



ВЕСТНИК

**ЮЖНО-УРАЛЬСКОГО № 19 (152)
ГОСУДАРСТВЕННОГО
УНИВЕРСИТЕТА 2009**

ISSN 1991-9778

СЕРИЯ

«ПРАВО»

Выпуск 18

Учредитель – ГОУ ВПО «Южно-Уральский государственный университет»

Редакционная коллегия серии:

д.ю.н., профессор **Кудрявцева А.В.**

(*отв. редактор*),

к.ю.н., доцент **Дмитриева А.А.**

(*отв. секретарь*),

д.ю.н., профессор **Майоров В.И.**,

д.ю.н., профессор **Кванина В.В.**,

д.ю.н., профессор **Макарова З.В.**,

д.ю.н., профессор **Петров А.В.**,

к.ю.н., доцент **Демидова Г.С.**,

д.ю.н., профессор **Нижник Н.С.**,

к.ю.н., доцент **Шафикова Г.Х.**

Серия основана в 2001 году.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-26455
выдано 13 декабря 2006 г. Федеральной службой по
надзору законодательства в сфере массовых комму-
никаций и охране культурного наследия.

Решением Высшей аттестационной комиссии
Министерства образования и науки Российской Фе-
дерации журнал включен в «Перечень ведущих ре-
цензируемых научных журналов и изданий, в кото-
рых должны быть опубликованы основные научные
результаты диссертации на соискание ученой степени
доктора и кандидата наук».

Подписной индекс 29057 в объединенном катало-
ге «Пресса России».

СОДЕРЖАНИЕ

Проблемы и вопросы теории и истории государства и права

КУКОВСКИЙ А.А. Некоторые вопросы определения понятия «функции государства» 6

Проблемы и вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики

АЛИМПИЕВ С.А. Детерминанты преступности коррупционной направленности .. 10

АРАБУЛИ Д.Т. Правила производства допроса подозреваемого и их детализация . 14

ЕФРЕМОВ И.В. К вопросу о допустимости и достоверности заключения специалиста 18

ЗОРИН Л.В. Процессуальные права и обязанности эксперта при назначении экспертизы в судебном разбирательстве 21

КОКОРИН Д.Л. Детерминанты криминальной невыплаты заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат (ст. 145.1 УК РФ) 26

МИЗАНБАЕВ А.Е. Переосмысление сущности системы уголовно-правового регулирования в ракурсе интерпретации современного уголовного правопонимания ... 31

ОЛЕФИРЕНКО С.П. Концепция защиты неимущественных прав потерпевших в уголовном процессе 38

САЗОНОВА Т.П. Истребование предметов и документов как способ собирания доказательств 48

СУРМЕНЕВА С.В. Проблемы оценки качества предварительного расследования .. 52

ТЕТЮЕВ С.В. Справочно-консультационная деятельность специалиста в уголовном судопроизводстве: проблемы правовой регламентации 55

ТОКАРЕВ Д.С. Правовая характеристика посягательств в сфере несостоятельности (банкротства) 61

ФИЛИППОВА Е.А. Аспекты участия прокурора на предварительном следствии: ретроспективное исследование 66

Проблемы и вопросы гражданского права

ЗАКРЖЕВСКАЯ И.В. Место договора на осуществление научно-исследовательской деятельности, выполнение опытно-конструкторских работ в системе гражданско-правовых договоров 70

КОМЕЛЬКОВА Ю.В. Отличие судебных определений от судебных решений 72

НОВОСЕЛОВА А.А., ЕГОРОВА Н.Е. Соотношение частных и публичных начал в кредитном договоре с участием потребителя 76

ПАРАМОНОВА С.В. Особенности регулирования труда руководителя обособленного структурного подразделения 82

ПОДШИВАЛОВ Т.П. Негаторный иск: сущность и элементный состав 87

ПОПКОВА Н.П. Принципы осуществления субъективных гражданских прав 92

Содержание

Проблемы и вопросы конституционного и административного права

АНИКИН С.Б. К вопросу о роли административно-правового регулирования вопросов совместного ведения в развитии кооперативных начал в федеральных государствах	98
ГРЕЧКИНА О.В. О соотношении и взаимосвязи форм таможенного контроля и мер административно-правового принуждения	104
ПОНОМАРЕВА Т.Л. О стадиях дисциплинарного производства	108
Отзывы	
ШАФИКОВА Г.Х. Отзыв о диссертации С.В. Луговика «Правовое регулирование труда работников органов внутренних дел»	112
Abstracts and keywords	115
Сведения об авторах	118

CONTENTS

Problems and Questions on Theory and History of Law

KUKOVSKIY A.A. Some questions concerning definition of the «function of state» 6

Problems and Questions of Criminal Law, Criminal Justice and Criminalistics

ALIMPIEV S.A. Determinants of corruption directed criminality 10

ARABULI J.T. Rules of performing questioning of a suspected person and their itemization 14

EFREMOV I.V. To the question of admissibility and reliability of a specialist's conclusion 18

ZORIN L.V. Procedural laws and obligations of an expert when appointing an expert examination during the trial 21

KOKORIN D.L. Determinants of criminal non-payment of salary, pension, scholarships, benefits and other payouts (Art. 145.1 of the Criminal Code of the Russian Federation) .. 26

MIZANBAEV A.E. Reconsideration of the essence of penal control system regulation from the view point of modern criminal apprehension of law 31

OLEFIRENKO S.P. The concept of protection of non-property rights of victims during criminal procedure 38

SAZONOVA T.P. Vindication of items and documents as a manner of collecting evidences 48

SURMENEVA S.V. Problems of quality rating of preliminary investigation 52

TETYUEV S.V. Advisory service activity of a specialist in criminal proceeding: problems of legal regulation 55

TOKAREV D.C. Legal characteristics of encroachments in the sphere of insolvency (bankruptcy) 61

FILIPPOVA E.A. The aspects of participation of attorney at prejudicial inquiry: retrospective study analysis 66

Problems and Questions on Civil Law

ZAKRZGEVSKAYA I.V. The problem of defining the place of a contract on carrying on research activity and accomplishing experimental-development and technological works in the system of civil law contracts 70

KOMELKOVA J.V. Distinction between judicial definitions and judicial decisions 72

NOVOSELOVA A.A., EGOROVA N.E. Correlation of private and public commencements in credit agreement with participation of user 76

PARAMONOVA S.V. Peculiarities of regulating a labour of a separate organization department leader 82

PODSHIVALOV T.P. Negatory action: essence and elemental composition 87

POPKOVA N.P. The principles of execution of subjective civil laws 92

Contents

Problems and Questions on Constitutional and Administrative Law

ANIKIN S.B. To the question about the role of administrative legal control by joint competence in the development of co-operative commencements in federal states	98
GRECHKINA O.V. About correlation and interdependence of customs supervision forms and of administrative legal compulsion measures	104
PONOMAREVA T.L. On stages of disciplinary proceeding	108

Reviews

SHAFIKOVA G.H. Reference to the dissertation by Lugovik S.V. "Legal control of the labour at District Department of Internal Affairs"	112
---	-----

Abstracts and keywords	115
-------------------------------------	-----

Authors	118
----------------------	-----

Проблемы и вопросы теории и истории государства и права

ББК Х620+Х01

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ «ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА»

А.А. Куковский,

аспирант кафедры теории и истории государства и права ЮУрГУ

Исследование проблем понимания и осуществления своих функций государством в России обусловлено постоянным процессом развития и совершенствования действующего законодательства, формированием механизма осуществления функций современного российского государства, что имеет определяющее значение для эффективности государственной политики в указанной области, ее действенности.

Ключевые слова: *функции государства, государство, национальная безопасность.*

Происходящие изменения в нашем обществе требуют системного анализа целей и задач государственной деятельности. Значение вопроса о функциях государства, в частности определение понятия функции государства, определяется тем, что посредством их реализации решаются наиболее важные социальные, политические, экономические задачи; через функции государства осуществляется его целенаправленное воздействие на общественные отношения; в функциях государства проявляются его сущность и социальное назначение.

Проблемы функций государства исследовали как зарубежные, так и отечественные ученые. Среди дореволюционных (до 1917 года) авторов можно отметить Н.Н. Алексеева, Г. Еллинек, В.В. Ивановского, Ф.Ф. Кокошкина, Н.М. Коркунова, Н.И. Лазаревского, Е.Н. Трубецкого, Г.Ф. Шершеневич.

Значительный вклад в разработку теории функций государства внесли отечественные ученые советского и постсоветского периодов: М.И. Байтин, А.Б. Венгеров, Ю.Г. Галай, А.П. Глебов, А.Г. Горин, А.И. Денисов, Л.И. Каск, В.М. Корельский, А.И. Королев, А.П. Косицин, М.Н. Марченко, Л.А. Морозова, В.О. Тененбаум, В.А. Толстик, Н.В. Черноголовкин и др.

Правовые аспекты функций государства в той или иной мере рассматривались в работах таких ученых, как С.С. Алексеев, В.Д. Ардашкин, В.К. Бабаев, Б.Т. Базылев, В.М. Баранов, Д.Н. Бахрах, Ю.А. Вехорев, Н.В. Вит-

рук, И.Я. Дюрягин, В.Б. Исаков, В.Н. Карташов, Д.А. Керимов, С.Н. Кожевников, В.В. Лазарев, Н.В. Макарейко, Н.И. Матузов, В.С. Нерсесянц, Н.В. Петров, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, Т.Н. Радько, В.Б. Романовская, Ю.С. Решетов, И.Н. Сенякин, В.В. Сергина, Ю.А. Тихомиров, А.С. Шабуров и др.

Как показывает анализ литературы, проблема определения понятия «функции государства» изучена еще недостаточно. Отдельные аспекты данного вопроса, получив определенное освещение в работах указанных авторов, нуждаются в дальнейшем углубленном исследовании.

Понятие функции введено в научный оборот Г.В. Лейбницем еще на рубеже XVII–XVIII веков. Первоначально оно употреблялось прежде всего в математике и выражало зависимость одной переменной величины от другой, т.е. ту зависимость, когда при изменении одной величины другая величина также изменяется определенным образом.

Достаточно сложно определить, когда произошла социологизация и юридизация данного понятия. Например, в энциклопедическом словаре¹ понятие функции раскрывается только как математическое. Но уже в середине XIX века некоторые ученые упоминают о функциях в социологическом аспекте², а в начале XX века – и в государственно-юридическом³.

В начале XX века эта категория рассматривалась в работах Л. Дюги, Н.М. Коркунова, Л.Б. Петражицкого, К. Реннера и некоторых других авторов. Но особенно активно данная

область в юридической науке начала исследоваться в 60–80-е гг. и остается предметом научного поиска и дискуссий до настоящего времени.

Следует отметить, что в литературе имеют место значительные расхождения в подходах к определению понятия «функции государства». Разнообразие определений понятия «функции государства» в значительной мере объясняется расширением и углублением методологической базы теории государства на основе все большего использования частных методов исследования. Это можно проследить, например, на эволюции философского толкования самого понятия функции. Так, на рубеже 60–70-х гг. под функцией понимался «способ поведения, присущий какому-либо объекту и способствующий сохранению существования этого объекта или той системы, в которую он входит»⁴. На этом основании Л.И. Каск писал: «Функция какого-либо объекта – это внешнее проявление его свойств, способов его поведения в определенной системе отношений»⁵. А в конце 80-х гг. можно встретить иную трактовку этого понятия: «Функция – это отношение двух (группы) объектов, в котором изменению одного из них соответствует изменение другого. Функция может рассматриваться с точки зрения последствий (благоприятных, неблагоприятных – дисфункциональных или нейтральных – афункциональных), вызываемых изменением одного параметра в других параметрах объекта (функциональность), или с точки зрения взаимосвязи отдельных частей некоторого целого (функционалирование)»⁶. В первом, более раннем, определении акцент делается на внешнем проявлении свойств объекта, «способе» его поведения, во втором – на «отношении» между объектами, т.е. акцентируется сущностная сторона функции.

В.А. Владимиров утверждал, что сложившееся состояние разработки проблемы, «разнообразие мнений» в определении понятия «функции государства» «прежде всего объясняется тем, что многие авторы не различают сущность функции и ее явление. Причем во всех случаях сущность любой функции остается единой, тогда как явлений обнаруживается все больше по мере развития общества, государства и науки»⁷. По его мнению, «на сущностном уровне любые функции могут быть отношениями и ничем иным».

В зарубежной правовой науке вопрос о функциях государства не рассматривается в

триаде государственно-правовых категорий: сущность, формы, функции. Так, Г. Еллинек, определяя функции государства различает «материальные» функции как «основные направления государственной деятельности» и «формальные», т.е. «функции определенных групп органов». Первые и рассматриваются им как функции государства, которые «обуславливаются... тем, что деятельность государства направлена на достижение его целей»⁸. С этой точки зрения функции государства – это средства достижения определенных целей государства. При этом Г. Еллинек стремился отделить функции государства от содержания его деятельности и свести их только к внешним и формальным проявлениям власти.

В общесоциологическом плане термин «функция» рассматривается как «внешнее проявление свойств какого-либо объекта в данной системе отношений»; как совокупность обычных или же специфических действий отдельных лиц или органов, обусловленных их природой или необходимостью выживания; наконец, как наличие у отдельного лица или группы лиц специфических обязанностей, выполнение которых им предписывается в процессе выполнения ими служебной деятельности (функция врача, полисмена и т.п.)⁹. В данном случае функция воспринимается как служебная, профессиональная или любая иная потребность или обязанность действовать в соответствии с существующими правовыми и моральными установками и «в соответствующей манере». Применительно к государству термин, а вместе с ним и понятие «функция» приобретают несколько иной смысл и значение.

Традиционно функции государства определяют как основные направления деятельности государства, обусловленные его сущностью и содержанием, а также стоящими перед ним на том или ином этапе его развития целями, задачами и его социальным значением.

Содержание функций раскрывает компетенцию органов государства, характеризует государство в развитии, динамике. Функции государства связаны с объективными потребностями, устанавливаются в зависимости от типа государства. В функциях проявляется социально обусловленная роль, которую призвано выполнить государство на том или ином этапе своего развития.

