, определяет их соотношение и взаимодействие в структурных элементах национальной государственно-правовой системы и, исходя из этого, проводит конституционализацию текущего законодательства, судебной и иной правоприменительной практики, вводит субъективное правопользование в режим соответствия суверенно-демократическим ценностям. Раскрывая в конкретно-казуальной или абстрактно-обобщенной форме смысл соответствующих положений Конституции РФ с учетом фактической конституционной практики, социально-исторического контекста и стратегических общенациональных интересов, Конституционный Суд РФ формирует конституционную доктрину суверенно-демократического государства как расширенное конституционное обоснование и конституционную технологию сильного эффективного государства, основанного на национально-исторической идентичности и приверженного ценностям конституционно-правового патриотизма.

Это обеспечивается посредством реализации Конституционным Судом РФ функций конституционно-судебного контроля.

Во-первых, это *программно-идеологическая* функция конституционно-судебного контроля. Она является отражением соответствующих характеристик самой Конституции РФ как акта программирования общественно-государственной жизни и формализации основополагающих интересов, идеалов и целей народа. Эта функция направлена на выявление конституционных приоритетов государства и общества и укоренение в общественном правовом сознании конституционных ценностей, включая ценности демократического суверенитета и суверенной демократии в их реальном, «живом» воплощении. Как верно подмечено в одном из решений Конституционного Суда Венгерской Республики, конституционный суд должен вести работу по разъяснению теоретических основ Конституции и закрепленных в ней прав и по формированию своими решениями некой согласованной системы, которая как «невидимая конституция» обеспечивает надежный стандарт конституционности³.

Идеологическая функция конституции и производная от нее соответствующая функция конституционного правосудия являются практическим воплощением ценностей конституционализма, имеют объективный характер и в сущности (как таковые) не связаны обстоятельствами места и времени. Вместе с тем содержательное наполнение конституционной идеологии определяется национально-историческим опытом осмысления конституционализма, традиционными государственно-общественными конституционными практиками, присущим народному сознанию идеалом справедливого (соответствующего

² См.: абз. 3 п. 2 мотив. части Определения КС РФ от 12 мая 2005 г. № 244-О // СЗ РФ. 2005. № 32. Ст. 3396; абз. 3 п. 2 мотив. части Определения КС РФ от 12 июля 2006 г. № 182-О // Там же. 2006. № 40. Ст. 4204.

³ Решение 23/1990 (Х.31.). – Цит. по: *Шайо А., Уитц Р.* Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии // Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия: Сб. докладов. М., 2007. С. 155.



добру и правде) устройства жизни, конкретно-историческими условиями национального самосознания. Конституционная идеология суть духовное выражение основ конституционного строя России, а потому она находится за пределами действия запрета, содержащегося в ч. 2 ст. 13 Конституции РФ.

В этом плане не случайно, что в своей практике Конституционный Суд РФ нередко оперирует категориями «конституционная ценность», «социальная ценность», «ценность конституционного строя» и т. п., при том что значение формулируемых правовых позиций он определяет как в том числе доктринальное⁴.

Во-вторых, это *нормотворческая функция* конституционно-судебного контроля. Используя и применяя общенормативные предписания Конституции РФ, Конституционный Суд РФ в то же время осуществляет их конституционно-правовую конкретизацию, включая принципы демократии и суверенитета, повышает степень их юридической определенности и взаимосогласованности применительно к той или иной сфере общественных отношений, входящей в предметную сферу конституционного спора. Одновременно обеспечивается уплотнение конституционно-правового регулирования, снимаются противоречия и разрешаются конфликты в действующем законодательстве; государственно-правовая система приводится в состояние конституционности.

Конституционно-судебное нормотворчество оформляется в государственно-властных актах Конституционного Суда РФ, которые – как сами по себе, так и сформулированные в них правовые позиции – имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение⁵. При этом речь идет не только о негативном аспекте конституционного правосудия, состоящем в признании оспариваемых законоположений не соответствующими Конституции РФ и лишении их на этой основе юридической силы, в результате чего создается, по существу, норма-запрет на принятие вновь признанного неконституционным правового регулирования либо аналогичного ему. Хотя уже это, очевидно, существенным образом сближает акты Конституционного Суда РФ с законотворческими.

Конституционный Суд РФ не только разрешает конкретные споры о конституционном праве и устанавливает возможность (или невозможность) существования оспариваемой нормы в конституционно-правовой системе государства, но и определяет путем интерпретационной деятельности то нормативно-смысловое содержание нормы закона, в котором только она и может применяться. В этом коренное отличие Конституционного Суда РФ от обычных судов, которые могут формировать лишь прецедентное право.

Позитивное конституционно-судебное нормотворчество проявляется, в частности, путем: герменевтического выведения из Конституции РФ конкретных юридических предписаний, связывающих всех субъектов права; конституционного истолкования текущего законодательства, через которое выявляется его конституционно-правовой смысл; конституционную корректировку правоприменительной практики; предписания законодателю⁶.

В-третьих, это *контрольно-гарантийная функция* конституционного правосудия. Она состоит в обеспечении соответствия текущего законодательства, правоприменительной и правореализационной практики принципам и нормам Конституции РФ и тем самым гарантирует охрану и защиту конституционного строя Российской Федерации как суверенно-демократического государства.

3. В процессе реализации названных функций Конституционным Судом РФ были сформулированы основополагающие принципы национального правопонимания суверенно-демократического государства, имеющие значение стратегических ориентиров, непосредственно-руководящих начал и вместе с тем конституционно-правовых критериев оценки правомерности законотворческой и правоприменительной практики.

⁴ См.: абз. 5 п. 5 мотив. части Постановления КС РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П // СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1230.

⁵ См.: п. 4 мотив. части Постановления КС РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П // Там же. 1998. № 25. Ст. 3004.

⁶ Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. 2007. № 4.



3.1. *Принцип единства индивидуальной свободы и гражданской ответственности.* Будучи равноправным субъектом суверенно-демократического государственного общежития, индивид в меру своего достоинства как гражданин не только управомочен в отношении государства и общества, но и связан субъективными обязанностями ответственного служения народу как коллективному самоорганизующемуся субъекту. В соответствии с этим защита Отечества провозглашена в ч. 1 ст. 59 Конституции РФ долгом и обязанностью (одной из немногих!) каждого гражданина России. При этом данное конституционное положение имеет свое особое нормативное содержание, не совпадающее с содержанием конституционной обязанности несения военной службы (ч. 2 ст. 59), в том числе в ситуации войны; в социально-правовом плане оно формирует целеполагание субъективной свободы и устанавливает ее объективный предел, вменяя гражданину в обязанность не только воздерживаться от действий, посягающих на достоинство народа и достоинство государства, но и поддерживать их в меру своей свободы.

Так, в области политической свободы гражданин выступает участником управления делами государства, что определяет его субъектом, действующим в общих интересах. В частности, в субъективных избирательных правах воплощается как личный интерес каждого конкретного избирателя, так и публичный интерес, реализующийся в объективных итогах выборов и формировании на этой основе органов публичной власти⁷. Следовательно, правовое регулирование избирательных прав должно соотноситься с конституционно-правовыми функциями и предназначением органов публичной власти, призванных независимо от порядка своего формирования, осуществлять эффективное, а значит, профессиональное, квалифицированное и ответственное управление делами государства и общества в интересах населения, что в свою очередь применительно к выборным органам требует, по крайней мере, наличия у кандидатов определенного жизненного опыта, уровня знаний и зрелости⁸. Поскольку критерии избираемости должны обеспечивать верховенство и полновластие народа-суверена, пассивное избирательное право не может быть признано за теми лицами, которые, будучи гражданами Российской Федерации, имеют одновременно гражданство иностранного государства⁹. Волеизъявление такого лица – в случае его избрания – в процессе реализации должностных полномочий может обуславливаться не только требованиями конституционного правопорядка Российской Федерации и интересами ее народа, но и требованиями, вытекающими из принадлежности к иностранному государству. Между тем формально-юридическая либо фактическая подчиненность должностного лица суверенной воле не только народа Российской Федерации, но и народа иностранного государства не согласуется с конституционными принципами независимости избранного представителя народа и государственного суверенитета и ставит под сомнение верховенство Конституции РФ.

Экономическая свобода индивида также связана целями общего блага и должна соотноситься с конституционными характеристиками Российской Федерации как правового государства с социально ориентированной рыночной экономикой¹⁰; не являясь абсолютной, она может быть ограничена с учетом основных конституционных ценностей, включая экономическую безопасность государства¹¹. Равным образом, в сфере социальных отношений частные интересы взаимосвязаны с интересами публичными, которые, в частности, характеризуются принципом социальной солидарности поколений¹².

⁷ См.: абз. 1 п. 3 мотив. части Постановления КС РФ от 29 декабря 2004 г. № 17-П // СЗ РФ. 2004. № 49. Ст. 4948.

⁸ См.: абз. 5 п. 2 мотив. части Определения КС РФ от 21 февраля 2002 г. № 27-О // Архив КС РФ.

⁹ Определение КС РФ от 4 декабря 2007 г. № 797-О-О // СЗ РФ. 2007. № 52. Ст. 6533.

¹⁰ См.: абз. 4 п. 3 мотив. части Постановления КС от 24 февраля 2004 г. № 3-П // Там же. 2004. № 9. Ст. 830.

¹¹ См.: абз. 2 п. 2 мотив. части Постановления КС РФ от 20 мая 1997 г. № 8-П // Там же. 1997. № 21. Ст. 2542.

¹² См.: абз. 5 п. 2 мотив. части Постановления КС РФ от 24 февраля 1998 г. № 7 // СЗ РФ. 1998. № 10. Ст. 1242; абз. 2 п. 2.1 мотив. части Определения КС РФ от 12 апреля 2005 г. № 164-О // Там же. 2005. № 27. Ст. 2812; абз. 3 п. 3.1 мотив. части Определения КС РФ от 11 мая 2006 г. № 187-О // Там же. 2006. № 32. Ст. 3585.



В более общем плане единство свободы и социальной ответственности определяет интегральное взаимодействие интересов личности, общества и государства, которые в своей совокупности составляют национальные интересы России¹³.

3.2. Принцип достоинства личности как меры позитивных социальных обязательств государства. В суверенно-демократическом государстве личность человека как гражданина персонифицирует достоинство в той же мере, в какой его обобществляет государство. Иными словами, ценность индивидуального достоинства определяется духовно-нравственным обликом в единстве с соблюдением гражданско-политического (публичного) долга. Сама же гражданская личность выступает персонализированным выражением конституционного строя, связанного необходимостью обеспечения ее свободного развития и благополучия. Стало быть, гражданин вправе рассчитывать на формирование и поддержание для него государственно-организованным обществом системы условий и гарантий, в том числе экономического характера, полноценного развития и реализации его внутреннего творческого потенциала. С этих позиций личный достаток – материальная основа конституционно-правового статуса гражданина, один из важных экономических факторов полноты и устойчивости политико-правовых связей индивида и общества и соответственно необходимая предпосылка эффективного функционирования созидательных сил всего народа.

Именно в решениях Конституционного Суда РФ принцип социального государства и социальные права граждан были интерпретированы как возлагающие на государство обязанность заботиться о благополучии своих граждан, при том что государство не вправе произвольно отказываться от принятых на себя во исполнение данной конституционности обязанности публично-правовых обязательств¹⁴, а объем таких обязательств должен гарантировать социально слабым материальную обеспеченность на уровне, необходимом для удовлетворения основных жизненных потребностей. В системе действующего правового регулирования нормативными критериями определения такого объема являются показатели прожиточного минимума, которые входят в нормативное содержание конституционного права на социальное обеспечение¹⁵.

Сегодня в ситуации финансово-экономического кризиса неукоснительное исполнение государством его социальной функции имеет особое значение, жестко детерминировано целями поддержания социальной стабильности и, будучи существенной мерой охраны основ конституционного строя, вместе с тем имеет значение для формирования социально-экономического базиса инновационного развития государства.

3.3. Принцип полноты и неделимости суверенитета народа. Суверенно-демократическое государство суть государство верховенства и полновластия народа как единой целой юридической, политической, исторической, социокультурной и производственно-хозяйственной общности. Никакая часть народа – будь то население субъекта федеративного государства или местное сообщество – не может претендовать на обладание правами народа как целого или подобными им верховными (суверенными) правами.

Тем не менее в реальной политико-правовой практике внутрифедеративные территориальные образования нередко ссылаются на принцип федерализма в целях обоснования некоего «параллельного», «частичного», «ограниченного» суверенитета, «суверенных прав народа субъекта в пределах ведения субъекта федерации». По сути, это оправдание сепаратизма, международной правосубъектности внутригосударственного образования, прямая угроза государственному единству и целостности.

Конституционный Суд РФ категорически отверг такого рода антиконституционные подходы, получившие распространение в ряде субъектов Российской Федерации в 1990-е годы.

¹³ См.: абз. 3 п. 2 мотив. части Определения КС РФ от 2 октября 2003 г. № 345-О // Вестник КС РФ. 2004. № 1.

¹⁴ См.: абз. 3 п. 4 мотив. части Постановления КС РФ от 24 мая 2001 г. № 8-П // СЗ РФ. 2001. № 22. Ст. 2276; абз. 1 п. 2.2 мотив. части Постановления КС РФ от 5 апреля 2007 г. № 5-П // Там же. 2007. № 15. Ст. 1820; абз. 2 п. 4 мотив. части Определения КС РФ от 3 июля 2007 г. № 523-О-П // Архив КС РФ. 2007; абз. 1 п. 2.1 мотив. части Определения КС РФ от 17 июля 2007 г. № 624-О-П // СЗ РФ. 2007. № 42. Ст. 5083.

¹⁵ Определение КС РФ от 15 февраля 2005 г. № 17-О // СЗ РФ. 2005. № 16. Ст. 1479.



Конституция РФ, согласно его решениям, не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо многонационального народа России, и, следовательно, не предполагает какого-либо иного государственного суверенитета, помимо суверенитета Российской Федерации. Суверенитет Российской Федерации в силу Конституции РФ исключает существование двух уровней суверенных властей, находящихся в единой системе государственной власти, которые обладали бы верховенством и независимостью, т. е. не допускает суверенитета ни республик, ни иных субъектов Российской Федерации. Республики как субъекты Российской Федерации не имеют статуса суверенного государства, и решить этот вопрос иначе в своих конституциях они не могут, а потому не вправе наделить себя свойствами суверенного государства – даже при условии, что их суверенитет признавался бы ограниченным¹⁶.

Несмотря на эти вполне однозначные выводы, в текущих условиях существенного обострения политической и экономической борьбы за материальные ресурсы, опаснейшие настроения суверенизации субъектов Российской Федерации вновь проявились в отдельных регионах. Так, конституционные суды Республики Коми и Республики Саха (Якутия) в своих недавних решениях соответственно от 11 декабря 2008 г.¹⁷ и от 18 февраля 2009 г.¹⁸ установили, что народы этих субъектов Российской Федерации якобы являются в них источником власти и обладают суверенитетом вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Подобные реминисценции либерал-анархизма конца прошлого столетия, когда суверенитета регионам предлагалось брать столько, сколько они могли проглотить, должны быть решительным образом пресечены, в том числе с участием Конституционного Суда РФ. Следует напомнить, в частности, что в соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 18 июля 2003 г. № 13-П (п. 5.2 мотив. части)¹⁹ правом на обращение в Конституционный Суд РФ по вопросу о соответствии Конституции РФ конституций и уставов субъектов Российской Федерации (в том числе вне связи с конкретным делом) наряду с иными субъектами обладает и Генеральный прокурор РФ, который может инициировать конституционный контроль соответствующих нормативных актов, в том числе в том их значении, какое им придано правоприменительной практикой конституционных судов субъектов Российской Федерации.

Неделимость суверенитета исключает возможность признания неких «суверенных прав» и за местными сообществами, деятельность которых в силу ст. 1 (ч. 1), 4 (ч. 2), 15 (ч. 1 и 2) и 76 (ч. 1, 2 и 5) Конституции РФ должна осуществляться исключительно на правовых основаниях и в пределах, дозволенных Конституцией и действующим законодательством²⁰. Городские и сельские муниципальные образования как таковые предназначены для решения вопросов местного значения (которые могут быть решены данным поселением самостоятельно, под свою ответственность), а не вопросов, которые по существу должны решаться посредством государственной власти²¹. В связи с этим нарушением конституционного принципа суверенитета следует считать такую ситуацию, когда на муниципальный уровень передается вся совокупность или основной (решающий) объем государственных полномочий в рамках той или иной функции государственной власти, включая функцию социальной защиты населения.

¹⁶ См.: п. 2.1 мотив. части Постановления КС РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П // СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728; п. 2.1 мотив. части Определения КС РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О // Там же. № 29. Ст. 3117; п. 3.1 мотив. части Определения КС РФ от 6 декабря 2001 г. № 249-О // Там же. 2002. № 4. Ст. 374.

¹⁷ Постановление Конституционного Суда Республики Коми от 11 ноября 2008 г. // Республика. 2008. 19 ноября.

¹⁸ Конституционный суд Якутии дал толкование статей Конституции республики о суверенитете // Интерфакс. 2009. 18 февр.

¹⁹ СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3101.

²⁰ См.: абз. 4 п. 4 мотив. части Постановления КС РФ от 11 ноября 2003 г. № 16-П // СЗ РФ. 2003. № 46 (ч. 2). Ст. 4509; абз. 4 п. 2.2 мотив. части Постановления КС РФ от 17 июня 2004 г. № 12-П // Там же. 2004. № 27. Ст. 2803.

²¹ См.: абз. 2 п. 4 мотив. части Постановления КС РФ от 24 января 1997 г. № 1-П // СЗ РФ. 1997. № 5. Ст. 708; абз. 2 п. 3 мотив. части Постановления КС РФ от 22 ноября 2003 г. № 16-П // Там же. 2003. № 46 (ч. 2). Ст. 4509; абз. 2 п. 2 мотив. части Определения КС РФ от 10 апреля 2002 г. № 92-О // Там же. 2002. № 25. Ст. 2514.



3.4. *Принцип самостоятельности народа в определении организационно-правового механизма достижения конституционных целей.* Конституционные положения, закрепляющие конституционно-правовой статус Российской Федерации как суверенного государства, основанного на принципах демократии, верховенства права, федерализма, определяют необходимость соответствующего организационно-правового механизма достижения фундаментальных целей, провозглашенных многонациональным народом Российской Федерации при принятии Конституции РФ, таких как утверждение прав и свобод человека, незыблемости демократической основы России, возрождение ее суверенной государственности и сохранение исторически сложившегося государственного единства (преамбула Конституции РФ).

