

**УЧРЕДИТЕЛИ:**

Некоммерческое партнерство  
по изданию журнала «Южноуральский юридический вестник»

Костанайский государственный университет

**ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА**

**ЕРЕМИН Д. В.**, председатель Челябинского регионального отделения Ассоциации юристов России, кандидат юридических наук.

**ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР**

**ЛЕБЕДЕВ В. А.**, декан юридического факультета ЧелГУ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ.

**РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:**

**АВАКЬЯН С. А.**, зав. кафедрой конституционного и муниципального права МГУ им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ; **БАХРАХ Д. Н.**, проректор по научной работе Уральского института экономики, управления и права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ; **БОНДАРЬ Н. С.**, судья Конституционного Суда РФ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ; **ДАУЕНОВ М. Ю.**, помощник ректора Костанайского государственного университета, профессор; **ДУДКО И. Г.**, заведующий кафедрой государственного и административного права Мордовского государственного университета, доктор юридических наук, профессор; **КАПУСТИН А. Я.**, зав. кафедрой международного права Российского университета Дружбы народов, доктор юридических наук, профессор; **КИРЕЕВ В. В.**, зав. кафедрой конституционного, административного и гражданского права ЮУрГУ, кандидат юридических наук, доцент; **КРАШЕНИННИКОВ П. В.**, председатель Комитета Государственной Думы РФ по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ; **КУНЦ Е. В.**, зав. кафедрой уголовного права и криминологии ЧелГУ, доктор юридических наук, профессор; **МАЙОРОВ В. И.**, проректор ЮУрГУ, доктор юридических наук, профессор; **НУГМАНОВ Р. Р.**, декан юридического факультета Костанайского государственного университета, кандидат юридических наук; **РОВНЫЙ Б. И.**, декан финансово-экономического факультета ЮУрГУ, доктор исторических наук, профессор; **САЛОМАТКИН А. С.**, руководитель Аппарата Комитета Совета Федерации по правовым и судебным вопросам, доктор юридических наук, профессор.

Шеф-редактор **СОГРИН Е. К.** Верстка **ФЕРКЕЛЬ В. Б.** Корректор **БЫТОВ А. М.**

**Журнал «Проблемы права» включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.**

Издание включено в систему Российского индекса научного цитирования путем заключения договора с Российской электронной научной библиотекой

**ISSN 2075-7913**

Подписной индекс журнала **73848**

Журнал зарегистрирован в Министерстве Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций. Свидетельство ПИ № 77-14751 от 17.02.2003 г.

Адрес редакции: Россия, 454091, г. Челябинск, ул. Васенко, д. 63, оф. 401.

Тел./факс **(351) 265-23-14.** E-mail: **urvest@mail.ru**

© «Проблемы права», 2003—2011

## В НОМЕРЕ:

### КОНСТИТУЦИЯ, ГОСУДАРСТВО И ОБЩЕСТВО

— 6 —

*Крусс В. И.*

О дефиците конституционного правопонимания и некоторых проблемах современной науки гражданского права в России

— 35 —

*Попов З. В.*

Механизм охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации

— 41 —

*Смашникова Т. Б.*

Проблемы конституционно-правового статуса  
Федеральной миграционной службы Российской Федерации

— 46 —

*Мальцев И. А.*

Правовые механизмы реализации принципа разделения властей в системе органов государственной власти субъектов Российской Федерации

— 49 —

*Смородина О. С.*

Конституционные идеи в призме прав человека

— 52 —

*Малюшин А. А.*

Идейно-теоретические и исторические предпосылки формирования судебного правотворчества в России

— 57 —

*Кузнецов С. П.*

О понятии местного самоуправления и месте в системе публичной власти

— 61 —

*Шумихина Н. О.*

Юридические свойства и природа нормативных правовых актов органов и должностных лиц местного самоуправления

— 69 —

*Уразов Р. И.*

Особенности применения конституционных мер восстановления нарушенных прав

— 74 —

*Давыдова И. П.*

Переход на предоставление государственных и муниципальных услуг в электронной форме

— 77 —

*Хафизов А. А.*

Распределение компетенций органов власти в федеративных государствах: инвариантные признаки и вариативные черты

— 83 —

*Фролов А. А.*

Понятие и содержание конституционного принципа политического многообразия

### АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

— 86 —

*Буртовой М. Ю.*

Законы субъектов Российской Федерации в сфере инновационной деятельности: административно-правовой аспект



— 90 —

*Кизилов В. В.*

Положение гражданского служащего  
в системе субъектов административно-деликтных отношений

— 94 —

*Биошкина Н. И.*

Общая характеристика периода расцвета российской науки полицейского права  
(80-е гг. XIX — начало XX вв.)

— 102 —

*Гольяпина И. Ю.*

Административная ответственность за разглашение информации с ограниченным  
доступом

— 108 —

*Кизилов В. В.*

Составы административных правонарушений гражданских служащих,  
предлагаемые для нормативного закрепления в КоАП РФ

### **УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО**

— 117 —

*Ткачева Н. В.*

Обжалование действий (бездействий) должностных лиц,  
осуществляющих уголовное судопроизводство

— 120 —

*Ворошилова Т. П.*

Правовые основания определения понятия «электронный документ»  
в качестве доказательств в российских законодательных и нормативных актах

### **ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО**

— 125 —

*Дубровин О. В.*

Проблемы предоставления в собственность земельных участков  
под индивидуальное жилищное строительство

— 130 —

*Фомина Т. А.*

Классификация акцессорных обязательств

### **ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА**

— 133 —

*Сайдумов Д. Х.*

Судебная власть в Чечне и отражение ее деятельности  
в библиографических источниках

### **УГОЛОВНОЕ ПРАВО**

— 137 —

*В. В. Шаповалов*

Проведение экспертизы при уклонении военнослужащими  
от исполнения обязанностей военной службы путем симуляции и членовредительства

— 140 —

Требования к статьям,  
представляемым к публикации в журнале «Проблемы права»

3



## IN THIS ISSUE

### CONSTITUTION, STATE AND SOCIETY

— 6 —

*Kruss V. I.*

About deficiency of the constitutional understanding of the right and some problems of a modern science of civil law in Russia

— 35 —

*Popov Z. V.*

Mechanism ensuring security and protection of the rights and freedoms of a person and a citizen in the Russian Federation

— 41 —

*Smashnikova T. B.*

Problems of administrative and legal status of federal migration service of the Russian Federation

— 46 —

*Maltsev I. A.*

Legal mechanisms for the implementation of the principle of separation of powers in the state authorities of the Russian Federation

— 49 —

*Smorodina O. S.*

The constitutional ideas in a prism of human rights

— 52 —

*Malyushin A. A.*

Ideological, theoretical and historical backgrounds of formation of judicial legislation in Russia

— 57 —

*Kuznetsov S. P.*

The concept of local government and place in the public authorities

— 61 —

*Shumihina N. O.*

Legal properties and the nature of normative legal certificates of bodies and officials of local self-management

— 69 —

*Urazov R.*

Distinctions of application of constitutional redress

— 74 —

*Davydova I. P.*

Passage to the assignment of state and municipal services in the electronic form

— 77 —

*A. A. Khafizov*

Distribution of competences between the authorities in federal states: invariant tests and varied features

— 83 —

*Frolov A. A.*

Concept and content of the constitutional principle of political diversity

### ADMINISTRATIVE LAW

— 86 —

*Burtovoy M. Y.*

Laws of the regions of the Russian Federation in sphere of innovative activity: administrative law aspect



— 90 —

*Kizilov V. V.*

The position of a civil servant in the subjects  
of administrative tort relations

— 94 —

*Biyushkina N. I.*

General characteristics of the “blossom” period of the Russian police law science  
(the 80-ies of the 19th century — the beginning of the 20th century)

— 102 —

*Goltyapina I. U.*

Administrative responsibility for disclosure of the information with the limited access

— 108 —

*Kizilov V. V.*

The compositions of administrative violations of civil servants, the proposed  
for regulation in the Code on Administrative Offences of the Russian Federation

### **CRIMINAL JUSTICE**

— 117 —

*Tkacheva N. V.*

Review of action (inaction) of officials, pending criminal proceedings

— 120 —

*Voroshilova T. P.*

Legal basis definition «electronic document» as evidence in russian legislation  
and regulations acts

### **CIVIL LAW**

— 125 —

*Dubrovin O. V.*

The problems of provision of land plots for individual housing construction

— 130 —

*Fomina T. A.*

Classification of accessory obligations

### **HISTORY OF STATE AND LAW**

— 133 —

*Saydumov D. X.*

Judicial authority in Chechnia and reflection  
of its activity in bibliographic sources

### **CRIMINAL LAW**

— 137 —

*Shapovalov V. V.*

Examination of at evading the military to perform military duties by simulation  
and self-mutilation

— 140 —

Requirements to the Articles Submitted for Publication in Issues of Law Magazine





# КОНСТИТУЦИЯ, ГОСУДАРСТВО И ОБЩЕСТВО

УДК 347(470) +342(470)  
ББК Х404(2) + Х400.1(2)

В. И. Крусс

## О ДЕФИЦИТЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВООПОНИМАНИЯ И НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ СОВРЕМЕННОЙ НАУКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В РОССИИ

V. I. Kruss

## ABOUT DEFICIENCY OF THE CONSTITUTIONAL UNDERSTANDING OF THE RIGHT AND SOME PROBLEMS OF A MODERN SCIENCE OF CIVIL LAW IN RUSSIA

*В статье анализируются трудности, которые испытывает российская наука гражданского права в отношении актуальных проблем эффективного регулирования общественных отношений и сложных юридических конфликтов частного и публичного характера. По мнению автора, эти издержки объясняются неготовностью традиционной цивилистики в полной мере воспринять непосредственное значение положений Конституции РФ и признать определяющий характер основных прав и свобод человека. В частности, это проявляется в недооценке конституционных требований справедливости, добросовестности, недопустимости злоупотребления правом при регулировании сделок с недвижимостью и их государственной регистрации, а также нормативном противодействии монополистической деятельности. Исследование проведено на основе методологии общей теории конституционного правоупотребления.*

**Ключевые слова:** традиционная цивилистика, Конституция РФ, права и свободы человека, добросовестность, злоупотребление правом, монополистическая деятельность, конституционное правоупотребление.

*In this article difficulties which are tested by the Russian science of civil law concerning actual problems of effective regulation of public relations and difficult legal conflicts of private and public character are analyzed. According to the author, these costs will be explained by unavailability of traditional civil law to the full to apprehend direct value of positions of the Constitution of the Russian Federation and to recognize defining character of fundamental laws and freedom of the person. In particular, it is shown in underestimation of the constitutional requirements of justice, conscientiousness, not admissibilities of abusing by the right at regulation of transactions with real estate and their state registration, and also standard counteraction of monopolistically activity. This research is based on the methodology of the general theory of the Constitution Law application.*

**Keywords:** traditional civil law, Constitution of the Russian Federation, fundamental laws and freedom of the person, conscientiousness, abusing by the right, monopolistically activity, the Constitution Law application.



Конституция,  
государство и общество



Продолжая разговор о нехватке конституционного отношения к современному праву, необходимого восприятия его *в целом* с позиций конституционно заданной системы мировоззренческих приоритетов, целей и ценностей<sup>1</sup>, обратим внимание на ту часть российской правовой системы, где наглядность подобного положения дел особенно удивительна. Это гражданское право: его наука, законодательство и практики. Соответствующая сфера столь обширна, что претендовать на всесторонний соответствующий анализ мы, разумеется, не можем. Однако ее исторически утверждаемая предметная однородность позволяет ограничиться краткими экскурсами в те «районы» мира цивилистики, где заявляют о себе особо интересные, на наш взгляд, проблемы. Ограничимся поэтому четырьмя взаимосвязанными сюжетами.

#### **Сюжет первый: «Большое видится на расстоянии»**

В первом из сюжетов речь пойдет о гражданско-правовом восприятии феномена *злоупотребления правом*. Социально деструктивный и аномальный характер злоупотреблений правом очевиден для всякого здравомыслящего и юридически грамотного человека. Формально законный (легальный) характер подобных деяний входит в решающее противоречие с требованиями, предъявляемыми здоровым нравственным и адекватным правовым сознанием, а их последствия наносят ощутимый урон идеалам добра и справедливости, ценностям общего блага, что невольно ставит под сомнение и гуманитарную ценность самого права, и демократические идеалы. И хотя концептуальное позиционирование некоторых ученых-юристов исключает признание самой возможности злоупотреблений правом, на отраслевом, и в частности, гражданско-правовом уровне проблема эта в целом признана достоверной и обсуждается широко. При этом говорить о продуктивности соответствующих научных исследований весьма затруднительно.

Исторически вопрос о злоупотреблении правом тесно связан с зарождением цивилистики и получил доктринальное оформление в трудах римских юристов. В науке римского права сложилось и ключевое для этой проблемы понятие *добросовестности* (*bona fides*), соответствующее требованию «высшей справедливости». Постепенно иски *bonae fideis* становятся здесь основным средством защиты от «злонамеренного поведения носителей гражданских прав»<sup>2</sup>. В после-

дующем юридическая оценка значения злоупотреблений правом неоднократно менялась. Однако в полной мере этот феномен может быть раскрыт и достоверно осмыслен только сегодня, с позиций конституционного правопонимания<sup>3</sup>.

В современном мире злоупотребление правом — это настолько же юридически весомое и *негативное* социальное явление, как правонарушение. Однако для того чтобы «увидеть», т. е. обнаружить и квалифицировать правонарушение (преступление), достаточно *отраслевой* точки обзора: отсылка к соответствующему закону, норме, которая нарушена, помогает понять и оценить содеянное. В случае со злоупотреблением правом подобной «высоты» уже недостаточно: нужно подняться над уровнем (и барьерами) нормативных конкретизаций запрещенного и должного, чтобы осознать вредоносный и недопустимый характер происходящего как формально законного и неправомерного. Это метаюридическая «высота» общепризнанных прав и свобод человека, а равно и конституционных положений (аксиом, принципов, презумпций), такие права гарантирующих и *безоговорочно* (до и кроме законодательных конкретизаций) опосредующих пользование ими.

Между тем в гражданско-правовых исследованиях проблемы злоупотребления правом найти признаки соответствующего подхода почти невозможно. Следствием оказываются работы столь же претенциозные, сколь и неубедительные в плане терминологии и научной аргументации. Мы могли бы подтвердить это обзором профильных публикаций, однако наша задача иная: попытаться понять, почему дефицит конституционного правопонимания цивилистами даже *не осознается*. Для этого полезно проанализировать логику перехода от неких общих предпосылок к индивидуальным (авторским) умозаключениям. Такую возможность дают, в частности, работы С. Д. Радченко, недавно защитившего диссертацию с названием столь же показательным, сколь и её научной общественности в форме монографии<sup>5</sup>. Молодость сочетается у этого автора с неординарными амбициями и достаточно редкой сегодня вдумчивостью, что позволяет оценить и *конституционные перспективы* отечественной цивилистики.

Гражданско-правовая специализация не мешает С. Д. Радченко претендовать и на теоретико-правовые «откровения». Для начала, *«синтезировав»* (! — В. К.) научные подходы сторонников Гегеля и Иеринга (почему только их?), он выводит не больше не меньше как собственное *определе-*



ние права, предлагая, вероятно, считать фундаментальную, раздражавшую еще Канта научную полемику, исчерпанной. Итак, право по С. Д. Радченко — это «признанная и защищенная государством свобода в осуществлении интереса»<sup>6</sup>. Здесь обращают на себя внимание два момента. Во-первых, «выборочная» экстраполяция конституционной формулы основной обязанности современного государства признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина. На место категории, определяющей квинтэссенцию современной правовой реальности (права человека) помещается абстрактная свобода, *соблюдать* которую заведомо невозможно. Эту свободу автор называет далее единственной достойной формой существования человека, одновременно подчеркивая, что она «заключает в себе возможности ее использования не для добра, а для зла». Соответственно и право, как нормативное выражение свободы, может служить лишь тем же целям<sup>7</sup>.

Во-вторых, столь подобострастные отсылки к идее свободы вовсе не означают приверженности либертарной теории права (В. С. Нерсесянц)<sup>8</sup>. С. Д. Радченко, как и «положено» цивилисту, законченный позитивист (хотя, возможно, и не знает об этом). Позитивизм, как известно, дистанцируется от проблемы разграничения права и закона. Однако проблема, которой занимается С. Д. Радченко, *вынуждает* его искать в законе то, что хоть как-то ограничивает законом же определенные субъективные права. Для этих целей он и «находит» все объясняющую (как ему кажется) категорию интереса. Государство у него признает не свободу, а свободу *в осуществлении интереса*, который (интерес) само государство, в общем-то, и устанавливает. Интерес этот называется также «своим» для субъекта права, но не в смысле субъективной (личной) заинтересованности. Единственное, что может ограничить государство в установлении «своих» законных, т. е. в законе выраженных, интересов частных лиц, — это цивилистическая традиция (горизонт исследования обозначает исключительно гражданско-правовую сферу). Поскольку же государство делает это порой недостаточно внятным (формально определенным, ясным, недвусмысленным) образом, постольку право определять законные интересы субъектов гражданского права фактически «переходит» к цивилистической традиции, а точнее — к представляющим ее ученым адептам, включая самого С. Д. Радченко.

Заявленная им теория злоупотребления

субъективными гражданскими правами игнорирует ключевые вопросы. Например, почему для характеристики охраняемых правом интересов мы последовательно используем уточнение (предикат) *законные* интересы и никогда не говорим о законных правах? Потому что незаконные интересы правом не охраняются? Но что значит «незаконные интересы»? Интересы не определенные (не названные, не конкретизированные) в законе как интересы персонально-неопределенного круга лиц, находящихся в сходных, предусмотренных в законе обстоятельствах<sup>9</sup>? Но разве все подобные интересы априори незаконны? Тем более — в правовом государстве? Тем более — интересы лиц, обладающих и свободными и заинтересованными в пользовании ими? И с другой стороны, если выясняется, что закон, которым определен (обозначен, назван) и тем самым «легализован» некий интерес, полностью или частично неправомерен (неконституционен), — что происходит при этом с «законным интересом»?

С. Д. Радченко, впрочем, подобных вопросов не ставит, а выдвигает тезис о злоупотреблении правом как формально законном деянии, нарушающем *собственные* интересы лица. Не скроем, первоначально представление о возможности сугубо внутреннего, автономно-личного и, тем не менее, юридически значимого акта показалось нам *просто* непродуманным. Даже неумеренное употребление табака или алкоголя (безоговорочные злоупотребления правом) или — крайняя версия *незапрещенного* саморазрушения — суицид с очевидностью нарушают и публичные интересы, колеблют (насколько это зависит от лица) основы конституированного правопорядка и потому сопряжены с различными формами и методами прямого и косвенного правомерного противодействия. Однако в ответ на обусловленную таким восприятием его позиции критику С. Д. Радченко хладнокровно заметил: «я не в состоянии что-либо на это возразить, так как *не знаю*, что такое “дискретность, несовместимая с представлениями о континуальной целостности социальной практики в ситуации реального конституционализма”»<sup>10</sup>. Презумпция добросовестности молодого ученого не позволяет отнестись к этой реплике как к нарочито самоуничижительной иронии и побуждает к *дополнительным* «разъяснениям», в общем-то, очевидного.

В любом современном государстве имеют место конфликты публичных и частных интересов, субъективных притязаний и прав с общими идеалами и

ценностью неделимого общего блага. В преамбуле Конституции РФ можно *прочитать* (отвлекаясь от ГК РФ), что написана она от лица многонационального народа, *стремящегося* к гражданскому миру, согласию, благополучию и процветанию. Основным средством достижения этих целей признано право, которое по своей природе «устремлено» к идеальному и должному. Однако определять это должное (регулировать общественные отношения, исправлять социальные деформации) право отныне само *должно*, исходя из наличия у каждого человека неотчуждаемых и непосредственно действующих прав и свобод. Благодаря чему и возникает ситуация *реального* (а не идеального) конституционализма<sup>11</sup>, который, разумеется, нуждается в развитии и усовершенствовании под конституционным воздействием права, но исключает правовое признание дискретных, «вырванных» из континуума социальной практики актов самоопределения и «нечитаемых» в конституционном контексте заявлений и требований.

Лицо, нарушающее исключительно *свои* интересы при реализации *своего* субъективного права, — это юридический «фантом». Никто в реальной конституционной действительности его просто «не заметит» и происходящим не озаботится. Для того же, чтобы лицо могло нарушить свой формально определенный (законный) интерес, тем более — обратиться за защитой от такого нарушения (от самого себя?), ему как минимум нужна «своя» правовая система со всеми соответствующими атрибутами и элементами. Однако субъективно-юридический солипсизм и конституционализм — вещи несовместные. И если реальный судья заявляет реальному заявителю: ваши требования судебной защиты неосновательны и действия недопустимы, поскольку вы злоупотребляете правом, нарушая «свой» интерес, значит — интерес этот в действительности *объективен* и находится за рамками возможностей сугубо личностного самоопределения заявителя. *Отчасти* именно так и происходит, но описывать происходящее (говорить о происходящем) нужно на конституционном языке.

В ситуации, когда универсальным критерием всех правовых явлений выступает требование и качество их конституционности, необходимо последовательно оперировать и понятием *конституционного интереса*, который может быть и частным, и публичным. Если в определение злоупотребления правом у С. Д. Радченко

включить понятие конституционного интереса, оно хотя бы отчасти станет операционным, поскольку только такие интересы и *могут быть* признаны — на основе *объективных* (конституционных) критериев — подлежащими правосудной защите с учетом иных конституционно значимых обстоятельств дела.

В современной теории права есть разработки соответствующей направленности. Так, В. В. Субочев признает, что законные интересы являются *завуалированным* правовым феноменом. С одной стороны, законодатель зачастую употребляет данное словосочетание, не вкладывая в него определенный правовой смысл. С другой стороны, законные интересы могут и не упоминаться в тексте акта, хотя очевидно, что речь идет именно о них. В любом случае «законный интерес — это явление производное, заключающееся в стремлении субъекта отношений к обладанию определенным социальным благом способом, который *не противоречил бы* существующим в обществе *правовым установкам*. Прописанным в законе может быть только субъективное право, законный же интерес может лишь соответствовать данным установлениям, в то же время охватывая все многообразие потребностей и стремлений личности»<sup>12</sup> (курсив наш. — В. К.).

С позиций конституционного правоупотребления вышесказанное подтверждает необходимость перехода от понятия «законный интерес», выражающего позитивистское «предчувствие» юридической актуальности незапрещенных (общедозволенных) осмысленных деяний, к категории правомерного (конституционного) интереса, антитезой которого выступает интерес неправомерный, в том числе — интерес противоправный («незаконный»). Неправомерная заинтересованность лица является одним из признаков злоупотребления правом с его стороны.

Противодействуя злоупотреблению правом, суд *применяет право*, которое, однако, конституционными интересами не исчерпывается. Суд защищает конституционные (объективные) интересы и ценности, одновременно указывая на то, какие из интересов, очевидно соотносенных с требованиями правосудной защиты, — неконституционны, а следовательно, — почему заявитель не может рассчитывать на их защиту. Тем самым судом намечаются и *возможные* подлинные (конституционные) интересы заявителя, *допустимое* конституционное содержание и значение его субъективных прав<sup>13</sup>. Для лица, заявляющего



требования, определяется перспектива (пространство и вектор) надлежащего (конституционного) самоопределения, в том числе посредством конституционной реализации субъективных гражданских прав. В каком-то смысле это действительно защита от себя самого, от своего незапрещенного эгоизма, ненаказуемого своекорыстия, беспринципного и циничного самоутверждения вопреки всем и всему. Разумеется, происходящее нельзя понимать как вменение лицу определенного интереса или требование отказаться от неправомерной (неконституционной) заинтересованности. Подобное вообще за рамками допустимого и адекватного правового воздействия. Любое субъективное право сохраняет юридическую достоверность и значимость независимо от фактических интересов реализующего его лица. Однако суд не может не замечать того, как реализация субъективного права сказывается на конституционных интересах других лиц. *В некоторых случаях* соответствующие оценки приобретают решающее значение. Вместе с тем одной неконституционной заинтересованности лица для возможного вывода о злоупотреблении правом с его стороны *еще недостаточно*.

Игнорирование конституционной природы современного права ведет не просто к терминологической путанице, но и к тенденциозно-неконституционным оценкам сложных социальных коллизий. Так, характеризуя поступок «очень обеспеченного» человека, добившегося раздела наследственного имущества и фактически оставившего тем самым без крыши над головой своего малоимущего брата, как проявление «вопиющей безнравственности», С. Д. Радченко не находит в происшедшем злоупотребления правом, поскольку у мерзавца безусловно был интерес в получении своей доли наследства. Разумеется, был, как и у всякого, кто в подобных ситуациях руководствуется убеждением, что «много денег не бывает». Но ведь есть и другие истины: о бессмысленности собирать сокровища на земле, о жизненной необходимости любви к ближнему своему и о высшей ценности спасения души. Правомерность и таких убеждений подтверждается и гарантируется Конституцией РФ (ст. 28). Означает ли это, что интерес в совершении доброго дела благодаря открывшемуся наследству, как очевидно противоречащий интересу осуществленному, следует признать также и противоречащим законопринятому интересу наследника? И что, следовательно, злоупотреблением

правом явился бы как раз отказ от наследства в пользу нуждающегося брата? Хочется верить, что до такой имморальной казуистики С. Д. Радченко все-таки не дойдет. Но тогда остается считать, что закону не противоречат противоречащие друг другу интересы. Зачем нужен такой закон? И есть ли он?

С. Д. Радченко ссылается на ст. 252 и 1164 ГК РФ, в которых, по его мнению, и признан интерес наследника в разделе наследства. Между тем, в ст. 252 ГК РФ говорится не о гипотетическом интересе конкретного лица (субъекта права), а исключительно о *праве любого участника* долевой собственности требовать выдела своей доли из общего имущества. Правоприменительное значение интереса участника долевой собственности оговаривается только в части 2 пункта 4 этой статьи. Причем, упоминание это совсем «не на руку» С. Д. Радченко. Законодатель фактически устанавливает здесь право суда определять, имеет или не имеет собственник (уже вполне конкретный) *существенный интерес* в использовании общего имущества. Одновременно суд должен оценить, является ли доля собственника *значительной* и может или не может она быть реально выделена в натуре. На основе *всех соответствующих оценок и выводов* суд может обязать остальных участников долевой собственности выплатить компенсацию такому собственнику вместо выдела доли в натуре даже при отсутствии его согласия, то есть — вопреки его выраженному (и законному) интересу. Соответствующая нормативная конструкция оказывается вполне «сориентированной» на применение для целей противодействия злоупотреблению правом долевого собственника на получение при разделе имущества своей доли в натуре. Отказывая в удовлетворении соответствующих требований, суд исходит из принципов необходимости правосудного обеспечения прав человека и поддержания баланса интересов конкретных собственников<sup>14</sup>.

Для нас не подлежит сомнению: С. Д. Радченко видит в положениях ГК РФ лишь то, что стремится увидеть, в том числе для подтверждения правоты своих отвлеченных умозаключений<sup>15</sup>. И в этом нет ничего необычного, как, к сожалению, и в сентенциях типа: «осуществление права не может быть ограничено чем-то иным, кроме самого права» или «только закон может предоставить право действовать не в соответствии с законом»<sup>16</sup>, вполне созвучных умонастроению многих не только молодых, но и зрелых

отечественных цивилистов. Понятно, что при таких убеждениях отвлеченными и «неубедительными» будут как раз ссылки на Конституцию РФ или международные акты о правах человека.

### **Сюжет второй: «Квартирный вопрос их испортил»**

В критических ситуациях, грозящих утратой важнейших жизненных благ, россияне по-прежнему уповают на правосудие. Это относится и к спорам, вытекающим из сделок с недвижимостью, и в частности, с квартирами. Часто при этом их надежды, а равно и упования на справедливость<sup>17</sup>, остаются напрасными. Происходит это, в том числе, при согласии науки гражданского права. Дефицит конституционного правопонимания неизбежно проявляется там, где рачитель частнопровых традиций (приоритетов и требований) начинает судить о возникающих в связи и «параллельно» с гражданско-правовыми отношениями отношениях публично-правового характера. В данном случае речь идет об институте государственной регистрации имущественных прав<sup>18</sup>.

Размышляя о назначении названного института, известный цивилист К. И. Скловский приходит к чрезвычайно показательному выводу: система государственной регистрации имущественных прав «имеет одной из своих главных целей вытеснение, вплоть до полного исключения, возможности добросовестного, а значит, и незаконного приобретения недвижимости»<sup>19</sup>. Здесь важно подчеркнуть: автор *сожалеет* о таком — научно несостоятельном — подходе государства. Отчасти, впрочем, признаются и иные «собственные» цели последнего: «фискальная, учетная и т. п.». Однако даже предположения, что названная система — по своей конституционно-правовой природе и назначению — направлена на дополнительное гарантирование конституционного права собственности, а равно и на предупреждение деструктивных коллизий прав собственников и добросовестных приобретателей, ученый-цивилист *не высказывает*. И вовсе не потому, что российская регистрационная практика знает примеры *необоснованных* требований и отказов в регистрации по надуманным основаниям со ссылками на ненадежность полученных данных<sup>20</sup>. («Генетические» проблемы с конституционной самоидентификацией испытывают не только регистраторы, но едва ли не все российские чиновники.) И не потому даже, что это «дорогостоящее» правовое средство тяготеет к не-

оправданному расширению сферы его применения. Суть дела в другом: регистрация «препятствует обороту», она «всегда затрудняет его», а значит и *нет таких целей*, которые могли бы оправдать включение этого инструмента в механизм правового регулирования<sup>21</sup>.

Соответствующей целью по К. И. Скловскому не может полагаться даже гарантированная государственная защита прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 45 Конституции РФ). О чем выразительно говорит его комментарий к случаю отказа в государственной регистрации договора купли-продажи квартиры, которая ранее уже продавалась тем же собственником другому лицу с регистрацией первоначального договора, но без регистрации перехода права собственности. Отклоняя иск о понуждении к такой регистрации, суд указал, что наличие в Едином государственном реестре прав (ЕГРП) записи о зарегистрированном договоре купли-продажи квартиры препятствует совершению записи о регистрации нового договора купли-продажи той же квартиры, заключенного тем же продавцом, до тех пор, пока регистрационная запись о более раннем договоре не будет погашена записью о его прекращении по законным основаниям<sup>22</sup>.

Критикуя позицию высокой судебной инстанции, К. И. Скловский настаивает: 1) нет *никакого* противоречия в том, что продавец более одного раза продает вещь; 2) отказ в регистрации в приведенном примере *очевидным образом* ущемляет интересы участников оборота; 3) органы государственной регистрации не должны брать на себя защиту прав частных лиц, *в особенности* тех, кто не делает этого сам; 4) вследствие *неосновательной бдительности* регистраторов оборот недвижимости загоняется в тень и уходит из-под публичного контроля; 5) наличие нескольких записей о продаже одной и той же недвижимости *в наибольшей степени* отвечает нуждам его участников (курсив наш. — В. К.).

Нуждам *какого* продавца отвечает многократная регистрация продажи одной и той же квартиры, нуждам *какого* первого покупателя соответствует возможность узнать, что квартиру, которую он, вроде бы, приобрел, продают повторно и нужны *какого* второго покупателя обеспечивает запись о действующем договоре купли-продажи приобретенной и им квартиры, — всего этого К. И. Скловский не объясняет. (Сказать что *каждого* в таком контексте невозможно.) Весьма вероятно только, что «излишней» добросовестно-





стью *все они* не обременены, хотя юридически более чем грамотны. Поскольку, в частности, знают, что даже невыполнение обязательства по оплате квартиры не дает права на расторжение договора купли-продажи в одностороннем порядке и что суд *напрасно* рекомендует продавцу требовать расторжения первого договора; при этом все «дружно» недовольны регистрационным отказом, друг к другу претензий не имеют, но и первоначальный договор не расторгают.

В итоге «цивилистический гнев» учебного обрушивается на безымянного регистратора-отказника. Администратор этот «*конечно*» (именно так в тексте) «защищает не интересы оборота и его участников, а собственный ведомственный интерес, в крайнем случае — свое право не знать основ гражданского права»<sup>23</sup>. И дабы пояснить степень чиновничьей некомпетентности (поскольку «ведомственный интерес» в пояснениях не нуждается), К. И. Скловский приводит «базисную» на прочной цивилистической традиции хрестоматийное высказывание» О. С. Иоффе: «При возникновении по поводу одной и той же, но еще никому не переданной вещи правоотношений с несколькими лицами применяется правило старшинства: вещь передается контрагенту, в пользу которого обязательство возникло раньше, а когда старшинство установить невозможно, оно признается за контрагентом, раньше других предъявившим иск об отобрании вещи. Если же она передана одному из контрагентов, право на ее отобрание отпадает у всех контрагентов по другим договорам»<sup>24</sup>.

Приведенное хрестоматийное правило плохо «только одним»: в условиях современного российского правопорядка, которые О. С. Иоффе предвидеть не мог, его популяризация (публичная и частная) может спровоцировать дальнейший рост уровня недобросовестности и мошенничества, и без того процветающих на российском рынке недвижимости. Тем самым под еще большую угрозу будут поставлены не только имущественные интересы, но даже здоровье и самая жизнь многих россиян. Об этом с очевидностью свидетельствуют распространенная практика многократной продажи одних и тех же квартир на рынках первичного и вторичного жилья и связанных с этим преступлений. При этом поразительное бессилие перед организованным натиском и злонамеренной стратегией «общедозволенного» демонстрируют не только «мудрая доктрина», но и «традиционные» цивилистические средства и способы за-

щиты гражданских прав тех лиц, кто вложил в приобретение жилья не только все трудовые сбережения, но и заемные (под немыслимые проценты) средства, чисто-сердечно уповая на добросовестность продавцов и авторитетную силу закона. Оказавшись в итоге обманутыми, на улице, перед лицом кредиторов они слышат от государства, которому «суфлирует» цивилистическая наука: «вы были свободны в выборе контрагента и условий договора», «подавайте иски в суд», «обращайтесь к адвокатам и не подрывайте интересы гражданского оборота».

В действительности органы государственной регистрации, как и любые, представляющие государство органы и должностные лица, не просто могут, но *обязаны* в рамках своей компетенции *защищать* человека, его права и свободы (ст. 2 Конституции РФ), в широком конституционно-правовом значении понятия защиты, разумеется, отличным от предусмотренной ГК РФ судебной защиты гражданских прав. (Хотя тот же ГК РФ (п. 2 ст. 11) учитывает возможность защиты таких прав и в административном порядке.) При этом конституционные права на свободу предпринимательской деятельности и свободу договоров могут быть соразмерно ограничены нормативным и правоприменительным образом в целях защиты основ конституционного строя, а значит и с учетом *недопустимости умаления достоинства* каждого человека и гражданина (ч. 1 ст. 7, ч. 1 ст. 21 Конституции РФ). В современной экономической ситуации для любого россиянина (не бизнесмена и не чиновника) обычная квартира является *особо значимым благом* (ценностью), в котором как в фокусе сливаются интенции едва ли не всех основных личных, экономических, социальных, культурных прав и свобод, законных интересов, надежд на свободное развитие. Потому в каждом «квартирном конфликте» речь должна идти не о защите субъективного гражданского права на «вещь», а о государственном гарантировании и судебном обеспечении всех конституционных полномочий личности, чего «классическое» гражданское (а на деле — баснословное римское) право предоставить не может.

Критикуя то же самое судебное решение, другой авторитетный цивилист (А. М. Эрделевский) идет гораздо далее констатаций отсутствия в законодательстве (на момент принятия решения) формальных указаний на недопустимость выявленных противоречий<sup>25</sup>. Даже признавая *нравственный характер* решения и его

направленность на предупреждение правонарушений «в виде неисполнения продавцом принятых на себя обязательств», ученый остается непреклонным: «негативная сторона последствий подобных решений несравнима с позитивной»<sup>26</sup>.

Столь грозный негативный эффект этот автор видит в «*благословении*» (дословно) произвольного вмешательства органов юстиции в отношения между участниками гражданского оборота, а, по существу, — внесудебного понуждения продавца к исполнению заключенного договора<sup>27</sup>. Обвинения серьезные, только опять-таки некорректные и тенденциозные. Во-первых, судебная практика направлена на утверждение *вполне определенного*, хотя бы и принципиальным образом, основания отказа в регистрации. Возможности административного произвола тем самым уменьшаются. Во-вторых, гипотетически можно представить ситуацию, когда у государственного регистратора возникает цель усматриваемого А. М. Эрделевским «*понуждения*», однако для этого нужен соответствующий интерес, причем согласованный с первоначальным покупателем. В итоге вырисовывается план спланированной совместной акции, намерения и действия сторон которой вполне могут быть квалифицированы судом как злоупотребление правом или даже преступное злоупотребление служебным положением регистратора. Исключить подобное, к сожалению, нельзя при любой степени конкретизации правоприменительных полномочий, но *предполагать* необходимо добросовестные намерения, в том числе должностного лица, регистрирующего сделки и стремящегося при этом содействовать целям конституционного правопорядка.

Как признает и сам А. М. Эрделевский, «безусловная регистрация органом юстиции двух сделок, одна из которых заведомо не может быть исполнена, вряд ли соответствовала бы смыслу Закона [о регистрации]». Однако предложенное им решение трудно признать последовательным и перспективным<sup>28</sup>. Законодатель пошел по другому пути: ресурсы института приостановления регистрации были прямо соотношены с идеей *гарантирующего* регистрационного отказа. В редакции Федерального закона от 21.12.2009 № 334-ФЗ<sup>29</sup> Закон о регистрации определяет возможность приостановления регистрации на основании мотивированного, в письменной форме заявления одной из сторон договора о возврате поданных документов, даже

если другая сторона договора не обращалась с аналогичным заявлением. Стороны уведомляются о соответствующем решении и если в течение определенного в нем срока причины, препятствующие регистрации, не будут устранены, государственный регистратор обязан отказать сторонам договора в регистрации прав и сделать об этом соответствующую запись в книге учета документов (абз. 2, 4 п. 3 ст. 19). Конституционный Суд РФ признал допустимость такого законодательного подхода как направленного на обеспечение необходимого баланса интересов участников оборота недвижимости имуществу<sup>30</sup>.

В гражданском праве заявлены, разумеется, и научные позиции, отмеченные стремлением преодолеть инерцию догматической традиции в этом вопросе. Как верно замечает О. Кузуб, право регистратора на отказ в регистрации права в случае противоречия между заявленными и уже зарегистрированными правами *очевидно*<sup>31</sup>. Отдельные цивилисты даже признают и основной целью регистрации обеспечение защиты прав граждан и юридических лиц на объекты недвижимости. Такова, например, позиция В. А. Алексеева<sup>32</sup>. По его мнению, формирующаяся в России система регистрации прав на недвижимость стремится к «*титულному*» типу, основная черта которого — гарантированность со стороны государства действительности зарегистрированных прав и его безусловная и полная материальная ответственность в случае установления недействительности этих прав. Поскольку этого пока нет, *единственным* выходом остается страхование риска, связанного с приобретением объекта недвижимости<sup>33</sup>.

Наиболее же близка конституционному правопониманию научная позиция Е. А. Суханова, его последователей и учеников. Они не только убеждены в том, что заключенная сделка купли-продажи недвижимости *безусловно* связывает контрагентов обязательственными отношениями, но и что исполнение такой сделки до ее государственной регистрации *пресекает* право продавца распоряжаться проданным объектом, поскольку он *исчерпал* принадлежавшее ему как собственнику правомочие распоряжения, хотя и остался при этом юридическим собственником вещи до момента государственной регистрации перехода права. Впрочем, и здесь оговаривается возможность кредиторов продавца при известных условиях требовать обращения взыскания на эту недвижимость<sup>34</sup>.





Необходимо поэтому сделать решающий шаг. Гражданскому праву необходимо признать, что историческое время его притязаний на некую юридическую «автономию» безвозвратно прошло. Даже в Древнем Риме частное право существовало в неразрывном единстве с правом публичным (преторским и императорским), на что в последующие эпохи мало обращали внимания. Как и на то принципиальное обстоятельство, что независимо от принятой в конкретный период модификации «смешанной конституции» Рима<sup>35</sup> сама постановка вопроса о конституционных обязанностях государства и правах человека была тогда немыслимой. Не менее невероятными для римских юристов были реалии технотронной глобализации и электронных коммуникаций, запредельной плотности и потенциальной прозрачности любых общественных отношений. Сегодня же публичное и частное, гражданское и государственное начала в наиболее актуальных и значимых имущественных отношениях фактически сливаются и от их умозрительного разделения уже никто ничего не выигрывает. Тогда как некоторые субъекты таких отношений могут очень серьезно пострадать, надеясь на правовую поддержку и защиту в правовом государстве и не находя их. Фактически при этом высшую ценность человека, его неотчуждаемых прав и свобод «перевешивают» юридические стереотипы ушедших в небытие иных социальных миров. Современному праву имманентны принципиально новые регулирующие подходы, хотя соответствующие нормативные конструкции могут быть оформлены и в рамках гражданского законодательства. Этому законодательству можно даже предоставить возможность самому определять, что оно будет регулировать (п. 3 ст. 2 ГК РФ), но никто не может наделить его регуляторами неконституционного характера и никто не вправе отказать человеку в обеспечении его прав и свобод со ссылкой на дефицит нормативных ресурсов или угрозу научной традиции.

С таких позиций необходимо подходить и к проблеме почти антагонистической конкуренции имущественных прав и интересов собственников и добросовестных приобретателей жилых помещений. Претендующая на разрешение этой проблемы цивилистическая схоластика оказывается во многом несостоятельной даже в формате актов Конституционного Суда РФ<sup>36</sup>.

Судебная практика констатирует непреходящую актуальность ситуаций,

когда в отношении одного и того же недвижимого имущества заключается несколько договоров купли-продажи и пострадавшие лица остаются в итоге с почти иллюзорным правом на возмещение причиненного ущерба. Между тем современные технологии дают государству возможность обеспечить практически любой уровень прозрачности юридически значимых аспектов социальной жизни и коммуникаций, и оно успешно пользуется ими там, где ему это нужно. Однако Конституция РФ обязывает государство как носителя публичной власти во всех случаях соблюдать и гарантировать права человека, не допуская при этом злоупотреблений правом. Соответственно, задача современного права заключается в том, чтобы побудить государство использовать как собственно конституционные, так и технические (электронные и цифровые) ресурсы для выполнения этих обязанностей.

Нет конституционных препятствий к тому, например, чтобы обязать лицо, вновь намеревающееся продать свою квартиру, добиваться судебного решения об аннулировании в ЕРГП записи о ранее заключенном и неисполненном договоре купли-продажи, если позиция контрагента по неисполненному договору препятствует оформлению этого обязательного для конституционного оборота жилья условия в обычном порядке. Вполне обоснованным видится и законодательное закрепление обязанности государственных регистраторов отказывать в регистрации договоров купли-продажи квартир при наличии в ЕРГП не аннулированных записей о продажах тех же квартир другим лицам<sup>37</sup>. В случае неисполнения этой обязанности государство и недобросовестный продавец должны нести субсидиарную ответственность перед всеми добросовестными приобретателями «нехороших» квартир, возмещая причиненный им вред. Эффективность указанных мер повысит нормативное правило о регрессных исках государства к принявшим соответствующие решения регистраторам и другим уполномоченным должностным лицам. (Каждому здравомыслящему россиянину понятно, что без недобросовестных или противоправных действий (бездействия) чиновников вряд ли может сработать любая схема безнаказанного «отъема денег» у граждан, желающих купить квартиру.) Вполне по силам сегодня государству и такая система электронной паспортизации жилищного фонда и прав на квартиры и компьютерного мониторинга жилищных сделок, ко-

торая бы автоматически при внесении новых данных сигнализировала об опасности «порочной» регистрации перехода имущественных прав или даже технически «блокировала» подобные акты.

Наряду с этим, даже действующее законодательство позволяет гарантировать и правосудно обеспечивать конституционные права и интересы сторон при купле-продаже жилых помещений. Понятия «государственная регистрация прав на имущество» и «государственная регистрация прав на имущество и сделок с ним» в Законе о регистрации используются как тождественные (п. 1 ст. 2). Согласно ст. 17 Закона основанием для государственной регистрации являются *документы*, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации подтверждают наличие, возникновение или прекращение прав, включая и обязательный по форме письменный договор купли-продажи квартиры (даже если мы будем настаивать, что он подтверждает лишь обязательственные права и обязанности сторон). В соответствии с изменениями, внесенными в Закон в 2003 году<sup>38</sup>, в регистрации может быть отказано, если имеются противоречия между заявленными и уже зарегистрированными правами (абз. 11 п. 1 ст. 20). Подобные противоречия всегда получают выражение в притязаниях третьих лиц на объект недвижимости, относительно которого в ЕГРП есть запись о праве собственности. Во всяком случае, такое истолкование признается судебной практикой<sup>39</sup>, хотя и недостаточно последовательно.

Приведенные выше научные аргументы К. И. Скловского и А. М. Эрделевского были выдвинуты около десяти лет назад, однако и сегодня многим авторитетным цивилистам «совершенно непонятна» судебная аргументация, «связанная с принципом непротиворечивости записей в ЕГРП»<sup>40</sup>. Пороки законодательных конструкций и правоприменительных решений, направленных на регулирование сделок на рынке недвижимости, они упорно связывают с недооценкой доктринального тезиса о различии вещного и обязательственного эффектов договора<sup>41</sup>. Камнем преткновения оказывается *восприятие* действий сторон *после* фактического исполнения договора купли-продажи квартиры (оплаты и передачи ее покупателю) как вполне самостоятельной «вещной сделки». Переступить через эту «преграду» сосредоточенная на абстракциях и приверженная *определенной* традиции наука гражданского права не может<sup>42</sup>. Она еще готова согласиться с

доводами Пленума ВАС РФ о том, что до государственной регистрации перехода права продавец не вправе распоряжаться переданным покупателю недвижимым имуществом, поскольку указанное имущество служит предметом исполненного продавцом обязательства, возникшего из договора продажи, а покупатель является его законным владельцем. Однако главное для себя находит в последующем уточнении: «в случае заключения нового договора об отчуждении ранее переданного покупателю имущества продавец несет ответственность за его неисполнение»<sup>43</sup>. Это ведет ученую мысль к чрезвычайно важному *для нее* выводу, «что договор о последующем распоряжении имуществом все же является действительным, ибо ответственность наступает только за нарушение действительного договора»<sup>44</sup>. Тем самым доктринальное оправдание получают и разрушительные последствия такой «действительности».

В настоящее время судам при разрешении «квартирных споров» предложено руководствоваться новыми правилами толкования норм права, выработанными совместно пленумами двух высших судебных инстанций<sup>45</sup>. Эти руководящие разъяснения словно пытаются примирить «неуступчивую» цивилистическую доктрину со здравым смыслом обыденного восприятия и тем конституционным «инстинктом» справедливости, которые и побуждают пострадавших от жилищных махинаций лиц искать судебной защиты. «Проблемные» договоры купли-продажи одной и той же квартиры судам предложено не оценивать более по признаку действительности/недействительности, а «просто» считать *неисполненными*. Все, за исключением договора того лица, которому имущество все же было передано во владение и который сумел (успел) зарегистрировать свое право собственности на него, в том числе в результате удовлетворения искового заявления<sup>46</sup>. Применительно к конкуренции требований о передаче проданного имущества дается отсылка к упоминавшейся ст. 398 ГК РФ. На практике это означает, что квартиру получит наиболее «продвинутый» претендент: владеющий инсайдерской информацией, находящийся в «особых» доверительных отношениях с продавцом и (или) представителями регистрирующих органов, либо просто способный оплатить наиболее качественные юридические услуги. Иным покупателям суды могут напомнить о праве требования возмещения убытков, вызванных неисполнением договора купли-продажи их «креативным»





контрагентом. То обстоятельство, что вряд ли кто-либо из пострадавших лиц сможет добиться такого возмещения, остается за рамками разъяснений.

Наряду с этим, в Постановлении 10/22 подчеркивается самостоятельный характер имущественных прав сторон, вытекающих из зарегистрированной сделки, и снимаются вопросы относительно незаконного отказа в регистрации сделок (п. 53). По искам, связанным с оспариванием указанных имущественных прав, регистратор может быть привлечен в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора. Если сделка, требующая государственной регистрации, совершена в надлежащей форме, но одна из сторон уклоняется от ее регистрации, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации сделки (п. 3 ст. 165 ГК РФ). Если же лицо полагает, что государственным регистратором допущены нарушения при осуществлении государственной регистрации права *или сделки*, оно вправе обратиться в суд с заявлением по правилам главы 25 ГПК РФ или главы 24 АПК РФ с учетом подведомственности дела. При этом суд вправе дать указание о внесении (изменении) записи в ЕГРП только в том случае, если это не повлечет нарушения прав и законных интересов других лиц, а также при отсутствии спора о праве на недвижимость<sup>47</sup>. Например, когда судебный акт принят по заявлению *обеих сторон* сделки об оспаривании отказа совершить регистрационные действия (п. 56).

Приветствуя эти разъяснения, рискуем, тем не менее, указать на их половинчатый характер. Недопустимость (неправомерность) распоряжения номинальным собственником проданной им квартирой до момента государственной регистрации права на нее покупателя может получить непротиворечивое обоснование исключительно с позиций конституционного правопонимания. Обязанный продавец не только не вправе распоряжаться своей квартирой, но *должен* предпринять все от него зависящее к тому, чтобы в связи с осуществляемой сделкой не были нарушены права и свободы покупателя. Обязывают его к этому конституционные принципы правозаконности, добросовестности и злоупотребления правом (ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Совершение конституционно недопустимых (неправомерных) действий и притязание на их юридическую значимость необходимо трактовать как злоупотребление правом. Не должны признаваться действительными и «со-

вершенные» посредством таких действий сделки. Равным образом применение последствий недействительности сделки по их значению для недобросовестного продавца может быть *приравнено* к мерам юридической ответственности, которые всегда характеризуют определенные обязанности правонарушителя<sup>48</sup>.

Частное право может, разумеется, не учитывать положения о конституционных обязанностях и недопустимости формально не запрещенного неправомерного поведения, и может даже искренне полагать, что юридическая ответственность (в широком смысле) «наступает только за нарушение действительного договора», но это будут его (сугубо научные) проблемы, до тех пор, пока юридическая практика не обозначит их актуальность. В этой связи Президиум ВАС РФ признал, что передача продавцом в залог недвижимого имущества, ранее проданного и переданного в законное владение по договору купли-продажи и акту приема-передачи покупателю, чье право собственности на приобретенное имущество не было зарегистрировано в установленном порядке, может повлечь за собой гражданско-правовую ответственность продавца, но не свидетельствует о недействительности сделки о залоге (ипотеке) недвижимого имущества<sup>49</sup>. Истец по данному делу ссылаясь на положение ст. 168 ГК РФ, однако суд не нашел законов или иных правовых актов, которым не соответствовала бы сделка о залоге (ипотеке). Между тем, как следует из материалов дела, продавец заключил кредитный договор спустя 10 дней после заключения и 3 дня после исполнения договора купли-продажи, а договор залога (ипотеки) проданного недвижимого имущества спустя еще неделю после этого. Очевидно, что в течение этого периода он уклонялся от действий по регистрации прав покупателя. При таких обстоятельствах у суда были все основания квалифицировать действия продавца как злоупотребление правом. Отметим также, что регистрационная служба договор о залоге благополучно зарегистрировала (сведения о регистрации договора купли-продажи отсутствуют).

С конституционной точки зрения всегда принципиально важна и типология объектов и субъектов имущественных прав. Имеет значение, в частности, идет ли речь о правах добросовестного покупателя квартиры, узнавшего, что он никогда не въедет в нее и, скорее всего, не сможет вернуть потраченные деньги, либо о предпринимателе, оказавшемся законным владельцем заложенного другим лицом недвижимого

имущества. В любом случае приведенное решение ВАС РФ трудно признать правосудным. Между тем, ученые-цивилисты уверены в его принципиальной правоте. «Если покупатель не смог зарегистрировать переход права собственности, то требовать признания недействительным договора купли-продажи с другим покупателем оснований не имеется», — заявляют, например, Т. В. Шпачева и Е. В. Шпачев, лишь «немного огорченные» тем, что ВАС РФ не всегда однозначно подтверждает данный тезис<sup>50</sup>.

Другие ученые комментаторы настаивают на общецивилистическом значении подобных выводов, возможности их распространения *на любую ситуацию* распространения недвижимостью и отмечают «бурные сожаления» (*стенания*. — В. К.) со стороны юридического сообщества по поводу даже незначительного уклонения ВАС РФ от строгой цивилистической линии<sup>51</sup>. Такой выброс «юридических эмоций» породило, в частности, вполне конституционное решение Президиума ВАС РФ об отказе в удовлетворении иска о признании недействительным договора аренды нежилого помещения, основанного на доводах истца о наличии ранее заключенного с ним договора аренды того же помещения<sup>52</sup>. Признавая правомерность отказа, Президиум ВАС РФ исходил из того установленного факта, что договор аренды с истцом на момент заключения договора с ответчиком не был зарегистрирован в ЕГПР и, следовательно, в соответствии с положениями п. 2 ст. 651 ГК РФ не мог считаться заключенным.

Обстоятельства последнего дела свидетельствуют, скорее, о недобросовестном (неконституционном) поведении истца, который неоправданно затягивал регистрацию договора, игнорируя интересы арендодателя и общие требования правопорядка, и подал необходимые для этого документы сразу после заключения договора арендодателя с ответчиком. В постановлении Президиума ВАС РФ эти факты не получили оценки: для принятия справедливого решения оказалось достаточным формально определенных законодателем оснований. Однако та же нормативная акцентировка и породила недовольство ученых-цивилистов: согласно их логике (и убеждениям) собственнику не нужны никакие (в том числе формальные) подтверждения абсолютного (не ограниченного) характера своих имущественных прав. Дело не в конкретном споре, и не в обеспечении прав конкретных лиц, а в том, что сам «тезис о невозможности заключения последующего договора

купли-продажи жилого помещения представляется уже *препятствием для развития идеи* об обязательном эффекте договора купли-продажи и о распорядительном эффекте действий по передаче права собственности на имущество»<sup>53</sup>, — сокрушаются они (курсив наш. — В. К.). Может ли простой — не причастный — цивилистической традиции — человек (как высшая конституционная ценность) уяснить существо выказанной озабоченности? Не беремся судить. Зато убеждены, что современная (конституционная) наука права должна признавать и учитывать корректность подобных вопросов, безотносительно к отраслевой специализации ее представителей.

В «сухом остатке» сделки купли-продажи квартиры возмездное прекращение субъективного права собственности на нее одного лица и приобретение (оформление) такого же субъективного права другим лицом. Однако в рамках этого процесса общая конфигурация отношений, статусов, субъективных прав и обязанностей участников сделки постоянно и вариативно меняется, хотя бы и в пределах очень незначительного промежутка времени. При этом и от самих сторон, и от «сопровождающих» эту сделку, признающих и подтверждающих ее представителей государства (регистраторов) требуется отчетливое понимание, что происходящее *в каждом из составляющих его «агрегатных состояний»* должно сохранять свое конституционное качество и, соответственно, любые возможные и необходимые действия и акты одной стороны не должны вести к нарушению конституционных прав и свобод контрагента. Гражданское законодательство предоставляет широкий арсенал юридических средств достижения и этой — конституционной — цели, а не одного формального упорядочения имущественного оборота. Только средствами этими нужно научиться пользоваться надлежащим (конституционным) образом, с учетом их технологически производного характера от конституционных принципов (требований) добросовестности, справедливости, разумности, недопустимости злоупотребления правом. Применительно к критерию добросовестности это условие дополняется необходимостью учета соответствующей презумпции.

### Сюжет третий: «В поисках утраченного времени»

Конституционный характер презумпции добросовестности (как основной темы этого сюжета) также определяется





конституционной однородностью современного права, исключающей наличие правовых средств, по своему смыслу и назначению не связанных с текстом Конституции РФ, а потому — произвольных, чужеродных, надуманных. Содержание и «дух» Постановления 10/22 отчасти соответствуют такому восприятию этой презумпции. В нем, например, подчеркивается *взаимно ограниченный* характер прав покупателя как законного владельца переданного ему недвижимого имущества до государственной регистрации права собственности на него и продавца, за которым на тот же период сохраняется право собственности на это имущество (п. 61). Попыткам воспользоваться этими правами без учета конституционных ограничений противостоят конституционные гарантии государственной и судебной защиты прав и свобод контрагентов. Установление института государственной регистрации как акта признания и подтверждения прав на недвижимое имущество *допускает* актуализацию в ГК РФ *обязанностей* частных лиц (сторон), исполняющих договор купли-продажи недвижимости, совершить действия по государственной регистрации перехода прав. Можно спорить о природе таких обязанностей: являются ли они публичными, частными с публичным элементом или частно-публичными, но вполне достаточно характеризовать их как конституционные или конституционно-гарантирующие. Государство закрепило необходимость действий, благодаря которым обусловленный договором переход прав на недвижимость происходит оптимальным образом и угроза нарушения конституционных прав сторон минимизируется. Фактически при этом законодатель руководствовался конституционной презумпцией добросовестности сторон.

Именно конституционная презумпция добросовестности побуждает воспринимать заключение договора купли-продажи квартиры, его исполнение и регистрацию перехода прав собственности в качестве *единого правообразующего акта*, совершаемого сторонами при необходимом гарантирующем участии государства. Только эта презумпция раскрывает, почему требование о регистрации права собственности есть логичное и правомерное притязание лица, заключившего такой договор и исполнившего свои обязательства по нему. Действительно, частное лицо должно вступить в регистрационные (публично-правовые) отношения с уполномоченным органом, даже если это, казалось бы, никак не связано с интере-

сами самого лица, поскольку ему это «не нужно», либо даже его интересы оказываются в результате происходящего под угрозой. (Например, продавец получил от покупателя деньги за квартиру по договору, но должен срочно уехать). Только *добросовестность как заинтересованность лица в обеспечении чужих прав и интересов, стремление к поддержанию конституционного правопорядка* актуальна и мотивирует его действия в таких случаях. Однако и вероятная (к сожалению) недобросовестность лица его конституционную обязанность отнюдь не дезавуирует и непреодолимой угрозой для конституционных прав контрагента не является. Напротив, именно для лиц, недобросовестно уклоняющихся от совершения регистрационных действий, эта обязанность приобретает законченное юридическое содержание, поскольку сопряжена с негативными последствиями неисполнения. В такой ситуации другая сторона вправе обратиться к уклоняющейся стороне с иском о государственной регистрации перехода права собственности и требовать возмещения убытков, вызванных задержкой регистрации (п. 3 ст. 551 ГК РФ). Важно подчеркнуть, что речь здесь идет о «чистой» недобросовестности, т. е. о сугубо *неправомерной* (неконституционной) установке лица, не обремененной иными — более «тяжелыми» — *противоправными* намерениями.