В научной литературе понятие «функция государства» нередко отождествляется с по-

нятиями «деятельность государства», «социальное назначение государства». Раскрывая понятие «функция государства», необходимо отграничить эту категорию от смежных понятий.

Кроме того, под функциями государства понимают направления управленческой деятельности, в которых проявляется социальное назначение государства на конкретном историческом этапе. При этом функции государства не отождествляются с функциями отдельных государственных органов и должностных лиц.

Н.В. Черноголовкин отмечает: «Разумеется, отдельные определения функций государства имеют особенности и различия в частностях. Однако они совпадают в главном – в понимании функций государства как основных направлений деятельности, определяемых задачами государства»¹⁰. Автор указывает на двойственную природу понятия «функции государства»: с одной стороны – это способность к определенной деятельности (потенциальное), а с другой – реализация данной способности (реализация потенциального).

При определении функций любого государства «необходимо выявлять не все направления его деятельности, а только такие из них, без которых государство на данном историческом этапе либо на всем протяжении своего развития обойтись не может».

Д.Ю. Цивалидзе делает вывод о том, что, если «функции – это только направления деятельности государства, то можно говорить лишь о сохранении или изменении этих направлений, но не о развитии функций», и поэтому более правильно рассматривать функции государства как элементы содержания его многогранной деятельности»¹¹. Так, по мнению автора, уместно говорить о развитии функций государства.

По нашему мнению, при таком понимании фактически происходит отождествление функций государства с его деятельностью. В свою очередь Л.И. Каск подчеркивает недопустимость отождествления функции государства с «направлениями» или «сторонами» его деятельности, как и с деятельностью вообще, указывая на то, что «разница между функциями государства и его деятельностью в лучшем случае оказывается только количественной: функции – это хотя и основные (или) главные направления, но все-таки лишь направления деятельности государства. А если так, то вряд ли есть необходимость вводить в

научный оборот новый термин, не имеющий качественно самостоятельного содержания»¹².

С.А. Комаров под функциями государства понимает «основные направления (стороны, виды) деятельности государства, его практическую деятельность, имеющую предметно-политический и социальный характер»¹³. Определение понятия функции государства, предлагаемое Л.И. Каском, сближает данную категорию с понятием «деятельность государства», в отличие от определения функции государства как направления его деятельности. По нашему мнению, направление деятельности – это еще не сама деятельность, не ее содержание, а лишь направление, в рамках которого осуществляется деятельность государства.

А.Б. Венгерова обращает внимание на то, что функцией государства являются «рассматриваемые в комплексе предмет и содержание деятельности государства на определенном направлении»¹⁴.

А.Ф. Черданцев, определяя функцию государства как главное направление деятельности государства, выражающее его сущность и социальное назначение, справедливо отмечает, что «признание того или иного направления деятельности государства в качестве главного или не очень главного зависит от оценок самого исследователя, который занимается проблемой функций государства. Этим объясняется то обстоятельство, что в разных источниках, в том числе и в учебниках, дается разный перечень функций государства»¹⁵.

И.С. Самощенко рассматривает функцию государства как «его социальное назначение внутри и вне страны»¹⁶. Мы считаем, что социальное назначение государства во многом предопределяет наличие у него тех или иных функций, в то же время функции государства не сводятся к социальному назначению. В связи с тем, что функции государства имеют определенную степень независимости от его социального назначения. Кроме того, имеют место реальные условия существования государства, предопределяющие наличие у государства иных функций.

Таким образом, под функциями государства понимаются основные направления деятельности государства по управлению обществом, решению стоящих перед государством задач, достижению его целей, в которых находит свое отражение его сущность и социальное назначение.

Кроме того, мы пришли к выводу, что определение функции государства не сводится к понятию деятельности государства, потому как направление деятельности – это еще не сама деятельность, не ее содержание, а лишь направление, в рамках которого осуществляется деятельность государства.

Изучение вопроса об определении понятия «функции государства» имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Оно позволяет рассматривать государство не только со стороны его формы, внутреннего строения и содержания, но и с точки зрения разносторонней деятельности, функционирования. С помощью определения понятия «функции» представляется возможным определить характер деятельности государства, оценить правильность выбора им на том или ином этапе его развития приоритетов, уровень его организованности и эффективности.

¹ Энциклопедический словарь / под ред. А.В. Самойленко. – СПб., 1999. – С. 156.

² Еллинек Г. Общее учение о государстве. – СПб., 1908. – С. 115.

³ Паршин А. Что такое государство? Научное исследование природы государства. – СПб., 1907.

⁴ Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. – Свердловск, 1963. – С. 158.

⁵ Каск Л.И. Функции и структура государства. – Л., 1969. – С. 4.

⁶ Философский энциклопедический словарь. – М., 1989. – С. 718.

⁷ Владимиров В.А. Основные функции посткоммунистического государства в области внутренней политики. – Тверь, 1992. – С. 41.

⁸ Еллинек Г. Указ. соч. – С. 173.

⁹ Webster's New Universal Unabridged Dictionary. – N.Y., 1993. – P. 741.

¹⁰ Черноголовкин Н.В. Теория функций социалистического государства. – М., 1970. – С. 7–8.

¹¹ Цивалидзе Д.Ю. Развитие экономических функций социалистического государства в современных условиях: автореферат дис. ... д-ра экон. наук. – М., 1971. – С. 7.

¹² Каск Л.И. Указ. соч. – С. 48.

¹³ Комаров С.А. Общая теория государства и права: учебник. – М., 1998. – С. 79.

¹⁴ Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник. – М., 2000. – С. 78.

¹⁵ Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учебник. – М., 2002. – С. 56.

¹⁶ Самощенко И.С. О правовых формах осуществления функций советского государства // Советское государство и право. – 1956. – № 3. – С. 81.

Статья поступила в редакцию 15 января 2009 г.

Проблемы и вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики

ББК Х628.111.7

ДЕТЕРМИНАНТЫ ПРЕСТУПНОСТИ КОРРУПЦИОННОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ

С.А. Алимпиев,

преподаватель кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Уральского юридического института МВД РФ

Раскрываются общественная опасность преступности коррупционной направленности, ее причины и условия. Обозначенные вопросы освещаются на основе социологического материала, судебной практики, а также деятельности правоохранительных органов.

Ключевые слова: коррупция, причины и условия коррупции, судебная практика.

В обращении Президента РФ Д.А. Медведева 5 ноября 2008 г. с ежегодным Посланием к Федеральному Собранию России говорится: «Основной причиной, «врагом номер один» к формированию свободного, демократического и справедливого общества является коррупция и государственная бюрократия. Последняя «периодически «кошмарит» бизнес, берет под контроль средства массовой информации, вмешивается в избирательный процесс, давит на суды и т.д.». И как результат – государственный аппарат у нас в стране и самый большой работодатель, самый активный издатель, самый лучший продюсер, сам себе суд, сам себе партия и сам себе в конечном счете народ. Такая система абсолютно неэффективна и создает только одно – коррупцию»¹. Именно коррупция является сегодня наиболее острой угрозой для безопасности граждан и страны в целом. Коррупция, дискредитируя право как основной инструмент регулирования жизни государства и общества, разрушает правовые и демократические институты государства и общества и правомерно рассматривается как одна из угроз безопасности Российской Федерации.

Понятие коррупции прочно вошло в жизнь российского общества, несмотря на то что в законодательстве оно отсутствует. В УК РФ нет даже упоминания о коррупции, хотя общепризнанно, что в основном коррупция состоит из совокупности преступлений, совершаемых чиновниками различного ранга.

Повышенная общественная опасность коррупционных деяний продиктована не только и даже не столько тем, что, совершая их, должностное лицо или служащий руководствуется своими, часто корыстными интере-

сами, а не интересами службы; она заключается в возможности третьим организациям и лицам произвольно, в зависимости только от назначенной цены и своих интересов, формировать поведение указанного субъекта.

Согласно исследованию Всероссийского центра изучения общественного мнения главной причиной коррупции в России 43 % респондентов считают жадность и аморальность российских чиновников, 35 % неэффективность государства и несовершенство законов, 18 % низкий уровень правовой культуры и законопослушания большинства населения.

Для эффективного противодействия коррупционным преступлениям нужно на основе серьезного научного анализа этого социального явления выявить причины и условия, способствующие им, а также на основе проведенного анализа рекомендовать комплекс противодействующих мер.

Так, обобщение судебной практики г. Екатеринбурга и Свердловской области за период с 2000 года по первое полугодие 2008 года, материалов 73 уголовных дел о преступлениях коррупционной направленности, возбужденных и (или) рассмотренных на территории Свердловской области, статистических данных ИЦ ГУВД по Свердловской области, отдела статистики ГУ МВД России по Уральскому федеральному округу, ГИЦ МВД России, а также Управления Судебного департамента при Верховном Суде РФ по Свердловской области позволяет автору констатировать, что среди причин и условий, способствующих совершению преступлений коррупционной направленности, можно выделить экономические, политико-правовые,

социально-психологические и организационные.

В экономическую группу можно включить следующие причины и условия.

1. Отсутствие стабильного состояния экономики в России, которая, в частности, оказывает непосредственное влияние на проходящие процессы в сфере интересов службы в государственных, коммерческих и иных организациях.

Влияние мирового экономического кризиса на российскую экономику очевидно, так как продолжаются рост инфляции, снижение доходов, безработица и т.д. Все это приводит к обесцениванию денежных средств и, как результат, к необходимости поиска соответствующими должностными лицами и лицами, осуществляющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях, любых иных способов увеличения своих доходов.

2. Одним из немаловажных экономических факторов совершения рассматриваемых преступлений является имущественная поляризация населения, которая привела к появлению слоя людей, имеющих сверхвысокие доходы, и, следовательно, свободные деньги, которые могут широко использоваться для осуществления преступлений коррупционной направленности.

3. Отсутствие эффективных инструментов защиты интересов экономики в сфере предпринимательства от преступных действий указанных лиц.

4. Отсутствие должного контроля получаемых доходов в связи с пробелами в налоговом законодательстве.

5. Недостаточное финансирование правоохранительных органов.

К политико-правовым факторам можно отнести следующие.

1. Отсутствие законодательного определения коррупционной преступности.

Так, высокое криминогенное значение, по нашему мнению, имеет отсутствие Федерального закона «О противодействии коррупции»². Примечательно то, что проект закона уже четырежды за минувшие 10 лет проходил обсуждение в Государственной Думе РФ. Сегодня подобный законопроект обсуждается Областной Думой Законодательного Собрания Свердловской области.

2. Отсутствие законодательных инструментов для эффективного контроля коррупции.

Так, действующее уголовное законодательство не в полной мере позволяет привлекать лиц, осуществляющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях, в связи с заложенным принципом диспозитивности, так как в соответствии с примечанием к ст. 201 УК РФ уголовное преследование осуществляется только по заявлению организации или с ее согласия.

3. Существующие пробелы и коллизии в законодательстве, определенные противоречия законов и подзаконных нормативных актов. Отсутствие, а иногда, напротив, избыток должной регламентации многих вопросов способствуют бюрократизму, произволу чиновников и коррупционной преступности, а также затрудняют эффективную деятельность по противодействию коррупционной преступности. Примером противоречия различных законодательных актов может служить вопрос о размере стоимости подарка государственному служащему: Гражданский кодекс РФ не допускает дарение, за исключением обычных подарков, стоимость которых не превышает пяти установленных законом минимальных размеров оплаты труда государственным служащим и служащим органов муниципальных образований в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей. Уголовный же кодекс РФ позволяет любой подарок считать взяткой. Так, в качестве одного из подобных примеров можно привести уголовное дело, возбужденное 25 мая 2007 г. Следственным управлением при Верх-Исетском РУВД г. Екатеринбурга по ч. 2 ст. 290 УК РФ в отношении заведующей терапевтическим отделением поликлиники И. по факту получения ею коробки конфет стоимостью 45 руб. за выдачу листка нетрудоспособности от Т. Последняя передала конфеты И. по собственной инициативе без каких-либо предварительных договоренностей. В ходе следствия не было установлено, что вручение «подарка» предшествовало вышеуказанным действиям должностного лица либо такие действия были обусловлены последующим вознаграждением в виде «подарка», в связи с чем, учитывая положения ст. 575 ГК РФ, следствие пришло к выводу об отсутствии в действиях И. состава преступления, предусмотренного ст. 290 УК РФ, и уголовное дело было прекращено по ч. 1 ст. 24 УПК РФ³.

4. Условием, препятствующим эффективной борьбе с коррупционной преступностью,

является иммунитет некоторых категорий должностных лиц, совершивших преступления, так как предусмотрена крайне сложная процедура привлечения их к уголовной ответственности (например, судей).

К социально-психологическим факторам преступлений коррупционной направленности можно отнести следующие.

1. Историческая обусловленность. Как свидетельствует практика, коррупция является достаточно распространенным явлением в России. К сожалению, исторически сложилось так, что общество в целом довольно равнодушно относится к коррупционной преступности.

2. Наличие позитивного отношения граждан и, в частности, лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, к взятке-подкупу как способу решения различных проблем.

3. Правовая безграмотность граждан, выражающаяся в незнании и нежелании знать свои права, т.е. правовой нигилизм. Значительная часть населения, вовлеченная прямо или косвенно в теневую экономику, привыкшая получать зарплату в конвертах и уклоняться от налогов, будучи свидетелем многочисленных злоупотреблений и нарушений закона, начинает относиться к нормам права как к чему-то необязательному, особенно если речь не идет об общеуголовных преступлениях. Например, приговором Серовского городского суда Свердловской области от 2 мая 2006 г. А. в соответствии с предъявленным обвинением был признан виновным в совершении 24 эпизодов преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 285 УК РФ (злоупотребление должностными полномочиями). А. являлся сотрудником Серовского ГРУВД и согласно приказу ГУВД по Свердловской области замещал должность начальника ГИБДД. В соответствии с положениями КоАП РФ и должностной инструкцией он обладал полномочиями по рассмотрению дел об административных правонарушениях в сфере безопасности дорожного движения. При рассмотрении материалов об административных правонарушениях он требовал от провинившихся водителей оказывать «спонсорскую помощь» ГИБДД г. Серова путем внесения денежных сумм на счета организаций, которые А. называл, обещая при этом не ставить вопрос о лишении водительских прав⁴.