Согласно решениям Конституционного Суда РФ²², Российская Федерация, исходя из указанных целей и с учетом вытекающего из Конституции РФ требования о балансе конституционно защищаемых ценностей и общенациональных интересов, на каждом конкретном этапе развития своей государственности самостоятельно корректирует установленный ею государственно-правовой механизм, в том числе в части, касающейся обеспечения единства системы государственной власти и разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Такое правомочие как неотъемлемый элемент конституционно-правового статуса Российской Федерации обусловлено ее государственным суверенитетом, полнота которого изначально принадлежит Российской Федерации в целом, а не ее субъектам, чем обуславливается и характер федеративного устройства Российской Федерации.

Самостоятельный выбор народом наиболее приемлемых способов жизнеустройства соотносится с общепризнанным принципом суверенного равенства и коррелирует европейской доктрине демократии в интерпретации Европейского Суда по правам человека. В своей прецедентной практике Суд исходит из того, что существует множество способов организации политических и, в частности, избирательных систем, и обеспечения их функционирования и множество различий, *inter alia*, в историческом развитии, культурных особенностях и политических взглядах среди европейских государств, в силу чего каждая Договаривающаяся Сторона вправе сама формировать свое видение демократии (Application no. 74025/01, *Hirst v. United Kingdom*, Judgment of 6 October 2005; Application no. 58278/00, *Zdanolka v. Latvia*, Judgment of 16 March 2006).

3.5. *Принцип единства публичной власти.* В Российской Федерации как суверенно-демократическом государстве суверенитет народа осуществляется путем непосредственного коллективного участия граждан в процессе государственного волеобразования, а также через органы государственной власти и местного самоуправления, что определяет принципиальное единство публичной власти.

Надо сказать, что сама категория «публичная власть», не имеющая формально-юридического конституционного и законодательного закрепления, получила конституционное обоснование в практике Конституционного Суда РФ в качестве родового понятия по отношению ко всем публично-территориальным общностям в Российской Федерации²³. Согласно его Постановлению от 9 июля 2002 г. № 12-П органы публичной власти являются формой реализации власти многонационального народа Российской Федерации²⁴. Это означает, что органы власти Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных

²² См.: абз. 2 и 3 п. 2 мотив. части Постановления КС РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 336. – См. также: абз. 5 п. 2 мотив. части Определения КС РФ от 2 ноября 2006 г. № 540-О // Вестник КС РФ. 2007. № 2.

²³ См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 11 ноября 1997 г. № 16-П // СЗ РФ. 1997. № 46. Ст. 5339; от 19 мая 1998 г. № 15-П // Там же. 1998. № 22. Ст. 2491; от 10 июня 1998 г. № 17-П // Там же. № 25. Ст. 3002; от 17 июля 1998 г. № 22-П // Там же. № 30. Ст. 3800; от 23 марта 2000 г. № 4-П // Там же. 2000. № 13. Ст. 1429; от 11 апреля 2000 г. № 6-П // Там же. № 16. Ст. 1774; от 15 января 2002 г. № 1-П // Там же. 2002. № 6. Ст. 626; от 13 мая 2004 г. № 10-П // Там же. 2004. № 21. Ст. 2094; от 29 ноября 2004 г. № 17-П // Там же. № 49. Ст. 4948; от 21 декабря 2005 г. № 13-П // Там же. 2006. № 3. Ст. 336.

²⁴ См.: абз. 2 п. 2.1 мотив. части Постановления КС РФ от 9 июля 2002 г. № 12-П // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2909.



образований организационно и функционально связаны общими конституционными принципами управленческого воздействия на общественные отношения и единым конституционным стандартом гарантирования прав и свобод граждан, независимо от места проживания на территории Российской Федерации и соответственно от принадлежности к той или иной публично-территориальной общности.

3.6. Принцип учета объективных особенностей исторического развития народа при реализации конституционных институтов суверенно-демократической государственности. Суверенитет народа обеспечивается и тем, что он сам для себя устанавливает сообразную с национальными духовно-культурными традициями и представлениями о справедливом жизнеустройстве систему и иерархию демократических ценностей; определяет направления, формы и темпы демократических преобразований; утверждает и на каждом конкретном историческом этапе развития государственности с учетом реального социального, политического, экономического, культурного контекста корректирует государственный правопорядок. В условиях суверенно-демократического государства именно суверенная воля народа, выраженная в государственном суверенитете, придает социальным ценностям высшее политико-правовое значение и обеспечивает их реализацию во внутригосударственных и международных отношениях.

Это означает недопустимость международного идеологического волюнтаризма. Ни одному народу не может быть продиктовано придать той или иной демократической ценности такое значение, которое за ней не признается самим народом, если только иное не влечет за собой угрозу для мирного существования мирового сообщества или его членов. Даже столь существенная и значимая для современного мира ценность, как права и свободы человека и гражданина, не может абсолютизироваться, а должна истолковываться и применяться в соответствии с общей системой конституционного регулирования, основанной на национальной государственно-правовой традиции.

Этого концептуального подхода придерживается и Конституционный Суд РФ. Согласно его решениям относящиеся к основам конституционного строя России принципы плюралистической демократии, многопартийности, светского государства не могут истолковываться и реализовываться без учета особенностей исторического развития России, вне контекста национального и конфессионального состава российского общества, а также особенностей взаимодействия государства, политической власти, этнических групп и религиозных конфессий; действуя от имени и в интересах народа, федеральный законодатель вправе, исходя из конкретно-исторических условий развития Российской Федерации и необходимости решения в законодательном порядке задач в сфере развития политической системы и обеспечения ее адекватности принципам конституционного строя Российской Федерации, вводить и корректировать те или иные нормативные требования, поскольку они не влекут умаление или отмену конституционных прав граждан²⁵.

3.7. Принцип приоритета Конституции РФ и конкретизирующих ее федеральных законов перед нормами международного права. Суверенно-демократическое государство воплощает верховенство и приоритет нормативов конституционной системы государства и общества перед наднациональным правом, свободное и независимое от любого стороннего вмешательства определение основных направлений внутренней и внешней государственной политики.

Приоритет национальной Конституции и находящихся с ней в неразрывном нормативном единстве положений федерального законодательства перед наднациональным правом отстаивает и Конституционный Суд РФ. Признав в одном из своих решений неконституционными ряд положений Устава Курской области о региональном государственном контроле над местным самоуправлением с точки зрения целесообразности муниципальных решений, Конституционный Суд РФ указал, что на оценку конституционности оспариваемых положений не влияет то, что отдельные из них, по существу, воспроизводят нормы Европейской Хартии о местном самоуправлении. Поскольку Конституция и федеральные законы закрепляют более высокий, чем это предусмотрено международными обязательствами

²⁵ См.: абз. 1 п. 4.1 мотив. части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 18-П // Там же. 2004. № 51. Ст. 5260; абз. 5 п. 3.2 мотив. части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июля 2007 г. № 11-П // Там же. 2007. № 30. Ст. 3989.



России, уровень гарантий самостоятельности местного самоуправления, именно они определяют соответствующий юридический стандарт, который субъекты Федерации занижать не вправе²⁶. При этом Конституционный Суд РФ исходит из того, что только он один обладает суверенным полномочием проверять конституционность законов; такая проверка не может быть осуществлена никем другим, в том числе какими-либо межгосударственными органами, включая Европейский Суд по правам человека²⁷.

В связи с этим следует более внимательно и критично оценить распространенное мнение о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права имеют безусловный приоритет перед федеральными законами независимо от предметной сферы правового регулирования. Полагаем, что данный подход не может быть автоматически перенесен в область правового регулирования публично-политических отношений, включая порядок формирования органов публичной власти.

Вопрос, связанный с порядком формирования органов публичной власти, отражает сложность самого по себе данного явления. Он охватывает субъективное право граждан на участие в управлении делами государства через своих представителей в органах публичной власти и одновременно принципы организации системы органов публичной власти. Следовательно, степень дискреции федерального законодателя по выбору той или иной модели построения государственно-правового механизма задается, с одной стороны, основным содержанием названного конституционного права, в том числе с учетом его международно-правовых стандартов, с другой – она определяется конституционными целями и функциями публичной власти и требованием ее эффективной организации и функционирования. В последнем случае международно-правовые нормы находятся в подчиненном положении по отношению к нормам не только Конституции РФ, но и к конкретизирующим конституционно-правовой механизм народовластия нормам федеральных законов.

²⁶ См.: абз. 11 п. 7 мотив. части Постановления КС РФ от 30 ноября 2000 г. № 15-П // Там же. 2000. № 50. Ст. 4943.

²⁷ См.: абз. 7 п. 1.2. мотив. части Постановления КС РФ от 27 февраля 2009 г. № 4-П // Российская газета. 2009. 18 марта.

Раздел 4

ИСТОРИЯ ПРАВА

А. Б. Иванюженко
А. В. Ivanuzhenko

ВЛИЯНИЕ ТРАДИЦИОННОЙ КИТАЙСКОЙ ФИЛОСОФИИ НА ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ В КНР И РАЗВИТИЕ РОССИЙСКО-КИТАЙСКИХ ОТНОШЕНИЙ

INFLUENCE OF THE TRADITIONAL CHINESE PHILOSOPHY ON LAW ENFORCEMENT IN PRC AND THE EVOLUTION OF RUSSIAN-CHINESE RELATIONS

Аннотация. В статье содержится развернутый анализ влияния традиционной китайской религиозно-философской доктрины (конфуцианства) и возможных заимствований из советского опыта государственного строительства на развитие политико-правовой системы КНР в XX в. Отдельно рассмотрены вопросы использования конфуцианства в нормотворчестве современного КНР (как в области внутригосударственного, так и в области международного законодательства) и проблемы осмысления представителями «европейской» правовой системы опыта КНР по созданию нормативно-правовой базы.

Ключевые слова. Конфуцианство, моральные принципы, маоизм, территориальные притязания, международные договоры, экстрадиция, государственный долг, финансовый кризис, «Метаполитика».

Annotation. This article contains a detailed analysis of influence of the traditional Chinese philosophical-religious doctrine (Confucianism) & possible adoptions from the experience of the Soviet Union's public construction on evolution of the legal-political system of PRC in the 20th century. The issue of Confucianism usage in contemporary rule-making of the PRC (as in both domestic & international legislation) & the problems of PRC's experience on the legislative basis creation comprehension by the representatives of «European» legislative system.

Keywords. Confucianism, maotism, underlying principle, territorial claim, international agreement, extradition, state debt, external debt, monetary and financial crisis, «Metapolicy».

В «Докладе о развитии человеческого потенциала в Российской Федерации за 2001 год», подготовленном по инициативе Программы развития ООН, однозначно констатируется: «Главной проблемой демографического развития, с которой Россия вошла в XXI век, является переход к депопуляционному режиму воспроизводства в национальных масштабах». Другими словами, российское общество обречено на постепенное вымирание¹.

© А. Б. Иванюженко, 2009

¹ *Примечание:* как отмечает директор Института социально-экономических проблем РАН Н. Рима-шевская, «суммарный коэффициент рождаемости в России – 1,12, что означает, что поколение детей не воспроизводит поколение родителей. В Европе по этому показателю мы на последнем месте, а в мире – на 143-м. Это приговор нашим реформам» (см.: *Ваганов А.* Да! Азиаты мы... // Независимая газета. 2002. 6 авг.). По словам А. Камакина, «согласно долгосрочным демографическим прогнозам, при сохранении нынешних тенденций к 2050 году население России сократится до 90–100 миллионов человек, к концу века – более чем в два раза, до 70 миллионов, а еще через сто лет, к началу XXIII века, – до 30 миллионов» (см.: *Камакин А.* «Смертельный номер» // Итоги. 2005. 5 дек.).



Восьмью годами позднее, в марте 2009 г., в программе «Особое мнение» радиостанции «Эхо Москвы» скандально известный политический деятель Э. Лимонов подтвердил свое заявление о желании баллотироваться в Президенты РФ на выборах 2012 г. и в качестве одного из пунктов своей предвыборной программы предложил перенести столицу России из Москвы в Сибирь, обосновав эту идею следующим образом: «...это очень разумный проект... Это не моя исключительно идея. Это идея, которая витает в воздухе... Страна наша в настоящее время перекошена на Запад... европейская часть истощена, а Дальний Восток, Сибирь не используется никак. Перенос столицы уберет ненужное административное ядро, перенесет его в географический центр нашей страны, укрепит связи с Дальним Востоком, люди поедут туда, остановят в конечном счете экспансию Китая...»².

И, действительно, со второй половины 1990-х годов население Дальнего Востока, Западной и Восточной Сибири сократилось чуть меньше чем на треть. Китайская экспансия стала уже обыденным фактором внутривнутриполитической жизни в России, поскольку в регионах Китая, граничащих с российской территорией, проживают более 300 млн человек. «Китайцы считают, что 50–70 млн их соотечественников могли бы расселиться в Сибири и на Дальнем Востоке», – подчеркивает Н. Римашевская. Примерно то же заявляет и профессор Института стран Азии и Африки при МГУ имени М. В. Ломоносова В. Гельбрас: «Условия в КНР таковы, что под гигантским давлением 130–150 млн безработных и неполной занятости, которое увеличится еще после того, как в ближайшее десятилетие в трудоспособный возраст войдут еще примерно 160 млн человек, страна должна непрерывно создавать десятки миллионов рабочих мест, а альтернативы этому нет... Нельзя исключать, что российская территория может оказаться привлекательным краем для этих миллионов безработных». Если такой прогноз оправдается, китайцы станут второй по численности национальной группой населения страны после русских. Кроме того, России приходится учитывать еще и некоторые геополитические факторы. В частности, массовый приток китайцев на российский Дальний Восток не только не компенсируется за счет их культурной ассимиляции аборигенным населением, но и мог бы рано или поздно привести к активизации существующих территориальных притязаний Китая³.

Таким образом, существующая китайская экспансия на Дальнем Востоке и в Приморье является объективной реальностью. Как пишет М. Веллер, китайцы инфильтруются сквозь границу миллионами, а экономическое и демографическое давление раньше или позже переходит в политическое. «Прорисовывается косовский вариант: с продолжением тенденции количество китайцев и русских в регионе сравняется, и они поставят вопрос о культурной автономии»⁴.

Территориальные притязания Китая не являются новостью. Д. Шибанов пишет, что советско-китайский спор в отношении о. Даманский (Чженьбао) был отчасти спровоцирован «большими аппетитами китайской стороны, по мнению которой Китай должен был существовать в пределах Поднебесной империи и начинаться где-то от Урала»⁵. Отчасти территориальные притязания Китая подтверждаются материалами рассекреченного недавно документа МИД КНР – информационного циркуляра от 28 июля 1964 г. «Беседа председателя Мао о том, что СССР прирезал себе слишком много земли». В него вошли заявления Мао Цзэдуна, сделанные в беседе с делегацией Соцпартии Японии 10 июля 1964 г., согласно которым «Китай “еще не рассчитался” с русскими за то, что в XIX веке они “отрезали себе земли к востоку от Байкала, включая Боли (Хабаровск), Хайшэньвэй (Владивосток) и полуостров Камчатка”. По высказываниям Мао, “мы еще не предъявляли им этот счет. Поэтому ваши Курилы для меня не являются проблемой, их нужно вернуть вам”». Мао добивался, чтобы СССР признал все прежние пограничные договоры с Китаем «неравноправными», дабы потом «великодушно» оставить земли северному соседу⁶. Однако советская сторона

² Цит. по: Стенограмма передачи «Особое мнение». Ведущий: А. Воробьев; гость: Э. Лимонов. 2009. 24 марта <http://www.echo.msk.ru/programs/personalno/580649-echo.phtml> – Интернет-портал радиостанции «Эхо Москвы».

³ Ваганов А. Да! Азиаты мы...

⁴ Веллер М. Кассандра. СПб., 2002. С. 326–327.

⁵ Шибанов Д. Китай и Россия: Даманский // Восточносибирская Правда. 2001. 7 марта.

⁶ В частности, к одному из подобных договоров относится советско-китайский договор «О дружбе, союзе и взаимной помощи», подписанный в Москве 14 февраля 1950 г. сроком на 30 лет.



расценила это требование как ловушку, позволяющую Китаю в будущем потребовать «возвращения» территорий, и Пекин не получил никаких уступок от Москвы⁷.

Данное обстоятельство о перспективах территориальной целостности России заставляет поднять вопрос о взглядах, лежащих в основе современного китайского социума и формирующих правосознание его членов, ответить на вопрос о том, правы ли В. Н. Иванов (российский писатель 1888–1971, проживший в Китае 23 года) и О. Гусев, первый из которых ссылаясь на тезис начальника КВЖД генерала Д. Л. Хорвата о том, что «китайцы никаких договоров не держат... в Китае в результате гражданских войн родился “человек с ружьем”, который перестал бояться иностранных канонеров и Евангелия»⁸, а второй выражается более радикально: «Надо многое из написанного о Китае выбросить на помойку и начать снова его изучать, вообразив, что мы имеем дело с параллельной формой разумной жизни или с инопланетными пришельцами, вчера только вторгнувшимися в биосферу Земли, а до этого уже опустошившими не одну пригодную для жизни планету в других звездных системах, – иначе не понятна логика поведения китайцев в Сибири и на русском Дальнем Востоке»⁹. Или же поведение современных китайцев адекватно воззрениям социологов, экономистов и юристов, рассуждающих об универсальности человеческих ценностей в эпоху глобализации (что косвенно подтверждается результатами исследования, проведенного китайским Интернет-порталом «Sohu»: на начало 2008 г. ключевыми понятиями для китайцев стали «семья (64 %), любовь (54 %), здоровье (44 %), богатство (41 %), дружба (36 %), учеба (31 %), работа (30 %)»¹⁰.

По словам В. Малявина, в середине XIX столетия, во времена колониальных опиумных войн, столп английского либерализма Джон Стюарт Милль писал об отсутствии свободы, закона и самого понятия личности в Китае¹¹, а И. Ю. Козлихин давал этому явлению следующее объяснение: на Востоке ведущим принципом являлся патернализм, регулирующий поведение неравных, ибо не могут быть равными старшие и младшие, высшие и низшие¹².

В связи с этим на Востоке в отличие от Запада иначе воспринималось соотношение морали (естественного права) и права позитивного. Восточной культуре свойственно противопоставление этих категорий как добра и зла. Закон воспринимался как нечто внешнее и навязываемое людям, и посему он либо вреден, ибо человек добр по природе (отмечал Конфуций), либо необходим для обуздания пороков злых по природе людей (отмечал правитель Шан Ян (390–338 гг. до н. э.))¹³. Данная установка находила свое выражение в Китае до начала революционных преобразований XX в.¹⁴

Однако, в отличие от Восточной традиции, западноевропейское правопонимание, основанное на христианской морали и этике, дополнилось в Новое время принципиально важной идеей автономности личности как таковой и соответственно идеей субъективного права, которой по определению не существовало на Востоке¹⁵ и не существует до сих пор по причине канонизации идей Конфуция.