Вместе с тем уклонение от регистрационных действий может также носить как правомерный (обоснованный отказ), так и противоправный характер. При этом правомерность отказа определяется конституционными рамками свободы договаривающихся сторон и содержанием имеющихся у них на момент принятия решения прав, а противоправность одностороннего уклонения — нарушением требований закона и договорных обязательств. Устанавливается же характер конкретного уклонения в любом случае в рамках судебного разбирательства.

В этой связи обращает на себя внимание положение Постановления № 10/22, в котором указывается, что иск покупателя о государственной регистрации перехода права собственности подлежит удовлетворению [по общему правилу] *при условии* исполнения обязательства продавца по передаче имущества (п. 61). Согласно абз. 2 п. 1 ст. 556 ГК РФ таким исполнением считается вручение имущества покупателю и подписание сторонами соответствующего документа о передаче, если иное не предусмотрено законом или договором. Следовательно, уклонение от ре-

гистрации перехода права собственности, когда имущество не передано продавцом покупателю и (или) не подписан документ о передаче, может быть и правомерным (с учетом специальных условий исполнения обязательства), и противоправным. Однако договором продажи недвижимости может быть предусмотрено и нечто иное, а именно: что переход права собственности не зависит от исполнения обязанности продавца передать соответствующий объект. При такой договоренности сторон, уточняется в Постановлении, сохранение продавцом владения имуществом *не является* препятствием для удовлетворения иска покупателя о государственной регистрации перехода права. Это не означает, что иск будет удовлетворен (тому могут препятствовать иные обстоятельства дела), но подчеркивает определяющее значение непротивоправных соглашений сторон в рамках конституционной свободы договора. Квалифицирующим признаком такой (конституционной) непротивоправности вновь выступает добросовестность, в поисках формальных критериев которой принимает участие и наука гражданского права.

На протяжении столетий добросовестность остается той идеей и ценностью, актуальность которой для *собственных* целей эффективного упорядочения общественных отношений наука права постоянно *вынуждена* признавать и комментировать. Степень такого признания и оценка его последствий были при этом различными. Пик «юридической популярности» добросовестности приходится на период возрождения правовой науки в эпоху зрелого Средневековья, а начало очередного кризиса — на «возрождение гуманистическое», когда в канун Нового времени требование добросовестности начинает препятствовать «духовно-нравственной эмансипации» субъектов торгово-денежных отношений как формально свободных индивидуумов. Подлинно цивилизованному и прогрессивному вектору правовой эволюции соответствует обратное движение к признанию добросовестности в качестве безоговорочно имеющего нормативное значение элемента системы права. Соответствующее обоснование отчасти уже было нами предложено<sup>54</sup>, тогда как задачей настоящей работы заявлено отображение в зеркале выделенных проблем современной науки гражданского права.

Отражение это «дробится» и «рассыпается». Так, по мнению В. И. Емельянова, «недобросовестность» как более широкое по объему понятие включает в себя

«виновность» — недобросовестное поведение, влекущее гражданско-правовую ответственность, а также «недобросовестность» в узком смысле, вызывающую иные неблагоприятные последствия<sup>55</sup>. Однако большинству цивилистов чужды подобные рефлексии, и С. Д. Радченко, например, указывает: «применять добрую совесть в объективном смысле суд должен только тогда, когда он “не может и не должен находить ответа *ex lege* или *ex lege contractus*” [ссылка на И. Б. Новицкого], что в современном гражданском праве России возможно лишь в случаях, прямо названных в законе (п. 3 ст. 602, п. 2 ст. 662 ГК РФ)»<sup>56</sup>. При этом вопрос о природе добросовестности остается для этого автора открытым (очевидно, «на время»). Ему довольно и того, что в науке есть «устоявшиеся позиции», в соответствии с которыми «принято различать добросовестность в объективном и субъективном смысле». Впрочем, для подтверждения сказанного он приводит только одно «определение добросовестности в субъективном смысле» и имплицитно соединяет в определении «добросовестности в объективном смысле» отдельные признаки добросовестности, выделяемые различными авторами<sup>57</sup>. Признать подобное обоснование корректным затруднительно, тем более что приводимое С. Д. Радченко «определение К. И. Скловского» в действительности таковым не является и рассуждает известным ученым, в общем-то, о другом.

К. И. Скловский стремится *наполнить* презумпцию добросовестности исключительно гражданско-правовыми смыслами и содержанием. В результате возникает некая «гражданско-правовая добросовестность», о которой только автор, анализируя правовые коллизии, и «согласен» говорить. Это проступает и в его суждениях о том, что оценка доброй совести должна исходить не только из формально действующих правил, но и из сложившихся фактических отношений, всем известных, «принятых» правил и обычаев. В частности, для практики приобретения жилых помещений сегодня нужно учитывать, что во многих случаях стороны — продавец и покупатель — указывают заведомо заниженную цену квартиры, а фактически договариваются о действительной стоимости. «Хотя такое поведение может рассматриваться как нарушение публичного правопорядка, оно не должно толковаться в смысле отсутствия доброй совести у покупателя, который не мог не знать, что квартира на самом деле стоит больше, чем указано в договоре»<sup>58</sup>.





Не больше и не меньше: граждане вполне добросовестны в отношении друг друга, а что до интересов государства и общества (правоотношения с ними с позиций конституционного правопонимания настолько же реальны и юридически значимы, как и конкретные имущественные отношения сторон), — до этого ученому словно и нет дела. Между тем участие в имущественном обороте сопряжено с определенными публичными, в том числе налоговыми, обязательствами, и лица, поступающие описанным К. И. Скловским образом, недобросовестно уклоняются от их надлежащего исполнения. Добросовестность действительно всегда актуализируется в зависимости от ситуации, применительно к обстоятельствам дела и конкретным правоотношениям. Однако это не означает, что существует добросовестность гражданско-правовая, налоговая или, допустим, образовательная. Добросовестность и недобросовестность есть феномены конституционно-правового порядка. Именно на такую недобросовестность контрагента и может сослаться продавец квартиры, которому выплатят обозначенную в договоре, а не фактически оговоренную («тайком от государства») денежную сумму. Однако, обращаясь к государству за помощью и защитой своих имущественных прав, продавец придется «вспомнить» и о своей конституционной недобросовестности.

К числу нетривиальных попыток обратиться в связи с обозначенной проблематикой из тупика гражданско-правового позитивизма следует отнести диссертацию Е. Ю. Самойлова<sup>59</sup>. Отправной точкой ключевого аспекта его исследования являются два положения. Первое состоит в том, что действие публичной достоверности в отношении вещного титула добросовестного приобретателя необходимо связано с прямым и однозначным положением закона. Однако простое указание на данное обстоятельство было бы «равносильно отказу от научной конструкции»<sup>60</sup> (т. е. от научного подхода к праву), — справедливо замечает молодой автор. Второй посыл заключается в убеждении исследователя в несостоятельности этического подхода к понятию добросовестности. Это ведет его к поиску «общего основания (мотива)» того добросовестного незнания, которое делает его юридически извинительным<sup>61</sup>. Тем самым в этимологии понятия «добросовестность» на место совести априори помещается разум и возводится барьер между конституционным и доктринально-цивилистическим восприятием<sup>62</sup>.

Очень скоро обнаруживается несостоятельность обеих названных установок Е. Ю. Самойлова. Так, для целей анализа, обусловленного первой посылкой, он берет легитимационные факты, вызывающие «видимость права» (Rechtsschein) на стороне отчуждателя недвижимости, и средства правового разрешения коллизий имущественных прав *исключительно* из гражданского законодательства (российского и зарубежного). В итоге научный стиль и продукт автора приближаются к «обратному переводу» на доктринальный язык существующих нормативных положений и конструкций. Во втором отношении подспудный позитивизм побуждает исследователя к предельной рационализации «юридически релевантной» добросовестности<sup>63</sup>. При этом логика его суждений отнюдь не релевантная, а вполне классическая (формальная), хотя берущаяся судить о вещах во многом иррациональных. По убеждению автора, «добросовестность как доверие» исчерпывается для приобретателя недвижимости его извинительным незнанием факта принадлежности вещи продавцу<sup>64</sup>. Тогда как сущностно правовой (конституционный) анализ должен учитывать, что содержание отношения доверия составляет сложное сочетание умственно-рациональных, чувственно-эмоциональных (подсознательных, бессознательных) и волевых элементов<sup>65</sup>. Для лица, оценивающего контрагента с позиций сугубо рациональной осведомленности (информированности), доверие не актуально (оно ему «не к лицу»). Вероятно, все же, Е. Ю. Самойлов понимает это, как и необходимость разделения требований и критериев разумности и добросовестности. Отсюда и использование в работе самого (заведомо «лишнего») понятия доверия, и невольное противопоставление недобросовестному приобретателю человека *мыслящего* не просто разумно, но и «честно»<sup>66</sup>. «Честное мышление» — это уже категория экзистенциального порядка.

Скрытые рефлексии титульного рационализма ведут к непростым вопросам. Как может быть недобросовестным приобретатель, *обреченный* на доверие? Ответ: если его действия не соответствуют объективным (нормативно выраженным) критериям добросовестности. Причем критерии эти — суть условия участия в гражданском обороте, от соблюдения которых зависит возможность правовой (правосудной) защиты интересов приобретателя. Таким «минимально (? — В. К.) необходимым» условием полагается осмотрительность. Ни доверие, ни

добросовестность разумной осмотрительности, разумеется, не исключают. Однако определение осмотрительности как «объективированного и усредненного масштаба; среднего рационального образца поведения в условиях конкретной ситуации» выглядит высказыванием с негодными операционными средствами.

Ничего в этом отношении не меняет и апофатическая оговорка Е. Ю. Самойлова о том, что осмотрительность приобретателя может быть установлена «только методом исключения обратного, т. е. в отсутствии явно неразумного и неосторожного поведения в конкретной ситуации конкретного приобретателя»<sup>67</sup>. Действительно, давая оценку позиции и действий частного лица, правоприменитель (судья) должен признать их правомерными, если не убедился в обратном: в их неправомерном (недобросовестном) характере. Однако в любом случае мы будем иметь неопределенное множество правомерных/неправомерных вариантов, если, конечно, не начнем отождествлять неправомерное и противоправное, что, собственно, и предполагается Е. Ю. Самойловым. Однако если у судьи в столе или в компьютере будет заархивирован исчерпывающий каталог образцов «неправомерного» = противоправного поведения в конкретных ситуациях (все равно, в формате норм закона или руководящих разъяснений высших судов), сферу правосудия придется и «ограничить» этими «отформатированными» ситуациями, во-первых, а юридической науке — перестать заниматься пустопорожними рассуждениями, во-вторых. Если «недобросовестное приобретение представляет собой гражданское правонарушение»<sup>68</sup>, тогда и приобретателям недвижимости, безосновательно претендующим на статус «добросовестных» и, соответственно, правовую защиту, довольно указать на то, что незнание объективных ситуационных критериев добросовестности не освобождает от бремени последствий неизбежного признания их недобросовестными. Если же такое лицо начнет утверждать, что его ситуация все-таки иная, особенная, и — главное — сам он, в своем восприятии происходящего, сугубо индивидуален как *личность*, то судье не останется ничего как молча указать взыскующему на выход из Дворца правосудия.

Е. Ю. Самойлов, разумеется, знает о неустранимости оценочных правовых понятий, да и сам (ввиду необходимости) активно ими пользуется («явно неразумное поведение», «особо подозрительные обстоятельства», «признаки

анормальности», «грубая неосторожность», «обоснованные сомнения» и т. п.). Однако фактически игнорируя невозможность учесть все мыслимые (и допустимые) казуальные интерпретации добросовестности, он последовательно стремится к преодолению этой проблемы посредством модельных интерпретаций, раскрывая тем самым лишь предельный уровень своих умозаключений. Это все та же цивилистическая традиция и практика (обычай) делового оборота. Ввиду неустранимой конкуренции гражданско-правовых доктрин особенно любопытным выглядит эмпирическое звено, потому как образцом и критерием добросовестности может, очевидно, являться только практика добросовестных лиц. Так, по мнению Е. Ю. Самойлова, добросовестность приобретателя исключает доверие к отчуждателю, в отношении правомочий которого у приобретателя существуют объективно неустранимые сомнения<sup>69</sup>. Между тем, такого рода сомнения относятся, прежде всего, к добросовестности контрагента, на которого также распространяется соответствующая конституционная презумпция. Из этого следует, что либо сформулированное правило должно получить формальную нормативную легитимацию (включая подтверждение его конституционности!), либо оно юридическим (обязывающим) правилом не является, и добросовестность сомневающегося приобретателя все же не исключается.

Подобные логические противоречия неизбежны на любом отраслевом уровне суждений о *праве* (а не о «праве отрасли»), если судящий не соответствует конституционной модели юриста<sup>70</sup>. Замечательно, что молодой специалист признает отсутствие необходимости закрепления исследованного им института публичной достоверности при приобретении недвижимого имущества в российском законодательстве. Однако потому, *прежде всего*, что действующее законодательство в целом отвечает умозрительным «потребностям гражданского оборота»<sup>71</sup>. *Затем* только им признается связь возможности судебного оспаривания зарегистрированных прав с обеспечением оптимального баланса интересов собственника и добросовестного приобретателя. И лишь в качестве последнего аргумента (первые в автореферате!) упоминается о Конституции РФ, положения ст. 46 которой, собственно, и не позволяют законодателю исключить возможность оспаривания перехода имущественных прав на основании наличия акта их государственной регистрации<sup>72</sup>.





Логика современных правовых суждений должна быть логикой предикатов, а генеральным предикатором всех умозаключений и выводов необходимо полагать условие и требование их конституционности. Для современного российского права определена одна внутренняя структура высказываний — текст Конституции РФ как универсум юридически значимых объектов рассмотрения, включая объекты (свойства и отношения) гипотетические (возможные). Поэтому никогда не удастся ученым-юристам обосновать, а судьям получить исчерпывающие инструкции квалификации актуально значимой (юридически релевантной) добросовестности и придется, если они намерены следовать своему конституционному предназначению (обеспечение прав человека), в каждом соответствующем случае руководствоваться конституционными принципами, определять баланс конституционных ценностей, лежащих в сфере имущественного («гражданско-правового») конфликта сторон, вырабатывать силогизм справедливого конституционного решения. Что, впрочем, не исключает на практике формализованных «подсказок», как обобщенных отраслевых конкретизаций универсальных конституционных ориентиров.

Такие ориентиры («развернутые рекомендации») содержатся и в Постановлении № 10/22 (п. 34), однако трудно признать их вполне конституционными. С одной стороны, (а) здесь справедливо указывается, что установление факта принятия приобретателем всех разумных мер для выяснения правомочий продавца на отчуждение имущества является только частным подтверждением его добросовестности, с другой стороны, (б) на приобретателя безоговорочно возлагается бремя доказывания его неосведомленности *как добросовестности*. С одной стороны, (в) подчеркивается, что запись в ЕГРП о праве собственности отчуждателя не является *бесспорным* доказательством добросовестности приобретателя, с другой стороны, (г) постулируется *невозможность признания* приобретателя добросовестным (именно признания, а не добросовестности как таковой), если на момент совершения сделки право собственности в ЕГРП было зарегистрировано не за отчуждателем или в ЕГРП имелась отметка о судебном споре в отношении этого имущества<sup>73</sup>. С одной стороны, (д) *ответчик* может быть признан добросовестным, даже если сделка совершена им с неуправомоченным отчуждателем имущества, с другой стороны, (е) *собственник* вправе

опровергнуть возражение приобретателя о его добросовестности, доказав, что при совершении сделки приобретатель должен был усомниться в праве продавца на отчуждение имущества.

Неконституционными здесь, на наш взгляд, являются положения, неправомерно исключющие действие конституционной презумпции добросовестности («б», «г»), а равно и ставящие возможность ее применения в зависимость от процессуального положения («д») или имущественного титула («е») лица. С конституционной точки зрения никого нельзя лишить права опровергать доводы процессуального контрагента и ни одной из сторон нельзя предоставить право возводить свои представления о «ситуационной» (релевантной) добросовестности в ранг процессуально установленной истины.

Справедливости ради отметим: юридическая практика (в отличие от научной догмы) все более склоняется к мысли, что «сложившаяся обстановка и западный опыт» ведут к признанию необходимости такого подхода к разрешению имущественных споров, когда каждая из сторон должна доказывать свою правоту, не прибегая к использованию презумпции добросовестности. При этом указывается на конституционный принцип состязательности сторон в судопроизводствах (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ) и подчеркивается, что в сложных ситуациях только так «возможно установить истинный характер правоотношений, а следовательно, защитить интересы собственника и обеспечить стабильность гражданского оборота»<sup>74</sup>. Стороны действительно не могут *использовать* презумпцию своей добросовестности «против» презюмируемо добросовестного контрагента. Однако это не мешает им обратить внимание суда на обстоятельства, имеющие значение для дела в связи с конституционным требованием (принципом) добросовестности. Судьи же в любом случае должны учитывать нормативное и правоприменительное значение обоих этих конституционных элементов: презумпции и принципа добросовестности. Деактуализируют презумпцию добросовестности каждого человека и гражданина только противоправные действия (преступления) и злоупотребления правом, причем только применительно к находящимся в неразрывной связи с противоправным или неправомерным деянием действиям и требованиям.

Конституционная презумпция добросовестности нуждается и в нормативных

предпосылках (гарантиях) ее неопровержимости. Целесообразным, например, представляется законодательное закрепление *обязанности* продавца недвижимого имущества удовлетворять требования контрагента по сделке (покупателя) о предоставлении ему документов (либо доверенности на их получение в регистрирующем органе<sup>75</sup>), подтверждающих обоснованность проведения регистрации прав продавца на продаваемое имущество<sup>76</sup>. С конституционной точки зрения такая обязанность будет характеризовать соразмерное ограничение конституционного права на неприкосновенность частной жизни (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ) и одновременно регулирующее условие пользования правом частной собственности (ч. 2 ст. 35). Впрочем, и в этом случае сохранится проблема данных о правоустанавливающих документах и ограничениях (обременениях) прав прежних правообладателей того недвижимого имущества, собственники и/или владельцы которого менялись неоднократно. Именно такие документы вызывают «повышенный интерес» на практике и предполагают обращение в регистрирующий орган для выяснения их содержания, — отмечает В. А. Алексеев<sup>77</sup>. Однако дальнейшая субъектная экстраполяция указанной выше обязанности выглядит проблематичной, поскольку это может привести к сложным коллизиям конституционных прав и интересов широкого круга лиц. Поэтому весьма взвешенным выглядит предложение о наделении соответствующими гарантирующими ресурсами нотариусов<sup>78</sup>. С учетом же публично-правовой природы нотариальных функций речь должна идти не о правах, а обязанностях нотариусов, во-первых, и о диспозитивных конституционных гарантиях конституционных прав тех лиц, которые выбирают нотариальную форму сделки с недвижимостью, во-вторых. Вместе с тем даже в рамках активной модели нотариата сам факт выбора нотариальной формы сделки с недвижимостью не станет подтверждением безусловной добросовестности контрагентов.

Согласно правовым позициям Конституционного Суда РФ, факт добросовестности приобретателя должен устанавливаться в судебном порядке, при этом, однако, Суд не касается вопроса о том, на кого «по общему правилу» возлагается бремя доказывания добросовестности. Думается, это не случайно. На наш взгляд, подобных правил в отношении добросовестности не существует и не должно быть. Вместе с тем цивилистическая

доктрина настаивает именно на общем характере правила, «согласно которому добросовестность *может быть* опровергнута тем лицом, против требований которого направлено возражение о доброй совести»<sup>79</sup>. Показательно, что приведенное суждение И. В. Асюк основывается, в частности, на комментарии Т. В. Сойфер, где в действительности указывается, что недобросовестность должен доказывать тот, кто это утверждает, а суд оценивает достаточность таких доказательств с учетом значения презумпции добросовестности и для уличаемого лица<sup>80</sup>. Понятно, что между первым и вторым высказываниями есть заметная разница, и это еще раз указывает на трудности, которые испытывает цивилистическая доктрина с выработкой общих правил распределения бремени доказывания и опровержения добросовестности.

Недооценка или игнорирование конституционной природы презумпции добросовестности порождает массу сомнений в отношении достоверности значения<sup>81</sup> и характера ее отраслевых конкретизаций. Например, некоторые представители науки гражданского права сводят эту презумпцию к процессуальному аспекту как распределению бремени доказывания между сторонами<sup>82</sup>. Другие же видят в таком подходе неоправданное ограничение содержания материально-правовой презумпции<sup>83</sup>. При этом С. А. Краснова, исходя из буквального толкования положения п. 3 ст. 10 ГК РФ, приходит к выводам, что, во-первых, презумпция добросовестности существует лишь для истца (лица, чьи права нуждаются в защите), тогда как ответчик в качестве возражения может сослаться на недобросовестность истца, опровергая тем самым существующую презумпцию; во-вторых, это предположение действует лишь в случаях, когда закон связывает с добросовестностью защиту гражданских прав. «Но даже при самом тщательном анализе в тексте норм Гражданского кодекса не обнаруживается ни одного конкретного случая зависимости защиты прав потерпевшего от его добросовестного поведения», — недоумевает автор<sup>84</sup>.

Доктринальные издержки находят свое продолжение в судебной практике. Например, как отмечается в литературе, специальное правило о возложении при виндикационном иске бремени доказывания добросовестности на ответчика применяется в арбитражной практике «без какого-либо серьезного правового обоснования»<sup>85</sup>. При таких обстоятельствах правосудие с конституционной точки зре-





ния невозможно. Разумеется, от любого судьи требуется «большой нравственный и умственный труд, чтобы в каждом конкретном случае обнаруживать выход за пределы добросовестности, обозначенные в ст. 10 ГК РФ»<sup>86</sup>. Однако конституционный порядок и не предполагает «легкости» его правосудной защиты, включая обеспечение прав и свобод человека. Утраченные в период фактического господства позитивизма навыки *правовых* умозаключений и выводов при разрешении «сложных» дел необходимо восстанавливать на основе конституционного правопонимания.

#### Сюжет четвертый: «Мы все учились понемногу»

Выраженная оппозиция конституционного и цивилистического восприятия права наиболее отчетливо проявляется в умах и сознании молодых ученых. Авторитет заслуженных наставников и вековые традиции частного права довлеют над неофитами — вчерашними студентами, претендующими на профильные кандидатские степени и убежденными в том, что получить их они смогут только при условии приверженности академическим канонам, независимо от того, насколько последние соотносятся с конституционными реалиями. И хотя о следствиях такой устремленности фактически уже говорилось выше, рискнем еще раз обратить внимание на «доктринально-консервативный» тон суждений и выводов соискателей кандидатских степеней гражданско-правовой специализации. Сам по себе научный консерватизм в правоведении, впрочем, оправдан и даже полезен. Но не тот, который утверждается на фоне невольной или намеренно ограниченного восприятия действительности и ее проблем без учета универсально-правового характера и значения конституционных критериев и требований должного.

Природные катаклизмы лета 2010 года в очередной раз продемонстрировали неизбывную эгоистическую устремленность доморощенного предпринимательства в России. Стремлениям получить прибыль (осуществить «законный» предпринимательский интерес) хотя бы и за счет необоснованного («спекулятивного») роста цен на товары первой необходимости не смогли помешать осуществиться самые «громкие» государственные заявления. Не продемонстрировало предполагаемой конституционной эффективности в этом отношении и значительно обновленное антимонопольное и торговое законодательство. Потому особенно любопытно

выглядит энергичная критика названного законодательства со стороны молодых цивилистов.

Когда заявляющий себя представителем *гражданско-правовой науки* (именно так, а не науки гражданского права) автор берет за тему эффективности борьбы с монополистической экономической деятельностью, он даже слово «борьба» употребляет исключительно в кавычках<sup>87</sup>. В самом деле, можно ли всерьез бороться с тем, что выражает суть устремлений свободного хозяйствования? Разумеется, нет, для того, кто воспринимает хозяйственную практику «под цивилистическим углом зрения». И только под этим «углом» он готов анализировать механизмы и конструкции законодательства о защите конкуренции<sup>88</sup> в своем стремлении предупредить *разрушительные* последствия для всего имущественного оборота<sup>89</sup>. Соответственно, обязательное даже для первокурсников юридических вузов и факультетов упоминание о том, что экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, в России *не допускается* (ч. 2 ст. 34 Конституции РФ) — сколько бы ни печалилась об этом та или иная *особая* правовая наука, — становится для И. А. Ульянова «излишним». До Конституции РФ ему буквально «нет дела» (во всяком случае, в автореферате диссертации о ней даже не упоминается).

Признавая серьезность таких упреков, нам, дабы избежать обвинений в риторике, придется прибегнуть к развернутому анализу названной работы. В свое время мы предприняли попытку конституционно-правового исследования тех же, по сути, проблем<sup>90</sup>. Вниманием науки гражданского права эта («непрофильная») монография не отмечена и диссертанту, во всяком случае, не известна. Предполагая, что данной публикацией И. А. Ульянов все-таки заинтересуется (хотя бы из соображений рейтинга цитирования), коротко поясним, что заведомая неконституционность его положений обусловлена игнорированием конституционной природы права на предпринимательскую деятельность и, следовательно, непониманием конституционных критериев его надлежащего опосредования, не зависящего от отраслевой принадлежности тех или иных нормативно-правовых конструкций. В «деталях» же это проявляется в следующем.

По ходу исследования И. А. Ульянов приходит к «впечатляющим» по своей теоретико-правовой «претенциозности» выводам:

1) юридически действия субъектов гражданского права, *нарушающие законодательство* о защите конкуренции, являются одновременно объективно-противоправными и условно-действительными: «квалифицироваться» (именно в кавычках. — В. К.) как гражданское правонарушение такие действия могут, если являются виновными и влекут имущественные потери у других участников рынка или потребителей;

2) договоры (сделки), признаваемые допустимыми в соответствии с законодательством, не должны квалифицироваться как незаконные, даже если они приводят или могут привести к ограничению конкуренции; соответствующие акты признания образуют исключения из антимонопольных запретов, установленных законом как общие правила; договоры (сделки) должны считаться допустимыми по факту их соответствия так называемым условиям допустимости, установленным в нормативно-правовых актах;

3) предписания антимонопольного органа, содержащие требования заключить, изменить или расторгнуть договор, только побуждают адресата предписания реализовать соответствующую юридическую возможность;

4) законодательная конструкция, устанавливающая, что факт неисполнения предписания антимонопольного органа может послужить основанием для признания связанной с этим предписанием сделки недействительной, не соответствует цивилистической правовой традиции<sup>91</sup>.

Каждое из приведенных взаимосвязанных положений, как и в целом выраженная в них позиция, конституционно несостоятельны. Действительно, согласно действующему российскому законодательству сделка, отмеченная признаками монополистической направленности (антikonкурентная сделка), является оспоримой; сделка, совершенная с нарушением антимонопольного законодательства, может быть признана судом недействительной. Казалось бы, что в этих установлениях неправильного? Всё, заключает И. А. Ульянов, поскольку «такое решение приводит к внутреннему противоречию в регулировании (поощрение сочетается с наказанием): с одной стороны, законодатель признает за такими сделками желаемые их субъектам гражданско-правовые последствия (до момента их успешного оспаривания), с другой стороны, устанавливает возможность привлечения к уголовной ответственности за их совершение»<sup>92</sup>.

Вот уж воистину: каждый видит только то, что хочет увидеть и что позволяет ему

его «зрение»! Во-первых, предварительное согласие на совершение сделки при условии соблюдения антимонопольных требований, конкретизированных в сопутствующем предписании, никаким «поощрением», разумеется, не является. Это вполне конституционно взвешенное правоприменительное регулирование свободной экономической деятельности, предупредительная форма воздействия на его участников, модельно призванная минимизировать риск недопустимой (монополистической) направленности такой деятельности, с одной стороны, и нарушения экономических интересов добросовестных хозяйствующих субъектов, с другой стороны. Как указал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 24 июня 2009 г. № 11-П<sup>93</sup>, свобода лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную не запрещенную законом экономическую деятельность, в силу конституционного принципа справедливости *должна быть уравновешена* обращенным к этим лицам (прежде всего — к тем из них, кто занимает доминирующее положение в той или иной сфере) требованием ответственного отношения к правам и свободам тех, кого затрагивает их хозяйственная деятельность.

Во-вторых, с наказанием такое регулирующее воздействие вовсе не «сочетается». «Наказание» (неблагоприятные правовые последствия) предусматривается для лиц, совершающих сделки неправомерно, вопреки общим (законодательно определенным) и конкретизированным в предписании антимонопольных органов установлениям и требованиям. «Переквалификация» такого рода действий и их юридически значимых последствий из правомерных в неправомерные на основании соответствующего вступившего в законную силу судебного решения — есть вполне конституционный и едва ли не единственно возможный вариант необходимого противодействия конституционно недопустимым формам (способам) свободной экономической деятельности.

В-третьих, даже студентам должно быть известно, что возможность привлечения к уголовной ответственности (независимо от представлений «гражданско-правовой науки») в правовой системе Российской Федерации (как правового государства) предусматривается исключительно за деяния, юридические составы которых определены в уголовном законе (УК РФ).

Не меняет характеристики позиции И. А. Ульянова как неконституционной и содержательная локализация выявленной





им «проблемы» отступления от цивилистической традиции рамками ситуации, когда неисполнение предписания, выданного по результатам рассмотрения ходатайства о даче согласия на осуществление сделки, становится основанием для признания соответствующей сделки недействительной в судебном порядке по иску антимонопольного органа. Более того, здесь пафос его неконституционной «принципиальности» достигает высшей точки<sup>94</sup>.

Во-первых, сделки, для которых требуются указанные ходатайство и согласие, объявляются И. А. Ульяновым «абсолютно-действительными» (не имеющими пороков) с момента совершения и вплоть до истечения срока, установленного монопольным органом для исполнения выданных им предписаний. (Немного поразмыслив, можно продлить и этот «период гражданско-правовой вседозволенности и безответственности». Антимонопольный орган может ведь и заблуждаться относительно факта неисполнения его предписания или даже безосновательно заявлять о таком неисполнении. Почему бы, следовательно, не полагать указанные сделки беспорочными с момента их совершения и до вступления в силу судебного решения по иску антимонопольного органа. За такой период — в контексте российских реалий — можно успеть гораздо продуктивнее воспользоваться «гражданско-правовыми последствиями» совершенной сделки.)

Во-вторых, И. А. Ульянов подчеркивает (как нечто безоговорочное), что основанием оспоримости сделки в данной ситуации «является не тот факт, что она приводит или может привести к ограничению конкуренции и является противозаконной, а именно факт неисполнения предписания». Это «глубокое» уточнение имеет смысл только для предписаний, с целями и задачами антимонопольного регулирования и контроля никак не соотносенными, на практике, возможно, и имеющими место, но для оценки конструктивно-нормативного решения законодателя не значимыми. Однако диссертант, развивая свою гипотезу, заключает, что «процесс установления оспоримости сделки» (? — В. К.) сводится в этом случае к констатации антимонопольным органом неисполнения его требований, а суду «значительно проще» (? — В. К.) признать ее недействительной. Таким образом, над абстрактным субъектом гражданского права, проигнорировавшим, по сути, требования антимонопольного законодательства, потихоньку «сгущаются

тучи» возможного (но «сомнительного») конституционного противодействия, и наблюдающего за происходящим молодого цивилиста это заметно беспокоит.

Замечательна еще и та мысль И. А. Ульянова, что к моменту неисполнения предписания анализируемая сделка может быть «благополучно» исполнена, и, следовательно, в Законе о защите конкуренции «заложено ретроспективное действие» данного квалифицирующего обстоятельства, которое служит «основанием для аннулирования юридического эффекта сделки с самого начала». Под наслаениями терминологической мишуры отчетливо проступает уже нешуточная для автора угроза: «безупречная» сделка может оказаться в итоге недействительной с момента ее совершения! На это цивилистическая традиция пойти не может, заверяет И. А. Ульянов, ссылаясь на учения о недействительности сделок К. Н. Анненкова, Ю. С. Гамбарова, Г. Ф. Шершеневича, Д. И. Мейера, Н. Г. Растеряева. «Влияние на правовые последствия сделки обстоятельств, которые наступили уже после совершения сделки, допускается только в качестве исключения из общего правила, причем такие обстоятельства могут рассматриваться как основания для прекращения правового эффекта сделки на будущее время»<sup>95</sup>.

Российскому правоведам ставить под сомнение *такие имена*, вроде бы, не пристало. Тем не менее, думается, что в классической цивилистике применительно к данной проблеме подразумеваются все же гражданско-правовые (частноправовые), а не публично-правовые действительности, и притом обстоятельства действительно впоследствии наступившие, а не вновь открывшиеся. И уж совершенно точно, что игнорирование конституционных требований антимонопольного законодательства несовместимо с тем уровнем притязаний на защищенность имущественных интересов, который уместен отнюдь не для всех, а только для законопослушных и — что не менее важно — добросовестных лиц, пользующихся конституционными правами на свободу договора и экономической деятельности.

Заслуживает упоминания и позиция диссертанта по вопросу о предписаниях, выдаваемых антимонопольным органом при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией по результатам прохождения файлиговых процедур. Такие предписания выдаются для сделок, приводящих или могущих привести к ограничению

конкуренции, однако, по убеждению И. А. Ульянова, есть только «властная реакция на ограничение конкуренции, а не нарушение антимонопольных запретов». Проводится столь претенциозное разделение с учетом авторских же положений о допустимости сделок, доходящих до «чрезвычайно актуального» (для сомневаемыхся) вывода, что не всякое ограничение конкуренции является противозаконным. Но внимание исследователя сосредоточено на другом аспекте происходящего. «Восстанавливая» конкурентную среду, а не «законное положение вещей» по определенному делу, антимонопольный орган оказывается «гораздо более свободен в наполнении договорных требований конкретным смыслом». Тем самым, убежден И. А. Ульянов, «созданы предпосылки для самостоятельных (не подзаконных) административных рамок договорной свободы», с необходимостью которых он не может согласиться<sup>96</sup>.

Сказать иначе, а именно, что любые, в том числе формально законные действия, приводящие к ограничению конкуренции, конституционно недопустимы как неправомерные (неконституционные) и предполагают адекватное публично-властное реагирование; что объективно необходимой предпосылкой эффективного реагирования на недопустимую (вредоносную) экономическую концентрацию выступает правоприменительная дискреция компетентного органа, мотивировки и выводы которого должны основываться на анализе конкретных фактов позиционирования и взаимозависимости хозяйствующих субъектов с точки зрения соответствия конституционно допустимому балансу интересов и ценностей, — И. А. Ульянов, конечно, не может. У него другой «язык», другое — «цивилистическое» — представление о праве, которое, скорее, следует определять как «местечковое». Отсюда — из стремления «рассказать» о том, что и почему кажется ненормальным, поскольку не существовало во времена Юстиниана и даже Г. Ф. Шершеневича, — и происходят такие «научные выражения», которые современная теория права объяснить не может: «законное положение вещей», «административные рамки договорной свободы», «необходимость для имущественного оборота» и пр.

Ошибочное «редуцирование» феномена злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением на рынке до импликаций договоров (сделок), в которых такое доминирование проявляется, не позволяет адекватно оценить конкретные соответствующие ситуации и

их возможные правовые последствия. Так, И. А. Ульянов полагает, что при злоупотреблении доминирующим положением «в договорной форме» только одна сторона договора (доминирующий субъект) «нарушает закон». Нарушения эти, поясняется далее, могут выражаться в завышенной цене продаваемого товара (услуги), в различных ценах на один и тот же товар (услугу), в неодинаковых («дискриминационных») условиях однотипных договоров для отдельных субъектов. Контрагентов такого «договорного» доминирования, убежден ученый, упрекнуть в злоупотреблении невозможно. Поэтому недопустимо, чтобы интерес в сохранении юридической силы порочного договора, принадлежащий добросовестному контрагенту доминирующего субъекта, оставался незащищенным и приносился бы «в жертву» публичным интересам поддержания свободной конкуренции<sup>97</sup>.

Относительно данного рассуждения следует учитывать, что, во-первых, далеко не все контрагенты злоупотребляющих доминирующим положением хозяйствующих субъектов являются добросовестными приобретателями, поскольку вполне могут играть роль «промежуточной» инстанции в пошаговом процессе группового монополистического взвинчивания цен. Во-вторых, не понятно, как именно могут быть принесены «в жертву» интересы упомянутых добросовестных контрагентов с учетом действия правовых позиций, сформулированных в Постановлении Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П<sup>98</sup> применительно к положениям о последствиях недействительности сделки. К тому же, согласно Закону о конкуренции, антимонопольный орган вправе выдавать хозяйствующим субъектам обязательные предписания об изменении условий договоров *по ходатайству лиц*, права которых нарушены или могли быть нарушены такими договорами, а также обращаться в арбитражный суд с исками о признании договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству, *частично* недействительными (подпункт «и» п. 2, подпункт «б» п. 6 ч. 1 ст. 23).

Негативное влияние на имущественный оборот И. А. Ульянов связывает и с тем обстоятельством, что призванные обеспечивать в соответствии с антимонопольным законодательством защиту добросовестной конкуренции условия договоров (сделок) не имеют определенных критериев оценки и потому дезориентируют их участников. Выход из этого положения он усматривает в сугубо ограни-





чительном толковании антимонопольных запретов и распространении их только на те договоры, которые могут в значительной степени ограничить конкуренцию<sup>99</sup>. Действительно, формулируя запреты на ограничивающие конкуренцию соглашения, а также и критерии допустимости таких действий (бездействия), законодатель постоянно использует оценочные понятия (ст. 11 и 13 Закона о конкуренции). Объективную необходимость этого подхода может отрицать только тот, кто в силу «призвания» не видит никакой иной правовой ценности, кроме экономической свободы. Для него даже определяющая связь злоупотреблений экономической свободой с парализующим имущественный оборот глобальным экономическим кризисом и его разрушительными для экономики последствиями ничего не меняет. Равным образом он «не замечает» того очевидного обстоятельства, что понятие договора, могущего в значительной степени ограничить конкуренцию, нагружено теми же самыми оценочными критериями. В результате в очередной раз научная критика подменяется «обиженной» риторикой.

Более основательной, на первый взгляд, представляется позиция И. А. Ульянова по вопросу о значении такого правоприменительного средства, как предписание антимонопольного органа об аннулировании торгов, предусмотренного п. 1 ч. 9 ст. 17 Федерального закона от 21 июля 2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»<sup>100</sup>. Соответствующее предписание, по его оценке, не только не может аннулировать правовые последствия торгов (компетенция суда), но вообще быть исполнено: действия адресата не могут иметь требуемого эффекта; потому соответствующие положения закона следует признать «нежизнеспособными»<sup>101</sup>.

Действительно, практика, казалось бы, подтверждает недостаточность правосудных ресурсов для восстановления нарушенного при размещении публичных заказов конституционного правопорядка. Например, суды, отказывая в иске о признании конкурса недействительным, *учитывают*, что приведение сторон в первоначальное положение невозможно: контракт, заключенный по итогам оспариваемых торгов, уже исполнен<sup>102</sup>. Однако, во-первых, суды при этом исследуют (должны исследовать) все обстоятельства дела и дают правовую оценку действий сторон. Во-вторых, конституционно адекватное восприятие оперативно выне-

сенного предписания об аннулировании торгов должно препятствовать наступлению их юридически необратимых последствий до момента решения вопроса о законности такого предписания. В-третьих, даже фактическая невозможность приведения сторон в первоначальное положение отнюдь не перечеркивает правового значения установления закона о возможности аннулирования торгов. Поскольку соответствующее решение принято и его законность не опровергнута, оно может быть положено в основу требований и должно учитываться в решениях, обеспечивающих справедливый карательный и пресекающий эффект в отношении тех лиц, которые в процессе организации и проведения аннулированных торгов нарушали требования законодательства или злоупотребляли своими правами. Нормативной основой принятия таких решений в гражданском законодательстве могут выступать положения о последствиях недействительности сделки. В этой связи можно указать на высказанную в литературе конституционно взвешенную точку зрения, что при аннулировании торгов «речь идет об утрате правовой значимости всех действий, совершенных в рамках их организации и проведения; иначе говоря, торгов как таковых в этом случае в юридическом плане и не было, в отличие от признания торгов недействительными, когда речь идет о признании не имеющими правовых последствий лишь результатов торгов»<sup>103</sup>.

В завершение еще раз подчеркнем: давая оценку аргументам и выводам А. И. Ульянова о «пагубном» влиянии законодательства о защите конкуренции на гражданско-правовые сделки, мы не намеревались ставить под сомнение их *доктринальную* допустимость. Речь идет о конституционной несостоятельности, а значит — и научно-практической неактуальности представленного подхода. Кажется невероятным, чтобы молодой претендент на ученую юридическую степень не знал о позиции Конституционного Суда РФ, который применительно к антимонопольному регулированию неоднократно подчеркивал, что хотя федеральный законодатель при выборе средств и способов правового воздействия не может игнорировать сложившуюся в Российской Федерации отраслевую систему правового регулирования и общие принципы соответствующих отраслей права, однако с учетом социальных, экономических и иных факторов, а также исходя из неоднородного характера соответствующих правоотношений, он вправе прибегать к их регулированию с использо-

ванием правовых средств не только в рамках одной отраслевой модели. Главное же состоит в то, что законодатель во всяком случае *не может не учитывать* конституционные принципы справедливости, юридического равенства, пропорциональности и соразмерности вводимых мер конституционно значимым целям и их согласованности с системой действующего правового регулирования<sup>104</sup>.

Разумеется, в науку гражданского права приходят сегодня и юристы с иными, близкими к конституционному правопониманию взглядами. И в том, конечно, заслуга их научных руководителей. Например, Е. В. Грушевская убеждена в частно-публичной природе гражданского права и законодательства, их равной направленности на защиту как экономической свободы субъектов имущественного оборота, так и социально значимых законных интересов общества и государства в превентивном порядке<sup>105</sup>. С оговоркой на конституционные издержки терминологии это вполне адекватный подход. Однако и она обнаруживает незнание конституционно-правовой теории и правовых позиций Конституционного Суда РФ, раскрывающих возможности делегированного ограничения и ограничивающего регулирования прав и свобод человека (включая конституционное право частной собственности). Подтверждением чему — конституционно не выверенное предложение об исключении из п. 2 ст. 209 ГК РФ слов «иными правовыми актами», которые, как полагает Е. В. Грушевская, «дают правовую основу для неправомерного ограничения частных собственников в правовых актах субъектов РФ»<sup>106</sup>.

С теорией злоупотребления правом тесно соотнесена проблематика *корпо-*

*ративного шантажа*, которой в современной цивилистике также уделяется значительное внимание. Даже на Западе, где актуальные акценты теории демократии побуждают особо внимательно относиться к правам меньшинств с целью исключения дискриминации, признают необходимость судебных и законодательных мер противодействия «вымогательским» искам и иным злоупотреблениям миноритарных акционеров своими правами<sup>107</sup>. Весьма взвешенной на этом фоне выглядит позиция К. Г. Арутюновой о *закономерном* характере процесса публицизации современного частного права, призванного не только защищать конкретные субъективные права экономически более слабой стороны, но и охранять интересы неограниченного круга лиц (публичные интересы)<sup>108</sup>.

Конституционно взвешенные суждения цивилистов приведенными примерами не исчерпываются, но время подводить итоги. Поэтому просто подчеркнем: важнейшей задачей науки права сегодня является ее содействие формированию юристов конституционной модели. Названный статус предполагает наличие современного — конституционно адекватного — профессионального правового сознания как такого *человеческого* сознания (а не информационного банка данных), которое в дальнейшем, за порогом *alma mater*, могло бы самостоятельно прирастать знаниями о конституционно понимаемом (воспринимаемом) праве, почерпнутыми из всех его нормативных и доктринальных форм (источников), включая и классические (академические) труды, прочитанные с позиций объективно необходимой конституционно-мировоззренческой установки.

## Примечания

<sup>1</sup> См.: Крусс В. И. О дефиците конституционного правопонимания и неконституционности нормативных конструкций российского таможенного законодательства // Конституционное и муниципальное право. — 2010. — № 10.

<sup>2</sup> См.: Волков А. В. Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами». — Волгоград : Станица-2, 2007. — С. 30.

<sup>3</sup> См.: Крусс В. И. Злоупотребление правом : учебное пособие. — М. : Норма, 2010. — С. 28—88 и др.

<sup>4</sup> См.: Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008.

<sup>5</sup> См.: Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. Волтерс Клувер // КонсультантПлюс, 2010. — Далее мы будем цитировать именно эту электронную версию.

<sup>6</sup> Радченко С. Д. Указ. соч. — С. 12.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> См.: Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов. — М., 1999. — С. 53—69 и др.

<sup>9</sup> Законы ведь, по общему правилу, ни права, ни интересы *конкретных лиц* не устанавливают и не защищают: это задача правоприменительной практики.

<sup>10</sup> См.: Радченко С. Д. Указ. соч. — С. 31.





<sup>11</sup> См.: *Крусс В. И.* Реальность российской Конституции // Конституция Российской Федерации: доктрина и практика : мат-лы научно-практ. конф., посвященной 15-летию Конституции Российской Федерации, 60-летию Всеобщей декларации прав человека. Санкт-Петербург, 13—14 ноября 2008 г. / отв. ред. В. Д. Зорькин. — М. : Норма, 2009.

<sup>12</sup> См.: *Субочев В. В.* Законные интересы / под ред. А. В. Малько. — М. : Норма, 2008. С. 45—46. Развивая эту мысль, В. В. Субочев приходит к более точному выводу: интерес может быть признан законным, если он не противоречит «смыслу объективного права». В таком случае он становится *правовым инструментом*, которым может пользоваться, как само заинтересованное лицо, так и государство, призванное разрешать диалектически противоречивые интересы. См.: *Субочев В. В.* Указ. соч. С. 107—108. Остается уточнить, что единственным источником объективного права и его смыслов является Конституция РФ — и все встает на свои места.

<sup>13</sup> Оптимальная настройка «конституционной оптики» обнаруживает, что при злоупотреблении правом мы имеем дело с попыткой осуществления не объективных прав, а *неправомерных* (неконституционных) субъективных притязаний.

<sup>14</sup> Принцип «разумного баланса имущественных интересов сторон» С. Д. Радченко скептически характеризует как «изобретение отечественных судей, стремящихся путем ссылок на запрет злоупотребления правом нивелировать наступающие для одной из сторон договора неблагоприятные последствия предпринимательского риска», в чем «проявляется недоверие к случайности как сути предпринимательского риска». См.: *Радченко С. Д.* Указ. соч. — С. 36.

<sup>15</sup> Показательно, что в ст. 1164 ГК РФ об интересах лиц, наследующих имущество на праве общей долевой собственности, вообще не говорится.

<sup>16</sup> *Радченко С. Д.* Указ. соч. — С. 35.

<sup>17</sup> Попутно заметим, что с категорией справедливости у современной науки гражданского права тоже сложились непростые отношения. «Справедливость как цель правового регулирования — критерий зыбкий и ненадежный», — сурово «констатирует» все тот же С. Д. Радченко (*Радченко С. Д.* Указ. соч. — С. 36). Для него идея права выражает, как уже отмечалось, государственную целесообразность. При этом «забывается», что цель *правового и социального* государства *должна быть* соотносена с *требованиями* конституционной справедливости. См., напр.: *Пресняков М. В.* Конституционный принцип справедливости: юридическая природа и нормативное содержание : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Саратов, 2010. — С. 10—17 и др.; *Крусс В. И.* Теория конституционного правоупотребления. — М. : Норма, 2007. — С. 441—459 и др.

<sup>18</sup> См.: Федеральный закон от 21 июля 1997 года № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3594. Далее — Закон о регистрации.

<sup>19</sup> См.: *Скловский К. И.* Применение норм о доброй совести в гражданском праве России // Хозяйство и право. — 2002. — № 9. Цит. по: *Скловский К. И.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 10. Подробнее о проблематике добросовестности речь пойдет в третьем сюжете.

<sup>20</sup> В этом отношении К. И. Скловский доходит до утверждения, что регистрационные требования являются необоснованными *в большинстве случаев*. В доказательство чего он ссылается на обзор соответствующей судебной практики в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 года № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”» (Вестник ВАС РФ. — 2001. — № 4). Вряд ли стоит пояснять, что *обоснованные* требования регистраторов, которые, надо полагать, все же имеют место, предметом судебных разбирательств преимущественно не становятся.

<sup>21</sup> См.: *Скловский К. И.* Указ. соч. — С. 11.

<sup>22</sup> См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 г. № 59 (п. 4).

<sup>23</sup> *Скловский К. И.* Указ. соч. — С. 12.

<sup>24</sup> *Иоффе И. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 62. Цит. по: *Скловский К. И.* Применение норм о доброй совести в гражданском праве России. — С. 12. Непонятно, почему бы автору было просто не указать на ст. 398 ГК РФ, которая приведенное правило фактически воспроизводит.

<sup>25</sup> См.: *Эрделевский А. М.* О регистрации сделок с недвижимостью // СПС КонсультантПлюс, 2010.

<sup>26</sup> *Там же.* — С. 3.

<sup>27</sup> *Там же.*

<sup>28</sup> Правомочие отказа предлагалось «заменить» правом приостановления регистрации сделки на определенный срок при возникновении у регистратора *сомнений* в наличии оснований для ее регистрации. Разрешать свои сомнения регистратор должен был в рамках «комплексной» юрисдикционной процедуры, сочетающей элементы правовой экспертизы, медиации, дознания и вынесения правоустанавливающего решения. Причем состав необходимых мер определялся бы усмотрением регистратора. См.: *Эрделевский А. М.* Указ. соч. — С. 3.

<sup>29</sup> СЗ РФ. — 2009. — № 52 (1 ч.). — Ст. 6410.

<sup>30</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 23.03.2010 г. № 411-О-О // Архив КС РФ. — 2010.

<sup>31</sup> См.: Кузуб О. Приоритет судебного решения // ЭЖ-Юрист. — 2009. — № 32.

<sup>32</sup> См.: Алексеев В. А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. — М.: Волтерс Крувер, 2007. Цит. по: Алексеев В. А. Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 82.

<sup>33</sup> См.: Алексеев В. А. Указ. соч. — С. 38. В. А. Алексеев не дает юридической оценки этого «единственного» средства. На наш взгляд, оно обеспечивает только факультативное и субсидиарное гарантирование конституционных прав. Страховые компании являются преимущественно частными хозяйствующими субъектами, и только государство может оказывать правовое (нормативное и правоприменительное) воздействие на исполнение ими своих обязательств страховщика.

<sup>34</sup> См.: Гражданское право: учебник: в 4 т. — Т. 3. Обязательственное право / отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд. — М., 2005. — С. 372 (автор главы — В. С. Ем).

<sup>35</sup> См.: Фриц фон К. Теория смешанной конституции в античности: критический анализ политических взглядов Полибия. — СПб., 2007. — С. 174—199 и др.

<sup>36</sup> Мы имеем в виду «знаковое» Постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П (СЗ РФ. — 2003. — № 17. — Ст. 1657), фундаментальный характер доктринальных посылов которого вряд ли помог кому-либо из добросовестных приобретателей проданных многим и (или) многократно перепроданных квартир добиться правосудного обеспечения своих конституционных прав. Об этом свидетельствует, в частности, содержание неопубликованного Определения Конституционного Суда РФ от 23 июня 2009 г. № 1050-О-О // Архив КС РФ. — 2009.

<sup>37</sup> Многие государственные регистраторы юридического образования не имеют, и надеяться на продуктивный правовой контроль качества представляемых на регистрацию документов с их стороны не приходится. Даже если формально регистрационная процедура включает правовую экспертизу документов и проверку законности сделки (ст. 13 Закона о регистрации). Зато им вполне по силам гарантирующая «опция» выявления противоречий в ЕГРП.

<sup>38</sup> См.: Федеральный закон № 69-ФЗ от 9 июня 2003 г. // СЗ РФ. — 2003. — № 24. — Ст. 2244.

<sup>39</sup> См.: Определение ВАС РФ от 26.03.2010 № ВАС-3430/10 по делу № А37-961/2009 // СПС КонсультантПлюс, 2010.

<sup>40</sup> См.: Практика рассмотрения коммерческих споров: анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Р. С. Бевзенко, Б. М. Гонгало, Л. А. Новоселова и др.; под ред. Л. А. Новоселовой, М. А. Рожковой. — М.: Статут, 2009. — Вып. 10 // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 19.

<sup>41</sup> Суть их аргументации следующая: заключение договора купли-продажи квартиры не порождает у покупателя право собственности — для этого требуется государственная регистрация перехода права; договор порождает право требовать его исполнения — обязательственное право; государственная регистрация перехода права на квартиру («вещь») — вещное право. Поэтому сам по себе договор купли-продажи квартиры характеризуется как обязательственная сделка, а согласованные действия сторон, направленные на осуществление государственной регистрации права собственности покупателя на приобретенную квартиру, предлагается считать вещной сделкой. См.: там же. — С. 18.

<sup>42</sup> В этой связи Е. А. Суханов последовательно критикует «заведомо непригодные попытки прямой рецепции (заимствования) чужеродных правовых конструкций, приспособленных для функционирования в принципиально иной правовой системе». См.: Суханов Е. А. О видах сделок в германском и российском гражданском праве // Вестник гражданского права. — 2006. — № 2.

<sup>43</sup> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (абз. 4 п. 14) // Вестник ВАС РФ. — 1998. — № 10. Данное Постановление утратило силу в связи с изданием Постановления Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 23 (СПС КонсультантПлюс, 2010).

<sup>44</sup> См.: Практика рассмотрения коммерческих споров... — С. 18.

<sup>45</sup> См.: Постановление Пленума ВС РФ № 10 и Постановление Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. — 2010. — № 6. Далее — Постановление № 10/22.

<sup>46</sup> В случае если обязательство продавца передать недвижимость не исполнено, покупатель вправе в исковом заявлении соединить требования об исполнении продавцом обязанности по передаче (абз. 7 ст. 12 ГК РФ, ст. 398 ГК РФ) и о регистрации перехода права собственности.

<sup>47</sup> В этой связи ВАС РФ подчеркивает недопустимость несовпадения лица — правообладателя по ЕГРП и лица, указанного в соответствующем судебном акте в качестве ответчика. См.: Информационное письмо Президиума ВАС





РФ от 21.07.2009 № 132 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами статей 20 и 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»» (п. 6) // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 9. Как верно отмечает О. Кузуб, данная позиция ВАС РФ направлена на предотвращение злоупотреблений правом со стороны истцов и неполноты исследования доказательств судом. См.: Кузуб О. Указ. соч.

<sup>48</sup> Здесь уместно сослаться на п. 43 Постановления № 10/22, в котором указывается, что в случае, если иск собственника об истребовании имущества из чужого незаконного владения удовлетворен, покупатель чужого имущества вправе в соответствии со ст. 461 ГК РФ обратиться в суд с требованием к продавцу о возмещении убытков, причиненных изъятием товара по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи.

<sup>49</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 27.11.2007 № 9822/07 по делу № А65-15773/2006-СГ1-17 // Вестник ВАС РФ. — 2008. — № 2.

<sup>50</sup> См.: Шпачева Т. В., Шпачев Е. В. О способах защиты права (законного интереса) в арбитражном суде // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 31.

<sup>51</sup> См.: Практика рассмотрения коммерческих споров... — С. 19.

<sup>52</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 15.01.2008 № 11694/07 по делу № А55-19383/2006 // Вестник ВАС РФ. — 2008. — № 3.

<sup>53</sup> См.: Практика рассмотрения коммерческих споров... — С. 19.

<sup>54</sup> См., в частности: Крусс В. И. Злоупотребление правом. — С. 34, 51—60.

<sup>55</sup> См.: Емельянов В. И. Разумность, добросовестность и незлоупотребление гражданскими правами. — М., 2002. — С. 106.

<sup>56</sup> Радченко С. Д. Указ. соч. — С. 35.

<sup>57</sup> См.: Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. — С. 34.

<sup>58</sup> См.: Скловский К. И. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России. — С. 9.

<sup>59</sup> См.: Самойлов Е. Ю. Публичная достоверность при приобретении недвижимого имущества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010. Отметим, что диссертант, судя по автореферату, является учеником Е. А. Суханова; к значению этого обстоятельства мы вернемся в четвертом сюжете.

<sup>60</sup> Там же. — С. 11, 9.

<sup>61</sup> Там же. — С. 8—10.

<sup>62</sup> В Постановлении от 21 апреля 2003 г. № 6-П Конституционный Суд РФ охарактеризовал добросовестных приобретателей как лиц, проявляющих при заключении сделки не только разумную осмотрительность и осторожность, но и добрую волю.

<sup>63</sup> См.: Самойлов Е. Ю. Указ. соч. — С. 16—17 и др.

<sup>64</sup> Там же. — С. 16.

<sup>65</sup> См.: Кокотов А. Н. Доверие. Недоверие. Право. — М. : Юристь, 2004. — С. 19 и др.

<sup>66</sup> См.: Самойлов Е. Ю. — С. 23.

<sup>67</sup> Там же. — С. 20—21.

<sup>68</sup> Там же. — С. 7, 19.

<sup>69</sup> Там же. — С. 23—24.

<sup>70</sup> См.: Бондарь Н. С. О конституционной модели юриста и роли конституционной компаративистики в системе юридического образования // Сравнительное конституционное обозрение. — 2009. — № 6 (73). — С. 57—59 и др.

<sup>71</sup> «Сама необходимость защиты добросовестного приобретения от неуправомоченных лиц обусловлена преимущественным обеспечением стабильности оборота», — такова идеология частного права (курсив мой. — В. К.). См.: Самойлов Е. Ю. Указ. соч. — С. 14.