На наш взгляд, одной из причин совершения данного преступления можно считать

правовой нигилизм общества, который выразился в том, что граждане воспринимали требование о «спонсорской помощи» как должное.

4. Чувство безнаказанности субъекта совершения преступления ввиду заинтересованности сторон о неразглашении совершенного деяния. Все это свидетельствует о высокой степени латентности преступлений коррупционной направленности. Как правило, при таких деяниях отсутствует потерпевший, который бы мог заявить о совершенном против него преступлении. Стороны чаще всего остаются довольны возникшими противозаконными отношениями. Государство же без нарушения чьих-либо интересов не может вмешиваться в деятельность коммерческих или иных организаций в связи с особым порядком возбуждения уголовного дела (см., например, примечания к ст. 201 УК РФ).

Причины и условия коррупции организационного характера.

1. Недостаточно эффективная организация контроля деятельности государственных служащих, чрезмерная закрытость и иногда необоснованная корпоративная солидарность большинства государственных органов и коммерческих организаций, недостаток гласности и прозрачности в их деятельности, слабость внутреннего, ведомственного контроля создают благоприятную почву для коррупционной преступности.

2. Низкая подготовленность сотрудников правоохранительных органов по вопросам борьбы с коррупционной преступностью и, как результат, низкие показатели регистрации и раскрытия преступлений коррупционной направленности. В основном это связано с тем, что выявляются данные преступления часто при расследовании иных преступлений, т.е. попутно.

3. Следует отметить зачастую недостаточно эффективную организацию деятельности аналитических подразделений правоохранительных органов, нехватку сотрудников, целенаправленно занимающихся подобной работой. Отсюда просчеты в прогнозировании криминологической ситуации, в планировании и осуществлении предупредительной деятельности.

4. Способствует распространению коррупционной преступности и недостаточная научная обеспеченность деятельности правоохранительных органов. Имеются в виду как слабая научная исследованность многих про-

блем, связанных с противодействием преступности коррупционной направленности, недостаток методических рекомендаций практической направленности, так и игнорирование органами государственного управления, правоохранительными органами существующих научных разработок, а также не вполне эффективный механизм внедрения результатов научных исследований в практическую деятельность.

5. Отсутствие должного контроля со стороны государственных органов и общественности за лицами, которым запрещено зани-

мать определенные должности или заниматься определенным видом деятельности.

¹ <http://www.rg.ru>.

² От редакции: после поступления данной статьи в редакцию 25 декабря 2008 г. был принят Федеральный закон «О противодействии коррупции» №273-ФЗ, который вступил в силу с 10 января 2009 г. См.: СЗ РФ. – 2008. – № 52 (ч. 1). – Ст. 6228.

³ См.: Архив СУ при Верх-Исетском РУВД г. Екатеринбурга. Уголовное дело № 40688.

⁴ См.: Архив Серовского районного суда. Уголовное дело № 456.

Статья поступила в редакцию 18 декабря 2008 г.

ПРАВИЛА ПРОИЗВОДСТВА ДОПРОСА ПОДОЗРЕВАЕМОГО И ИХ ДЕТАЛИЗАЦИЯ

Д.Т. Арабули,

кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин Уральского филиала Российской академии правосудия

Проанализированы предусмотренные уголовно-процессуальным законом правила, регламентирующие процессуальное положение подозреваемого. В ходе исследования устанавливается недостаточная регламентация правил производства допроса, которые не конкретизированы для подозреваемого. С учетом усиления правовой защищенности лица, обеспечения ему права на защиту сделаны предложения по усовершенствованию соответствующих предписаний.

Ключевые слова: *подозреваемый, допрос, досудебное производство.*

Несмотря на фиксацию в общем виде в ч. 4 ст. 46 УПК РФ правомочий подозреваемого, связанных с его участием в производстве следственных действий (знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, подавать на них замечания, участвовать в следственных действиях, производимых по его ходатайству, ходатайству его защитника, давать показания на родном языке, отказаться от дачи показаний и объяснений и т.д.), на законодательное закрепление правил производства следственных действий в различных статьях уголовно-процессуального закона (ст. 164–170, 176–207 УПК РФ), нельзя говорить о том, что у правоприменителя имеются представления о системе норм, регулирующих порядок производства конкретного следственного действия с участием именно подозреваемого. О недостаточной регламентации свидетельствуют правила производства допроса, которые не конкретизированы для подозреваемого. Особенности его процессуального статуса, гарантии права на защиту не нашли отражения в процедуре допроса, в определении того, сколько раз лицо может быть допрошено в качестве подозреваемого относительно одного и того же преступного деяния, в совершении которого оно подозревается. Более того, если в ч. 4 ст. 92 УПК РФ определяется, что допрос подозреваемого проводится не позднее 24 часов с момента его фактического задержания в соответствии с требованиями ст. 189 и 190 УПК РФ, то в ч. 1 ст. 223.1 УПК РФ говорится о проведении допроса подозреваемого по су-

ществу подозрения в течение трех суток с момента вручения лицу уведомления о подозрении.

Допрос подозреваемого и его показания входят в число большого массива способов и средств, регламентированных уголовно-процессуальным законодательством для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Приговор суда не может основываться на предположениях и догадках, на неподкрепленном другими доказательствами признании подозреваемым своей вины. При этом подозрение в совершении преступления имеет более абстрактный, расплывчатый характер, менее конкретизировано, чем сформулированное и предъявленное обвинение. Поэтому действия следователя должны включать в себя весь арсенал тех процедур, процессуальных действий, которые ему предоставлены для производства предварительного следствия. Все эти составляющие позволяют говорить о том, что на протяжении непродолжительного времени, в течение которого лицо имеет статус подозреваемого в ходе предварительного следствия при избрании в отношении него меры пресечения (ст. 100 УПК РФ), следователь не может ограничиваться только проведением допросов подозреваемого. Иная ситуация допустима при возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица, а также при расследовании преступления в форме дознания, когда на протяжении всего досудебного производства лицо может иметь статус подозреваемого, за исключением случаев избрания в отношении

подозреваемого меры пресечения в виде заключения под стражу и обязанности дознавателя составить обвинительный акт или предъявить обвинение не позднее 10 суток со дня заключения подозреваемого под стражу (ч. 2, 3 ст. 224 УПК РФ). Следовательно, данный участник все-таки нуждается в усилении своей правовой защищенности посредством ограничения числа допросов относительно одних и тех же обстоятельств, связанных с подозрением в совершении преступления, аналогично ограничению числа допросов обвиняемого. Для обоснования высказанного тезиса проведем параллель с отдельными правилами производства допроса обвиняемого, нашедшими в этой связи отражение в научной литературе.

Некоторые процессуалисты критически подошли к запрету проводить повторный допрос обвиняемого. Так, В.М. Быков полагает, что эта норма УПК РФ совершенно необоснованна, поскольку у следователя могут появиться новые доказательства, которые можно проверить, в том числе и путем допроса обвиняемого. Но следователь не может этого делать по своей инициативе, а должен ждать, когда обвиняемый обратится к нему с просьбой о повторном допросе. Лишая следователя права на повторный допрос, законодатель одновременно лишает обвиняемого и права на защиту по предъявленному обвинению, так как допрос обвиняемого – это не только способ получения доказательств, но и средство защиты от обвинения¹.

Сторонником подобных идей является и В.В. Кальницкий, указывая следующее: «Оценивая данную новеллу, нельзя не обратить внимания, что наряду с позитивным для обвиняемого моментом (он избавлен от необоснованного принуждения к даче показаний путем многократных вызовов на допрос, порой имеющий явные признаки давления), она запрещает следователю инициативно проверить путем дополнительного допроса смягчающие вину или оправдывающие обстоятельства»².

Нам импонирует позиция С.А. Новикова о том, что запрет проводить повторный допрос обвиняемого не допускает использование допроса в качестве средства психического насилия, когда лицо, отказывающееся давать показания, продолжают вновь и вновь вызывать на допросы и допрашивать по обстоятельствам дела с целью склонения его к признанию своей вины³.

Идею об ограничении числа допросов подозреваемого по аналогии с правилами проведения допроса обвиняемого подкрепим еще такими аргументами. Во-первых, ученые и практики единодушны в том, что со стороны следователей, дознавателей имели место случаи злоупотребления допросами в качестве способа воздействия на подозреваемых, обвиняемых для получения от них признания своей вины.

Во-вторых, законодатель оговорил условия, запрещающие проводить повторный допрос обвиняемого по инициативе следователя: по тому же обвинению и в случае отказа обвиняемого от дачи показаний на первом допросе. Актуальными остаются и сегодня описанные И.Я. Фойницким характерные черты допроса обвиняемого в смешанном уголовном процессе, к которому может быть отнесено и современное уголовное судопроизводство России. Допрос обвиняемого сохраняется с двойной целью: 1) чтобы получить сведения, интересующие правосудие, т.е. как один из способов собирания доказательств; 2) чтобы этим путем ознакомить лицо с принадлежащими ему процессуальными правами, из-за незнания которых он нередко может быть поставлен в крайне тяжелое положение⁴. Следовательно, лицо, ознакомленное с принадлежащими ему правами и реализовавшее некоторые из них, в частности, право отказаться от дачи показаний, не должно принуждаться изменить избранную тактику защиты. Запрет проводить повторный допрос не только позволяет обвиняемому хранить молчание, но и обеспечивает существование самого права давать показания. Последнее характерно и для процессуальной фигуры подозреваемого.

В-третьих, выносить постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого и предъявлять ему обвинение допустимо только при наличии достаточных доказательств (ч. 1 ст. 171 УПК РФ). Почему тогда преждевременно принятое решение следователя о привлечении лица в качестве обвиняемого, не подтвержденное достаточными доказательствами, должно восполняться за счет неоднократных допросов обвиняемого и подкрепляться показаниями данного участника? Ситуация более усугубляется, когда имеет место быть лишь подозрение в совершении преступления, которое не основано на полученных в предусмотренном уголовно-процессуальным законом порядке доказательствах, а базируется на предположении о причастности лица к

преступному деянию. Поэтому надлежит ввести запрет, аналогичный повторному допросу обвиняемого, допрашивать подозреваемого по тем же обстоятельствам в случае его отказа от дачи показаний на первом допросе, кроме случаев, когда подозреваемый сам ходатайствует об этом. Ограничение числа допросов подозреваемого, с одной стороны, направлено на усиление правовой защищенности данного участника уголовного судопроизводства и предполагает включение в ст. 189 УПК РФ новой части «4.1» следующего содержания: «Повторный допрос подозреваемого по тем же обстоятельствам в случае его отказа от дачи показаний на первом допросе может проводиться только по просьбе самого подозреваемого». С другой стороны, оно должно ориентировать следователя на собирание достаточных доказательств для предъявления обвинения в порядке, установленном гл. 23 УПК РФ.

Законодатель, внося изменения в российский уголовно-процессуальный закон, дополнительно не ввел постановление о привлечении лица в качестве подозреваемого, а также не заменил процедуру предъявления обвинения на уведомление о подозрении. Некоторая трансформация статуса подозреваемого все-таки была произведена, что коснулось производства предварительного расследования в форме дознания и выразилось во введении в отечественное уголовное судопроизводство уведомления о подозрении в совершении преступления, которое регламентируется ст. 223.1 УПК РФ. Данная процедура имеет место в случае, если уголовное дело возбуждено по факту совершения преступления и в ходе дознания получены достаточные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления, что обязывает дознавателя составить письменное уведомление о подозрении в совершении преступления, копию которого он вручает подозреваемому, разъяснить ему права подозреваемого, предусмотренные ст. 46 УПК РФ, о чем составит протокол с отметкой о вручении копии уведомления. В уведомлении указываются дата и место его составления, фамилия, инициалы лица, его составившего, фамилия, имя и отчество подозреваемого, дата и место его рождения, описание преступления с указанием места, времени его совершения, а также других обстоятельств, подлежащих доказыванию в соответствии с п. 1, 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ (способ и другие обстоятельства совершения пре-

ступления, характер и размер вреда, причиненного преступлением), пункт, часть, статья Уголовного кодекса РФ, предусматривающие ответственность за данное преступление. Получается, что уведомление о подозрении в совершении преступления представляет собой некую разновидность постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого.

Поэтому в целях обеспечения права подозреваемого на защиту, включая право пользоваться помощью защитника с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления (ст. 16, п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 3.1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ), деятельность дознавателя, на наш взгляд, предстает в виде аналога действий следователя при предъявлении обвинения (ст. 172 УПК РФ). Дознаватель извещает в предусмотренном уголовно-процессуальным законом порядке подозреваемого о дне вручения уведомления и одновременно разъясняет ему право самостоятельно пригласить защитника либо ходатайствовать об обеспечении участия защитника дознавателем в порядке, установленном ст. 50 УПК РФ. Только после предъявления обвинения лицо немедленно должно быть допрошено (ч. 1 ст. 173 УПК РФ), в то время как допрос подозреваемого касательно существа подозрения по уголовному делу, производство по которому осуществляется в форме дознания, должен проводиться в течение трех суток после вручения лицу уведомления о подозрении (ч. 1 ст. 223.1 УПК РФ).