⁷ Зачем Мао Цзэдун хотел предъявить территориальный счет Советскому Союзу // «Чжунго синьвэнь чжоукань» («Еженедельник новостей Китая»). 2009. 1 апр. – Цит. по: Ломанов А. Земельный вопрос Мао Цзэдуна. <http://www.vremya.ru/print/226321.html> Интернет-портал «Время новостей – Онлайн», 2009. 2 апр. (№ 55).

⁸ Цит. по: Иванов В. Н. Ответ Китая: тайные общества // Дракон с копытами дьявола: Сб. статей / Под ред. О. Гусева. СПб., 2006. С. 16, 32–33.

⁹ Гусев О. Мир ничего не знает о Китае // Там же. С. 5.

¹⁰ Жэньминь Жибао. 2007. 24 янв.

¹¹ Малявин В. По ту сторону желтой угрозы // Эксперт. 2003. № 37. С. 96–99.

¹² Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право. <http://www.rus-lib.ru> Интернет-портал «Электронная библиотека».

¹³ Древнекитайская философия: Собр. текстов: В 2 т. Философское наследие. М., 1972–1973. Т. 1. С. 143.

¹⁴ По словам Л. В. Бойцовой, В. В. Бойцовой и С. В. Сорокина, законодательство в Китае рассматривалось как экстраординарное средство решения конфликтов. По традиции спорные вопросы решались на основе чувства гуманности, затем – ритов (предписываемых обычаем и соответствующих статусу человека в общине), затем – разума и лишь после этого возможно обращение к праву, которое предназначено для варваров, неисправимых преступников и для иностранцев. Юридическая доктрина как таковая отсутствовала, а правосудие отправлялось администраторами, которые не знали права и руководствовались советами своих чиновников, принадлежащих к наследственной касте (см.: Бойцова Л. В., Бойцова В. В., Сорокин С. В. Конституционное право России и зарубежных стран в сравнительной перспективе: Образовательный и научный проект. <http://university.tversu.ru/misc/pravo/pravo.html> – Интернет-портал Тверского государственного университета).

¹⁵ Инако Цунэо. 1) Право и политика современного Китая. М., 1978. С. 25; 2) Современное право Японии. М., 1981. С. 33.



Так, по мнению китайского философа XX в. Ван И тезис о величии национальной философской традиции Китая – конфуцианстве (вошедшей, по его словам, в плоть и кровь китайского народа) превосходит западную философскую традицию с ее ориентацией на натурфилософскую и гносеологическую проблематику по причине того, что китайская философия является «морально-практическим учением»¹⁶. Другой китайский философ Хэ Линь утверждал, что «день разрушения традиционной веры какой-либо нации или государства является в то же время днем разрушения этой нации или государства»¹⁷. Философ Ду Госян, рассматривая центральную категорию конфуцианства – «жэнь» («гуманность», «человечность», «человеколюбие»), подчеркивал, что повышенное внимание к понятию «любовь к людям», «человечное к ним отношение», несомненно, свидетельствует о прогрессивных тенденциях в воззрениях Конфуция. Однако «жэнь», продолжал Ду Госян, было связано в конфуцианстве с категорией «ли» (совокупность определенных социально-этических установлений, правил, норм, которые так или иначе были направлены на защиту интересов господствующих слоев общества). Именно этим, в частности, объясняется следующее положение Конфуция: «Благородный муж может быть негуманным, а низшие люди не могут быть гуманными»¹⁸.

Данный афоризм, как и афоризм «Небо и Земля разделены, но они делают одно дело», отсылает исследователя к существовавшей еще в доконфуцианскую эпоху китайской философской системе Ба гуа, подробно разработанной в древнейшем трактате «Ицзин» («Книге перемен») и легшей в основу натурфилософии Дальнего Востока. Согласно этой философской доктрине человек и мир, как и все вещи, вовлечены в беспредельный поток перемен; они связаны отношениями не подобия, а «преображающего взаимодействия», согласия несогласуемого. В человеке под внешним «человекообразным» обликом живет нечто совсем иное – бездонная глубина пустого, покойного, безмолвного, совершенно нечеловеческого Неба, несотворенное не-единство Хаоса. Деятельный Человек и вечнотекущий Хаос едины в завершенности своего бытия, которая есть конкретность действия. Вездесущей средой этого непостижимого, но глубоко интимного взаимодействия человека и мира есть некое поле энергии (Ци), которое в своем истоке есть именно Единое Ци, но подобно реальности превращения, являющейся также принципом множественности бытия: Ци есть также конкретное качество того или иного жизненного состояния и как таковое обладает самыми разными характеристиками. Ци, как и Пустота и Небо, принадлежит «внутренней реальности», которая предваряет, предвосхищает всякое бытие.

Таким образом, идея «единения человеческого и небесного», лежащая в основе китайской традиции, требует признания недвойственности явленного и сокрытого, единичного действия и бесконечной действительности, формы и бесформенного, а в объективном мире отсутствует один-единственный «истинный» принцип или порядок и не существует общей для всех меры или точки отсчета.

Данные взгляды (существенно отличавшиеся от европейского детерминизма) в полной мере использовались во времена политико-правовых преобразований в Китае в XX в. Так, философ Гао Цзаньфэй заявлял, что, располагая идеями Конфуция, китайский народ сможет «в новых исторических условиях сравнительно успешнее воспринять марксизм-ленинизм»¹⁹. И, действительно, Китайская народная партия Гоминдан (левое ее крыло, придерживающееся коммунистических взглядов) пользовалась поддержкой со стороны СССР, а, по выражению И. Сталина, «только слепые могут отрицать за левым Гоминданом роль органа восстания против феодальных пережитков и империализма в Китае»²⁰.

Патернализм конфуцианства находил выражение и в идеях лидера левого Гоминдана Чан Кайши, полагавшего, что его миссией являлось соединение китайцев в одну семью во

¹⁶ Буров В. Г. Современная китайская философия. М., 1980. С. 157–159.

¹⁷ Хэ Линь. Вэньхуа юй жэньшэнь (Культура и человеческая жизнь). На китайском языке. Шанхай, 1947. С. 155. – Цит. по: Буров В. Г. Современная китайская философия. С. 56.

¹⁸ Чжуцзы цзичэн (Собрание сочинений всех философов). На китайском языке. Т. 1. Ч. 1. Пекин, 1954. С. 303. – Цит. по: Там же. С. 79.

¹⁹ Буров В. Г. Современная китайская философия. С. 157–159.

²⁰ Сталин И. В. «Революция в Китае и задачи Коминтерна»: Речь на X заседании VIII пленума ИККИ 24 мая 1927 г. (Сталин И. В. Соч. Т. 9. С. 282–312).



главе со строгим отцом и требованием от всех следовать четырем конфуцианским добродетелям: «ли» (ритуал), «и» (справедливость), «цян» (скромность), «ци» (стыдливость)²¹. В начале 1934 г. власти Гоминьдана развернули движение «за новую жизнь», призванное установить в Китае «справедливый общественный строй», идеологической основой которого объявлялось конфуцианство, официальное признание которого, по мысли организаторов данного движения, должно было спасти китайское общество от «упадка» и «всевозможных ересей». В мае 1934 г. был официально восстановлен культ Конфуция, а взгляды философа Хэ Линя, утверждавшего что «высоким» источником веры является «интуиция гения» (интерпретируемая как таинственное озарение, вдохновение разума), с помощью которой можно познать сущность мира и истинный смысл человеческой жизни (что находило поддержку у Чан Кайши и его приближенных), и позиция философа Фэн Юланя (сводившаяся к тому, что конфуцианство представляет собой светское учение, а моральные предписания приобретают характер вечных универсальных истин; выполнение их объявлялось основным социальным долгом индивида, что делало китайскую философию мирской и немирской одновременно, составляя ее достоинство) пользовались поддержкой гоминьдановских властей²². В этот же период в Китае были приняты Гражданский кодекс 1929–1931 гг., Гражданско-процессуальный кодекс 1932 г. и Земельный кодекс 1930 г., благодаря которым китайское право внешне европеизировалось, однако кодексы и законы применялись в той мере, в какой они отвечали народному чувству справедливости и соответствовали традиции. Когда стороны обращались в суды, судьи нередко отказывались применять нормы писаного права²³.

Однако некоторые отступления от правил конфуцианства (например, Чан Кайши, занимая 82 официальные должности, считал, что он, как и Китай, может рассчитывать только сам на себя), процветание коррупции, а также развал экономики привели к тому что 1 октября 1949 г. в результате Гражданской войны партия Гоминдан была низвергнута, оглашена Декларация о создании КНР, согласно которой провозглашалась Китайская Народная Республика, во главе которой встал Мао Цзэдун.

Характерной чертой маоистской идеологии стал синтез зародившегося еще в древности великодержавно-шовинистического национализма (китаецентризма) и временного отказа от конфуцианской морали, взамен которой навязывались образцы поведения при строительстве государства и экономики в сталинской России²⁴.

Так, в 1958 г. на совещании в Бэйдахэ, на котором обсуждались вопросы «большого скачка» и «коммунизации», Мао Цзэдун выдвинул лозунг: «Нельзя только придерживаться демократии, надо сочетать Маркса с Цинь Ши-хуаном (древнекитайским императором, методы правления которого отличались жестокостью и высокой степенью централизации). Нельзя управлять большим числом людей, опираясь только на закон. Цинь Ши-хуан издал приказ, который гласил: «Кто ради древности отвергает нынешнее, род того будет искоренен до третьего колена»... Однако ему далеко до нас. Мы во время чистки расправились с несколькими десятками тысяч человек... мы почище Цинь Ши-хуана. Цинь Ши-хуан закопал живьем 460 конфуцианцев, а мы закопаем 46 тысяч, в 100 раз больше... Мы все это признаем и считаем, что еще мало сделали в этом отношении, можно сделать еще больше»²⁵.

16 мая 1966 г. в «Сообщении» ЦК КПК, принятом на расширенном заседании Политбюро ЦК КПК, в котором излагались основные идеи Мао Цзэдуна о «культурной революции» и который носил характер нормативного акта, в частности, говорилось, что «Маркс и Энгельс создали теорию научного социализма. Ленин и Сталин развили марк-

²¹ Трофименков М. Пес-призрак, или Путь самурая // GQ. 2007. Сентябрь. С. 28.

²² Буров В. Г. Современная китайская философия. С. 62–64, 42, 44, 49–50.

²³ Бойцова Л. В., Бойцова В. В., Сорокин С. В. Конституционное право России и зарубежных стран в сравнительной перспективе: Образовательный и научный проект.

²⁴ Это подтверждается хотя бы тем, что СССР первым в мире (на второй день после провозглашения КНР – 2 октября 1949 г.) объявил о признании КНР и установил с ним дипломатические отношения.

²⁵ Мао Цзэдун сысян ваньсуй (Да здравствуют идеи Мао Цзэдуна). На китайском языке. Пекин, 1967. – Цит. по: Буров В. Г. Современная китайская философия. С. 135–137.



сизм... разрешив вопросы теории и практики осуществления диктатуры пролетариата в пределах одной страны. Товарищ Мао Цзэдун развил марксизм-ленинизм... разрешив вопросы теории и практики осуществления революции и предотвращения реставрации капитализма в условиях диктатуры пролетариата. Таковы три великие вехи в истории развития марксизма»²⁶.

Кроме того, о заимствовании взглядов китайского руководства у Сталина свидетельствуют приведенные ниже тезисы из т. н. «Красной книжечки» Мао Цзэдуна:

1. Правильно говорит И. В. Сталин: «...теория становится беспредметной, если она не связывается с революционной практикой», и, конечно, правильны также его слова о том, что «практика становится слепой, если она не освещает себе дорогу революционной теорией» («Предисловие и послесловие к “Материалам обследования деревни”» (март–апрель 1941 г.). Избранные произведения, т. III);

2. «В классовом обществе революции и революционные войны неизбежны, без этого невозможно совершить **скачок в развитии общества** (курсив наш. – А. И.)²⁷, невозможно свергнуть реакционный господствующий класс с тем, чтобы народ взял власть в свои руки» («Относительно противоречия» (август 1937 г.). Избранные произведения, т. I)²⁸.

На практике это можно проиллюстрировать следующими примерами: по словам И. В. Сталина: «Задержать темпы – это значит отстать. А отсталых бьют. Но мы не хотим оказаться битыми. Нет, не хотим!.. Таков уже закон эксплуататоров – бить отсталых и слабых. Волчий закон капитализма. Ты отстал, ты слаб – значит ты не прав, стало быть, тебя можно бить и поработать. Ты могуч – значит ты прав, стало быть, тебя надо остерегаться»²⁹.

А. Солженицын, описывая строительство канала Москва-Волга, отмечал, что «производительным осмысленным трудом с высокой целью – вот чем будет переделано всякое враждебное или неустойчивое сознание; а для этого, оказывается, нужна: “концентрация работ на гигантских объектах, поражающих воображение своей грандиозностью”³⁰. Причем “каждый лагерник чувствует политический резонанс своего личного труда, заинтересованность всей страны в его работе”... В каждом бараке – “окна перековки”, графики, диаграммы. Каждый заключенный должен быть в курсе производственных планов и быть в курсе всей политической жизни страны! Поэтому на разводе – производственная пятиминутка, после возврата в лагерь – политическая пятиминутка. В часы обеда – политические читки! Шесть Условий товарища Сталина, каждый лагерник должен зубрить их наизусть³¹. Для получения звания ударника мало одних производственных достижений. Еще надо: а) читать газеты, б) любить свой канал, в) уметь рассказывать о его значении. И – ударник перестает ощущать дисциплину и труд как нечто, навязанное извне, а – как внутреннюю необходимость»³².

К. Крахт в романе «1979», описывая языком европейца, попавшего в концентрационный лагерь времен Мао Цзэдуна, особенности режима, пишет: «Охранники заботились только о том, чтобы мы выдерживали сроки работ и выполняли заданную норму. Если

²⁶ «Великий исторический документ». Редакционная статья журнала «Хунци» и газеты «Жэньминь жибао» (18 мая 1967 г.). Пекин, 1967.

²⁷ *Примечание:* ранее в Советской России на процессе «Промпартии» (25 ноября – 7 декабря 1930 г.) главный обвиняемый, директор Теплотехнического института Рамзин, в последнем слове утверждал: «Я понял, что надо сделать бросок, что надо сделать **скачок** (курсив наш. – А. И.), что надо штурмом взять...» (см. текст полной стенограммы процесса: *Процесс Промпартии*. М., 1931. С. 504. – Цит. по: *Солженицын А. И. Архипелаг ГУЛАГ*. Т. 1. М., 1990. С. 272–286).

²⁸ *Мао Цзэдун*. Выдержки из произведений («Красная книжечка»). Воспроизведено с китайского издания. Пекин, 1967.

²⁹ *Сталин И. В.* «О задачах хозяйственников» – Речь на первой Всесоюзной конференции работников социалистической промышленности (4 февраля 1931 г.) // *Сталин И. В.* Соч.: В 13 т. Т. 13. С. 38–39.

³⁰ *Авербах И. Л.* От преступления к труду / Под ред. А. Я. Вышинского. М., 1936. – Цит. по: *Солженицын А. И. Архипелаг ГУЛАГ*. Т. 2. С. 72–73.

³¹ Речь идет о тезисах И. Сталина, изложенных в речи на совещании хозяйственников 23 июня 1931 г. «Новая обстановка – новые задачи хозяйственного строительства» (*Сталин И. В.* Соч.: В 13 т. С. 51–80).

³² *Солженицын А. И.* Архипелаг ГУЛАГ.



какая-то пара работников успевала сделать больше, то на следующий же день их достижение объявляли нормой...»³³. «На территории лагеря запрещалось разговаривать между собой... Те, кто нарушал эти правила, должны были по ночам проходить через процедуру “самокритики” (которая) мыслилась как перевоспитание... как избавление заключенного от его эгоизма, она должна была внушить нам смирение, **научить нас тому, что мы суть ничто** (курсив наш. – А. И.). На ее сеансах партийные товарищи говорили о рабочем и солдате Лэй Фэне, который стал примером для всех благодаря своему неустанному самопожертвованию: отдал свою кровь одному больному товарищу, а потом на полученные за это деньги купил подарки товарищам по полку. Лэй Фэнь умер, но дух его, естественно, все еще жив; то, как этот человек жил, не имея никаких собственных потребностей, а только для блага других, казалось мне светлым путем, по которому каждый должен был пройти сам...»³⁴.

Однако в политике Мао Цзэдуна возобладала позиция китаецентризма. П. Владимиров, работая в дипломатическом корпусе СССР в Китае, отмечал: «Главное впечатление: Мао не терпит Сталина. “Сталин, – говорит он, – не знает и не может знать Китая. А в то же время он хочет обо всем судить. Все его «теории» о нашей революции – дурацкая болтовня»³⁵, а Н. Т. Федоренко пишет, что «получив известие о смерти Сталина, Мао решил, по-видимому, что настал его звездный час. На похороны в Москву он не приехал... Мао действительно готовился стать на место лидера международного коммунистического и национально-освободительного движения»³⁶. Позднее, в 1956–1957 гг., Мао настойчиво повторял мысль о том, что некоторым мероприятиям, проводившимся в Советском Союзе той эпохи в ходе социалистических преобразований, «не следует подражать», а на IX съезде КПК, состоявшемся в апреле 1969 г., СССР был объявлен «социал-империалистическим государством» и поставлен на одну доску с империалистическими державами³⁷.

В области права в этот период были отменены изданные законы и упразднены суды. Произошел отказ от кодексов по западной модели и возврат к традиционным взглядам³⁸. Государственное управление основывалось на партийных директивах и решениях революционных комитетов. Одновременно в 70-е годы XX в. «Идеи» Мао Цзэдуна объявлялись единственно научной, диалектико-материалистической философией. Поэтому любое социально-экономическое учение определялось как идеализм и метафизика, которые должны быть отброшены³⁹.

В результате в конце 1975 г. была принята Вторая Конституция КНР, представляющая собой документ, в котором были легализованы институты и политические установки «культурной революции», а после ее провала в 1978 г. была принята Третья Конституция, сочетающая некоторые лозунги «культурной революции» с установками на модернизацию экономики и государственного управления.