<sup>72</sup> См.: Самойлов Е. Ю. Указ. соч. — С. 23.

<sup>73</sup> Предыдущая «условно диспозитивная» версия той же идеи была не менее сомнительной в аспекте ее конституционности. Согласно упоминавшемуся Постановлению Пленума ВАС РФ от 25.02.1998 г. № 8 (абз. 4 п. 24), покупатель не мог быть признан судом добросовестным приобретателем, если к моменту совершения возмездной сделки в отношении спорного имущества имелись притязания третьих лиц, о которых покупателю было известно, и если эти притязания впоследствии признаны в установленном порядке правомерными. Тем самым решающее значение придавалось не факту осведомленности покупателя о притязаниях третьих лиц, а правомерности таких притязаний. Поскольку же правомерность эту, в конечном счете, определяет только суд, добросовестность приобретателя спорного имущества оказывалась в итоге от него самого не зависящей. Если бы такое истолкование смысла положения п. 1 ст. 302 не было подтверждено Конституционным Судом РФ в Постановлении от 21 апреля 2003 г. № 6-П (СЗ РФ. — 2003. — № 17. — Ст. 1657), оно вполне могло быть поставлено под сомнение как умаляющее человеческое достоинство. В силу же данной конституционной интерпретации его необходимо трактовать как сугубо ограничивающее возможности судебной защиты свободы экономического самоопределения.

<sup>74</sup> См.: Шатихин Н. В. Роль презумпции добросовестного приобретателя на современном этапе развития гражданского права // Юридический мир. — 2009. —

№ 1. Цит. по: *Шатохин Н. В.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 3.  
<sup>75</sup> Гарантирующий характер такой *возможности* нашел подтверждение в неопубликованном Определении Конституционного Суда РФ от 25.01.2007 г. № 102-О-О (Архив КС РФ. — 2007).

<sup>76</sup> См.: *Алексеев В. А.* Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. — М.: Волтерс Крувер, 2007. Цит. по: *Алексеев В. А.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 82.

<sup>77</sup> См.: Там же. — С. 39.

<sup>78</sup> Там же.

<sup>79</sup> См.: *Асюк И. В.* Добросовестность приобретения как основание возникновения права собственности на недвижимость // Журнал российского права. — 2007. — № 3. Цит. по: *Асюк И. В.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 3.

<sup>80</sup> См.: *Сойфер Т. В.* Комментарий к гл. 2 ГК РФ // Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. В. П. Мозолина, М. Н. Малеиной. — М., 2004 и др. Цит. по: указ. изд. // КонсультантПлюс, 2010. — С. 15.

<sup>81</sup> Так, Т. В. Дерюгина *вопреки правовым позициям* Конституционного Суда РФ отказывается признавать добросовестность гражданско-правовой презумпцией и сводит ее к соответствующему принципу. См.: *Дерюгина Т. В.* Теоретические проблемы в сфере осуществления субъективных гражданских прав: автореф. дис. .... докт. юрид. наук. — Волгоград, 2010. — С. 9.

<sup>82</sup> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой / под ред. О. Н. Садикова. — М., 1996. — С. 28; Учебник гражданского права. — Ч. 1 / под ред. проф. З. И. Цибуленко. — М., 2000. — С. 251.

<sup>83</sup> См.: *Краснова С. А.* Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве // Журнал российского права. — 2003. — № 3. Цит. по: *Краснова С. А.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 3.

<sup>84</sup> Там же.

<sup>85</sup> См.: *Асюк И. В.* Добросовестность приобретения как основание возникновения права собственности на недвижимость // Журнал российского права. — 2007. — № 3. Цит. по: *Асюк И. В.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 3.

<sup>86</sup> См.: *Колоколов Н. А., Павликов С. Г.* Право, закон, судебный прецедент: российский вариант: монография. — М.: Юрист, 2008. — С. 63—65.

<sup>87</sup> См.: *Ульянов И. А.* Влияние законодательства о защите конкуренции на гражданско-правовые сделки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010.

<sup>88</sup> Преимущественно в диссертации И. А. Ульянова анализируется Федеральный закон от 26 июля 2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (СЗ РФ. — 2006. — № 31 (1 ч.). — Ст. 34343). Далее — Закон о конкуренции.

<sup>89</sup> См.: *Ульянов И. А.* Указ. соч. — С. 3.

<sup>90</sup> См.: *Крусс В. И.* Право на предпринимательскую деятельность — конституционное полномочие личности / отв. ред. С. А. Авакьян. — М.: Юристъ, 2003. — С. 311—322, 336—358, 400—422 и др.

<sup>91</sup> См.: *Ульянов И. А.* Указ. соч. — С. 7—9; 13; 17.

<sup>92</sup> Там же. С. 13.

<sup>93</sup> СЗ РФ. — 2009. — № 28. — Ст. 3581.

<sup>94</sup> См.: *Ульянов И. Г.* Указ. соч. — С. 23—25.

<sup>95</sup> Там же. — С. 24.

<sup>96</sup> Там же. — С. 22—23.

<sup>97</sup> Там же. — С. 15.

<sup>98</sup> СЗ РФ. — 2003. — № 17. — Ст. 1657.

<sup>99</sup> См.: *Ульянов И. А.* Указ. соч. — С. 18.

<sup>100</sup> СЗ РФ. — 2005. — № 30 (ч. 1). — Ст. 3105.

<sup>101</sup> См.: *Ульянов И. А.* Указ. соч. — С. 19.

<sup>102</sup> См.: Определение ВАС РФ от 15.09.2009 № ВАС-9884/09 по делу № А20-1808/2008 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>103</sup> См.: *Борисов А. Н., Краев Н. А.* Комментарий к Федеральному закону «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (постатейный). 5-е изд., перераб. и дополн. — М.: Деловой двор, 2009. Цит. по: Указ. изд. // СПС КонсультантПлюс, 2010. — С. 82.

<sup>104</sup> См.: Постановление КС РФ от 24.06.2009 № 11-П; Постановление КС РФ от 18.07.2008 № 10-П (СЗ РФ. — 2008. — № 31. — Ст. 3763).

<sup>105</sup> См.: *Грушевская Е. В.* Императивность в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2010. — С. 9.

<sup>106</sup> Там же. — С. 11.

<sup>107</sup> См., напр.: *Зайберт У.* Проблемы применения института злоупотребления правом в акционерных правоотношениях // Основы немецкого торгового и хозяйственного права. Grundzuge des deutschen Handels- und Wirtschaftsrechts. — М., 1995. — С. 46; *Сыроедова О. Н.* Акционерное право США и России (сравнительный анализ). — М., 1996. — С. 9.

<sup>108</sup> См.: *Арутюнова К. Г.* Способы защиты от «недружественных поглощений» в гражданском праве России и Соединенных Штатов Америки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 21.



**КРУСС Владимир Иванович**, зав. кафедрой теории права, доктор юридических наук, профессор. Тверской государственный университет. E-mail: t-prava@yandex.ru

**KRUSS Vladimir Ivanovich**, Head of the Chair "Theory of Law", Doctor of Legal Sciences, Professor. Tver State University. E-mail: t-prava@yandex.ru



З. В. Попов

## МЕХАНИЗМ ОХРАНЫ И ЗАЩИТЫ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Z. V. Popov

## MECHANISM ENSURING SECURITY AND PROTECTION OF THE RIGHTS AND FREEDOMS OF A PERSON AND A CITIZEN IN THE RUSSIAN FEDERATION

*В статье рассматриваются различные точки зрения на понятие механизма защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации*

**Ключевые слова:** механизм, охрана, защита, права, свободы, юридическая ответственность.

*The article provides an overview of various approaches to the concept of the mechanism for protection of the rights and freedoms of a person and a citizen in the Russian Federation.*

**Keywords:** mechanism, security, protection, rights, freedoms, legal responsibility.

В последнее время одной из самых сложных и часто трудноразрешимых во всей проблематике прав человека является проблема их осуществления, т. е. перевода установленных в законодательстве норм в реально действующий механизм их применения.

Данная категория в юридической науке стала методологической: механизм правового регулирования, механизм государства, механизм формирования правового государства, механизм правотворчества, механизм реализации прав и свобод, механизм защиты прав и свобод, охранительный механизм и т. д.<sup>1</sup>

Широкое распространение в юридической литературе категория «механизм» получила и в контексте правоохранительной деятельности государственных и общественных структур. Так, в юридической литературе используются понятия «механизм охраны»<sup>2</sup>, «механизм защиты»<sup>3</sup>, «механизм реализации»<sup>4</sup>, «механизм гарантирования реализации»<sup>5</sup>, «механизм обеспечения»<sup>6</sup>. Во всех этих случаях речь идет о механизме обеспечения прав и свобод субъектов правоотношений.

Анализ существующих точек зрения дает основание утверждать, что в юридической науке понятие «механизм охраны и защиты прав и свобод граждан» является в достаточной степени дискуссионным.

В частности, одни авторы отождествляют механизм охраны и защиты прав и свобод граждан с политическими, идеологическими, материальными, организационными и юридическими гарантиями этих прав. Так, Е. А. Лукашева отмечает, что содержащиеся в Конституции нормы прямого действия о правах человека не могут быть реализованы «вне конкретных процедур и механизмов, т. е. юридических гарантий, установленных законом»<sup>7</sup>.

Другие полагают, что юридические гарантии являются составной частью механизма обеспечения прав граждан, который включает наряду с гарантиями и другие социально-правовые институты.

Вообще «механизм» — это внутреннее устройство системы чего-либо, совокупность состояний и процессов, из которых складывается какое-либо явление<sup>8</sup>. Иначе говоря, «механизм» — это совокупность взаимосвязанных друг с другом элементов, составляющих определенную систему, находящуюся в определенном движении. Другими словами, механизм символизирует движение.

В последние годы в научный оборот введены такие понятия, как «гуманитарный правозащитный механизм»<sup>9</sup>, «социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина»<sup>10</sup>, «механизм обеспечения прав и свобод граждан»<sup>11</sup>, «механизм конституционно-





правовой защиты конституционных прав, свобод и интересов граждан»<sup>12</sup>.

Понятие «механизм охраны и защиты прав человека» («гуманитарный правозащитный механизм» — ГПЗМ) частично совпадает с понятием «механизм правового регулирования» (МПР). Последний включает в себя:

- нормы права — официальные правила с моделью поведения людей;
- юридические факты, приводящие в действие норму права;
- правоотношения — конкретные модели поведения для субъектов на основе норм и юридических фактов;
- формы и акты реализации субъективных прав и юридических обязанностей в форме соблюдения, исполнения, использования права;
- акты применения права;
- элементы правосознания и правовой культуры.

Но гуманитарный правозащитный механизм, в отличие от механизма правового регулирования, интегрирует все это в организации и действиях индивидов, корпораций, объединений, органов государственной власти и местного самоуправления, выходит за рамки правового регулирования и реализуется также в правовой охране и защите. Таким образом, в структуре ГПЗМ интегрируются: а) праворегулирующие, правоохранительные механизмы; б) механизмы разрешения конфликтов; в) идентификационные, информационные, организационные, акционные элементы, соединяющиеся для процедурно-правовой регламентации поведения и правового воспитания лиц в целях удовлетворения законных прав и интересов людей. Это проявляется в действиях граждан, их участии в общественных объединениях, правозащитных неправительственных организациях, выборах и других воздействиях на органы государственной власти и местного самоуправления<sup>13</sup>.

Формулируя определение механизма обеспечения прав и свобод граждан, С. В. Рыбак считает, что это «сложная целостная социальная система определенным образом организованных правовых средств и действий с целью создания наиболее благоприятных условий для реализации прав и свобод граждан, органически связанная с внешней средой и подразделяющаяся на различные части (элементы), каждая из которых выполняет свои особые задачи по осуществлению общих функций охраны и защиты прав и свобод граждан»<sup>14</sup>.

Также встречается такое понятие, как «механизм социально-правовой защиты»,

которое представляет собой «систему закрепленных законом направлений, методов, способов, средств, применяемых субъектами правозащитной деятельности в целях обеспечения конституционных прав, свобод и интересов юридических лиц и граждан, оказания им помощи по реализации и восстановлению своего правового статуса»<sup>15</sup>.

А. С. Мордовец определяет социально-юридический механизм обеспечения прав человека «как систему международных и национально-государственных средств, правил и процедур, гарантирующих уважение и условия достойного существования личности, соблюдение, охрану и защиту всех ее прав»<sup>16</sup>. В структуру данного механизма автор включает: общественные нормы; правомерную деятельность субъектов прав человека и гражданина; гласность; общественное мнение; гарантии (общие, специальные, юридические, организационные); процедуры; ответственность; контроль<sup>17</sup>.

Соглашаясь с данным мнением, Л. А. Морозова справедливо считает, что структура механизма, предложенная А. С. Мордовцом, должна также включать «средства стимулирования реализации прав и свобод человека, в том числе создание условий, при которых закрепленные права и свободы могут реально принадлежать конкретному человеку, использовать им без каких-либо внешних препятствий»<sup>18</sup>.

Представляется, что в концептуальном плане точка зрения А. С. Мордовца и Л. А. Морозовой о широком понимании «правообеспечительного механизма»<sup>19</sup> является верной, так как дает возможность выявить глубокий социальный контекст реализации прав граждан, нацеливает на объединение усилий государственных и негосударственных институтов общества в решении сложнейшей проблемы обеспечения прав и свобод человека.

Юридические нормы существуют для того, чтобы целенаправленно воздействовать на волю и сознание людей, побуждая их вести себя так, как предписывает законодательство, регулировать общественные отношения.

Поэтому нормы права имеют смысл и ценность для личности и общества, если они реализуются, претворяются в жизнь.

В теории государства и права понятие «реализация права» включает в себя формы претворения правовых предписаний в поведение участников правоотношений. Формы реализации права: соблюдение запретов, использование установленных прав, исполнение обязанностей, примене-

ние норм легитимными органами власти, должностными лицами для защиты нарушенных прав<sup>20</sup>. Иначе говоря, «реализация права» включается в ГПЗМ как акционный элемент (действие или бездействие).

На наш взгляд, необходимо различать понятия «охрана» и «защита прав».

В юридической литературе по-разному объясняется термин «защита прав». Так, одни пишут: «В наиболее общем смысле защита есть противодействие незаконным нарушениям и ограничениям прав, свобод и интересов личности, предупреждение этих нарушений и ограничений, а также возмещение причиненного вреда в случае, если предупредить или отразить нарушения не удалось»<sup>21</sup>. На наш взгляд, это определение охватывает и «защиту» и частично «охрану прав». Другие полагают, что «защита прав» означает действия по восстановлению нарушенных прав, обеспечению компенсации физического, морального, материального и профессионального вреда<sup>22</sup>. «Охрана прав» — термин, который широко используется в общей теории права и отраслевых юридических науках, особенно в конституционном<sup>23</sup>, уголовном<sup>24</sup> и гражданском праве<sup>25</sup>.

В научной литературе существует несколько подходов к определению понятия «охрана прав». Первый подход характерен, например, для Л. О. Красавчиковой. Определяя гражданско-правовую охрану личной жизни, она пишет: «...Гражданско-правовая охрана личной жизни представляет собой систему установленных ... государством гражданско-правовых мер и способов обеспечения свободы гражданина определять свое поведение в индивидуальной жизнедеятельности по своему усмотрению, исключающей вмешательство в личную жизнь со стороны других лиц, кроме случаев прямо предусмотренных законом». И далее: «Представляется, что по своей структуре анализируемая охрана дифференцируется на три следующих звена: регулятивная, обеспечительная и защитная»<sup>26</sup>. Такое понимание рассматриваемого явления скорее нужно считать «осуществлением права»<sup>27</sup>, так как к этому приводит логика исследования, нежели «охраной права» как представляет нам Л. О. Красавчикова. В таком случае из данного определения можно сделать вывод, что средств охраны и защиты прав и свобод человека не существует как таковых, а те средства, что мы исследуем, являются средствами осуществления права. С такой формулировкой вопроса трудно согласиться, так как имеются все основания выделе-

ния из «механизма осуществления прав» «средств охраны и защиты прав и свобод гражданина».

В рамках предельно широкого толкования правовой охраны допускаются также попытки исследовать ее как охранительный вариант правового регулирования<sup>28</sup>.

Выразителем второго подхода к определению «охраны прав» является В. Д. Ардашкин, который считает, что правоохрана — это прежде всего государственное принуждение, которое включает в себя следующие «несущие конструкции»: 1) институт ответственности; 2) институт защиты; 3) институт предупреждения; 4) институт процессуального обеспечения<sup>29</sup>.

Аналогичную точку зрения высказывает и С.Н. Кожевников, который считает, что правоохранительные средства включают в себя меры предупредительного воздействия, меры пресечения правонарушений, меры защиты субъективных прав и обеспечения юридических обязанностей, меры юридической ответственности<sup>30</sup>. Практически ничем не отличается от приведенных точек зрения мнение И. Л. Петрухина<sup>31</sup>.

С такой позицией трудно согласиться. Во-первых, если признать механизм охраны прав очень широким явлением, то названные авторы, справедливо отмечает Н. В. Витрук, к сожалению, не нашли в нем места такой важной негосударственной форме принуждения, как самозащита, которую отдельные правоведы также относят к охране прав<sup>32</sup> и которая играет немаловажную роль в механизме охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина.

И, во-вторых, они безосновательно ограничили механизм охраны и защиты прав и свобод только средствами принуждения, исключив из него многие важные непринудительные юридические средства охраны и защиты прав и свобод человека, что противоречит мнению многих ученых.

Суть третьего подхода состоит в том, что многие исследователи в понятие «охрана прав» включают как недопущение посягательств на субъективное право, предохранение его от нарушений, так и активное восстановление нарушенного (оспоренного права), причем, соотнося «охрану прав» как целое и часть<sup>33</sup>. Под охраной в теории права понимаются меры, осуществляемые государственными органами и другими субъектами права, направленные на предупреждение нарушений прав, свобод и обязанностей человека и гражданина, на устранение причин, их порождающих, устранение препятствий и способствующие таким об-





разом реализации прав, свобод и обязанностей, установленных законом<sup>34</sup>.

К примеру, В. А. Тарасова пишет: «Охрана прав заключается не только в восстановлении нарушенного права, но в создании таких условий, при которых субъективные права граждан беспрепятственно бы удовлетворялись»<sup>35</sup>. Из этого определения мы видим, что автор в качестве основной функции средств охраны прав и свобод личности выделяет «восстановление нарушенного права», это говорит о том, что данная функция более близка к средствам защиты прав и свобод человека и гражданина.

Под защитой понимается совокупность мер, направленных на недопущение нарушений прав и свобод человека и гражданина, а также «принудительный способ осуществления права, применяемый в установленном порядке компетентными органами, либо самим управомоченным лицом»<sup>36</sup>.

Оба элемента направлены на недопущение нарушений прав и свобод человека и гражданина и составляют, как правило, задачи и функции соответствующих органов, где объектом воздействия выступает третье лицо — потенциальный или фактический правонарушитель. При видимости совпадений понятий охраны и защиты все-таки при тесной взаимозависимости и взаимосвязи они имеют и собственные признаки, которые и позволяют их различать. Хотя данная граница достаточно условна, это дает основание некоторым правоведам применять эти термины как синонимы.

Подтверждением вышесказанного является четвертый из этих подходов, основанный на утверждении того, что понятию «охрана прав человека» тождественен термин «защита прав человека», что оба эти термина являются синонимами, взаимозаменяемыми друг друга. В связи с этим можно утверждать, что средства охраны и средства защиты также, как и их понятия, являются тождественными, то есть совпадают как в терминологии, так и по целевому назначению. Такое утверждение активно обосновывается в трудах Н. В. Витрука и его последователей<sup>37</sup>. В одной из своих работ он пишет: «Деятельность, направленная на устранение препятствий в осуществлении прав и обязанностей, в том числе и споров, на борьбу с неисполнением обязанностей и злоупотреблением правом, составляет содержание охраны (защиты) прав ...»<sup>38</sup>.

В другой работе Н. В. Витрук утверждает, что средства (меры) защиты и

средства (меры) охраны не встречаются в чистом виде, так как «меры защиты в определенной степени выполняют функции охраны»<sup>39</sup>. И. В. Ростовщиков также придерживается данной точки зрения и обосновывает это отождествление тем, что «этимологически слова «охрана» и «защита» близки»<sup>40</sup>.

На наш взгляд, заслуживает внимания следующее определение. «Охрана прав» — система законодательства, органов власти и организаций, стремящихся исключить или уменьшить нарушение прав. Они включают в себя нормативный (законодательство) и организационный элементы, объединяют запреты, инструкции по исполнению обязанностей должностными лицами, служащими. Организационный элемент охраны прав — проводящие стабильную и эффективную профилактическую работу органы и учреждения.

ГПЗМ — шире всех вышеприведенных понятий, так как включает в себя и формы реализации, и сами органы и организации, реализующие права и применяющие нормы, нормативный и акционный, а также информационный, идентификационный и другие элементы<sup>41</sup>.

Если мы внимательно проанализируем главу 2 Конституции Российской Федерации 1993 года, то увидим, что помимо «охраны» и «защиты» права, свободы и обязанности включают в себя еще две стороны — «соблюдение» и «собственное невмешательство».

На наш взгляд, под соблюдением следует понимать исполнение своих гражданских и служебных обязанностей субъектами права, которые способствуют осуществлению реализации человеком и гражданином своих прав, свобод и исполнения своих обязанностей.

Собственное невмешательство — есть обязанность государства обеспечить позитивное регулирование данных прав, свобод, а также закрепления состояния определенной автономии человека от государства, общества и себе подобных.

По нашему мнению, охрана и защита прав и свобод человека и гражданина осуществляется в соответствующих формах, соответствующими способами и соответствующими средствами, что и составляет механизм охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина. При этом необходимо согласиться с мнением Д. М. Чечота о том, что необходимо разграничение форм, в которых осуществляется защита, средств, с помощью которых заинтересованные лица защищают свои права или свободы, способов, которые применяются юрисдикционными органа-

ми для защиты нарушенных прав<sup>42</sup>. Формы защиты можно классифицировать в зависимости от субъектов, обладающих полномочиями в сфере охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина. Таким образом, можно выделить следующие формы охраны и защиты: самозащита; государственная и общественная охрана и защита и международная охрана и защита. Способ охраны и защиты прав и свобод есть мера, применение которой устраняет

возможность нарушения прав и свобод человека и гражданина и обеспечивает реализацию уже нарушенных прав и свобод. Поэтому к способам охраны и защиты можно отнести: недопущение нарушений прав и свобод путем пресечения действия или бездействия; восстановление уже нарушенных прав и свобод; привлечение субъекта, нарушившего или создающего угрозу нарушению прав и свобод, к юридической ответственности.

### Примечания

<sup>1</sup> См.: *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1996; *Ковачев Д. А.* Механизм правотворчества социалистического государства. — М., 1977; *Нурпеисов И. К.* Механизм формирования правомерного поведения личности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1980; *Мордовец А. С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. — Саратов, 1996; *Байтин М. И.* Механизм государства // Теория государства и права : курс лекций // под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М., 1997. — С. 95—104; *Бутнев В. В.* Механизм защиты субъективных прав граждан. — Ярославль, 1990; *Воеводин Л. Д.* Юридический статус личности в России. — М., 1997 и др.

<sup>2</sup> См., напр.: *Охранительный механизм в правовой системе социализма.* — Красноярск, 1989; *Масликов И. С.* Судебная власть в государственном механизме Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1997. — С. 10 и другие работы.

<sup>3</sup> См., напр.: *Права человека : учебник для вузов* // под ред. Е. А. Лукашевой. — М., 1999. — С. 4; *Защита прав человека в современном мире : сб. статей* // под ред. И. А. Ледаха. — М., 1993. — С. 2; *Карташкин В. А.* Механизм защиты прав человека // Ежегодник российского права (1999). — М., 2000. — С. 340.

<sup>4</sup> См., напр.: *Дмитриев Ю. А., Златопольский А. А.* Гражданин и власть. — М., 1994. — С. 70; *Ростовщиков И. В.* Права и личность в России: их обеспечение и защита органами внутренних дел. — Волгоград, 1997. — С. 59—77.

<sup>5</sup> См., напр.: *Синюкова Т. В.* Юридические гарантии реализации прав и обязанностей советских граждан (вопросы теории) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1986. — С. 12—18.

<sup>6</sup> См., напр.: *Толкачев К. Б., Хабибулин А. Г.* Органы внутренних дел в механизме обеспечения личных конституционных прав и свобод граждан. — Уфа, 1991; *Мордовец А. С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Саратов, 1997.

<sup>7</sup> См.: *Лукашева Е. А.* Эффективность юридических механизмов защиты прав человека: политические, экономические, социально-психологические аспекты // Государство и право. — 1994. — № 10; *Права личности в социалистическом обществе.* — М., 1981. — С. 144—202.

<sup>8</sup> См.: *Словарь русского языка.* — Т. 2. — М., 1989. — С. 262.

<sup>9</sup> См.: *Капицин В. М.* Права человека и механизмы их защиты : учебное пособие. — М. : Эклос. 2003. — С. 139.

<sup>10</sup> См.: *Мордовец А. С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Саратов, 1997.

<sup>11</sup> См.: *Рыбак С. В.* Органы внутренних дел в механизме обеспечения прав и свобод гражданина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 1998. — С. 14—16.

<sup>12</sup> См.: *Глуценко П. П.* Социально-правовая защита конституционных прав и свобод граждан (теория и практика). — СПб., 1998. — С. 59.

<sup>13</sup> См.: *Капицин В. М.* Указ. соч. — С. 139.

<sup>14</sup> См.: *Рыбак С. В.* Указ. соч. — С. 14—16.

<sup>15</sup> См.: *Глуценко П. П.* Указ. соч. — С. 59.

<sup>16</sup> См.: *Мордовец А. С.* Указ. соч. — С. 8.

<sup>17</sup> См.: *Мордовец А. С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. — Саратов, 1996. — С. 85.

<sup>18</sup> См.: *Морозова Л. А.* Проблемы современной российской государственности : учебное пособие. — М., 1998. — С. 168—169.

<sup>19</sup> Термин «правообеспечительный механизм» в указанном А. С. Мордовцом аспекте применил Н. И. Матузов. См.: *Матузов Н. И.* Возможность и действительность в правовой сфере // Правоведение. — 2000. — № 3. — С. 22.

<sup>20</sup> См.: *Лебедев В. А., Маркина Е. А.* Теория государства и права : курс лекций : учебное пособие. — М. : Изд-во МГУ. 2003. — С. 154.

<sup>21</sup> *Общая теория прав человека.* — М., 1997. — С. 169.





<sup>22</sup> См.: *Капицин В. М.* Права человека и механизмы их защиты : учебное пособие. — М. : Экмос, 2003. — С. 140.

<sup>23</sup> См.: Охрана Конституции РФ. — М., 1989. — С. 2.

<sup>24</sup> См.: *Беляевский А. В., Придворов П. А.* Охрана чести и достоинства советских граждан. — М., 1988; *Ковалев М. А.* Уголовно-правовые проблемы охраны здоровья с точки зрения прав и свобод человека // Сов. юстиция. — 1989. — № 10. — С. 20—24; *Ветров Н. И.* Охрана интересов семьи уголовно-правовыми средствами : пособ. для слушат. нар. ун-тов. — М., 1990.

<sup>25</sup> См.: *Кладков А. В.* Права трудящихся под охраной закона. — М., 1987; *Лановенко И. Н.* Охрана трудовых прав. — М., 1981; *Чертков В. Л.* Охрана законом личной жизни граждан СССР // Сов. гос. право. — 1980. — № 12. — С. 104—111; *Малеин Н. С.* Гражданско-правовая охрана личности в свете Конституции СССР // Сов. гос. право. — № 5. — С. 10—15.

<sup>26</sup> См.: *Красавчикова Л. О.* Личная жизнь граждан под охраной закона. — М., 1983. — С. 33.

<sup>27</sup> См.: *Тархов В. А.* Советское гражданское право. — Ч. 1. — Саратов, 1978. — С. 103—104.

<sup>28</sup> См.: *Ардашкин В. Д.* Правоохранительный механизм: понятие, научный инструментарий // Охранительный механизм в правовой системе социализма : межвуз. сб. / под ред. Н. В. Витрука. — 1989. — С. 8; *Княгин К. Н.* Охранительные правоприменительные акты. — Свердловск, 1991. — С. 8.

<sup>29</sup> См.: *Ардашкин В. Д.* Указ. раб. — С. 9.

<sup>30</sup> См.: *Кожевников С. Н.* Восстановительные меры по советскому законодательству // Научные труды. — Вып. 42. — Свердловск, 1975. — С. 9.

<sup>31</sup> См.: *Петрухин И. Л.* Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. — М., 1985. — С. 58—59.

<sup>32</sup> См.: *Витрук Н. В.* Процессуальные формы реализации и охраны прав и обязанностей граждан // Юридическая процессуальная форма: теория и практика. — М., 1976. — С. 220.

<sup>33</sup> См.: *Салун В. А.* Охранительные правовые средства в обеспечении реализации советского права // Охранительный механизм в правовой системе социализма : межвуз. сб. / под ред. Н. В. Витрука, 1989. — С. 198—199; *Николаева Л. А.* Рассмотрение трудовых споров как форма защиты трудовых прав граждан // Сов. гос. право. — 1973. — № 8. — С. 49—50.

<sup>34</sup> См.: Конституционный статус личности в СССР. — М, 1980. — С. 202.

<sup>35</sup> См.: *Тарасова В. А.* Охрана права граждан в пенсионном обеспечении. — М., 1978. — С. 23—24.

<sup>36</sup> Там же. — С. 203.

<sup>37</sup> См.: *Витрук Н. В.* Процессуальные формы реализации и охраны прав и обязанностей граждан // Юридическая процессуальная форма: теория и практика. — М., 1976. — С. 104; *Витрук Н. В.* Механизм реализации политических прав и свобод советских граждан // Советское государство в условиях развитого социалистического общества. — М., 1978. — С. 97—98; *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М., 1979. С. 200—204; *Витрук Н. В.* Социально-правовой механизм реализации конституционных прав и свобод граждан // Конституционный статус личности в СССР. — М., 1980. — С. 195—196; *Витрук Н. В.* Юридический механизм реализации прав личности // Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. — М., 1983. С. 99; *Витрук Н. В.* Законность: понятие, защита и обеспечение // Общая теория права : курс лекций / под ред. В. К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 528—529; *Ростовщиков И. В.* Обеспечение прав и свобод личности в СССР. — М., 1988. — С. 60—65; *Астрахань А. А.* Юридические гарантии и пределы осуществления прав и свобод граждан // Правоведение. — 1986. — № 6. — С. 54; *Загородников Н. И.* Защита личности и прав граждан — задача советского уголовного права // Охрана прав личности в социалистическом обществе : труды ВШ МВД СССР. — Вып. 1. — М., 1977. — С. 25—31; *Малеина М. Н.* Защита личных неимущественных прав советских граждан. — М., 1991; *Синельников Ю. А.* Охрана прав граждан — направление приоритетное // Соц. законность. — 1989. — № 9. — С. 8—11.

<sup>38</sup> См.: *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М., 1979. — С. 203.

<sup>39</sup> См.: *Витрук Н. В.* Юридический механизм реализации прав личности // Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. — М., 1983. — С. 100.

<sup>40</sup> См.: *Ростовщиков И. В.* Обеспечение прав и свобод личности в СССР... — С. 65.

<sup>41</sup> См.: *Капицин В. М.* Указ. соч. — С. 140.

<sup>42</sup> См.: *Чечот Д. М.* Субъективное право и формы его защиты. — Л., 1968. — С. 51.

**ПОПОВ Захар Владимирович**, старший преподаватель юридического факультета Сочинского государственного университета туризма и культуры, канд. юрид. наук.

**POPOV Zakhar Vladimirovich**, Senior Lecturer at the Faculty of Law, Sochi State University of Tourism and Culture, Candidate of Legal Sciences.

УДК 342.5:355.755(470)  
ББК Х401.133.121(2)

Т. Б. Смашникова

## ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ФЕДЕРАЛЬНОЙ МИГРАЦИОННОЙ СЛУЖБЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

T. B. Smashnikova

## PROBLEMS OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL STATUS OF FEDERAL MIGRATION SERVICE OF THE RUSSIAN FEDERATION

*В статье рассмотрены этапы становления государственных органов Российской Федерации в сфере миграции, приведены предложения по совершенствованию системы государственных органов, занятых регулированием миграционных процессов в России.*

**Ключевые слова:** миграционная политика, федеральная миграционная служба, государственные исполнительные органы.

*The article deals with the stages of formation of the state structures of the Russian Federation in the sphere of migration and gives the proposals for improvement of the system of state structures regulating migration processes in Russia.*

**Keywords:** migration policy, federal migration service, state executive authorities.

Эффективная миграционная политика является важным направлением деятельности любого государства. Для возможности формирования такой политики и проведения ее в жизнь необходимы компетентные правомочные государственные органы власти. В настоящее время основной представитель государства в этой сфере — Федеральная миграционная служба Российской Федерации. В России система органов государственной власти в сфере регулирования миграционных процессов не была статичной и неоднократно изменялась.

Начавшиеся в 90-х годах XX века активные миграционные процессы в России, первоначально связанные с иммиграционными потоками вынужденных переселенцев, привели к необходимости создания нового органа государственного управления с функциями регулирования миграционными процессами в России и осуществления координации и взаимодействия государственных органов в сфере миграции. Постановлением Совета Министров РСФСР от 22.11.1990 № 539 «О мерах по оказанию помощи беженцам и вынужденным переселенцам»<sup>1</sup> был создан первый государственный орган в сфере регулирования миграции — Республиканское объединение по делам

беженцев и вынужденных переселенцев «Миграция».

Самостоятельная структура в Правительстве Российской Федерации, занимающаяся вопросами миграции, Федеральная миграционная служба (ФМС) первоначально создана 14 июня 1992 года Указом Президента РФ № 626<sup>2</sup>. Был образован федеральный орган исполнительной власти, которому на первом этапе своей деятельности приходилось организовывать встречи и размещение сотен тысяч людей, вынужденных покинуть места своего постоянного жительства по причине политических преобразований. В конце 1999 года ФМС была преобразована в Министерство по делам федерации, национальной и миграционной политике, которое, в свою очередь, было создано на базе ФМС и бывшего министерства по делам национальностей. Министерство по делам федерации, национальной и миграционной политике просуществовало чуть больше года, а 16 октября 2001 года Указом Президента РФ № 1230 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти»<sup>3</sup> оно было упразднено. Все его функции были распределены между 3 ведомствами: Министерством иностранных дел, которое занималось во-

41

Конституция,  
государство и общество





просами соотечественников за рубежом, Министерством экономического развития и торговли, ведущим экономический блок вопросов, и Министерством внутренних дел, занимавшимся миграционной политикой.

С 23 февраля 2002 г. функции иммиграционного контроля и координации действий федеральных органов исполнительной власти субъектов Федерации по вопросам миграции исполняет МВД РФ (приказ МВД РФ от 31 мая 2002 г. № 522 «О полномочиях МВД, ГУВД, УВД субъектов РФ в области миграции»<sup>4</sup>, который был принят в целях реализации Указа Президента Российской Федерации от 23 февраля 2002 г. № 232 «О совершенствовании государственного управления в области миграционной политики»<sup>5</sup> и Постановления Правительства Российской Федерации от 21 мая 2002 г. № 327 «Некоторые вопросы Министерства внутренних дел Российской Федерации»<sup>6</sup>).

Приказом МВД РФ № 522 на Министерство внутренних дел, главные управления, управления внутренних дел субъектов Российской Федерации наряду с выполняемыми ими функциями дополнительно возлагались: участие в осуществлении в соответствии с законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации мер по регулированию процессов внешней трудовой миграции, привлечению иностранной рабочей силы на территории соответствующих субъектов Российской Федерации и трудоустройству граждан Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации (п. 1.6); разработка и реализация мер по предупреждению и пресечению незаконной миграции, осуществление иммиграционного контроля в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства, находящихся на территориях соответствующих субъектов Российской Федерации (п. 1.7); участие в подготовке и реализации в пределах своих полномочий международных договоров Российской Федерации в области миграции (п. 1.8) и др.

В соответствии с Положением о Министерстве внутренних дел Российской Федерации, утвержденным Указом Президента Российской Федерации от 19 июля 2004 № 927<sup>7</sup>, МВД России является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере внутренних дел, а также по выработке государственной

политики в сфере миграции. Здесь же можно отметить такие компетенции МВД РФ, как участие в экспертизе и оценке целевых программ экономического и социального развития субъектов Российской Федерации на наличие в них комплексных мер по обустройству мигрантов, предоставленные МВД РФ Постановлением Правительства РФ от 20 марта 2003 г. № 165<sup>8</sup>.

Основу действующей системы органов государственной исполнительной власти определили Указы Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 года № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти»<sup>9</sup> и от 19 июля 2004 г. № 928 «Вопросы Федеральной миграционной службы»<sup>10</sup>. Все правоприменительные функции и функции по контролю, надзору и оказанию государственных услуг в сфере миграции, возложенные на Паспортно-визовую службу МВД России, были переданы Федеральной миграционной службе. Окончательное формирование ФМС можно отнести к 1 января 2006 г., с даты образования территориальных органов ФМС России.

В систему федеральных органов исполнительной власти России в сфере миграции входят: Правительство РФ, Министерство внутренних дел РФ, Федеральная миграционная служба РФ. Указанные органы взаимодействуют с другими федеральными органами: Министерством иностранных дел РФ, Федеральной службой безопасности РФ, Федеральной таможенной службой РФ и др. К примеру, Постановлением Правительства РФ от 7 апреля 2003 г. № 199<sup>11</sup> утвержден перечень федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных принимать решения о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации, в числе которых МВД России, ФСБ России, Минздравсоцразвития России, МИД России, Минюст России, Роспотребнадзор России и др.

Президент Российской Федерации не относится к системе органов исполнительной власти, однако, определяя основные направления внутренней и внешней политики (ч. 3 ст. 80 Конституции Российской Федерации<sup>12</sup>), оказывает огромное влияние на исполнительные органы государственной власти, в том числе в миграционной сфере.

Правительству РФ отведена особая роль в управлении миграционными процессами в Российской Федерации. Проводя политику государства, исполняя

основные федеральные законы, Правительством РФ издается большое количество нормативных актов, устанавливающих миграционные правила, обязательные к исполнению как мигрантами, так и миграционными органами государственного управления: порядок осуществления миграционного учета иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации<sup>13</sup>; о безвизовом перемещении<sup>14</sup>, об ограничениях на въезд иностранных граждан на определенные территории Российской Федерации<sup>15</sup>, квоты на выдачу иностранным гражданам разрешений на работу в России, разрешений на временное проживание в Российской Федерации и т. д.

Основным государственным исполнительным органом в сфере управления миграционными процессами и контроля за их состоянием в Российской Федерации выступает Федеральная миграционная служба, основными задачами которой являются: регулирование добровольной миграции населения (временной и постоянной) граждан РФ, иностранных граждан и лиц без гражданства; предотвращение незаконной миграции, управление процессами вынужденной миграции.

Согласно Положению о Федеральной миграционной службе, ФМС подведомственна Министерству внутренних дел Российской Федерации, субординационная связь с которым выражается в наделении министерства рядом контрольно-координационных полномочий по отношению к федеральной службе. Вместе с тем, ФМС обладает статусом самостоятельного федерального органа исполнительной власти. Задачами ФМС являются: реализация общей стратегии государственной политики деятельности и совершенствование нормативно-правового регулирования в установленной сфере деятельности.

Такой правовой статус ФМС имеет двойственный характер и порождает противоречия в определении места в системе административных органов государства и компетенциях службы.

С одной стороны, ФМС наделена юрисдикционными полномочиями по предупреждению и пресечению незаконной миграции: по рассмотрению дел об административных правонарушениях в области миграции (ст. 23, 67 КоАП РФ), по применению доставления, то есть принудительного препровождения физического лица в целях составления протокола об административном правонарушении (п. 15 ч. 1 ст. 27. 2 КоАП РФ), по состав-

лению протоколов об административных правонарушениях (п. 15 ч. 2 ст. 28.3 КоАП РФ), должностным лицам органов ФМС России предоставлены законодательные гарантии их деятельности путем установления ответственности за неповиновение их законному распоряжению (требованию) (ч. 3 ст. 19.3 КоАП РФ)<sup>16</sup>. ФМС наделена полномочиями по применению процедуры депортации к иностранным гражданам<sup>17</sup>. ФМС включена в перечень органов исполнительной власти, уполномоченных принимать решение о нежелательности пребывания (проживания) иностранных граждан в Российской Федерации<sup>18</sup>.

С другой стороны, отнесение ФМС к подведомственности МВД России означает преимущественно правоохранный характер ее деятельности по регулированию миграционных процессов, как следствие — правоохранный статус Федеральной миграционной службы Российской Федерации. ФМС отнесена к числу органов, на вооружении которых находится боевое ручное стрелковое и холодное оружие, что подчеркивает именно правоохранный характер деятельности службы и возможность самостоятельно выполнять возложенные на нее задачи<sup>19</sup>.

Конфликтность имеющейся ситуации в том, что предоставленные ФМС России полномочия значительно шире полномочий федеральной службы, а статус ФМС не имеет законченной правовой самостоятельности, влекущей соответствующие политические компетенции.

Миграционные государственные органы России многократно реформировались, но до настоящего времени отсутствует четкое разделение компетенций между миграционным ведомством и органами МВД. Действующая система миграционных органов государственного управления не отвечает интересам современной миграционной ситуации.

По мнению автора, в целях развития и совершенствования государственной функции в сфере регулирования миграции, с учетом происходящих в Российской Федерации и в мире политических и социально-экономических процессов, а также в соответствии с проводимой в России административной реформой было бы целесообразным реформировать действующую систему МВД РФ со структурой ФМС в своем составе по следующим направлениям.

Создать самостоятельное Министерство гражданства и миграции Российской Федерации.



Подчинить Министерство гражданства и миграции Российской Федерации Президенту Российской Федерации (по аналогии с МВД РФ).

Наделить Министерство гражданства и миграции Российской Федерации функциями формирования общей стратегии государственной политики в сфере миграции, развития и совершенствования нормативно-правового регулирования миграционными процессами в Российской Федерации.

Вывести ФМС России из подчинения МВД России и передать в подчинение Министерства гражданства и миграции Российской Федерации, сохранив за ФМС все контрольно-надзорные и правоохранительные функции государства, а также функцию оказания государственных услуг в сфере миграционного учета.

Четко определить административно-правовой статус работников ФМС, разграничив полномочия работников ФМС и работников МВД при работе с мигрантами, предусмотрев одновременно их взаимодействие по исполнению правоохранительных функций.

Передать ФМС России полномочия, осуществляемые органами внутренних дел, по применению административного задержания лиц, привлекаемых к административной ответственности за нарушение миграционного законодательства, и полномочия по исполнению административного выдворения иностранного гражданина за пределы РФ.

Основная цель миграционной политики любого государства — содействие устойчивому росту экономики и сбалансированному социальному развитию страны, соблюдение интересов национальной

безопасности и профилактика международного терроризма посредством регулирования миграционных процессов. За прошедшие 20 лет самостоятельного существования Российской Федерации не создано целостной концепции миграционной политики государства, как и не определен единый центральный орган государственной власти, формирующий миграционную политику государства и несущий полную ответственность за ее проведение. Основные проблемы миграционной политики, в частности по привлечению в Россию квалифицированных специалистов, молодых перспективных людей, программы переселения соотечественников и многие другие, находятся за рамками основной правоохранительной функции действующей системы федеральных органов исполнительной власти в лице ФМС РФ<sup>20</sup>. В настоящее время миграционная политика в основном направлена на наделение определенным статусом въехавших иностранцев в Россию, а не на регулирование их постоянного качественного притока в государство.

На основании изложенного для разработки и проведения единой миграционной политики, обеспечения сбалансированной, продуманной и взвешенной деятельности государства в миграционной сфере автор считает возможным предложить разработать и принять специальный федеральный закон, закрепляющий систему федеральных миграционных органов Российской Федерации, принципы и задачи их деятельности, определяющий также права, обязанности, социальную защиту должностных лиц миграционных органов России наряду с другими элементами их административно-правового статуса.

### Примечания

<sup>1</sup> Постановление Совета Министров РСФСР от 22 ноября 1990 года № 539 «О мерах по оказанию помощи беженцам и вынужденным переселенцам» // Собрание постановлений Правительства РСФСР. — 1991. — № 4. — Ст. 49.2.

<sup>2</sup> Указ Президента Российской Федерации от 14 июня 1992 г. № 626 «О федеральной миграционной службе России» // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. — 1992. — № 25. — Ст. 1422.

<sup>3</sup> Указ Президента Российской Федерации от 16 октября 2001 г. № 1230 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. — 2001. — № 43. — Ст. 4071.

<sup>4</sup> Приказ МВД РФ от 31 мая 2002 г. № 522 «О полномочиях МВД, ГУВД, УВД субъектов Российской Федерации в области миграции» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2002. — 1 июля. — № 26.

<sup>5</sup> Указ Президента Российской Федерации от 23 февраля 2002 г. № 232 «О совершенствовании государственного управления в области миграционной политики» // СЗ РФ. — 2002. — № 8. — Ст. 813.

<sup>6</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 21 мая 2002 г. № 327 «Некоторые вопросы Министерства внутренних дел Российской Федерации» // Российская газета. — 2002. — 29 мая. — № 94.

<sup>7</sup> Указ Президента Российской Федерации от 19 июля 2004 № 927 «Вопросы Министерства внутренних дел Российской Федерации» // Российская газета. — 2004. — 21 июля. — № 154.

<sup>8</sup> Постановление Правительства РФ от 20 марта 2003 г. № 165 «О внесении изменений и дополнений в порядок разработки и реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в осуществлении которых участвует Российская Федерация» // СЗ РФ. — 2003. — № 12. — Ст. 1140.

<sup>9</sup> Указ Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 года № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // Российская газета. — 2004. — 11 марта. — № 3425.

<sup>10</sup> Указ Президента РФ от 19 июля 2004 г. № 928 «Вопросы Федеральной миграционной службы» // Российская газета. — 2004. — 21 июля. — № 5351.

<sup>11</sup> Постановление Правительства РФ от 7 апреля 2003 г. № 199 «Об утверждении Положения о принятии решения о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации и перечня федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных принимать решение о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // СЗ РФ. — 2003. — № 14. — Ст. 1286.

<sup>12</sup> Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.) // Российская газета. — 1993. — 25 дек.

<sup>13</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 15 января 2007 г. № 9 «О порядке осуществления миграционного учета иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации» // Российская газета. — 2007. — 27 янв. — № 17.

<sup>14</sup> Соглашение между Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан, Правительством Кыргызской Республики, Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Таджикистан о взаимных безвизовых поездках граждан (Минск, 30 ноября 2000 г.) // СЗ РФ. — 2003. — № 37. — Ст. 3566.

<sup>15</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 4 июля 1992 г. № 470 «Об утверждении Перечня территорий Российской Федерации с регламентированным посещением для иностранных граждан» // СЗ РФ. — 1992. — № 2. — Ст. 37; Постановление Правительства Российской Федерации от 11 октября 2002 г. № 754 «Об утверждении перечня территорий, организаций и объектов, для въезда на которые иностранным гражданам требуется специальное разрешение» // СЗ РФ. — 2002. — № 41. — Ст. 3995.

<sup>16</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (в ред. от 11 ноября 2009 г.) // СЗ РФ. — 2002. — № 1. — Ст. 1; СЗ РФ. — 2009. — № 45. — Ст. 5267.

<sup>17</sup> Федеральный закон от 25 июля 2002 года № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации» (в ред. от 23 июля 2008 г.) // СЗ РФ. — 2002. — № 30. — Ст. 3032; СЗ РФ. — 2008. — № 30 (ч. 2). — Ст. 3616.

<sup>18</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 7 апреля 2003 года № 199 «Об утверждении Положения о принятии решения о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации и перечня федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных принимать решение о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации» (в ред. от 12 ноября 2008 г.) // СЗ РФ. — 2003. — № 15. — Ст. 1369; СЗ РФ. — 2008. — № 46. — Ст. 5361.

<sup>19</sup> Федеральный закон от 13 декабря 2009 года № 150-ФЗ «Об оружии» (в ред. от 14 марта 2009 г.) // СЗ РФ. — 1996. — № 51. — Ст. 5681; СЗ РФ. — 2009. — № 11. — Ст. 1261.

<sup>20</sup> Кондрашина К. П. Административно-правовое регулирование в сфере миграционной политики Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. — Московская гос. юрид. академия. М., 2007. — С. 193.

**СМАШНИКОВА Татьяна Борисовна**, преподаватель кафедры административного, трудового и финансового права Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Челябинский государственный университет»  
E-mail: personal@csu.ru

**SMASHNIKOVA Tatiana Borisovna**, Lecturer at the Chair “Administrative, Labor and Financial Law”, Federal State Budget-Funded Educational Institution of Higher Professional Education “Chelyabinsk State University”.  
E-mail: personal@csu.ru



УДК 342.5(470)  
ББК Х400.6(2)

И. А. Мальцев

## ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ В СИСТЕМЕ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

I. A. Maltsev

## LEGAL MECHANISMS FOR THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS IN THE STATE AUTHORITIES OF THE RUSSIAN FEDERATION

*В статье дан научный анализ категории «правовой механизм реализации» применительно к системе разделения властей субъектов Российской Федерации, проведен анализ системы правовых механизмов, служащих средствами реализации принципа разделения властей. В конце статьи отражены рекомендации автора о совершенствовании законодательства в данной области.*

**Ключевые слова:** правовой механизм, субъекты Российской Федерации, принцип разделения властей.

*In the article the author made a scientific analysis of the category of «legal mechanism to implement» as applied to a system of separation of powers of the Russian Federation, the analysis of the legal mechanisms that serve as the means of the principle of separation of powers. The article reflects the author's recommendations on improving the legislation in this area.*

**Keywords:** legal mechanism, the subjects of the Russian Federation, the principle of separation of powers.

Эффективность реализации принципа разделения властей при построении системы органов государственной власти субъекта Российской Федерации непосредственно связана с наличием эффективных правовых механизмов, предусмотренных федеральным законодательством, актами нормотворчества субъектов Российской Федерации. Как показывает анализ научной литературы и действующих нормативно-правовых актов, применение правовых механизмов реализации принципа разделения властей на уровне субъектов Российской Федерации, столь остро востребованное практикой деятельности государственных органов субъектов, не обеспечено соответствующими научными исследованиями и законодательными нормами. В связи с этим попробуем провести научный анализ данной правовой категории и выявить пути совершенствования законодательных норм в данной области.

**Механизм реализации принципа разделения властей** — это сово-

купность взаимосвязанных элементов, представленных в виде законодательно установленных мер по реализации основных начал принципа разделения властей. При этом указанные меры составляют в совокупности единый конституционно-правовой институт, например, институт уставного (конституционного) правосудия. Подобные механизмы реализации следует отличать от **механизма**, существующего в рамках системы разделения властей субъекта Российской Федерации, представляющего собой совокупность элементов, одним из которых является система сдержек и противовесов. Последний, в свою очередь, действует по принципу механизма государства. Его существование также направлено на реализацию принципа разделения властей в рамках системы государственных органов субъектов Российской Федерации. Таким образом, механизмы реализации — это правовые средства реализации принципа разделения властей на уровне субъектов Российской Федерации. Данные право-

46

Конституция,  
государство и общество



вые средства в отличие от элементов системы сдержек и противовесов представляют собой некий комплекс правовых средств воздействия на субъектов конституционно-правовых отношений, в то время как элементы системы сдержек и противовесов преимущественно отражают конкретные полномочия того или иного органа государственной власти субъекта Федерации.

По своей сути и предназначению правовые механизмы призваны обеспечивать работу элементов системы сдержек и противовесов. Совокупность правовых механизмов реализации выступает частью системы разделения властей субъектов Российской Федерации наряду с системой сдержек и противовесов.

В системе органов государственной власти субъектов Российской Федерации следует выделить следующие виды правовых механизмов реализации принципа разделения властей:

1) правовые механизмы, предусмотренные Конституцией Российской Федерации (конституционно-правовые);

2) правовые механизмы, предусмотренные актами федерального и регионального нормотворчества (политико-правовые механизмы).

Конституционно-правовые механизмы реализации принципа разделения властей берут свое начало от конституционных норм. Политико-правовые механизмы, в свою очередь, создаются на базе соответствующих конституционных норм. Так, например, регламентация возможности применения согласительных процедур в деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации предусмотрена статьей 85 Конституции Российской Федерации<sup>1</sup>. Согласительные процедуры следует отнести к конституционно-правовым механизмам. Дальнейшую регламентацию конституционно-правовых механизмов получают в актах как федерального нормотворчества, так и нормотворчества субъектов Российской Федерации<sup>2</sup>.

Федеральные органы власти, органы власти субъекта Федерации способны выступать механизмом реализации принципа разделения властей лишь при условии институционализации процесса их воздействия на соответствующие органы власти субъектов Российской Федерации, что предполагает четкую законодательную базу данного процесса воздействия.

Отметим, что лишь часть обозначенных в правовых актах правовых механизмов подверглась институционализации в науке

конституционного права. В свою очередь, последствием институционализации следует считать появление соответствующих специальных законодательных актов. Так имело место быть при законодательном регулировании конституционного правосудия<sup>3</sup>. Напротив, институционализация такого конституционно-правового механизма, как согласительные процедуры, не произошла. Специального нормативного акта, разъясняющего порядок применения согласительных процедур, за декларативным провозглашением в Конституции и в ряде федеральных законов и законов субъектов Российской Федерации не последовало.

На настоящий момент говорить о развитии в полной мере совокупности правовых механизмов нельзя. В научной литературе уделяется внимание исследованию особенностей применения конституционно-правовых механизмов. К ним относятся: согласительные процедуры, судебный контроль со стороны уставных (конституционных) судов. Однако конституционно-правовые механизмы (согласительные процедуры, конституционный контроль) требуют значительного совершенствования и закрепления их функциональных возможностей в рамках региональной системы разделения властей.

Политико-правовые механизмы, предусмотренные актами регионального нормотворчества, практически не действуют в полной мере либо законодательно не утверждены. Так, нормативно-правовые акты субъектов Российской Федерации содержат положения о наделении органов государственной власти субъектов определенными полномочиями, о взаимодействии органов государственной власти субъектов. Однако большинство этих полномочий и форм взаимодействия не может быть реализовано без действенных механизмов реализации. Кроме того, формы взаимодействия должны быть обличены в рамки определенного механизма.

В связи с этим полагаем необходимым расширение перечня правовых механизмов, поскольку указанное окажет значительное влияние на эффективность реализации принципа разделения властей на уровне субъекта Российской Федерации.

Возможными путями совершенствования законодательства о механизмах реализации принципа разделения властей на уровне субъектов Российской Федерации являются:

— законодательное регулирование субъектами Российской Федерации в своих нормативно-правовых актах создания и



работы координационных советов с представителями различных ветвей власти при решении наиболее сложных вопросов уровня субъектов Российской Федерации;

— создание законодательной базы субъектов Российской Федерации для образования рабочих групп из представителей различных органов государственной власти субъектов в случае принятия нормативно-правовых актов по вопросам так называемой «спорной компетенции»;

— принятие соответствующих нормативно-правовых актов федерального уровня и уровня субъектов Российской Федерации о применении согласительных процедур в практике деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации;

— законодательное регулирование форм взаимодействия органов государственной власти субъектов Российской Федерации (в том числе порядка проведения совместных заседаний, реализации права законодательной инициативы субъектами законодательной инициативы);

— совершенствование законодательного регулирования судебного порядка разрешения споров между государственными органами субъектов Российской Федерации (федеральное законодательство);

— развитие нормативно-правовой базы, регулирующей конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации (федеральное законодательство и законодательство субъектов Российской Федерации).

Наиболее «проблемными» сферами деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации, в которых представляется необходимым функционирование данных конституционно-правовых и политико-правовых механизмов, являются следующие:

- бюджетный процесс;
- законотворческий процесс;
- парламентский контроль.

Возможно, что по аналогии с институтами конституционного правосудия, прокурорского надзора особую роль в системе механизмов реализации призвано сыграть введение в систему государственного управления субъектов Российской Федерации новых для региональной государственности должностных лиц. Так, если обратиться к опыту построения американской системы разделения властей в штатах, то в рамках системы разделения властей штатов действуют такие должностные лица, как: Лейтенант-губернатор (Lieutenant Governor), Генеральный атторней (Attorney General), Аудитор штата (Auditor of State), Управляющий делами, Государственный секретарь штата (Secretary of State) и Казначей (Treasurer of State). Лейтенант-губернатор действует как Губернатор во время процедуры импичмента, отсутствия в штате или временной неспособности Губернатора или его преемника занимать должность<sup>4</sup>. Совокупность функциональных обязанностей новых должностных лиц, вполне возможно, станет предпосылкой к появлению новых институционализированных правовых механизмов реализации.

### Примечания

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См. напр.: Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ (ред. от 21.04.2011) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (с изм. и доп., вступающими в силу с 26.06.2011) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> См. напр.: *Заболотских Е. М., Опалев Ю. М.* Конституционное (уставное) правосудие в субъектах Российской Федерации: быть или не быть? // Российская юстиция. — 2010. — № 12. — С. 49—53; *Геляхов А. С.* К вопросу о потенциальных полномочиях конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. — 2008. — № 4.

<sup>4</sup> Constitution Of The State Of Arkansas Of 1874, Article 6 Executive Department // По материалам сайта <http://www.lexisnexis.com/> (Дата обращения 11.07.2011).

**МАЛЬЦЕВ Илья Александрович**, аспирант кафедры конституционного и административного права Орловского государственного университета.  
E-mail: [ilmalczev@yandex.ru](mailto:ilmalczev@yandex.ru)

**MALTSEV Ilya Aleksandrovich**, Postgraduate Student of the Chair “Constitutional and Administrative Law”, Orlov State University.  
E-mail: [ilmalczev@yandex.ru](mailto:ilmalczev@yandex.ru)

УДК 342.7  
ББК Х400.32

О. С. Смородина

## КОНСТИТУЦИОННЫЕ ИДЕИ В ПРИЗМЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

O. S. Smorodina

## THE CONSTITUTIONAL IDEAS IN A PRISM OF HUMAN RIGHTS

*В статье рассматриваются современные конституционные идеи в области прав человека, анализируется их формирование с учетом новых приоритетов и динамики развития общества и государства.*

**Ключевые слова:** конституционные идеи, общечеловеческие ценности, права человека, социальная солидарность, экогуманистическое государство.