Думается, что именно особенности досудебного производства должны обуславливать предусмотренный в уголовно-процессуальном законе порядок допроса и обвиняемого, и подозреваемого. Да, доминирующее положение в предварительном расследовании занимает сторона обвинения, следователь и дознаватель отвечают за результативность производства по делу, самостоятельно направляют ход расследования, принимают решения о производстве следственных и иных процессуальных действий. Но данная ситуация уравновешивается тем, что в УПК РФ заложена достаточно стройная система мер, позволяющая реально обеспечить лицу право на защиту. Так, следователь (дознаватель) обязан при вызове обвиняемого, подозреваемого разъяснить ему право пригласить защитника или ходатайствовать об обеспечении участия защитника; обеспечить участие защитника при производстве следственных действий, проводимых с участием подзащитного или по его ходатайству,

по ходатайству самого защитника; вручить копии процессуальных решений, содержание которых свидетельствует об осуществлении в отношении лица уголовного преследования (копии постановления о возбуждении против него уголовного дела, копии постановления о применении к нему меры пресечения, копии постановления о привлечении в качестве обвиняемого и т.д.); обеспечить подозреваемому, обвиняемому свидания с защитником наедине и конфиденциально, в том числе до проведения допроса подозреваемого, обвиняемого (ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 47, ч. 3 ст. 49, ст. 53, ч. 4 ст. 92, ст. 164, 172, ч. 1 ст. 173, ст. 188, 189 УПК РФ и др.). Кроме того, подозреваемый и обвиняемый наделены правом, а не обязанностью давать показания (п. 2 ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 4 ст. 47 УПК РФ), защитник же, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы и пр. (ч. 2 ст. 53 УПК РФ). Даже сама последовательность действий следователя, дознавателя подразумевает под допросом, как писал А.Ф. Кистяковский, предложение обвиняемому, не пожелает ли он на заявленное

ему обвинение, на указанный факт, его уличающий, что-нибудь сказать в свое оправдание, или вообще для разъяснения истины⁵. Поскольку гарантии права подозреваемого на защиту схожи с системой норм, которая действует в отношении обвиняемого при его допросе и уравнивает доминирующее положение следователя, дознавателя, то необходимо изменить срок, в течение которого подозреваемый должен быть допрошен, предусмотрев немедленный допрос подозреваемого после его уведомления о подозрении.

¹ Быков В.М. Основное противоречие современного уголовного процесса России // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». – 2007. – № 18 (90). – С. 25–26.

² Кальницкий В.В. Привлечение в качестве обвиняемого: современная характеристика и предпосылки реформирования // Уголовное судопроизводство. – 2007. – № 3. – С. 25.

³ Новиков С.А. Показания обвиняемого в современном уголовном процессе России. – СПб., 2004. – С. 88.

⁴ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. – СПб., 1996. – Т. II. – С. 338.

⁵ Кистяковский А.Ф. Общая часть уголовного судопроизводства. – К., 2005. – С. 70.

Статья поступила в редакцию 15 декабря 2008 г.

К ВОПРОСУ О ДОПУСТИМОСТИ И ДОСТОВЕРНОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ СПЕЦИАЛИСТА

И.В. Ефремов,

*аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики
ЮУрГУ*

Проанализировано такое сравнительно новое для российско-го уголовного судопроизводства доказательство, как заключение специалиста, исследованы вопросы его допустимости и достоверности как самостоятельного вида доказательств. Автором сделан вывод о допустимости заключения специалиста, а также раскрыты определенные недостатки УПК РФ, которые могут влиять на степень достоверности заключения специалиста.

***Ключевые слова:* уголовный процесс, заключение, специалист, допустимость, достоверность.**

С момента внесения Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ изменений и дополнений в ч. 2 ст. 74 и ст. 80 УПК РФ было опубликовано множество научных трудов, посвященных новому самостоятельному виду доказательств в уголовном судопроизводстве России – заключению специалиста. Были озвучены позиции различных ученых относительно сущности нового вида доказательств, предполагаемой формы заключения специалиста, необходимости проведения специалистом исследования в процессе вынесения заключения и о глубине такого исследования, существующих пробелов уголовно-процессуального закона в вопросах регулирования процедуры появления заключения специалиста в уголовном судопроизводстве, инициированного как стороной обвинения, так и стороной защиты, а также относительно множества других спорных и проблемных аспектов регламентации заключения специалиста в УПК РФ.

Целью настоящей статьи является рассмотрение некоторых вопросов, возникающих при оценке заключения специалиста как доказательства, а также предлагаемые в научных кругах и изложенные в соответствующих публикациях решения таких вопросов с учетом положений действующего уголовно-процессуального законодательства.

В соответствии с общепринятыми положениями теории доказательств, нашедшими отражение в ст. 88 УПК РФ, оценка доказательств представляет собой мыслительную и практическую деятельность субъектов доказывания, основанную на законе и совести и

состоящую в рассмотрении ими по своему внутреннему убеждению каждого доказательства в отдельности и всей совокупности доказательств с целью определения их относимости, допустимости, достоверности и достаточности для формирования выводов по уголовному делу. Очевидно, что оценка заключения специалиста на предмет относимости и достаточности особенно не отличается от оценки относимости и достаточности любых других видов доказательств, а потому уделять особое внимание данному вопросу считаем нецелесообразным.

Серьезные споры среди ученых-процессуалистов вызвал вопрос о допустимости заключения как вида доказательства в уголовном процессе в целом. Так, В.П. Божьев указывает на несоответствие заключения специалиста как доказательства требованиям допустимости, состоящее в том, «что, во-первых, вместо сведений о фактах, с помощью которых устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для дела, предлагается считать доказательством суждение лица, обладающего специальными познаниями, по вопросам, поставленным сторонами. Во-вторых, круг лиц, наделенных полномочиями по собиранию указанных сведений (ст. 80 УПК РФ), не соответствует тому, который дан в основополагающих правилах доказывания (ч. 1 ст. 74, ч. 1 ст. 86 УПК РФ). В-третьих, вопреки предусмотренному законом (ч. 1 ст. 74 УПК РФ) правилу о собирании и проверке доказательств только в установленном порядке новые положения (ч. 3 и 4 ст. 80

УПК РФ) выводят действия сторон за рамки этих общих правил»¹.

Первый аргумент В.П. Божьева в пользу недопустимости заключения специалиста является весьма сомнительным, ведь если дословно рассматривать законодательные дефиниции таких видов доказательств как, например, заключение эксперта или вещественные доказательства, то следует отметить, что слово «сведения» в них так же, как и в определении заключения специалиста, приведенном в ч. 3 ст. 80 УПК РФ, отсутствует. Тем не менее ни названный автор, ни другие ученые отчего-то не оспаривают допустимость вещественных доказательств и заключения эксперта как таковых. Более того представляется, что суждение лица, обладающего соответствующим специальными знаниями, например, при рассмотрении дела о причинении тяжкого вреда здоровью в результате нарушения правил дорожного движения (допустим, при превышении установленной максимальной скорости движения), о том, что причинение соответствующих повреждений потерпевшему возможно и при соблюдении установленного Правилами дорожного движения скоростного режима, однозначно будет являться сведениями, на основе которых суд может установить наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. И, наконец, В.П. Божьев в следующем же предложении после того, в котором он указал на несовместимость понятий «сведения» и «заключение специалиста», почему-то называет заключение специалиста сведениями.

Второй аргумент В.П. Божьева в пользу недопустимости заключения специалиста также вызывает сомнения в его непогрешимости. Указывая на круг лиц, наделенных полномочиями по собиранию доказательств, и ссылаясь на ч. 1 ст. 74 и ч. 1 ст. 86 УПК РФ, он почему-то забывает о частях 2 и 3 ст. 86 УПК РФ, недвусмысленно наделяющих защитника, обвиняемого, потерпевшего и других участников процесса правом представлять доказательства. Да и вывод о несоответствии круга лиц, наделенных в соответствии со статьями 74 и 86 УПК РФ полномочиями по собиранию доказательств, кругу лиц, уполномоченных в соответствии с ч. 3 ст. 80 УПК РФ осуществлять собирание заключения специалиста как доказательства, видится, мягко говоря, спорным: разве прокурор, следователь, защитник, подозреваемый и пр. не являются сторонами по делу, уполномочен-

ными ч. 3 ст. 80 УПК РФ ставить перед специалистом вопросы, ответом на которые в письменном виде и является заключение последнего?

Третий довод о недопустимости заключения специалиста, основанный на несоответствии порядка получения заключения специалиста предусмотренному законом (ч. 1 ст. 74 УПК РФ) правилу о собирании и проверке доказательств только в установленном порядке, также не совсем обоснован. По сути, законом вообще не предусмотрена никакая конкретная процедура получения кем-либо из участников уголовного судопроизводства заключения специалиста (на что обращают внимание буквально все исследователи данного вида доказательств²). В то же время ст. 75 УПК РФ говорит о недопустимости доказательств, полученных с нарушением требований УПК, а если какие-либо требования к форме, содержанию, порядку получения заключения специалиста уголовно-процессуальным законом в принципе не установлены, то и говорить о нарушении таких требований нелогично. Таким образом, вести речь о недопустимости заключения специалиста как вида доказательства в целом нельзя, говорить можно и нужно лишь о пробелах и недостатках в регулировании уголовно-процессуальным законом заключения специалиста как самостоятельного вида доказательств. На практике при оценке заключений специалистов, приобретаемых к материалам конкретных уголовных дел, на предмет допустимости одной из наиболее часто встречаемых причин их исключения из числа доказательств по уголовному делу является выход специалиста за рамки своей компетенции, когда специалист начинает разрешать в своем заключении вопросы уголовно-правовой оценки обстоятельств уголовного дела (например, о виновности конкретного лица) и вопросы процессуального характера. Ярким примером указанной ситуации является уголовное дело по обвинению одной из сторон гражданского процесса, имевшего место до уголовного судопроизводства, в неуважении к суду, выраженном в оскорблении участника судебного разбирательства. Специалист-лингвист, заключение которого было представлено стороной защиты, при разрешении в своем заключении вопроса о том, является ли для потерпевшего оскорбительным слово «подонок», вышел за пределы своей компетенции и, изучив представленную в его распоряжение копию протокола судебного за-

седания, в котором имело место нанесение оскорбления, дал свою оценку высказываний участников этого судебного заседания, которая по своему характеру являлась уголовно-правовой. Суд в приговоре указал на данное обстоятельство как на причину признания заключения специалиста недопустимым доказательством. Следует отметить, что данная проблема характерна также и для такого вида доказательств, как заключение эксперта. Единственным возможным выходом из подобных ситуаций представляется грамотная постановка вопросов специалисту, исключающая разрешение последним в своем заключении указанных видов вопросов.

Оценка заключения специалиста на предмет достоверности также связана с определенными трудностями. По справедливому замечанию Е.А. Карякина, «сотрудничество защитника и специалиста может быть урегулировано в рамках возмездного договора о консультировании, оплачиваемого за счет средств обвиняемого или его родственников»³. И, как правило, с представляемыми стороной защиты заключениями специалистов дело именно так и обстоит, что, естественно, не может не вызывать у суда определенные сомнения в незаинтересованности специалиста, составившего такое заключение, а, значит, и в достоверности самого заключения вне зависимости от реальной обоснованности таких сомнений. Также следует заметить, что УПК РФ не установлено требование об обязательном предупреждении специалиста об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, что также налагает свой отпечаток на оценку лицами, ведущими производство по делу, и судом заключения специалиста на предмет его достоверности. Ведь поскольку специалист не предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, он может и не знать о том, что такая ответственность установлена, и соответственно с большей вероятностью может вынести заведомо ложное заключение, руководствуясь корыстными мотивами (особенно это касается заключений

специалистов, представляемых стороной защиты). А ведь данную проблему можно решить путем устранения существующего пробела в законодательстве. Пока же этот пробел не устранен, заключение специалиста, увы, априори будет вызывать у лиц, ведущих производство по делу, и у суда подозрения, иногда не соответствующие действительности, в необъективности и недостоверности заключения специалиста. Многие судьи, кстати, открыто об этом и говорят.

В заключение следует сказать, что, на наш взгляд, заключение специалиста как самостоятельный вид доказательства следует считать допустимым, но тем не менее нуждаются в серьезных коррективах положения, регламентирующие правовой режим заключения специалиста как доказательства, с целью устранения существующих пробелов, создающих ситуации, негативно влияющие на оценку заключения специалиста на предмет его допустимости и достоверности. С другой стороны, не может не радовать наметившаяся тенденция признания заключения специалиста самостоятельным видом доказательств и все более широкое вовлечение данного вида доказательств в орбиту уголовного судопроизводства, что выражается в приобщении заключений специалистов к материалам уголовных дел и последующей их оценке, в то время как всего пару лет назад суды отказывались признавать заключение специалиста в качестве доказательства и приобщать его к материалам дела.

¹ Божьев В. Изменение УПК РФ – не всегда средство его совершенствования // Законность. – 2005. – № 8. – С. 2–3.

² См., например: Воробьев П. Процессуальный статус специалиста: нужны разъяснения Пленума Верховного Суда // Законность. – 2005. – № 11. – С. 34–36; Быков В.М. Заключение специалиста // Законность. – 2004. – № 9. – С. 21–24; Гришина Е.П. Совершенствование нормативно-правового регулирования вопросов участия специалистов в уголовном судопроизводстве России // Российский следователь. – 2005. – № 10. – С. 11–13 и др.

³ Карякин Е.А. Вовлечение специалиста в уголовное судопроизводство и последующая оценка его заключения и показаний // Современное право. – 2006. – № 6. – С. 18.

Статья поступила в редакцию 1 декабря 2008 г.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ ЭКСПЕРТА ПРИ НАЗНАЧЕНИИ ЭКСПЕРТИЗЫ В СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Л.В. Зорин,

соискатель кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ, Челябинский прокурор по надзору за исполнением законов на особо режимных объектах

Проанализированы процессуальные права и обязанности эксперта, назначенного судом для производства судебной экспертизы и дачи экспертного заключения в условиях конкуренции норм УПК РФ и Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ».

Ключевые слова: *эксперт, судебная экспертиза, специальные познания.*

В соответствии со ст. 57 УПК РФ под экспертом понимается лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное судом в порядке, установленном Кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения. Исходя из этого, необязательно чтобы судебная экспертиза выполнялась сотрудниками государственных экспертных учреждений. В качестве эксперта может быть вызвано любое лицо, обладающее необходимыми для дачи заключения знаниями. Судебные экспертизы производятся экспертами государственных и негосударственных экспертных учреждений, сотрудниками неэкспертных учреждений, частными экспертами либо иными специалистами.