Ныне действующая (четвертая) Конституция КНР была официально обнародована и принята к исполнению 4 декабря 1982 г. Позднее в нее были внесены поправки, учитывающие, что ранее, в сентябре 1997 г., на XV Всекитайском съезде КПК теория Дэн Сяопина (начавшего в 70-е годы реформацию китайской экономики, полученной «в наследство» от правления

³³ Крахт К. «1979». М., 2002. С. 239, 245. – *Примечание:* Как отмечает Т. Баскакова, «реалии китайской истории и жизни в лагерях К. Крахт описывает с превосходным знанием конкретики», что, по ее словам, подтверждается мнением Зав. Сектора цивилизационных и региональных проблем Института востоковедения РАН, д. и. н. О. Е. Непомнина (см.: Баскакова Т. Апокалипсис в блекло-зеленых тонах // К. Крахт. «1979». С. 259–286).

³⁴ Крахт К. «1979». С. 219, 227–228. – *Примечание:* Лэй Фэнь – китайская ипостась советских героев-комсомольцев и немецкого Хорста Весселя – реально существующий и по сию пору пропагандистский образ. Живучесть этого образа в современном Китае, где он выполняет «модернизированную» функцию покровителя мелких частных предпринимателей, свидетельствует о сохранности на данный момент времени описанной Крахтом идеологической системы. В Интернете за последние два года появились два сайта, посвященных Лэй Фэню и поддерживаемых китайскими мемориальными музеями этого народного героя (см.: Баскакова Т. Апокалипсис в блекло-зеленых тонах. С. 259–286).

³⁵ Владимиров П. Особый район Китая. 1942–1945. М., 1973. С. 25.

³⁶ Федоренко Н. Т. «Между Сталиным и Мао» // Аргументы и факты. 1998. № 41.

³⁷ Буров В. Г. Современная китайская философия. С. 14, 23, 225.

³⁸ Бойцова Л. В., Бойцова В. В., Сорокин С. В. Конституционное право России и зарубежных стран в сравнительной перспективе: Образовательный и научный проект.

³⁹ Подробнее об этом см.: Сидихменов В. Я. О «философской кампании» в КНР // Проблемы Дальнего востока. 1972. № 2. С. 28.



времен Мао Цзэдуна) была утверждена как руководящая идея Компартии Китая⁴⁰. Тем не менее идеи маоизма в отношении государственного строительства не остались без внимания. Так, в Преамбуле к Конституции КНР отмечается, в частности, что «Революция 1911 года... уничтожила феодальную монархию и дала жизнь Китайской республике. Но историческая миссия китайского народа – ниспровержение империализма и феодализма – оставалась невыполненной... все населяющие Китай народы под руководством Коммунистической партии Китая во главе с ее лидером Мао Цзэдуном в 1949 году свергли власть империализма, феодализма и бюрократического капитализма, одержав великую победу в новой демократической революции и создав Китайскую Народную Республику... Под руководством Коммунистической партии Китая и следуя идеям марксизма-ленинизма и учению Мао Цзэдуна, все населяющие Китай народы продолжают движение по дороге народно-демократической диктатуры и социализма, поддержки реформ и открытости внешнему миру, неуклонного совершенствования институтов социалистического общества, развития социалистической демократии, совершенствования социалистического законодательства»⁴¹.

По словам В. Овчинникова, первым шагом к совершенствованию нынешней политической системы Китая можно считать провозглашенное Дэн Сяопином верховенство закона. Именно он во всеуслышание заявил, что партийные органы КПК вправе действовать лишь в рамках Конституции и законов. Таким образом, революционная целесообразность времен маоизма объявлялась нелегитимной, а в отличие от провозглашенных «отцами-основателями» КНР «трех неизменных ориентиров» – марксизма-ленинизма, социалистического пути, руководства компартией – остается в силе лишь третий из этих ориентиров. Второй и первый трактуются иначе: место социалистического пути заняла социально ориентированная рыночная экономика, а вместо марксизма-ленинизма официальной идеологией стал патриотизм⁴².

Однако верховенство закона в КНР также требует своего разъяснения. В. Малявин, рассуждая о влиянии философских основ Китая на политические процессы, отмечает, что «китайская традиция говорит иносказательным языком – ничего не называющим, но говорящим всегда об Ином. Этот язык освобождает от предметности знания, внушая радость “оставления себя” и, более того, – предоставления всему свободы быть... Все обретает тот, кто способен все потерять...»⁴³. Современные же китайские авторы заявляют по этому поводу: «Моральные принципы считаются выше права. Китай, опутанный церемониями в течение веков, всегда уделял больше внимания моральным принципам, а не законности... Традиции в умах людей все еще ставят отношения между людьми выше государственных законов и трактуют вековые моральные концепции как превосходящие законы»⁴⁴.

Поэтому в Общих положениях гражданского права КНР (ОПГП), принятых в 1986 г., законодатель учитывает данное явление, находящее отражение в нормах данного акта. Например, одно из общих правил реализации гражданских прав и исполнения гражданских обязанностей гласит: «В гражданской деятельности необходимо следовать принципам добровольности, справедливости... искреннего доверия» (ст. 4)⁴⁵. Этому имеются и иные подтверждения. В частности, ст. 4 Закона КНР от 30 июня 1995 г. «О страховании» устанавливает: «Страховая деятельность должна осуществляться... в соответствии с правилами общественной этики», ст. 53 названного Закона содержит интересную (но в то же время

⁴⁰ *Примечание:* как отмечает Член Российско-китайского комитета дружбы мира и развития В. Овчинников, Дэн Сяопин подчеркивал, что цель реформ – не только преобразовать плановую экономику в рыночную, но и провести «Четыре модернизации» – модернизировать промышленность, сельское хозяйство, науку и оборону. Данная доктрина стала лейтмотивом партийной пропаганды, а в результате реформ была решена небывалая в мировой практике задача: вызволено из абсолютной бедности 250 млн человек (что составило порядка 20 % населения) (см.: Овчинников В. «Пятая модернизация». Политические реформы в Китае // Финансовый контроль. 2005. № 12. С. 116–120).

⁴¹ Текст Конституции КНР содержится на: <http://www.uglc.net/> – Интернет-портал «United Global Logistics».

⁴² Овчинников В. «Пятая модернизация». Политические реформы в Китае.

⁴³ Малявин В. По ту сторону желтой угрозы. С. 96–99.

⁴⁴ Li Maoguan. Why «Laws Go Unenforced»? // Beijing Review. 1989. N 37. P. 15. – Цит. по: Пащенко Е. Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право. М., 1997. С. 36.

⁴⁵ Пащенко Е. Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право. С. 48.



традиционную) для китайского общества норму о том, что «Страхователь должен иметь страхуемый интерес к следующим людям: к самому страхователю; супруге, детям и родителям; другим членам семьи или кровным родственникам... по отношению к которым страхователь имеет или разделяет обязательство поддержки», а ст. 30 Закона КНР от 22 марта 1994 г. «О бюджете КНР» содержит норму о том, что «при составлении бюджетных расходов... руководящим принципом является укрепление страны через экономию и тяжелый труд».

По выражению Конфуция, «если управлять с помощью закона и обеспечивать порядок посредством наказаний, люди будут стараться уклоняться (от наказаний) и не будут испытывать стыда»⁴⁶. Данное утверждение находит отражение в китайском законодательстве, устанавливающем отличные от европейской правовой доктрины меры ответственности: так, ст. 134 ОПГП содержит перечень «способов гражданской ответственности», включающий неимущественные формы (принесение извинений, выражение раскаяния в письменном виде по решению суда), что, воздействуя на личность нарушителя, грозит ему «потерей лица»⁴⁷. К «потере лица» перед близкими относится, в частности, и невозвращение долга⁴⁸, и поэтому согласно ст. 27 Закона КНР от 10 мая 1995 г. «О коммерческих банках» «Лицо, не сумевшее выплатить крупный долг, не может претендовать на высшие позиции в коммерческом банке»⁴⁹.

Одновременно с этим китайское уголовное законодательство за финансовые преступления в особо крупных размерах предусматривает ответственность вплоть до смертной казни, что не приветствуется многочисленными странами и препятствует заключению с КНР соглашений об экстрадиции⁵⁰, и в то же время согласно ст. 32 УПК КНР право на защиту может быть реализовано подозреваемым или обвиняемым не только через приглашение в качестве защитника адвоката, но и иного лица – друга, опекуна или родственника⁵¹, что, например, в России рассматривается иначе: данные (и иные) лица допускаются к защите только на стадии судебного разбирательства уголовного дела; по определению или постановлению суда по результатам рассмотренного заявленного ходатайства обвиняемого; и только наряду (одновременно) с профессиональным защитником – адвокатом (ст. 49 УПК РФ)⁵².

Более интересной для исследования является ответственность лиц, участвующих в сборе налогов. Статья 47 Закона КНР от 4 сентября 1992 г. (в ред. 28 февраля 1995 г.) «Об управлении сбором налогов» устанавливает, что «в случае, если сборщик налогов не удержал и не собрал налог, подлежащий удержанию и сбору, то такой сборщик налогов должен сам уплатить сумму налога, за исключением случаев, когда сборщик налогов своевременно сообщил в налоговые органы об отказе соответствующих налогоплательщиков от удержания и сбора налогов»⁵³. Исполнение обязанности лицом, ненадлежаще исполнившим свои функции взамен налогоплательщика, аналогично по своей сути правилу, которое наблюдал воевавший в Китае генерал авиации Ф. П. Польшин (1906–1981): Чан Кайши лично отдал приказ рубить головы часовым с постов дальнего оповещения, которые «прозевают» японские самолеты, идущие бомбить китайские аэродромы, после чего наши потери на земле резко сократились⁵⁴.

Таким образом, синтез китайской традиционной философии и курса на развитие рыночных отношений предопределил развитие китайского законодательства. Е. Г. Пащенко отмечает, что его

⁴⁶ Там же. Т. 2. С. 222.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ Верлин Е. Сто цветов расцветают // Эксперт. 2000. № 12. С. 31–33.

⁴⁹ Текст закона цит. по: <http://www.uglc.net> Интернет-портал «United Global Logistics».

⁵⁰ В отличие от ряда стран подобный договор был заключен Российской Федерацией с КНР 2 декабря 2002 г. и ратифицирован в соответствии с Федеральным законом от 9 июня 2006 г. «О ратификации договора между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой о передаче осужденных» // СЗ РФ. 2006. № 24. Ст. 2558.

⁵¹ См. УПК КНР (выдержки). Принят 1 июля 1979 г. на 5-й сессии ВСНП 2-го созыва, с поправками от 17 марта 1996 г., принятыми на 8-й сессии ВСНП 4-го созыва. <http://www.chinazone.ru> – Интернет-портал «Зона Китая».

⁵² СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

⁵³ Текст закона см.: <http://www.uglc.net/> – Интернет-портал «United Global Logistics».

⁵⁴ Веллер М. Все о жизни. СПб., 1998. С. 488.



характерной чертой является эмпиричность – китайская поговорка «переходить реку, нащупывая камни» стала широко использоваться для характеристики процесса реформы права⁵⁵.

Данная доктрина порой непонятна европейской теории права. В этом свете показательной является дискуссия, развернувшаяся на страницах *Harvard Law Review* в 1958 г. между приверженцем юридического позитивизма Г. Хартом и Л. Фуллером, продолжавшим традиции естественно-правовой школы⁵⁶, по поводу вопроса о возможности применения судами послевоенной Германии нацистского законодательства. Харт полагал, что право и мораль не должны смешиваться. В связи с этим проблема справедливости или несправедливости позитивного закона находится вне сферы правоведения. По мнению Фуллера, данная позиция таит в себе огромную опасность, ибо в ней заложена возможность конфликта между правом и моралью, между юридической обязанностью и моральным долгом. Право должно быть справедливым, но справедливость эта носит процедурный характер. Она связана с тем, каким образом право создается, в каких формах выражается, как толкуется и как применяется⁵⁷. Однако окончательный ответ на вопрос о соотношении права и морали так и не был получен.

В китайской традиции, признающей согласование несоизмеримого, применяется тезис о том, что «таковость» бытия не дана, а задана, лежит за гранью умопостигаемого мира и носит характер типа, т. е. преобразует вещи, сводя их к одному-единственному, не преходящему в потоке времени качеству. Применение доктрины «типизация бытия» не имеет и не создает установленных форм и заслуживает скорее названия «метаполитика», язык которой растворяет всякий порядок суждения и который, как отмечает В. Малявин, еще предстоит освоить человечеству⁵⁸. Непонимание такого взгляда на бытие позволяет Китаю занимать одно из ведущих мест в мировой экономике и политике. Направленность на развитие социалистических методов управления создает предпосылку для отсутствия в Китае независимых СМИ, структур гражданского общества, оппозиции и свободных профсоюзов, через которые можно было бы воздействовать на политические и правовые процессы. Таким образом, у ведущих мировых держав (и в первую очередь – США) по сути нет никаких рычагов воздействия на КНР, а значит, нет уверенности, что даже после достижения каких-либо договоренностей с Китаем и подписания соответствующих документов КНР не выйдет из-под контроля⁵⁹.

Финансовый кризис 2008–2009 гг. обострил данную ситуацию, напомнив мировому сообществу об имперских амбициях Китая, выражаемых не только в приобретении китайскими инвесторами мировых автоконцернов (чему способствует действующее в Китае банковское и валютное законодательство), но и в участии КНР как такового в международных правоотношениях.

Так, госсекретарь США Х. Клинтон в феврале 2009 г. посетила Китай с официальным визитом, основным вопросом которого была судьба американских казначейских обязательств, крупнейшим держателем которых является Китай (696 млрд долл.). Гостья попыталась убедить высшее руководство КНР в том, что вложение в американские государственные ценные бумаги остается надежным и безопасным (отложив до лучших времен вопрос о правах человека в Китае). По итогам визита Клинтон заявила, что, «продолжая поддерживать американские казначейские бумаги, китайцы признают нашу взаимозависимость... Мы в одной лодке, и хорошо, что мы гребем в одном направлении...»⁶⁰.

Месяцем позже премьер-министр КНР Вэнь Цзябао заявил, что выпуск облигаций на сумму, превышающую 700 млрд долл., кажется ему небезопасным с точки зрения сохранения их стоимости. «Мы одолжили Америке огромные суммы денег, так что, конечно же, нам приходится беспокоиться о безопасности этих активов. Сказать по правде, у меня уже

⁵⁵ Пащенко Е. Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право. С. 34–35.

⁵⁶ Hart H. L. H. The Positivism and the Separation of Law and Morals // *Harvard Law Review*. 1958. Vol. 71. P. 599–629; Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law – A Replay to professor Hart // *Harvard Law Review*. 1958. Vol. 71. P. 630–672.

⁵⁷ Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право.

⁵⁸ Малявин В. По ту сторону желтой угрозы. С. 96–99.

⁵⁹ Гужва И. Миллиард, который хочет стать золотым // *Эксперт*. 2002. № 46. С. 66–71.

⁶⁰ Ломанов А. «Я играла со многими мальчиками». Хиллари Клинтон поладила с Китаем. Источник – *Время новостей* <http://www.centrasia.ru> – Интернет портал «ЦентрАзия».



есть определенные беспокойства», – заявил он⁶¹. После этого ФРС США была вынуждена принять решение о досрочном выкупе данных (и иных) ценных бумаг более чем на 1 трлн долл., что привело к обвалу доллара⁶².

В конце марта 2009 г. исследовательский отдел Народного Банка Китая опубликовал доклад, в котором говорится, что финансовые регуляторы в Вашингтоне до конца не делают того, что от них требуется, придерживаются «неправильных представлений», а финансовые регуляторы в развитых экономиках «чрезмерно уверовали в роль рынков». Официальный Пекин порекомендовал Америке *провести переоценку своих духовных ценностей* (курсив наш. – А. И.), прежде чем пытаться исправить экономический кризис, однако данное предложение остается за рамками Европейского понимания (как и понимание высказывания Мао Цзедуну 50-летней давности о том, что Гитлер, империализм США, советский ревизионизм и атомная бомба – «бумажные тигры») ⁶³, а старший валютный стратег Brown Brothers Harriman М. Чандлер высказался в отношении переоценки ценностей следующим образом: «Китай говорит, что Америка похожа на Человека-паука: если уж ты считаешь себя суперменом, то должен обладать суперответственностью»⁶⁴. Однако такое понимание невообразимо сужает представление о традициях управления в Китае, которые отождествляют его с регулированием водного потока: «Не нужно стараться, чтобы заставить воду течь туда, куда она стремится по своей природе, но горе тому, кто попытается преградить ей путь»⁶⁵.

Подводя итог всему вышесказанному, хочется отметить следующее. Мы слишком привыкли к взглядам, выработанным европейской цивилизацией, а наиболее сильные из современных ее представителей объявили войну исламской морали (тоже монотэистичной), напоминаящую по своей сути столкновение между протестантами и католиками Средневековья, забыв, что имеется иная духовная практика, основанная на отличительном от общепринятого европейского мировоззрения, иначе относящаяся к категориям «государство» и «управление государством» и не признающая проблемы краткосрочности человеческого существования, т. е. проблемы времени⁶⁶. Так, еще в 1957 г. Мао Цзэдун высказался: «...сейчас в политическом отношении Азия более прогрессивна, чем Европа и Америка, так как азиаты живут намного хуже, чем англичане и американцы... бедные хотят революции. У кого жизненный и культурный уровень высок, тому не до революции... Пройдет еще *несколько десятилетий* (курсив наш. – А. И.) – и восточные государства начисто выгонят западных империалистов»⁶⁷.

Российская Федерация пошла по традиционному европейскому пути развития государственности. В частности, в конце марта 2009 г. Глава Минэкономразвития РФ Э. Набиуллина на расширенном заседании коллегии Минэкономразвития по поводу обвала доллара (пример с которым описан выше) заявила: «Ослабление национальных валют может оказаться опаснее прямого протекционизма»⁶⁸, остановившись, таким образом, на следствии, но не на причине. Но приведенный пример – только частный случай. Переняв из китайской философии некоторые тезисы (или признав их), мы, возможно, придем к открытиям, до которых еще не дошли⁶⁹, и спекуляции в отношении переноса столицы России отпадут сами собой.

⁶¹ *Музычук А.* Китай беспокоит платежеспособность США. По информации: Money CNN. <http://www.dpmoney.ru> – Интернет-портал «DPmoney».

⁶² *Чувильев П., Рушайло П.* Две правды о кризисе // Деньги. 2009. № 12(717). С. 10–11.

⁶³ *Мао Цзэдун.* Выдержки из произведений («Красная книжечка»). Глава VI. «Империализм и все реакционеры – бумажные тигры». Воспроизведено с китайского издания. Пекин, 1967.

⁶⁴ *Музычук А.* Китай учит Америку капитализму. По информации: Forbes. <http://www.dpmoney.ru>. – Интернет-портал «DPmoney».

⁶⁵ *Малявин В.* Молния власти // Эксперт. 2003. № 2. С. 50–53.