*The article describes the modern constitutional ideas in the field of human rights, is analyzed their formation taking into account new priorities and dynamics of development of the society and the state.*

**Keywords:** constitutional ideas, universal values, human rights, social solidarity, ecohumanistic state.

Одной из главных задач движения России по пути к созданию жизнеспособного демократического правового государства, живущего в гармонии с обществом и уважаемого им, является утверждение высоких стандартов нравственности и морали, формирование новых конституционных идей, ядром которых будет являться соблюдение прав и уважение интересов каждой личности.

В Конституции Российской Федерации<sup>1</sup> осознана и получила закрепление идея правового государства, для которой главной ценностью является человек. Именно с этого момента в конституционной практике на первый план выходит человеческое измерение: статья 2 Конституции РФ закрепляет, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью; их признание, соблюдение и защита являются обязанностью государства. Правовая система страны закрепила весь перечень прав, зафиксированных в международных пактах и соглашениях, фактически ставших новацией для отечественного конституционного законодательства. Раздел Конституции РФ о правах и свободах российских граждан является в известном смысле украшением правовой системы современной России, самым полным юридическим выражением ее демократических устремлений.

Общегуманитарное понимание прав человека проходит в настоящее время период интенсивного развития. По мне-

нию французского исследователя М. Ажи, для того чтобы обеспечить достоинство личности, необходимо открыто проповедовать религию «прав человека», которая (...) дает человеку возможность жить<sup>2</sup>. В этой связи, если рассматривать конституционные идеи с позиций аксиологии, именно динамика общечеловеческих ценностей является их основным содержанием. Следовательно, конституционные идеи, являясь идейно-теоретическим уровнем конституционализма, своего рода «идеологией», направляющей политическую мысль и практику, способны отражать и впитывать в себя незыблемые права и свободы человека, а также общечеловеческие ценности, существующие в обществе.

Каталог прав человека, провозглашенный во Всеобщей декларации прав человека и других международных документах, был выдвинут как универсальный, одинаково приемлемый во все времена для всех стран и народов<sup>3</sup>. Однако, рассматривая содержательную сторону конституционных идей, нельзя не согласиться с В. Е. Чиркиным<sup>4</sup> в том, что общечеловеческие и социальные ценности обуславливают все новые конституционные приоритеты. Таким образом, конституционные идеи не только воспринимают зафиксированные права человека и общечеловеческие ценности прошлого, но и поднимают их на новый уровень, формулируют новые приоритеты — свободного, социализированного и коллективизированного обще-

49

Конституция,  
государство и общество





ства, человека с достойным жизненным уровнем<sup>5</sup>.

Современная Конституция, реагируя на поступательное развитие общества, по-новому определяет свой объект, вследствие чего появляются идеи, затрагивающие не только права человека как личности, но и права коллектива и общества в целом. С учетом динамики развития взаимоотношений в плоскости «личность — коллектив — общество — государство» формируются новые конституционные идеи, одной из которых является идея о социальной солидарности, присутствующая в конституциях ряда зарубежных стран и пока не нашедшая места в Конституции РФ. Идея социальной солидарности как образа жизни призвана указать ориентиры для развития социальных отношений, формирования их нового характера и нового наполнения в области прав человека и общества. В новейшей научной литературе идея социальной солидарности дополняется идеями о социальном партнерстве и социальной справедливости, которые могут и должны содержаться в современных конституциях и раскрывать основные принципы деятельности социального государства<sup>6</sup>. Эти идеи можно рассматривать как принципиальные начала в реализации прав и свобод и их претворение в общественную и государственную практику.

Существуют устоявшиеся каталоги прав человека и гражданина, включающие личные, политические, социальные и экономические права. Следует заметить, что конституционные идеи, затрагивающие права и свободы человека, не могут действовать в сугубо прагматическом смысле как средство обеспечения свободы и безопасности отдельного индивида; их понимание и воплощение должны быть связаны с реализацией глубинных целей человеческой природы, самого смысла существования человека. Некоторые права, такие как право на неприкосновенность личности, свободу совести, вероисповедания, мысли и слова, свободу передвижения (статьи 17—29 Конституции РФ), носят всеобщий характер и являются собой надгосударственную, наднациональную ценность, с чем не могут не быть соотношены современные конституционные идеи. Вышеперечисленные права наполнены особым содержанием и не могут трактоваться, по мнению В. В. Киреева, как выражение социально-экономических, политических или духовных ценностей<sup>7</sup>. В связи с этим появилась идея о пересмотре классификации прав и свобод человека и гражданина с выде-

лением общих ценностей, выражающих правовой статус личности, закрепляемых и совершенствуемых посредством конституционных идей в процессе правотворчества в виде личных прав и свобод<sup>8</sup>.

Современное российское общество расколото по религиозным, этническим, классовым признакам, произошло его расслоение на бедных и богатых. «Униженные и оскорбленные» люди давно уже не удивляются тому, что чем больше доход, тем больше возможностей для реализации прав и свобод, будь то права личные, экономические или политические. Поэтому важными компонентами конституционных идей являются не только положения, непосредственно касающиеся прав и свобод человека, но и разработка механизмов охраны, защиты, а также конституционных гарантий этих прав. Данные идеи можно и нужно рассматривать в качестве основополагающего элемента политики государства, главного условия формирования гражданского общества и правового государства.

Категория прав человека вышла за рамки собственно юриспруденции и развивается также философской, социологической, антропологической мыслью; проблемы прав человека были поставлены в религиозных догматах, биоэтике, медицине. Новое понимание прав человека приводит к расширению конституционных идей, затрагивающих уже не только коллективные права, так называемые права «четвертого поколения» (право на мир, на ядерную безопасность, космос и т. д.), но и соматические права (от греч. soma — «тело») — группу притязаний личности по самостоятельному распоряжению своим телом (право на смерть, права в сфере трансплантологии). В конце XX — начале XXI вв. произошли грандиозные изменения в медицине, новые возможности которой связаны не столько с лечением, сколько с управлением человеческой жизнью (эвтаназия, генетическая коррекция особенностей человека) и изменением качественных параметров жизни (генная инженерия, геронтология). Каждый человек должен иметь следующие права:

- право на выбор вмешательства или невмешательства в сферу своего здоровья;
- право на уважение его частной жизни в сфере, касающейся сведений о его здоровье;
- право на ознакомление с любой собранной информацией о состоянии своего здоровья;

— право лиц, выступающих в качестве испытуемых, на информацию о своих правах и гарантиях своей защиты;

— запрет на использование тела человека и частей его тела для извлечения человеческой выгоды.

Эти положения в области прав человека дают основания для формирования новых конституционных идей, направленных на защиту и охрану человеческого здоровья и личных прав в этой области.

Проблема взаимоотношений личности и государства в рамках биоэтики порождает идею экогуманистического государства. Новые технологии трансформируют понимание традиционных ценностей и выдвигают новые проблемы. Некоторые из них приобретают особую остроту и превращаются из локальных в глобальные (например, экологические проблемы XXI века: истощение ресурсов, изменение климата, загрязнение биосферы). Идея экогуманистического государства, равно как и права «четвертого поколения», представляются весьма важными и актуальными, так как касаются вопроса выживания человека как биологического

вида. В связи с этим можно говорить о необходимости отражения этих положений в современных конституционных идеях.

Рассуждая о конституционных идеях в призме прав человека, может сложиться впечатление, что только права человека непосредственно оказывают влияние на идеи. А возможно ли говорить о влиянии идей на права? Думается, что да, если идеи получили свою реализацию в положениях Конституции и императивно насаждаются государством для всеобщего исполнения. При этом крайне важным является продвижение тех идей, которые объединены ради гетерономного осуществления естественных прав человека. Можно любить право и даже поклоняться ему, но нельзя забывать, что не человек для права, а право — для человека. Это означает, что государство имеет единую, объективную и высшую цель — существование во имя человека, поэтому все идеи, исходящие от него, должны быть приняты свободным волеизъявлением людей, что может быть осуществлено только в подлинно демократическом правовом государстве.

#### Примечания

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года // Российская газета. — 1993. — 25 дек. (далее — Конституция РФ).

<sup>2</sup> См.: Мчедлова Е. М. Основные направления исследований зарубежных ученых по правам человека // Вестник Московского университета. — Серия 12. Политические науки. — 2004. — № 1. — С. 108.

<sup>3</sup> Права человека и процессы глобализации современного мира / отв. ред. Е. А. Лукашева. — М.: Норма, 2007. — С. 51.

<sup>4</sup> Чиркин В. Е. Современная модель конституции: прежние и новые приоритеты // Правоведение. — 2003. — № 2. — С. 50—52.

<sup>5</sup> Там же. — С. 57.

<sup>6</sup> Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. — М., 2005. — С. 208—211.

<sup>7</sup> Киреев В. В. Теоретические проблемы реформирования Конституции РФ (монография). — Челябинск: Южно-Уральский издательский дом «Образование», 2008. — С. 68.

<sup>8</sup> Там же.

**СМОРОДИНА Ольга Сергеевна**, аспирант кафедры «Теория государства и права и конституционного права» юридического факультета Челябинского государственного университета.

E-mail: olgasmorodina@yahoo.com

**SMORODINA Olga Sergeyevna**, Postgraduate Student of the Chair “Theory of State and Law and Constitutional Law”, Faculty of Law, Chelyabinsk State University.

E-mail: olgasmorodina@yahoo.com



А. А. Малюшин

## ИДЕЙНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ФОРМИРОВАНИЯ СУДЕБНОГО ПРАВотВОРЧЕСТВА В РОССИИ

A. A. Malyushin

## IDEOLOGICAL, THEORETICAL AND HISTORICAL BACKGROUNDS OF FORMATION OF JUDICIAL LEGISLATION IN RUSSIA

*В статье обосновывается необходимость признания судебного правотворчества. Официальное признание судебных прецедентов источниками права обеспечит большую «эластичность» и объективность реально действующих правовых норм.*

**Ключевые слова:** судебное правотворчество, источники конституционного права, судебный прецедент, механизм правового регулирования общественных отношений.

*The article substantiates the necessity of acknowledging the judicial legislation. Official acknowledgement of judicial precedents as the sources of law will ensure greater degree of flexibility and objectiveness of the effective legal norms.*

**Keywords:** judicial law-making, sources of constitutional law, judicial precedent, mechanism of legal regulation of social relations.

Россия в настоящее время находится на переходном этапе своего развития к демократическому гражданскому обществу и правовому государству. При этом постепенная эволюция современного суда в Суд правового государства, что делает остро необходимыми меры по реформированию суда, требует не только существенного усиления роли и значения судебной практики, совершенствования всего механизма судопроизводства с учетом новых, изменившихся условий и общественных потребностей, но также и признания, узаконения судебного правотворчества, явно пробивающего себе путь во всей практике судебной деятельности. Это и будет означать отход от суда замкнутого, как и прежде, в прокрустово ложе официального законодательства, отступать от предписаний которого он не в состоянии, к суду, руководствующемуся в своей правоприменительной практике лишь подлинным правом, выраженным в Конституции и соответствующих ей правовых актах.

Поэтому в современных российских условиях особый интерес вызывает вопрос о причислении судебных решений к числу источников конституционного права. По этому поводу в науке высказывались различные точки зрения: судебная

практика — источник права в той части, в какой она находит отражение в разъяснениях Пленума Верховного Суда; судебная практика — источник права в полном объеме, включая результаты деятельности нижестоящих судов; судебная практика независимо от ее форм не является источником права<sup>1</sup>. Эти разногласия вызваны, прежде всего, сложившейся правовой доктриной<sup>2</sup>. Противники признания судебных решений в качестве источников права выдвигают следующие аргументы: во-первых, Россия не принадлежит к числу государств с прецедентной системой права; во-вторых, акты судебных органов не могут быть признаны источниками права, так как это нарушало бы принцип «разделения властей».

Для того чтобы ответить на вопрос о месте и роли судебных решений в системе источников права, необходимо проанализировать понятие «прецедент».

По оксфордскому словарю прецедент — это «пример или дело, которое принимается или может быть принято в качестве образца или правила для последующих дел либо с помощью которого может быть подтвержден или объяснен какой-либо аналогичный акт или обстоятельство».



Руперт Кросс в книге «Прецедент в английском праве» отмечает: суд, рассматривая конкретное дело, выносит приговор или решение. Этот судебный документ является, с одной стороны, императивным актом для участников конкретного судебного дела, а, с другой стороны, как частный случай применения права он сам по себе порождает общую норму — становится прецедентом<sup>3</sup>.

Обобщая указанные, а также другие источники, считаем возможным сформулировать систему признаков, которым должен отвечать судебный прецедент. Признаки эти следующие:

1) Судебный прецедент — это правовой акт суда, вынесенный им по результатам рассмотрения конкретного дела (решение или приговор суда);

2) Судебный прецедент — это судебный правовой акт (решение или приговор), который будучи частным случаем применения судом права, содержит в себе общую правовую норму, которая может в последующем быть применена этим и другими судами при решении аналогичных проблем, возникших при аналогичных обстоятельствах;

3) Судебный прецедент, основываясь на аналогии проблемы и обстоятельств, породивших эту проблему, вовсе не требует, чтобы эти аналогии носили абсолютный характер, каковых, впрочем, практически и не бывает, а требует в каждом отдельном случае своего применения, чтобы суд, применяющий аналогию-норму, решил для себя — есть в данном случае аналогия либо она только кажущаяся. В данном случае усмотрению суда подлежат не только аналогия проблемы, но и аналогия обстоятельств, ситуации. Аналогия обстоятельств, ситуации суд может признать иногда и в тех случаях, когда на первый взгляд факты и не совпадают;

4) Судебный прецедент в качестве критерия своей обязательности имеет авторитет, а точнее, место в судебной иерархии, которое занимают как суд, выносящий решение по конкретному делу, руководствуясь прецедентом, так и суд, чье решение послужило прецедентом для указанного дела.

Характеризуя доктрину судебного прецедента так, как она понимается и применяется в Англии, судья Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиев пишет, что доктрина эта «основывается на уважении к отдельно взятому решению одного из вышестоящих судов, признании того, что решение такого суда является “убеждающим прецедентом” для судов, стоя-

щих выше него по иерархии, а отдельно взятое решение рассматривается как образец, которому надлежит следовать нижестоящим судам. Однако обязательным для других судов является не все решение суда, а лишь часть его — так называемое *ratio decidendi*. В дословном переводе с латинского — это решающий довод, аргумент. В английском прецедентном праве *ratio decidendi* означает сущность решения, т. е. правовую норму, заключенную в решении суда — в силу того, что прямо относится к конкретным участникам судебного процесса, касается их. Ни общее, ни частное начала, содержащиеся в императивном судебном акте, сами по себе не создают прецедента»<sup>4</sup>.

Истоки прецедента заключены, по нашему мнению, в существовании и действии двух принципов судебной деятельности.

Принцип первый: широкие полномочия суда, позволяющие ему, не находясь в «прокрустовом ложе» любого закона, руководствоваться лишь правовым законом, а в необходимых случаях давать правовое толкование и соответственно с этим — применение закона, прибегая по мере необходимости к использованию конституционных и правовых принципов, судебного усмотрения.

Принцип второй — правомочие других судов при разрешении конкретного дела использовать как правовую норму судебного решения или приговора, вынесенных при разрешении дела, характеризующегося аналогичными обстоятельствами.

«Поскольку полная аналогия фактов встречается сравнительно редко, — пишут Ф. М. Решетников и Т. В. Апарова, — решение зависит от усмотрения судьи, и именно он призван определить, действительная эта аналогия или только кажущаяся. Его же усмотрению подлежит и другое, не менее важное решение: найти аналогию ситуаций, когда на первый взгляд факты не совпадают. Уже из этого видно, какую широкую возможность судебной инициативы таит в себе прецедентная система»<sup>5</sup>.

Как писал профессор Оксфордского университета Руперт Кросс, основной принцип, который должен соблюдаться при отправлении правосудия, состоит в том, что сходные дела разрешаются сходным образом. Российскому судье нет особой нужды знать и изучать дела, сходные тому, которое он разрешает, потому что он связан, прежде всего, не своим усмотрением, а требованиями применимого закона и опять же обязательными для него разъяснениями Пленумов Верховно-





го Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ.

Судья, разбирающий более позднее по времени дело, сталкивается, как правило, с большим числом различного рода прецедентов. Он вынужден либо просто учесть ранее вынесенное решение как часть материала, на основании которого он может разрешить рассматриваемое им дело, либо решить это дело точно так, как было решено предыдущее, если только он не найдет достаточно убедительных доводов, чтобы не поступать таким образом. Наконец, судья может быть обязан решить дело так же, как и предыдущие, несмотря на то, что он сумел бы привести достаточно убедительные доводы против такого решения. При этом говорят, что данный прецедент «обязателен» или «обладает принудительным действием» в отличие от его только «убеждающего» действия при других обстоятельствах, когда степень убедительности может соответственно изменяться.

Итак, можно ли считать, что в России существует судебный прецедент? Ответ на этот вопрос неоднозначен. Если раньше идея множественности источников права категорически отрицалась, то иначе осмысливается эта проблема в современных условиях. Показательна в этом отношении эволюция, происшедшая во взглядах по данному вопросу у ведущего отечественного теоретика права — С. С. Алексеева. Он писал: «В социалистическом обществе нормативный юридический акт является единственным, по существу, способом возведения государственной воли в закон — актом правотворчества, юридическим источником права. В соответствии с этим нормативные акты в социалистическом обществе — единственный носитель, форма бытия юридических норм... ни санкционированный обычай, ни судебный прецедент не являются источниками права, его формами»<sup>6</sup>.

Однако в работе «Государство и право», вышедшей в 1994 году, С. С. Алексеев уже относит к источникам права помимо нормативно-правовых актов также и санкционированные обычаи, судебный и административный прецедент, нормативный договор<sup>7</sup>.

Примечательно и то, что в 1989 году, являясь Председателем Конституционного Суда РФ, М. В. Баглай выступал за то, чтобы над высшими государственными органами (парламентом и правительством) стояли не только те законы, которые они сами принимают и исполняют («статусное право»), но и право, созда-

ваемое непосредственно в определенной части, которое изменить законами нельзя. «А эта определенная часть как раз и включает основные гарантии охраны прав человека, гарантии, мешающие сползанию общества к режиму личной власти», — писал М. В. Баглай. Вот в чем должна состоять важнейшая роль суда в правовом государстве, и вот почему, по нашему убеждению, следует прямо приравнять судебную доктрину к источникам права.

Данная идея, безусловно, обладает качествами если не новизны, то, во всяком случае, смелости; как часто бывает, выразитель этой идеи, достигнув положения, когда у него появляются практические возможности претворять ее в жизнь, тотчас о ней забывает.

Одной из важнейших идейно-политических причин сугубо отрицательного отношения в прошлом (в значительной мере и в настоящем) к судебному правотворчеству следует, на наш взгляд, видеть в неприятии принципа разделения властей, действие которого, безусловно, имеет отношение к выделению правотворческой функции у органов судебной власти.

Так, по мнению В. С. Нерсисянца, «основной смысл разделения властей состоит в таком разграничении функций, правомочий и сфер деятельности этих властей, чтобы каждая из них занималась своим делом. Необходимое при этом взаимодействие властей может и должно осуществляться в строгом и последовательном соответствии с требованием принципа разделения властей. Иначе получится признание принципа разделения властей лишь на словах, а фактически смешение их функций и правомочий и сфер деятельности»<sup>8</sup>.

Основываясь на том, что принцип разделения властей предполагает их взаимное равновесие, отдельные авторы приходят к выводу о необходимости признания судебного правотворчества, но лишь по той причине, что законодательная и исполнительная власти обладают такой функцией. Например, Р. З. Лившиц пишет: «государственная власть осуществляется тремя основными ветвями: законодательством, управлением, правосудием. Средством осуществления власти служат, прежде всего, правовые нормы, Поэтому основными видами правовых норм следует считать акты законодательства, управления и правосудия»<sup>9</sup>. «Признание за судебной практикой роли источника права не умаляет полномочий законодательной и исполнительной власти. Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть выполнены другими

органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции. Это и происходит в российской действительности»<sup>10</sup>.

По нашему мнению, в современный период социально-экономических и политических преобразований, отказа от идеологических и юридических догм и стереотипов все большую поддержку приобретает позиция о значении судебного прецедента как источника права, хотя доктрина прецедентного права все еще не создана. Полагаем, что на сегодняшний день практическое претворение в жизнь демократического принципа разделения властей создает такое качественное состояние во взаимодействии законодательной, исполнительной и судебной власти, когда суды уже не могут быть простыми исполнителями закона, не причастными к законодательствованию и собственному правотворчеству.

В своей работе «Организация судебной власти в Российской Федерации» В. М. Савицкий отмечал, что как одну из основных структур правового государства судебную власть нельзя сводить к рассмотрению конкретных дел, предусмотренных нормами гражданского или уголовного права. «Такой подход себя изжил. Он был ориентирован на прежний суд, послушно выполнявший все указания партаппарата и не игравший никакой серьезной роли в театре абсурда, сценой которого, по несчастью, оказалась вся страна. Настоящая судебная власть может возникнуть в результате приобретения судом качественно новых функций, отнюдь не сводимых к тому, что раньше обычно именовалось правосудием. В контексте системы сдержек и противовесов судебную власть характеризует не столько правосудие (в традиционном смысле), сколько юридическая возможность оказывать активное влияние на решения и действия законодательной и исполнительной властей, уравновешивать их»<sup>11</sup>.

Конечно, недопустимо признание источниками права всех судебных решений, однако акты высших судебных органов

можно назвать источниками права, ведь они содержат специфические нормы права и обязательны для всех нижестоящих судов, в которые граждане обращаются за защитой своих прав. Здесь следует согласиться с позицией М. Ф. Косолапова, который указывает, что признание за судебной властью некоторых правотворческих полномочий вовсе не означает, что любой акт судебной власти можно отнести к источникам права, так как основной деятельностью суда является правоприменение, а не правотворчество. Ее правотворческие полномочия — скорее исключение из общего правила. В частности, на основании российского законодательства, а также исходя из деятельности судебной власти, можно сделать вывод о том, что некоторые правотворческие полномочия характерны только для высших судебных органов. Так, например, это постановления пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Для них характерны черты, свойственные источникам права. Во многом это обусловлено тем, что пробелы в праве существовали всегда, причем это не зависит от воли законодателя. Судебная практика в такой ситуации вынуждена восполнять данные пробелы, формулируя правовые нормы. Авторитет даваемых разъяснений очень велик, они безоговорочно принимаются судами, и не только ими. Если обычное решение имеет обязательное значение только для участников судебного процесса, то постановление пленума высшего суда носит общий, неперсонифицированный характер, а вынесение данного акта не связано с решением конкретного дела. Основная функция высших судов заключается в контроле за единообразным применением закона. Поэтому при обнаружении пробельности последнего суд вынужден заниматься восполнением данных пробелов, в результате чего его акты становятся источниками права<sup>12</sup>. Еще больше оснований имеет признание нормативного характера за решениями Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных (уставных) судов.

### Примечания

<sup>1</sup> См.: Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. — М.: Ин-т государства и права Рос. академии наук, 1997. — С. 16.

<sup>2</sup> Подробнее см.: Капустина М. А. Темпоральные изменения судебного прецедента как источника (формы) права // Актуальные проблемы теории и истории государства и права: мат-лы межвузовской науч.-теоретич. конф., С.-Петербург, 19 декабря 2002 г. / под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Романова. — СПб.: С.-Петербург. ун-т МВД России, 2003. — С. 163—166; Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Юрист. — 1999. — № 10. — С. 7—8.



- <sup>3</sup> *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. — М., 1985. — С. 92.
- <sup>4</sup> *Гаджиев Г. А.* Указ. соч. — С. 111.
- <sup>5</sup> *Решетников Ф. М., Апарова Т. В.* Предисловие // *К. Кросс.* Прецедент в английском праве. — М., 1985. — С. 8.
- <sup>6</sup> *Алексеев С. С.* Общая теория права. — Т. II. — М., 1982. — С. 208.
- <sup>7</sup> *Алексеев С. С.* Государство и право. — М., 1994. — С. 84—85.
- <sup>8</sup> *Нерсесянц В. С.* Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. — М. : Ин-т государства и права Рос. академии наук, 1997. — С. 35.
- <sup>9</sup> *Лившиц Р. З.* Современная теория права: краткий очерк. М., 1992. С.46.
- <sup>10</sup> *Лившиц Р. З.* Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. — М. : Ин-т государства и права Рос. академии наук, 1997. — С. 15.
- <sup>11</sup> *Савицкий В. М.* Организация судебной власти в Российской Федерации : учебное пособие для вузов. — М., 1996. — С. 29.
- <sup>12</sup> *Косолапов М. Ф.* Суд в системе государственной власти Российской Федерации (конституционные аспекты) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2001. — С. 22.

**МАЛЮШИН Алексей Александрович**, судья Арбитражного суда Ямало-Ненецкого автономного округа.

**MALYUSHIN Alexei Alexandrovich**, a judge of the Arbitration Court of Yamalo-Nenets Autonomous District.



УДК 342.553  
ББК Х400.7 + Х400.6

С. П. Кузнецов

## О ПОНЯТИИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ И МЕСТЕ В СИСТЕМЕ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ

S. P. Kuznetsov

## THE CONCEPT LOCAL GOVERNMENT AND PLACE IN THE PUBLIC AUTHORITIES

*В статье анализируется понятие местного самоуправления, соотношение местной власти с государственной, рассматривается сущность муниципальной власти, приводится возможный вариант понятия местной власти.*

**Ключевые слова:** местное самоуправление, публичная власть, государственная власть, местная власть.

*The article examines the concept of local government, local government relationship with the state, is considered the essence of municipal government, is a possible variant of the concept of local government.*

**Keywords:** local government, public authority, public authority, the local authority.

В Конституции РФ 1993 г. в гл. 1, ст. 12 местное самоуправление было впервые определено как основа конституционного строя России. Это требование учитывает Европейская хартия о местном самоуправлении. местное самоуправление признается, гарантируется и осуществляется на всей территории РФ.

Особое значение имеют юридические гарантии осуществления местного самоуправления. За ограничение прав местного самоуправления законодательством предусмотрена юридическая ответственность.

В соответствии с ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 06 октября 2003 года «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее — Закон от 2003 года) местное самоуправление в Российской Федерации — форма осуществления народом своей власти, обеспечивающая в пределах, установленных Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, а в случаях, установленных федеральными законами, — законами субъектов Российской Федерации, самостоятельное и под свою ответственность решение населением непосредственно и (или) через органы местного самоуправления вопросов местного значения исходя из интересов населения с учетом исторических и иных местных традиций. Принятый ранее федеральный закон с одноименным названием (Закон от

1995 года)<sup>2</sup> определял местное самоуправление как «деятельность населения по решению непосредственно или через органы местного самоуправления вопросов местного значения». Как видно из представленных понятий местного самоуправления, в Законе от 2003 года произведена замена «деятельности населения» на «форму осуществления народом своей власти». С другой стороны, в Законе от 2003 года глава 5 имеет название «Формы непосредственного осуществления населением местного самоуправления и участия населения в осуществлении местного самоуправления» и содержит такие формы, как местный референдум, муниципальные выборы, правотворческая инициатива граждан и т. д. Таким образом, получается, что «форма» реализуется в «формах», а если вернуться к Закону от 1995 года, то «деятельность», осуществляется в «формах».

Европейская Хартия местного самоуправления трактует местное самоуправление как право местных органов «регулировать и управлять» важной частью публичных дел в интересах своего населения (ст. 3)<sup>3</sup>, а «регулировать и управлять» — это «деятельность» субъектов права по решению вопросов местного значения. Здесь необходимо отметить: законодательство России закрепило решение вопросов местного значения, как за органами местного самоуправления, так и за населением, что, безусловно,

57

Конституция,  
государство и общество





более демократичный подход, хотя в подавляющем числе муниципальных образований Российской Федерации эту деятельность осуществляют органы местного самоуправления.

Таким образом, с нашей точки зрения, формулировка «деятельность населения по решению вопросов местного значения непосредственно или через органы местного самоуправления» более соответствует определению местного самоуправления, но, поскольку ч. 2 ст. 1 Закона от 2003 года не претерпела изменений, то норму — дефиницию о понятии местного самоуправления необходимо принимать в действующей редакции Закона от 2003 года.

По настоящее время дискуссионным остается вопрос об отношении местного самоуправления к понятию «власть», а также соотношении его с системой государственной власти.

В соответствии со ст. 12 Конституции Российской Федерации местное самоуправление в пределах своих полномочий самостоятельно и органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Проблему соотношения органов государственной власти и органов местного самоуправления в своих работах рассматривали многие авторы: М. В. Баглай, А. И. Коваленко, Е. С. Шугрина, А. А. Безуглов, С. А. Солдатов и др. И все же на сегодняшний день нет единого мнения среди правоведов о соотношении власти государственной и муниципальной.

По существующему законодательству государственная власть заканчивается на уровне субъекта Федерации, далее по вертикали вниз — власть муниципальная. В своем издании «Конституционное право России» от 2001 года А. А. Безуглов и С. А. Солдатов констатируют, что «муниципальная власть является государственной, а органы, которые ее осуществляют, являются органами государственной власти»<sup>4</sup>. Это утверждение противоречит Конституции Российской Федерации, и в связи с этим авторы предполагают внести изменение в Основной закон государства.

По мнению же М. В. Баглая, «местное самоуправление, хотя и не входит в систему органов государственной власти, по своей природе все же является частью государственной власти»<sup>5</sup>.

Согласно Европейской хартии о местном самоуправлении, органы местного самоуправления управляют значительной частью публичных дел в интересах местного населения, т. е. частью государственных.

Практически все исследователи местного самоуправления задаются вопросом: какая власть осуществляется на местном уровне?

Предлагается объединить этих авторов в три группы:

1) однозначно утверждающие, что муниципальная власть — это не государственная власть (например, В. Е. Чиркин)<sup>6</sup>;

2) считающие, что муниципальная власть — это разновидность государственной власти (П. Н. Чеботарев)<sup>7</sup>;

3) группа ученых, занимающих промежуточную позицию, — т. е., по их мнению, в местной власти сочетаются два начала: общественное и государственное (Е. С. Шугрина)<sup>8</sup>.

Безусловно, муниципальная власть обладает рядом признаков, присущих государственной власти. К ним относят:

- четко выраженный институционализированный характер, т. е. местное самоуправление вводится не по инициативе самого населения, а в силу закона, и является общеобязательным;
- наличие специфического обособленного аппарата, осуществляющего эту власть;
- непрерывность во времени;
- универсальность, всеобщность;
- основанность на законах и иных нормативных актах;
- осуществление власти на определенной территории по отношению ко всем лицам, находящимся на ней;
- возможность использования средств законодательно институированного насилия;
- установление налогов и сборов;
- самостоятельное формирование бюджета<sup>9</sup>.

Е. С. Шугрина приводит еще дополнительные аргументы: территория местного сообщества есть государственная территория; местные жители являются гражданами государства; статус местного самоуправления определяется государством и защищается им; местные дела хотя и решаются самостоятельно, но в русле единой государственной политики; решения органов местного самоуправления обязательны к исполнению всеми, кому они адресованы, и др.<sup>10</sup>

Все же наиболее существенные и основные моменты внутреннего единства органов государственной власти и органов местного самоуправления — это:

- единство источника власти — народ;
- единство системы аппарата государственной службы и муниципальной службы;

• единство способов управления — через законы и нормативные акты (в первом случае), через нормативные акты (во втором случае) и через административные ресурсы, носящие общеобязательный характер (в обоих случаях).

Однако есть и особенности из-за нечетко сформулированной в законодательстве единой природы публичной власти. По своей природе местное самоуправление — это не только публичная власть; это более сложный по своей внутренней структуре феномен. Ценность местного самоуправления заключается в его необходимости гражданскому обществу, и в то же время это — инструмент развития и совершенствования самого же гражданского общества, т. к. местное самоуправление — это институт демократии. Собственной властной структурой в местном самоуправлении являются органы местного самоуправления — в полном соответствии со статьей 3 Конституции Российской Федерации.

Властную деятельность в системе местного самоуправления осуществляет также и население муниципального образования — непосредственно через местный референдум, муниципальные выборы, сходы граждан, народную правотворческую инициативу, территориальное общественное самоуправление, собрания и конференции граждан. Таким образом, в системе местного самоуправления проявляются такие формы непосредственного выражения публичной власти, которые отсутствуют в системе власти государственной. По нашему мнению, в случае признания местного самоуправления государственной властью «за бортом» окажутся присущие лишь местному самоуправлению и чрезвычайно важные для развития гражданской инициативы и самостоятельности публично-властные формы деятельности населения или демократия на местах. Государственная власть и местная власть — это два направления, по которым народ осуществляет свою власть.

В то же время вполне правомерно говорить о единой системе публичной власти в Российской Федерации, которую составляют органы государственной власти и органы местного самоуправления. И только известная спешка при принятии Конституции в 1993 году не позволила четко и однозначно прописать эту позицию в Основном законе.

Одним из примеров с жесткой вертикальной системой взаимоотношений между центральной властью и местным уровнем является Япония. Профессор

Принстонского университета Р. Дж. Самуэльс отмечает, что система вертикальных взаимоотношений между центральной и местными властями в Японии отнюдь не так проста и однозначна. По его мнению, здесь сосуществуют разнонаправленные формальные и неформальные, горизонтальные и вертикальные связи (например, через национальные ассоциации глав местной власти, которые были созданы для укрепления горизонтальных связей, но одновременно стали проводниками правительственной политики. При этом за государством сохранялось право контролировать, а зачастую и прямо вмешиваться в дела местного значения<sup>11</sup>). Эти черты создали политико-правовые предпосылки для формирования в Японии «высокоцентрализованной» модели отношений между центром и периферией. В Российской Федерации на основании Закона от 2003 года «Об общих принципах организации местного самоуправления» до 1 июня 2006 года должны быть проведены съезды муниципальных образований субъектов Российской Федерации с целью создания советов муниципальных образований, после чего муниципалитеты обретут мощные горизонтальные связи. Процесс создания советов муниципальных образований по субъектам затянулся. Например, в ХМАО Устав Совета муниципальных образований утвержден 31 мая 2010 года<sup>12</sup>, в Челябинской области — 4 августа 2006 года<sup>13</sup>. В настоящее время советы муниципальных образований действуют во всех субъектах РФ.

Таким образом, одновременно с укреплением вертикали власти органы местного самоуправления, объединившись, могут решать возникающие проблемы.

В этой связи стоит обратить внимание на фактическое взаимоотношение органов местного самоуправления и органов государственной власти субъектов РФ. В частности, если глава муниципального образования избран населением или депутатами представительного органа, он не подчиняется губернатору области, края, автономному округу, но в реальных взаимоотношениях в большинстве субъектов РФ наблюдается непосредственное подчинение главы муниципального образования высшему должностному лицу субъекта<sup>14</sup>. Если глава муниципального образования проявляет неподчинение, то могут следовать действия со стороны губернатора, направленные на причинение ограничений, препятствий деятельности главы муниципального образования. С точки зрения права органы местного самоуправления и органы государствен-





ной власти равны. В частности, пп. 2 п. 2 ст. 69 Устава ХМАО — Югры закрепляет такое равенство<sup>15</sup>. На вышеприведенные моменты, по нашему мнению, может оказывать влияние только человеческий фактор, который не подлежит правовому регулированию.

С нашей точки зрения, зависимость органов местного самоуправления от органов государственной власти субъектов возникает в основном по причине дефицитности бюджетов муниципальных образований.

Публично-властная деятельность органов местного самоуправления осуществляется на основе Конституции, федеральных законов, законов субъектов и собственно нормативно-правовых актов муниципальных образований. Регламентация публично-властной деятельности, в соответствии со статьей 72 Конституции РФ, находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов. Федеральные законы регламентируют существенные взаимодействия органов местного самоуправления в порядке осуществления их публично-властной деятельности как сущностного, так и функционального характера. А законы субъектов Федерации уточняют и конкретизируют эту регламентацию, охватывая по возможности все взаимодействия органов местного самоуправления при

осуществлении ими публично-властной деятельности. Это касается, например, закупок и производства товаров и услуг для муниципальных нужд, при которых заказчиками выступают органы местного самоуправления или уполномоченные ими организации (муниципальный заказ). Это касается и порядка владения, пользования и распоряжения муниципальной собственностью. В то же время — порядка осуществления публичной (публично-властной) деятельности выборными лицами местного самоуправления и гарантий осуществления этой деятельности, установления бюджетного процесса и налоговой системы.

Исходя из приведенного выше анализа, предлагается следующее понятие местной власти. Местная власть — это публичная власть, представляющая интересы населения конкретного муниципального образования, не входящая в систему органов государственной власти Российской Федерации, обладающая необходимыми атрибутами власти, наделенная Конституцией и федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации полномочиями для решения вопросов местного значения, а также государственными полномочиями, переданными федеральными органами или органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

### Примечания

<sup>1</sup> СЗ РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 28 августа 1995 года № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. — 1995. — 28 авг. — № 25. — Ст. 3018.

<sup>3</sup> СЗ РФ, 1998. — № 36. — Ст. 446.

<sup>4</sup> Безуглов А. А., Солдатов С. А. Конституционное право России. — М., 2001. — С. 348.

<sup>5</sup> Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. — М., 1999. — С. 136.

<sup>6</sup> Чиркин В. Е. Государствоведение. — М., 1999. — С. 375.

<sup>7</sup> Чеботарев Г. Н. Развитие конституционных основ местного самоуправления. — Тюмень, 1995. — С. 85.

<sup>8</sup> Шугрина Е. С. Муниципальное право. — М.: Дело, 2000. — С. 18.

<sup>9</sup> Коваленко А. И. Конституционное право Российской Федерации. — С. 179.

<sup>10</sup> Шугрина Е. С. Указ. соч. — С. 16—17.

<sup>11</sup> Сенаторов А. Я. Японская модель самоуправления // Знакомьтесь: Япония, 1996. — № 11. — С. 23.

<sup>12</sup> <http://msu-ugra.ru/page/asmo/112/191/196>.

<sup>13</sup> <http://dl.smo74.ru/ustav.doc>.

<sup>14</sup> Мнение автора.

<sup>15</sup> Устав (Основной закон) Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 26.04.1995 № 4-оз // Новости Югры. — 2005. — апрель. — № 45.

**КУЗНЕЦОВ Сергей Петрович**, доцент кафедры «Общепрофессиональные и специальные дисциплины по юриспруденции» филиала ЮУрГУ в г. Нижневартовске, канд. юрид. наук, доцент. E-mail: energopravo@mail.ru

**KUZNETSOV Sergey Petrovich**, Associate Professor at the Chair "General Professional and Special Law Disciplines", Nizhnevartovsk Branch of South Ural State University, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.  
E-mail: energopravo@mail.ru

УДК 342.98 + 342.553  
ББК Х400.7 + Х400.74

Н. О. Шумихина

## ЮРИДИЧЕСКИЕ СВОЙСТВА И ПРИРОДА НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ ОРГАНОВ И ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

N. O. Shumihina

## LEGAL PROPERTIES AND THE NATURE OF NORMATIVE LEGAL CERTIFICATES OF BODIES AND OFFICIALS OF LOCAL SELF-MANAGEMENT

*В статье рассматриваются свойства и природа нормативных правовых актов и должностных лиц местного самоуправления, определяется их подзаконный характер в единой системе правового регулирования, приводится перечень основных отличий законов от нормативных правовых актов, носящих подзаконный характер, определяются свойства муниципальных нормативных правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц. Таким образом, цель данной статьи заключается в исследовании этих вопросов с учетом теоретических и практических аспектов.*

**Ключевые слова:** нормативные правовые акты органов и должностных лиц местного самоуправления, подзаконный характер, вопросы местного значения, права и обязанности в принятии нормативных правовых актов, пределы действия нормативных правовых актов, проявление волеизъявления при принятии муниципальных нормативных правовых актов.

*In clause properties and the nature of normative legal certificates and officials of local self-management are considered, is defined them подзаконный character in uniform system of legal regulation, the list of the basic differences of laws from the normative legal certificates carrying under lawful character is resulted, properties of municipal normative legal certificates in time, in space and on a circle of persons are defined. Thus, the purpose of given clause consists in research of these questions in view of theoretical and practical aspects.*

**Keywords:** normative legal certificates of bodies and officials of local self-management, under lawful character, questions of local value, the right and a duty in acceptance of normative legal certificates, limits of action of normative legal certificates, display of will at acceptance of municipal normative legal certificates.

Нормативные правовые акты органов и должностных лиц местного самоуправления занимают ключевое место среди источников муниципального права, представляя собой официальный письменный документ, отвечающий определенным требованиям, носящий легитимный характер, принятый полномочными органами и должностными лицами местного самоуправления в установленном порядке, содержащий нормы права, устанавливающий, отменяющий либо изменяющий их, обладающий юридической силой, которая охраняется и обеспечивается принятыми нормативный правовой акт ор-

ганами и должностными лицами местного самоуправления.

В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>1</sup> правовую основу местного самоуправления в Российской Федерации составляют общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации, Конституция Российской Федерации, федеральные конституционные законы, настоящий Федеральный закон, другие федеральные законы, издаваемые

61

Конституция,  
государство и общество





в соответствии с ними иные нормативные правовые акты Российской Федерации (указы и распоряжения Президента Российской Федерации, постановления и распоряжения Правительства Российской Федерации, иные нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти), конституции (уставы), законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, уставы муниципальных образований, решения, принятые на местных референдумах и сходах граждан, и иные муниципальные правовые акты.

Таким образом, законодательно закреплено, что нормативные правовые акты органов и должностных лиц местного самоуправления носят подзаконный характер и входят в единую систему правового регулирования муниципальных общественных отношений.

Нормативные правовые акты принимаются органами и должностными лицами местного самоуправления для решения вопросов местного значения, по вопросам осуществления отдельных государственных полномочий, переданных органам местного самоуправления федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, для решения вопросов, отнесенных уставом муниципального образования к полномочиям органов и должностных лиц местного самоуправления.

Перечень вопросов, по которым органы и должностные лица местного самоуправления вправе принимать нормативные правовые акты, определяется федеральным законодательством, законодательством субъектов Российской Федерации, уставом муниципального образования.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>2</sup> вопросы местного значения являются вопросы непосредственного обеспечения жизнедеятельности населения муниципального образования, решение которых в соответствии с Конституцией Российской Федерации и настоящим Федеральным законом осуществляется населением и (или) органами местного самоуправления самостоятельно.

Статьями 14, 15, 16 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» определены вопросы местного значения поселения, муниципально-

ального района, городского округа, по которым органы и должностные лица местного самоуправления принимают нормативные правовые акты.

Так, в соответствии с частью 1 подпункты 1—2 ст. 14, 15, 16 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» одним из примеров обязательной правовой регламентации представительными органами местного самоуправления в форме муниципальных нормативных правовых актов являются вопросы по формированию, утверждению, исполнению бюджетов и контроль за исполнением бюджетов муниципальных образований, а также установление, изменение и отмена местных налогов и сборов муниципальных образований.

Частью 1 ст. 17 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>3</sup> установлены полномочия органов местного самоуправления муниципальных образований по решению вопросов местного значения, к которым отнесено: принятие устава муниципального образования и внесение в него изменений и дополнений, издание муниципальных правовых актов. Таким образом, федеральным законодательством органам и должностным лицам местного самоуправления делегированы полномочия по самостоятельному принятию нормативных правовых актов.

Право самостоятельности в пределах своих полномочий гарантируется местному самоуправлению ст. 12 Конституции Российской Федерации, однако самостоятельность органов и должностных лиц местного самоуправления должна реализовываться ими в рамках установленных нормами права полномочий, что не является ограничением самостоятельности местного самоуправления, а является гарантией соблюдения прав, свобод и законных интересов граждан, жителей муниципальных образований, а также юридических лиц, осуществляющих финансово-хозяйственную деятельность в границах муниципального образования.

Глава 4 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» устанавливает порядок наделения и осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, осуществление которых не приостанавливает права и обязанности по принятию органами и должностными

лицами местного самоуправления нормативных правовых актов, причем их права и обязанности устанавливаются нормативными правовыми актами.

Примерами делегирования государственных полномочий являются часть 1 статьи 4 Закона Челябинской области «О наделении органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями по социальному обслуживанию населения и профилактике правонарушений несовершеннолетних» от 22 декабря 2005 г. № 441-ЗО<sup>4</sup>, Закона Челябинской области «О наделении органов местного самоуправления государственными полномочиями по социальной поддержке отдельных категорий граждан» от 24 ноября 2005 г. № 430-ЗО<sup>5</sup>, согласно которым органы местного самоуправления и должностные лица местного самоуправления при осуществлении переданных государственных полномочий имеют право издавать муниципальные правовые акты по вопросам осуществления переданных государственных полномочий.

Органами и должностными лицами местного самоуправления осуществляется правомочие по принятию нормативных правовых актов по правовому регулированию вопросов, отнесенных уставом муниципального образования в соответствии с требованиями федерального законодательства к полномочиям органов и должностных лиц местного самоуправления. Примером правового регулирования может являться решение Магнитогорского городского собрания депутатов<sup>6</sup>, которым определены полномочия представительного органа местного самоуправления по принятию нормативных правовых актов, определяющих порядок управления и распоряжения имуществом, находящимся в муниципальной собственности (подпункт 5 часть 1 статья 13), порядок участия городского округа в организациях межмуниципального сотрудничества (подпункт 2 часть 1 статья 13), данные полномочия отнесены уставом муниципального образования к исключительной компетенции представительного органа местного самоуправления в соответствии с подпунктами 5, 7 частью 10 статьи 35 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

Принятие нормативных правовых актов органами и должностными лицами местного самоуправления может быть их правом или обязанностью, обязанность принятия правотворческим органом му-

ниципального образования возникает при реализации правоотношений, которые в соответствии с требованиями федерального законодательства, законодательства субъекта Российской Федерации, устава муниципального образования подлежат правовой регламентации. Примером трансформации права в обязанность может являться норма ст. 62 Бюджетного кодекса Российской Федерации<sup>7</sup>, в соответствии с которой неналоговые доходы местных бюджетов формируются, в том числе: за счет части прибыли муниципальных унитарных предприятий, остающейся после уплаты налогов и иных обязательных платежей, в размерах, определяемых в порядке, установленном муниципальными правовыми актами представительных органов муниципальных образований. Таким образом, при формировании неналоговых доходов местных бюджетов установление размера части прибыли муниципальных унитарных предприятий производится только в порядке, установленном нормативным правовым актом представительного органа местного самоуправления, установление размера части прибыли муниципального предприятия без правовой регламентации будет являться нарушением бюджетного законодательства.

Нормативные правовые акты должны характеризоваться устойчивостью, стабильностью, относительной неизменностью, согласно мнению Д. А. Керимова, который приводит в своей работе мнение чешского юриста Виктора Кнаппа, отмечавшего, что частые изменения законов (нормативных правовых актов) приводят к ослаблению авторитета не только данного закона (нормативного правового акта), но и закона вообще, необходимо избегать произвольных, вызываемых субъективными причинами изменений и вносить такие изменения, которые научно обоснованы и связаны с изменениями общественных потребностей<sup>8</sup>.

Однако в силу того, что естественная динамика развития общественных отношений влечет за собой необходимость правового регулирования, то данное регулирование должно быть в форме нормативного правового акта, принятию которого, по мнению А. Нашиц, должны предшествовать процессы познания, выбора, волеизъявления, психологические и интеллектуальные процессы правообразования, изучение в непосредственной связи между собой предметов и источников в сфере естественных и социальных реальностей<sup>9</sup>, что не должно повлечь за собой принятие социально неэффектив-





ных нормативных правовых актов, а также обеспечить их относительную неизменность и стабильность.

Основными отличиями нормативных правовых актов органов и должностных лиц местного самоуправления, подзаконных актов от законов, которые, согласно мнению польского юриста С. Розмарин, регулируют «важнейшие вопросы, касающиеся структуры и деятельности государственного аппарата, структуры и компетенции местных органов, организации судов, прокуратуры, судебного процесса, государственного контроля, выборов, регламентируют права и обязанности граждан и их организаций, их собственность и статус, семейное и наследственное право, трудовое право, воинские обязанности, социальное обеспечение»<sup>10</sup>, являются:

— законы регулируют наиболее значимые общественные отношения, подзаконные акты органов и должностных лиц местного самоуправления регулируют другие общественные отношения, развивают, детализируют законы;

— законы принимаются высшими (представительными) законодательными органами государственной власти, подзаконные акты местного самоуправления принимаются органами и должностными лицами;

— законы обладают высшей юридической силой, подзаконные акты местного самоуправления не должны им противоречить и подлежат отмене либо прекращают свое действие в случае установления противоречий закону. Само принятие подзаконных актов органами и должностными лицами местного самоуправления, противоречащих закону, может характеризоваться как принятие «неюридических» норм, проявлением коррупциогенности, а также превышением полномочий. О «неюридических» нормах писал Майхофер, но только в плоскости создания законодателем норм, противоречащих естественным законам, данные нормы он называл «неюридическими»<sup>11</sup>.

Установленные нормативными правовыми актами нормы права являются обязательными правилами поведения для населения муниципальных образований, кроме того, обязательность этих правовых норм распространяется и в отношении юридических лиц, осуществляющих деятельность в пределах границ муниципальных образований.

Посредством принятия нормативных правовых актов органами и должностными лицами местного самоуправления осуществляется упорядочивание обще-

ственной деятельности в муниципальном образовании во времени, в пространстве и по кругу лиц.

Действие нормативного правового акта, принятого органами и должностными лицами местного самоуправления, во времени обусловлено наличием трех факторов: момент вступления в силу нормативного правового акта, момент прекращения действия нормативного правового акта, момент установления нормативным правовым актом юридических норм к отношениям, которые возникли до его вступления в законную силу.

Статьями 47—48 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>12</sup> законодательно закреплены основы пределов действия муниципальных правовых актов во времени.

В статье 47 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ<sup>13</sup> установлено, что муниципальные правовые акты вступают в силу в порядке, установленном уставом муниципального образования, за исключением нормативных правовых актов представительных органов местного самоуправления о налогах и сборах, которые вступают в силу в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации.

Муниципальные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, вступают в силу после их официального опубликования (обнародования). Порядок опубликования (обнародования) муниципальных правовых актов устанавливается уставом муниципального образования и должен обеспечивать возможность ознакомления с ними граждан, за исключением муниципальных правовых актов или их отдельных положений, содержащих сведения, распространение которых ограничено федеральным законом.

В соответствии с ч. 5 ст. 35, ч. 4, 8 ст. 44, ч. 6 ст. 52 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ<sup>14</sup> обязательному опубликованию подлежат муниципальные нормативные правовые акты, принятые представительными органами местного самоуправления: устав муниципального образования после его государственной регистрации, муниципальный правовой акт о внесении изменений и дополнений в устав муниципального образования после его государственной регистрации, порядок учета предложений по проекту устава муниципального образования, проекту муниципального правового акта о внесении изменений и

дополнений в устав муниципального образования, а также порядок участия граждан в его обсуждении, за исключением случаев, когда указанные изменения и дополнения вносятся в целях приведения устава муниципального образования в соответствие с Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, решением представительного органа муниципального района о результатах рассмотрения инициативы о формировании представительного органа муниципального района, решение об утверждении местного бюджета.

Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 5 Налогового кодекса Российской Федерации<sup>15</sup> обязательному опубликованию подлежат нормативные правовые акты представительного органа местного самоуправления о местных налогах и сборах.

Также обязательность опубликования муниципальных нормативных правовых актов установлена другими федеральными законами, в том числе в соответствии с ч. 14 ст. 24, ч. 3 ст. 32 Градостроительного кодекса Российской Федерации<sup>16</sup> обязательному опубликованию подлежат: решение об утверждении генерального плана муниципального образования, включая положения, решение об утверждении правил землепользования и застройки, в соответствии с ч. 2 ст. 5 Бюджетного кодекса Российской Федерации<sup>17</sup> решение о бюджете подлежит официальному опубликованию не позднее 10 дней после его подписания в установленном порядке.

В статье 48 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ<sup>18</sup> установлено, что отмена муниципальных правовых актов и приостановление их действия могут быть произведены органами местного самоуправления или должностными лицами местного самоуправления, принявшими (издавшими) соответствующий муниципальный правовой акт, в случае упряднения таких органов или соответствующих должностей либо изменения перечня полномочий указанных органов или должностных лиц — органами местного самоуправления или должностными лицами местного самоуправления, к полномочиям которых на момент отмены или приостановления действия муниципального правового акта отнесено принятие (издание) соответствующего муниципального правового акта, а также судом; а в части, регулирующей осуществление органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, переданных им федеральными законами

и законами субъектов Российской Федерации, — уполномоченным органом государственной власти Российской Федерации (уполномоченным органом государственной власти субъекта Российской Федерации).

Нарушения пределов действия нормативных правовых актов во времени неоднократно выявлялись Прокуратурой Российской Федерации, данные нарушения отрицательно влияют на правовую стабильность населения муниципальных образований и юридических лиц, осуществляющих деятельность в пределах границ муниципальных образований.

Так в ходе осуществления прокуратурой города Карабаш Челябинской области надзора за соблюдением федерального законодательства представительным органом местного самоуправления при принятии нормативных правовых актов установлено, что решение Собрания депутатов Карабашского городского округа от 24.12.2007 г. № 444 «О внесении изменений и дополнений в постановление Собрания депутатов Карабашского городского округа от 17.11.2005 г. № 121 «Об утверждении Положения о системе налогообложения в виде единого налога на вмененный доход для отдельных видов деятельности на территории Карабашского городского округа»» противоречит действующему законодательству по следующим основаниям (внесен протест, который рассмотрен и в полном объеме удовлетворен представительным органом местного самоуправления).

Пунктом 3 решения № 444 от 24.12.2007 г. закреплялось, что решение вступает в силу с 01 января 2008 года. В ходе проведенной прокуратурой города Карабаш проверки установлено, что решение № 444 от 24.12.2007 года опубликовано в газете «Карабашский рабочий» № 4 от 15.01.2008 года.

В соответствии со ст. 5, 346.30, 346.32 Налогового кодекса Российской Федерации<sup>19</sup> акты законодательства о налогах вступают в силу не ранее чем по истечении одного месяца со дня их официального опубликования и не ранее 1-го числа очередного налогового периода по соответствующему налогу.

Нормативные правовые акты представительных органов муниципальных образований, вводящие налоги, вступают в силу не ранее 1 января года, следующего за годом их принятия, но не ранее одного месяца со дня их официального опубликования.

Таким образом, вступление в силу нормативного правового акта с календарной даты, указанной в тексте решения Собра-





ния депутатов Карабашского городского округа, влекло за собой нарушение прав налогоплательщиков, нарушение требований налогового законодательства, а также нарушение пределов действия нормативного правового акта во времени.

Нормативные правовые акты, принятые органами и должностными лицами местного самоуправления, действуют в пространстве в пределах границ населенного пункта (муниципального образования).

В соответствии с ч. 2 ст. 83 Земельного кодекса Российской Федерации границы городских, сельских населенных пунктов отделяют земли населенных пунктов от земель иных категорий. Границы городских, сельских населенных пунктов не могут пересекать границы муниципальных образований или выходить за их границы, а также пересекать границы земельных участков, предоставленных гражданам или юридическим лицам<sup>20</sup>.

Действие нормативных правовых актов органов и должностных лиц местного самоуправления по кругу лиц выражается в распространении их действия на лиц, зарегистрированных (проживающих постоянно либо преимущественно) на территории муниципального образования, на лиц (юридических лиц), осуществляющих свою деятельность в пределах границ муниципального образования.

По смыслу конституционного регулирования прав населения на осуществление местного самоуправления (статьи 12, 130—133 Конституции Российской Федерации), круг лиц, участвующих в местном самоуправлении, должен определяться с учетом природы местного самоуправления как особого вида публичной власти, смысл которого заключается в защите прав и интересов жителей конкретной территории. Это означает, что местное самоуправление должно обеспечивать права и законные интересы именно тех граждан, чье постоянное или преимущественное проживание на территории соответствующего муниципального образования дает основание для отнесения их к населению данного муниципального образования. Именно постоянное или преимущественное проживание гражданина на территории муниципального образования предполагает его причастность, как члена муниципального сообщества, к вопросам местного значения<sup>21</sup>.

Иные категории лиц, в том числе военнослужащие, проходящие военную службу в воинских частях, военных организациях и учреждениях, расположенных на территории соответствующего муниципального образования и до при-

зыва постоянно или преимущественно не проживавшие на территории данного муниципального образования, не являясь членами муниципального сообщества, не могут быть признаны субъектами местного самоуправления<sup>22</sup>.

В муниципальных образованиях нормативные правовые акты органов и должностных лиц местного самоуправления являются частью единой, тесно взаимосвязанной и внутренне согласованной системой нормативных правовых актов Российской Федерации. Это значит, что по своей природе, источнику, порядку образования и юридическим свойствам, по целевой и социальной направленности, по действию во времени, в пространстве и по кругу лиц они обладают многими характерными чертами, присущими нормативным правовым актам государственных органов<sup>23</sup>.

Юридические свойства и природа нормативных правовых актов органов и должностных лиц местного самоуправления проявляются в процессе их формирования и реализации в конкретных объективных социальных условиях в рамках законодательной регламентации полномочий лиц и органов, принимающих муниципальные нормативные правовые акты, поскольку «пока люди находятся в стихийно сложившемся обществе, пока, следовательно, существует разрыв между частным и общим интересом, пока, следовательно, разделение деятельности совершается не добровольно, а стихийно, — собственная деятельность человека становится для него чуждой, противостоящей ему силой, которая угнетает его, вместо того чтобы он господствовал над ней»<sup>24</sup>.

Нормативный правовой акт органов и должностных лиц местного самоуправления является связующим звеном между субъектами-исполнителями и субъектами, наделенными волей и полномочиями по принятию нормативных правовых актов. Согласно позиции С. С. Алексеева правовой акт, независимо от субъекта, его принявшего, «во всех случаях он выражает волю государства. Отсюда его властность, авторитарность»<sup>25</sup>.