Согласно ст. 12 Федерального закона от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (далее – ФЗ о ГСЭД) государственным судебным экспертом, производящим судебную экспертизу в порядке исполнения своих должностных обязанностей, может быть только аттестованный сотрудник государственного судебно-экспертного учреждения, в том числе судебно-экспертных учреждений Минюста России; экспертно-криминалистических подразделений МВД России; судебно-медицинских и судебно-психиатрических учреждений Минздрава; судебно-медицинских лабораторий Минобороны России; экспертно-криминалистических служб; экспертных подразделений ФСБ России и других государственных судебно-экспертных учреждений, создаваемых в порядке, определенном ФЗ о ГСЭД, федеральными органами исполнитель-

ной власти или органами исполнительной власти субъектов РФ.

Однако в ст. 41 ФЗ о ГСЭД предусмотрено, что в соответствии с нормами процессуального законодательства РФ судебная экспертиза может производиться вне государственных судебно-экспертных учреждений лицами, обладающими специальными знаниями в области науки, техники, искусства или ремесла, но не являющимися государственными судебными экспертами. Этими судебными экспертами могут являться и лица, в прошлом сотрудники государственных экспертных учреждений, и частные эксперты-профессионалы, и эксперты – сотрудники негосударственных судебно-экспертных учреждений, а также сотрудники неэкспертных организаций, являющиеся специалистами в необходимой области знания.

Конечно, законодательство предъявляет к эксперту серьезные требования, но следует подчеркнуть, что УПК РФ, по сравнению с другими процессуальными кодексами (ГПК РФ, АПК РФ, КоАП РФ), не содержит прямых указаний на обязанности судебного эксперта. Только в ст. 57 отмечается, что эксперт делать вправе (ч. 3), а что не вправе (ч. 4). Ранее УПК РСФСР 1960 года в ст. 82 регламентировал обязанности эксперта явиться по вызову лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда и дать объективное заключение по поставленным перед ним вопросам, а если поставленный вопрос выходит за пределы специальных знаний эксперта или представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения, эксперт в письменной форме

должен сообщить органу, назначившему экспертизу, о невозможности дать заключение.

Сейчас эксперт уже не несет ответственности за отказ от дачи заключения, но в п. 6 ч. 3 ст. 57 и ч. 5 ст. 199 УПК РФ дан исчерпывающий перечень случаев, когда эксперт вправе отказаться от производства экспертизы: если поставленные вопросы выходят за пределы его специальных знаний; если представленных ему материалов недостаточно для дачи заключения. Фактически узаконено принуждение лиц, обладающих специальными знаниями, к производству экспертизы против их желания, что противоречит и здравому смыслу и принципам правового государства. Ведь если экспертиза назначается эксперту – сотруднику экспертного учреждения, в должностные обязанности которого согласно подписанному им трудовому договору (контракту) входит производство судебных экспертиз, то зачем нужна законодательная регламентация обязанности явиться и дать заключение.

Согласно абз. 4 ч. 1 ст. 16 ФЗ о ГСЭД эксперт обязан направить в суд мотивированное сообщение в письменной форме о невозможности дать заключение. Конечно, если экспертиза производится вне экспертного учреждения, эксперт должен сам сообщить о невозможности ее проведения. Но в УПК РФ нигде не упоминается обязанность эксперта письменно сообщать органу или лицу, назначившему экспертизу, о невозможности ее производства. В экспертном учреждении письменное сообщение о невозможности дать заключение должно быть направлено экспертом руководителю этого учреждения, который в свою очередь поручает производство экспертизы другому эксперту, привлекает сторонних специалистов или уведомляет орган или лицо, назначившее судебную экспертизу, о невозможности ее производства. Независимость эксперта не будет ущемлена, если предоставить ему право в случае несогласия с решением руководителя экспертного учреждения довести свое мнение до сведения лица или органа, назначивших экспертизу.

В ч. 5 ст. 57 УПК РФ установлена уголовная ответственность, предусмотренная ст. 307 УК РФ, за дачу заведомо ложного экспертного заключения.

В УПК РСФСР 1960 года содержалась норма, предписывающая при назначении каждой экспертизы предупреждать эксперта об ответственности за дачу заведомо ложного заключения и отбирать об этом подписку. В

УПК РФ данная норма несколько видоизменена, хотя, по сути, она сохранилась. Если судебная экспертиза производится в экспертном учреждении, законодатель теперь обяывает руководителя этого учреждения предупредить эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения и отобрать у него об этом подписку. В ч. 2 ст. 199 УПК РФ указывается, что после получения от следователя постановления о назначении судебной экспертизы и материалов, необходимых для ее производства, руководитель экспертного учреждения, за исключением руководителя государственного судебно-экспертного учреждения, разъясняет эксперту его права и ответственность, предусмотренные ст. 57 УПК РФ. Но это не означает, что государственный судебный эксперт не дает в каждом заключении подписки, что он предупрежден об ответственности за дачу заведомо ложного заключения, так как в п. 5 ч. 1 ст. 204 УПК РФ подчеркивается, что эта подписка является обязательным атрибутом экспертного заключения.

Представляется, что данная норма, оправданная для лиц, привлекаемых к производству судебных экспертиз впервые или изредка и не являющихся сотрудниками экспертных учреждений, вполне правомерна. Но для судебных экспертов, имеющих экспертное образование и сертифицированных квалификационными комиссиями, а ведь согласно ФЗ о ГСЭД только такие специалисты и могут привлекаться к производству судебных экспертиз, излишне постоянно повторять эту процедуру. Вариантов замены много – присяга судебного эксперта, даваемая при получении диплома о высшем экспертном образовании или квалификационного свидетельства на право производства судебных экспертиз. Многие государственные судебные эксперты, являясь сотрудниками Вооруженных Сил РФ, других войск и воинских формирований, приносят присягу, поступая на службу. В текст этой присяги могли бы быть внесены коррективы, касающиеся судебных экспертов.

Эксперт обязан сообщить субъекту, назначившему экспертизу, об обстоятельствах, исключающих возможность его участия в данном деле (при наличии таких обстоятельств). Согласно нормам процессуального законодательства судебный эксперт подлежит отводу, если он хотя бы косвенно заинтересован в исходе дела, является родственником сторон, других лиц, участвующих в деле, или

представителей, находится или находился в служебной или иной зависимости от сторон, других лиц, участвующих в деле, или представителей, либо имеются иные обстоятельства, вызывающие сомнение в его беспристрастности (ст. 70 УПК РФ). Согласно УПК РФ предыдущее участие эксперта в деле в качестве специалиста не является основанием его отвода.

Норма п. «а» ч. 1 ст. 67 УПК РСФСР 1960 года, многие годы вызывавшая возражения процессуалистов и криминалистов, в УПК РФ отсутствует. В настоящее время можно считать доказанным и обоснованным на практике, что, если специалист участвует в собирании объектов, могущих стать впоследствии вещественными доказательствами, зная, что производство экспертизы может быть поручено ему, он работает гораздо ответственнее и скрупулезнее. Участие эксперта при предыдущем рассмотрении данного дела в качестве эксперта не является основанием для его отвода. Однако УПК РФ предусматривает возможность отвода эксперта, если обнаружится его некомпетентность (п. 3 ч. 2 ст. 70 УПК РФ).

Компетенция эксперта обычно рассматривается в двух аспектах. Во-первых, это круг полномочий, права и обязанности эксперта, которые определены УПК РФ. Во-вторых, это комплекс знаний в области теории, методики и практики судебной экспертизы определенного рода, вида.

Различают объективную компетенцию, т.е. объем знаний, которыми должен владеть эксперт¹, и субъективную компетенцию – степень, в которой конкретный эксперт владеет этими знаниями². Субъективную компетенцию часто называют компетентностью эксперта. Она определяется его образовательным уровнем, специальной экспертной подготовкой, стажем экспертной работы, опытом в решении аналогичных экспертных задач, индивидуальными способностями. Согласно ст. 13 ФЗ о ГСЭД компетентность государственного судебного эксперта проверяется и удостоверяется экспертно-квалификационными комиссиями.

Но вопрос о том, насколько квалифицированно составлено заключение, т.е. вопрос об оценке заключения эксперта, весьма сложен, поскольку судьи не обладают специальными знаниями и им трудно в современных условиях научно-технической революции, когда экспертные методики все усложняются

и усложняются, глубоко разобраться в экспертных технологиях.

Что касается отказа эксперта от производства экспертизы, то он может добросовестно заблуждаться и не видеть своих ошибок. Поэтому представляется, что, если некомпетентность эксперта обнаружена еще на начальном этапе при назначении экспертизы, то должна быть обеспечена возможность его отвода.

Судебный эксперт не вправе без ведома следователя и суда вступать в личные контакты с участниками процесса по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы, самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования. Чтобы не возникло сомнений в беспристрастности и объективности судебного эксперта, его личные контакты с потерпевшим, подозреваемым, обвиняемым, сторонами и другими участниками процесса должны ограничиваться строгими процессуальными рамками. Согласно УПК РФ (п. 3 ч. 3 ст. 57) эксперт может принимать участие в процессуальных действиях и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы. Законодатель прямо указывает, что без ведома следователя и суда эксперт не вправе вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы (п. 1 ч. 4 ст. 57).

Если эксперт путем контактов с лицами, проходящими по делу, собирает материалы для производства судебной экспертизы, то заключение такой экспертизы впоследствии должно быть исключено из числа доказательств.

Самостоятельным сбором материалов для экспертизы является и анализ экспертом всех материалов дела. Эксперт вправе знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету экспертизы. Но эти материалы должны быть отобраны судом. В случае, когда представленных материалов недостаточно, эксперт имеет право запросить недостающие. Но право эксперта знакомиться с материалами дела ограничено предметом экспертизы. Эксперт не имеет права подменять субъектов, назначивших экспертизу, и заниматься анализом материалов дела, собирая доказательства, выбирая, что ему исследовать, например, анализировать свидетельские показания, иначе могут возникнуть сомнения в объективности и обоснованности заключения.

Законодатель запрещает эксперту без разрешения суда проводить исследования, могущие повлечь полное или частичное уничтожение объектов либо изменение их внешнего вида или основных свойств. Обязанность судебного эксперта обеспечить сохранность представленных объектов исследований и материалов дела корреспондируется с требованиями законодателя уничтожать объекты исследований либо существенно изменять их свойства только с разрешения органа или лица, назначивших судебную экспертизу.

Согласно ст. 17 ФЗ о ГСЭД эксперт вправе ходатайствовать перед руководителем соответствующего государственного судебно-экспертного учреждения о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов, если это необходимо для проведения исследований и дачи заключения; делать подлежащие занесению в протокол судебного заседания заявления по поводу неправильного истолкования участниками процесса его заключения или показаний; обжаловать в установленном законом порядке действия органа или лица, назначивших судебную экспертизу, если они нарушают права эксперта.

Необходимость в предоставлении эксперту права ходатайствовать перед руководителем экспертного учреждения о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов обусловлена рядом факторов:

1) при производстве многообъектной экспертизы число однородных объектов исследования может быть столь велико, что экспертное исследование невозможно выполнить в установленный срок;

2) еще до начала экспертизы или уже в ходе ее производства выясняется, что необходимо применить методы, которыми сам эксперт не владеет, или использовать приборы и оборудование, отсутствующие в данном экспертном учреждении, т.е. речь идет о комплексном исследовании;

3) в ходе исследования или до его начала эксперт понимает, что часть вопросов может быть решена только при производстве комплексной экспертизы;

4) эксперт решает воспользоваться правом расширить перечень вопросов, имеющих значение для доказывания, на которые могут быть даны ответы, но при этом ему может понадобиться помощь других экспертов.

Важность экспертной инициативы в вопросе о привлечении к выполнению судебной экспертизы других экспертов подтверждается

п. 2 ч. 3 ст. 57 УПК РФ, указывающим, что эксперт имеет право ходатайствовать о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов. Однако следует подчеркнуть, что в тех случаях, когда эксперт не считает себя компетентным разрешать вопросы экспертизы, он должен не ходатайствовать о привлечении дополнительно других экспертов, а вообще отказаться от ее производства.

Поскольку суд, стороны и иные участники процесса могут неправильно истолковать заключение эксперта или его показания при допросе, законодатель в ФЗ о ГСЭД предоставляет судебному эксперту право делать заявления, но, к сожалению, в УПК РФ эксперт не наделен таким правом.

Заявление – это официальное обращение гражданина или нескольких лиц в государственный орган или орган местного самоуправления, администрацию учреждения, организации или к должностному лицу, не связанное, в отличие от жалобы, с нарушением его прав и законных интересов и не содержащее просьбы устранить такое нарушение, а направленное на реализацию прав и интересов заявителя или на устранение тех или иных недостатков в деятельности предприятий, учреждений, организаций. Заявление может быть подано в письменной и устной форме.

Согласно ст. 282 УПК РФ свои возражения эксперт может изложить в процессе его допроса судом. При этом согласно ч. 6 ст. 166 УПК РФ эксперт имеет право делать подлежащие внесению в протокол следственного действия замечания о его дополнении и уточнении. Все внесенные замечания о дополнении и уточнении протокола должны быть оговорены и удостоверены его подписью. Однако формально, коль скоро уголовно-процессуальным законом эксперту не предоставлено право делать заявления, эти возражения заявлением не являются и могут быть оставлены без рассмотрения. К тому же инициатива в производстве допроса эксперта принадлежит суду.

Эксперт не вправе изложить свои возражения по поводу неправильного истолкования его заключения или показаний при допросе в виде ходатайства, поскольку он может заявлять ходатайства только о предоставлении дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения, либо о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов. Обжаловать неправильное истолкование заключения эксперт также не может,

поскольку его права как эксперта не ограничиваются.

Таким образом, имеет место нестыковка законодательных актов. Норма УПК РФ отменяет норму ФЗ о ГСЭД. Представляется, что следует дополнить перечень прав эксперта, закрепленный в УПК РФ, положением, предусматривающим право эксперта делать подлежащие занесению в протокол следственного действия или судебного заседания заявления по поводу неправильного истолкования участниками процесса его заключения или показаний.