⁶⁶ *Примечание:* уместным кажется замечание все того же М. Веллера по этому поводу: «Восток научился проникать удаленность времени и пространства задолго до скудоумных итальянцев с примитивом их линейно-геометрической перспективы» (*Веллер М.* Ножик Сережи Довлатова // «А вот те шиш!»: Сб. М., 1994. С. 349–350).

⁶⁷ Мао Цзэдун сысян ваньсуй (Да здравствуют идеи Мао Цзедуна). На китайском языке. Пекин, 1967. – Цит. по: *Буров В. Г.* Современная китайская философия. С. 16.

⁶⁸ *Чувильев П., Рушайло П.* Две правды о кризисе. С. 10–11.

⁶⁹ *Примечание:* так, например, теория энергетики времени Н. А. Козырева в свое время была отвергнута официальной наукой (см.: *Арцимович Л. А., Капица П. Л., Тамм И. Е.* О легкомысленной погоне за научными сенсациями // Правда. 1959. 22 ноября) и остается спорной до нашего времени. – Цит. по: *Дадаев А. Н.* Николай Александрович Козырев <http://www.univer.omsk.su>. – Интернет-портал Омского государственного университета.



А. А. Селифонов
А. А. Selifonov

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, КУЛЬТУРНО-ИСТОРИЧЕСКИЕ УСЛОВИЯ РАЗВИТИЯ

CIVIL LAW: THE LEGISLATION, CULTURAL-HISTORICAL CONDI- TIONS OF DEVELOPMENT

Аннотация. В статье исследуется история становления идеи гражданского права в России. Рассматриваются имевшие место проекты гражданских кодификаций и действовавшие источники. Освещены основные подходы к пониманию гражданского права, а также культурно-историческая среда гражданско-правового регулирования.

Ключевые слова. Гражданское право, история развития гражданского права, гражданские кодификации, источники гражданского права, гражданско-правовое регулирование.

Annotation. This article is about history of idea becoming of civil law in Russia. Different projects of civil codifications and operated sources are considered. The basic approaches to understanding of civil law and also cultural-historical environment of civil-legal regulation are covered.

Keywords. Civil law, history of development, civil codifications, sources of civil law, civil and state regulation.

Обращение к теме гражданско-правовых способов обеспечения общественного порядка выявило необходимость исследования развития гражданского законодательства, а также обзора социально-психологической среды, в которой это развитие происходило.

Как имя определенного явления, понятие «гражданское право» появляется в отечественных исследованиях с начала юридического образования, т. е. с середины XVIII в. В это время Россия активно перенимала европейский опыт управления государством и перенос идеи «гражданского права» было продолжением «европеизации» страны.

В государстве Древней Руси были собственные нормы об имуществах, которые последовательно развиваются начиная с древних юридических памятников. На это обратили внимание представители исторической школы в юриспруденции, и в XIX в. появляются исследования русского гражданского права как по официальным источникам, так и по «юридическим обычаям». Эти исследования показывают, что начала регулирования имущественных отношений в нашей стране складываются в догосударственный период в форме обычаев, существовавших до их поглощения либо вытеснения правом официальным. С присвоением государством законодательной власти общественные источники утрачивают свою самостоятельность и становятся посредниками в осуществлении государственной власти.

Историки отмечали, что «изучение гражданского права началось у нас не ранее Петра Великого. До этого времени познание законов находилось в исключительном обладании практиков: докладчиков, рассказчиков и дьяков и состояло в практическом искусстве сочинять разные судебные акты и ходить по делам в судах». На законоведении лежала печать «приказного» искусства, которого долго чуждались как недостойного и не приличного благородному званию, так как – «подлых то есть дело»¹. «Зная исторические условия умственного развития России, принужденной скачками догонять Западную Европу... нельзя, конечно, ожидать, чтобы наука права развивалась в России самостоятельно... Много нужно было времени, чтобы в России появились самостоятельные ученые, которые дерзнули бы высказать свои собственные взгляды, независимые от западных учений»². Европейская наука, призванная начать дело юридического просвещения России, пришла с выработан-



ными подходами к исследованию права, в основе которых лежали достижения римской юриспруденции и западной философии.

Внимание к юридическим достижениям западной науки связывается с Наказом императрицы Екатерины II, данным Комиссии о сочинении проекта нового Уложения 1767 г., но интерес к правовым теориям проявлял еще Петр I, участвовавший в переводе работ С. фон Пуфендорфа. Приходу западной правовой науки предшествовало сближение норм древних законодательств. Именно Западу отдается предпочтение, хотя древнерусское законодательство содержало и нормы восточного (византийского) права. Юридическое образование начинается с преподавания римского права в Московском университете. К нам приходит римское право как в источниках, так и в переработанном Западной Европой виде (в основном из Франции и Германии).

В конце XVIII – начале XIX в. юридические вопросы начинают активно обсуждать, в печати появляются научные публикации. В 1777 г. выходит первое гражданско-правовое исследование А. Артемьева «Краткое начертание римских и российских прав». В работе дается определение гражданского права, которое «до всех и каждого гражданина в государстве в разсуждении соблюдения и сохранения своего имени касающихся»³. По необходимости систематизировать действующие законы возникает новое направление – кодификационная работа. Подготавливается проект Гражданского уложения 1810–1814 г.,⁴ который не принимается. В Проекте гражданские права определены как проистекающие «из взаимных отношений подданных между ими, по лицу их и имуществу, поскольку отношения эти определены Законом». Работы по систематизации законодательства продолжаются, и в 1832 г. принимается подготовленный под руководством М. М. Сперанского Полный Свод Законов Российской Империи, Том X которого включал два больших раздела: союзы семейственные и союзы имущественные.

В целом оценка этой кодификации в научных кругах и среди практиков критична. К. Д. Кавелин пишет: «Гражданское право в теперешнем своем составе и построении исполнено противоречий; чтобы из них выпутаться, ученые вынуждены прибегать к объяснениям, нелепость которых бросается в глаза... Гражданское право... представляет какую-то ветхую храмину, посреди прочных и стройных зданий государственного, уголовного, полицейского (общественного) финансового права... Искусственно сложенная из обрывков римского права, в разные эпохи и много раз подправленная и кое-как прилаженная к новым постройкам, эта руина между юридическими науками безобразит всю систему юридических отношений, мешает их правильному сочленению и спутывает понятия»⁵. Однако во второй половине XX в. В. К. Райхер совершенно по-иному оценит первую кодификацию: «Свод законов гражданских» является самостоятельным, национально-самобытным произведением русской юридической мысли, созданным на собственной, национально-исторической основе»⁶.

Большое значение Том X приобрел для преподавания гражданского права и для науки. Первые после принятия Свода учебники по гражданскому праву К. П. Победоносцева и Д. И. Мейера закладывают основу для преподавания гражданского права во все последующие годы. Многие из поставленных в науке того времени проблем обсуждаются до сих пор, а разработанные методы юридических исследований до конца не поняты современной наукой.

Критика гражданского законодательства, проведенные во второй половине XIX в. социально-экономические реформы, развитие отечественной юридической науки – вот причины, приведшие к работам над второй гражданской кодификацией (1882–1905 гг.). Проект нового Гражданского уложения был разработан к 1905 г. и внесен на утверждение в Государственную Думу, однако принят так и не был. Проект, несомненно, превосходил предшествующую кодификацию: изменена структура изложения правовых норм, убраны ограничения в правоспособности, охвачены новые виды отношений (авторское, патентное право) и т. д. Проект Гражданского уложения 1905 г. стал не только экзаменом на зрелость

³ Артемьев А. Краткое начертание римских и российских прав. М., 1777. С. 3.

⁴ Пахман С. В. История гражданской кодификации. СПб., 1876. С. 391–469.

⁵ Кавелин К. Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. 1879 г. – Цит. по: Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России. С. 101.

⁶ Райхер В. К. Гражданско-правовые системы антагонистических формаций // Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962. С. 299.



для отечественной юридической науки, но и признаком изменения российского общества, признанием роли личности в общественном и государственном устройстве.

Обсуждение понятия «личность» выявило разницу личностных характеристик человека в русской и западной культуре. Идея гражданского права, проникнутого духом «индивидуализма» и строящегося на основе интересов частного лица, с самого начала была чужда представлениям большинства русского народа, культивирующего общинные формы быта и хозяйства. Российское общество XIX в. было не готово к воплощению идей, предлагаемых гражданским правом, оно было не готово в этом смысле стать «гражданским обществом». В культурно-историческом плане гражданское право выступало как мост, как переход между двумя цивилизациями: римской, расцветшей и угасшей, и русской, сохранившейся, но вынужденной перестраиваться под новые условия жизни. По этому мосту в российскую действительность, в общинный быт пришла идея свободной личности, собственника, чья воля не только признается источником хозяйственной деятельности, но и выступает основной ценностью нового «гражданского» общества. Таким образом, развитие гражданского права в нашей стране имело не только позитивное «законодательное» измерение, изменения затрагивали само общество, мировоззрение отдельного человека.

Для второго, «человеческого» измерения права более всего подходила теория естественного права. Первые исследования в этом направлении начинаются в конце XVIII в. и связываются с разработкой еще одного «подарка» западной юриспруденции – идеи естественного права. Первой монографической работой становится труд И. Х. Финке «Естественное, частное, публичное и народное право», вышедший в 1816 г. Следующим изданием было сочиненное А. П. Куницыным «Право естественное», вышедшее в свет в 20-х годах XIX в., за которое автора увольняют из Петербургского университета.

Работы схожи по своему содержанию. Опираясь на выражение Платона «Что содействует природе человеческой, на то каждый имеет право», А. П. Куницын выводит правовые явления из «природы» человека, такие как разум, чувства, воля, деятельность. В качестве достоинств такого подхода следует отметить то, что теория естественного права описывала путь, по которому право, исходя из индивидуальной (внеобщественной) человеческой природы, рациональной ее части, перерастает в общественную форму, в средство общения.

Однако почему одинаковые по своей природе люди образуют столь разные общества, отличающиеся и нравами, и традициями, и правом? Особенно актуален был этот вопрос для России, где формы народного общежития отживали, не дождавшись перевода в юридические нормы, а издаваемые законы приносили образы чуждой культуры, не имевшей опоры в народном мировоззрении.

Профессор Н. И. Хлебников следующим образом описывает трудности правового регулирования: «Русский человек додумался до свободы, полюбил ее сильно и страстно, сумел долго защищать ее, но не додумался еще до необходимости строгого порядка, до законности, до защиты лица строгими формами закона и суда, словом, до уважения человеческой личности в ней самой»⁷. Ответ на поставленный вопрос был предложен и К. Д. Кавелиным. Разница общественного быта народа проистекает из тех культурно-исторических условий, в которых этот народ жил и развивался. Отражением особенностей культурно-исторического развития на «индивидуальном» человеческом уровне становится личность. Сформировавшаяся личность определяет мышление, а в итоге и поведение человека. Ученый пишет: «Древняя русская жизнь исчерпала себя вполне. Она развила все начала, которые в ней скрывались, все типы, в которых непосредственно воплощались эти начала. В строгой последовательности она провела Россию сперва через общинный быт, потом через родовой и семейственный... Последним ее усилием, венцом ее существования, были первые зачатки государства и начало личности»⁸. Для воплощения гражданско-правовых норм в действительность человек должен обладать известными знаниями и умениями, которые не были привиты большинству людей ни воспитанием, ни практикой общественной жизни. Закон в среде

⁷ Хлебников Н. И. Исследования и характеристики. Киев. 1873. С. 11.

⁸ Кавелин К. Д. Наш умственный строй. Статьи по философии русской истории и культуре. М. 1998. С. 58.



народа воспринимался как государственная сила, и сделать по закону значило сделать так, «чтобы начальство было довольно». К. Д. Кавелин пишет: «Чрезмерным развитием личной энергии, железною стойкостью ума, его необузданным стремлением к свободе, его щепетильным и ревнивым охранением своих прав, мы, кажется, никогда не имели повода хвалиться. Юридическая личность у нас, можно сказать, едва народилась и продолжает и теперь поражать своею пассивностью, отсутствием почина и грубейшим, полудиким реализмом. Во всех слоях нашего общества стихийные элементы подавляют индивидуальное развитие»⁹.

Как же развить те качества личности, которые позволят воплотиться идее гражданского общества и сделают востребованным гражданско-правовое регулирование? Необходимо, чтобы эти качества использовались в общественной практике, чтобы общество раскрывало и воспитывало эти качества, а государство поддерживало и защищало их. Какие это качества? Данному вопросу уделяло большое внимание философия права, используя категории нравственности, духовности, свободы, интереса. Такие качества находят свое отражение в гражданском законодательстве, но это происходит уже в конце XX в.

Революция 1917 г. отражается на развитии гражданского законодательства и на юридической науке в целом. В первые годы советской власти гражданское законодательство, несмотря на использование гражданско-правовых категорий в ряде декретов, не востребовано в управлении страной. Власть не признает ничего частного, государство становится главенствующей идеей, человек – лишь материал, из которого строится государственное могущество. Экономика «каменеет», органы управления превращаются в громоздкую недееспособную машину, частные хозяйства теряют связи между собой и с государственными предприятиями.

Реакцией на сложившуюся ситуацию со стороны государства становится критика на IX съезде РКП(б) (март-апрель 1920 г.) существовавшего положения, при котором промышленность превратилась в совокупность вертикальных объединений, характеризующихся хозяйственным «изоляционизмом»¹⁰. Вывод очевиден: как капиталистическое, так и социалистическое хозяйство не может развиваться без хозяйственной самостоятельности. Вспоминают о гражданском праве, однако встает вопрос о форме его использования. Предлагались два варианта: ввести принципы социалистической экономики («системные» принципы) в дореволюционное гражданское законодательство, сохранив основные его разделы, либо создать новую отрасль права, включив некоторые гражданско-правовые отношения (теория хозяйственного права). В 20-х годах принимается первый вариант, однако хозяйственно-правовая теория существует до 70-х годов.

Развитие гражданского законодательства начинается с принятия в 1921 г. на X съезде РКП(б) решения о сворачивании политики «военного коммунизма» и перехода к «новой экономической политике» (нэп). В 1922 г. принимаются Декрет о частных правах, а с 1 января 1923 г. вводится в действие Гражданский кодекс РСФСР.

Гражданские права граждан и их объединений становятся средством восстановления и развития экономики, допускаются частная собственность и свобода договорных отношений, но с некоторыми «оговорками». Судебная защита гражданских прав определялась их «социально-хозяйственным назначением»¹¹ (ст. 1 ГК РСФСР 1922 г.), а предоставление гражданской правоспособности связывается с развитием «производительных сил» (ст. 4 ГК РСФСР 1922 г.). Частные права, таким образом, ограничиваются положениями, носящими, по выражению П. И. Стучки, «классовый» характер. Названные принципы призваны не гарантировать хозяйственную свободу, а закрепить идеологические цели. Эти положения ничего не говорят о сущности гражданского права, не отражают условия его существования, а представляют собой явление «добавочное», закрепляющее господствующую идеологию. «Системные» принципы включаются в гражданское законодательство, начинаются их научное обсуждение и разработка. Однако наряду с этим ведется и работа над «догмой» гражданского права, появляются редкие исследования его «сущностных» принципов.

⁹ Там же. С. 314.

¹⁰ КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. 8-е изд. Т. 2. М., 1970. С. 154.

¹¹ О теоретическом содержании этого и других принципов ГК РСФСР 1922 г. см.: Стучка П. И. Гражданское право и практика его применения. М., 1929.



В 1938 г. выходит статья Я. Ф. Миколенко и С. Н. Братуся¹², в которой наряду с «системными» принципами гражданского права (социалистическая система хозяйства, социалистический способ распределения), называются и такие, как самостоятельность, инициатива, свобода волеизъявления. В 1938 г. Всесоюзным институтом юридических наук издается учебник гражданского права в двух томах. В учебнике, в качестве признаков гражданских правоотношений выделяются «наличие известной свободы, самостоятельности и инициативы, признаваемой в известной степени за всеми их участниками», «признание известной свободы волеизъявления участников этих отношений». В 1939 г. учебник критикуется академиком А. Я. Вышинским¹³, назвавшим указанные признаки «несостоятельными». Вплоть до 80-х годов исследования направлены не на выявление общих условий гражданского регулирования, а на «подгонку» гражданских прав к социалистической системе хозяйствования. Наиболее удачно это было реализовано в отношении государственных предприятий, но для частных прав граждан это были новые ограничения.

В 1961 г. принимаются Основы гражданского законодательства Союза ССР – модель для принятия кодексов союзных республик. Каким образом описаны условия хозяйственного оборота в новых кодификациях 70-х годов? Их приходится выводить из статей Основ. Ничего не говорится о волевом характере сделок (ст. 14), нет ни слова о свободе договора и равноправии участников, самостоятельность и инициатива признаются за предприятиями в рамках плана (Преамбула). Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. полностью по своей структуре повторяет Основы и слово в слово перечисляет принципы, указанные в Основах, лишь добавляя волю как условие совершения сделок (ст. 42 ГК РСФСР 1964 г.).

Начиная с 90-х годов происходит отказ от идеологических принципов в пользу закрепления общих условий гражданского оборота, таких как свобода воли, неприкосновенность частной собственности, равенство, инициатива, собственный интерес и усмотрение при осуществлении права и др. Новые условия гражданского оборота получают последовательное закрепление в законодательстве. Сперва в специальных законах (Закон «О собственности в СССР» от 6 марта 1990 г., Закон «О предприятиях в СССР» от 4 июня 1990 г.), Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31 мая 1991 г., затем в Конституции РФ 1993 г. и, наконец, в новом Гражданском кодексе РФ. Итоги догматической работы отразились в статьях общей части Гражданского кодекса РФ 1995 г., описывающих условия, при которых может осуществляться гражданско-правовое регулирование. Существенный вклад по внедрению этих положений в хозяйственный оборот вносит Конституционный Суд РФ, чью деятельность в этом направлении можно сравнить с работой Правительствующего сената в XIX – начале XX в.

Взгляд на историю показывает, что идея «гражданского права» приходит к нам в XVIII в. как продукт западной либеральной мысли, призванный повысить эффективность государственного управления. Понятия гражданского права в XIX в. используются уже в кодификационных работах, получают научное и образовательное развитие. После революции 1917 г. практика общественного устройства подчинена господствующей идеологии, отводящей здесь основную роль государственной власти, «диктатуре пролетариата». Однако отказ от частных сил в сфере хозяйства себя не оправдал, гражданское право принимается как средство управления экономикой, проводится гражданская кодификация. Гражданское законодательство становится частью советской правовой системы. Это происходит через привнесение в гражданское законодательство «системных» принципов, предназначенных для ограничения гражданских прав частных лиц. С началом либеральных реформ подход к гражданскому праву меняется. Гражданское законодательство очищается от идеологических ограничений и закрепляет в качестве общих положений условия свободного гражданского оборота.