Следовательно, можно сделать вывод, в том числе с учетом положений Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ, что муниципальный нормативный правовой акт является результатом волеизъявления не только органов и должностных лиц местного самоуправления, но и результатом волеизъявления государства.

Согласно позитивистским взглядам К. Маркса, Ф. Энгельса, В. И. Ленина «ин-

дивиды должны конституировать свою силу в виде государства, они должны придать своей воле, обусловленной данными определенными отношениями, всеобщее выражение в виде государственной воли, в виде закона»<sup>26</sup>, «воля, если она государственная, должна быть выражена как закон, установленный властью; иначе слово “воля” пустое сотрясение воздуха пустым звуком»<sup>27</sup>. Кроме того, в работах Г. Ф. Шершеневича также отмечено, что «норма права исходит непосредственно от государственной власти, составляет прямое выражение воли органов власти»<sup>28</sup>.

Однако существующий социологический подход к пониманию закона (нормативного правового акта) говорит о том, что он должен отражать общественные интересы, которые законодатель должен выявить и точно закрепить их в тексте закона (нормативного правового акта)<sup>29</sup>.

По мнению автора статьи, при проявлении органами и должностными лицами местного самоуправления воли, выраженной в принятии нормативного правового акта, им необходимо исходить из того, что в соответствии с ч. 2 ст. 130 Конституции Российской Федерации<sup>30</sup> местное самоуправление осуществляется посредством проявления гражданами волеизъявлений через выборные и другие органы местного самоуправления. Таким образом, субъекты муниципального правотворчества при принятии нормативных правовых актов проявляют волю социального сообщества (муниципального образования).

В силу отсутствия в Федеральном законе от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ дефиниции муниципального нормативного правового акта постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»<sup>31</sup> закреплены существенные признаки, характеризующие нормативный правовой акт.

Изучение существенных признаков нормативного правового акта представляет собой актуальное направление развития юридического знания. В условиях молчания законодателя и отсутствия единого мнения в других информационных системах (судебная практика и юридическая наука) актуальность вопроса о правовой природе, определении и свойствах

нормативного правового акта возрастает<sup>32</sup>, однако даже научно выверенная дефиниция, определяющая существенные признаки нормативного правового акта органа и должностного лица местного самоуправления, будет являться только научным определением, что влечет за собой его недействительность в судебной практике.

В связи с отсутствием нормативно закреплённой дефиниции представительными органами местного самоуправления в настоящее время принимаются либо приняты решения, утверждающие положения о муниципальных правовых актах, в которых закрепляются определения нормативного муниципального правового акта, причем проведенный автором статьи анализ определений свидетельствует о том, что все существенные признаки, установленные постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части», они не содержат.

Примером данного вывода может являться решение Собрания депутатов Кыштымского городского округа от 29 января 2009 г. № 13 «Об утверждении положения о муниципальных правовых актах Кыштымского городского округа»<sup>33</sup>, в котором муниципальный нормативный правовой акт определяется как акт, изданный в установленном порядке, определяющий правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение. Данная дефиниция не содержит установленный постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» существенный признак, характеризующий нормативный правовой акт, — это его направленность на регулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений.

Таким образом, необходимость нормативно-правового закрепления дефиниции муниципального нормативного правового акта возрастает, причем данное определение должно быть основано с учетом изученных наукой свойств нормативного правового акта и его правовой природы.



## Примечания

- <sup>1</sup> СЗ РФ. — 2003. № 40. — Ст. 3822.  
<sup>2</sup> Там же.  
<sup>3</sup> Там же.  
<sup>4</sup> Южноуральская панорама. — 2005. — спецвыпуск.  
<sup>5</sup> Южноуральская панорама. — 2005. — № 230.  
<sup>6</sup> Магнитогорский рабочий. — 2007. — № 65.  
<sup>7</sup> СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3823.  
<sup>8</sup> См.: Керимов Д. А. Законодательная техника. — М., 1998. — С. 30.  
<sup>9</sup> См.: Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная практика. — М., 1974. — С. 79—80.  
<sup>10</sup> Rozmarin St. Legea, regulamental si holariea Consiliului de Ministri in R. P. Polona // Studii si cercetari juridica. — 1963. — № 1.  
<sup>11</sup> См.: W. Maihofer. Die Natur der Sache. — S. 67—68.  
<sup>12</sup> СЗ РФ. — 2003. № 40. — Ст. 3822.  
<sup>13</sup> Там же.  
<sup>14</sup> Там же.  
<sup>15</sup> СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3824.  
<sup>16</sup> СЗ РФ. — 2005. — № 1 (часть 1). — Ст. 16.  
<sup>17</sup> СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3823.  
<sup>18</sup> СЗ РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.  
<sup>19</sup> СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3340.  
<sup>20</sup> СЗ РФ. — 2001. — № 44. — Ст. 4147.  
<sup>21</sup> См.: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2004 г. № 180-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кушнарева Андрея Михайловича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 2 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»».  
<sup>22</sup> См.: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 6 ноября 1998 г. № 151-О «По запросу Саратовской областной думы о проверке конституционности Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»».  
<sup>23</sup> См.: Шибанов А. Ф. Форма советского права. — М., 1968. — С. 82; Вальденберг Я. С. Акты местных Советов депутатов трудящихся и их исполкомов : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1952. — С. 93; Самощенко И. С. О понятии нормативного юридического акта // Советское государственное право. — 1962. — № 3. — С. 78—84.  
<sup>24</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — Т. 3. — М., 1955. — С. 31.  
<sup>25</sup> См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права: курс лекций : в 2 т. — Т. 2. — Свердловск, 1973. — С. 25.  
<sup>26</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 4. — М., 1955. — С. 377.  
<sup>27</sup> Ленин В. И. ПСС. — Т. 25. — М., 1979. — С. 72.  
<sup>28</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — Т. 1. — Вып. 2. — М., 1911, С. 152.  
<sup>29</sup> См.: Бошно С. В. // Арбитражный и гражданский процесс. — 2009. — № 4. — С. 7.  
<sup>30</sup> См.: СЗ РФ. — 2009. — № 4. — Ст. 445.  
<sup>31</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. — 2008. — Янв. — № 1.  
<sup>32</sup> См.: Бошно С. В. Указ. соч. — С. 5.  
<sup>33</sup> Кыштымский рабочий. — 2009. — № 24.



**ШУМИХИНА Наталия Олеговна**, аспирантка НИИ Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, старший помощник прокурора ЗАТО города Озерска прокуратуры Челябинской области.

**SHUMIKHINA Natalia Olegovna**, Postgraduate Student of Scientific Research Institute of General Prosecutor's Office of the Russian Federation, Senior Assistant of the Prosecutor of Ozersk Closed Administrative Territorial Entity, under Prosecutor's Office of the Chelyabinsk region.

УДК 342.7  
ББК Х400.34 + Х400.32

Р. И. Уразов

## ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ МЕР ВОССТАНОВЛЕНИЯ НАРУШЕННЫХ ПРАВ

R. Urazov

## DISTINCTIONS OF APPLICATION OF CONSTITUTIONAL REDRESS

*В статье анализируются вопросы правового регулирования оснований применения конституционных мер восстановления нарушенных прав. Здесь говорится о возможных нарушениях прав, что и служит основанием применения мер при выявлении факта нарушения прав. Рассматриваются формы и способы восстановления нарушенных прав, вопросы эффективности конституционных мер восстановления нарушенных прав. Уделено внимание проблемным вопросам в рассматриваемой сфере правоотношений.*

**Ключевые слова:** реализация конституционных норм, неисполнение юридической обязанности или свободы, компенсация вреда, эффективность охраны прав, государственная защита прав.

*In article questions of legal regulation of the bases of application of the constitutional measures of restoration of the broken rights are analyzed. Here it is told about possible infringements of the rights, as forms the basis of application of measures at revealing of the fact of infringement of the rights. It is considered forms and ways of restoration of the broken rights. Questions of efficiency of the constitutional measures of restoration of the broken rights are considered. The attention is paid to problem questions in considered sphere of legal relationship.*

**Keywords:** realization of the constitutional norms, default of a legal duty or freedom, harm indemnification, efficiency of protection of the rights, the state protection of the rights.

Становление конституционного права в качестве реального фактора жизнедеятельности общества обусловило повышение научного интереса к проблемам эффективности реализации конституционно-правовых норм, обеспечения гарантий их соблюдения всеми без исключения участниками общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования данной отрасли права. В этой связи прежде всего выявилась потребность в институционализации общественных отношений, касающихся различных аспектов конституционной защиты и восстановления нарушенных прав, поскольку действенность права в отличие от иных социальных норм не в последнюю очередь обеспечивается за счет заранее предусмотренной гарантии восстановления прав в случае их нарушения при наличии на это законных оснований.

В юридической литературе правовые гарантии рассматриваются как специ-

альные нормативно-правовые средства (нормы права и правовые санкции), обеспечивающие неуклонное исполнение требований права всеми участниками общественных отношений, в частности недопущение произвола со стороны органов и должностных лиц по отношению к гражданам, а также восстановление нарушенных прав и наказание нарушителей законности. Правовые гарантии определяют и как средства и способы, при помощи которых имеется реальная возможность полно и беспрепятственно использовать свои права, защищать интересы, а также как те положения закона, которые обязывают соответствующие государственные органы и должностных лиц оберегать права участников конституционных правоотношений от посягательств, разъяснять им права, создавать условия, благоприятные для их осуществления.

Применение конституционных мер восстановления нарушенных прав должно

69

Конституция,  
государство и общество





иметь юридические и фактические основания. Юридическим основанием применения таких мер является указание в правовом законе на соответствующие права и последствия за их нарушение, то есть установление на законодательном уровне норм, закрепляющих права и льготы для соответствующих лиц и санкций за их нарушение и/или несоблюдение. Это является неотъемлемой частью прав и свобод.

Фактическим основанием служат нарушение права, а также иные обстоятельства, указывающие на необходимость предупреждения и пресечения правонарушения, защиты нарушенного права, а также обнаружение или выявление факта нарушения конституционных прав, жалобы и обращения граждан в государственные органы, в Конституционный суд РФ.

Основанием мер защиты являются деяния, которые объективно противоправны и нанесли ущерб, но при этом не являются виновными. Отсутствие вины — характерный признак оснований применения мер защиты. Назначение мер защиты — восстановить прежнее нормальное правовое положение путем принуждения субъекта к исполнению ранее возложенной, но не выполненной юридической обязанности. Дополнительные негативные последствия для субъекта, совершившего объективно противоправное деяние, наступать могут, но они имеют не основной, а сопутствующий характер.

Общей целью применения мер восстановления нарушенных прав является обеспечение и защита конституционности, законности, правопорядка.

Нормативное, юридическое основание конституционных мер восстановления нарушенных прав — это совокупность конституционно-правовых норм, закрепляющих: а) гарантии прав и свобод и принципы их применения; б) конституционно-правовые меры защиты и их применения; в) круг субъектов, уполномоченных применять конституционно-правовые санкции, — инстанции ответственности; г) процедуру применения мер конституционно-правовой ответственности, т. е. ее процессуальную форму.

Статья 2 Конституции РФ закрепляет одно из важнейших положений, которое позволяет утверждать, что Российская Федерация является правовым государством. Этим положением определено: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». При этом имеются в виду не только права и свободы, перечисленные в гл. 2 Кон-

ституции РФ, но и иные общепризнанные права и свободы. Об этом свидетельствует положение, установленное в п. 1 ст. 55 Конституции РФ: «Перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина». Представляется, что именно к числу таких прав и свобод человека, хотя и не перечисленных в Конституции РФ, но, несомненно, признаваемых ею, соблюдение и защита которых являются обязанностью государства, относится право человека на восстановление нарушенных прав и в том числе на компенсацию вреда, причиненного жизни и здоровью.

Право на компенсацию вреда, причиненного жизни и здоровью, неразрывно связано с другим социальным правом, хотя прямо и не названным в качестве такового, но закрепленным в п. 3 ст. 37 Конституции РФ: «Каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены». Более сжато это право принято именовать правом на здоровые и безопасные условия труда. При крупномасштабных катастрофах и авариях техногенного и экологического характера, а также в иных случаях, когда вред жизни или здоровью человека причиняется вследствие юридических событий, обязанность по компенсации такого вреда исполняется государством через систему социального обеспечения. С учетом этого в соответствии с п. 1 ст. 39 Конституции РФ каждому гарантируется социальное обеспечение в случае болезни, инвалидности и потери кормильца. Поскольку в настоящее время возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью работника в результате несчастного случая или профессионального заболевания при исполнении им трудовых обязанностей, является составной частью обязательного социального страхования, то имеются все основания утверждать, что роль права социального обеспечения как отрасли права в регулировании общественных отношений в сфере компенсации вреда, причиненного жизни и здоровью, существенно возрастает. Таким образом, значительная часть общественных отношений в данной области регулируется уже не нормами частного права, а нормами публично-правовых отраслей, причем следует констатировать наличие тенденции к возрастанию удельного веса норм публичного права в регулировании этих отношений как в количественном, так и в качественном отношении.

Анализ п. 3 ст. 41 и его сопоставление со ст. 42 Конституции РФ дают все основания полагать, что Конституция РФ практически вплотную подошла к явно выраженному в ее тексте признанию права на компенсацию вреда, причиненного жизни или здоровью. Как уже отмечалось, в п. 3 ст. 41 закреплено, что сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни или здоровья людей, влечет за собой ответственность в соответствии с федеральным законом. В ст. 42 Конституции РФ прямо предусмотрено: «Каждый имеет право на благоприятную окружающую среду, на достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение ущерба, причиненного его здоровью или имуществу экологическими правонарушениями».

О том, что право человека на восстановление нарушенных прав, права на компенсацию вреда, причиненного жизни и здоровью, фактически признается Конституцией РФ, свидетельствуют и другие ее положения. Так, в ст. 52 Конституции РФ закреплено право потерпевшего от преступления на компенсацию причиненного ущерба. В ст. 53 Конституции РФ предусмотрено: «Каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органами государственной власти или их должностных лиц».

Норма статьи 53 Конституции конкретизирует закрепленное в статье 52 Конституции РФ положение об охране прав потерпевших от злоупотреблений властью. Охрана прав лиц, которым нанесен вред незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, закреплена в Конституции в соответствии с международно-правовыми актами и общепризнанными принципами и нормами международного права. Подробно случаи возмещения государством нанесенного им и его органами вреда регулируются гражданским законодательством.

В ГК РФ расширен круг потерпевших, имеющих право на возмещение вреда, причиненного действиями (бездействием) государственных органов, органов местного самоуправления и их должностных лиц. Теперь это не только физические, но и юридические лица.

Особенность нормативной основы применения конституционных мер восстановления нарушенных прав в настоящее время, как и прежде, состоит в том, что она образована множеством нормативных актов — как федеральных, так и

региональных; единый кодифицированный акт отсутствует.

Будущая структура нормативной основы применения мер восстановления нарушенных прав представляется так:

а) федеральная Конституция. Впоследствии (при соответствующих изменениях Основного Закона), когда институт восстановления нарушенных прав в России обретет четкие контуры, можно будет кодифицировать их на федеральном уровне;

б) нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации на основе общих принципов, определяемых федеральными законами или вытекающих непосредственно из конституционных положений, прежде всего из основ конституционного строя;

в) нормативные правовые акты, регулирующие процесс применения мер восстановления нарушенных прав. Их количество необходимо увеличивать.

Фактическим основанием для применения конституционных мер восстановления нарушенных прав, прежде всего, нарушения гарантированных Конституцией РФ прав и свобод, является деяние конкретного субъекта конституционно-правовых отношений, которое не соответствует диспозиции конституционно-правовой нормы, охраняемой конституционно-правовой санкцией.

Меры защиты применяются тогда, когда осуществление прав и свобод затруднительно, но права и свободы еще не нарушены. Если права и свободы нарушены, то их нужно не защищать, а восстанавливать<sup>1</sup>.

С. С. Алексеев защиту права рассматривает как государственно-принудительную деятельность, направленную на осуществление «восстановительных» задач — на восстановление нарушенного права, обеспечение юридической обязанности<sup>2</sup>. Охранительные правоотношения, указывает он, начинают складываться с момента правонарушения, и при их помощи осуществляются меры юридической ответственности и защиты субъективных прав<sup>3</sup>.

На взгляд З. В. Макаровой, понятие защиты является более широким, чем охрана. Защита прав предполагает недопущение и предупреждение их нарушения, а в случае нарушения прав — их восстановление и возмещение причиненного вреда<sup>4</sup>.

Некоторые авторы акцентируют внимание на процессуальной характеристике категории «защита права». Защита права — это воздействие на нарушенное или



оспариваемое субъективное право, оказываемое юрисдикционными органами и органами исполнения их постановлений способами и в порядке, предусмотренными законом, обеспечивающее признание оспариваемого либо восстановление и осуществление нарушенного права<sup>5</sup>.

По своему содержанию правовая защита обеспечивает реализацию прав, предупреждение случаев их нарушения и восстановление уже нарушенных прав. Ее можно представить как форму реализации права в виде соблюдения, использования или применения норм.

Соблюдение правовых норм как мера защиты в конституционном законодательстве выражается в том, что деятельность государственных органов и граждан основана на безусловном подчинении предписаниям Основного Закона. Причем это не только и не столько воздержание от действий. Последнее бывает лишь при реализации запрещающих норм, например запрета на вмешательство в законные действия должностных лиц государственных органов. Соблюдение — это и совершение активных действий при осуществлении обязывающих, предписывающих норм.

Использование правовых норм выступает в виде осуществления субъектами своих юридических прав, дозволений для удовлетворения или защиты как своих, так и общественных интересов. Так, при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, если такое причинение вреда совершается при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга.

Применение правовых норм является как бы синтезом первых двух форм реализации права, причем это происходит, как правило, в форме определенного процесса. Применение правовых норм как мера защиты — это специальный способ реализации прав. Объекты защиты наделены

правом оспаривать в установленном законом порядке ущемление их прав, предусмотренных законодательством РФ, и восстанавливать нарушенное право.

Думается, следует выделить следующие элементы восстановления и защиты права: юридическую ответственность, меры защиты и меры безопасности. Причем категория «защита права» включает в себя как нормы материального, так и процессуального права, поскольку без определенных законом процедур право не защитить. Процедуры защиты права, прав можно обозначить в качестве форм защиты права.

Конституционные меры восстановления нарушенных прав, как и иные виды мер восстановления нарушенных прав, имеют две формы реализации — добровольную (позитивную) и государственно-принудительную (негативную). Конституционные меры восстановления прав призваны не только привлечь к ответственности за совершенный конституционный деликт, но и закрепить, урегулировать общественные отношения, сформировать правомерную деятельность субъектов конституционной ответственности, обеспечить охрану прав.

Следствием действия мер правовой защиты является наступление ответственности правонарушителя в виде восстановительных мер и (или) мер наказания.

Восстановительная деятельность как разновидность и результат защитной деятельности представляет собой одну из опосредствованных форм активно-властного отношения государства к противоправным деяниям, в том числе к преступлениям. Характерной особенностью этой деятельности является то, что, во-первых, в процессе ее осуществления активно-властное отношение к указанным правонарушениям носит опосредствованный характер, что сближает ее с предупредительно-профилактической деятельностью; во-вторых, государственная реакция имеет ретроспективную направленность, ибо предметом этой деятельности выступают остаточные явления от объективировавшихся посягательств на правопорядок, что отличает ее от предупредительно-профилактической и иных видов правоохранительной деятельности.

### Примечания

<sup>1</sup> Мордовец А. С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. — Саратов, 1996. — С. 88.

<sup>2</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. — Т. 1. — М., 1981. — С. 280.

<sup>3</sup> См.: Алексеев С. С. Общая теория права. — Т. 2. — М., 1982. — С. 108, 125.

<sup>4</sup> Макарова З. В. Защита в российском уголовном процессе: понятие, виды, предмет и пределы // Правоведение. — 2000. — № 3. — С. 219.

<sup>5</sup> Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. — СПб., 2000. — С. 75.

**УРАЗОВ Роберт Иштимирович**, соискатель кафедры теории государства и права и конституционного права Челябинского государственного университета.

**URAZOV Robert Ishtimirovich**, Degree Candidate at of the Chair “Theory of State and Law and Constitutional Law”, Chelyabinsk State University.



И. П. Давыдова

## ПЕРЕХОД НА ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ УСЛУГ В ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЕ

I. P. Davydova

## PASSAGE TO THE ASSIGNMENT OF STATE AND MUNICIPAL SERVICES IN THE ELECTRONIC FORM

*В статье анализируется проблема перехода на предоставление государственных и муниципальных услуг в электронной форме, обеспечение межведомственного взаимодействия исполнительных органов власти при предоставлении государственных и муниципальных услуг.*

**Ключевые слова:** государственная и муниципальная услуга, межведомственное взаимодействие, портал государственных услуг, электронно-цифровая подпись.

*In the article the problem of passage to the assignment of state and municipal services in the electronic form, the guarantee of interdepartmental cooperation of the executing agencies of authority with the assignment of state and municipal services is analyzed.*

**The keywords:** state and municipal service, interdepartmental interaction, the portal of state services, electronic-digital signature.

Проблема предоставления государственных и муниципальных услуг в электронном виде является актуальной и требующей теоретического анализа и практического опыта.

С 01 июля 2011 года вступила в силу норма Федерального закона от 27.07.2010 года № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»<sup>1</sup> о том, что органы, предоставляющие государственные и муниципальные услуги, не вправе требовать от заявителя предоставления документов и информации, которые находятся в распоряжении органов, предоставляющих государственные услуги, и органов, предоставляющих муниципальные услуги, иных государственных органов, органов местного самоуправления, организаций в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными правовыми актами.

Для исполнения вышеуказанной нормы федерального закона органы власти должны обеспечить надлежащее взаимодействие между собой в целях обмена информацией и документами, необходимыми для предоставления государственных и муниципальных услуг.

Первым шагом на пути обеспечения взаимодействия указанных органов должно стать заключение соглашения о взаимодействии при предоставлении государственных или муниципальных услуг, которое определит порядок и механизм взаимодействия при организации предоставления государственных и муниципальных услуг.

При межведомственном взаимодействии органы власти должны руководствоваться Федеральным законом от 27.07.2010 года № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», Федеральным законом от 27.07.2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>2</sup>, Федеральным законом от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных»<sup>3</sup> и иными нормативными правовыми актами.

Безусловно, важным моментом при обеспечении межведомственного взаимодействия является сохранность и целостность информации, поступающей в распоряжение органов власти, в том числе персональные данные. В связи с этим органам власти необходимо разработать комплекс мероприятий по обеспечению безопасности и целостности информации.



Более того, в целях упорядочения процесса взаимодействия и перехода на предоставление услуг в электронном виде необходима разработка регламента межведомственного взаимодействия, который будет содержать сведения о сроках и порядке обмена данными, о порядке составления запросов и ответов, об ответственности участников взаимодействия и иные вопросы.

Следующим шагом на пути обеспечения межведомственного электронного взаимодействия и перехода на предоставление государственных и муниципальных услуг в электронном виде является разработка проекта электронного административного регламента.

Своеобразным «прообразом» электронного административного регламента могут стать сведения, которые уже на сегодняшний день являются общедоступными для ознакомления гражданам посредством функционирования портала государственных услуг.

Федеральный закон от 27.07.2010 года № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» устанавливает, что портал государственных и муниципальных услуг обеспечивает:

1) доступ заявителей к сведениям о государственных и муниципальных услугах, предназначенным для распространения с использованием сети Интернет и размещенным в государственных и муниципальных информационных системах, обеспечивающих ведение реестров соответственно государственных и муниципальных услуг;

2) доступность для копирования и заполнения в электронной форме запроса и иных документов, необходимых для получения государственной или муниципальной услуги;

3) возможность подачи заявителем с использованием информационно-телекоммуникационных технологий запроса о предоставлении государственной или муниципальной услуги и иных документов, необходимых для получения государственной или муниципальной услуги;

4) возможность получения заявителем сведений о ходе выполнения запроса о предоставлении государственной или муниципальной услуги;

5) возможность получения заявителем с использованием информационно-телекоммуникационных технологий результатов предоставления государственной или муниципальной услуги, за исключением случаев, когда такое получение запрещено федеральным законом;

6) возможность уплаты заявителем государственной пошлины за предоставление государственных и муниципальных услуг, осуществления заявителем платы за предоставление государственных и муниципальных услуг и услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных и муниципальных услуг дистанционно в электронной форме.

Однако сведения, содержащиеся на портале государственных услуг, могут использоваться в рамках электронного взаимодействия лишь отчасти, так как до настоящего времени не обеспечена возможность обмена информацией, размещенной на портале государственных услуг, между всеми органами власти, организациями и учреждениями, предоставляющими государственные услуги.

В соответствии со статьей 19 Федерального закона от 27.07.2010 года № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» предоставление государственных и муниципальных услуг в электронной форме, в том числе взаимодействие органов, предоставляющих государственные услуги, органов, предоставляющих муниципальные услуги, организаций, участвующих в предоставлении государственных и муниципальных услуг или организующих предоставление государственных и муниципальных услуг, и заявителей осуществляется на базе информационных систем, включая государственные и муниципальные информационные системы, составляющие информационно-технологическую и коммуникационную инфраструктуру.

Проблема обеспечения перехода на предоставление муниципальных услуг в электронном виде предполагает направление заявителями в органы власти соответствующих запросов на получение того или иного вида услуги в электронной форме. Для идентификации пользователя необходимо будет иметь в наличии электронную подпись.

Так, статья 21.1 Федерального закона № 210-ФЗ устанавливает, что обращение за получением государственной или муниципальной услуги и предоставление государственной или муниципальной услуги могут осуществляться с использованием электронных документов, подписанных электронной подписью в соответствии с требованиями Федерального закона от 10.01.2002 г. № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»<sup>4</sup>.

Использование простых электронных подписей обеспечивает:



1) возможность бесплатного получения любыми лицами ключей простых электронных подписей для использования в целях получения государственных и муниципальных услуг;

2) отсутствие необходимости использования физическими и юридическими лицами программных и аппаратных средств, специально предназначенных для получения государственных и муниципальных услуг с использованием простых электронных подписей.

Переход на предоставление государственных и муниципальных услуг

обеспечит доступность получения услуг населением, повысит качество предоставляемых услуг, сократит сроки хождения по инстанциям в целях получения необходимой информации и документов. Безусловно, как и любой программный продукт, переход на предоставление государственных и муниципальных услуг в электронной форме требует апробации. Однако к 2014 году каждый из нас сможет получать услуги не отходя от компьютера, что станет одним из важнейших достижений административной реформы.

### Примечания

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 27.07.2010 года № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // СЗ РФ. — 2010. — 02 авг. — № 31. — Ст. 4179.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 27.07.2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 31 июля 2006. — № 31 (1 ч.). — Ст. 3448.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2006. — 31 июля. — № 31 (1 ч.). — Ст. 345.

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 10.01.2002 года № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2002. — 14 янв. — № 2. — Ст. 127.

**ДАВЫДОВА Инна Павловна**, ведущий специалист отдела по работе с предприятиями промышленности, малого, среднего бизнеса и перспективного развития администрации г. Орска, соискатель кафедры конституционного и административного права юридического факультета Южно-Уральского государственного университета. E-mail: inna\_davydova@list.ru

**DAVYDOVA Inna Pavlovna**, key specialist of the Department for activities related to enterprises of the production sector and SMEs and long-term development (Orsk City Administration), Degree Candidate at the Chair "Constitutional and Administrative Law", Faculty of Law, South Ural State University. E-mail: inna\_davydova@list.ru



А. А. Хафизов

## РАСПРЕДЕЛЕНИЕ КОМПЕТЕНЦИЙ ОРГАНОВ ВЛАСТИ В ФЕДЕРАТИВНЫХ ГОСУДАРСТВАХ: ИНВАРИАНТНЫЕ ПРИЗНАКИ И ВАРИАТИВНЫЕ ЧЕРТЫ

A. A. Khafizov

## DISTRIBUTION OF COMPETENCES BETWEEN THE AUTHORITIES IN FEDERAL STATES: INVARIANT TESTS AND VARIED FEATURES

*Статья посвящена исследованию общих и вариативных черт распределения компетенции и полномочий органов власти в федеративных государствах. В статье говорится о большем демократизме федеративной формы государственного устройства, поскольку она задает дополнительные линии разделения властей, дополнительную систему сдержек и противовесов. Наконец, выделены общие и индивидуальные особенности функционирования разделения властей в федеративной государственной системе.*

**Ключевые слова:** форма государственного устройства, федеративное государство, разделение властей.

*This article is devoted to the study of general and varied features of the distribution of competences and power of the authorities in federal states. The article speaks of a greater democracy of the federal form of government because it gives an additional line of division of power, an additional system of checks and balances. Finally, we identified common and specific features of the functioning of the division of power in the federal state system.*

**Keywords:** form of government, federal government, division of power.

Классик теории федерализма Д. Элазар одним из базовых всеобщих признаков федерализма назвал нецентрализацию, которая в его интерпретации не сводится к децентрализации. Явления централизации — децентрализации являются прерогативой федерального центра, а нецентрализация, в отличие от этого, означает принципиальную невозможность федеративного центра централизовать полномочия в федеративном государстве<sup>1</sup>.

Представляется, что практики федеративных государств не столь однообразны, чтобы однозначно свидетельствовать справедливость утверждения Д. Элазара, и не всегда красноречиво говорят о принципиальной невозможности сконцентрировать в руках федерального центра широкие полномочия. Тем не менее по своей природе федеративное государство имманентно предполагает большую степень децентрализации (нецентрализации — по определению Д. Элазара) полномочий.

Однако степень этой децентрализации, выражающаяся, прежде всего, в содержании компетенции и полномочий органов власти федеральных и субъектов федерации, различна. Кроме того, ее реальное содержание определяется складывающейся практикой федеративных отношений, на которую нормативно-правовая база оказывает различное влияние, в зависимости от конкретного государства.

В науке конституционного права различают конституции формальную и реальную (содержание которой отражает ситуацию, когда реальная практика складывается, опираясь на формальные положения, но отличается от них). Аналогично, в разграничении предметов ведения и полномочий различают два аспекта — содержательный и нормативный. В литературе отмечается, что анализ содержательного аспекта дает ответ на вопрос «как определить виды компетенции — исключительную, совместную и конкурентную ... Анализ второго аспек-





та — нормативного — помогает ответить на вопрос, каким образом, каким документом закрепляется указанное разграничение — в Конституции, другом федеральном конституционном законе, ином федеральном законодательстве, договоре, заключаемом федеральным центром с субъектом федерации»<sup>2</sup>.

Таким образом, становится очевидным, что, выделяя инвариантным признаком федеративного государства нецентрализацию (в терминологии Д. Элазара), то есть принципиальную невозможность концентрации всей полноты власти в руках федерального центра без нарушения действующего законодательства, вытекающее отсюда территориальное (вертикальное) разделение властей, признание государственности субъектов федерации, наличие органов власти субъектов федерации (региональных), вариативным остается способ закрепления полномочий и их содержание, то есть распределение между органами власти федерального центра и органами власти субъектов федерации.

Теория и практика классического федерализма многогранна, поливариантна и нередко полемична. Различия между унитарными государствами не столь значительны, заключаются в деталях. Различия между федеративными государствами, несмотря на наличие общих признаков, намного более существенны. Особенности федеративных государств продиктованы их историческими, национальными и иными отличиями. Этими особенностями продиктованы свои приоритеты внутренней и внешней политики, проблемы, принципы и, в том числе, различные варианты реализации принципа разделения властей.

Одна из ключевых особенностей федерализма — в обосновании необходимости разделения властей «по вертикали», чем обусловлены новые (отсутствующие в унитарном государстве) элементы системы сдержек и противовесов, ограничивающие возможности взаимного вмешательства различных уровней власти (важное отличие — наличие ограничений для центральных органов власти).

В трактовке понятий «предметы ведения» и «компетенция» в юридической науке встречаются различные, порой противоположные мнения. Нередки случаи отождествления данных понятий, особенно в отечественной литературе советского периода. Однако представляется наиболее обоснованной и последовательной точка зрения, согласно которой применительно к ситуации в России разделяют: «предме-

ты ведения — это общественные отношения, которые закреплены Конституцией РФ как предмет правового регулирования Российской Федерации и (или) ее субъектов. Они существуют как объективная реальность, в которой действуют конкретные субъекты властвования. Очевидно, что в этих общественных отношениях они занимают различные правовые статусы, то есть обладают различной компетенцией»<sup>3</sup>.

По общему мнению ученых, только на основе широкого анализа специализированной литературы и практики федеративных государств можно выявить специфику и природу вертикального и горизонтального разделения властей и образуемой им системы сдержек и противовесов<sup>4</sup>. При этом не следует преувеличивать значение и роль по отдельности как вертикального, так и горизонтального разделения властей, абсолютизировать роль и взаимоотношения субъектов федерации с федеральным центром, поскольку это обосновывает раздробленность и разорванность государственной власти в стране, стимулирует дезинтеграционные процессы, нарушающие единство и целостность государства. Против такого понимания разделения государственной власти (применительно к разделению властей по горизонтали) предостерегал еще Гегель: «Власти в государстве должны, в самом деле, быть различены, но каждая должна в самой себе образовать целое и содержать в себе другие моменты. Говоря о различенной деятельности властей, не следует впадать в чудовищную ошибку, понимать это в том смысле, будто каждая власть должна пребывать для себя абстрактно, так как власти должны быть различены только как моменты понятия. Если же, напротив, различия пребывают абстрактно для себя, то совершенно ясно, что две самостоятельности не могут составить единство, но должны породить борьбу, посредством которой будет либо расшатано целое, либо единство будет вновь восстановлено силой»<sup>5</sup>.

По справедливой оценке И. А. Бушуева, признавая федерализм разделением власти по вертикали, конституционная доктрина классического (дуалистического) федерализма предусматривает: разграничение компетенции и полномочий федерального центра и субъектов федерации как предпосылку самостоятельности обеих уровней власти, возможности взаимного контроля ими друг друга и осуществления самоконтроля; конкретные ограничения полномочий субъектов федерации; верховенство норм федерального права в случае коллизии с нормами права

субъектов федерации; федеральные гарантии республиканского строя в субъектах федерации; равноправие субъектов федерации, что предполагает запрет для общенационального правительства предоставлять социальные привилегии ни одному из них; жесткую конституцию, изменение которой невозможно без взаимного согласия федерального центра и субъектов федерации, в том числе и по вопросу распределения властных полномочий; создание высшего судебного органа федерации для регулирования конфликтов между властями федерального центра и субъектов федерации; адекватное распределение источников дохода для правительства каждого уровня; право для каждого уровня действовать непосредственно от имени населения, пользующегося на всем пространстве федерации рядом общих гражданских и политических прав и обязанностей; право населения субъектов федерации в качестве единого народа принимать участие в образовании органов союзной власти<sup>6</sup>.

В специализированной литературе справедливо отмечаются различные цели федеративного устройства: это не столько государственное единство при сохранении политико-правового многообразия, сколько разделение властей. Вертикальная децентрализация власти ведет к более высокой эффективности государственного управления, позволяет учитывать многообразные различия регионов; расширяет возможности политического решения различных конфликтных ситуаций, возможности политического участия, в том числе и для оппозиционных сил. Всё это в конечном счете ведет — и это нам представляется самым важным — к реальному повышению объема прав и свобод человека и гражданина, расширению числа и повышению качества гарантий их соблюдения, большим возможностями защиты прав меньшинств.

Отдавая должное классической модели федерализма как исторически первой, ключевые положения которой были сформулированы авторами «Федералиста» (Дж. Мэдисоном, А. Гамильтоном и др.)<sup>7</sup>, и составившей теоретическую основу формирования первых классических федераций: США (1787), Швейцария (1848), Канада (1867), Австралия (1901)<sup>8</sup>, необходимо отметить, что концепции федерализма и разделения властей с того времени претерпели существенную эволюцию.

Для современных конституционно-правовой теории и практики федерализма характерно сочетание самых разных подходов к вертикальному разделению

власти, служащему в федеративном государстве дополнением к разделению властей горизонтальному.

Как уже было отмечено, при федеративном устройстве государства обязательными его элементами являются государственные образования.

По своему международному статусу федеративные и унитарные государства равны. В то же время как федеральные законодательства, так и нормы международного права ограничивают возможности самостоятельных действий на мировой арене субъектов федерации. В частности, согласно нормам международного права, за субъектами федерации признается способность к международным действиям, но лишь в пределах, установленных федеральными конституциями. Таким образом, правоспособность субъектов федерации определяется как нормами внутреннего законодательства, так и нормами международного права.

Несмотря на тот факт, что конституции многих государств закрепляют право федеральных парламентов принимать законы специально для субъектов федерации, политико-правовое положение последних существенно отличается от положения областей в составе унитарного государства. Выражается это в возможности субъектов федерации создавать собственные правовые и политические системы, наличия у них права учредительной власти, наличия конституционных и судебных гарантий защиты прав субъектов федерации, возможности участия в решении общегосударственных вопросов посредством участия в деятельности различных государственных органов власти, в том числе этому способствуют бикамерализм или пропорциональное представительство (Канада, Австрия, ФРГ, Малайзия, ОАЭ, Индия, Нигерия) субъектов федерации. Границы территорий субъектов федерации не могут изменяться произвольно, без их согласия. Порядок изменения и внесения поправок в федеральные конституции предусматривает их ратификацию большинством субъектов федерации или одобрения всем посредством народного волеизъявления на референдуме<sup>9</sup>.

В зарубежных исследованиях широко распространена концепция взаимной (ограниченной) независимости федеральной и региональной властей. Швейцарские ученые Томас Фляйнер и Лидия Р. Баста считают независимость власти федерального центра и федеративных единиц «в пределах соответствующей, конституционно установленной сферы распределенных полномочий» важнейшей





особенностью федеративного устройства государства<sup>10</sup>. «Не существует централизованной неограниченной власти: и центр, и субъекты имеют право решать вопросы в пределах сферы полномочий, закрепленных за ними в конституции, без вмешательства других, — подчеркивают Томас Штауфер и Николь Топпервин. — Федеративные страны не полагаются на иерархию между различными субъектами, но обеспечивают ограниченную власть во всех уровнях правительства»<sup>11</sup>. Так, сущностью американской модели дуалистического федерализма, по мнению Винсента Острома, является взаимная независимость и ограниченность власти общенационального правительства и правительств штатов: «Ограниченное общенациональное правительство осуществляет прерогативы правления в рамках своей территории одновременно с ограниченными правительствами штатов, которые осуществляют независимые властные полномочия на своей территории».

В отечественной литературе, наоборот, преобладает явно выраженная точка зрения об иерархии субъектов федеративных отношений. Наиболее четко она сформулирована в трудах В. Е. Чиркина. Анализируя взгляды зарубежных авторов по этому вопросу, он пишет следующее: «Вряд ли верны тезисы об отсутствии иерархии и предпочтения, а также независимости федерации и ее субъектов даже в своих сферах управления. Государственная власть субъектов федерации имеет все же “нижестоящий” характер, даже если они и были исторически источниками власти федерации (например, при создании США). Как известно, существуют совместные предметы ведения с принципом верховенства федерального права, во многих странах есть институт федерального принуждения и т. д. Да и с социологической позиции тезис об отсутствии иерархии не может быть принят. Государственная власть федерации — это выражение государственной власти народа всей страны, всего данного государственно-организованного общества, а государственная власть субъекта федерации — власть народа этого субъекта. Часть же всегда находится в подчинении к целому»<sup>12</sup>. В статье, посвященной специально государственной власти субъекта РФ, В. Е. Чиркин высказывается более определенно: «Тезис о “равенстве властей” неизбежно ведет к острым коллизиям, к неуправляемости обществом, а иногда и к вооруженному противоборству. Следовательно, возникает необходимость в иерархии “государственных

властей”». Одна из них — власть федерации приобретает верховный характер, государственная власть субъекта — подчиненный, ограниченный».

По нашему мнению, ни федеральная, ни власть субъектов не являются абсолютными и неограниченными; действие каждой из них ограничено верховенством другой в сфере ее исключительной компетенции.

Разграничение компетенции между органами власти разных уровней обуславливает динамику федеративных отношений. А. Яценко в свое время писал: «львиная доля взаимоотношений между органами власти разных уровней в большинстве федеративных государств складывается именно по поводу разграничения полномочий, а также их практического осуществления, что превращает федерализм “в систему частично совпадающих юрисдикций и дробления властных полномочий”, которая “в гораздо большей степени отвечает... критерию демократического управления, нежели нависающая над обществом система бюрократической администрации”»<sup>13</sup>. Как следствие такого подхода, более половины федеральных конституций включают подробные перечисления предметов ведения. Наиболее подробна в этом отношении Конституция Индии, включающая более двухсот позиций в списках предметов ведения и полномочий. Однако отметим, что такой широкий перечень может привести к обратному эффекту — большей путанице и отсутствию системности в размежевании компетенции.

Разделение властей «по вертикали» в федеративных государствах представляет собой, прежде всего, разграничение предметов ведения между федеральным центром и субъектами федерации. В специальной литературе предлагаются различные варианты типологизации способов разграничения компетенции. Наиболее полной и обоснованной представляется типология, предложенная М. В. Глигич-Золотаревой, объединяющая в себе различные подходы. В качестве критериев типологизации в ней рассматриваются:

- субъекты принадлежности полномочий (федеральный центр, субъекты федерации);
- наличие (отсутствие) сферы совместного ведения;
- способ конституционно-правового закрепления полномочий (позитивный, при котором полномочия закрепляются за субъектом правоотношений непосредственно, и негативный, объем полномо-

чий в рамках которого определяется через систему запретов)<sup>14</sup>.

Таким образом, справедливо будет сказать, что конституционное разграничение предметов ведения и полномочий — не только характерная черта федерализма, но и во многом — его суть, без которой он невозможен. Это выражение большого демократизма федеративной формы государственного устройства, поскольку оно задает дополнительные линии разделения властей, дополнительную систему сдержек и противовесов, способствует большому объему прав и свобод граждан. Признание демократической природы федерализма важно для Российской Федерации также с практической точки зрения.

Субъекты федерации в пределах собственной компетенции обладают полной свободой действий в законодательной и исполнительной сферах. Общепринятая практика заключается в том, что федеральное законодательство в этом случае устанавливает ряд общих требований по непротиворечивости и соответствию регионального законодательства и в целом регионального нормотворчества нормам федерального права, а также в том, чтобы объем прав и свобод человека, устанавливаемый субъектами федерации, не уменьшал объем прав и свобод, гарантируемый федеральным центром.

Разграничение компетенции, безусловно, важная характерная черта федераций, но можно отметить, что оно присутствует и в унитарных государствах, особенно с высокой степенью децентрализации власти. Важное отличие федераций от унитарных государств — в большем (в целом, несмотря на многочисленную специфику конкретных государств) объеме власти регионов, их определенной политической самостоятельности, наличии судебных гарантий полномочий, характере взаимодействия двух уровней власти, способе и характере организации государственной власти, наличии дополнительных линий разделения властей и системы сдержек и противовесов, возможностях участия регионов в управлении государством.

В то же время заслуживает признания точка зрения В. Е. Чиркина, акцентирующая внимание не столько на разделении государственной власти в федеративном государстве, сколько на сотрудничестве властей<sup>15</sup>. Действительно, следует принять во внимание и признать интегративные возможности федеративных государств, федерализма в целом. Разделение властей предполагает не толь-

ко разграничение предметов ведения и полномочий, но и взаимодействие разных уровней власти.

Стабильность федеративных отношений в значительной мере обусловлена как четкостью характера разграничения компетенции, так и в равной степени закреплением порядка взаимодействия разных органов и уровней власти.

Выделяют три вида предметов ведения в федеративных государствах. Первые два — предметы исключительной компетенции соответственно федерального центра и субъектов федерации, третий вид — предметы их совместного ведения. Также существуют различные способы их регламентации. В большинстве государств компетенция федерального центра подробно закрепляется в федеральной конституции, способы закрепления компетенции субъектов федерации различны. Некоторые государства идут путем отказа от специальной ее конкретизации, считая предметами ведения субъектов федерации все остальные вопросы, специально не закрепленные за федеральным центром, — это «остаточная компетенция», характерная, например, для субъектов федераций США, Австрии.

Таким образом, федеративный характер государственного устройства накладывает заметный отпечаток на специфику реализации разделения властей.

Федеративная природа государства порождает необходимость не только «вертикального» (территориального) разделения властей, но и специальных структур на федеральном уровне, курирующих в рамках федеративных отношений вопросы взаимодействия федерального центра и субъектов федерации, а также межсубъектные (горизонтальные) отношения. Наличие данных структур, имеющих разные названия и существующих в разных формах, характерно для всех федераций и потому имеет все основания считаться инвариантным признаком разделения властей в федеративном государстве.

«Классическое» для унитарных государств горизонтальное разделение властей дополняется в федеративном государстве разделением государственной власти «по вертикали» — федеральные органы государственной власти и органы власти субъекта федерации рассматриваются как два самостоятельных уровня власти. Данное разделение не означает их (уровней власти) полной независимости — скорее, они должны пониматься как звенья единой системы, целостность и



иерархичность которой задается не только закреплением приоритета федерального законодательства над региональным в случаях возникновения коллизий, но и наличием у федерального центра контрольных полномочий, что объясняется закреплением за ним стратегических функций (направлений деятельности) и ответственностью за их исполнение в масштабах всего государства. В то же время верховенство федерального законодательства не означает иерархичности (в классическом виде) органов власти. Такой порядок взаимодействия двух уровней власти дополняет привычную систему «сдержек и противовесов» новыми механизмами взаимного «сдерживания» властей в федеративном государстве.

Конституционное разграничение предметов ведения и полномочий — не только характерная черта федерализма, но и во многом — его суть, без которой он невозможен. В этом проявляется больший демократизм федеративной формы государственного устройства, поскольку она задает дополнительные линии разделения властей, дополнительную систему сдержек и противовесов, новые возможности урегулирования политико-правовых споров и социально-политических противоречий, дополнительные возможности политического участия — всё это, в конечном счете, способствует большему объему и уровню гарантий прав и свобод граждан.

### Примечания

<sup>1</sup> См.: *Elazar D.* Exploring Federalism. — Tuscaloosa : The University of Alabama Press, 1987. — P. 167.

<sup>2</sup> *Фарушкин М. Х.* Федерализм: теоретические и прикладные аспекты. — М. : Юрист, 2004. — С. 249.

<sup>3</sup> *Чурсина Е. В.* Разграничение полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и ее субъектов по предметам совместного ведения : конституционно-правовое исследование. — М., 2006. — С. 22.

<sup>4</sup> См.: *Левин И. Д.* Современная буржуазная наука государственного права. — М., 1960. — С. 373—394; *Александренко Г. В.* Буржуазный федерализм: критический анализ буржуазных федераций и буржуазной теории федерализма. — Киев, 1962; *Козлова Н. Ю.* Буржуазные учения о федерализме XVIII—XIX веков. — М., 1989

<sup>5</sup> *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. — М., 1990. — С. 310—311.

<sup>6</sup> См.: *Бушуев И. А.* Разделение властей в федеративном государстве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1997. — С. 77.

<sup>7</sup> Федералист: политические эссе Гамильтона, Мэдисона, Джея : сборник. — М., 1993.

<sup>8</sup> См.: *Капустин Ю. Т.* Американский федерализм : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1968; *Ираскова В.* Особенности конституционного развития Швейцарии : дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1982; История буржуазного конституционализма XIX в. — М., 1989. — С. 187—200; *Каневская Г. И.* История образования Австралийской федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1974.

<sup>9</sup> См.: *Столяров М.* Компетенция власти. — М., 2006. — С. 104.

<sup>10</sup> *Фляйнер Т., Фляйнер Л., Баста Р.* Федерализм, федеративные государства и децентрализация // Федерализм и многоэтничные государства: швейцарская модель. — Казань, 2004. — С. 5.

<sup>11</sup> *Штауфер Т., Топперзин Н.* Баланс самоуправления и совместного ведения // Федерализм и многоэтничные государства: швейцарская модель. — Казань, 2004. — С. 51.

<sup>12</sup> Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование) / отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М., 2001. — С. 20.

<sup>13</sup> *Rheinstein M.* Max Weber Law in Economy and Society. — N. Y. : Simon and Schuster, 1954. — P. 330—334.

<sup>14</sup> См.: *Глигич-Золотарева М. В.* Правовые основы федерализма. — М. : Юрист, 2006. — С. 80—82.

<sup>15</sup> *Чиркин В. Е.* Предметы ведения Федерации и ее субъектов: разграничение, сотрудничество, субсидиарность // Государство и право. — 2002. — № 5. — С. 6—10.

**ХАФИЗОВ Алексей Азатович**, старший преподаватель кафедры историко-правовых дисциплин и методики их преподавания ТГГПУ (Татарский государственный гуманитарно-педагогический университет). Email: alexkazan@mail.ru.

**KNAFIZOV Aleksey Azatovich**, Senior Lecturer at the Chair "History and Law Disciplines and Teaching Methodology", Tatar State Humanitarian-Pedagogical University (TGGPU). Email: alexkazan@mail.ru. Email: alexkazan@mail.ru.



А. А. Фролов

## ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРИНЦИПА ПОЛИТИЧЕСКОГО МНОГООБРАЗИЯ

A. A. Frolov

## CONCEPT AND CONTENT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF POLITICAL DIVERSITY

*В статье анализируется конституционный принцип политического многообразия. Дается авторская трактовка содержательных параметров данного принципа.*

**Ключевые слова:** конституция, принцип, политический, многообразие, законодательство, идеология, многопартийность.

*The article analyzes the constitutional principle of political diversity. Given author's interpretation of meaningful parameters of the principle.*

**Keywords:** constitution, principle, political, variety, legislation, ideology, multiparty system.

Одним из основополагающих принципов конституционного строя России является принцип политического многообразия, закрепленный в ч. 3 статьи 13 Конституции Российской Федерации. Важность его осмысления обусловлена его особой ролью в системе других конституционных принципов, направленных на формирование в России демократического, правового государства с республиканской формой правления, которые определены в качестве конституционных ценностей.

Принцип политического многообразия является отражением российского опыта? предшествующего принятию Конституции. На наш взгляд, два социальных фактора сыграли определяющую роль в признании необходимости установления данного принципа. Прежде всего, бурный рост политического интереса и становление многопартийности в конце 80-х — начале 90-х гг. Второй фактор вырастает из этого политического движения, завершившегося становлением многопартийности, и заключается в поиске «идеологемы», которая была бы противоположной существовавшему в СССР однопартийному строю с абсолютным господством коммунистической партии. Эта идеологема была «найдена» в зарубежных конституционных текстах и применительно к обсуждаемому принципу состояла в идее плюралистической демократии.

Таким образом, политическое многообразие и многопартийность стали не-

отъемлемой частью общественной жизни России. Конституция РФ зафиксировала фактическое состояние российского общества, переведя область социальных отношений в юридические.

В отечественной конституционной теории сложились два основных подхода в оценке содержания понятия «политический плюрализм». Так, по мнению С. А. Авакьяна, политический плюрализм означает развитие многих форм выражения политических идей. «Политическим плюрализмом, — пишет он — называется такое состояние в обществе и государстве, когда никакая идеология не получает юридического статуса официальной государственной идеологии, а для выражения и воплощения различных политических идей и взглядов могут создаваться партии и иные общественные объединения, и все они действуют на основе (т. е. в рамках) с соблюдением закона и равны перед законом»<sup>1</sup>.

Второй подход, более широкий по своему характеру, выражен Б. С. Эбзеевым и Л. М. Карапетяном. По их мнению, партии, общественные объединения составляют лишь весомую часть политического плюрализма, но не исчерпывают его. Они предлагают более широкий подход к реальному содержанию политического плюрализма, которое не только охватывает партии и их идеологии, но и включает в себя существующую в различных организационных и правовых формах публичную власть<sup>2</sup>.





Мы разделяем позицию С. А. Авакьяна, поскольку, на наш взгляд, принцип политического плюрализма относится к сфере гражданских отношений, но не является определяющим для государственно-властных отношений. Он недопустим, к примеру, в деятельности судов, органов исполнительной власти, правоохранительных органов. Другое дело органы представительной власти, которые как раз и служат механизмом выражения общественных мнений, перевода социальные, в том числе политические, идеи в решения, документы, нормативные акты. Вполне понятно, что органы государственной власти не должны сами нарушать данный принцип в том числе путем вмешательства в дела политических партий, иных общественных объединений.

Конституция Российской Федерации признает граждан важнейшим субъектом публичной политики. Принцип политического многообразия создает возможности для граждан и их объединений оказывать влияние на политический процесс в рамках конституционных и законодательных установлений; данный принцип предполагает возможным эпизодическое и (или) системное (целевое) участие граждан и их объединений в сфере политики, а также переход общественного объединения из одного статуса в другой.

Одной из задач данного принципа является предотвращение возможности появления однопартийной системы, которая исключала бы существование других политических партий, а также подчиняла своему господству другие общественные объединения, которые бы выступали «приводными ремнями» партийного строительства. Именно поэтому в ч. 4 ст. 13 Конституции РФ устанавливается равенство общественных объединений перед законом.

Следует отметить, что плюрализм присущ различным сферам общества – политической, экономической, культурной, идеологической. В каждой из сфер он имеет различные формы и способы выражения. В то же время плюрализм в сфере политических отношений играет важнейшую роль, поскольку определяет и задает вектор развития остальных сфер. В основании же плюрализма находится состояние свободы. Категория «свобода» имеет в качестве содержательного компонента возможность выбора лицом идей, взглядов, убеждений, действий при условии, что они не нарушают права и интересы других лиц. Свобода личности применительно к политической сфере взаимосвязана с демократическим режимом в ши-

роком смысле этого понятия. Родовым признаком демократии является система выявления, представительства и учета разных позиций, которые, переплавляясь посредством специальных институтов, «на выходе» являют собой политику как компромисс<sup>3</sup>.

В современном конституционном праве сложились различные концепции демократии<sup>4</sup>. Одной из наиболее привлекательных является плюралистическая концепция демократии. Важнейшей ее целью является обеспечение баланса двух основных демократических ценностей – свободы и равноправия. В этом качестве плюрализм представляет собой один из элементов демократического механизма управления. Плюрализм предполагает, что в обществе могут свободно формироваться и пропагандироваться политические взгляды и теории, а граждане вправе создавать любые объединения, преследующие различные политические цели.

Существование плюрализма заключается в создании условий для достижения компромисса разнообразных, нередко противоречивых мнений и позиций. «Компромисс внутренне присущ демократии прежде всего потому, что в ней сформировались политические и правовые институты, в рамках которых возможно публичное согласование интересов»<sup>5</sup>. В этом плане предназначение принципа политического плюрализма сводится к поддержанию равновесия и сохранению стабильности. Данный принцип, с одной стороны, создает условия для развития различных, в том числе противоречивых, позиций и взглядов, с другой — обеспечивает свободную конкуренцию и взаимное сдерживание многообразных гражданских структур. Принцип политического плюрализма направлен на создание демократии в России, причем в различных ее способах выражения и институциональных формах.

Конституционный принцип политического многообразия в содержательном плане обеспечивает: во-первых, реализацию гражданами политических прав и свобод; во-вторых, равноправие граждан в выражении ими политических идей, взглядов, участия в политических акциях при условии, что они не противостоят основам конституционного строя; в-третьих, существование легальной оппозиции, которая действует в рамках действующего законодательства; в-четвертых, развитие многопартийности; в-пятых, регулярные свободные выборы в представительные органы

государственной и муниципальной власти; в-шестых, развитие правовых форм взаимодействия различных субъектов политических отношений. Указанные выше «содержательные параметры» конституционного принципа политического многообразия выступают критериями оценки, свидетельствующими о его эффективной или неэффективной реализации.

Таким образом, под политическим многообразием следует понимать такое состояние государственной и общественной жизни, которое основано на признании за гражданами и их объединениями

качественно различных, конституционно поощряемых моделей поведения, реализуемых в политических отношениях. Данный принцип заключается не только в достижении и поддержании явления политической множественности, но и в качественном разнообразии политической системы, при котором развивается реальная политическая конкуренция. Принцип политического многообразия направлен на создание в России режима демократии, причем в различных ее способах выражения и институциональных формах.

### Примечания

<sup>1</sup> *Авакьян С. А.* Политический плюрализм и общественные объединения в Российской Федерации: конституционно-правовые основы / под. ред. С. А. Авакьяна. — М., 1996. — С. 8.

<sup>2</sup> *Эбзеев Б., Карапетян Л.* Конституционные основы политического плюрализма // Свободная мысль — XXI. — 2000. — № 11. — С. 101.

<sup>3</sup> См.: *Варламова Н. В., Пахоленко Н. Б.* Между единогласием и волей большинства (политико-правовые аспекты консенсуса). — М., 1997.

<sup>4</sup> См.: *Шайо А.* Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / пер. с венг. — М.: Юрист, 2001; *Нудненко Л. А.* Теория демократии. — М., 2001; *Лебедев В. А., Киреев В. В.* Суверенная демократия как конституционная идея современной России. — Челябинск: Изд-во Челяб. гос. ун-та, 2007.

<sup>5</sup> *Нудненко Л. А.* Указ. соч. — С. 61.

**ФРОЛОВ Александр Анатольевич**, соискатель кафедры государственного и административного права ГОУ ВПО «Мордовский государственный университет им. Н. П. Огарева». E-mail: frolovaa@rambler.ru

**FROLOV Alexandr Anatolyevitch**, the applicant of the political (state) and administrative law department of the Mordovian State University N. P. Ogarev. E-mail: frolovaa@rambler.ru





УДК 342.9(470)  
ББК Х401.1(2)

М. Ю. Буртовой

## ЗАКОНЫ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СФЕРЕ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

M. Y. Burtovoy

## LAWS OF THE REGIONS OF THE RUSSIAN FEDERATION IN SPHERE OF INNOVATIVE ACTIVITY: ADMINISTRATIVE LAW ASPECT

*В статье анализируется содержание законов субъектов Российской Федерации, регулирующих инновационную деятельность. Предлагается классификация региональных законов в сфере инновационной деятельности.*

**Ключевые слова:** инновационная деятельность, административно-правовое регулирование, законы субъектов Российской Федерации.