Согласно ч. 3 ст. 57 УПК РФ эксперт вправе знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету судебной экспертизы, и при определенных условиях отказаться от производства экспертизы. Помимо этого судебный эксперт имеет право ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения; участвовать с разрешения суда в процессуальных действиях и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы; давать заключение в пределах своей компетенции, в том числе по вопросам, хотя и не указанным в постановлении (определении) о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету экспертного исследования; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда, ограничивающие его права.

Статья 16 ФЗ о ГСЭД ограничивает права государственного судебного эксперта, запрещая ему принимать поручения о производстве судебной экспертизы непосредственно от каких-либо органов или лиц, за исключением руководителя государственного судебно-экспертного учреждения. Отсюда следует, что суд, следователь, дознаватель, должностное лицо или орган, рассматривающие дело об административном правонарушении, не могут при назначении экспертизы выбрать эксперта по своему усмотрению, а вправе выбирать только государственное экспертное учреждение. Это представляется неправомерным, так как приводит к нарушению прав подсудимого.

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 198 УПК РФ при назначении и производстве судебной экспертизы подозреваемый, обвиняемый, его защитник вправе ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц. Если постановление не может быть вынесено в адрес конкретного лица, решение об удовлетворении ходатайства подозреваемого или обвиняемого фактически принимает руководитель экспертного учреждения, не наделенный законодателем такими полномочиями.

Между тем в силу Конституции РФ (ст. 55) не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина. Эти права и свободы могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В данном случае норма федерального закона ограничивает права граждан явно без соответствующих оснований, поскольку неясно, с чем связан фактический запрет для суда обратиться с постановлением или определением о назначении судебной экспертизы непосредственно к государственному судебному эксперту.

Еще одно ограничение прав государственного эксперта связано с лишением его возможности осуществлять судебно-экспертную деятельность в качестве негосударственного эксперта, хотя УПК РФ и не содержит подобных оснований для отвода эксперта. Это фактически означает для государственного эксперта невозможность работы по совместительству, хотя согласно ст. 98 Трудового кодекса РФ работник имеет право заключить трудовой договор с другим работодателем для работы на условиях внешнего совместительства. Исключения могут устанавливаться только федеральным законом.

¹ Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. – М., 2000. – С. 260.

² Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза. Курс общей теории. – М., 2007. – С. 185.

Статья поступила в редакцию 29 января 2009 г.

ДЕТЕРМИНАНТЫ КРИМИНАЛЬНОЙ НЕВЫПЛАТЫ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ, ПЕНСИЙ, СТИПЕНДИЙ, ПОСОБИЙ И ИНЫХ ВЫПЛАТ (СТ. 145.1 УК РФ)

Д.Л. Кокорин,

преподаватель кафедры уголовного права Уральского юридического института МВД России

Исследуются причины и условия преступности, связанной с нарушением порядка оплаты труда работников. Выявляются обстоятельства, детерминирующие возникновение такой преступности, которые впоследствии послужат основанием для качественной проработки сущности отдельных групп детерминант и формулирования наиболее эффективных мер, направленных на нейтрализацию и последующее устранение выявленных причин.

Ключевые слова: причины и условия преступности, невыплата заработной платы, группы детерминант.

Криминологический анализ позволяет определить формы и связи преступности с другими социальными явлениями, уяснить причины преступности и условия, способствующие ей, проследить характер, состояние, структуру, изучить динамику преступлений в зависимости от изменений в экономике, политике и идеологии.

Несмотря на позитивную динамику уровня просроченной задолженности по выплате заработной платы, а равно уровня преступности, связанной с оплатой труда работников, в настоящее время имеется достаточное количество нарушений прав работников со стороны работодателей. Данные нарушения требуют соответствующей реакции со стороны контролирующих и правоохранительных органов.

Б.В. Ястребов отмечает, что главным требованием при отображении криминологической характеристики преступлений является полнота отражения сведений о существенных признаках и свойствах воспроизводимых в них явлениях и связанных с ними обстоятельств, важных с точки зрения предупреждения преступлений¹.

В связи с этим считаем целесообразным исследовать детерминанты преступности, связанной с нарушением порядка оплаты труда работников, которые впоследствии послужат качественным базисом для определения мер борьбы с преступностью в рассматриваемой сфере.

Говоря о детерминантах преступности, связанной с нарушением права работников на своевременную оплату труда, попытаемся

рассмотреть обстоятельства, детерминирующие возникновение такой преступности, структурировано.

В данном случае интересной представляется идея П.М. Годме, который выделил причины, побуждающие виновного совершать преступное посягательство. К таковым он отнес политические, экономические, моральные, технические причины. К числу экономических причин были отнесены причины, обусловленные соотношением возможной ответственности и выгоды, извлекаемой виновным при совершении преступления. Так, если санкция за совершение преступления предусматривает экономические последствия для него в размере меньшем, нежели сумма, которая извлекается в результате совершения преступления, то виновный заинтересован в совершении преступления. Технические причины, по мнению исследователя, связаны с несовершенством форм и методов контроля. Проверяющие органы не в состоянии контролировать все хозяйственные операции и проверять достоверность всех бухгалтерских документов².

Воспользовавшись идеей П.М. Годме о структурировании детерминант, мы предлагаем собственное структурирование причин и условий преступности, связанной с невыплатой заработной платы и иных выплат работникам. По нашему мнению, такой подход позволит рассмотреть и исследовать существующие детерминанты более последовательно. В конечном счете это также послужит основанием для качественной проработки сущности отдельных групп детерминант и фор-

мулирования наиболее эффективных мер, направленных на нейтрализацию и последующее устранение выявленных причин.

К первой группе детерминант следует отнести макроэкономические детерминанты. Под таковыми мы понимаем причины и условия преступности, существование которых основано на проблемах в сфере макроэкономики.

К числу макроэкономических детерминант, по нашему мнению, можно причислить, например, неблагоприятное финансово-экономическое состояние всей аграрно-промышленной отрасли, инфляцию, значительные либо резкие колебания цен на продукцию и ресурсы, недостаток квалифицированных кадров, низкий уровень жизни отдельных групп населения, нестабильное законодательство и пр.

Некоторые ученые называют данную группу детерминант экономическими. Так, к примеру, В.Н. Кудрявцев и В.Е. Эминов к числу экономических причин преступности относят следующие:

– состояние экономического кризиса как основы непрерывной нестабильности всех основных потребностей населения, а также социальных ценностей;

– инфляция как процесс или результат обесценивания денег;

– реальная безработица, охватывающая 10 % населения, создающая объективную основу массового получения средств к существованию незаконным, в том числе преступным, путем, поскольку уровень социальной защищенности безработных фактически отсутствует;

– избыточное налогообложение. Доля налогов в сфере предпринимательства в России составляет от 70 % до 100 % всех доходов, что делает невозможным легальное предпринимательство большей части секторов экономики и искусственно превращает большую часть руководителей коммерческих организаций в преступников³.

Учитывая, что предлагаемая нами классификация детерминант подразумевает дифференциацию экономических детерминант на макро- и микроэкономические, мы считаем возможным использовать обозначенные экономические детерминанты и отнести их в нашей классификации к детерминантам макроэкономического уровня.

Макроэкономические детерминанты оказывают существенное влияние на возникно-

вание преступности в рассматриваемой сфере. К примеру, резкое увеличение стоимости горюче-смазочных материалов часто провоцирует руководителей организаций агропромышленного сектора направлять имеющиеся средства в первую очередь на приобретение ресурса, необходимого для осуществления экономической деятельности. Такой подход, как правило, обуславливает напряженное положение с погашением задолженности по выплате заработной платы в сфере агропромышленного комплекса, нередко вызывая и существенное увеличение размера долгов.

Так, в Харовском районе Вологодской области задолженность СПК «Колхоз «Катрома» увеличилась с 60 тыс. руб. на 1 июня 2006 г. до 246,0 тыс. руб. на 1 июля 2006 г. В ОАО «Агрофирма Герой» Усть-Кубинского района имеющаяся на 1 января 2006 г. задолженность в размере 361,0 тыс. руб. была сокращена на 1 июня 2006 г. до 224,0 тыс. руб., а к 1 июля 2006 г. вновь увеличилась до 570,0 тыс. руб. Генеральный директор общества Е.А. Шлома, будучи привлеченным к административной ответственности в апреле 2006 года по ч. 1 ст. 5.27 КоАП РФ, вновь допустил нарушения требований ст. 136 ТК РФ, в связи с чем прокуратурой района были подготовлены материалы по ч. 2 ст. 5.27 КоАП РФ на его дисквалификацию⁴.

Микроэкономические детерминанты образуют вторую группу. К таковым мы относим детерминанты, которые связаны с проблемами деятельности отдельного субъекта хозяйственно-экономической деятельности.

По нашему мнению, в данную группу можно зачислить:

– отсутствие средств на счетах предприятий;

– наличие кредиторских задолженностей по уплате налогов, по отчислениям на социальные нужды, по оплате приобретенных услуг;

– наличие дебиторской задолженности в случае, когда организация не предпринимает каких-либо действий, необходимых для взыскания данной задолженности с дебиторов;

– сезонный характер работ (для отдельных видов хозяйственно-экономической деятельности, в которых доходность деятельности существенно колеблется в различные сезоны года – например, для сельского хозяйства, строительства и т.д.).

Микроэкономические детерминанты зачастую приводят к тому, что в целях сохране-

ния бизнеса руководители предприятий направляют денежные средства не на своевременную выплату заработной платы работникам, а на хозяйственные нужды предприятия.

Третья группа детерминант обусловлена наличием проблем в жизни общества. Данные проблемы связаны с морально-этическими характеристиками граждан, а также целых групп населения, образовательным, культурным уровнем населения и пр.

К социальным детерминантам невыплаты заработной платы работникам можно отнести отсутствие желания у руководства организации своевременно и в полном объеме выполнять свои обязательства по оплате труда работников. Такое положение может быть предопределено личными предрассудками, предубеждениями руководителя относительно работников в целом либо отдельных групп работников (женщин, несовершеннолетних, низкоквалифицированных работников, работников, не имеющих гражданства РФ или вида на жительство, регистрации по месту жительства, разрешения на работу на территории РФ и т.д.).

Наглядным примером случаев, в которых социальные детерминанты играют ключевую роль, может служить следующее дело. Так, в начале июля 2008 года в Белоярскую межрайонную прокуратуру поступило коллективное обращение от 34 строителей 4-го энергоблока Белоярской АЭС о несвоевременной выплате заработной платы.

В ходе прокурорской проверки было установлено, что 26 июня 2008 г. эти работники уволены из ТОО «Астанаэнергопромстрой и Ко», им была выплачена заработная плата за май 2008 года и произведен окончательный расчет. Однако сумма выплат не устроила бывших работников организации, поскольку изначально им обещали большую заработную плату, в связи с чем они обратились в прокуратуру.

В ходе прокурорской проверки задолженность перед иностранными строителями работодателем была полностью погашена, дополнительно им было выплачено в общей сложности более 100 тысяч рублей.

Достаточно часто нарушаются трудовые права несовершеннолетних работников (школьники, студенты, прочие учащиеся). Так, в сентябре 2007 года в прокуратуру г. Асбеста обратилась 14-летняя Александра Бабушкина, которая сообщила, что в течение

июня 2007 года она по срочному договору работала в Асбестовском муниципальном образовательном учреждении дополнительного образования детей «Станция юных натуралистов»: добросовестно выполняла возложенные на нее обязанности по перекопке почвы, уборке сорняков и растительного мусора, высадке рассады цветов. Однако по окончании работ руководство АМОУДО «Станция юных натуралистов» не выплатило причитающиеся ей по договору 1600 рублей.

Проведенной по обращению школьницы прокурорской проверкой установлено, что руководство станции юннатов грубо нарушило трудовые права не одной А. Бабушкиной, а еще семи подростков, которым точно также не выдали заработную плату.

Социальные детерминанты особенно актуальны в тех случаях, когда работники занимают изначально невыгодное, даже бесправное положение. Подобная зависимость в отдельных случаях используется работодателями как мотив, основание для нарушения трудовых прав работников, в том числе их права на вознаграждение за труд. В подобных случаях работодатель рассчитывает на то, что работник не знает своих прав и возможностей их защиты, не будет обращаться за их защитой в компетентные органы в силу определенных причин (мнение о бессмысленности таких действий, нелегальный статус проживания или трудовой деятельности на территории РФ и т.д.).

Четвертую группу детерминант образуют организационные детерминанты. К таковым мы относим причины и условия, которые связаны с недостатками в организации и обеспечении, в первую очередь органами государственной власти и управления, того порядка общественных отношений, который установлен нормами действующего законодательства.

Некоторые авторы (например, В.Н. Кудрявцев и В.Е. Эминов) говорят о наличии организационных причин преступности. К числу таковых они относят:

- неадекватность системы государственного реагирования на преступность ее характеру и структуре;

- крайне низкий уровень раскрываемости многих видов преступлений;

- отсутствие государственной системы криминологического мониторинга;

- дефицит высокоэффективных (прежде всего компьютерных) технологий расследования новых форм преступлений;

– функциональные противоречия между различными подразделениями одних и тех же правоохранительных органов;

– низкий уровень координации деятельности различных правоохранительных органов по борьбе с преступлениями⁵.

Мы согласны с позицией ученых, но также считаем возможным выделить дополнительные организационные детерминанты социального порядка применительно к криминологической характеристике преступности, связанной с незаконной невыплатой заработной платы и прочих выплат работникам.

1. Существование «серых зарплат». Данная проблема существует давно и связана с нежеланием работодателей платить налоги и прочие платежи, которые должны уплачиваться с официальных выплат работникам. К таким выплатам, в частности, можно отнести единый социальный налог, взносы на обязательное пенсионное страхование.

2. Нарушение работодателями различных положений трудового законодательства. В частности, работодатели зачастую принимают коллективные договоры, соглашения, локальные нормативные акты, которые противоречат трудовому законодательству и нарушают трудовые права работников. Иногда работодатели прибегают к некоторым хитростям, пытаясь придать невыплате заработной платы законный вид. Так, встречаются ситуации, когда работники привлекаются к дисциплинарной ответственности в виде штрафных санкций, лишения премий без законных и достаточных к тому оснований.