Значимой проблемой в практике гражданского регулирования остается социально-психологическая среда воплощения гражданских норм. Как считал И. А. Покров-

¹² Миколенко Я. Ф., Братуся С. Н. О предмете и принципах социалистического гражданского права // Проблемы социалистического права: Сборник 5. 1938.

¹³ Вышинский А. Я. XVIII съезд ВКП(б) и задачи науки социалистического права // Советское государство и право. 1939. № 3.



ский, «гражданское право искони и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения»¹⁴. Гражданское право рассчитано на деятельную свободную личность, которая не являлась ценностью и не воспитывалась в нашей стране на протяжении нескольких столетий. Вместе с усилением роли государственной власти в деле общественного устройства произошло полное уничтожение общественных институтов как самостоятельной силы, а качества личности были сведены к набору «политических» рефлексов. Необходима планомерная и последовательная работа по развитию гражданского общества, по воспитанию в людях навыков и умений применять нормы гражданского законодательства, сами же нормы должны становиться основой взаимодействия на различных уровнях: человек–человек, человек–сообщество, человек–государство.

¹⁴ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 19.

Раздел 5
СТУДЕНЧЕСКИЕ РАБОТЫ

А. Г. Тарасенко
A. G. Tarasenko

**ЛИЧНОЕ НЕИМУЩЕСТВЕННОЕ
ПРАВО ГРАЖДАНИНА НА ГОЛОС**

**PERSONAL NON-PROPERTY RIGHT OF THE CITIZEN
TO THE VOICE**

Аннотация. Настоящая статья посвящена исследованию проблем защиты исключительного права человека на распоряжение собственным голосом и его охраны от неправомерного использования третьими лицами в коммерческих целях. В настоящее время в российском законодательстве закреплено только право гражданина на собственное изображение. В работе проводится анализ работ отечественных и зарубежных цивилистов, посвященных исследованию личных неимущественных прав граждан на нематериальные блага, обзор зарубежного законодательства и судебной практики по рассматриваемой теме (в частности, таких стран, как США, Германия, Австралия, Великобритания и Канада), сравнение различного понимания и подходов к защите прав на данное нематериальное благо в странах романо-германской и англо-американской правовых семей, обосновывается необходимость законодательного закрепления в РФ права гражданина на собственный голос и предлагается возможная формулировка статьи, посвященной охране такого права.

Ключевые слова. Личные неимущественные права, нематериальные блага, голос, интеллектуальная собственность, право на публичность.

Annotation. The article is devoted to the analysis of the problems of exclusive human right protection to dispose of owner's voice and its protection against unlawful use for commercial purposes by third persons. At present it is only prescribed the citizen's right of its own image in legislation of Russian Federation. Besides the article analyses works of foreign and native civil lawyers which deal with studies of personal non-property rights of citizens to intangible benefits. It gives review of foreign legislation and precedents concerned with the topic (particularly in such countries as the USA, Germany, Australia, the UK, and Canada), and essentially different interpretation and approaches of protection the personal rights of citizens to intangible benefits in the countries of the Continental system of law and the Common law system; it gives the foundation of need for legislative confirmation of citizen owner's voice right. In conclusion it proposes possible statutory wording devoting to protection of such right.

Key words. Personal non-property rights, intangible benefits, voice, intellectual property, right of publicity.

Проблема защиты исключительного права человека на распоряжение собственным голосом и его охрана от неправомерного использования третьими лицами в коммерческих целях являются крайне актуальными в современном мире. Это относится и к России, где предоставленные гражданам законодателем гарантии в данной сфере не отвечают потребностям времени. Не менее остро данная проблема стоит и в европейских странах континентального



права, столкнувшихся с необходимостью теоретического обоснования выделения новых видов неимущественных прав, и поиска средств их защиты на законодательном уровне. В США в настоящее время происходит процесс становления относительно нового правового института, позволяющего защитить в том числе и право известных в обществе граждан на собственный голос. Этот процесс сопровождается жаркими спорами теоретиков права и противоречивой судебной практикой. Не менее дискуссионной является эта проблема и в других странах общего права: Великобритании, Канаде, Австралии, также столкнувшихся с необходимостью защиты прав, прежде всего знаменитостей, на самостоятельное определение направлений коммерческого и иного использования своего голоса и распоряжения его записью. С одной стороны, ряд влиятельных цивилистов в этих государствах как на уровне доктрины, так и на законодательном уровне выступает за адаптацию американской модели; с другой – более консервативно настроенные правоведаы говорят о необходимости применять к правоотношениям по охране голоса нормы смежных правовых институтов.

Переходя к непосредственному рассмотрению права на голос, приведем следующее определение. Голос – это совокупность звуков, возникающих в результате колебания голосовых связок¹, звук, звон, тягучий шум разного рода; звук или зык из гортани человека или животного; напев, последовательность музыкальных звуков, мелодия². Голосу как опознавательному знаку присущи такие характеристики, как тембр, диапазон, высота, сила, интонация; его может отличать наличие акцента, дефектов произношения и т. п. Голоса могут быть классифицированы по звуку на чистые, хриплые, грудные, гортанные, носовые³. Несмотря на то что голоса бывают схожими на слух, они тем не менее могут быть довольно точно различены при помощи акустических измерений, применяемых при криминалистической идентификации личности. Однако отличительная сила голоса как естественного блага не столь высока, как у внешнего облика. Это объясняется тем, что посредством звуковой оболочки можно передать меньше информации через ассоциации. Конечно, модуляциями голоса передаются определенные чувства: радость, печаль, энтузиазм, ярость, однако стоит отметить, что их спектр из-за отсутствия визуального раздражителя довольно ограничен по сравнению с обликом как отличительным знаком. По этой причине неотъемлемое право человека на собственное изображение в большей мере подвержено риску нарушения, что тем не менее не означает, что охрана голоса является менее востребованной, тем более что в последнее время количество случаев ущемления рассматриваемого нами права увеличивается⁴.

Голос представляет собой нематериальное благо⁵, являющееся объектом личного неимущественного права. Право на голос состоит из правомочий по использованию своего голоса, а также по распоряжению его звукозаписью⁶. Правомочие по использованию включает в себя возможность получения материальных и (или) нематериальных преимуществ за счет индивидуальности голоса⁷, дачи согласия или запрета другим лицам на его использование⁸ (в том числе на случай смерти). Гражданин может дать согласие на использование своего голоса в коммерческих или

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2003. С. 136.

² Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1998. С. 370.

³ Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: Понятие, осуществление, защита. М., 2000. С. 124.

⁴ Karl-Nikolaus Peifer. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. Kiel, 2001. S. 164.

⁵ В немецкой доктрине используется термин «личные блага» (Persönlichkeitsgüter).

В отечественной литературе также указывается на предпочтительность термина «личные неимущественные блага» (см.: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. С. 413 (автор главы – Т. А. Терещенко).

⁶ Гражданское право. Часть первая: Учебник / Отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. М., 2003. С. 241 (автор главы – М. Н. Малеина).

⁷ По мнению М. Л. Нохриной, подобная возможность не носит характера юридически обеспеченной возможности, так как ее осуществлению никто не может воспрепятствовать (см.: Нохрина М. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. СПб., 2004. С. 63).

⁸ Как верно отмечается, правомочие запрещать использование и распространение записи своего голоса не является абсолютным. Напротив, имеет место относительное правоотношение, так как обязанным по такому запрету может быть лишь конкретное лицо, неправомочно осуществившее запись чужого голоса (Нохрина М. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. С. 63). Такого же мнения придерживается и Н. Д. Егоров (говоря об аналогичном праве на неприкосновенность собственного облика). Автор отмечает, что в данном случае можно говорить об ином



некоммерческих целях, в том числе в рекламе, политической агитации, эстрадных номерах, путем записи на материальный носитель, оцифровки с целью последующего его обнародования, распространения и воспроизведения. Распоряжение записью голоса проявляется в возможности совершать различные сделки по отчуждению звукозаписи. Также выделяется возможность дать согласие на компьютерную обработку записи голоса в целях создания новой версии звукозаписи⁹, однако это правомочие требует известной оговорки применительно к созданию произведений искусства и творческой деятельности, о чем будет сказано далее.

Как видим, общественные отношения по поводу права личности на голос должны регулироваться нормами гражданского права вне зависимости от того, находится ли рассматриваемое право в состоянии нарушения или нет.

Итак, рассмотрим возможные формы нарушения естественного права человека на голос как признак идентификации.

а) *Дефектная связь голоса с личностью*¹⁰. Речь идет, например, о синхронном наложении голоса на актера в кино. В случае синхронизации зарубежной ленты иноязычными голосами особых сложностей не возникает. Существеннее является вмешательство, когда посредством синхронного меняется исходный голос, в особенности в случаях искажения смысла произносимого. Тем самым разрывается связь голоса и стоящей за ним личности, что подтверждает нарушение права на собственный голос (при условии произведения замены без получения предварительного согласия носителя голоса¹¹)¹².

б) *Применение голоса в качестве опознавательного знака в коммерческих и агитационных целях*. Голос, будучи нематериальным благом, обладает свойством индивидуализации самой личности его обладателя¹³, но он также может быть использован в объявлениях, политической

праве, которое является абсолютным (см.: *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. С. 131. – Цит. по: *Нохрина М. Л.* Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. С. 63–64).

Применительно к голосу оно звучало бы так: никто не вправе осуществлять запись голоса гражданина без его согласия за исключением случаев, прямо предусмотренных законом. М. Л. Нохрина, не разделяя приведенную позицию, говорит о том, что закон не запрещает осуществлять запись чужого голоса, запрет касается лишь публичного распространения такой записи (Там же. С. 64). С этим сложно согласиться, так как свободная запись чужого голоса нарушает право гражданина на неприкосновенность частной жизни и в ряде случаев законодательно запрещена (например, запись телефонных переговоров может осуществляться только с разрешения суда).

При этом стоит согласиться, что в ряде случаев обладатель голоса действительно не может запретить имитировать свой голос. Например, невозможно с точки зрения действующего законодательства и здравого смысла запретить пародирование или имитирование голоса известного лица другим лицом дома или в любительском театральном кружке.

Позиция Н. Д. Егорова представляется нам наиболее убедительной. Таким образом, мы считаем, что запрет на осуществление записи чужого голоса носит абсолютный характер (кроме разрешенных законом случаев), а право на запрещение воспроизведения и распространения записи голоса – относительный. При этом обладатель голоса вправе требовать от лица, обладающего записью его голоса, воздержаться лишь от действий, которые прямо запрещены законодательно, и не может требовать какого-либо иного поведения обязанного лица.

⁹ Гражданское право / Отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. С. 241 (автор – главы М. Н. Малеина).

¹⁰ *Karl-Nikolaus Peifer*. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 164.

¹¹ Здесь в памяти сразу всплывает имевшая место на протяжении нескольких лет реклама одним из российских федеральных развлекательных каналов ежедневных вечерних трансляций кинофильмов в 21:00. Она представляла собой нарезку из многочисленных отрывков зарубежных кинолент, с синхронно наложенным на оригинальные голоса актеров или переводчиков голосом, призывающим зрителей от имени актеров или их персонажей к просмотру указанного телеканала в определенное время.

¹² Помимо согласия носителя голоса в данном случае требуется и согласие обладателя авторских или иных исключительных прав на искажаемое произведение.

¹³ Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2001. С. 318 (автор главы – Т. А. Фадеева).

А. Е. Шерстобитов, рассматривая право на внешний облик и право на личное изображение в качестве двух самостоятельных личных неимущественных прав (что, по нашему мнению, правильнее, чем рассматривать, вслед за некоторыми авторами, право на собственное изображение в качестве составляющей права на внешний облик в широком смысле), считает, что оба этих права направлены на обеспечение личной неприкосновенности человека, а не на индивидуализацию его личности (см.: Гражданское право / Отв. ред. Е. А. Суханов. С. 428–429 (автор глав – А. Е. Шерстобитов).



агитации¹⁴, рекламе товаров и услуг. В особенности это касается голосов известных людей. Таким образом, конкретный голос может стать средством индивидуализации отдельных товаров и услуг. При этом следует различать два, на наш взгляд, различных случая: 1) использование в рекламных целях записи голоса или его синтезированной копии и 2) имитацию оригинального голоса третьим лицом¹⁵. В первом случае имеет место незаконное использование записи настоящего голоса (как прямое, путем монтажа и добавления отдельных отрывков в рекламный ролик, так и опосредованное, путем использования архивных записей исходного голоса с целью последующего синтеза его копии с использованием компьютерной техники¹⁶). Во втором – используется не оригинальное личное благо, а производится похожее посредством имитации тембра голоса, интонаций, использования часто употребляемых лицом речевых оборотов, вводных слов и т. п.¹⁷

Представляется, что право на собственное изображение направлено также и на индивидуализацию личности. Таким образом, право человека на собственный голос как право, схожее с правом на изображение, также направлено как на обеспечение личной неприкосновенности, так и на индивидуализацию личности.

¹⁴ В литературе приводится случай, разрешенный судом второй инстанции в Мюнхене в 1979 г. Актер, записавший «Песнь немцев» и «Песнь австрийцев», предъявил иск к Христианско-Социальному Союзу в Баварии, которым две эти записи были использованы в предвыборной агитации (*Karl-Nikolaus Peifer. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 164*). Представляется, что иск в данном случае был заявлен не в связи с неправомерным использованием конкретных произведений, как объектов права интеллектуальной собственности, охраняемых авторским правом, а именно в защиту права на самостоятельное распоряжение записью своего голоса, так как последний вызывает у слушателя ассоциацию с конкретной личностью. Поскольку подобная ассоциация вызывается в контексте политической агитации, то у потенциального избирателя создается убеждение, что лицо, обладающее авторитетом и уважением в силу своей популярности, агитирует за конкретную политическую партию.

¹⁵ В 1989 г. сын покойного актера Хайнца Эрхардта подал в суд в связи с фактом имитации голоса и типичных выражений его отца в рекламных целях (*Karl-Nikolaus Peifer. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 164*).

¹⁶ Здесь приведем пример М. Н. Малеиной (см.: *Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: Понятие, осуществление, защита. С. 131*). Волка в мультфильме «Ну, погоди» озвучивал А. Папанов. После смерти артиста запись его голоса была синтезирована посредством компьютерной техники и использована в последующих сериях мультфильма. Родственники покойного артиста получают гонорар за исполнение, что подтверждает существование права на индивидуальность голоса и переход к родственникам правомочия по распоряжению записью голоса.

Компьютерные технологии нашего времени позволяют переводить письменный текст в синтезированную речь давно умерших знаменитостей. Однако на сегодняшний день техника еще не достигла уровня развития, который мог бы заставить беспокоиться рядового гражданина о потенциальной возможности третьих лиц проводить незаконные операции с использованием чужого «украденного» голоса, поскольку для того, чтобы искусственно воссоздать голос конкретного лица, требуется осуществить запись его голоса в студии посредством чтения вслух предложенных материалов. Процесс непосредственного чтения занимает от 10 до 40 часов, а тип литературы варьируется от газетных бизнес сводок до бессмысленного набора слов. Однако в случае с покойными знаменитостями для синтеза голоса могут быть использованы уже существующие архивные записи, что делает угрозу их копирования вполне вероятной. Подробнее о достижениях техники в этой области см.: *Lisa Guernsey. Software Is Called Capable of Copying Any Human Voice // The New York Times//http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9905E5D91E3DF932A05754C0A9679C8B63*.

¹⁷ В США распространено использование так называемых «sound-alikes», когда рекламным компаниям не удается привлечь настоящего актера к участию в создании рекламного ролика. Например, автомобильной компанией Форд был использован в рекламе своей продукции голос, неотличимый от голоса известной актрисы и певицы Бетти Мидлер. При этом рекламный ролик был построен таким образом, что давал косвенные основания полагать, что одобрение было получено. Суд Девятого округа постановил, что идентифицируемый голос является частью коммерческой индивидуальности знаменитости, а следовательно, защищается нормами о праве на публичность (о нем далее) (*Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460 (9th Cir.1988)*).

Корпорация Фрито-Лэй также использовала имитацию голоса Тома Уэйтса в рекламе кукурузных чипсов (*Waits v. Frito-Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir.1992)*).

Jennifer L. Carpenter. Internet Publication: The Case for an Expanded Right of Publicity for Non-Celebrities // Virginia Journal of Law and Technology// http://www.vjolt.net/vol6/issue1/v6i1a03-Carpenter.html.

В Италии была произведена реклама печенья, в которой исполнялась sound-alike песня в стиле певца Angelo Branduardi (*Trib. Roma, 12.5.1993, Riv.dir.ind. 1994, 191 = Dir.inf. 1994, 305 = GRUR Int. 1989, 191. – Цит. по: Karl-Nikolaus Peifer. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 165*).



Представляется, что при этом аудитория потенциальных потребителей может быть введена в заблуждение двояким образом: либо относительно того, что имитируемое лицо добровольно рекомендует определенный продукт или услугу на основе своего личного опыта, если реклама представлена не в виде рекламного ролика, а построена по принципу доверительного общения в рамках «не существовавшего» интервью и т. п.; либо относительно того, что между производителем рекламируемого товара и лицом заключен договор, во исполнение которого лицо рекламирует товар, либо лицом было дано предварительное согласие на использование в рекламных целях своего голоса. Помимо убытков и морального вреда от неправомерного использования голоса во всех случаях (с использованием оригинального, синтезированного или сымитированного голоса) вред может быть нанесен и репутации лица, так как оно может ассоциироваться с недоброкачественным товаром.

в) *Пародия*. В связи с рассмотренным выше случаем недопустимости нарушения права лица на самостоятельное распоряжение голосом посредством его имитации в иностранной литературе также рассматривается вопрос, ущемляются ли права подражателя в результате этого. Так, справедливо указывается на право двойников-дублеров использовать свое естественное сходство с известными и авторитетными лицами с целью получения дохода¹⁸. В немецкой доктрине отмечается, что исходить из свободы разумного рекламного использования своего естественного дара можно лишь настолько, насколько эта свобода не ущемляет права другого. Действительно, так же как в праве на имя среди лиц, обладающих одинаковыми именами, никто из них не может запретить использование этого имени остальным, никто не вправе запрещать лицу с похожим голосом использовать его. Но ему, как и лицам с одинаковыми именами, не разрешается приводить к возникновению сходства вплоть до невозможности различия двух голосов посредством заведомого подражания подлиннику. В данном случае коллизия двух равноценных личных благ заключается в том, что они, будучи и без того трудно различимыми, умышленно еще более сближаются искусственным образом, путем подражания. Последнее, безусловно, недопустимо. Лицо должно не только давать понять, что подражает (прежде всего, как в случаях с пародией), но также не может без надобности в дальнейшем использовать отличительные признаки подлинника, такие как его типичную манеру говорить либо используемые им выражения¹⁹.