*In The article analyzes the content of laws of the regions of the Russian Federation, regulating innovative activity. There is offered classification of regional laws in sphere of innovative activity.*

**Keywords:** innovative activity, administrative law regulation, laws of the regions of the Russian Federation.

В условиях отсутствия федерального закона об инновационной деятельности (далее — ИД) субъекты Российской Федерации (далее — РФ) приняли региональные нормативные правовые акты, регулирующие ИД. При этом подход субъектов РФ к правовому регулированию ИД неодинаковый, что связано с различиями в экономической, социальной, природно-климатической ситуации в субъектах РФ, научно-исследовательский, инновационный потенциал также неодинаков.

Исследованные законы субъектов РФ, регулирующие общественные отношения, связанные с ИД, можно разделить на две группы: законы, регулирующие ИД, и законы, регламентирующие научную, научно-техническую и ИД. В зависимости от предмета правового регулирования, акцентов в регулировании ИД, преобладания правовых норм, регулирующих отдельные вопросы ИД, первую группу законов можно подразделить на подгруппы: 1) законы субъектов РФ об ИД (в них сбалансированно регламентиро-

ваны основные аспекты ИД); 2) законы субъектов РФ о государственной поддержке ИД; 3) законы об утверждении региональных целевых программ по развитию ИД; 4) законы субъектов РФ об инновационной политике; 5) законы, регулирующие отдельные аспекты в инновационной сфере.

Рассмотрим подробнее первую группу законов. Как свидетельствует проведенное исследование, подгруппу законов об ИД<sup>1</sup> образуют акты 30 субъектов РФ (например, Республика Адыгея, Республика Башкортостан, Республика Бурятия, Пермский край, Приморский край, Ставропольский край, Хабаровский край и другие). Законы названных субъектов РФ содержат общее и особенное. В них присутствуют общие институты, нормы, регулирующие одни и те же аспекты ИД, позволяющие их выделить. Законы данной подгруппы содержат нормы об общих положениях; осуществлении ИД (формах осуществления ИД); государственной инновационной политике; организации, ре-



гулировании, координации ИД; финансировании ИД; государственной поддержке ИД; заключительных положениях.

Представляют интерес законы субъектов РФ о государственной поддержке ИД<sup>2</sup>. Законы данной подгруппы существуют в Республике Коми, Алтайском крае, Калужской области, Кемеровской области, Челябинской области, Краснодарском крае, Свердловской области и других субъектах РФ. Содержание данных законов включает общие положения, полномочия органов государственной власти в сфере государственной поддержки ИД; государственное регулирование; формы и меры государственной поддержки ИД; финансирование ИД; заключительные положения.

По сути, подгруппа законов о государственной поддержке ИД отличается от подгруппы законов об ИД отсутствием статей, регулирующих вопросы осуществления ИД (формы осуществления ИД), государственной инновационной политики (за исключение нормы-дефиниции региональной инновационной политики в законах Самарской области, Саратовской области, Калужской области и принципах инновационной политики, содержащейся в статье о направлениях государственной поддержки ИД). Общим между данными подгруппами законов являются статьи, регулирующие вопросы общих положений; финансирования ИД; заключительных положений. Особенностью данной подгруппы законов является наличие статей о полномочиях органов власти в сфере государственной поддержки ИД. Общественные отношения, связанные с государственной поддержкой ИД, получили подробное регулирование: это вопросы целей, принципов, направлений, различных форм государственной поддержки.

Следует выделить также законы об утверждении региональных целевых программ по развитию ИД<sup>3</sup>. В ряде субъектов РФ действуют законы, утвердившие региональные целевые программы по развитию ИД. В частности, законы подобного типа действуют в Ульяновской области, Ростовской области, Томской области, Самарской области, Пензенской области и в других субъектах РФ. Исследование региональных целевых программ о развитии ИД показывает, что они являются взаимовыгодными по содержанию, срокам выполнения, ресурсам и исполнителям, комплексом мероприятий правового, организационного, экономического, финансового, социального характера, направленных на решение проблем в развитии ИД с учетом особенностей развития, региональных проблем конкретного субъек-

та РФ. Целевые программы способствуют планомерной реализации конкретных мероприятий, что позволяет отойти от декларативности многих положений документов, регламентирующих ИД.

Заслуживают особого внимания законы субъектов РФ об инновационной политике<sup>4</sup>. Подобные законы действуют в Белгородской, Воронежской, Кемеровской, Новосибирской, Орловской, Московской, Рязанской областях. Данные законы содержат нормы об основных понятиях, используемых в законе, правовых основах регулирования политики в сфере развития ИД; финансировании ИД; государственной поддержке ИД; полномочиях органов государственной власти; инновационной политике.

Для законов данной подгруппы характерно подробное регулирование вопросов государственной инновационной политики, объединяющей такие элементы, как цели, задачи инновационной политики; принципы инновационной политики; правила формирования и реализации инновационной политики; направления инновационной политики; концепции инновационной политики (Белгородская область, Воронежская область).

И, наконец, следует выделить законы, регулирующие отдельные аспекты в инновационной сфере. Предметом регулирования данных законов выступают налоговые льготы субъектам ИД<sup>5</sup>, расходование бюджета для обеспечения ИД<sup>6</sup>, наделение органов местного самоуправления государственными полномочиями по государственной поддержке муниципальных общеобразовательных учреждений, внедряющих инновационные образовательные программы<sup>7</sup>, функционированию технопарков<sup>8</sup>, регулированию ИД в отдельных сферах<sup>9</sup> и иные вопросы, связанные с ИД<sup>10</sup>.

Анализ содержания законов субъектов РФ, регулирующих ИД, показывает, что данные законы имеют ряд концептуальных административно-правовых положений, заслуживающих положительной оценки и способных стать основой административно-правового регулирования на федеральном уровне: 1) деятельности органов исполнительной власти, связанной с государственной инновационной политикой (цели, задачи, направления, содержание, взаимодействие с иными субъектами сферы ИД); 2) системы государственных органов исполнительной власти в инновационной сфере; 3) полномочий органов исполнительной власти в инновационной сфере; 4) методов управленческой деятельности орга-



нов исполнительной власти в инновационной сфере (в том числе государственной поддержки). Вышеперечисленные положения в законах субъектов РФ урегулированы по-разному, имеются различные административно-правовые проблемы в их регулировании.

Исследование показало, что среди законов субъектов РФ, регулирующих ИД, наиболее оптимальными по своей структуре являются законы об ИД из первой группы, так как они охватывают наиболее важные аспекты ИД. Иные существующие региональные нормативные акты (законы о государственной поддержке ИД, инновационной политике) представ-

ляют научно-практическую ценность для совершенствования законов об ИД в части глав и статей, регулирующих вопросы государственной поддержки ИД и инновационной политики. Законы о целевых программах развития ИД должны более активно использоваться субъектами РФ в силу их программно-целевой основы, ориентированности на увязку конкретных проблем и особенностей региона.

Законы субъектов РФ, регулирующих ИД, имеют ряд административно-правовых положений, которые могут стать основой для федерального регулирования, совершенствования регулирования субъектами РФ.

### Примечания

<sup>1</sup> См.: Закон Республики Адыгея от 28 декабря 2007 № 145 «Об инновационной деятельности в Республике Адыгея» // Собрание законодательства Республики Адыгея. — 2007. — № 12; Закон Республики Башкортостан от 28 декабря 2006 № 400-з «Об инновационной деятельности в Республике Башкортостан» // Ведомости Государственного Собрания — Курултая, Президента и Правительства Республики Башкортостан. — 2007. — № 4 (250). — Ст. 135; Закон Республики Бурятия от 21 декабря 2006 № 2028-III «Об инновационной деятельности в Республике Бурятия» // Собрание законодательства Республики Бурятия. — 2006. — № 12 (93); Закон Пермского края от 11 июня 2008 № 238-ПК «Об инновационной деятельности в Пермском крае» // Собрание законодательства Пермского края. — 2008. — № 7; Закон Приморского края от 15 февраля № 195-КЗ «Об инновационной деятельности на территории Приморского края» // Приморская газета. — 2008. — № 12 (175); Закон Ставропольского края от 11 марта 2004 № 13-кз «Об инновационной деятельности в Ставропольском крае» // Ставропольская правда. — 2004. — № 57; Закон Хабаровского края от 04 июля 2000 № 222 «Об инновационной деятельности в Хабаровском крае» // Приамурские ведомости. — 2000. — № 138.

<sup>2</sup> Закон Республики Коми от 15 ноября 2006 № 104-РЗ «О государственной поддержке инновационной деятельности на территории Республики Коми» // Республика. — 2006. — № 209; Закон Алтайского края от 09 декабря 1998 № 64-ЗС «О государственной поддержке инновационной деятельности в агропромышленном комплексе Алтайского края» // Сборник законодательства Алтайского края. — 1998. — № 32 (52); Закон Калужской области № 134-ОЗ от 04 июля 2002 «О государственной поддержке субъектов инновационной деятельности в Калужской области» // Весть. — 2002. — № 162—163; Закон Кемеровской области от 26 ноября 2008 № 102-ОЗ «О государственной поддержке инвестиционной, инновационной и производственной деятельности в Кемеровской области» // Кузбасс. — 2008. — № 219; Закон Челябинской области от 26 мая 2005 № 383-ЗО «О стимулировании инновационной деятельности в Челябинской области» // Южноуральская панорама. — 2005. — № 100; Закон Краснодарского края от 05 апреля 2010 № 1946-КЗ «О государственной поддержке инновационной деятельности в Краснодарском крае» // Информационный бюллетень ЗС Краснодарского края. — 2010. — № 29; Областной закон от 15 июля 2010 № 60-ОЗ «О государственной поддержке субъектов инновационной деятельности в Свердловской области» // Областная газета. — 2010. — № 253—261.

<sup>3</sup> Закон Ульяновской области от 2 ноября 2006 № 164-ЗО «Об утверждении областной целевой программы «Развитие инновационной деятельности в Ульяновской области на 2006—2010 годы» // Ульяновская правда. — 2006. — № 86 (22 522).

<sup>4</sup> Закон Белгородской области от 1 октября 2009 № 296 «Об инновационной деятельности и инновационной политике на территории Белгородской области» // Белгородские известия. — 2009. — № 178—179; Закон Воронежской области от 11 декабря 2003 № 68-ОЗ «Об инновационной политике на территории Воронежской области» // Коммуна. — 2003. — № 193; Закон Кемеровской области от 2 июля 2008 № 66-ОЗ «Об инновационной политике Кемеровской области» // Кузбасс. — 2008. — № 116; Закон Новосибирской области от 15 декабря 2007 № 178-ОЗ «О политике Новосибирской области в сфере развития инновационной системы» // Сборник нормативных правовых актов Новосибирского областного Совета депутатов. — 2007. — № 5 (33); Закон Орловской области от 4 октября 2001 № 215-ОЗ // «Об инновационной деятельности и



государственной инновационной политике в Орловской области» // Орловская правда. — 2001. — № 175; Закон Московской области от 10 февраля 2011 № 15/2011-ОЗ «Об инновационной политике органов государственной власти Московской области» // Ежедневные Новости. Подмосковье. — 2011. — № 29; Закон Рязанской области от 13 ноября 2006 № 138-ОЗ «Об инновационном развитии и государственной инновационной политике Рязанской области» // Рязанские ведомости. — 2006. — № 296—297.

<sup>5</sup> Закон Ульяновской области от 2 ноября 2006 № 162-ЗО «Об установлении пониженной ставки налога на прибыль организаций, реализующих приоритетные инновационные проекты Ульяновской области» // Ульяновская правда. — 2006. — № 86 (22522).

<sup>6</sup> Закон Томской области от 29 декабря 2009 № 297-ОЗ «О расходах областного бюджета, обеспечивающих инвестиционную и инновационную деятельность в Томской области на 2010 год» // Собрание законодательства Томской области. — 2009. — № 1 (42).

<sup>7</sup> Закон Магаданской области от 21 декабря 2007 № 952-ОЗ «О наделении органов местного самоуправления государственными полномочиями Магаданской области по поддержке муниципальных общеобразовательных учреждений, внедряющих инновационные образовательные программы» // Магаданская правда. — 2007. — № 146 (19814).

<sup>8</sup> Закон Кемеровской области от 2 июля 2008 № 55-ОЗ «О технопарках в Кемеровской области» // Кузбасс. — 2008. — № 116.

<sup>9</sup> Закон Ивановской области от 13 декабря 2007 № 181-ОЗ «Об инновационной деятельности в сфере науки и высшего образования» // Собрание законодательства Ивановской области. — 2007. — № 49 (369).

<sup>10</sup> Закон Кемеровской области от 08.05.2009 № 43-ОЗ «О поощрении ученых, участвующих в инновационной деятельности» // Кузбасс. — 2009. — № 84; Закон Нижегородской области от 7 сентября 2006 № 89-З «Об утверждении инновационного соглашения между Правительством Нижегородской области и ООО «Пустынь» о предоставлении государственной поддержки» // Нижегородские новости. — 2006. — № 172 (3584).

**БУРТОВОЙ Максим Юрьевич**, соискатель кафедры конституционного и административного права, Южно-Уральский государственный университет. E-mail: m.u.burtovoy@mail.ru.

**BURTOVOY Maksim Yurievich**, Degree Candidate at the Chair “Constitutional and Administrative Law”, South Ural State University.  
E-mail: m.u.burtovoy@mail.ru.



В. В. Кизилов

## ПОЛОЖЕНИЕ ГРАЖДАНСКОГО СЛУЖАЩЕГО В СИСТЕМЕ СУБЪЕКТОВ АДМИНИСТРАТИВНО- ДЕЛИКТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

V. V. Kizilov

## THE POSITION OF A CIVIL SERVANT IN THE SUBJECTS OF ADMINISTRATIVE TORT RELATIONS

*На основе анализа действующего законодательства Российской Федерации и юридической литературы на предмет участия в административно-деликтных отношениях гражданского служащего определяется местоположение данного субъекта права в системе субъектов административно-деликтных отношений, с выделением особых статусов гражданских служащих — должностного лица и представителя власти.*

**Ключевые слова:** гражданский служащий, субъекты административно-деликтных отношений, субъекты административных правонарушений.

*Based on analysis of existing legislation and legal literature for participation in administrative tort respects civil servant is determined by the location of this entity in the entities administrative tort relations, with special status of civil servants-official and representative government.*

**Keywords:** civil servant, the subjects of administrative tort relations, subjects of administrative offences.

Рассматривая институты административного права, можно отследить изменение в них содержания прав, обязанностей и ответственности субъектов права. В результате анализа нами выделены следующие субъекты:

- субъекты административного права,
- субъекты административно-правовых отношений,
- субъекты административных правонарушений,
- субъекты административной ответственности.

Причем последние два вида субъектов можно объединить в одну группу субъектов — субъектов административно-деликтных отношений.

В работе, посвященной исследованию вопросов административной ответственности в российском праве, А. С. Дугенец<sup>1</sup> выражает согласие с отмеченным В. В. Денисенко существенным различием указанных субъектов:

«Понятие “субъект административной ответственности” необходимо ограничивать от понятия “субъект административного правонарушения”, поскольку последний не всегда подлежит административной ответственности. Так, сотрудники органов внутренних дел несут

ответственность за административные правонарушения по дисциплинарным уставам, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательством.

Круг субъектов административного правонарушения шире, нежели круг субъектов административной ответственности»<sup>2</sup>.

Действительно, Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ<sup>3</sup> исключает ответственность физического лица, которое во время совершения противоправных действий (бездействия) находилось и состоянии невменяемости, а следовательно, не могло осознавать фактический характер и противоправность своего поведения либо руководить им вследствие хронического или временного психического расстройства, слабоумия или иного болезненного состояния психики.

Нельзя не отметить также, что законодательством предусмотрены и иные исключения по специальным субъектам административных правонарушений, к которым административная ответственность по КоАП может быть применена с определенными изъятиями<sup>4</sup>.

Правила применения административной ответственности к специальным



субъектам определены не только главой 2 КоАП России, но и иными федеральными законами, например, Федеральным законом «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» от 8 мая 1994 года № 3-ФЗ<sup>5</sup>, Законом РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26 июня 1992 года № 3132-1<sup>6</sup>, Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации» в редакции от 17 ноября 1995 года № 168-ФЗ<sup>7</sup>, Федеральным законом «О статусе военнослужащих» от 27 мая 1998 года № 76-ФЗ<sup>8</sup>.

Содержание правовых норм указанных законов реально сокращает число субъектов административной ответственности по отношению к субъектам административных правонарушений. Категория «субъект правонарушения» отвечает на вопрос, кто может нести юридическую ответственность в случае совершения противоправного деяния, и, являясь элементом состава правонарушения, выполняет функцию одного из оснований юридической ответственности<sup>9</sup>.

Рассматривая положение гражданского служащего в системе субъектов административно-деликтных отношений, следует сразу отметить, что действующее административно-деликтное законодательство не использует в своем понятийном аппарате термин «гражданский служащий», и следует различать субъекты административно-деликтных отношений от субъектов административной ответственности.

Проблематика субъектов административно-деликтных отношений не является новой и уже выступала предметом научного интереса ученых-административистов, а профессор В. В. Денисенко, активно разрабатывавший до принятия нового кодекса об административных правонарушениях понятийный аппарат административно-деликтного права (как самостоятельной отрасли права), уделял серьезное внимание субъектам административно-деликтных отношений.

Изучив работы В. В. Денисенко, можно с уверенностью сказать, что в его работах вопрос о субъектах административно-деликтных отношений получил значительное развитие<sup>10</sup>. Представленная указанным ученым классификация субъектов учитывает их статус и роль как участников административно-деликтных отношений. В классификации субъектов административно-деликтных отношений по В. В. Денисенко усматривается

универсальность, отражающая видовое разнообразие субъектов и возможность ее применения при любом изменении законодательства об административной ответственности<sup>11</sup>. Представленная классификация субъектов, в зависимости от статуса и роли в административно-деликтных отношениях, охватывает:

а) лиц, совершивших административный деликт и подлежащих административной ответственности;

б) три группы органов (должностных лиц), выступающих в качестве стороны, преследующей правонарушителя на каждой из трех стадий административно-деликтных отношений;

в) иных лиц, которые могут попасть в сферу административно-деликтных отношений на той или иной фазе их развития<sup>12</sup>.

Анализ административно-деликтных отношений показывает, что большинство их носит характер двухсторонних отношений, сторонами которых выступают лица, нарушившие норму права, и лица, осуществляющие функции преследования правонарушителя. В. В. Денисенко объединяет указанные субъекты в группу основных, обязательных участников правоотношений, и отмечает при этом, что ими не ограничивается круг возможных субъектов. И в случаях, когда число участников правоотношений превышает две стороны и появляются субъекты, выступающие в качестве третьей стороны, данные субъекты, по мнению ученого, являются дополнительными субъектами<sup>13</sup>. Однако в деликтах, совершаемых должностными лицами государственной гражданской службы, когда происходит нарушение прав и интересов граждан и юридических лиц, число участников правоотношений всегда будет больше двух. Дополнительный субъект (в данном случае потерпевший), о котором вел речь ученый, с точки зрения обеспечения приоритета прав участников правоотношений и законности будет являться основным.

Все разнообразие субъектов — участников административно-деликтных отношений с их различными процессуальными статусами может быть приведено к одному субъекту права — физическому лицу (гражданам, иностранным гражданам и лицам без гражданства). Не вызывает сомнения, что в основных субъектах в группе преследуемых лиц в категории индивидуальных субъектов (физические лица) присутствуют гражданские служащие, в т. ч. обладающие особыми статусами должностного лица и представителя власти.



Состав группы преследующих лиц также не вызывает проблем с определением места в ней субъекта права — гражданского служащего. Так как преследование правонарушителя осуществляется в рамках компетенции и полномочий соответствующего административного органа (органа исполнительной власти), то гражданский служащий присутствует в данной группе только в качестве субъекта с особым статусом — в качестве должностного лица.

Лишь только в категории дополнительных субъектов в группе субъектов, имеющих в деле личный интерес, по нашему мнению, возможно участие субъектов права, как гражданских служащих, так и лиц с особым статусом — должностных лиц и представителей власти. Гражданский служащий может приобрести статус потерпевшего, когда в отношении него в период исполнения им служебных функций будет совершено противоправное деяние, наказуемое по КоАП РФ.

Законный представитель физического лица, относящегося к субъектам административной опеки, является, как правило, должностным лицом. Гражданский служащий со специальным статусом должностного лица может выступать и в качестве представителя юридического лица (статус юридического лица имеют и административные органы), не говоря уже о таком процессуальном субъекте, имеющем в деле личный интерес, как «представитель».

Перечень субъектов административно-деликтных отношений, определенный за-

конодателем в КоАП РФ, состоит из следующих участников отношений:

- должностные лица<sup>14</sup>,
- лица, несущие административную ответственность, как должностные лица<sup>15</sup>;
- военнослужащие; граждане, призванные на военные сборы; лица, имеющие специальные звания<sup>16</sup>;
- иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица<sup>17</sup>;
- собственники (владельцы) транспортных средств<sup>18</sup>;
- юридические лица<sup>19</sup>;
- физические лица<sup>20</sup>;
- судьи и органы, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях<sup>21</sup>, прокурор<sup>22</sup>;
- процессуальные участники, предусмотренные главой 25 КоАП РФ.

На основании проведенного анализа индивидуальных субъектов административно-деликтных отношений можно с уверенностью сказать, что гражданский служащий в системе субъектов административно-деликтных отношений занимает двойственное положение: как в группе преследующих лиц, так и в группе преследуемых лиц. И именно вхождение гражданского служащего в группу преследуемых лиц придает ему статус субъекта административной ответственности, который предусмотрен действующим законодательством Российской Федерации в большинстве составов правонарушений для частного случая — гражданского служащего в статусе должностного лица.

## Примечания

<sup>1</sup> Дугенец А. С. Административная ответственность в российском праве : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.14. — М., 2005. — С. 105—106.

<sup>2</sup> Денисенко В. В. Виды административных правонарушений и взыскания, применяемые за их совершение : учебное пособие. — Ростов н/Д : Ростовская ВШ МВД России, 1997. — С. 10—11.

<sup>3</sup> См.: Ст. 2.8 КоАП РФ.

<sup>4</sup> См.: Ст. 2.5, ч. 6 ст. 3.5, ст. 3.9 КоАП РФ. Более подробно об особенностях привлечения к административной ответственности специальных субъектов см.: Россинский Б. В. Административная ответственность : курс лекций — М. : Норма, 2009. — С. 28—33.

<sup>5</sup> СЗ РФ. — 1994. — 9 мая. — № 2. — Ст. 74.

<sup>6</sup> Российская газета. — 1992. — 29 июля.

<sup>7</sup> СЗ РФ. — 1995. — 20 ноября. — № 47. — Ст. 4472.

<sup>8</sup> СЗ РФ. — 1998. — 1 июня. — № 22. — Ст. 2331.

<sup>9</sup> Кожевников А. И. Субъекты юридической ответственности : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — М., 2004. — С. 37.

<sup>10</sup> См.: напр.: Денисенко В. В. Субъектный состав административно-деликтных отношений: проблемные вопросы теории : монография. — Ростов н/Д : РЮИ МВД России, 2001; Денисенко В. В. Классификация субъектов административно-деликтных отношений // Проблемы развития современного общества и правоохранительные органы : сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей. Вып. 12 / под ред. В. П. Сальникова. — СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2000; Денисенко В. В. Теория административно-деликтных отношений : дис. ... докт. юрид. наук. — СПб., 2002; Денисенко В. В. Системный анализ



административно-деликтных отношений : монография / под ред. В. П. Сальникова. — СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2001.

<sup>11</sup> *Денисенко В. В.* Теория административно-деликтных отношений : дис. ... докт. юрид. наук. — СПб., 2002. — С. 232.

<sup>12</sup> Там же. — С. 207.

<sup>13</sup> Там же. — С. 231.

<sup>14</sup> См.: ст. 2.4 КоАП РФ.

<sup>15</sup> См.: примечание к ст. 2.4 КоАП РФ.

<sup>16</sup> См.: ст. 2.5 КоАП РФ.

<sup>17</sup> См.: ст. 2.6 КоАП РФ.

<sup>18</sup> См.: ст. 2.6.1 КоАП РФ.

<sup>19</sup> См.: ст. 2.10 КоАП РФ.

<sup>20</sup> См.: ст. 2.1 КоАП РФ.

<sup>21</sup> См.: ст. 22.1 и главу 23 КоАП РФ.

<sup>22</sup> См.: ст. 25.11 КоАП РФ.

**КИЗИЛОВ Вячеслав Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права НОУ ВПО «Омский юридический институт». E-mail: attorney1961@mail.ru

**KIZILOV Vyacheslav Vladimirovich**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Chair of Constitutional and Administrative Law, Non-State Educational Institution of Higher Professional Education (NOU VPO) Omsk Law Institute. E-mail: attorney1961@mail.ru



УДК 351.74(470) "19"  
ББК ХЗ(2)5 + Х401.13(2)

Н. И. Биюшкина

## **ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРИОДА РАСЦВЕТА РОССИЙСКОЙ НАУКИ ПОЛИЦЕЙСКОГО ПРАВА (80-Е ГГ. XIX – НАЧАЛО XX ВВ.)**

N. I. Biyushkina

## **GENERAL CHARACTERISTICS OF THE "BLOSSOM" PERIOD OF THE RUSSIAN POLICE LAW SCIENCE (THE 80-IES OF THE 19TH CENTURY – THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY)**

*Статья посвящена изучению важного этапа развития науки полицейского права в дореволюционной России. Исследованы концепции ученых-полицистов рассматриваемого периода. Среди них: И. Т. Тарасов, Н. Белявский, В. В. Ивановский, В. Ф. Дерюжинский, Э. Н. Берендтс, А. И. Елистратов, В. М. Гессен.*

**Ключевые слова:** *российская наука полицейского права, полицейское право, полицейская деятельность государства, административное принуждение.*

*Article presented to publication is devoted study of the most important stage of development of a science of the police right in pre-revolutionary Russia. All concepts of outstanding scientists-politseysists of the considered period are investigated in this work. Among them are: I. T. Tarasov, N. Belyavsky, V. V. Ivanovsky, V. F. Derjuzhinsky, E. N. Berendts, A. I. Elistratov, V. M. Gesen.*

**Keywords:** *russian science of the police right, the police right, police activity of the state (government), administrative compulsion.*

Наука полицейского права в России достигла своего наивысшего развития в период, хронологические рамки которого определяются 80-ми гг. XIX — началом XX вв. Он ознаменовался окончательным переходом полицейского права в отрасль административного.

Исследователи этого периода часто используют термины «полицейское» и «административное» как взаимозаменяемые синонимы, охватываемые общим понятием права внутреннего управления. Так, профессор Московского университета И. Т. Тарасов публикует ряд исследований, посвященных данной проблематике: «Краткий очерк административного права» (1888 г.), «Учебник науки полицейского права» (1891—1896 гг.), «Очерк науки полицейского права» (1897 г.).

И. Т. Тарасов определяет науку полицейского права как науку о правовых нормах, определяющих полицейскую деятельность государства. В качестве предмета ее исследования он выделяет правоотношения, возникающие из этой деятельности, равно как и задачи, фор-

мы и границы последней. От науки исследователь отличает положительное полицейское право, т. е. совокупность постановлений и норм, определяющих полицейскую деятельность в данном государстве в данное время<sup>1</sup>.

Профессор отмечает тесную связь наук государственного управления (административного права) и полицейского права, а позднее, в «Очерке науки полицейского права», приходит к выводу, что «совместное существование обеих наук немыслимо, ибо исторически и генетически наука административного права есть не что иное, как третья ступень развития науки о полиции»<sup>2</sup>. Тем самым, разделяя теорию внутреннего управления Л. Штейна, И. Т. Тарасов рассматривает полицию как часть администрации (исполнительной власти), что логически приводит его к отождествлению административного и полицейского права.

Представляя систему органов исполнительной власти как совокупность государственных органов, которым принадлежат руководящая деятельность и



высший надзор, органов местного самоуправления, преследующих локальные интересы, и общественных объединений, вытекающих из личных интересов, И. Т. Тарасов наделяет их всех полицейскими полномочиями. Они, в его видении, призваны обеспечить реализацию распоряжений и предписаний, издаваемых органами администрации в рамках их компетенции. Полицию профессор относит к органам специальной компетенции, указывая при этом, в отличие от Л. фон Штейна, на временный характер отдельного существования министерства полиции, «необходимость которого обуславливается наличием столь интенсивной опасности, которая может быть поборена лишь централизованно и самостоятельно поставленной полицейской властью в тесном смысле»<sup>3</sup>. В идеале «не только нет никакой надобности, но даже заведомо вредно обособление полиции в самостоятельное специальное ведомство»<sup>4</sup>.

На основе учения Л. фон Штейна И. Т. Тарасов выводит теорию административного принуждения. Рассматривая форму деятельности органов исполнительной власти в виде подзаконных распоряжений (акты нормативного характера) и предписаний (акты ненормативного характера), он определяет в качестве условия наступления их обязательности законность: «...распоряжение всегда должно опираться на закон, заключая в себе не только то, что хочет закон, но и все то, в силу чего закон делается применимым и для чего он издан... они должны иметь рядом с законом второстепенную юридическую силу и, при коллизии с законом, они теряют свою обязательность»<sup>5</sup>. Обязательность властных решений административных органов обеспечивается мерами принуждения, которые профессор характеризует как «крайнее средство», которым легко могут быть нарушены права граждан<sup>6</sup>. Обеспечение баланса интересов законности и прав граждан базируется на принципах применения мер принуждения: 1) принуждение используется как исключительная мера, при наличии сопротивления законным требованиям; 2) разделяется на ряд предупредительных этапов, предваряющих принуждение (приказание, приказание с угрозой исполнения приказываемого в счет обвиняемого, приказание с угрозой наказания, приказание с угрозой физического принуждения); 3) осуществляется только в установленных законом формах; 4) соразмерность принуждения оказываемому сопротивлению; 5) судеб-

ный контроль за законностью применения мер принуждения.

И.Т. Тарасов выделяет четыре группы форм принуждения: 1) предоставление полиции и администрации судебных полномочий (административная юстиция); 2) личное задержание; 3) вооруженное принуждение; 4) исключительное, осадное или чрезвычайное положение<sup>7</sup>.

Свои функции служебного органа юстиции полиция, как видит ее И. Т. Тарасов, осуществляет в формах: 1) отдельных следственных действий (проникновение в жилище, задержание, обыск, выемка, вскрытие и просмотр частной корреспонденции); 2) розыска, дознаний, следствий; 3) обвинения в определенных случаях перед судом; 4) полицейского суда. Прогрессивным моментом учения И. Т. Тарасова является его понимание задачи полиции в широком смысле, которая определяется соотношением положительных мер (покровительство, поощрение, содействие, устранение препятствий и т. д.) и отрицательных (запрещение, ограничение, понуждение, стеснение и т. д.)<sup>8</sup>. Это соотношение он представляет в динамике: «меры положительные в конкретной их форме, подобно мерам отрицательным, имеют в большей части случаев значение лишь временное, преходящее, обуславливаемое наличием известных условий, при изменении которых должны изменяться и сами эти меры (например, положительное значение протекционизма в торговой политике зависит всецело от периодов развития промышленности каждого государства)»<sup>9</sup>. В. М. Гессен критиковал концепцию полицейского права И. Т. Тарасова с точки зрения ее научности: «Курс Тарасова не имеет научного значения: он в высшей степени неудовлетворителен по полному отсутствию системы, по отрывочности, случайности и непроверенности положительного материала»<sup>10</sup>.

В 1900 г. издается «Повторительный курс полицейского права» М. К. Палибина, который представлял собой краткое изложение основных направлений полицейской деятельности государства и их содержание: «полицейская деятельность государства, проявляемая правительством, заключается в наблюдении за предприятиями частных лиц, союзом и обществом, имеющими целью обеспечить условия безопасности и благосостояния, и в принятии своей стороны мер к обеспечению этих условий, при недостаточности для того частной и общественной деятельности»<sup>11</sup>. Автор придерживается понимания полицейского права и его си-





стемы, представленной профессором Андреевским, и, по сути, в своей работе адаптирует научные разработки полицейстов к учебному процессу.

Н. Белявский в своей работе «Полицейское право» (1904 г.) разграничивает понятия «внутреннее управление» и «право внутреннего управления»: «Внутреннее управление имеет свою задачу не только приведение в исполнение полицейского законодательства, но и осуществление тех практических мер, при помощи которых государство, в лице своего правителя, стремится осуществить культурные задачи, преследуемые образованным человечеством. Наука права внутреннего управления не может исчерпать всей материальной стороны этих мероприятий, поневоле ограничиваясь анализом формальной стороны участия правительства в разных проявлениях общественной жизни»<sup>12</sup>. Автор подробно излагает русское полицейское законодательство, применяя в основном метод исторического анализа.

Очень близок идеям И. Т. Тарасова относительно видения полицейского права профессор Казанского университета В. В. Ивановский. В своей работе «Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления)» (1908 г.) он представляет полицейское право в составе общей системы административного права через призму понятия внутреннего управления. В. В. Ивановский различает науку о внутреннем управлении — «отрасль государственного управления, которая имеет своей задачей изучение всей совокупности государственных мероприятий, принимаемых в видах создания условий благосостояния и безопасности граждан»<sup>13</sup>, и подчиненное ей право внутреннего управления — «науку, имеющую дело исключительно с государственными нормами или законами и распоряжениями, определяющими характер и содержание мероприятий, применяемых в целях организации условий безопасности и благосостояния»<sup>14</sup>. Под правом внутреннего управления он понимает полицейское право или административное право в узком смысле. Если рассматривать административное право в широком смысле, то оно представляет собой совокупность норм, определяющих государственную деятельность в целом, и включает, соответственно, финансовое, военное, церковное, международное право.

Систему полицейского права (или права внутреннего управления) В. В. Ивановский представляет в классическом

виде: общая часть (вопросы организации внутреннего управления, их природа, построение властеотношений, формы деятельности органов управления) и материальная, особенная часть (изучающая юридические нормы, определяющие задачи деятельности административных установлений, соответствующие способы и средства их осуществления). Особенная часть полицейского права, изложенная профессором Ивановским, представляет отдельную структурированную область знаний, основанную на основной идее внутреннего управления — достижение человеком «высшей степени благосостояния»<sup>15</sup>. Реализация обозначенной идеи происходит через удовлетворение человеческих потребностей, первоочередной из которых является потребность в безопасности. Отсюда наиболее важным предметом государственной деятельности есть обеспечение определенной степени защищенности личности, поскольку именно государство располагает соответствующими для этого средствами. «Слово “безопасность”, — пишет В. В. Ивановский, — неразлучно связано со словом “полиция”, и это, конечно, потому, что та государственная деятельность, которая имела своим предметом обеспечение безопасности, с давних пор называлась, как называется еще и теперь, полицией»<sup>16</sup>. Профессор, как и его предшественники, делит полицию на две части — полицию безопасности и полицию благосостояния (или административную), однако он дает новое видение указанной классификации, говоря, что эти две составные следует толковать не как учреждения, а как сферы деятельности административных органов: «в действительной жизни выполнение тех и других задач возлагается обыкновенно на одни и те же органы, хотя иногда встречаются и специальные органы административной полиции, куда относятся, например, речная полиция, фабричная инспекция...»<sup>17</sup>. Целесообразность самостоятельного рассмотрения каждой из двух означенных видов полиций автор аргументирует тем, что характер деятельности полиции безопасности практически не изменился, а в деятельности административной полиции преимущественно прослеживается характер попечительства. В соответствии с указанной классификацией полиции В. В. Ивановский разделяет всю исполнительную деятельность административных органов на две части — для первой характерно доминирование вертикальных, властных, субординационных отношений, для второй — горизонтальных, дис-

позитивных административно-правовых отношений. В числе первых, присущих полиции безопасности, профессор обозначает меры принуждения. Обозначая, как и профессор И. Т. Тарасов, условия правомерности принуждения, В. В. Ивановский выделяет две основные формы принуждения — психическую и физическую. В числе основных мер полицейского принуждения он выделяет: 1) отобрание вида на жительство; 2) требование явки и привод; 3) стеснение свободы передвижения; 4) полицейский надзор; 5) ограничения, налагаемые на труд; 6) арест; 7) высылка и ссылка; 8) употребление оружия полицией; 9) употребление оружия войском по требованию гражданских властей; 10) усиленная и чрезвычайная охрана<sup>18</sup>. В качестве средства обеспечения баланса принудительного стеснения прав граждан и интересов безопасности автор видит административную юстицию. Таким образом, полицейское право в свете учения профессора В. В. Ивановского представляет собой продолжение учений И. Т. Тарасова и Л. фон Штейна, более обобщенное и логически завершенное.

В том же 1908 г. профессор В. Ф. Дерюжинский издает свою монографию «Полицейское право», которая, по мнению ученых-административистов, представляет собой изложение отдельных вопросов полицейского законодательства<sup>19</sup>. «Полицейское право, — пишет В. Ф. Дерюжинский, — принадлежит к кругу наук о государстве и предметом своим имеет изучение так называемого внутреннего управления»<sup>20</sup>. Содержание полицейского права он представляет исходя из формулирования тех задач, которые ставит перед собой государство для обеспечения наиболее благоприятных условий развития народа, общественного и индивидуального благосостояния народа. Соответственно его система полицейского права выстраивается из трех разделов: 1) отрасли государственной и общественной деятельности, имеющие предметом различные стороны хозяйственной жизни (промышленность); 2) те отрасли государственной и общественной деятельности, содействующие духовно-интеллектуальному развитию населения (народное образование); 3) все остальные явления, изучаемые полицейским правом, которые не могут быть отнесены к первым двум намеченным областям. Сюда он включает охранение общественного порядка и спокойствия (полиция безопасности — полиция передвижения, общественных союзов и собраний, исключительные меры), уче-

ния о медицинской и санитарной полиции, о мерах к охранению общественной нравственности, полицию печати, пути сообщения (почта, телеграф), учение об общественном призрении бедных. Таким образом, видно, что система полицейского права, представленная профессором В. Ф. Дерюжинским, несколько хаотична. В. М. Гессен, например, характеризует труд В. Ф. Дерюжинского не как курс полицейского права, а «ряд интересно написанных этюдов»<sup>21</sup>. Отметим при этом, что впервые в этой работе пристальное внимание обращено на систему общественного призрения и благотворительности как немаловажного средства достижения поставленной цели — общественного благополучия.

В 1898 г. выходит в свет монография профессора Демидовского юридического лица Э. Н. Берендтса «Опыт системы административного права», в которой полицейское право уже окончательно отождествляется с административным. Под административным правом, пишет Э. Н. Берендтс, мы понимаем: совокупность норм, регулирующих обязательно и принудительно деятельность органов государственной власти, а также общественных групп и частных лиц для осуществления государственных задач и совокупность обусловленных этой деятельностью юридических отношений между государством вообще, его органами, общественными группами и частными лицами»<sup>22</sup>. Система административного права в видении Э. Н. Берендтса существенно отличается от его предшественников: в отличие от общепринятой системы общей и особенной частей он делит административное право на объективное право, устанавливающее границу прав и обязанностей органов власти и членов общества при обязательном обеспечении защиты интересов частной и общественной жизни; субъективное административное право государственной власти и ее органов, включая организационные вопросы, а также субъективное административное право «участников государственного общения»<sup>23</sup>. Таким образом, ученый представляет систему административного права на основе разграничения субъективного права в публично-правовой и частно-правовой сферах.

В учении Э. Н. Берендтса ярко прослеживается трансформация общепринятого представления о полицейском праве как неотъемлемой части полицейского государства в полицейское право правового государства. Рассматривая государство как всемогущего субъекта администра-





тивных отношений, обладающего «принудительной властью в формально неограниченном объеме, подчиняющему своему действию все что живет и действует на данном пространстве территории»<sup>24</sup>, остальных субъектов (граждане, союзы, земства, общины и т. д.), он представляет в качестве объектов управления, т.е. перед нами общая схема полицейского государства. Но ввиду того, что, как признает Э. Н. Берендтс, «все государства культурного мира стремятся... быть государствами правовыми», по уполномочию государства, под его надзором, к управлению начинают привлекаться члены гражданского общества, и формируется в итоге управление (или администрация). Управление решает ряд задач: защита территориальной целостности государства, его политической независимости, охрана государственного строя и единства правовой системы, личной и общественной безопасности населения, охрана благосостояния населения. При этом в этой цепочке задач явный приоритет отдается интересам государства перед личными интересами, поскольку, как выражается ученый, потребности индивидов и их союзов преходящи, изменчивы, а государство — «союз всеобъемлющий и, так сказать, вечный»<sup>25</sup>. Административное право, преследующее цель примирения различных социальных интересов, становится неотъемлемым элементом правового государства: «стремление органов государственной власти подчинить интересу государства все интересы, общественные и частные, вызывает нормирующую, регулирующую деятельность высшей государственной власти, выражающуюся в целой совокупности юридических норм для определения прав и обязанностей органов власти, отдельных личностей и союзов при осуществлении государственных задач»<sup>26</sup>.

Однако окончательный переход к теоретическому обоснованию полицейского права правового государства совершил, по мнению исследователей<sup>27</sup>, выдающийся русский административист начала XX века профессор А. И. Елистратов. Изучая историю становления полиции, он отмечает, что первоначальное греческое значение термина «полиция» как «городское дело» свидетельствует о близости его римскому «республика» (дело общественное). В период абсолютизма такое понимание полиции постепенно исчезает, на смену ему приходит «обозначение совокупности мер, принимаемых королевской властью для упрочения порядка, благосостояния и общественной

нравственности...»<sup>28</sup>. Желая принудительно облагодетельствовать народ, власть монарха неизменно становилась опекуном, контролировавшим практически все сферы жизни общества. В качестве яркого примера законодательного памятника, характеризовавшего абсолютную полицейскую регламентацию, А. И. Елистратов приводит Устав о предупреждении и пресечении преступлений: «Полиция имеет попечение, чтобы молодые и младшие почитали старших и старых, чтобы дети повиновались родителям, а слуги своим господам и хозяевам»<sup>29</sup>. В результате подобной деятельности полицейского государства «подчиненный всепроникающей полицейской опеке, обыватель оказывался в положении безличного объекта для правительственных мероприятий. Меры безопасности относительно людей ставились в полицейском государстве на одну плоскость с мерами безопасности относительно животных и стихийных сил природы»<sup>30</sup>. Полицейское «право» (А. И. Елистратов пишет его название в кавычках, подчеркивая лишь формальное соответствие праву) сводилось в основном лишь к регламентации внутреннего распорядка полицейской деятельности, подданный должен был беспрекословно подчиняться его императивным нормам. В отличие от гражданского или уголовного права того времени, в рамках которых действовали реальные механизмы судебной защиты, в полицейском праве эти гарантии отсутствовали. Профессор приходит к выводу, что полицейское государство периода абсолютизма, нацеленное на укрепление господства единой королевской власти, объединявшее в определенную систему «самостоятельные ячейки феодальной эпохи», не могло «составить прочного базиса для дальнейшего развития процесса взаимного соподчинения людей... Полицией достигалась в лучшем случае лишь «невозможность сопротивления» воле короля со стороны обезвреженных мерами благочиния обывателей»<sup>31</sup>.

Переход от абсолютной монархии к конституционной ознаменовал, по мнению А. И. Елистратова, смену полицейского государства правовым с его идеей автономной личности, «противопоставленной режиму полицейской опеки»<sup>32</sup>. Положение граждан в правовом государстве он определяет «степенью развития начал правового верховенства, самоуправления, гражданской свободы и общественного служения в ущерб монархическому суверенитету и его перевоплощению»<sup>33</sup>. Соответственно власть начинает преобразовываться в соци-

альную, приобретать характер «общественного служения» (этот термин вводит А. И. Елистратов, указывая, что выражается оно тем ярче, чем «глубже проникнутся правящие сознанием служебного долга, а граждане своими правопритязаниями на определенные услуги со стороны государственного управления»<sup>34</sup>). Преобразование управления в общественное служение приводит к необходимости изучения публичных служб, призванных его реализовать, чем и занимается наука административного права как учение о правоотношениях в сфере государственного управления.

В тот же период, что и А. И. Елистратов, занимается научной разработкой теории полицейского права известный ученый-административист В. М. Гессен. Его авторству принадлежит ряд весомых научных исследований в области государственного, административного и международного права, в числе которых можно выделить следующие: курс лекций по полицейскому праву (1902 г.), учебник административного права (1903 г.), «Исключительное положение» (1908 г.), «Основы конституционного права» (1918 г.) и др. Придерживаясь либеральных взглядов, В. М. Гессен представляет теорию полицейского права через призму смены полицейского государства правовым. Если в полицейском государстве властные правоотношения носят односторонний характер (подданный является объектом воздействия со стороны власти, на него возлагаются исключительно обязанности), то в правовом государстве эта модель приобретает двусторонний взаимообязывающий характер (совокупность взаимных прав и обязанностей между исполнительной властью и гражданами, при частичном сохранении за публичной властью возможности принудительно осуществлять свои права в интересах поддержания общественного порядка и безопасности). Соответственно, эти принудительные полномочия регламентируются полицейским правом, а практически реализуются полицией. Как отмечает профессор К. С. Бельский, определяя полицию как исполнительную власть, осуществляющую принудительную деятельность, В. М. Гессен использует понятие «полицейское (административное) право». Под ним понимается «совокупность правовых норм, регулирующих принудительную деятельность органов исполнительной власти и образующих определенную часть административного права вообще»<sup>35</sup>. С переходом полицейского государства в правовое, по мнению

В. М. Гессена, полицейское право становится частью административного права, образуя важную его часть. Под административным правом В. М. Гессен понимает «отрасль юриспруденции, которая изучает нормы, регулирующие деятельность государственной власти в сфере внутреннего управления»<sup>36</sup>. Признавая, как и А. И. Елистратов, общепринятое деление полицейского права на две части (полицию безопасности и благосостояния) не действующим в связи с тем, что они в одинаковой мере свойственны всем отраслям управления, В. М. Гессен выделяет в науке административного права следующие разделы: 1) регламентация политической свободы; 2) деятельность государства в области народного здоровья; 3) в области народного просвещения; 4) в области экономической жизни народа<sup>37</sup>. Полицейское право входит в первый из вышеуказанных разделов. Оно представлено в виде двух самостоятельных частей, выделенных в соответствии с классификацией полицейских полномочий на нормальные (осуществляются в рамках нормального, мирного существования государства) и чрезвычайные (реализуются в условиях возникшей угрозы безопасности общества и государства). Нормальные полномочия делятся на предупредительные меры (полицейский арест, надзор, административная ссылка и высылка, вооруженное принуждение), меры непосредственного принуждения (физическое воздействие), репрессивные меры (административные взыскания). В совокупности все это составляет «нормальное полицейское право»<sup>38</sup>. Чрезвычайное или исключительное полицейское право регламентирует меры безопасности, обеспечивающие общественный порядок в период угрозы существования самого государства (война, массовые внутренние волнения), которые выражаются в усилении карательных санкций, ограничении свободы передвижения, расширении подведомственности военных судов и т. д. Завершает концепцию административного права В. М. Гессена институт административной юстиции, которую он признавал «архимедовым рычагом правового государства», определяя ее как «своеобразную и обособленную организацию судебной власти, призванную к защите субъективных прав путем отмены незаконных распоряжений административной власти»<sup>39</sup>.

Таким образом, период расцвета российской науки полицейского права приходится на 80-е гг. XIX — начало XX вв. В это время исследователем



И. Т. Тарасовым была выведена теория административного принуждения, приведена классификация его форм. Профессор Н. Белявский разграничил понятия «внутреннее управление» и «право внутреннего управления». В. В. Ивановский представил полицейское право в составе общей системы административного права. Выделил общую и особенную часть полицейского права, определяя их содержание, классифицировал формы и меры полицейского принуждения. Профессор В. Ф. Дерюжинский систематизировал науку полицейского права. Ученый

Э. Н. Берендтс убедительно доказал тождество административного и полицейского права и выделил в нем объективное и субъективное административное право, определяя содержание этих составляющих частей. Исследователь А. И. Елистратов проследил эволюцию понятия «полиция» применительно к сменяющим друг друга формам правления. Профессор В. М. Гессен выделил в науке полицейского права ряд разделов, обосновав их классификацию. Его авторству принадлежит теория чрезвычайного (исключительного) полицейского права.

### Примечания

- <sup>1</sup> Тарасов И. Т. Учебник науки полицейского права. — Вып. 1. — М. : Печатня С. П. Яковлева, 1891. — С. 4.
- <sup>2</sup> Тарасов И. Т. Очерк науки полицейского права : пособие для слушания лекций и для приготовления к экзамену. — М. : Печатня С. П. Яковлева, 1897. — С. 6.
- <sup>3</sup> Тарасов И. Т. Учебник науки полицейского права. — Вып. 1. — М. : Печатня С. П. Яковлева, 1891. — С. 46.
- <sup>4</sup> Там же. — С. 45—46.
- <sup>5</sup> Там же. — С. 63—64.
- <sup>6</sup> Там же. — С. 65.
- <sup>7</sup> Тарасов И. Т. Учебник науки полицейского права. — С. 66.
- <sup>8</sup> Там же. — С. 102.
- <sup>9</sup> Там же. — С. 102—104.
- <sup>10</sup> Гессен В. М. Административное право : популярные лекции для самообразования // Семейный университет Ф. С. Комарского. Юридический факультет. Вып. 1—2. — СПб. : Паровая скоропеч. Г. Пожарова, 1903. — С. 25.
- <sup>11</sup> Палибин М. Н. Повторительный курс полицейского права (сост. применительно к программе испытаний в юрид. комис. по курсам проф. Андреевского, Антоновича, Бунге и др.). — СПб. : Н. К. Мартынов, 1898. — С. 1—2.
- <sup>12</sup> Белявский Н. Н. Полицейское право (Административное право) : конспект лекций. Изд. 2. — Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1910. — С. 18.
- <sup>13</sup> Цит. по: Ивановский В. В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления) // Российское полицейское (административное) право: конец XIX — начало XX века : хрестоматия / сост. Ю. Н. Стариков. — Воронеж : Изд.-во Воронеж. гос. ун-та, 1999. — С. 290.
- <sup>14</sup> Там же.
- <sup>15</sup> Там же. — С. 341.
- <sup>16</sup> Цит. по: Ивановский В. В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления). — С. 341.
- <sup>17</sup> Там же. — С. 343.
- <sup>18</sup> Там же. — С. 353.
- <sup>19</sup> Белявский Н. Н. Указ. соч. — С. 31.
- <sup>20</sup> Дерюжинский В. Ф. Полицейское право : пособие для студентов. Изд. 2-е, доп. — СПб. : Сенатская тип., 1908. — С. 1.
- <sup>21</sup> Гессен В. М. Указ. соч. — С. 25.
- <sup>22</sup> Берендтс Э. Н. Опыт системы административного права. Обзор истории административного права и истории его литературы. — Ярославль : Типо-лит. Э. Г. Фальк, 1898. — С. 7—8.
- <sup>23</sup> Стариков Ю. Н. История развития административно-правовой науки // Российское полицейское (административное) право: конец XIX — начало XX века : хрестоматия / сост. Ю. Н. Стариков. — Воронеж : Изд.-во Воронеж. гос. ун-та, 1999. — С. 29.
- <sup>24</sup> Берендтс Э. Н. Указ. соч. — С. 4—5.
- <sup>25</sup> Там же. — С. 3.
- <sup>26</sup> Там же. — С. 7.
- <sup>27</sup> Овсянников Ю. Н. «Полицейское право» в истории правовой мысли Западной Европы и России : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — СПб. : Северо-Западная академия гос. службы, 2002. — С. 73.
- <sup>28</sup> Елистратов А. И. Основные начала административного права // Российское полицейское (административное) право: конец XIX — начало XX века : хрестоматия / сост. Ю. Н. Стариков. — Воронеж : Изд.-во Воронеж. гос. ун-та, 1999. — С. 384.
- <sup>29</sup> Устав о предупреждении и пресечении преступлений изд. 1890 г. // Свод законов Российской империи. — Т. 14. — СПб. : Гос. тип., б. г. — Ст. 122.



<sup>30</sup> *Елистратов А. И.* Указ. соч. — С. 387—388.

<sup>31</sup> Там же. — С. 389.

<sup>32</sup> Там же. — С. 390.

<sup>33</sup> Там же. — С. 392.

<sup>34</sup> Там же. — С. 411.

<sup>35</sup> *Бельский К. С.* Ученый-административист и поэт Серебряного века (К 140-летию со дня рождения проф. В. М. Гессена) // Государство и право. — 2009. — № 1. — С. 84.

<sup>36</sup> *Гессен В. М.* Указ. соч. — С. 26.

<sup>37</sup> Там же. — С. 27.

<sup>38</sup> *Бельский К. С.* Указ. соч.

<sup>39</sup> Там же. — С. 86.

**БИЮШКИНА Надежда Иосифовна**, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Нижегородского государственного университета им. Н. И. Лобачевского.

E-mail: asya\_biyushkina1@list.ru

**BIYUSHKINA Nadezhda Iosifovna**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Chair "Theory and History of State and Law", Nizhny Novgorod State University named after N. I. Lobachevskiy.

E-mail: asya\_biyushkina1@list.ru



И. Ю. Гольяпина

## АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА РАЗГЛАШЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ С ОГРАНИЧЕННЫМ ДОСТУПОМ

I. U. Golyapina

## ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR DISCLOSURE OF THE INFORMATION WITH THE LIMITED ACCESS

*В статье проанализированы проблемы административной ответственности за разглашение информации с ограниченным доступом. Предложена формулировка статьи 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

**Ключевые слова:** разглашение информации с ограниченным доступом, административная ответственность.

*In the article problems of administrative responsibility for disclosure of the information with the limited access was analysed. The formulation of the article 13.14 of the Code of the Russian Federation about administrative offenses has been offered.*

**Key words:** disclosure of the information with the limited access, administrative responsibility.

В правовой науке остаются нерешенными вопросы о понятии конфиденциальной информации, о ее соотношении с тайнами, охраняемыми действующим законодательством, об административно-правовой защите такой информации при ее разглашении. Исследователями отмечается, что в действующем законодательстве присутствуют тайны, число которых превышает 40<sup>1</sup>. Причем ответ на вопрос о соотношении озвученных категорий не является однозначным ни для законодателя (поскольку нормативная база противоречива), ни для юридической науки.

Концептуальное решение имеющихся проблем становится возможным, во-первых, при детальном изучении самого понятия «разглашение». Во-вторых, при разграничении схожих составов, предусмотренных уголовным законодательством. В-третьих, при ответе на вопрос о видах тайн, разглашение которых может повлечь за собой административную ответственность по статье 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, диспозиция которой обращена к специальным субъектам — лицам, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей.

В настоящее время единственным официальным нормативно-правовым актом, в самом общем виде систематизирующим конфиденциальную информацию, является Перечень сведений конфиденциального характера<sup>2</sup>.

Названный Перечень включает, во-первых, сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющих идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях.

Право на неприкосновенность частной жизни (статья 23, часть 1 Конституции Российской Федерации) означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного характера. В понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер<sup>3</sup>. Развивает конституционные положения о неприкосновенности частной жизни Федеральный закон «О персональных



данных», формулирующий дефиниции персональных данных и некоторых информационных процессов<sup>4</sup>.

Разглашение информации о персональных данных охраняется в установленных случаях уголовным законом. Так, статьей 137 Уголовного кодекса «Нарушение неприкосновенности частной жизни» установлена ответственность за незаконное соби́рание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия либо распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации. Как отмечается авторами в комментарии к рассматриваемой статье, кроме распространения сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении, к распространению сведений относится любое незаконное или без согласия лица их доведение до сведения хотя бы одного лица<sup>5</sup>.

В этом случае следует уточнить, что если результатом распространения и является получение сведений хотя бы одним лицом, то ориентироваться при квалификации деяния все-таки следует на то, что умысел правонарушителя изначально направлен на предоставление сведений неопределенному кругу лиц. Категории «распространение» и «разглашение» соотносятся как целое и часть; разглашение может быть совершено различными действиями (бездействием), и в том числе посредством распространения. В законодательстве термин «распространение» характеризуется как предоставление информации для неопределенного круга лиц<sup>6</sup>, тогда как разглашение может быть совершено посредством доверительного разговора, публичного выступления, переписки, показа документов, демонстрации, оставлением носителей в условиях, когда со сведениями могут быть ознакомлены посторонние лица<sup>7</sup>.

Отметим, что статья 13.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях «Нарушение установленного законом порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных)» устанавливает ответственность за перечисленные в названии статьи альтернативные действия или их совокупность. При этом необходимо иметь в виду, что действия, подпадающие под признаки разглашения, должны квалифицироваться по статье 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях

«Разглашение информации с ограниченным доступом».

Законодатель оперирует также термином «персональные данные работника». Согласно ст. 88 Трудового кодекса работодатель не вправе сообщать персональные данные работника третьей стороне без письменного согласия работника, за исключением установленных законом случаев. При этом, несмотря на достаточность «универсальной» статьи 5.27 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях «Нарушение законодательства о труде и об охране труда», следует иметь в виду, что разглашение работодателем персональных данных, не санкционированное работником, также квалифицируется по статье 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях<sup>8</sup>.

Вторая категория сведений конфиденциального характера, установленная Указом № 188, — сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства. За разглашение такого рода сведений предусмотрена уголовная ответственность статьей 310 Уголовного кодекса. Применительно к данной статье разглашение означает предание гласности в любой форме (устной, письменной, наглядно-демонстрационной, с использованием средств массовой информации либо технических средств) данных предварительного следствия или дознания во время предварительного расследования. Разглашение данных после окончания следствия или дознания по делу и рассмотрения его судом не подпадают под признаки преступления<sup>9</sup>.

Третьим пунктом в Перечне сведений конфиденциального характера поставлены служебные сведения, доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и федеральными законами (служебная тайна).

В настоящее время в законодательстве не определена дефиниция «служебных сведений». При этом из Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и Постановления Правительства «Об утверждении Положения о порядке обращения со служебной информацией ограниченного распространения в федеральных органах исполнительной власти»<sup>10</sup> однозначно следует, что служебная тайна — самостоятельный объект правоотношений. Отмеченное Положение в общих чертах определяет режим служебной тайны, обязательность нанесения грифов «Для служебного пользования» и т. д.