3. Редкое использование работниками тех механизмов и средств защиты нарушенных трудовых прав, которые предоставляет им действующее законодательство. В частности, очень редко работодатели привлекаются к материальной ответственности за задержку выплаты заработной платы в виде денежной компенсации в размере не ниже одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка РФ (ст. 236 ТК РФ).

4. Недостаточно ответственное отношение контролирующих и надзирающих органов к исполнению своих обязанностей в части выявления, пресечения, предупреждения правонарушений и преступлений, связанных с нарушением прав работников на своевременную и полную оплату труда. Например, встречаются случаи, когда проверяющие органы не исследуют соблюдение организациями-работодателями прав работников на оплату

труда вообще либо исследуют, но при выявлении нарушений не используют всего перечня средств по привлечению виновных к ответственности.

5. Нарушения в сфере обращения взыскания на имущество должников по оплате труда, допускаемые представителями службы судебных приставов-исполнителей.

6. Недостаточно добросовестное отношение отдельных прокурорских работников к деятельности по осуществлению контроля и надзора за обеспечением прав работников на своевременное вознаграждение за труд. Данный контроль, по нашему мнению, уместен как в отношении работодателей и органов трудовых инспекций, так и в отношении непосредственно должностных лиц, осуществляющих прокурорский надзор в данной сфере. Недобросовестное исполнение своих должностных обязанностей должно влечь для нарушителей дисциплинарную ответственность.

Пятая группа детерминант представлена управленческими детерминантами. Их наличие обусловлено наличием недостатков в системе управления бизнесом на уровне отдельных хозяйствующих субъектов.

Важно отметить, что управленческие детерминанты в силу своей специфики проявляются в отдельных организациях либо группах организаций.

В частности, они имеют место в сфере функционирования федеральных государственных унитарных предприятий. Учитывая причастность данной группы предприятий к государственному сектору, некоторые из их руководителей иногда направляют средства не на своевременную выплату заработной платы работникам, а на удовлетворение потребностей предприятия в ресурсах, оборудовании, материалах и пр. Также криминогенным фактором является нарушения графика финансирования данных предприятий со стороны государственных образований.

Криминогенной группой предприятий также выступают предприятия, находящиеся в процессе банкротства.

На основании изложенного следует сделать вывод, что детерминанты преступности, связанной с незаконной невыплатой установленных законом выплат, делятся на макро- и микроэкономические, социальные, организационные и управленческие. Подобная классификация позволяет более тщательно подойти к вскрытию проблем преступности в рассматриваемой сфере, а также к определению

перечня эффективных мер ее предупреждения.

¹ Ястребов Б.В. К вопросу о понятии криминологической характеристики преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1992. – С. 16.

² Годме П.М. Финансовое право. – М., 1978. – С. 98.

³ Криминология: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. – М., 2006.

⁴ Викторов И., Макашева А. Практика прокурорского надзора за исполнением законодательства об оплате труда // Кадровик. Трудовое право для кадровика. – 2007. – № 2.

⁵ Криминология: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. – М., 2006.

Статья поступила в редакцию 10 декабря 2008 г.

ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ СУЩНОСТИ СИСТЕМЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В РАКУРСЕ ИНТЕРПРЕТАЦИИ СОВРЕМЕННОГО УГОЛОВНОГО ПРАВООПОНИМАНИЯ

А.Е. Мизанбаев,

кандидат юридических наук, адвокат Костанайской областной коллегии адвокатов (Республика Казахстан)

Проводится теоретический анализ одной из актуальных проблем уголовного права – формирования современного типа уголовного правоопонимания, с которым в первоочередном порядке увязывается глубокое осмысление юридической природы конкретного преступления и сущности его уголовно-правового регулирования. Предлагается структурирование уголовно-правового регулирования в авторской интерпретации понимания соотношения формального и материального в преступлении в формате «воспроизводства уголовно-правовой реальности».

Ключевые слова: правоприменение, материальное, формальное, фактическая связь, конструкция, трансформация.

По своему познавательному статусу в юриспруденции тип правоопонимания равнозначен тому, что в современном науковедении получило название научной парадигмы. Под парадигмой понимаются общие для определенного научного сообщества теоретико-методологические основания научного поиска, которые обеспечивают единство и внутреннюю непротиворечивость процесса познания в ее рамках. Проще говоря, парадигма – это комплекс теорий, объединенных единой методологией. Смена в той или иной сфере знания доминирующей научной парадигмы всегда знаменует новую веху в процессе научного познания¹.

Процессы модернизации, идущие в обществе, всегда способны побудить развитие правовых исследований. Ситуация осложняется царящим в правовой науке состоянием методологической неопределенности, когда нужно не только по-новому воспринять сущность права, но и определиться с подходами к его исследованию². Поэтому актуальность рассмотрения проблемы уголовного правоопонимания на современном этапе развития уголовного права вполне очевидна. Она непосредственно связана с правоприменительной деятельностью и оказывает прямое влияние на совершенствование системы уголовно-правового регулирования, которая сегодня нуждается в объективной модернизации. Установление надлежащего правоопонимания происходит на основе правильного уяснения уго-

ловно-правовых явлений: их социально-правовой сущности и юридической природы. Однако должное познание уголовно-правового бытия не исчерпывается знанием того, из чего образуется уголовно-правовая материя. Так же важно познать и то, из чего складывается живая ткань конкретного уголовного правоприменения.

В настоящее время уголовное правоопонимание как специфический вид научной уголовно-правовой парадигмы представляет собой теоретико-методологический подход к современной интерпретации юридической природы преступления и сущности его уголовно-правового регулирования с учетом правильного осмысления процесса воспроизводства уголовно-правовой реальности, осуществляемого в рамках совмещения специфической отраслевой методологии с различными уровнями анализа интегрированных методов исследования явлений, в том числе правовых, с позиций целостного теоретико-прикладного видения проблемы конструирования состава конкретного деяния.

Именно поэтому современное уголовное право должно восприниматься как сложноорганизованный и многофакторный объект познания. Все научные исследования в данной отрасли наукознания должны быть направлены на разработку уголовно-правового регулирования такого уровня, который обеспечивал бы возможность дачи конкретному совершенному преступлению интегративной оценки.

Дело в том, что с точки зрения современного осмысления сущности отраслевого регулирования уголовное право должно восприниматься в виде нормативной области существования комплексных семиотических образований (формально-определенной надстройки уголовно-правовой материи) и одновременно в виде интегрированной системы методов различных уровней, обеспечивающих универсализированный подход в построении уголовно-правового закона в действии, т.е. оформлении установленного генезиса материализации и функционирования уголовно-правового бытия.

В ракурсе этого современное направление интеграционных усилий в сфере развития уголовного права приходится на разработку обоснований внедрения взаимосвязей и взаимопомощи в рамках междисциплинарного общения между философией уголовного права и общей философией права, философией уголовного права и феноменологией, герменевтикой, деконструкцией. Дело в том, что реализация в уголовно-правовом регулировании новейших приемов общесоциологического уровня в исследовании преступлений качественно изменит существующий уровень уголовного правоприменения.

В силу активного взаимодействия права с общей материей социокультурного пространства, на наш взгляд, вполне осуществима и приемлема экстраполяция подходов в понимании роли знаков и символов в уголовно-правовую сферу и прежде всего в плоскость определения новой методологической ориентации правового регулирования уголовного правоприменения. Дело в том, что вся имеющаяся и развивающаяся правовая «надстройка» уголовного права и есть ничто иное, как определенная нормативная область существования комплексных семиотических образований: формально-определенная регламентация установлений уголовного закона (институциональное оформление уголовно-правовых норм). Соответствующий подход в таком понимании объективно создает помимо прочего необходимость реализации в исследовании преступления новейших приемов, которые представляют собой методы познания философского (общесоциологического) уровня, таких, как герменевтика, деконструкция. Именно в них раскрываются пределы человеческого мышления, сводимого к реализации его познавательного потенциала, заключающегося в доступе к возможностям дополни-

тельного познания действительности путем расширения использования мыслительных операций в плоскости опредмеченного опосредования.

Отрицание возможности указанной экстраполяции безусловно наносит ощутимый урон и теории, и практике уголовного права. В частности, вместо назревшей дискуссии об определении новой методологической ориентации в исследовании преступления с учетом понимания разрешения в нем соотношения формального и материального в рамках его должного структурирования и т.д. ведется малопродуктивная дискуссия, суть которой сводится в основном к обсуждению вопроса о подходе к нормативному регулированию преступления по-прежнему с общих формально-юридических (догматических) позиций, где имеющиеся позитивные разработки остаются в большей степени лишь продекларированными.

В связи с этим подробнее остановимся на правовой природе соотношения материального и формального в понятии преступления, так как правильное разрешение этого вопроса напрямую сопряжено с осмыслением уголовного правоприменения. Однако прежде чем приступить к данному анализу, необходимо сделать существенную оговорку, касающуюся учета «порядка последовательности» в исследовании важнейших правовых явлений. Не секрет, что возникающие в рамках движения общей материи разного рода противоречия в развитии тех или иных явлений устраняются либо диалектически, либо путем конструирования такого соотношения, при котором они достигают взаимного сочетания с той или иной соотносимой субстанциональностью и таким образом разрешаются. Само сочетание как материальный процесс упорядочения различного рода связей в природе является антиподом их стихийного, хаотичного существования. В этом плане социальная необходимость упорядочения внешних и внутренних связей правового явления продиктована взаимозависимостью и взаимосвязанностью всего сущего в природе. Ее уяснение требует прежде всего осознания значения последовательности в осмыслении, в частности, уголовно-правовых феноменов.

Раскрытие правовой сущности соотношения «формального и материального» в преступлении мы увязываем с уяснением правовой природы уголовного правоотношения, а именно специфики его возникновения, изме-

нения, прекращения, установления. Применительно к уголовному праву здесь вполне возможно использовать концепцию правоотношения, разработанную в общей теории права. Фактическая реализация преступления и есть его материализация в реальной действительности в содержании опосредованного криминального (общественного) отношения. Если мы имеем в природе подобное материальное образование, то его можно определить как конструкцию фактического состава преступления, признаки которого и есть фактические обстоятельства его совершения.

В этой ситуации резонно возникает по крайней мере два важных вопроса: почему мы относим данный состав к разновидности конструкции, а саму конструкцию определяем как юридическую? Ответ на них не будет сложным. Во-первых, фактический состав преступления определяется как разновидность конструкции ввиду того, что он реально существует в системе других аналогичных конструкций общего юридического состава преступления, выявляемых и исследуемых в результате трансформации основного состава в процессе его конкретизации. Во-вторых, этот состав существует в форме юридической конструкции, так как формально строится только на основе и в пределах юридической нормы.

Применительно к рассматриваемой уголовно-правовой проблематике заслуживают внимания рассуждения исследователей в области общей теории права.

Так, В.Б. Исаков пишет: «Не вызывает сомнений, что фактические обстоятельства, имеющие юридическое значение, следует изучать в тесной связи с нормами права, которые на эти обстоятельства указывают. Но в какой форме теоретически выразить эту связь? На наш взгляд, наиболее правильный путь – признать двойственный характер юридических фактов. Раскрыть функции юридических фактов и фактических составов, их взаимосвязь, показать их динамику в правоотношении можно только на основе материально-юридического понимания категорий «юридический факт» и «фактический состав». При этом необходимо подчеркнуть, что речь идет о понятии юридического факта. Явления действительности в реальной жизни и их отражение в праве – разные вещи, смешивать которые недопустимо. Однако понятие может охватывать оба эти момента. Более того, «юридический факт» – далеко не единствен-

ное материально-юридическое понятие в науке»³.

«Правоотношение, – отмечает Р.О. Халфина, – будучи реализацией нормы, представляет собой вместе с тем и правовую форму конкретного общественного отношения. Сочетание этих моментов – ключ к пониманию места правоотношения в системе правового регулирования. Такие категории, как правоотношение, юридический факт, фактический состав, правосубъектность, субъективное право, юридическая обязанность, правонарушение, могут плодотворно изучаться только в том случае, если они понимаются в единстве материального и юридического моментов. Именно в этом находит выражение один из важнейших методологических принципов юридической науки – неразрывный анализ юридической формы и материального содержания общественных отношений»⁴.

В связи с этим в основу фактического состава конкретного деяния могут быть положены только такие фактические обстоятельства, которые имеют юридическое значение для объективно складывающейся области общественных (уголовно-правовых) отношений по поводу совершения преступления. В юридическую конструкцию фактического состава преступления они входят как обязательные юридически значимые его признаки. На основании этого мы считаем, что именно момент правовой трансформации (перехода) тех или иных установленных по делу фактических обстоятельств (правового сырья) в разряд юридически значимых признаков, а затем привлечение последних (уже в качестве строительного материала) к построению (возведению) юридической конструкции являются моментом чисто научного толка. Возникает вопрос: по каналу какой связи происходят указанные переходы, суть которых состоит в вычленении юридически значимых признаков – обязательных признаков создаваемой видовой конструкции состава преступления? Именно этот вопрос, поставленный В.Б. Исаковым и обозначенный им как открытый, остается таковым по сей день.

Однако указанные и многие другие исследователи – представители отраслевых юридических наук – при познании генезиса права и правоприменения в рамках извечных проблем «де-юре» и «де-факто» соотношения в правоотношении формального и материального, идеального и реального, юридического и фактического, как говорится, из-за деревьев

не увидели леса. Так, на вопрос, по какому каналу идет упорядочение всего многообразия связей, возникающих на пути регулирования правового явления с учетом его проявлений в действительности, мы отвечаем: по каналу фактической правовой связи! А если говорить конкретно, то по каналу прямой фактической (генерирующей) и обратной юридической (трансформирующей) связи. Именно поэтому процесс познания преступления изначально представляет собой последовательное познание и конкретизацию связей обстоятельств совершения преступления, вычленимых по искомой юридической значимости и образующих в своем логическом сцеплении звенья (ячейки прямой и обратной связи), составляющие причинно-следственный механизм совершения преступления.