Доказывание в подобных случаях представляет известную сложность. Справедливо отмечается, что стиль или типичная манера говорить, в отличие от благ, воплощенных на материальных носителях и исполнений, не охраняются законодательными нормами, регулирующими общественные отношения, связанные с авторскими правами, а также созданием и использованием произведений искусства²⁰.

М. Н. Малеина считает действия двойников, обладающих схожим голосом, неправомерными при наличии совокупности условий: двойник осознает схожесть своего голоса и (или) сознательно изменяет свой голос; выдает себя за изображаемое лицо; получает выгоду за эксплуатацию чужого голоса (вознаграждение и др.) и (или) причиняет неимущественный и (или) имущественный вред изображаемому²¹. Как видим, в целом приведенные условия признания деятельности двойника неправомерной схожи с приведенным выше пониманием этого аспекта проблемы немецкими авторами. Однако нельзя согласиться с приведенной М. Н. Малеиной формулировкой «эксплуатация чужого голоса». Как уже было отмечено, двойник эксплуатирует свое собственное похожее личное благо, при этом являющееся равноценным благом другого лица. Кроме того, М. Н. Малеина говорит о возможности нарушения прав лица путем намеренного чрезмерного искажения (неудачного использования,

Часто голосовая имитация с внешне похожей моделью (look-alike) приводила к тому, что затрагивалось также и право на собственное изображение.

¹⁸ Ponzanelli, Dir.inf. 1988, 126,128. – Цит. по: *Karl-Nikolaus Peifer*. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 166.

¹⁹ *Karl-Nikolaus Peifer*. Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 166.

²⁰ Ibid.

²¹ *Малеина М. Н.* Личные неимущественные права граждан: Понятие, осуществление, защита. С. 133.



излишнего утрирования) третьим лицом личного индивидуализирующего блага другого²². Здесь возникают как минимум три возражения. Во-первых, представляется нежелательным оперирование такими оценочными категориями, как «неудачное использование» или «чересчур утрирована» в регулировании таких и без того достаточно абстрактных понятий, как нематериальные блага и творческая деятельность, в процессе которой художником или пародистом осуществляется такое неудачное использование или утрирование. Во-вторых, на наш взгляд, сущность пародии может состоять не только в точном копировании конкретного голоса третьим лицом, но и в его возможном утрировании путем включения в пародийное произведение часто употребляемых выражений, воспроизведения акцента, дефектов речи, выраженных как в нечетком произношении, невыговаривании отдельных букв, так и в возможных расстройках нервного характера, например заикании. В-третьих, по нашему мнению, если лицом и будет доказан факт чрезмерного утрирования его голоса пародистом или посредством электронного искажения, то указанные унижающие действия третьего лица посягают на такие нематериальные блага, как честь и достоинство человека, но никак не на право лица свободно использовать свой голос и распоряжаться его записью. Соответственно гражданин может пресечь подобную деятельность и взыскать моральный вред.

В целом же считаем, что запрос предварительного согласия пародируемого лица для целей эстрадного номера не нужен. И хотя ст. 1274 ГК (говорящая о том, что создание произведения в жанре пародии на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения) регулирует вопросы права интеллектуальной собственности и правоотношений между пародистом и обладателем исключительных прав, а в российском гражданском праве личные неимущественные права на нематериальные блага не связаны с правом интеллектуальной собственности, тем не менее считаем возможным применять норму п. 3 ст. 1274 ГК к отношениям между пародистом и обладателем пародируемого голоса.

г) *Использование чужого голоса в искусстве.* Интересным является вопрос о необходимости получения предварительного согласия лица, в особенности знаменитого, чей голос широко известен, при использовании отдельных отрывков из его речи, публичных выступлений, в том числе в средствах массовой информации, для создания новых произведений. В литературе отмечается, что для решения вопроса о противоправности действий нарушителя не имеет значения, используется ли чужой голос в искусстве, коммерции или в жизненной ситуации²³. Представляется, что необходимости в согласии нет, если образец голоса используется в произведении искусства, создаваемом посредством творческой деятельности без цели коммерческого использования результата либо в случае, когда извлечение прибыли не является основной целью создания такого произведения²⁴. При этом используемый голос не должен выполнять функцию основного объекта в произведении, а играть некую второстепенную роль, например, дополнять в качестве звукового фона визуальный ряд в театральной постановке. На наш взгляд, запрет свободного использования известных голосов в художественных целях негативно отразился бы на развитии искусства, а публичный интерес в появлении новых произведений искусства для удовлетворения эстетических и духовных потребностей общества превалирует над частным интересом обладателя голоса или его наследников. При этом, безусловно, лицо имеет право потребовать прекращения использования своего голоса и (или) изъятия произведений на

²² Правда, говорится об этом в контексте правомочия по использованию индивидуального облика. В качестве возможных проявлений намеренного искажения лица называются фотомонтаж, коллаж, неудачное использование изображения в видеоклипе, чрезмерное утрирование карикатуры (Там же). Вполне очевидно, что все сказанное автором может рассматриваться и применительно к праву на голос, только в качестве форм будут выступать пародия третьим лицом или утрирование исходного голоса посредством компьютерной техники.

²³ Там же.

²⁴ Скажем, в Гражданском кодексе штата Калифорния (California Civil Code) при регулировании вопросов получения предварительного согласия на использование голоса покойной знаменитости у ее наследников делается оговорка, касающаяся художественного или нехудожественного культурно-развлекательного представления, или драматического, литературного или музыкального произведения (CAL CIVIL CODE 3344.1 (a)(2)).



материальных носителях, в которых его голос был использован, если содержание указанных произведений носит характер оскорбления, посягает на его честь и достоинство либо вызывает нравственные страдания. Разумеется, в случае если звукозапись голоса является объектом авторского или иного права интеллектуальной собственности, использование такой звукозаписи может быть запрещено правообладателем.

д) *Ущемление права на голос через принуждение его изменения.* Ряд авторов выделяет в праве человека на голос правомочие, имеющее абсолютный характер и выражающееся в возможности лица требовать от всех окружающих невмешательства в определение им высоты, диапазона, тембра, интонации и других возможных черт своего голоса²⁵. Представляется, что возможность появления случаев нарушения данного правомочия человека на практике маловероятна. Однако представить подобные случаи можно. Скажем, не исключено включение неправомерного условия об обязанности искажения собственного голоса в договор диктора на телевидении, ди-джея на радиостанции и т. п.

е) *Запись голоса гражданина правоохранительными органами и гражданами.* Общее правило состоит в следующем: как прослушивание, так и запись и распространение неофициальных разговоров нарушает частную сферу личности. Исключения содержатся в УПК, законах РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» от 11 марта 1992 г. № 2487-1 (с изм. и доп.)²⁶, «О средствах массовой информации» от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 (с изм. и доп.)²⁷, «О милиции» от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 (с изм. и доп.)²⁸.

Ограничения свободной записи чужого голоса направлены в первую очередь на защиту неприкосновенности частной жизни и недопустимости вторжения в частную сферу личности, но косвенно они тем не менее затрагивают и право гражданина на самостоятельное распоряжение записью своего голоса.

Помимо перечисленных нами случаев возможного нарушения права на неприкосновенность голоса в литературе приводятся и иные. Однако, на наш взгляд, они лишь косвенно связаны с рассматриваемой нами темой, например, ситуации, когда гражданину оказывается некачественная медицинская услуга, повлекшая последствия в виде необратимой потери голоса, значительного не восстановимого его изменения, временной потери голоса или его временного изменения. Предлагается даже ввести в законодательство дополнительный критерий определения размера компенсации неимущественного вреда – характер последствий нарушения голоса²⁹. Однако представляется, что все эти ситуации не связаны с нарушением неприкосновенности голоса, ведь медицинская услуга оказывается в соответствии с договором об оказании такой услуги, а следовательно, лицо своим волеизъявлением на заключение такого договора дает согласие на проведение определенных операций, процедур и осознает либо должно осознавать, что любое медицинское вмешательство может иметь негативные последствия. Объектом посягательства в данном случае выступает не голос как нематериальное благо или право на его неприкосновенность и самостоятельное распоряжение им или его записью, а более широкая категория, такое личное благо человека, как здоровье.

В Германии право на голос относится к правам, охраняющим неприкосновенность частной сферы личности³⁰. Голос наравне с обликом признается естественным благом, данным человеку от рождения, принадлежащим личности на протяжении всей ее жизни, неотделимо от нее, характеризует личность и выступает отличительным признаком. Отмечается, что защита голоса осуществляется в трех направлениях: защита оригинальности, защита конфиденциальности и защита достоверности высказанного³¹.

²⁵ *Нохрина М. Л.* Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. С. 64–65.

²⁶ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 17. Ст. 888.

²⁷ Там же. № 7. Ст. 300.

²⁸ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 503.

²⁹ *Малеина М. Н.* Личные неимущественные права граждан: Понятие, осуществление, защита. С. 135.

³⁰ *Marie-Theres Frick.* Persönlichkeitsrechte. S. 15// http://www.llv.li/pdf-llv-sds-lib_5-2.pdf.

³¹ *Karl-Nikolaus Peifer.* Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen. S. 162.



Защита оригинальности опирается на авторские и смежные права, в особенности если имеет место художественное исполнение, и соответственно защита осуществляется в соответствии с правилами о защите исполнителей Закона об авторском праве (UrhG).

Защита конфиденциальности связана с правом на устно или письменно выраженное слово³². Аналогично защите изображения, в данном случае в центре находится интерес личности в защите анонимности. И речь главным образом идет не о голосе как звуковой форме, а о нарушении приватности и конфиденциальности сказанного³³. Поэтому защита носит не абсолютный, а относительный характер. Право на нее возникает только в том случае, если имело место конкретное посягательство третьего лица, наиболее интенсивными проявлениями которого признаются фиксирование высказанного посредством записывающей техники и последующее распространение сделанной записи. В Германии подобная защита осуществляется прежде всего в соответствии с § 823 Германского гражданского уложения (BGB) (ответственность за причинение ущерба), § 201 Уголовного кодекса (StGB) и общепризнанными правами личности, касающимися интересов в сохранении конфиденциальности как предпосылки для развития и раскрытия индивидуальности³⁴.

Что касается *защиты достоверности высказанного*, то затронутой может быть индивидуальность личности. Данная защита, объектом которой является личное благо, является предметом обсуждения лишь тогда, когда голос, рассматриваемый как средство индивидуализации, фактически кем-либо присваивается.

Поскольку голос как средство идентификации аналогичен изображению, германским исследователям представляется возможным применение к правоотношениям по охране голоса соответствующих положений германского законодательства, регулирующих использование третьими лицами чужого изображения. Такие нормы содержатся в § 22–23 Закона об авторском праве на произведения искусства (KUG). Законом закреплено, что изображение человека разрешается распространять или публично демонстрировать только при получении предварительного согласия изображенного лица. При этом в случае сомнения такое согласие считается выданным, если изображенное лицо позировало за плату. В течение 10 лет после смерти изображенного лица для совершения указанных действий с изображением требуется получение согласия родственников изображенного лица, под которыми Закон понимает пережившего супруга или сожителя и детей изображенного лица, а в случае отсутствия всех указанных лиц – родителей изображенного. При этом Закон называет случаи, в которых получения предварительного согласия не требуется. К ним относятся: 1) изображения из области современной истории (в случае применения этой нормы по аналогии к голосу немецкими авторами указывается возможность свободного распространения известных речей в Бундестаге³⁵); 2) изображения, на которых лицо представлено как нечто второстепенное наряду с природным ландшафтом или изображением населенного пункта (применительно к рассматриваемой нами теме: голоса – «второстепенные звуки», такие как шум на оживленной городской площади³⁶); 3) изображение собрания, митинга, демонстрации, шествия и подобных им событий, в которых изображенное лицо принимало участие (голоса, которые были записаны в ходе публичного митинга, общественного собрания вместе с репликами из зала³⁷); 4) изображения, которые хотя и не были выполнены на заказ, но распространение или экспонирование которых служит более приоритетным интересам искусства. При этом в Законе специально оговаривается, что лицо в любом случае не имеет права распространять или экспонировать изображение, если этим нарушаются законные интересы изображенного лица или его родственников.

В случаях, когда в коммерческих или рекламных целях используется не оригинальный голос третьего лица, а его имитация, то по аналогии с изображением применяются нормы § 823 ГГУ (ответственность за причинение ущерба) и § 1004 ГГУ (требования прекращения

³² Ibid. S. 163.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid. S. 167.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.



действия и устранения препятствий по осуществлению субъективного права). При распространении такого поддельного идентификационного знака (в случае если он узнается потребителями и отождествляется с оригиналом) также подлежат применению нормы § 22 Закона об авторском праве на произведения искусства.

В отличие от стран романо-германской правовой семьи, рассматривающих личное неимущественное право человека на голос (как нематериальное благо) в контексте общей неприкосновенности личной жизни³⁸ и, таким образом, предоставляющих одинаковые средства защиты всем гражданами, в США наравне с правом на невмешательство в частную жизнь (Right of Privacy) возникло так называемое право на публичность (Right of Publicity)³⁹. В состав последнего входит также и правомочие на самостоятельное распоряжение собственным голосом, которым обладают знаменитые общественные деятели, представители шоу-бизнеса, спортсмены, чей голос обладает коммерческой ценностью и признается собственностью, право на которую может быть переуступлено⁴⁰. При этом право на публичность является видом имущественных прав и входит в институт права интеллектуальной собственности⁴¹.

Право на публичность представляет собой право личности контролировать коммерческое использование его или ее отличительных признаков и взыскивать в судебном порядке убытки и доход, полученные от такого использования. Считается, что право на публичность возникло в 1953 г.⁴² Сегодня оно признается на территории более чем половины штатов (как минимум 27) и является закрепленным или в прецедентах высших судов штатов, или на уровне законодательства штатов, или одновременно общим и статутным правом⁴³. По состоянию на август 2008 г. законодательное закрепление право на публичность получило в 15 штатах, 10 из которых (например, Калифорния, Флорида, Иллинойс) признают его существование и после смерти и возможность передавать в составе наследственной массы. В пяти штатах (например, в Нью-Йорке⁴⁴, Массачусетсе) такое право существует только при жизни его носителя⁴⁵. Причем время существования исключительного права правопреемников знаменитости на распоряжение именем знаменитости, ее подписью, голосом, изображениями, образом после ее смерти также различается в разных штатах, из числа признающих подобное посмертное право⁴⁶. Суды, разрешая споры о признании за наследниками знаменитостей перешедшего к

³⁸ Коммерциализация личности как глобальное явление положило начало процессу пересмотра странами континентального права своего подхода к правам на индивидуальность. Актуальным остается вопрос отнесения подобных прав к личным, имущественным или и к тем, и к другим одновременно.

³⁹ Называемое также правом на знаменитость (Right of Celebrity) или правом на индивидуальность (Right of Personality).

⁴⁰ Как верно отмечается в литературе, незнаменитому человеку обычно сложно представить в суде доказательства того, что его голос обладает коммерческой ценностью, а следовательно, он имеет право на компенсацию за незаконное присвоение имущества в коммерческих целях (*Bruce Arnold. Rights of publicity (Caslon Analytics)*// <http://www.caslon.com.au/ipguide26.htm>).

⁴¹ Сразу оговоримся, что США не являются единственной страной, защищающей коммерческую ценность, присущую отдельным признакам, индивидуализирующим личность. Например, Япония также различает право на публичность и право на невмешательство в личную жизнь, а недавно признала первое имущественным правом (*F. Jay Dougherty. Foreword: The Right of Publicity – Towards a Comparative and International Perspective (1998)* 18 *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, 438-9; Yoshimy Ohara, 'Japan' in Michael Henry (ed), *International Privacy, Publicity and Personal Laws (2001)* 269, 289-93. – Цит. по: *Rosina Zapparoni. Propertising Identity: Understanding The United States Right of Publicity and its Implications – Some Lessons for Australia (Melbourne University Law Review)* // <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2004/23.html#Heading387>).

⁴² С вынесение исторического решения Апелляционным судом США по второму округу (см.: *Haelan Laboratories, Inc v Topps Chewing Gum, Inc*, 202 F 2d 866 (2nd Cir, 1953); cert denied 346 US 816 (1953) ('*Haelan Laboratories*')). В дальнейшем оно получило научно-теоретическое обоснование (*Rosina Zapparoni. Propertising Identity*).

⁴³ *Rosina Zapparoni. Propertising Identity*.

Также в 1995 г. право на публичность было закреплено в 3-м Своде норм о недобросовестной конкуренции (Restatement (Third) of Unfair Competition). Тот, кто присвоит коммерческую ценность индивидуализирующих признаков личности без получения согласия... подлежит ответственности (§ 46 гл. 4).

⁴⁴ Однако в 2008 г. в Нью-Йорке существовали законопроекты о внесении поправок в Закон о гражданских правах (Civil Rights Law), создающие посмертное право на публичность.

⁴⁵ *Andrew J. Thomas. Legislators to Celebrities: There's No Such Thing as Too Much (Right of) Publicity*// http://www.dwt.com/practc/entertain/bulletins/08-08_RightofPublicity.htm.

⁴⁶ Оно существует от 10 до 100 лет.



ним в составе общей наследственной массы права на публичность, в том числе правомочия по распоряжению голосом наследодателя, ставят положительное решение в зависимость от места постоянного проживания покойной знаменитости⁴⁷.