В утратившей силу редакции статьи 139 Гражданского кодекса Российской Федерации устанавливалось, что информация составляет служебную или коммерческую тайну в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам. Однако при такой формулировке неочевидно, в чем состоит отличие служебной тайны от коммерческой. Не вносят ясности и иные федеральные законы<sup>11</sup>. В рассматриваемом Перечне сведений служебная тайна определена как служебные сведения, доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с Гражданским кодексом и федеральными законами. Федеральный закон «О коммерческой тайне» оперирует лишь термином «информация, составляющая коммерческую тайну».

Необходимо отметить, что при рассмотрении категории служебной тайны не следует акцентировать внимание только на коммерческой тайне, поскольку в содержание служебных могут быть включены и сведения о мерах безопасности, применяемых в отношении судьи и участников уголовного процесса. За разглашение таких сведений установлена уголовная ответственность статьей 311 Уголовного кодекса. Объективная сторона составов преступления выражается в действии или бездействии — разглашении в любой (устной, письменной и т. п.) форме сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении участников уголовного судопроизводства<sup>12</sup>. К служебным следует относить и сведения о мерах безопасности, применяемых в отношении должностного лица правоохранительного или контролирующего органа. За разглашение такого рода сведений предусмотрена уголовная ответственность статьей 320 Уголовного кодекса. Для состава преступления достаточно того, чтобы меры безопасности были разглашены любым способом любому лицу, которому сведения о мерах безопасности не были доверены по работе или службе, для использования этих сведений в целях воспрепятствования служебной деятельности должностного лица<sup>13</sup>.

Служебная информация — в буквальном толковании известная лицу в связи с исполнением обязанностей государственного или муниципального служащего. Но такая формулировка является обобщенной. Логичнее выделять профессиональную, коммерческую и иные категории тайн. И только в том случае, когда сведения, составляющие конкрет-

ный вид тайн, в установленном порядке становятся известными соответствующему органу государственной власти, они приобретают статус служебной тайны. К служебным следует также относить сведения, образующиеся и циркулирующие внутри системы органов государственной власти, в соответствии с установленным порядком документооборота.

Таким образом, служебную тайну, как самостоятельный вид информации с ограниченным доступом, составляет любая информация с ограниченным доступом, которая в установленном порядке становится известной органу государственной власти, местного самоуправления.

Из сказанного следует, что служебная тайна является производной от иных, охраняемых законом тайн, и потому ответственность за разглашение будет различной. Так, разглашение персональных данных, сведений, составляющих аудиторскую тайну, тайну связи, подлежит административному наказанию по ст. 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях; за разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении судьи и участников уголовного процесса, наступает уголовная ответственность.

Четвертая категория сведений конфиденциального характера — это сведения, связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Конституцией РФ и федеральными законами (врачебная, нотариальная, адвокатская тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных или иных сообщений и т. д.). Это наиболее обширная категория сведений конфиденциального характера, которая характеризуется наименьшей законодательной определенностью режимов конфиденциальности информации.

Так, в Основах законодательства об охране здоровья граждан установлено, что информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении, составляют врачебную тайну. Не допускается разглашение сведений, составляющих врачебную тайну, лицами, которым они стали известны при обучении, исполнении профессиональных, служебных и иных обязанностей, кроме установленных законом случаев<sup>14</sup>. Таким образом, в качестве субъекта, разгласившего сведения, составляющие врачебную тайну, может выступать лицо, не связанное профессиональными обязан-

ностями, но посвященное в тайну. Однако состав ст. 13.14 предполагает привлечение в качестве субъекта лицо, получившее доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей.

Согласно п. 6 ст. 19 Федерального закона «О политических партиях» информация о членах политической партии, предоставляемая для сведения в уполномоченные органы, относится к информации с ограниченным доступом<sup>15</sup>. Разглашение информации о членах политической партии уполномоченными органами будет квалифицироваться как разглашение служебной тайны; в случае разглашения таких сведений самими членами партии их действия не будут рассматриваться как разглашение по статье 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Закон о средствах массовой информации обязывает редакцию сохранять в тайне источник информации, предоставивший сведения с условием неразглашения его имени, за исключением установленных законом случаев. Кроме этого, редакция не вправе разглашать в распространяемых сообщениях и материалах сведения, прямо или косвенно указывающие на личность несовершеннолетнего, совершившего преступление, административное правонарушение или антиобщественное действие, без согласия самого несовершеннолетнего и его законного представителя<sup>16</sup>. Можно сделать аналогичный вывод о невозможности привлечения отдельных лиц к ответственности в качестве субъектов правонарушения.

Проблемы квалификации деяния, определения юридической природы разглашаемых сведений возникают при рассмотрении аудиторской тайны, тайны завещания и многих других, что обусловлено во многих случаях неурегулированными режимами конфиденциальности.

Кроме профессиональных тайн, Указ № 188 к конфиденциальным относит сведения, связанные с коммерческой деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и федеральными законами (коммерческая тайна).

В Федеральном законе «О коммерческой тайне» разглашение информации, составляющей коммерческую тайну, — действие или бездействие, в результате которых информация, составляющая коммерческую тайну, в любой возможной форме (устной, письменной, иной форме, в том числе с использованием технических средств) становится известной

третьим лицам без согласия обладателя такой информации либо вопреки трудовому или гражданско-правовому договору<sup>17</sup>.

Разглашение коммерческой тайны в настоящее время является преступлением, что справедливо вызывает вопрос о степени общественной опасности деяния. По сути, разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну, не является более опасным, чем разглашение сведений, составляющих врачебную тайну, персональных данных. Уголовным кодексом предусмотрена ответственность за разглашение тайны усыновления (статья 155), однако достаточно часто сведения о медицинском обследовании имеют не меньшее значение для человека. Из сказанного не следует необходимость установления уголовной ответственности за разглашение большинства видов тайн, речь идет о соотношении меры нарушения и меры наказания в сравнении с иными деяниями.

В отношении состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 183 Уголовного кодекса «Незаконное разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе», в литературе отмечается, что под разглашением понимается предоставление сведений лицу, не имеющему права на ознакомление с ними. Тайну обязаны соблюдать все работники, а равно иные лица, которым тайна известна в связи с выполнением профессиональной или служебной деятельности, до тех пор, пока сведения не перестанут быть охраняемой тайной<sup>18</sup>.

Е. К. Волчинская утверждает, что административная ответственность предусмотрена за разглашение и (или) неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну, при отсутствии состава преступления; а также за нарушение режима коммерческой тайны должностным лицом, не приведшее к ее разглашению<sup>19</sup>. Следует отметить, что автором допущено неточное высказывание, поскольку состав статьи 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях не предусматривает альтернативных действий, ответственность установлена только за разглашение информации.

При этом Е. К. Волчинская затрагивает весьма важную проблему — ответственность за нарушение режима коммерческой тайны. Выше указывалось на обоснованность подробной правовой





регламентации режимов конфиденциальности профессиональных тайн. В настоящее время в отношении конфиденциальной информации можно указать лишь статью 13.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, предусматривающую ответственность за нарушение установленного законом порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных), правоприменение которой также ограничено в отношении многих информационных процессов<sup>20</sup>. За нарушение режимов конфиденциальности иных видов информации с ограниченным доступом административной ответственности не предусмотрено, несмотря на целесообразность введения такой статьи.

Можно заметить, что, согласно пункту 4 статьи 102 Налогового кодекса, к разглашению приравнивается утрата документов, содержащих составляющие налоговую тайну сведения. В отношении иных видов тайн (банковской, коммерческой) такого состава не предусмотрено, что не позволяет говорить о единообразии правоприменения.

В-шестых, рассматриваемый Перечень сведений включает сведения о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них. Ответственность за разглашение таких сведений предусмотрена ст. 147 Уголовного кодекса. Объективная сторона преступления характеризуется любыми действиями, которые могут привести к утрате патентоспособности или иным негативным последствиям без согласия автора<sup>21</sup>. Применительно к данному пункту можно рассматривать аналогичный вопрос о соотношении меры нарушения и меры наказания в сравнении с иными деяниями.

Подводя итоги сказанному, отметим, что статья 13.14 Кодекса Российской Фе-

дерации об административных правонарушениях распространяется на случаи разглашения персональных данных, сведений, связанных с профессиональной деятельностью, а также сведений, составляющих служебную, коммерческую, налоговую, банковскую тайны (за исключением случаев, когда предусмотрена уголовная ответственность).

Содержание понятия «разглашение» как «разглашение информации с ограниченным доступом лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей» является усеченным в части указания субъектного состава и не позволяет в полной мере обеспечить защиту прав субъектов — источников сведений. Возможно, более точной будет формулировка «разглашение информации с ограниченным доступом лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных, профессиональных и иных обязанностей в соответствии с трудовым или гражданско-правовым договором».

В сравнении с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях дефиниция разглашения, установленная в Федеральном законе «О коммерческой тайне», является более полной в отношении объективной стороны, однако представляется правильным исключить такое определение из указанного закона и ориентироваться только на диспозицию статьи 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Это заключение проистекает из того, что различные виды конфиденциальной информации регулируются разными законами, что с неизбежностью повлечет за собой коллизии в законодательстве, тогда как единая формулировка в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях будет способствовать единообразному правоприменению.

### Примечания

<sup>1</sup> См.: Волчинская Е. К. Коммерческая тайна в системе конфиденциальной информации // Информационное право. — 2005. — № 3.

<sup>2</sup> См.: Указ Президента РФ от 6 марта 1997 г. № 188 «Об утверждении Перечня сведений конфиденциального характера» // СЗ РФ. — 1997. — № 10. — Ст. 1127.

<sup>3</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. № 248-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом «б» части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» // СЗ РФ. — 2006. — № 31 (ч. 1). — Ст. 3451.

<sup>5</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Я. Е. Иванова и др.; под ред. А. В. Бриллиантова. — М.: Проспект, 2010.

<sup>6</sup> См.: Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» // Ведомости СНД и ВС РФ. — 1992. — № 7. — Ст. 300; Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1232; Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. — 2006. — № 31 (ч. 1). — Ст. 3448.

<sup>7</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Особенная часть / под общ. ред. Генерального прокурора РФ, профессора Ю. И. Скуратова, Председателя Верховного Суда РФ В. М. Лебедева. — М., 1996. — С. 435.

<sup>8</sup> См.: *Агалов А. Б.* Постатейный комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях. Расширенный, с использованием материалов судебной практики : в 2 кн. 2-е изд., испр. и доп. — М. : Статут, 2004.

<sup>9</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. А. Ашин, А. П. Войтович, Б. В. Волженкин и др. ; под ред. А. И. Чучаева. 2-е изд., испр., перераб. и доп. — М. : Контракт, ИНФРА-М, 2010.

<sup>10</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 03 ноября 1994 г. № 1233 «Об утверждении Положения о порядке обращения со служебной информацией ограниченного распространения в федеральных органах исполнительной власти» // СЗ РФ. — 2005. — № 30 (ч. II). — Ст. 3165.

<sup>11</sup> См.: Федеральный закон от 27 мая 2003 г. № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» // СЗ РФ. — 2003. — № 22. — Ст. 2063; Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. — 2004. — № 31. — Ст. 3215.

<sup>12</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В. И. Булавин, В. В. Воробьев, Ю. В. Головлев и др.; под ред. А. А. Чекалина, В. Т. Томина, В. В. Сверчкова. 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт-Издат, 2007.

<sup>13</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В. П. Верин, О. К. Зателепин, С. М. Зубарев и др.; отв. ред. В. И. Радченко, науч. ред. А. С. Михлин, В. А. Казакова. 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2008.

<sup>14</sup> «Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан» (утверждены Верховным Советом РФ 22 июля 1993 г. № 5487-1) // Ведомости СНД и ВС РФ. — 1993. — № 33. — Ст. 1318.

<sup>15</sup> Федеральный закон от 11 июля 2001 № 95-ФЗ «О политических партиях» // СЗ РФ. — 2001. — № 29. — Ст. 2950.

<sup>16</sup> Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» // Ведомости СНД и ВС РФ. — 1992. — № 7. — Ст. 300.

<sup>17</sup> Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» // СЗ РФ. — 2004. — № 32. — Ст. 3283.

<sup>18</sup> См.: *Завидов Б. Д., Попов И. А., Сергеев В. И.* Уголовно-правовой анализ преступлений в сфере экономической деятельности (комментарий уголовного законодательства России) (постатейный) // СПС КонсультантПлюс. — 2004; *Клепицкий И. А.* Система хозяйственных преступлений. — М. : Статут, 2005.

<sup>19</sup> *Волчинская Е. К.* Указ. соч.

<sup>20</sup> См.: *Гольяпина И. Ю.* Проблемы правового регулирования информационных процессов // Проблемы права. — 2010. — № 3.

<sup>21</sup> См.: *Завидов Б. Д.* Уголовно-правовой анализ преступлений о нарушении права интеллектуальной собственности и организация их расследования. — СПС «КонсультантПлюс». — 2002; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2007. — № 7.

**ГОЛЬЯПИНА Ирина Юрьевна**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры «Таможенное дело и право» ГОУ ВПО «Омский государственный университет путей сообщения». E-mail: goltyapinaiu@mail.ru

**GOLTYAPINA Irina Yurievna**, Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer at the Chair "Customs Procedures and Law", State Educational Institution of Higher Professional Education (GOU VPO) Omsk State Transport University. E-mail: goltyapinaiu@mail.ru



В. В. Кизилов

## **СОСТАВЫ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ ГРАЖДАНСКИХ СЛУЖАЩИХ, ПРЕДЛАГАЕМЫЕ ДЛЯ НОРМАТИВНОГО ЗАКРЕПЛЕНИЯ В КоАП РФ**

V. V. Kizilov

## **THE COMPOSITIONS OF ADMINISTRATIVE VIOLATIONS OF CIVIL SERVANTS, THE PROPOSED FOR REGULATION IN THE CODE ON ADMINISTRATIVE OFFENCES OF THE RUSSIAN FEDERATION**

*На основе собственной практики, анализа административно-деликтного законодательства стран ближнего зарубежья автором предлагаются составы административных правонарушений гражданских служащих и должностных лиц государственной гражданской службы, которые, по мнению автора, необходимо нормативно закрепить в КоАП РФ.*

**Ключевые слова:** административные правонарушения гражданских служащих, составы административных правонарушений гражданских служащих.

*On the basis of their own practice, analysis of administrative tort laws of countries of the CIS, the author proposes formulations the compositions of administrative violations of civil servants and officials of the civil service, which, in my opinion, non-standard required to consolidate in the Code on Administrative Offences of the Russian Federation*

**Keywords:** administrative violations of civil servants, the compositions of administrative violations civil servants.

Не имея аналогов по административной ответственности государственных служащих в зарубежном законодательстве демократических государств и отказываясь от переосмысления и рецепции норм об ответственности за деликты чиновников собственного прошлого, российский законодатель, как нам представляется, не способен в ближайшем будущем по имеющейся административной противоправности структурировать и систематизировать деликты в конкретные составы административных правонарушений. Это должна сделать юридическая наука совместно с юристами-практиками.

Первым и общим для всех гражданских служащих любых органов, входящих в систему государственной гражданской службы, деликтом, по нашему мнению, является нарушение установленных запретов в государственной гражданской службе. Поэтому предлагаемый нами со-

став административного правонарушения будет звучать следующим образом:

*Статья... Нарушение установленных запретов в государственной гражданской службе*

*1. Нарушение гражданскими служащими при прохождении гражданской службы установленных законодательством Российской Федерации запретов, связанных с извлечением материальной выгоды или доходов, —*

*влечет предупреждение или штраф в размере...*

*2. Совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 настоящей статьи, гражданским служащим, ранее подвергнутым административному наказанию за аналогичное административное правонарушение, —*

*влечет штраф в размере... или дисквалификацию на срок...*

Необходимость введения административной ответственности с предложенным



составом деликта гражданских служащих продиктована наличием большого перечня ограничений, установленных ст. 17 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»<sup>1</sup>.

Ограничения для гражданских служащих конкретных государственных органов исполнительной власти установлены законами и другими нормативно-правовыми актами, регулируемыми отношения по отраслям публично-правовых отношений. Например, Налоговый кодекс Российской Федерации устанавливает запрет должностным лицам налоговых и таможенных органов на приобретение имущества налогоплательщиков (налоговых агентов) — организаций, индивидуальных предпринимателей и физических лиц, реализуемого в порядке исполнения решения о взыскании налога за счет имущества налогоплательщика (налогового агента)<sup>2</sup>.

В особый состав, как нам представляется, необходимо выделить незаконное занятие предпринимательской деятельностью лица, замещающего должность государственной гражданской службы:

*Статья ... Незаконное участие в предпринимательской деятельности<sup>3</sup>*

*Учреждение гражданским служащим организации, осуществляющей предпринимательскую деятельность, либо участие в управлении такой организацией лично или через доверенное лицо вопреки запрету, установленному законом, если эти деяния связаны с предоставлением такой организации льгот и преимуществ или с покровительством в иной форме, —*

*влечет штраф в размере... или дисквалификацию на срок...*

В последнее время очень часто говорится о неисполнении государственными гражданскими служащими, и государственными служащими в целом, обязанности декларирования своих доходов. Дисциплинарные внутриведомственные меры не приносят должного результата. Поэтому, как нам представляется, не требует комментариев следующий состав административного правонарушения:

*Статья ... Нарушение мер финансового контроля<sup>4</sup>*

*1. Непредставление или представление неполных, недостоверных деклараций о доходах, имуществе и других сведений, предусмотренных законодательством РФ, в т. ч. о борьбе с коррупцией, лицами, являющимися кандидатами на государственную должность либо на должность, связанную с выполнением государственных или приравненных к ним*

*функций, а равно супругом (супругой) указанных лиц —*

*влечет наложение административного штрафа на физических лиц в размере...*

*2. Непредставление, несвоевременное представление или представление неполных, недостоверных деклараций о доходах, имуществе и других сведений, предусмотренных законодательством РФ, в т. ч. о борьбе с коррупцией, лицами, занимающими государственную должность, а равно супругом (супругой) указанных лиц —*

*влечет штраф в размере ...*

*3. Неоднократное совершение действий, предусмотренных в части второй настоящей статьи, —*

*влечет штраф в размере... или дисквалификацию на срок...*

Было бы несправедливым осуществлять административное преследование гражданского служащего — делинквента без соответствующего порицания действий иных лиц. Например, как нам представляется, следует установить административную ответственность работодателя, нарушающего условия приема на работу, не связанную с государственной службой, гражданского служащего, а также лиц, предоставляющих незаконное материальное вознаграждение гражданскому служащему. Несмотря на то что в указанных правонарушениях делинквентами гражданские служащие не являются, объектом правонарушения являются отношения, вытекающие из сферы регулирования государственной гражданской службы. Предлагаемые нами составы сформулированы в следующих дефинициях:

*Статья ... Предоставление незаконного материального вознаграждения гражданскому служащему<sup>5</sup>*

*1. Предоставление физическим или юридическим лицом гражданскому служащему незаконного материального вознаграждения, подарков, льгот либо услуг, если в содеянном не содержится признаков уголовно наказуемого деяния, — влечет штраф в размере...*

*2. Действия, предусмотренные частью первой настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, —*

*влекут штраф в удвоенном размере от предусмотренного в части 1 настоящей статьи.*

*Примечание. Не подлежат ответственности физические, юридические лица, предоставившие гражданскому служащему незаконные материальные вознаграждения, подарки, иные материальные*





блага, услуги, льготы или преимущества, если в отношении их имело место вымогательство со стороны данного гражданского служащего, или если эти физические, юридические лица добровольно в десятидневный срок заявили о случившемся в компетентные органы.

Статья ... Незаконное принятие на работу гражданских служащих<sup>6</sup>.

Принятие руководителем юридического лица либо индивидуальным предпринимателем на работу лиц, находящихся на гражданской службе, в нарушение установленных ограничений действующим законодательством Российской Федерации, —

влечет штраф в размере...

Следующий административно-правовой деликт, имеющий место во всех органах системы государственной гражданской службы, связан с нарушением прав граждан и их объединений на информацию. Поэтому, мы предлагаем следующий состав административного правонарушения:

Статья ... Нарушение сроков предоставления информации и непредоставление информации<sup>7</sup>

1. Несвоевременное предоставление гражданину информации или собранных в установленном порядке документов, материалов, непосредственно затрагивающих права и свободы гражданина, либо предоставление гражданину неполной или заведомо недостоверной информации —

влечет наложение административного штрафа на гражданских служащих в размере...

2. Несвоевременное предоставление юридическому лицу информации или собранных в установленном порядке документов, материалов, непосредственно затрагивающих права и экономические интересы этого лица, либо предоставление неполной или заведомо недостоверной информации —

влечет наложение административного штрафа на гражданских служащих в размере...

3. Отказ в предоставлении гражданину, юридическому лицу информации или собранных в установленном порядке документов, материалов, которые в соответствии с установленным порядком могут и должны быть предоставлены по запросу граждан, юридических лиц<sup>8</sup>, —

влечет наложение административного штрафа на гражданских служащих в размере...

Конкретные противоправные деяния, предусмотренные указанным составом

административного правонарушения, могут выражаться:

— в нарушении сроков предоставления ответов на письменные запросы граждан и юридических лиц в органы государственного управления и контроля;

— в нарушении сроков предоставления решений о взыскании налогов, решений по изменению сроков уплаты налога, уведомлений (в т. ч. уведомлений о снятии с налогового учета), актов налоговых проверок;

— в нарушении сроков предоставления требований об уплате налогов, пени; решений о приостановлении операций по счетам; решений о создании постоянно действующих налоговых постов у налогоплательщиков, совершающих операции с нефтепродуктами;

— в несообщении налогоплательщику (плательщику сбора) о факте излишней уплаты (взыскания) налога (сбора) и излишне уплаченной (взысканной) сумме, а равно сообщение за пределами срока, установленного ст. 78, 79 НК РФ;

— в несообщении налогоплательщику (плательщику сбора) о времени и месте рассмотрения материалов проверки;

— в несообщении лицу, в отношении которого осуществляется процедура административного расследования на предмет административных правонарушений, о времени и месте составления протокола об административном правонарушении;

— в нарушении иных сроков и несообщении иной информации проверяемым субъектам при проведении государственного контроля (надзора).

В качестве специального состава правонарушения, связанного с сокрытием информации, можно отнести противоправные действия гражданских служащих в отношениях с адвокатами, коллегами адвокатов, лицами, оказывающими юридические услуги, которые в результате противоправного поведения гражданских служащих не смогут оказать соответствующую юридическую помощь иным лицам:

Статья ... Воспрепятствование законной деятельности адвоката

Воспрепятствование должностным лицом государственной гражданской службы осуществлению законной деятельности адвоката либо коллегии адвокатов, юридической консультации, адвокатской конторы, выразившееся в непредставлении либо отказе представления в установленные законодательством сроки по письменному запросу необходимых документов, материалов или сведений, требуемых для осуществления их про-

фессиональных обязанностей, если эти действия не имеют признаков уголовно наказуемого деяния, —

*влечет штраф в размере...*

Как нам представляется, имеется необходимость заимствования специального состава административного правонарушения из Кодекса об административных правонарушениях Республики Казахстан, связанного с причинением препятствий со стороны гражданских служащих<sup>9</sup>. Авторская дефиниция указанного деликта заключается в следующем:

*Статья... Воспрепятствование деятельности общественных объединений*

*Воспрепятствование законной деятельности общественных объединений должностным лицом государственной гражданской службы, а равно вмешательство в законную деятельность этих объединений, совершенное гражданским служащим с использованием своего служебного положения, повлекшее существенное нарушение их прав и законных интересов, —*

*влечет штраф в размере...*

В практической деятельности автор встречался с фактами составления должностными лицами юрисдикционных органов документов, не соответствующих действительности (фактическим обстоятельствам дела), в том числе и с их неправомерными действиями по обеспечению доказательств. Поэтому приводимые ниже составы административных правонарушений направлены на предотвращение указанных незаконных процессуальных действий лиц, облеченных властью.

*Статья... Служебный подлог*

*1. Служебный подлог, то есть внесение гражданским служащим в официальные документы заведомо ложных сведений, а равно внесение в указанные документы исправлений, искажающих их действительное содержание, если эти деяния совершены из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекли нарушение прав и законных интересов граждан или юридических лиц, либо охраняемых законом интересов общества или государства<sup>10</sup> —*

*влечет штраф в размере...*

*2. Изъятие гражданским служащим из материалов дела о налоговом или административном правонарушении документов, доказывающих невиновность граждан или юридических лиц, а равно сокрытие таких доказательств, —*

*влечет штраф в размере...*

Наибольший вред субъектам административного права, имеющий материальную оценку, может нанести недобросо-

вестное лицо, находящееся на гражданской службе в ФНС России. Осуществляя мероприятия налогового контроля, проверяющие (а это гражданские служащие) выявляют налоговые правонарушения и формируют доказательственную базу по данным правонарушениям. К доказательствам в большей части относятся документы, представленные налогоплательщиками (налоговыми агентами) и их контрагентами, а также процессуальные документы, оформляемые от имени налогового органа гражданским служащим — работником ФНС, осуществляющим контрольные мероприятия.

Так, Федеральной налоговой службой утверждены предусмотренные НК РФ следующие формы документов:

— решение о проведении выездной налоговой проверки<sup>11</sup>;

— акт налоговой проверки<sup>12</sup>.

Приказом Федеральной налоговой службы от 6 марта 2007 г. № ММ-3-06/106@<sup>13</sup> утверждены следующие формы процессуальных документов налогового контроля:

— решение о приостановлении проведения выездной налоговой проверки;

— решение о возобновлении проведения выездной налоговой проверки;

— акт о воспрепятствовании доступу должностных лиц налогового органа, проводящих налоговую проверку, на территорию или в помещение проверяемого лица;

— решение об отложении рассмотрения материалов налоговой проверки в связи с неявкой лица (лиц), участие которого (которых) необходимо для их рассмотрения.

Приказом Федеральной налоговой службы от 31 мая 2007 г. № ММ-3-06/338@<sup>14</sup> утвержден ряд форм документов, используемых налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах. Это:

— уведомление о вызове налогоплательщика (плательщика сбора, налогового агента);

— справка о проведенной налоговой проверке;

— протокол допроса свидетеля<sup>15</sup>;

— протокол осмотра территорий, помещений, документов, предметов<sup>16</sup>;

— требование о предоставлении документов (информации)<sup>17</sup>;

— поручение об истребовании документов (информации);

— постановление о производстве выемки документов и предметов;

— протокол выемки документов и предметов;



— постановление о назначении экспертизы;

— протокол об ознакомлении проверяемого лица с постановлением о назначении экспертизы и о разъяснении его прав;

— решение о проведении дополнительных мероприятий налогового контроля.

Служебный подлог, допущенный в перечисленных выше документах, может изменить правовые последствия для налогоплательщиков (налоговых агентов), а также повлиять на субъективную позицию судебных органов, разрешающих налоговый спор.

Служебный подлог не является чем-то исключительным и присущим только ФНС, общеизвестными являются подлоги с оформлением административных правонарушений на лиц, не являющихся делинквентами в этих правонарушениях, также в процессуальных документах происходит искажение места, даты совершения административных правонарушений, самого факта правонарушения. Например, желая искусственно повысить показатели своей работы, должностное лицо юрисдикционного органа вносит заведомо ложные сведения в протокол об административном правонарушении гражданином, фактически правонарушение не совершавшим, и в постановление по делу об административном правонарушении<sup>18</sup>.

Схожий со служебным подлогом деликт, по крайней мере, по вредным последствиям для потерпевшей стороны, нам представляется в следующем составе административного правонарушения:

*Статья... Утрата документов*<sup>19</sup>

*Умышленные порча или уничтожение документов из дел об административных и налоговых правонарушениях, либо небрежное хранение указанных документов, повлекшее их утрату, —*

*влечет предупреждение или наложение административного штрафа в размере...*

Как нам представляется, указанный состав не допускает двоякого толкования, кто является делинквентом и обязан нести ответственность.

Следующий состав административного правонарушения охватывает незаконные действия гражданских служащих, осуществляющих функции государственного надзора, контроля и административного преследования делинквентов:

*Статья... Принуждение к даче показаний*<sup>20</sup>

*Принуждение гражданина или должностного лица, являющегося стороной*

*административного процесса, к даче показаний, либо эксперта, специалиста к даче заключения или показаний путем применения угроз, шантажа или иных незаконных действий со стороны гражданского служащего, — влечет штраф в размере...*

В указанном составе намеренно используется термин «административный процесс», так как данным составом, по нашему замыслу, должны быть охвачены деликты, совершаемые не только в процессе юрисдикционной деятельности исполнительных органов власти, но и в процессе осуществления надзорных и контрольных функций, а мы не ставим знак равенства между этими правоотношениями.

К разряду процессуальных нарушений, по нашему мнению, можно отнести следующий состав деликта гражданских служащих:

*Статья ... Нарушение процедур государственного контроля (надзора)*<sup>21</sup>

*Нарушение процедур (мероприятий) государственного контроля, установленных действующим законодательством, если такие нарушения привели к ущемлению законных интересов и прав граждан и юридических лиц, —*

*влечет штраф в размере...*

Федеральным законом от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ предусмотрены принципы защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)<sup>22</sup>, в которые входят:

— уведомительный порядок начала осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности;

— проведение проверок в соответствии с полномочиями органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностных лиц;

— недопустимость проводимых в отношении одного юридического лица или одного индивидуального предпринимателя несколькими органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок исполнения одних и тех же обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами;

— недопустимость требования о получении юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями разрешений, заключений и иных документов, выдаваемых органами государственной власти, органами местного самоуправления, для начала осуществления установленных федеральным законом отдельных



видов работ, услуг в случае представления указанными лицами уведомлений о начале осуществления предпринимательской деятельности;

— ответственность органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, их должностных лиц за нарушение законодательства Российской Федерации при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля;

— недопустимость взимания органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля с юридических лиц, индивидуальных предпринимателей платы за проведение мероприятий по контролю.

Указанный Закон налагает на должностных лиц органа государственного контроля (надзора) ряд ограничений<sup>23</sup> и определенных обязанностей<sup>24</sup> при проведении проверок.

По всем перечисленным Законом ограничениям и обязанностям, имеющим место при проведении контрольных мероприятий, нет необходимости в детализации деликтов гражданских служащих в зависимости от конкретного неправомерного деяния. Введение в КоАП РФ предложенного нами состава административного правонарушения, по нашему мнению, будет дисциплинировать гражданского служащего при осуществлении мероприятий государственного контроля (надзора) и предотвращать недействительность результатов проверок, основания для которой предусмотрены ст. 20 вышеупомянутого Закона.

Следующие два состава деликтов гражданского служащего, по нашему мнению, не требуют каких-либо комментариев.

*Статья... Непринятие мер по частному определению, постановлению суда, представлению прокурора, следователя или дознавателя*

*Оставление должностным лицом государственной гражданской службы без рассмотрения частного определения, постановления суда, представления прокурора, следователя или дознавателя либо принятие мер к устранению указанных в них нарушений закона, а равно несвоевременный ответ на частное определение, постановление или представление, — влечет штраф в размере...*

*Статья... Неисполнение судебных актов, постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях*

*Уклонение от исполнения требований судебных актов, постановлений, органов*

*(должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, —*

*влечет штраф в размере...*

Как нам представляется, пришло время декриминализировать ряд составов уголовно наказуемых деяний должностных лиц, замещающих должности на государственной гражданской службе, которые не повлекли причинение вреда жизни и здоровью человека. Исходя из составов преступлений по статьям 293, 285, 286 УК РФ, вполне допустимо предусмотреть административное наказание гражданских служащих за следующие деликты:

*Статья... Халатность<sup>25</sup>*

*Халатность, то есть неисполнение или ненадлежащее исполнение гражданским служащим своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе, если это повлекло причинение ущерба или существенное нарушение прав и законных интересов граждан или юридических лиц, либо охраняемых законом интересов общества или государства, но не причинило вред жизни и здоровью граждан, —*

*влечет штраф в размере...*

*Статья... Злоупотребление должностными полномочиями<sup>26</sup>*

*Использование гражданским служащим своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или юридических лиц, либо охраняемых законом интересов общества или государства, но не причинило вред жизни и здоровью граждан, — влечет штраф в размере...*

Например, злоупотребление полномочиями в Федеральной налоговой службе может реализовываться в следующем деянии — *неправомерном (незаконном) увеличении налоговых обязательств налогоплательщика (налогового агента)*, которым признается начисление налогов и пени в результате: исключения затрат из отчетного периода и переноса их на более ранний период; переквалификации сделки, следствием которой является иной порядок учета доходов или расходов; изменения места исполнения налоговых обязательств; возложения налоговых обязательств, не предусмотренных налоговым законодательством (неправомерность, по нашему мнению, должна быть установлена в судебном акте, разрешающем налоговый спор);



*Статья... Превышение должностных полномочий<sup>27</sup>*

*Совершение должностным лицом государственной гражданской службы действий, явно выходящих за пределы его полномочий и повлекших существенное нарушение прав и законных интересов граждан или юридических лиц либо охраняемых законом интересов общества или государства, но не причинивших вред жизни и здоровью граждан, — влечет штраф в размере...*

Как нам представляется, вполне закономерно еще один состав административного правонарушения, вытекающий из норм действующего КоАП РФ, которыми:

— установлены сроки привлечения органами административной юрисдикции к административной ответственности должностных лиц;

— исключается вторичное привлечение к ответственности за одно и то же правонарушение;

— исключается привлечение к ответственности невиновных лиц.

Авторская дефиниция состава административного правонарушения, допускаемого должностным лицом юрисдикционного органа при производстве дел об административном правонарушении, имеет следующую юридическую конструкцию:

*Статья ... Незаконное привлечение к ответственности.*

*1. Назначение административного наказания, а равно привлечение к административной ответственности вторично за одно и то же правонарушение за пределами установленных законом сроков, а также в отсутствие вины, —*

*влечет штраф в размере...*

*2. Привлечение к налоговой ответственности при наличии обстоятельств, исключающих привлечение лица к ответственности за совершение налогового правонарушения, или повторное привлечение к ответственности за совершение одного и того же налогового правонарушения<sup>28</sup>, —*

*влечет штраф в размере....*

Представляет интерес подход казахстанского законодателя к вопросу издания и применения незаконного нормативного правового акта<sup>29</sup>. Заимствуя положения КоАП РК, предлагаем следующую

структуру административного правонарушения:

*Статья... Издание и применение незаконного нормативного правового акта*

*1. Издание должностным лицом государственного органа заведомо незаконного нормативного правового акта, затрагивающего права, свободы и обязанности физических лиц, законные интересы хозяйствующих субъектов и государства, противоречащего Конституции России либо федеральным законам, — влечет штраф в размере...*

*2. Заведомо незаконное применение должностными лицами государственных органов, а также местных представительных и исполнительных органов нормативных правовых актов, утративших силу в установленном порядке, признанных судом недействительными, официально не опубликованных в установленном порядке, либо действие которых приостановлено уполномоченными органами, а также не прошедших государственную регистрацию в органах юстиции, — влечет штраф в размере...*

КоАП РФ содержит состав административного правонарушения, предусматривающий наказуемое деяние — подделку документов, удостоверяющих личность<sup>30</sup>. Однако, по нашему мнению, данный состав не охватывает деликтность, связанную с использованием самого поддельного документа. Не случайно в средствах массовой информации отмечается изъятие у физических лиц разного рода удостоверений различных органов власти без применения норм юридической ответственности. Как нам представляется, достаточно серьезным является правонарушение, связанное с незаконной передачей контрольных и надзорных функций гражданским служащим иному лицу:

*Статья... Незаконная передача контрольных и надзорных функций*

*Незаконная передача контрольных и надзорных функций должностными лицами государственных органов уполномоченным лицам —*

*влечет штраф в размере...*

Автор надеется, что приведенные юридические конструкции составов административных правонарушений побудят российского законодателя к нормативному закреплению административной ответственности гражданских служащих.

## Примечания

<sup>1</sup> См.: Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия // НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

<sup>2</sup> См. п. 7 ст. 47 и п. 8 ст. 48 НК РФ // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

<sup>3</sup> Декриминализация преступления, предусмотренного ст. 289 УК РФ, подобный состав административного правонарушения содержится в ст. 535 КоАП РК. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682) (Дата обращения 25.03.2011).

<sup>4</sup> Подобный состав административного правонарушения содержится в законодательстве Республики Казахстан. См. ст. 532 КоАП РК. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682). (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>5</sup> Подобный состав административного правонарушения содержится в законодательстве Республики Казахстан. См. ст. 533 и ст. 534 КоАП РК. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682). (дата обращения 25.03.2011)

<sup>6</sup> В отличие от предлагаемого нами состава административного правонарушения, законодатель Республики Казахстан акцентирует внимание на составе административного правонарушения, связанного с принятием на работу лиц, ранее совершивших коррупционное преступление. См. ст. 537-1 КоАП РК. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682). (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>7</sup> Действующий КоАП РФ, к сожалению, содержит меры ответственности за непредоставление информации только при нарушении избирательных прав граждан (см. главу 5).

<sup>8</sup> Ст. 84 КоАП Республики Казахстан содержит аналог в части нарушения прав физических лиц, но не рассматривает в качестве пострадавших юридические лица. По нашему мнению, такая позиция казахстанского законодателя является непоследовательной. См. КоАП РК. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682). (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>9</sup> Статьей 83-1 КоАП РК «Воспрепятствование деятельности общественных объединений» предусмотрен иной состав административного правонарушения. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682). (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>10</sup> Состав — аналог преступления, предусмотренного ст. 292 УК РФ и предлагаемого автором к декриминализации. Статьей 516-1 КоАП РК предусмотрен иной состав административного правонарушения и с более широким составом делинквентов — «Фальсификация доказательств по делам об административных правонарушениях». URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682). (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>11</sup> Приказ ФНС от 25 декабря 2006 г. № САЭ-3-06/892@ «Об утверждении форм документов, применяемых при проведении и оформлении налоговых проверок; оснований и порядка продления срока проведения выездной налоговой проверки; порядка взаимодействия налоговых органов по выполнению поручений об истребовании документов; требований к составлению акта налоговой проверки» // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

<sup>12</sup> Там же.

<sup>13</sup> Приказ Федеральной налоговой службы от 6 марта 2007 г. № ММ-3-06/106@ «Об утверждении форм документов, используемых налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах» // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

<sup>14</sup> Приказ Федеральной налоговой службы от 31 мая 2007 г. № ММ-3-06/338@ «Об утверждении форм документов, используемых налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах» // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

<sup>15</sup> В деле № А57-3530/2008 был выявлен служебный подлог протоколов допроса свидетелей, в которых налоговым инспектором была внесена информация о непричастности руководителей контрагентов к подписанию счетов-фактур, выставленных налогоплательщику. URL: <http://kad.arbitr.ru/?id=ee3905b1-c005-40de-8d4f-bfd6ac513285>. (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>16</sup> В деле № А57-10622/2009 был выявлен служебный подлог протоколов осмотра территорий и помещений контрагентов налогоплательщика (реально указанное контрольное мероприятие не проводилось). Данное действие используется налоговыми инспекторами с целью формирования негативного восприятия контрагентов, как недобросовестных участников налоговых правоотношений. URL: <http://kad.arbitr.ru/?id=e76ce480-cc2c-4465-97e3-494dd489c6c0>. (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>17</sup> Налоговым инспектором допущен служебный подлог требования о предоставлении документов с целью взыскания штрафных санкций за каждый непредставленный документ. Решение Арбитражного суда Саратовской области по делу № А-57— 3040/03-26 // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

<sup>18</sup> См. напр., URL: <http://news.sarbc.ru/main/2011/03/01/108030.html> (Дата обращения 01.03.2011).



<sup>19</sup> Напр., статьей 26.7 КоАП РФ прямо предписано обеспечивать сохранность документов при производстве по делам об административных правонарушениях.

<sup>20</sup> Состав — аналог преступления по ст. 302 УК РФ, предлагаемой автором к декриминализации.

<sup>21</sup> См. напр., ст. 19 Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011

<sup>22</sup> Там же. — Ст. 3.

<sup>23</sup> Там же. — Ст. 15.

<sup>24</sup> Там же. — Ст. 18.

<sup>25</sup> Декриминализация преступления, предусмотренного ст. 293 УК РФ.

<sup>26</sup> Декриминализация преступления, предусмотренного ст. 285 УК РФ.

<sup>27</sup> Декриминализация преступления, предусмотренного ст. 286 УК РФ.

<sup>28</sup> Более подробно по вопросу неправомерного привлечения к ответственности налогоплательщика (налогового агента) см.: *Кизиллов В. В.* Неправомерные действия должностных лиц налоговых органов. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 2008. — 376 с.

<sup>29</sup> Данный состав предусмотрен ст. 353 КоАП Республики Казахстан. URL: [http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc\\_id=1021682](http://online.prg.kz/Document/Default.aspx?doc_id=1021682) (Дата обращения 25.03.2011)

<sup>30</sup> См. ст. 19.23 КоАП РФ. // Гарант эксперт 2010 : Гарант-Максимум. Вся Россия / НПП «Гарант-сервис». Версия от 12.03.2011.

**КИЗИЛОВ Вячеслав Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права НОУ ВПО «Омский юридический институт». E-mail: attorney1961@mail.ru

**KIZILOV Vyacheslav Vladimirovich**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Chair of Constitutional and Administrative Law, Non-State Educational Institution of Higher Professional Education (NOU VPO) Omsk Law Institute. E-mail: attorney1961@mail.ru





# УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

УДК 343.155  
ББК Х410.21 + Х401.061.3

Н. В. Ткачева

## ОБЖАЛОВАНИЕ ДЕЙСТВИЙ (БЕЗДЕЙСТВИЙ) ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

N. V. Tkacheva

## REVIEW OF ACTION (IN ACTION) OF OFFICIALS, PENDING CRIMINAL PROCEEDINGS

*В статье исследуются вопросы обжалования действий (бездействий) должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, а также содержание функции суда при рассмотрении вопросов, связанных с обжалованием таких действий (бездействий) и решений.*

**Ключевые слова:** обжалование действий и решение, функция суда, лица, осуществляющие расследование.

*The article investigates the issues of appeal against actions (inaction) of officials involved in criminal proceedings, as well as the contents of a court in considering matters relating to the appeal of such action (or inaction) and decisions.*

**Keywords:** action and appeal the decision, the function of the court, the person conducting the investigation.

Практика показывает, что среди нарушений, выявленных в стадии возбуждения уголовного дела, наиболее распространенными являются: укрытие преступлений от учета, необоснованные отказы в осуществлении уголовного преследования или необоснованные возбуждения уголовных дел, нарушение сроков предварительной проверки, производство следственных действий, не разрешенных законодательством. Наличие указанных нарушений и установленное ч. 3 ст. 29 УПК РФ правомочие суда в ходе досудебного производства рассматривать жалобы на действия (бездействия) и решения прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя в случаях и порядке, установленном ст. 125 УПК РФ, позволяет утверждать, что суд имеет непосредственное отношение к стадии возбуждения уголовного дела. Конечно, говорить о том, что суд рассматривает и разрешает уголовное дело по существу в данной стадии, не представляется возможным, т. к. уголовного дела, по сути, пока может и не быть, или обжаловаться

может само постановление о возбуждении уголовного дела. На этот счет имеется правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации с которой, полагаем, необходимо согласиться: «... при осуществлении в период предварительного расследования судебного контроля за законностью и обоснованностью процессуальных актов органов дознания, следователя и прокуроров не должны предreshаться вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела... суд в таких случаях проверяет законность, не предreshая при этом вопросы, могущие стать предметом судебного разбирательства при рассмотрении уголовного дела по существу»<sup>1</sup>. Сравнивая возможности обжалования в суд действий (бездействий) и решений лиц, осуществляющих расследование, и прокурора по УПК РСФСР и УПК РФ, без труда приходим к выводу, что УПК РФ расширил возможности обжалования, указав в ч. 1 ст. 125, что обжаловаться могут не только постановления об отказе в возбуж-

117

Уголовное  
судопроизводство





дении уголовного дела и о прекращении уголовного дела, но и равно иные решения, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию. Более того, Конституционный Суд Российской Федерации указал на то, что лишение лица права обжаловать постановление о возбуждении уголовного дела в суд сразу после его вынесения затрудняет доступ к правосудию, «судебный же контроль на последующих стадиях судопроизводства не является достаточным и эффективным средством восстановления основных свобод, нарушенных при возбуждении уголовного дела»<sup>2</sup>.

Существуют некоторые аспекты, которые следует привести относительно действий (бездействий) должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство именно при осуществлении расследования. Следует отметить, что обжалованию подлежат решения и действия, связанные с производством следственных действий и применением мер принуждения. Каково содержание функции суда при рассмотрении вопросов, связанных с обжалованием таких действий (бездействий) и решений?

Первый вопрос, который возникает в данной ситуации, — является ли процедура рассмотрения жалобы судом состязательной. Рассмотрим, что по этому поводу говорит УПК РФ. Во-первых, кто присутствует при рассмотрении судом жалобы и принятии решения по ней: заявитель участвовать вправе, но не обязан; прокурор согласно п. 8 ч. 2 ст. 37 УПК РФ в ходе досудебного производства по уголовному делу уполномочен (но не обязан. — *Н. Т.*) участвовать в судебных заседаниях при рассмотрении жалоб в порядке, установленном ст. 125 УПК РФ; должностное лицо, чье действие (бездействие) или решение обжалуется, также не обязано присутствовать. Таким образом, суд может остаться в одиночестве при рассмотрении жалобы, т. к. положения ст. 125 УПК РФ позволяют рассмотреть жалобу без участия всех вышеуказанных лиц. Справедливости ради стоит заметить, что есть ряд приказов Генерального прокурора России<sup>3</sup>, в которых указано на необходимость участия прокуроров во всех судебных заседаниях, осуществляемых в порядке ст. 125 УПК РФ. Указание Генерального прокурора России имеет под собой законодательную базу в виде Федерального закона «О прокуратуре российской Федерации», который одним из видов надзора устанавливает надзор

за деятельностью органов дознания и следствия. Поэтому участие прокурора в судебном заседании при рассмотрении жалобы на действия (бездействия) или решения дознавателя, следователя не что иное, как осуществление данного вида надзора.

Исходя из положений закона об участниках данного судебного заседания, процедуру назвать состязательной нельзя. Содержание судебного заседания в соответствии с УПК РФ следующее: общее условие судебного разбирательства — гласность соблюдается, т. к. судебное заседание является открытым, за исключением случаев, указанных в ст. 241 УПК РФ; в начале судебного заседания объявляют жалобу, которая подлежит рассмотрению и разрешению, и разъясняют участникам судебного заседания их права и обязанности<sup>4</sup>, если они присутствуют, разумеется; заявитель, опять же если он участвует в судебном заседании, обосновывает жалобу (если заявитель не явился, то содержание жалобы излагается судьей); заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Представляется, что такая процедура не может называться состязательной, т. к. заявитель обязан сам излагать доводы своей жалобы, роль суда — в разрешении конфликта. Право на обращение в суд изначально предполагает участие заинтересованного лица с тем, чтобы оно имело возможность высказаться, представить свои доводы, и в конце концов иметь возможность состязаться с лицом, действия (бездействия) или решения которого обжалуются. Если заявителя не интересует состязательная процедура, то он вправе обжаловать действия (бездействия) или решения в другой орган, не в суд, закон такую возможность предоставляет.

Существуют мнения авторов<sup>5</sup> о том, что следует внести изменения в УПК РФ и обязать участников уголовного судопроизводства участвовать в судебном заседании при рассмотрении и разрешении судом жалобы, однако, как уже отмечалось, данный порядок, по нашему мнению, нарушит сущность принципа состязательности.

Таким образом, представляется, что содержание деятельности суда в данном случае имеет двоякую природу: с одной стороны, суд осуществляет судебный контроль и, казалось бы, должен реагировать на жалобу даже без участия в судебном заседании заявителя, но с другой стороны, рамки принципа состязательности должны сдерживать суд и не позволять

ему рассматривать и разрешать жалобу без заявителя.

Таким образом, в досудебном производстве уголовно-процессуальная функция суда по своему содержанию является судебным контролем с учетом принципа состязательности, а также обеспечением гражданам доступа к правосудию через возбуждение уголовного дела частного обвинения, чем обеспечивается частное начало в уголовном судопроизводстве. «Возбуждение уголовного дела и предварительное расследование являются

досудебными стадиями производства по уголовному делу, основное назначение которых состоит в обеспечении условий эффективного осуществления правосудия по уголовным делам»<sup>6</sup>. Таким образом, по большому счету, по содержанию уголовно-процессуальная функция суда в досудебном производстве выступает как гарантия уголовного судопроизводства, т. е. такое положение, которое обеспечивает реальную возможность осуществления участниками уголовного судопроизводства своих прав и их защиту.

### Примечания

<sup>1</sup> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2002 г. № 300-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 116, 211, 218, 219 и 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации и жалобами ряда граждан».

<sup>2</sup> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 22 октября 2003 г. № 385-О «По ходатайству Генерального прокурора Российской Федерации об официальном разъяснении определения Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2002 г. № 300-О по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 116, 211, 218, 219 и 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР».

<sup>3</sup> Приказ Генерального прокурора России «О порядке рассмотрения жалоб на действия (бездействия) и решения органов дознания, дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора» от 30.01.2008 № 15 // Законность. — 2008. — № 3; Приказ Генерального прокурора России «Об организации прокурорского надзора за деятельностью органов предварительного следствия» от 6.09.2007 № 136 // Законность. — 2007. — № 11; Приказ Генерального прокурора России «Об организации прокурорского надзора за деятельностью органов дознания» от 6.09.2007 № 137 // Законность. — 2007. — № 11.

<sup>4</sup> Данное положение отмечено п. 13 Постановлением пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 г. № 1.

<sup>5</sup> См., напр.: *Лалиев А. И.* Проблемы судебного обжалования действий (бездействий) и решений органов предварительного расследования: дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2011.

<sup>6</sup> П. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан В. К. Борисова, Б. А. Кехмана, В. И. Монастырецкого, Д. И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью «Монокм»».

**ТКАЧЕВА Наталья Викторовна**, заместитель директора по научной работе Уральского филиала ГОУ ВПО «Российская академия правосудия», доцент кафедры уголовно-процессуального права, к. ю. н., доцент.  
E-mail: tanavi@list.ru

**ТКАЧЕВА Natalia Viktorovna**, Deputy Director for Scientific Work, Ural branch of State Educational Institution of Higher Professional Education (GOU VPO) Russian Academy of Justice, Associate Professor at the Chair "Criminal Procedure Law", Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.  
E-mail: tanavi@list.ru



Т. П. Ворошилова

## **ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ «ЭЛЕКТРОННЫЙ ДОКУМЕНТ» В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В РОССИЙСКИХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ И НОРМАТИВНЫХ АКТАХ**

T. P. Voroshilova

## **LEGAL BASIS DEFINITION «ELECTRONIC DOCUMENT» AS EVIDENCE IN RUSSIAN LEGISLATION AND REGULATIONS ACTS**

*Использование в доказывании по судебным делам электронных документов расширяет возможности установления фактических обстоятельств дел в суде и способствует правильному и объективному его разрешению. Современные достижения цифровых технологий обусловят правовое закрепление понятия и методик использования цифровых носителей информации в качестве доказательств.*

**Ключевые слова:** доказательства, суд, расследование преступлений, цифровые технологии, законодательство.

*The use of proof in legal proceedings of electronic documents increases the possibility of establishing the facts of cases in court and helps correct and fairly resolve it. Modern advances of digital technology warrant a legal consolidation concepts and techniques using digital media as evidence.*

**Keywords:** evidence, the court, investigating crimes, digital technology, legislation.

Анализ существующей судебной практики показывает необходимость российской правовой системы воспринимать новые веяния современных информационных технологий. Применение технических средств фиксации, основанных на цифровых технологиях, позволяет фиксировать, хранить и передавать информацию в электронно-цифровой форме, в форме электронного документа. Сегодня это документы, размещенные на Web-сайтах или Web-страницах, электронная почта, электронные переводы денег, SMS-сообщения, MMS, голосовые сообщения, ISQ, SIM-карты, электронные записные книжки, файлы электронной цифровой подписи, программы для ЭВМ, базы данных, а также цифровые фотосъемки, видео- и аудиозаписи, которые в самом широком смысле можно обозначить как «цифровые доказательства»<sup>1</sup>.

В качестве аудио- и видеозаписей в судопроизводстве сейчас выступают: аналоговые фонограммы, записанные на стандартных компакт-кассетах, микрокассетах, на звуковой дорожке видеокассет; на микрокассетах автоответчиков;

цифровые фонограммы: содержащиеся в памяти цифровых диктофонов (магнитофонов, видеоманитофонов), мобильных (сотовых) телефонов; звуковые и видеофайлы, записанные на съемных устройствах (флэш-памяти, CD, DVD и т. д.); звуковые и видеофайлы на жестком диске компьютера<sup>2</sup>.

Применительно к электронным документам как процессуальному доказательству на современном этапе существует проблема: электронный документ может быть документом, т. е. информацией, поддающейся идентификации и аутентификации, а может быть просто информацией.

Электронные документы прочно вошли в нашу жизнь и в дальнейшем круг видов и типов электронных документов, которые могут быть использованы в процессе доказывания, будет постоянно дополняться. Поскольку электронные доказательства являются одним из современных и актуальных источников информации<sup>3</sup>, важным с точки зрения теории и практики является вопрос понятия электронного документа как источника доказательств в суде.



Попытки разработать правовую базу электронного документооборота, а следовательно, придать юридическую силу электронному документу в нашей стране предпринимались с середины 70-х годов. Документы, подготовленные с использованием аппаратно-программных средств микропроцессорной техники, на законодательном уровне получили статус полноценных доказательств, хотя в различных отраслях права они имеют разное наименование. Довольно длительный период единая понятийная база отсутствовала. Так, в юридической науке, в действующих нормативно-правовых актах, руководящих разъяснениях судов для обозначения подобной информации используются различные термины: «документ на машинном (магнитном) носителе», «документ, подготовленный с помощью электронно-вычислительной техники», «машинный документ», «виртуальный документ», «документ, подписанный цифровой (электронной) подписью», «документ, хранимый, обрабатываемый и передаваемый с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем», «документ на электронном носителе». С увеличением роли компьютерной техники и автоматизированных информационных систем происходит переход к использованию в нормативных актах термина «электронный документ» (*electronic document*).

Неизбежное использование электронных документов в различных сферах деятельности поставило перед обществом задачу урегулировать нормами права отношения, возникающие в ходе электронного документооборота. В отношении электронного и бумажного документа возникла проблема определения подлинника и копии, так как для разрешения спора требуется подлинник документа, то суду должен быть представлен первый экземпляр. На сегодняшний день для исследования в суде электронные документы должны быть преобразованы в письменную форму, т. е. распечатаны.

На начальном этапе возникшей проблемы разрабатывается государственный стандарт СССР **ГОСТ 6. 10.4-84 «Придание юридической силы документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники»**, который установил требования к составу и содержанию реквизитов, придающих юридическую силу документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники, а также порядок внесения изменений в эти документы.

В дальнейшем принятый 20 февраля 1995 г. Закон РФ № 24-ФЗ «**Об информации, информатизации и защите информации**»<sup>4</sup> определял документ как документированную информацию — сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления, зафиксированные на материальном носителе с реквизитами, позволяющими их идентифицировать. Это понятие, в отличие от терминов, приведенных в других федеральных законах, лишено просчетов методологического характера, поскольку оно учитывает базовые представления о феномене информации<sup>5</sup>.

Кроме того, Федеральный закон 1995 г. «Об информации, информатизации и защите информации» не содержал указаний относительно того, что следует рассматривать в качестве материального носителя документированной информации (документа). Соответственно, в нём отсутствовало однозначное понимание того, что следует считать материальным носителем электронного документа.

Нельзя не согласиться с позицией автора А. В. Ткачева<sup>6</sup>, который обращает внимание на то, что приведенное в федеральном законе № 24-ФЗ определение документа не позволяет точно определить, является ли документом информация, хранящаяся в оперативных запоминающих устройствах, или такая форма передачи информации, как электронный обмен данными, который может осуществляться путем передачи электромагнитных сигналов по компьютерным сетям и другим электронным средствам связи.

Между тем следует отметить, что в федеральных законах «**Об информации, информатизации и защите информации**» (ст.2) и «**Об участии в международном информационном обмене**»<sup>7</sup> (ст. 2) основным и единственным элементом в содержании понятия «электронный документ» являлась информация, зафиксированная на материальном носителе. Полагаем, что следует признать такой подход к определению правильным.

Каковы же на сегодняшний день правовые основания предъявления электронного документа в качестве доказательства по судебным делам?

Здесь, прежде всего, важно отметить, что доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основании которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих зна-





чение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

Действующее законодательство не содержит норм, запрещающих приобщать к материалам уголовного дела фонограммы на цифровом носителе записи.

Некоторые авторы<sup>8</sup>, мнение которых можно поддержать, обоснованно считают, что такой подход нельзя признать правильным. В случае если первичен носитель, к таким документам нельзя будет отнести документы, в которых материальный носитель не будет неразрывно связан с записанной на нем информацией и в силу этой связи информация не может существовать отдельно от материального носителя. Это с неизбежностью влечет за собой исключение из числа документов, например, любых документов, передаваемых и получаемых с использованием электронных средств связи. Такие документы (например, электронные сообщения) сами по себе уже являются материальными объектами, независимо от того, на каком носителе они записаны после получения с использованием электронных средств связи. Для того чтобы их можно было квалифицировать как документы, материальный носитель не имеет какого-либо существенного значения.

Основным нормативным документом, регулирующим электронный документооборот в нашей стране по сути, является принятый в 2002 г. Федеральный закон «**Об электронной цифровой подписи**»<sup>9</sup>, одним из существенных достижений которого является то, что в нем была предпринята попытка создать унифицированную понятийную базу, в том числе было сформулировано единое для всех сфер деятельности определение электронного документа: «документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме». И хотя подобное определение в достаточной степени является некорректным<sup>10</sup>, так как законодатель в этом определении обратил внимание лишь на форму предоставления информации данного класса документов, отличающую его от других документов, в то же время данное определение не противоречит позиции, обозначенной в нормативной базе. Термин «электронный документ» стал широко употребляемым в различных законодательных и нормативных актах.

В соответствии с п. 11.1 ст. 2 Федерального закона «**Об информации, информационных технологиях и о защите информации**»<sup>11</sup> с 2010 г. электронным документом считается «документированная информация, представленная в

электронной форме, то есть в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах»<sup>12</sup>. Таким образом, понятие «электронный документ» является производным от общего понятия «документ», исходя из этого, можно предположить, что электронному документу должны быть присущи признаки документа, с той лишь разницей, что информация, которую он содержит, представлена в электронно-цифровой форме, т. е. в виде последовательности двоичных символов. Полагаем, что в настоящее время это определение электронного документа является наиболее точным из всех выше рассмотренных законодательных и нормативных российских актов.

В дополнение к вышесказанному следует остановиться на законодательстве, регламентирующем производство по уголовному делу. Так, правовой основой применения технических средств в уголовном судопроизводстве являются **Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации**<sup>13</sup> (далее — УПК РФ), федеральные законы «**Об оперативно-розыскной деятельности**»<sup>14</sup>, «**О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации**»<sup>15</sup>, «**О полиции**»<sup>16</sup>, другие федеральные законы, а также нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, регулирующие организацию расследования преступлений и производство судебной экспертизы.

Нормы УПК РФ не содержат понятие и определение «электронный документ», однако являются правовой основой применения технических средств при производстве следственных действий, регулируют правила производства и порядок оформления хода и результатов этих действий.

Например, законодательство, регламентирующее производство по уголовному делу, не запрещает использовать цифровую фотографию в процессе доказывания, а ч. 2 ст. 84 УПК РФ, посвященная содержанию «иных документов», допускающих в качестве доказательств по уголовному делу, устанавливает, что документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном

ст. 86 настоящего Кодекса. К сожалению, понятие «в ином виде» и «иные носители информации» законодатель не дает.

Ряд требований к документам, изготовленным с помощью электронно-вычислительной техники, наличие которых необходимо для признания за такими документами доказательственной силы в уголовном процессе, частично законодатель предполагает в п. 3 ч. 1 ст. 81; п. «а» ч. 2 ст. 82; ст. 84 и ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

Документы, изготовленные с помощью электронно-вычислительной техники и представлявшие в суд в качестве доказательств по делу, должны быть изложены на языке судопроизводства. В соответствии с ч. 1 ст. 18 УПК РФ судопроизводство ведется на русском языке.

Полагаем в ч. 2 ст. 74 УПК РФ (или отдельной нормой) предусмотреть положения «об использовании в качестве доказательств по уголовным делам документов, подготовленных с помощью информационных технологий (электронные документы)».

Отсутствие в УПК РФ перечня технических средств означает, что при производстве следственных действий могут применяться любые технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств, использование которых обеспечивает достижение указанных в законе целей их применения и которые отвечают определенным законом требованиям. Они могут применяться как в отдельности, так и в комплексе. Все это в полной мере относится и к цифровым средствам и компьютерной технике<sup>17</sup>.

В нормах УПК РФ содержится указание на основные виды технических средств, применяемых при производстве следственных действий.

Ч. 6 ст. 164 УПК РФ устанавливает общие правила производства следственных действий и содержит норму, санкционирующую применение технических средств и способов обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств. Однако фотографирование, видео- и аудиозапись, киносъемка, осуществляемые с помощью технических средств, являются, как это вытекает из анализа ч. 6 ст. 164 УПК РФ, факультативными способами фиксации хода и результатов следственного действия, поскольку их проведение закреплено в законе в альтернативной форме.

Некоторые виды технических средств фиксации следов преступления и вещественных доказательств перечислены в ч. 2 ст. 166 УПК РФ путем указания на

целевую направленность их применения. Это технические средства стенографирования, фотографирования, киносъемки, аудио- и видеозаписи. Подобные же указания на средства фотографирования, киносъемки, аудио- и видеозаписи содержатся в ст. 82, 179, 189, 190 УПК РФ, на средства записи телефонных и иных переговоров и средства для прослушивания фонограмм — в ст. 186 УПК РФ. Ст. 185 УПК РФ предусматривает возможность снятия копий с задержанных почтово-телеграфных отправлений при их осмотре и выемке, то есть возможность применения технических средств копирования, которые также относятся к средствам фиксации.

В нормах УПК РФ содержатся также указания на виды носителей информации, на которые фиксируются результаты применения технических средств. Согласно ч. 8 ст. 166 УПК РФ к ним относятся фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы допроса, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски следов, выполненные при производстве следственного действия. Данный перечень носителей информации, зафиксированной при производстве следственных действий, также не является исчерпывающим.

Представляется возможным согласиться с мнением тех исследователей, которые помимо изменений в законодательных актах РФ считают необходимым принять федеральный закон «Об электронных документах» или «Об организации электронного оборота документов». Подобный нормативный акт должен сделать предсказуемыми и регулируемыми (в правовом смысле) новые свойства информационных правоотношений, снять ограничения и устранить препятствия к применению цифровых носителей информации и баз данных, уравнивать правовой режим упомянутых документов и форм их употребления и оборота с режимом употребления традиционных документов.

Подводя итог сказанному, подчеркнем еще раз, что сегодня как никогда актуально использование в доказывании по судебным делам электронных документов, это то, что существенно расширяет возможности установления фактических обстоятельств дел в суде и способствует правильному и объективному его разрешению. Современные достижения цифровых технологий обусловят правовое закрепление понятия и методик использования цифровых носителей информации в качестве доказательств, организа-



ционные и тактические рекомендации по их применению, а также алгоритмы противодействия недобросовестным участ-

никам, что найдет отражение в нормативных правовых актах, регламентирующих уголовное судопроизводство.

### Примечания

<sup>1</sup> *Ивлев А.* Web-страница как источник доказательств в арбитражном процессе. <http://russianlaw.net/law/netlaw/articles/paper05.htm>; *Мылицын Р. Н.* Электронное сообщение как доказательство в уголовном процессе [http://nadzor.pk.ru/analit/show\\_a.php?id=667](http://nadzor.pk.ru/analit/show_a.php?id=667); ICQ как доказательство. <http://www.osp.ru/news/2006/1205/3643144/>; *Иванов Н. А.* О понятии «цифровые доказательства» // Вестник Омского юридического института. — 2006. — № 2. — С. 77—78; *Галяшина Е. И.* Цифровые фонограммы как доказательства // Эксперт-криминалист. — 2008. — № 3; *Павлушина А. А., Гавриленко И. В.* Электронный документ в юридическом процессе // Уголовное судопроизводство. — 2010. — № 3.

<sup>2</sup> *Галяшина Е. И., Галяшин В. Н.* Фонограммы как доказательства по гражданским делам // Законы России : опыт, анализ, практика. — 2007. — № 1.

<sup>3</sup> См., напр.: *Дашян М.* Судебные споры о виртуальной собственности // Бизнес-адвокат. — 2002. — № 17; *Решетникова И. В.* Унификация доказывания — процесс неизбежный // Юрист. — 2003. — № 47. — С. 31; *Павлушина А. А., Гавриленко И. В.* Электронный документ в юридическом процессе // Уголовное судопроизводство. — 2010. — № 3, и др.

<sup>4</sup> Об информации, информатизации и защите информации : Федер. закон от 20.02.1995 № 24-ФЗ (ред. от 10.01.2003) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс» (Документ утратил силу в связи с принятием федер. закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ).

<sup>5</sup> *Городов О. А.* Комментарий к ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации». — СПб., 2003. — С. 25—26.

<sup>6</sup> *Ткачев А. В.* Правовой статус компьютерных документов: основные характеристики. — М., 2000. — С. 14.

<sup>7</sup> Об участии в международном информационном обмене : Федер. закон от 4 июля 1996 г. № 85-ФЗ (ред. от 29.06.2004) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс» (Документ утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ).

<sup>8</sup> *Зайцев П.* Электронный документ как источник доказательств // Законность. — 2002. — № 4. — С. 40—44.

<sup>9</sup> Об электронной цифровой подписи : Федер. закон от 10 янв. 2002 г. № 1-ФЗ (ред. от 08.11.2007) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>10</sup> *Иванов Н. А.* Об электронных документах и электронной цифровой подписи // Информационное право. — 2006. — № 3. — С. 11—12.

<sup>11</sup> Об информации, информационных технологиях и о защите информации : Федер. закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 06.04.2011) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Пункт 11.1 введен федеральным законом от 27.07.2010 № 227-ФЗ.

<sup>13</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 дек. 2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>14</sup> Об оперативно-розыскной деятельности : Федер. закон от 12 авг. 1995 г. № 144-ФЗ (ред. от 28.12.2010) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>15</sup> О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации : Федер. закон от 31 мая 2001 № 73-ФЗ (ред. от 28.06.2009) // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> О полиции : Федер. закон от 7 февр. 2011 № 3-ФЗ (ред. от 01.07.2011) // СЗ РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900; СЗ РФ. — 2011. — № 27. — Ст. 3880.

<sup>17</sup> См.: *Вандер М., Холопов А.* Цифровая фиксация аудио- и видеoinформации // Законность. — 2003. — № 8; *Газизов В. А.* К вопросу об использовании цифровой фотографии в расследовании преступлений // Вестник криминалистики. — 2003. — Вып. 2(6); *Пысина Г.* Цифровая фотосъемка при расследовании преступлений // Законность. — 2006. — № 11; *Сафонов А. А.* Правовые проблемы применения компьютерных технологий в криминалистической фотографии // Вестник криминалистики. — 2003. — Вып. 2(6).

**БОРОШИЛОВА Татьяна Павловна**, аспирант Юридического института Дальневосточного федерального университета. E-mail: kafedra\_up@mail.ru

**VOROSHILOVA Tatiana Pavlovna**, Postgraduate Student, Law Institute of Far Eastern Federal University. E-mail: kafedra\_up@mail.ru





УДК 349.4 + 347.254:349.4  
ББК Х407.11 + Х404.12:Х407.11

О. В. Дубровин

## ПРОБЛЕМЫ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ В СОБСТВЕННОСТЬ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ ПОД ИНДИВИДУАЛЬНОЕ ЖИЛИЩНОЕ СТРОИТЕЛЬСТВО

O. V. Dubrovin

## THE PROBLEMS OF PROVISION OF LAND PLOTS FOR INDIVIDUAL HOUSING CONSTRUCTION

*В статье анализируются проблемы порядка предоставления в собственность земельных участков под индивидуальное жилищное строительство, предлагаются пути разрешения данных пробелов в законодательстве Российской Федерации.*

**Ключевые слова:** индивидуальное жилищное строительство, бесплатное предоставление земельных участков.

*The article analyses some challenges related to gratuitous transfer of the right of ownership to the land plots intended for private housing construction. It also offers some approaches to filling these "gaps" in the legislation of the Russian Federation.*

**Keywords:** private housing construction, gratuitous transfer of land plots.

Конституция Российской Федерации, закрепляя право частной собственности и раскрывая в статье 35 его конституционное содержание, включающее правомочия по владению, пользованию и распоряжению собственным имуществом, выделяет в статье 36 в качестве самостоятельного конституционного права граждан иметь в частной собственности землю и устанавливает, что владение, пользование и распоряжение землей осуществляются ее собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц.

Как указывает в одном из своих постановлений Конституционный Суд Российской Федерации, из вышеназванных положений Конституции Российской Федерации вытекает обязанность законодателя при регулировании земельных отношений соблюдать в соответствии с установленным ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации принципом пропорциональности баланс частных и публичных инте-

ресов, которые затрагиваются при реализации права частной собственности на землю, с тем чтобы обеспечить охрану законом права частной собственности, как того требует ч. 1 ст. 35 Конституции Российской Федерации, и исходя из представлений о земле как основе жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории<sup>1</sup>.

В рамках реализации послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 30 ноября 2010 г., в целях создания благоприятных условий проживания для многодетных и молодых семей Законодательное Собрание Челябинской области приняло Закон Челябинской области от 28 апреля 2011 года № 121-ЗО «О бесплатном предоставлении земельных участков в собственность граждан для индивидуального жилищного строительства или ведения личного подсобного хозяйства с возведением жилого дома на приусадебном земельном участке на территории Челябинской области» (далее также — Закон 121-ЗО)<sup>2</sup>.





Закон, вступивший в силу 27 мая 2011 года, устанавливает категории граждан, имеющих право на бесплатное предоставление в собственность земельных участков для индивидуального жилищного строительства, условия предоставления таких земельных участков, перечень документов, необходимых для бесплатного предоставления земельных участков для индивидуального жилищного строительства или ведения личного подсобного хозяйства с возведением жилого дома на приусадебном земельном участке.

Данный закон направлен на то, чтобы отдельным категориям граждан, в том числе многодетным и молодым семьям, дать возможность решить жилищную проблему.

Согласно нормам Закона № 121-ЗО, органы местного самоуправления устанавливают порядок бесплатного предоставления в собственность граждан земельных участков, находящихся в муниципальной собственности, а также земельных участков, государственная собственность на которые не разграничена и которыми в соответствии с земельным законодательством они имеют право распоряжаться.

Однако представляется, что вопрос о порядке предоставления в собственность земельных участков без проведения аукционов является на сегодняшний день, по сути, пробелом в правовом регулировании земельных правоотношений России.

Согласно ст. 28 Земельного кодекса Российской Федерации предоставление земельных участков в собственность граждан осуществляется за плату, а в случаях, предусмотренных Земельным кодексом Российской Федерации, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, может осуществляться бесплатно.

Так, в ст. 30.1 Земельного кодекса Российской Федерации установлены особенности платного предоставления земельных участков для жилищного строительства, в том числе их продажа в собственность граждан на аукционах, а в статье 30 — особенности бесплатного предоставления в аренду земельных участков для указанных целей.

Актами федерального законодательства и законодательства субъектов Российской Федерации для отдельных категорий граждан установлены льготы при предоставлении земельных участков для индивидуального жилищного строительства. В частности, ст. 17 Федерального закона от 24 ноября 1995 года № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Рос-

сийской Федерации»<sup>3</sup> предусматривает, что инвалидам и семьям, имеющим в своем составе инвалидов, предоставляется право на первоочередное получение земельных участков для индивидуального жилищного строительства.

Частью 4 ст. 3 Федерального закона от 9 января 1997 года № 5-ФЗ «О предоставлении социальных гарантий Героям Социалистического Труда и полным кавалерам ордена Трудовой Славы»<sup>4</sup> и п. 4 ст. 5 Закона Российской Федерации от 15 января 1993 года № 4301-1 «О статусе Героев Советского Союза, Героев Российской Федерации и полных кавалеров ордена Славы»<sup>5</sup> установлено, что соответствующие категории граждан имеют право на бесплатное предоставление им в собственность земельных участков для индивидуального жилищного строительства.

В то же время Земельным кодексом Российской Федерации не определены условия и порядок реализации льготными категориями граждан своего права, а установленный Земельным кодексом Российской Федерации порядок предоставления земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, не предусматривает возможности предоставления в собственность граждан земельных участков для индивидуального жилищного строительства без проведения торгов (конкурсов, аукционов).

В связи с неурегулированностью данного вопроса на уровне федерального законодательства в законотворческой практике России было сделано несколько попыток устранить этот пробел. Так, в 2008 году в Государственную Думу Российской Федерации было направлено два законопроекта.

05 апреля 2008 года Новосибирским областным Советом депутатов был внесен законопроект № 41900-5 «О внесении изменения в статью 28 Земельного кодекса Российской Федерации в части уточнения порядка бесплатного предоставления земельных участков».

В ст. 28 Земельного кодекса Российской Федерации предлагалось установить специальные положения о порядке предоставления земельных участков бесплатно, согласно которому такое предоставление осуществляется без проведения торгов (конкурсов, аукционов). К полномочиям высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации проектом было отнесено установление порядка учета и рассмотрения заявлений о бесплатном

предоставлении земельных участков. Реализация данного полномочия на региональном уровне позволила бы упорядочить процесс бесплатного предоставления земельных участков в собственность, что исключило бы возможные нарушения со стороны лиц, уполномоченных на распоряжение земельными участками.

Данный законопроект, направленный на устранение пробелов в нормативном регулировании бесплатного предоставления земельных участков, Государственной Думой был отклонен<sup>6</sup>.

5 мая 2008 года Законодательное Собрание Омской области внесло законопроект «О внесении изменений в ст. 30 и 30.1 Земельного кодекса Российской Федерации в части расширения оснований бесплатного предоставления в собственность граждан земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности», в основу которого был положен принцип социальной защиты граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий.

Законопроектом предлагалось внести изменения в Земельный кодекс Российской Федерации в части бесплатного предоставления отдельным категориям граждан в собственность земельных участков для индивидуального жилищного строительства.

Реализация положений законопроекта позволила бы гражданам Российской Федерации улучшить свои жилищные условия, получив в собственность земельные участки, что в определенной мере способствовало бы решению задач, поставленных национальным проектом «Доступное жилье», а также закреплению кадров на селе и, соответственно, улучшению положения в агропромышленном секторе экономики.

Предусмотренные в законопроекте положения о введении ограничений оборотоспособности земельных участков, предоставленных для ведения индивидуального жилищного строительства с момента регистрации права собственности на возведенный жилой дом, были обусловлены необходимостью установления контроля за целевым использованием указанных земельных участков.

Кроме того, законопроектом решался вопрос о предоставлении бесплатно земельных участков для индивидуального жилищного строительства иным категориям граждан в случаях, установленных федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации в соответствии со ст. 28 Земельного кодекса Российской Федерации. Данный законо-

проект также был отклонен Государственной Думой<sup>7</sup>.

1 июля 2009 г. депутаты Государственной Думы А. А. Козерадский, О. В. Носкова, В. А. Корнилов внесли в Государственную Думу Российской Федерации законопроект «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации (в части изменения порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для жилищного строительства)», который также был отклонен<sup>8</sup>.

Кроме того, неудачные попытки урегулировать вопрос бесплатного предоставления земельных участков для индивидуального жилищного строительства имеются и в правоприменительной практике регионов России.

24 сентября 2008 г. Законодательным Собранием Ленинградской области был принят Областной закон № 105-оз «О бесплатном предоставлении отдельных категориям граждан земельных участков для индивидуального жилищного строительства на территории Ленинградской области», который, по сути, является аналогом Закона Челябинской области.

Постановлением Правительства Ленинградской области № 37 от 18 февраля 2009 г. было утверждено Положение «О порядке бесплатного предоставления в собственность граждан земельных участков для индивидуального жилищного строительства на территории Ленинградской области».

Позиция Законодательного Собрания Ленинградской области была основана на нормах Конституции Российской Федерации и Федерального закона от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»<sup>9</sup>.

В силу пунктов «д» и «к» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации находится природопользование. По предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации. Законы и иные нормативные правовые акты субъектов не могут противоречить федеральным законам. В случае противоречия между федеральным законом и



иным актом, изданным в Российской Федерации, действует федеральный закон (ч. 2 и 5 ст. 76 Конституции Российской Федерации).

Однако п. 16 Положения (в редакции Постановлений Правительства Ленинградской области от 26 мая 2009 г. № 148, от 20 ноября 2009 г. № 349), предоставляющий органам местного самоуправления соответствующего муниципального района (городского округа) право определять приоритетность предоставления земельных участков для индивидуального жилищного строительства, решением Ленинградского областного суда от 29 марта 2010 г. по делу № 3-26/2010<sup>10</sup> был признан противоречащим в совокупности ст. 10 и 11, п. 2 ст. 28 Земельного кодекса Российской Федерации, п. 10 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 года № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», областному закону от 14 октября 2008 года № 105-ОЗ.

Судом также было установлено, что пунктом 16 Положения органам местного самоуправления фактически предоставлено право из статьи 1 Областного закона от 14 октября 2008 года № 105-ОЗ, в которой перечислены случаи предоставления земельных участков гражданам в собственность бесплатно, выбирать круг лиц, которые вправе получать земельные участки в собственность бесплатно в приоритетном порядке. То есть формулировка приведенной областной нормы позволяет сделать вывод о том, что органам местного самоуправления фактически предоставлено право на построение определенной иерархии в процессе бесплатного предоставления земельных участков гражданам в собственность по принципу приоритетности, установление которого отдано на усмотрение органа местного самоуправления.

Между тем предоставление органам местного самоуправления права определения приоритетности предоставления земельных участков для индивидуального жилищного строительства противоречит статьям 17 и 19 Конституции Российской Федерации, федеральному законодательству и является коррупционным фактором, нарушающим права граждан.

В кассационном порядке данное решение было проверено Верховным Судом Российской Федерации и 2 июня 2010 года оставлено без изменения<sup>11</sup>.

14 июня 2011 года Президентом России был подписан Федеральный закон

№ 138-ФЗ «О внесении изменений в статью 16 Федерального закона “О содействии развитию жилищного строительства и Земельный кодекс Российской Федерации”», которым было предоставлено право субъектам Российской Федерации устанавливать условия и порядок предоставления бесплатно земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для индивидуального жилищного строительства без торгов и предварительного согласования мест размещения объектов, гражданам лишь одной категории, а именно, имеющим трех и более детей.

Таким образом, федеральным законодательством не определены условия и порядок реализации другими льготными категориями граждан своего права, а установленный Земельным кодексом Российской Федерации порядок предоставления земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, не предусматривает для них возможности предоставления в собственность земельных участков для индивидуального жилищного строительства без проведения торгов (конкурсов, аукционов).

В связи с вышеизложенным, а также для установления единообразия порядка на всей территории России, является актуальным и целесообразным уточнение положений Земельного кодекса Российской Федерации в части дополнения его порядком бесплатного предоставления земельных участков для индивидуального жилищного строительства для всех имеющих на это право категорий граждан.

В связи с риском возникновения коррупционной составляющей, указанной в вышеназванных судебных актах, в законопроекте необходимо детально проработать и указать принцип приоритетности, который органы местного самоуправления должны использовать при предоставлении земельных участков гражданам в собственность.

Этот принцип должен учитывать наличие всех категорий граждан, имеющих данное право, а также имеющих первоочередное право в соответствии с федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, и учитывать степень социальной значимости граждан, обращающихся за реализацией права на бесплатное предоставление земельных участков для индивидуального жилищного строительства.



### Примечания

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 января 2009 года № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2, 3 и 4 статьи 13 и абзаца второго пункта 1.1 статьи 14 Федерального закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» в связи с жалобой гражданки Л.Г. Погодиной» // СЗ РФ. — 2009. — № 7. — Ст. 889.

<sup>2</sup> См.: Закон Челябинской области от 28 апреля 2011 года № 121-ЗО «О бесплатном предоставлении земельных участков в собственность граждан для индивидуального жилищного строительства или ведения личного подсобного хозяйства с возведением жилого дома на приусадебном земельном участке на территории Челябинской области» // Южноуральская панорама. — 2011. — 17 мая.

<sup>3</sup> СЗ РФ. — 1995. — № 48. — Ст. 4563.

<sup>4</sup> СЗ РФ. — 1997. — № 3. — Ст. 349.

<sup>5</sup> Российская газета. — 1993. — 10 февр.

<sup>6</sup> Законопроект № 41900-5 «О внесении изменения в статью 28 Земельного кодекса Российской Федерации в части уточнения порядка бесплатного предоставления земельных участков» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/3C6A54BBF64C3B0BC32574280046B093/\\$File/41900%20Проект%20внесен.doc?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/3C6A54BBF64C3B0BC32574280046B093/$File/41900%20Проект%20внесен.doc?OpenElement) (Дата обращения: 01.06.2011).

<sup>7</sup> Законопроект № 54617-5 «О внесении изменений в статьи 30 и 30.1 Земельного кодекса Российской Федерации в части расширения оснований бесплатного предоставления в собственность граждан земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/CB80E85E143ED1BBC325744300231BD9/\\$File/54617%20Текст%20внесен.doc?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/CB80E85E143ED1BBC325744300231BD9/$File/54617%20Текст%20внесен.doc?OpenElement) (Дата обращения: 01.06.2011).

<sup>8</sup> Законопроект № 224875-5 «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации (в части изменения порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для жилищного строительства)» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/ABEF330BB7AB010FC32575E8002F5209/\\$File/224875%20текст%20внесен.doc?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/ABEF330BB7AB010FC32575E8002F5209/$File/224875%20текст%20внесен.doc?OpenElement) (Дата обращения: 01.06.2011).

<sup>9</sup> СЗ РФ. — 1999. — № 42. — Ст. 5005.

<sup>10</sup> См.: Решение Ленинградского областного суда от 29 марта 2010 г. по делу № 3-26/2010 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>11</sup> См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 2 июня 2010 г. № 33-Г10-4 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

**ДУБРОВИН Олег Владимирович**, соискатель кафедры конституционного и административного права Южно-Уральского государственного университета, помощник члена Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации Р. У. Гаттарова по работе в Челябинской области. E-mail: dov1974@mail.ru

**DUBROVIN Oleg Vladimirovich**, Degree Candidate at the Chair “Constitutional and Administrative Law”, South Ural State University, Assistant of R.U. Gattarov, member of the Council of Federation of the Federal Assembly of the Russian Federation (assistance in activities in the Chelyabinsk region). E-mail: dov1974@mail.ru



УДК 347.412.  
ББК Х404.200

Т. А. Фомина

## КЛАССИФИКАЦИЯ АКЦЕССОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

T. A. Fomina

## CLASSIFICATION OF ACCESSORY OBLIGATIONS

*В статье рассматриваются вопросы классификации обязательств по признаку акцессорности. Автором определяется объект классификации, раскрываются понятия акцессорности как критерия, акцессорного и неакцессорного обязательства, главного обязательства. Предлагается введение классификации акцессорных обязательств.*

**Ключевые слова:** классификация обязательств; акцессорность; акцессорные обязательства; неакцессорные обязательства; объект акцессорного обязательства.

*In this paper, the classification of liabilities on the basis of the accessory. The author defines a classification, the concept of accessory disclosed as a criterion and an accessory neaktsessornogo obligations, the principal obligation. It is proposed the introduction of the classification of accessory obligations.*

**Keywords:** classification of obligations; accessory, accessory obligations; neaktsessornye obligations; object accessory obligations.

Как правило, ни в зарубежной, ни в отечественной литературе классификация с выделением акцессорных (дополнительных) обязательств не рассматривается отдельно от обеспечительных обязательств. Вместе с тем не отрицается тот факт, что акцессорные обязательства не исчерпываются обеспечительными.

Объектом классификации по признаку акцессорности, на наш взгляд, являются самостоятельные обязательства. Цель классификации — обособить те из них, которые находятся в особой зависимости от других с тем, чтобы определить их общие свойства.

Полагаем правильной точку зрения о том, что необходимо различать обязательства акцессорные и обязательства производные<sup>1</sup>. Классификация обязательств по признаку акцессорности будет являться вторичной по отношению к классификации по признаку производности, ее продолжением. Это означает, что обязательства по признаку связи основания возникновения следует подразделять на производные и непроизводные, автономные. В свою очередь, производные обязательства делятся на производные неакцессорные — те, которые в силу закона или по воле сторон утрачивают связь со своим основанием на протяжении своего дальнейшего существования (банков-

ская гарантия, регресс), и производные акцессорные — обязательства, которые сохраняют зависимость от основания на протяжении всего своего существования, постоянно «имеют в виду» основное обязательство (все обеспечительные обязательства).

Сущность критерия дополнительной или акцессорности состоит во внешней обусловленности существования и действительности акцессорного обязательства — то есть в том, что оно действительно утрачивает смысл и значение в отсутствие другого — главного по отношению к нему — обязательства, причем указанное действительно на всем протяжении его существования. Отсюда акцессорность — это явная обусловленность существования и действительности акцессорного обязательства существованием и действительностью главного обязательства.

Образуемая классификация представляет собой классический случай дихотомии по принципу наличия определенного признака.

При применении в качестве критерия классификации признака акцессорности образуются два классификационных класса: акцессорные обязательства, обладающие признаком акцессорности, и неакцессорные обязательства, которые

130

Гражданское  
право



им не обладают. При этом **акцессорным** является обязательство, существование и действительность которого явно обусловлены существованием и действительностью главного обязательства. **Неакцессорное** обязательство существует юридически автономно, независимо от других обязательств.

Необходимо определить использованный в определении термин «**главное обязательство**»: это обязательство, с которым находится в связи зависимости акцессорное обязательство. Отметим, что в качестве главного обязательства может выступать как неакцессорное, так и акцессорное обязательство.

Введение особого термина «главное обязательство» в противовес «неакцессорному», во-первых, логично вытекает из той предпосылки, что в силу свободы договора возможно возникновение акцессорных обязательств по модели неакцессорных (например, акцессорного договора купли-продажи). Никакого императивного запрета на это нет, как нет и понятия акцессорного обязательства в Гражданском кодексе РФ; этим обусловлено также и представление о том, что во всяком случае классифицированы должны быть конкретные обязательства, а не абстрактные их модели, закрепленные в главах Кодекса; во-вторых, в роли главного обязательства, по крайней мере, применительно к обеспечительным акцессорным обязательствам, выступает простое обязательство, а не сложное. Это подтверждается тем фактом, что обеспечительное обязательство следует судьбе обеспеченного требования (в самом простом варианте — одного требования); то обстоятельство, остается ли этот кредитор должником в других «простых» обязательствах, составляющих единое комплексное обязательство (купи-продажи, к примеру), юридически безразлично.

Представляется, что критерий акцессорности может быть развернут. «Носителем» признака акцессорности является объект обязательства — то, на что оно направлено.

Изучение литературы показывает, что в настоящее время преобладающей становится точка зрения, согласно которой для обозначения объекта используется термин «блага» (или «материальное или нематериальное благо»)².

Если рассматривать данный вопрос в разрезе обеспечительных акцессорных обязательств, то видно, что в объект этих обязательств в качестве «блага» входит само обеспечение. Функциональная направленность обеспечения обуслови-

вает необходимость включения в объект обеспечительного обязательства главного обязательства в части обеспечиваемого требования. Как известно, обязательство возникает, существует, изменяется и прекращается. Направленность одного обязательства на другое может иметь в виду только изменение или прекращение другого обязательства (в том числе путем его исполнения либо субститута исполнения). Реализация требования, заложенного в обязательстве, ведет к его прекращению путем исполнения.

Признак дополнительности, на наш взгляд, может выглядеть двояко: в одном случае в объект акцессорного обязательства включается основное обязательство (это характерно для обеспечительных обязательств) в какой-либо его части; во втором случае объект акцессорного обязательства является подчиненным по отношению к объекту главного обязательства.

К первому подклассу акцессорных обязательств можно отнести все обеспечительные обязательства, а также обязательство из договора перестрахования, обязательство по осуществлению компенсационной выплаты по ОСАГО в случае банкротства или отзыва лицензии у страховой компании.

Ко второму подклассу относятся договор перевозки багажа, договор субаренды, обязательство по передаче прав на земельный участок при продаже недвижимости. К этой же группе относятся обязательства, имеющие своим предметом принадлежность (в случае вытекающей из содержания сделки связи с главным обязательством в отношении главной вещи). Е. А. Суханов отмечает самостоятельность принадлежности. Правило о том, что принадлежность следует судьбе главной вещи, всегда диспозитивно — участники оборота могут предусмотреть и их раздельное использование, указывает ученый³. Таким образом, если самостоятельные обязательства, имеющие в виду главную вещь и принадлежность, связывают судьбу принадлежности с судьбой главной вещи, между указанными обязательствами возникает именно акцессорная связь.

Акцессорность по признаку подчинения объекта «ядром» своим во всяком случае имеет подчиненность предметов обязательств по принципу субординации или отношения общего и частного. В перечисленных обязательствах связь эта существует объективно: багаж связан с пассажиром через право собственности, земельный участок со зданием —



принципом «единой судьбы», предмет аренды с предметом субаренды — соотношением общего и частного. Но нет препятствий и к искусственному созданию таких связей. Например, если из договора продажи сельскохозяйственной техники будет вытекать, что ее отчуждение связано с продажей, например, недвижимого имущества фермерского хозяйства, то в этом случае также должна идти речь об акцессорности обязательства из первого договора по отношению к обязательству из второго договора.

Полагаем, что для обязательств второй группы возникает дополнительное

следствие акцессорности: в случае прекращения связи подчинения между объектами, которая в большинстве случаев прекращается в результате прекращения юридической связи между предметами обязательств, акцессорное обязательство также прекращается. Эту гипотезу можно экстраполировать на договор субаренды: к примеру, если объектом аренды является комплекс зданий, а объектом субаренды — одно из этих зданий, то в случае прекращения аренды одного из зданий по любому основанию должна прекращаться и его субаренда, даже если договор аренды остается в силе.

### Примечания

<sup>1</sup> Шестаков Н. Соотношение понятий независимость, акцессорность и абстрактность обязательства в праве // Всероссийская академия внешней торговли: <http://www.vavt.ru/www/works.nsf/work/3034FB333>.

<sup>2</sup> Пример анализа высказанных позиций по вопросу объекта обязательства см.: Санникова Л. В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — С. 3—17.

<sup>3</sup> Суханов Е. А. Вещные права и права на нематериальные объекты // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. — 2007. — № 7. — С. 17—18.

**ФОМИНА Татьяна Анатольевна**, адвокат, Адвокатская палата Ульяновской области. E-mail: 0724@mpro.ru

**FOMINA Tatyana**, a lawyer, Bar Association of the Ulyanovsk region.  
E-mail: 0724@mpro.ru





# ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340.141 (470.66) + 342.56(470.66)  
ББК Х71(2 Рос. Чеч)

Д. Х. Сайдумов

## СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В ЧЕЧНЕ И ОТРАЖЕНИЕ ЕЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В БИБЛИОГРАФИЧЕСКИХ ИСТОЧНИКАХ

D. X. Saydumov

## JUDICIAL AUTHORITY IN CHECHNIA AND REFLECTION OF ITS ACTIVITY IN BIBLIOGRAPHIC SOURCES

*Статья раскрывает вопросы отражения деятельности судебных органов в Чечне в период проведения судебной реформы в 1864 г. и последующих годах. Отслеживается взаимосвязь историко-этнологических трудов рассматриваемого периода с юридическими исследованиями отдельных авторов, исследовавших правовую систему древней Чечни.*

**Ключевые слова:** суд, судебная система, адат, адатская система, обычное право, решение суда, источники права, историко-правовое исследование.

*Article opens questions of reflection of activity of judicial bodies in the Chechen Republic in carrying out of judicial reform in 1864 г. And the next years. The interrelation of istoriko-ethnological works of the considered period with legal researches of separate authors investigating legal system of the ancient Chechen Republic is traced.*

**Keywords:** court, judicial system, an adat, адатская system, a common law, a judgement, right sources, istoriko-legal research.

Чеченская судебная-правовая система на Северном Кавказе являлась одной из самых авторитетных и развитых. Адатское право чеченцев по своему содержанию было гуманным и справедливым, к примеру, в Чечне не было предусмотрено смертной казни для женщин, они не могли быть объектом кровной мести. Оскорбление или убийство женщины наказывалось двойным видом наказания.

Главной особенностью древнего адатского права чеченцев было то, что оно распространялось одинаково на всех без разделения по социальному положению.

Поиск и публикация архивных документов, развитие юридической антропологии и социологии способствуют пониманию и осмыслению богатейшего исторического наследия чеченцев и других народов Северного Кавказа в целях дальнейшего теоретико-практического применения.

Источниковая база дает возможность проследить эволюцию права, судебной власти и судебной системы в Чечне на различных исторических этапах. Современная наука (XX—XXI вв.) осветила целый ряд вопросов, представляющих повышенный интерес в области исследования права и системы правосудия. Выявление и публикация архивных источников, расширение круга историко-правовых и правовых исследований способствуют созданию дальнейших углубленных исследований обычного права, системы судостроительства и судопроизводства.

Исследовательское поле проблемы нормативного и организационно-правового обеспечения органов судебной власти в Чечне и на Северном Кавказе в целом определяет наличие в нем целого ряда дефиниций, имевших на различных исторических этапах разное содержательное наполнение. Общие аспекты

133

История  
государства и права





развития судебной власти на Северном Кавказе достаточно полно представлены в трудах как дореволюционных ученых, так и современных исследователей. Однако количество трудов о судебной власти в Чечне и ее правовых институтах значительно меньше. Лишь отрывочные сведения о деятельности органов судебной власти, подготовленные в основном историками, этнологами, в меньшей степени юристами, можно найти в исторических исследованиях. Задача современных исследователей — извлечь эту информацию, провести соответствующую аналитическую работу, посредством полученных выводов подготовить ценные научные исследования по истории становления судебно-правовой системы Чечни во всех ее аспектах и особенностях.

Отличительной чертой большинства дореволюционных исторических исследований особенностей развития и реформирования судебно-правовых структур на Северном Кавказе была их практическая направленность, выраженная в эффективном интегрировании их в государственную (в т. ч. и правовую) систему России.

Наиболее ранними печатными изданиями, начавшими работу в регионе, были такие издания, как: «Тифлисская ведомость», «Закавказский вестник», «Кавказ». По указанию Паскевича в газете «Тифлисская ведомость» должны были печататься «официальные известия, разные объявления, главные общие новости для края сего, любопытные и вообще всякие сведения, согласные с видами правительства». Первый номер «Тифлисская ведомостей» вышел 4 июля 1828 года. Внешний вид ее для того времени был весьма удовлетворителен. Печаталась она на листках обыкновенного формата, в два столбца. Выходила газета раз в неделю. Главными отделами ее были внутренние и иностранные известия. Наряду с правительственными распоряжениями и объявлениями, в ней помещались художественные очерки, а также статьи исторического и этнографического характера.

Многие из статей «Тифлисская ведомостей» тогда же привлекли внимание столичной печати, которая пользовалась ими для ознакомления русского общества с новым и интересным для него краем<sup>1</sup>.

На страницах газеты «Тифлисская ведомости» публиковались ценные и содержательные статьи, отражавшие жизнь горских обществ Кавказа.

Большое значение для систематизации сведений о чеченцах и других народах Северного Кавказа, об особен-

ностях их правовой культуры, а также ее интеграции в общероссийскую систему законодательства имела газета «Ставропольские губернские ведомости». 26 сентября 1839 года гражданский губернатор, действительный статский советник А. В. Семенов представил начальнику Кавказской области следующее ходатайство: «В положении о порядке производства дел в губернских правлениях, главе 3, § 86, предписано: для облегчения и сокращения в порядке сношений губернского правления и доставления как присутственным местам и должностным лицам, так и вообще всем и каждому удобнейшего средства получать в надлежащее время сведения о постановлениях и распоряжениях губернского начальства, а равно и других предметах, следующих к общему сведению, издаются при каждом губернском правлении особые губернские ведомости. Имея в виду, с одной стороны, что обнародование во всеобщее по области сведения указов и распоряжений областного начальства посредством рассылки таковых по самому ходу сему производится ныне чрезвычайно медленно и неудобно, ровно как и самые розыски, вызовы к торгам и прочие полицейские объявления доходят до мест весьма поздно и через то не достигают своей цели — быстроты в исполнении, с другой же стороны, что издание областных ведомостей, устраняя все эти неудобства, принесет пользу как в облегчении и сокращении переписки по областному правлению, так и успех в самом полицейском исполнении и делопроизводстве, я долгом счел просить ваше превосходительство об исходатайствовании издания областных ведомостей на основании правил изложенных в общем наказе, с платою присутственными и прочими местами за получение оных на пополнение издержек в канцелярскую сумму областного правления каждым по четыре рубля серебром»<sup>2</sup>.

Научные статьи, играющие важную роль в определении историографической ситуации по актуальным вопросам исследований того времени, публикуемые на страницах газеты, отражали проблемы изучения традиционной культуры, общественного устройства и быта народов Кавказа, которые не только расширяли, но и углубляли этнографические знания. Период выхода в свет этого и других аналогичных изданий ознаменовал начало целой вехи по систематическому сбору документов по истории традиционной культуры и общественному устройству чеченского народа и других народов Северного Кавказа.

Упомянув региональные издания, выходявшие на периферии в качестве источников историографии, нельзя обойти стороной и столичные печатные издания, которые всегда отводили теме исследования Северного Кавказа довольно большое место. В числе таковых изданий «Вестник Европы»<sup>3</sup>.

Большое количество публикаций различного характера способствовало развитию знаний о кавказской цивилизации, становлению научных школ.

Научно необходимыми и значимыми можно назвать исторические материалы, почерпнутые из «Актов Кавказской археографической комиссии»<sup>4</sup>. Ценнейшие документы, отражающие вопросы обычно-правовой системы, судебной системы Чечни, были собраны и опубликованы данной комиссией, возглавляемой А. П. Берже. Под его председательством с 1866 по 1904 г. было издано XI томов «Актов», собранных комиссией.

Говоря о значимости «Актов Кавказской археографической комиссии», следует особо подчеркнуть, что они дают бесценный материал. В них подробно исследовались проблемы судостроительства и судопроизводства, нормы обычного права, социально-экономического положения и социальная стратификация горских народов. Помимо объемного количества этнографического и документального материала, изданного «Актами», в VI—XI томах в них имеются сведения по истории взаимоотношений русского и горских народов, начиная со второй половины XVIII в. по 60-е годы XIX в., вплоть до полного присоединения Кавказа к России. В каждом томе приводится характеристика правления наместников, анализ их вклада в развитие российской государственности на Кавказе, дается анализ принципов, форм и методов их управления, вероисповедания, социальных и сословно-поземельных отношений. Все эти сведения представляют несомненный интерес для изучения истории развития обычно-правовой системы чеченцев и системы судопроизводства.

Как отмечает Ф. В. Тотоев в своей работе «Общественный строй чеченцев: вторая половина XVIII века — 40-е годы XIX века: *«Если рассматривать литературу о Чечне в хронологическом порядке, то первое печатное известие о чеченцах, а равно ингушах следует отнести к 1772 году»*<sup>5</sup>.

Ценными и многоаспектными сведениями представлена исследовательская работа С. Броневского «Новейшие гео-

графические и исторические известия о Кавказе», изданная в 1823 году в двух частях.

Видное место в кавказоведческой литературе принадлежит Иосифу Дебу, чье основное произведение «О кавказской линии и присоединенном к ней Черноморском войске или общие замечания о поселенных полках, ограждающих кавказскую линию, и о соседственных горских народах. Собранные Действительным Статским Советником и Кавалером Иосифом Дебу в 1826 году»<sup>6</sup>.

К числу опубликованных историографических источников, содержащих сведения по организации судебной системы, осуществлению судебной власти в Чечне, а также сведения по обычно-правовой системе чеченцев, соотношения ее с нормами позитивного права, стоит назвать такие значимые источники, как «Сборник сведений о кавказских горцах» (ССКГ), издавался при Кавказском горском управлении в Тифлисе. С 1868 по 1881 г. было издано всего 10 томов под редакцией Н. И. Воронова — преподавателя словесности в Ставропольской гимназии. В предисловии издания определена цель работы: «Издание посвящается всестороннему исследованию быта населения, по численности своей почти миллионного, живущего при своеобразных и разнороднейших условиях местности, и хотя обозначаемого общим именем горцев, однако весьма разнохарактерного, разнообычного и разноязычного, тут представляется множество, так сказать, девственного материала для любознательности, для науки». И далее: «Для них открывается новый строй понятий и житейских отношений, для них наступила пора знакомства со светлым и широким миром европейской жизни: но вместе с этим и для нас открылся замкнутый в себе, своеобразный мир, с особым складом домашних и общественных отношений, который, так или иначе, мы должны приблизить к общему складу нашей жизни, чтобы между ними и нами не оставалось разлада. И если на стороне горцев лежит роковая необходимость знакомства с нами, то на нашей — нравственная обязанность проникнуть до глубины в их замкнутый круг жизни и узнать положение, с кем и с чем мы имеем дело, для того, чтобы определить затем, как удобнее, легче и скорее помочь нашим новым согражданам выбраться из темного угла их полудикой жизни и приобщить их света и простора, открытых для европейской семьи народов»<sup>7</sup>.





На страницах сборника в разное время публиковались такие знаменитые исследователи, как: П. К. Услар, А. П. Берже, Н. Ф. Грабовский.

Продолжая историографический перечень, необходимо назвать также «Военный сборник», «Сборник материалов для описания местностей и племен Кавказа». Последний сборник является одним из фундаментальных не только в кавказской этнографии, но и в целом во всей дореволюционной этнографической науке.

С позиции юридической историографии важное значение для изучения судебной власти в Чечне имеют работы А. В. Комарова «Адаты и судопроизводство по ним», И. Я. Сандрыгайло «Судопроизводство и судопроизводство в частях Кавказского края военно-народного управления», М. Н. Рейнке «Горские и народные суды Кавказского края», Г. Б. Гавазова «Народные суды». В целом вышеперечисленные работы касаются непосредственно Дагестана, однако Чечня в силу своего исторического соприкосновения и территориального соседства с Дагестаном является объектом и предметом внимания со стороны данных исследователей.

Однако подробно деятельность судебных учреждений Грозненского и Хасав-Юртовских горских судов Терской области описаны Н. М. Рейнке, Н. М. Агишевым и В. Д. Бушеном в «Материалах по обозрению горских и народных судов Кавказского края»<sup>8</sup>.

В данной работе описывается состав суда, порядок и условия замещения депутатских мест, содержание судей. Детально изложена подсудность Горскому словесному суду, в том числе территориальная, по уголовным и гражданским делам. Раскрывается содержание правил, которыми руководствуются Горские словесные суды при разрешении дел. Излагаются юридические обычаи, применяемые Грозненским словесным судом, порядок обжалования решений Горских судов и многие другие вопросы практического судопроизводства. В работе имеются ценные для историко-юридической науки статистические сведения, отображенные в виде таблиц подсудности уголовных, гражданских дел, отражающие количественную деятельность Горских словесных судов на территориях Кубанской, Терской области.

Изучение вопросов становления и развития институтов судебной власти в Чечне, обычного права, а также соотношения юридических норм адата и шариата не было бы возможным без богатого историографического материала, собранного дагестанскими исследователями как в прошлом, так и на современных этапах, в чьи научные интересы входило исследование историко-правового наследия не только дагестанцев, но и чеченцев. К числу наиболее авторитетных работ в данном направлении стоит отнести: «Из истории права народов Дагестана»<sup>9</sup>, «Памятники обычного права Дагестана XVII—XIX вв.»<sup>10</sup>.

### Примечания

<sup>1</sup> Ениколопов И. Грибоедов в Грузии. — Тбилиси: Заря Востока, 1954.

<sup>2</sup> Городецкий Б. М. Очерк развития русской периодической печати на Северном Кавказе // Известия общества любителей изучения Кубанской области. — Екатеринодар, 1913. — Вып. 6. — С. 113—114.

<sup>3</sup> «Вестник Европы» (40 выпусков, 1802—1805). Есин Б. И. История русской журналистики (1703—1917). — М.: Флинта; Наука, 2000.

<sup>4</sup> См.: АКАК — Акты, собранные Кавказской археографической комиссией. Издание Архива Главного управления наместника кавказского, т. I—X. — Тифлис, 1866—1886.

<sup>5</sup> Тотоев В. Ф. Общественный строй чеченцев. вторая половина XVIII века — 40-е годы XIX века). — Нальчик, 2009.

<sup>6</sup> Там же.

<sup>7</sup> См.: ССКГ. — Т. 1. — Тифлис, 1868. — С. 2—3.

<sup>8</sup> Рейнке Н. М., Агишев Н. М., Буше В. Д. Материалы по обозрению горских и народных судов Кавказского края. — СПб, 1912.

<sup>9</sup> См.: Омаров А. С. Из истории права народов Дагестана. — Махачкала, 1967.

<sup>10</sup> См.: Хашаев Х. Памятники обычного права Дагестана. — Махачкала, 1987.

**САЙДУМОВ Джамбулат Хамидович**, канд. юрид. наук, старший научный сотрудник Комплексного научно-исследовательского института Российской академии наук, зав. сектором Чеченской энциклопедии Академии наук Чеченской Республики. E-mail: bulatto@mail.ru

**SAIDUMOV Dzhambulal Khamidovich**, Candidate of Legal Sciences, Senior Research Assistant of Integrated Research and Development Institute of the Russian Academy of Sciences, Head of Chechen Encyclopedia Sector at the Academy of Sciences of the Chechen Republic. E-mail: bulatto@mail.ru



УДК 340.62 + 355.2:340.62  
ББК Х351 +Х408.15

**В. В. Шаповалов**

## **ПРОВЕДЕНИЕ ЭКСПЕРТИЗЫ ПРИ УКЛОНЕНИИ ВОЕННОСЛУЖАЩИМИ ОТ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАННОСТЕЙ ВОЕННОЙ СЛУЖБЫ ПУТЕМ СИМУЛЯЦИИ И ЧЛЕНОВРЕДИТЕЛЬСТВА**

**V. V. Shapovalov**

## **EXAMINATION OF AT EVADING THE MILITARY TO PERFORM MILITARY DUTIES BY SIMULATION AND SELF-MUTILATION**

*В статье освещаются различные способы совершения военнослужащими уклонения от военной службы путем симуляции болезни и членовредительства и признаки, их характеризующие. Проведение экспертизы способствует объективной оценке действий, направленных на уклонение от военной службы.*

**Ключевые слова:** экспертиза, уклонение, военная служба, симуляция, членовредительство.

*The article highlights the various ways of committing the military evade military service by pretending to be ill and self-mutilation and symptoms characterizing them. Examination of contributes to an objective assessment of actions aimed at evading military service.*

**Keywords:** evasion, military service, simulation, self-mutilation, examination.

Уклонение от исполнения обязанностей военной службы путем симуляции болезни, преувеличения тяжести действительного заболевания (аггравация), путем членовредительства или подлога документов является одним из видов преступлений против военной службы.

Одним из первых изданий, в котором встречается упоминание о симуляции, является морской устав Петра Великого от 1720 года. В нем говорится: «Кто себя больным учинит, или составы свои переломает и к службе непотребными учинит, в том мнении, чтоб отставлену быть от службы, онаго надлежит бить кнутом и ноздри вырвать, на галеру сослать»<sup>1</sup>. По примеру, представленному выше, можно судить, что преступления против военной службы (воинские преступления), в частности уклонение от исполнения обязанностей военной службы, имеют давнюю историю.

Симуляция (от лат. *simulatio* — видимость, притворство) — притворное изображение несуществующей болезни или отдельных ее симптомов. Умышленная симуляция обычно преследует корыстные цели (уклонение от военной службы, получение материальных льгот и др.). Патологическая симуляция обусловлена болезненным состоянием человека и фактически является одним из симптомов этого заболевания (напр. истерии). От симуляции следует отличать аггравацию — преувеличение признаков действительно существующего заболевания и самовнушения, когда человек (обычно психически больной) искренне убежден в наличии у него какой-либо болезни<sup>2</sup>.

Субъектами данного вида преступлений могут быть как военнослужащие, проходящие военную службу по призыву или по контракту, так и граждане, пребывающие в запасе, призванные на учебные





сборы, которые в зависимости от преследуемой ими цели прибегают к членовредительству, симуляции болезни путем подлога документов или иному обману.

Умышленная симуляция заболеваний выражается притворством, когда изображают те или иные заболевания или их симптомы. Например, ночное недержание мочи, заикание, глухоту, понижение остроты зрения и т. п. В ряде случаев симуляция сопровождается приемом некоторых химических веществ, имитирующих отдельные симптомы заболеваний (например, принятие эфедрина, повышающего кровяное давление при симуляции гипертонической болезни, или же добавлением ряда веществ в мочу для симуляции заболеваний почек, сахара — сахарного диабета и т. д.).

Членовредительство как способ уклонения от обязанностей военной службы состоит в умышленном причинении себе вреда здоровью путем повреждения органов, тканей тела, а равно в создании условий для возникновения или обострения заболевания с целью добиться направления на лечение и уклониться таким образом от выполнения служебных обязанностей на период лечения либо навсегда<sup>3</sup>. Причинение вреда здоровью может быть осуществлено различными способами: огнестрельным или холодным оружием, режущими или колющими предметами, путем использования транспортных средств или других механизмов, введения под кожу различных растворов и т. п. Искусственные болезни кожи и подкожной клетчатки вызываются легко и поэтому встречаются чаще других форм искусственных болезней (например, обливание кожи щелочами или кислотами вызывает искусственные язвы, или же введение под кожу бензина, керосина с последующим формированием абсцессов и флегмоны и т. п.).

Дела о симуляции, аггравации возбуждаются на основании материалов, поступающих в военные прокуратуры из военно-медицинских учреждений, в которых указывается, какую болезнь симулирует военнослужащий и какие признаки свидетельствуют о симуляции.

Основной задачей при расследовании данного вида преступления является установление факта умышленного причинения себе повреждения, симуляции заболевания либо подлога документов с целью уклониться от военной службы или вовсе от нее освободиться. Правонарушитель заранее продумывает свои действия и их объяснения, готовится к даче ложных показаний, что определяет труд-

ности, с которыми сталкивается следователь в процессе расследования данного уголовного дела<sup>4</sup>. В связи с этим для выявления симуляции, аггравации, членовредительства необходимо проведение судебно-медицинской экспертизы, которая производится комиссионно с привлечением соответствующих специалистов в зависимости от характера заболевания или характера воспроизводимой болезни. При проведении экспертизы необходимо помещение подозреваемого в медицинский или психиатрический стационар с использованием современных методов обследования, а также проведение судебно-психиатрической экспертизы для подтверждения либо опровержения патологической симуляции.

Выбор виновным того или иного способа обмана в целях уклонения от несения военной службы зависит от того, намерен ли он временно уклониться от исполнения обязанностей военной службы (ч. 1 ст. 339 УК) или ставит своей целью полное освобождение от этой обязанности (ч. 2 ст. 339 УК).

Для квалификации по ч. 2 ст. 339 УК необходимо установить, что виновный преследовал цель полного освобождения от исполнения обязанностей военной службы. Так, рядовой Ю., не желая переносить тяготы и лишения военной службы, нанес себе один удар топором по правой ноге, причинив себе травму, повлекшую травматическую ампутацию 1-2-3-4-5 пальцев правой стопы. В результате полученной травмы Ю. был признан негодным к военной службе и подлежащим увольнению из Вооруженных Сил<sup>5</sup>.

Указанные действия были квалифицированы военным судом как членовредительство по ч. 2 ст. 339 УК, поскольку определяющим для квалификации по ч. 2 ст. 339 УК является наличие у виновного прямого умысла на полное освобождение от исполнения обязанностей военной службы, о чем свидетельствует соответствующая цель, реальное достижение или недостижение желаемого результата значения для квалификации не имеет.

Напротив, в том случае, когда лицо совершает перечисленные действия с целью временно уклониться от военной службы, но в силу каких-либо не охватываемых его умыслом обстоятельств (развитие заболевания вследствие причиненной себе травмы и т. п.) происходит полное освобождение от исполнения этих обязанностей, содеянное подлежит квалификации по ч. 1 ст. 339 УК.

При проведении комиссионной экспертизы необходимо всестороннее кли-

ническое обследование во избежание переоценки объективных данных и недооценки жалоб свидетельствуемого, поскольку встречаются случаи бессимп-

томного течения тяжелых заболеваний. Таким образом, за симулянтов могут быть приняты тяжелобольные люди, и вместе с тем нельзя пропустить симулянта.

---

### Примечания

<sup>1</sup> Устав морской. — СПб. — С. 131.

<sup>2</sup> Криминалистика: Краткая энциклопедия / авт.-сост. Р. С. Белкин. — М. : Большая Российская энциклопедия, 1993. — С. 21.

<sup>3</sup> См.: *Сызранцев В. Г.* Воинские преступления: комментарий к главе 33 УК РФ. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. — С. 69.

<sup>4</sup> См.: *Букаев Н. М., Анисимов В. Ф.* Методика расследования преступлений против военной службы : учебное пособие. — Сургут : Изд-во СурГУ, 2000. — С. 18.

<sup>5</sup> См.: Приговор по делу Ю. // Архив Челябинского гарнизонного военного суда за 2004 г.

---

**ШАПОВАЛОВ Вячеслав Валентинович**, аспирант кафедры криминалистики Юридического института Дальневосточного федерального университета. E-mail: shapoval@ivc.dvgu.ru

**SHAPOVALOV Vyacheslav Valentinovich**, Postgraduate Student at the Chair of Criminalistics, Law Institute of Far Eastern Federal University. E-mail: shapoval@ivc.dvgu.ru



## **ТРЕБОВАНИЯ К СТАТЬЯМ, ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ К ПУБЛИКАЦИИ В ЖУРНАЛЕ «ПРОБЛЕМЫ ПРАВА»**

### **REQUIREMENTS TO THE ARTICLES TO BE PUBLISHED IN MAGAZINE "PROBLEMS OF LAW"**

Статьи к публикации надлежит представить в редакцию на электронном и бумажном носителе, шрифт Times New Roman, кегль 14, полтора интервала, в формате rtf.

Структура публикации:

1. Инициалы и фамилия автора статьи (на русском языке).
2. Инициалы и фамилия автора статьи (на английском языке).
3. Название статьи на русском языке.
4. Название статьи на английском языке.
5. Аннотация на русском языке.
6. Перечень ключевых слов статьи на русском языке.

7. Аннотация на английском языке.
  8. Перечень ключевых слов статьи на английском языке.
  9. Текст статьи на русском языке.
  10. Фамилия, имя и отчество автора статьи, образование, ученая степень, должность, место работы на русском языке. Электронный адрес автора.
  11. Фамилия, имя и отчество автора статьи, образование, ученая степень, должность, место работы на английском языке. Электронный адрес автора.
- Все сноски оформляются как концевые со сквозной нумерацией.
- Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

**Подробную информацию  
о требованиях к публикациям  
смотрите на сайте журнала: [www.problemyprava.ru](http://www.problemyprava.ru)**

Материалы к публикации отправлять по адресу: E-mail: [urvest@mail.ru](mailto:urvest@mail.ru)  
в редакцию журнала «Проблемы права»  
или по почте по адресу:  
**Россия, 454080, г. Челябинск, пр. Ленина, д. 76,  
Издательский центр.**

**140**

*Отпечатано с оригинал-макета заказчика. Формат 70×108<sup>1/16</sup>.  
Обложка и переплет блоков  
ООО «Издательско-полиграфическое предприятие  
«Фотохудожник»». Первый завод 300 экз. Заказ \_\_\_\_.  
Подписано в печать 11.08.2011.*



Подписка на журнал «Проблемы права» — индекс 73848