В Австралии в настоящее время⁴⁸ не существует такого института, как право на публичность. При этом неправомерное использование индивидуализирующих признаков известных личностей признается деликтом. Данные отношения регулируются нормами о незаконном использовании торговой марки при сбыте товаров – коммерции под чужим именем⁴⁹. Иными словами, известное лицо, голос которого без его предварительного согласия используется в рекламных или коммерческих целях, может получить компенсацию убытков (или пресечь такое использование), только основав свои требования на одном из существующих в общем или статутном праве Австралии правовых режимов интеллектуальной собственности. К последним относятся правовой режим торговой марки, авторское право, закон о промышленных образцах, законодательство о торговых обычкновениях⁵⁰ и предусмотренный в общем праве Австралии запрет на коммерцию под чужим именем. Также подобная защита возможна в пределах охраны от разглашения тайны. Кроме того, применяются нормы об умышленном ложном сообщении, носящем характер оскорбления. Правда, на практике применение последнего ограничено в силу сложности доказывания того, что имевшее место незаконное коммерческое присвоение является оскорблением в свете рассматриваемого нами вопроса. Тем не менее в судебной практике Австралии можно встретить случаи успешного применения норм о нанесении оскорбления в делах об изготовлении рекламы с участием «ненастоящих звезд». Однако следует иметь в виду, что применение всех этих средств защиты ограничено, поскольку все они призваны регулировать другие общественные отношения и могут быть применены только по аналогии. В Великобритании в последнее время активно применяются правила о коммерции под чужим именем к случаям неправомерного использования индивидуализирующих признаков лица в рекламных и коммерческих целях. В вопросе защиты голоса и других

⁴⁷ Однако есть и исключения. К примеру, в штатах Индиана или Вашингтон (с 2008 г.) существование права на публичность не ставится в зависимость от территориального принципа. Законом штата Индиана о праве на публичность, вступившим в силу в 1994 г., признается существование наследуемого и могущего быть свободно уступленным права на публичность, которое существует в течение 100 лет со дня смерти известной личности. Под последней закон понимает физическое лицо, ныне живущее или покойное, чьи имя, голос, подпись, фотография, изображение, образ, отличительная внешность, жесты или манеры обладают коммерческой ценностью, независимо от того, использовало ли лицо такую коммерческую ценность при его/ее жизни. (см.: Ind. Code §§ 32-36-1-1 до -20). Нормы закона применяются к любому действию или событию, которое произошло в пределах штата Индиана, независимо от постоянного места жительства, пребывания или гражданства лица (*Andrew J. Thomas. Legislators to Celebrities*). В Вашингтоне правопреемники известных лиц имеют возможность подавать иск о признании за ними права на голос или о взыскании ущерба, причиненного неправомерным использованием голоса покойной знаменитости, даже если на момент ее смерти она проживала в другом штате/ее завещание было утверждено в другом штате и этот штат не признает право на публичность и по сей день. Для этого требуется лишь, чтобы ответчик незаконно использовал голос в штате Вашингтон.

⁴⁸ По состоянию на 2004 год.

⁴⁹ Нарушение права на публичность, по мнению Robert Howell'a, является частным случаем незаконного присвоения собственности применительно к правам личности. Напротив, сущность коммерции под чужим именем состоит не в присвоении чужой собственности, а в ведении потребителя в заблуждение (*Rosina Zapparoni. Propertising Identity*).

Такое широкое понимание названного правонарушения применяется не для защиты голоса как частного случая, а для защиты в целом репутации лица в сфере рекламы (promotional goodwill). Под последней понимается способность представлять и содействовать продаже товаров и услуг. Отличие такой защиты в том, что индивидуальные признаки не рассматриваются в качестве собственности, в отличие от защиты голоса посредством применения защиты от неправомерного присвоения собственности.

⁵⁰ В частности, ст. 52 Закона о торговых обычкновениях (Trade Practices Act) 1974 г. запрещает корпорациям осуществлять действия, намеренно вводящие или способные ввести в заблуждение. В ст. 53 речь идет о предложении и продвижении товаров и услуг корпорацией с заведомым созданием у потребителей ложного представления о том, что сама корпорация, предлагаемые ею товары или услуги распространяются с согласия или при спонсорской поддержке другого лица.

Подробнее о конкретных судебных делах, в которых указанные нормы применялись для защиты права на индивидуализирующие признаки личности см.: *Rosina Zapparoni. Propertising Identity*.



индивидуализирующих признаков личности правовая система Канады все больше склоняется к американскому опыту. С недавнего времени в этой стране получила развитие доктрина защиты от незаконного присвоения индивидуализирующих признаков личности⁵¹. Общее право провинции Онтарио восприняло такой гражданско-правовой деликт, как присвоение индивидуальных особенностей личности в коммерческих целях. А в провинции Квебек присвоение и использование голоса личности, находящейся в этот момент в частном помещении, признается одной из форм вторжения в личную жизнь (ст. 36 (3) главы III Гражданского кодекса провинции Квебек).

Итак, подводя итог анализу права гражданина на голос и обзору международного опыта его защиты, сделаем следующие выводы. Представляется необходимым законодательно закрепить наряду со ст. 152.1 ГК РФ, регулирующей право гражданина на собственное изображение, также и право гражданина на голос в следующей формулировке:

1. Запись, обнародование и любое использование голоса гражданина допускаются только с согласия этого гражданина, за исключением случаев, установленных законом.

После смерти гражданина такое согласие может быть дано его детьми или пережившим супругом, а в случае их отсутствия – родителями.

2. Согласия не требуется в случаях, когда:

1) запись и использование голоса осуществляется в государственных, общественных и иных публичных интересах;

2) запись сделана в местах, открытых для свободного посещения, или на публичных мероприятиях, за исключением случаев, когда голос является основным объектом использования.

3. Гражданин, чье право на голос было нарушено, имеет право требовать возмещения убытков, причиненных таким нарушением. Гражданин, а в случае его смерти – его дети или переживший супруг, а в случае их отсутствия – родители, могут также требовать компенсации морального вреда, причиненного действиями нарушителя.

⁵¹ Подробнее см.: Ibid.



АХРЕМ НАТАЛЬЯ ВИКТОРОВНА
AKHREM NATALIA



Родилась в поселке Надвоицы, Карелия. Окончила Юридический институт (Санкт-Петербург).

Главный специалист-юрисконсульт управления организационного обеспечения Законодательного Собрания Санкт-Петербурга.

Контактная информация для переписки: achrem@inbox.ru

Born in the Village of Nadvoitsy, Karelia. Graduated from the Law Institute (St. Petersburg). Chief Legal Advisor at the Department of Organizational Support of St. Petersburg House of Assembly.

E-mail: achrem@inbox.ru

ДЖАГАРЯН АРМЕН АРМенович
DZHAGARYAN ARMEN



Родился в 1982 г. в г. Котельники Московской области. Окончил Академический правовой университет при Институте государства и права Российской академии наук. Кандидат юридических наук.

Советник судьи Конституционного Суда Российской Федерации.

Контактная информация для переписки:

nshevchenko@yandex.ru

Born in 1982 in the City of Kotelniki, Moscow Region. Graduated from the Academy University of Law at the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Candidate of Sciences (Law). Judge's Assistant at the Constitutional Court of the Russian Federation.

E-mail: nshevchenko@yandex.ru

ДЖАГАРЯН НАТАЛЬЯ ВЛАДИМИРОВНА
DZHAGARYAN NATALIA



Родилась в г. Новошахтинске Ростовской области. Окончила Институт права и управления Ростовского государственного университета. Кандидат юридических наук.

Доцент кафедры государственного права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов.

Контактная информация для переписки:

nshevchenko@yandex.ru

Born in the City of Novoshakhtinsk, Rostov Region. Graduated from the Institute of Law and Management of Rostov State University. Candidate of Sciences (Law).

Assistant Professor at the Department of Public Law of St. Petersburg State University of Economics and Finance.

E-mail: nshevchenko@yandex.ru



ИВАНЮЖЕНКО АНДРЕЙ БОРИСОВИЧ
IVANYUZHENKO ANDREY



Родился в 1969 г. в Ленинграде. Окончил Санкт-Петербургскую Высшую школу МВД.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры правового регулирования экономики Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов.

Контактная информация для переписки:
kafedrapre@rambler.ru

Born in 1969 in the City of Leningrad. Graduated from St. Petersburg Higher School of the Ministry of the Interior. Candidate of Sciences (Law).

Assistant Professor at the Department of Legal Control of Economy of St. Petersburg State University of Economics and Finance.

E-mail: kafedrapre@rambler.ru

КНЯЗЕВ ГЕРМАН АЛЕКСАНДРОВИЧ
KNYAZEV HERMAN



Родился в 1976 г. в Ленинграде. Окончил юридический факультет Российского нового университета.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры философии и социальных наук Санкт-Петербургского государственного университета технологии и дизайна (СПГУТД).

Контактная информация для переписки: zapiski@finec.ru

Born in 1976 in the City of Leningrad. Graduated from the Russian New University, Faculty of Law. Candidate of Sciences (Law). Assistant Professor at the Department of Philosophy and Social Studies, St. Petersburg State University of Technology and Design.

E-mail: zapiski@finec.ru

КРЕМСАЛЮК ВИКТОР АЛЕКСАНДРОВИЧ
KREMSALYUK VICTOR



Родился в 1986 г. в Ленинграде. Окончил юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов.

Стажер адвоката Межтерриториальной специализированной коллегии адвокатов «Санкт-Петербург».

Контактная информация для переписки: vkey@mail.ru

Born in 1986 in the City of Leningrad. Graduated from St. Petersburg State University of Economics and Finance, Faculty of Law. Attorney Trainee at the Interdistrict Special Bar Association «St. Petersburg».

E-mail: vkey@mail.ru



ЛИВЕРОВСКИЙ АЛЕКСЕЙ АЛЕКСЕЕВИЧ
LIVEROVSKIY ALEKSEY



Родился в 1947 г. в Ленинграде. Окончил математико-механический и юридический факультеты Ленинградского государственного университета.

Доктор юридических наук. Профессор кафедры государственного права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов.

Контактная информация для переписки: pravo@finec.ru

Born in 1947 in the City of Leningrad. Graduated from Leningrad State University, Faculty of Mathematics and Mechanics and Faculty of Law. Doctor of Sciences (Law). Professor at the Department of Public Law of St. Petersburg State University of Economics and Finance.

E-mail: pravo@finec.ru

МАЖОРИНА МАРИЯ ВИКТОРОВНА
MAZHORINA MARIA



Родилась в Оренбурге. Окончила Оренбургский филиал Московской государственной юридической академии.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московской государственной юридической академии.

Контактная информация для переписки:

mazhorina@inbox.ru

Born in Orenburg. Graduated from the Orenburg Branch of Moscow State Law Academy. Candidate of Sciences (Law). Assistant Professor at the Department of International Private Law, Moscow State Law Academy.

E-mail: mazhorina@inbox.ru

НОВИКОВ АНДРЕЙ БОРИСОВИЧ
NOVIKOV ANDREY



Родился в 1963 г. в Ленинграде. Окончил юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов.

Контактная информация для переписки:

kafedrapre@rambler.ru

Born in 1963 in the City of Leningrad. Graduated from St. Petersburg State University, Faculty of Law. Candidate of Sciences (Law). Assistant Professor at the Department of Legal Control of Economy of St. Petersburg State University of Economics and Finance.

E-mail: kafedrapre@rambler.ru



**ПИДЖАКОВ АЛЕКСАНДР ЮРЬЕВИЧ
PIDZHAKOV ALEXANDER**



Родился в 1955 г. в Ленинграде. Окончил исторический факультет Ленинградского государственного университета и юридический факультет Академии гражданской авиации.

Заслуженный деятель науки РФ, профессор, доктор исторических наук, доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного права Санкт-Петербургского государственного университета гражданской авиации.

Контактная информация для переписки: pidzhakov@list.ru

Born in 1955 in the City of Leningrad. Graduated from Leningrad State University, Faculty of History, and from the Academy of Civil Aviation, Faculty of Law. Honored Scientist of the Russian Federation, Professor, Doctor of Sciences (History), Doctor of Sciences (Law), Head of the Department of International Law at St. Petersburg State University of Civil Aviation.

E-mail: pidzhakov@list.ru

**РЕШЕЦКИЙ ФЕДОР НИКОЛАЕВИЧ
RESHECKIY FEDOR**



Родился в 1952 г. в деревне Кожан-Городок Брестской области. Окончил экономический факультет Ленинградского финансово-экономического института имени Н. А. Вознесенского и юридический факультет Санкт-Петербургского Гуманитарного университета профсоюзов.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского университета Государственной противопожарной службы МЧС России.

Контактная информация для переписки: zapiski@finec.ru

Born in 1952 in the Village of Kozhan-Gorodok, Brest Region. Graduated from N.A. Voznesenskiy Leningrad Institute of Finance and Economics, Faculty of Economics, and from St. Petersburg State University of Humanities and Social Sciences, Faculty of Law. Candidate of Sciences (Law). Assistant Professor at the Department of Public Law Studies, St. Petersburg University of State Fire Protection of the Ministry of Emergency Situations of Russia.

E-mail: zapiski@finec.ru

**РАХИМОВ ЭЛЬДАР ХАРИСОВИЧ
RAKHIMOV ELDAR**



Родился в 1981 г. в г. Уфе. В 2003 г. окончил Уфимский юридический институт МВД России по специальности «юриспруденция».

Адъюнкт Санкт-Петербургского университета МВД России.

Контактная информация для переписки: eldaron@mail.ru

Born in 1981 in Ufa. Graduated from Ufa Institute of Law of the Ministry of the Interior of Russia majoring in Law, in 2003. Associate Professor, St. Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia.

E-mail: eldaron@mail.ru



СЕЛИФОНОВ АЛЕКСЕЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ
SELIFONOV ALEKSEY



Родился в 1977г. в г. Тарту, Эстония. В 1999 г. окончил Санкт-Петербургский университет МВД России.

Кандидат юридических наук, доцент, подполковник милиции, доцент кафедры гражданского права Санкт-Петербургского университета МВД России.

Контактная информация для переписки: zapiski@finec.ru

Born in 1977 in Tartu, Estonia. Graduated from St. Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia in 1999. Candidate of Sciences (Law). Lieutenant Colonel of Police, Assistant Professor at the Department of Civil Law, St. Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia.

E-mail: zapiski@finec.ru

ТАРАСЕНКО АЛЕКСАНДР ГЕННАДЬЕВИЧ
TARASENKO ALEXANDER



Родился в 1989 г. в г. Пятигорске Ставропольского края. Студент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов.

Контактная информация для переписки:

taaleksandr@yandex.ru

Born in 1989 in the City of Pyatigorsk, Stavropol Region. Student of St. Petersburg State University of Economics and Finance, Faculty of Law.

E-mail: taaleksandr@yandex.ru

ТРИДСКАЯ ИННА АНДРЕЕВНА
TRIADSKAYA INNA



Родилась в г. Всеволожске Ленинградской области. В 2003 г. окончила Санкт-Петербургский государственный университет по специальности «юриспруденция».

Генеральный директор компании ООО «ЛенЮст».

Контактная информация для переписки: inna@lenust.ru

Born in the City of Vsevolozhsk, Leningrad Region. Graduated from St. Petersburg State University majoring in Law, in 2003. General Director of OOO LenYust Company.

E-mail: inna@lenust.ru



**ХУДЯКОВ АЛЕКСЕЙ ИВАНОВИЧ
KHUDYAKOV ALEKSEY**

Родился в 1940 г. в г. Алма-Ата, Казахстан. Окончил юридический факультет Казахского государственного университета.

Доктор юридических наук, профессор.

Контактная информация для переписки: pravo@finec.ru

Born in 1940 in the City of Alma-Ata, Kazakhstan. Graduated from Kazakh State University, Faculty of Law. Doctor of Sciences (Law), Professor.

E-mail: pravo@finec.ru

**ЧАСОВНИКОВА ОЛЬГА ГЕОРГИЕВНА
CHASOVNIKOVA OLGA**

Родилась в г. Уральске Казахской ССР. Окончила юридический факультет Московского государственного университета экономики, статистики и информатики.

Преподаватель кафедры уголовного процесса Санкт-Петербургского университета МВД России, подполковник милиции.

Контактная информация для переписки: chasovnikova-og@nail.ru

Born in the City of Uralsk, Kazakh SSR. Graduated from Moscow State University of Economics, Statistics and Informatics, Faculty of Law. Lecturer at the Department of Criminal Proceeding, St. Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia, Lieutenant Colonel of Police.

E-mail: chasovnikova-og@mail.ru



**ШКЕЛЕ МАРИЯ ВИТАЛЬЕВНА
SHKELE MARIYA**

Родилась в Ленинграде. Окончила юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Санкт-Петербургского университета МВД России.

Контактная информация для переписки:

m_schkele@rambler.ru

Born in 1962 in the City of Leningrad. Graduated from St. Petersburg State University, Faculty of Law. Candidate of Sciences (Law). Candidate of Sciences (Law). Assistant Professor at the department of criminal law of the Saint Petersburg university of MVD of Russia.

E-mail: m_schkele@rambler.ru





ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ

Журнал «Ученые записки юридического факультета» Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов приглашает к сотрудничеству авторов научных работ – правоведов, юристов-практиков, сотрудников органов государственной власти и местного самоуправления.

Присланные авторами статьи проходят обязательное рецензирование. Материалы студентов, аспирантов и соискателей принимаются при наличии рекомендации научного руководителя.

Для публикации необходимо представить в редакцию рукопись в двух формах – на бумажном и электронном носителях. Средний объем рукописи 0,5–1,0 авторских листа (20 000–40 000 знаков, включая пробелы). Текст рукописи должен быть представлен в формате: Word for Windows, формат страницы А4 (210x297), поля – 20 мм, шрифт Times New Roman, размер шрифта (кегель) – 14, интервал – полуторный. Пристатейный библиографический список оформляется в соответствии с требованиями ГОСТ 7.05-2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления».

Кроме файла с основным текстом статьи, должен быть представлен отдельный файл с информацией об авторе/ах:

- фамилия, имя, отчество автора;
- год и место рождения;
- образование (с указанием высшего учебного заведения и факультета);
- место работы, должность;
- ученое звание, ученая степень (если имеются);
- контактная информация (почтовый адрес, контактный телефон и адрес электронной почты).

В приложении к тексту статьи должны быть представлены следующие сведения **на русском и английском языках:**

- фамилия, имя, отчество автора;
- название статьи;
- ключевые слова (5-6 слов) и аннотация, отражающая содержание статьи (50–250 слов).

Фотография автора/ов (отдельным файлом в формате jpeg с высоким разрешением) обязательна.

Редакция оставляет за собой право не рассматривать рукописи, оформленные не в соответствии с указанными требованиями.

Контактная информация:

Почтовый адрес: 191023, Санкт-Петербург, Москательный пер., д. 4

Телефон: (812) 310-91-91, 570-20-86

E-mail: zapiski@finec.ru; pravo@finec.ru

Научное издание

**УЧЕНЫЕ ЗАПИСКИ
юридического факультета**

Научный редактор А. А. Ливеровский
Выпуск 15 (25)

Редактор *Т. Г. Чернова*
Компьютерная верстка – *С. В. Павлова*

Свидетельство ПИ № 2-7308 от 11 июня 2004 г. выдано Северо-Западным окружным межрегиональным территориальным управлением Министерства Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций

Лицензия № 040050 от 15.08.96.
Подписано в печать 15.10.2009 г. Формат 60x84¹/₈ Бумага офсетная.
Печать офсетная. Усл. печ. л. 8,9. Уч.-изд. л. 11,8.
Тираж 500 экз. Заказ

Отпечатано в типографии ООО «Веда-Полиграф»
196084, Санкт-Петербург, ул. Заставская, 33
(812) 347-76-45