В дальнейшем уголовно-правовом регулировании на основе осмысления генезиса связей, характеризующих материализацию конкретного преступления, конкретизируются содержание и форма отношения (криминального), возникающего по поводу совершения преступления. Сам процесс конкретизации преступления должен осуществляться в уголовно-правовом регулировании до границ, указывающих на реальную самодостаточность исчерпания содержания уголовной ответственности в пределах установленной истины по делу. Поэтому вызывает сомнение то, что фактические обстоятельства, имеющие юридическое значение, следует изучать только в тесной связи с нормами права, которые на эти обстоятельства указывают.

Действительно, такую связь необходимо учитывать, но она должна пониматься в уголовно-правовом регулировании как чисто формальная (догматически вполне мыслимая) в плоскости юридического совпадения понятия преступления (уголовно-правовая норма) и структуры общей нормативной конструкции состава деяния (диспозиция статьи уголовного закона).

Таким образом, существуя и функционируя на основе и в пределах соответствующей ей нормативно-правовой конструкции (своей матрицы), образовавшаяся юридическая конструкция фактического состава преступления соотносится с ней через устанавливаемый канал формальной (юридической) связи. Последний представляет собой своеобразный «кабель», простое соединение, посредством которого осуществляется связь формы и содержания конструкций как взаимопроизвод-

ных видовых структур составов конкретного деяния. Такого характера связь со всей очевидностью можно назвать формальной, и тем самым вопрос о правовой форме закрепления того или иного состава преступления не может быть главным в правоприменении. И в самом деле, на практике это, по сути, участок правоприменительных действий примитивного характера, что позволяет относиться к этому моменту в теории и практике уголовного права как к само собой разумеющемуся. В такой форме рассматриваемую связь составов по критерию структурной нормативности теоретически можно выразить как идеальную.

Однако раскрыть функции фактических обстоятельств, а на их основе – правовую природу фактического состава преступления, показать их взаимосвязь в динамике соответствующего правоотношения можно только на основе материального понимания правовой природы преступления. При этом необходимо помнить, что речь идет о том, что преступление как понятие и как явление есть разные субстанциональные категории. Явления действительности в реальной жизни и их отражение в праве – разные вещи, смешивать которые недопустимо. Смещения понятий в праве быть не должно, так как это приводит, по нашему мнению, в конце концов к размыванию его смысла. Ввиду этого (с учетом фактора времени) говорить о том, что какое-либо правовое понятие может охватывать оба эти момента (формальное и материальное), как минимум, некорректно, так как «может» вовсе не означает, что «должно». По нашему мнению, точность правового воздействия определяется точностью правового понимания. Корни познания и разрешения данного вопроса ведут к пониманию основного вопроса права – о его сущности. В связи с этим сегодня в уголовно-правовой доктрине важно не объяснять существующую практику уголовного правоприменения признанием различных дихотомий в понятийной терминологии тех или иных категорий, а изменять (реально совершенствовать) систему уголовно-правового регулирования вопреки идеализации отправных начал нормативной, и в этом отношении ограниченной, плоскости регулирования преступления.

Данный простой при выявлении и уяснении момент как раз и представляет собой узел проблем уголовного права: соотношение формального и материального, идеального и реального, должного и сущего, в конце кон-

цов, юридического и фактического в понятии преступления и его регулировании. Он как бы ускользает от внимания исследователей, оставая открытыми вопросы теории и практики уголовного правоприменения. Г.П. Новоселов отмечает, что в понятии правоотношения, как впрочем и любого общественного отношения, поведение (фактическое или должное) не может не представлять интереса⁵. Следует вместе с тем подчеркнуть: далеко не все, что выступает частью общественного отношения, есть его элемент. Элемент – это то, что способно к отдельному, самостоятельному существованию в рамках единого целого; он может выступать в качестве носителя некоторого рода признаков, свойств, но не являться ими как таковыми. Конечно, представления о всякой структуре условны, но и условность должна иметь какие-то границы. Признать иное, значит, выходить за допустимые рамки условности и в конечном счете идти по пути гипостазирования, т.е. наделяния признаков, свойств чего-либо самостоятельным существованием, рассматривать их в отрыве от носителей⁶.

Между тем через канал фактической правовой связи фактические обстоятельства (признаки) совершенного деяния «участвуют» в образовании конструкции фактического состава преступления. Необходимо отметить, что конкретизация данного вида состава происходит на основе не простой совокупности криминообразующих признаков, а только на базе составообразующих признаков, отражающих конкретную обстановку совершения преступления. В этом случае резонно возникает вопрос: что характеризует названный нами канал фактической правовой связи? Во-первых, он выражает связь между фактически совершенным деянием и уголовно-правовой нормой, в том числе диспозицией статьи закона (составом преступления), но связь иного характера, которая предполагает иную плоскость уголовно-правового регулирования: выявление и установление иных, отличных от нормативного состава преступления, признаков состава конкретного деяния. Во-вторых, что самое главное, по своей природе данная связь представляет собой материальное соотношение фактически совершенного преступления с конструкцией соответствующего конкретного деяния, находящегося в режиме уголовно-правового запрета. В-третьих, в такой форме рассматриваемую связь соотношения

составов теоретически и практически можно выразить как реальную.

По мнению И.Л. Честнова, «диалогическая антропология права основное внимание уделяет (должна уделять) процессу воспроизводства правовой реальности – механизму внесения инновации в существующие традиции и их превращения в многократно повторяющееся поведение. В связи с этим правовой институт представляет собой механизм воспроизводства (включающий как традиционный, так и инновационный аспекты) структуры, осуществляемый конкретными индивидами. Субъект права с этой точки зрения предстает в виде структуры – правового статуса и носителя статуса, конкретного человека, своими действиями его реализующего. В этом суть диалога инновации и традиции, структуры и действия, статуса и личности. «Человеческое измерение» должно присутствовать и при изучении уже сложившихся правовых институтов. Трансцендентным критерием правового института является его функциональная значимость, проявляющаяся как эффективность, т.е. его роль по отношению к социальному целому. Имманентным показателем правового института, конкретизирующим трансцендентный критерий, выступает его распространенность, многократное использование широкими народными массами, позитивная оценка правосознанием. В этой связи принципиально важно изучать «неформальное» право, дополняющее (скорее, пересекающееся) позитивное право, а также его образ в правосознании (теоретическом, профессиональном, обыденном)»⁷.

Действительно, элементарная логика, вытекающая из азов общей теории права, говорит о том, что норма права есть правило поведения общего характера. В ее общепринятой дефиниции раскрывается смысл определенной формы опосредованного выражения предмета правового регулирования. В научном мире, в том числе юридических наук, общепризнанно, что в природе каждое явление в своем развитии индивидуально. В отношениях криминального типа по поводу совершения преступления имеет место огромное многообразие вариаций актов человеческого поведения, которые всякий раз при различных обстоятельствах разнохарактерно нарушают установленный уголовно-правовой запрет.

К сожалению, эти, на первый взгляд, простые истины, являющиеся отправными точка-

ми в должном понимании одного из важнейших методологических принципов юридической науки – неразрывного анализа юридической формы и материального содержания общественных отношений – либо остаются без должного внимания теоретиков и практиков уголовного права, либо их изучение носит фрагментарный характер, а обосновываемые при этом те или иные положения по данной причине отчасти декларативны. С практической точки зрения отсутствие единообразного понимания, с одной стороны, формального значения правовой условности содержания уголовно-правовой нормы, а с другой – инструментального значения реального уголовного правоприменения оказывает негативное влияние на достижение эффективности уголовно-правового регулирования. В этом ключе В.Г. Графский верно замечает, что современное представление о комплексной структуре не только правоотношений, но и самого «атомарного» его компонента – правовой нормы – наводит на мысль о крайней затрудненности обсуждения вопроса об измеримости и направленности социальной эффективности отраслевого правового регулирования и социальной роли права в целом⁸.

В силу сказанного на вопрос о том, как складывается живая ткань уголовного правоприменения, смеем ответить следующим образом.

В современном уголовном правоприменении для того чтобы правильно идентифицировать совершенное преступление с различием характера и степени его индивидуальной общественной опасности, недостаточно простого сопоставления его установленных признаков с теми признаками, которые описаны в соответствующей уголовно-правовой норме, и его исследования только в рамках данной направленности, подпадающей под понятие формального регулирования. Дело в том, что в уголовном правоприменении архиважно определять существо этих признаков как отличительных и уметь вычленять их различия от конструктивных признаков нормы для выявления их как составообразующих и в этом смысле обязательных для построения конструкции конкретного преступления. Подобное объясняется тем, что правовая норма содержит общую правовую характеристику преступления, раскрывает его общенормативную структуру при нахождении его, так сказать, в состоянии «покоя» – статике. Реальное же регулирование конкретного преступления

предполагает обратную связь: правильное подведение уголовного закона (уголовно-правовой нормы) под конкретный «криминальный случай».

Вот именно этот момент, на наш взгляд, и является отправным для переосмысления существующей системы уголовно-правового регулирования. Он заключается в обосновании внедрения в эту систему возможности составительного (не произвольного и не избирательного) усмотрения свободного построения конструкций (конструирования) составов конкретного преступления. Данный подход во избежание декларативности закономерно предполагает модернизацию механизма уголовно-правового регулирования и нуждается в надлежащем институциональном оформлении в уголовном праве. Ценность данной идеи состоит в том, что при ее реализации современное уголовное правоприменение приобретет истинно творческое инструментальное значение.

«При применении права общие правила (законы, которые всеобщие) раскрываются лишь в связи со своеобразными, подчас неповторимыми жизненными обстоятельствами. Вот почему правоприменительный орган обязан толковать закон применительно к отдельному случаю»⁹. В этом специфическом раскрытии всеобщего закона применительно к данным конкретным обстоятельствам, осуществляемом в соответствии с требованиями законности, и выражается прежде всего творческий характер применения права¹⁰.

В этом плане современное уголовное правописание помимо прочего должно охватывать собой разработку такого важного в правореализационном процессе толкования (отличного от других его уровней), как правоприменительное толкование конструирования составов конкретного преступления: уяснение генезиса связей, представляющих фактическую основу развивающегося (изменяющегося, прекращающегося либо устанавливающегося) общественного отношения по поводу нарушения уголовно-правового запрета и интерпретацию рационального типа разрешения уголовной ответственности в соответствии с общепринятым (заданным) смыслом уголовно-правового регулирования.

В ракурсе этого, как верно отмечает С.С. Алексеев, «правовая квалификация – это сложная, длящаяся деятельность, которая охватывает разнообразные правоприменительные действия, связанные с установлением об-

стоятельств дела, выбором нормы, ее толкованием, вынесением решения. Вместе с тем главным в правовой квалификации является нахождение точной юридической конструкции для рассматриваемых отношений, а затем конкретной нормы»¹¹.

По нашему мнению, отдельные правовые плоскости (уровни конкретизации (регулирования) юридической условности и формы ее правового выражения) уголовно-правового регулирования возникающих и развивающихся уголовных правоотношений и являются различными точками отсчета в исследовании преступления. Критерием разграничения в подходах к изучению преступления является простое знаковое открытие в теории и практике уголовного права – уяснение разницы между содержанием уголовно-правовой нормы (установлениями условного характера) и содержимым уголовно-правового запрета (многообразием связей «типических характеров» при соответствующих «типических обстоятельствах» отношения).

Осмысление указанных стратегических моментов открывает путь к осознанию значения последовательности структурирования институциональных связей важнейших уголовно-правовых явлений: формально-идеальных и материально-реальных образований (конструкций составов) через уяснение таких средств познания, как «символ» и «знак», в диалектике понимания и объяснения текста, а также понимания и интерпретации социального действия. И не случайно каждый новый виток в развитии уголовного права охарактеризован новацией в его институциональном оформлении.

В настоящее время проблема уголовного правопонимания и прежде всего уголовного правоприменения остро стоит на повестке дня. От правильности ее разрешения зависит «судьба» одной из важнейших практических проблем уголовно-правового регулирования – осуществление в отраслевом регулировании последовательной интерпретации и достаточного обоснования уголовной ответственности.

Таким образом, на основе понимания природы отношений, возникших по поводу совершения преступления, строится о смысле-

ние соотношения формального и материального в конкретном деянии и устанавливается правильная интерпретация последовательного структурирования конструкции конкретного деяния. Одним словом, принципиально важно не просто зафиксировать эти модусы бытия права (идеальное и реальное, сущее и должное и т.д.), но показать, как происходит воспроизводство правовой реальности¹².

С уяснением в контексте настоящей статьи сущности уголовного правопонимания мы увязываем правильное осмысление модернизации системы уголовно-правового регулирования, суть которой заключается в правильной интерпретации рационального типа конструирования уголовного закона – построения конструкций составов конкретного преступления в целях самодостаточного разрешения уголовной ответственности.

В заключение отметим, что только руководствуясь разумными началами права и накопленным опытом в понимании его сущности, учитывая все новейшие приемы исследования правовых явлений, можно познать многообразные связи правовой материи, а также то, как конструируется уголовное правоприменение в конкретном криминальном случае.

¹ Социологическая энциклопедия: в 2 т. – М., 2003. – Т. 2. – С. 144.

² Графский В.Г. Интегративная юриспруденция в условиях плюрализма подходов к изучению права // Сб. науч. ст. – Саратов, 2008. – С. 12.

³ Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. – Саратов, 1980. – С. 12.

⁴ Халфина Р.О. Методологический аспект теории правоотношения // Советское государство и право. – 1971. – № 10. – С. 25.

⁵ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. – М., 2001. – С. 34.

⁶ Там же. – С. 146.

⁷ Честнов И.Л. Антропологическая онтология права // Проблемы понимания права. – Саратов, 2007. – С. 28.

⁸ Графский В. Г. Указ. соч. – С. 12.

⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. – Т. 1. – С. 67.

¹⁰ Алексеев С.С. Общая теория права. – М., 2008. – С. 549.

¹¹ Там же. – С. 547.

¹² Честнов И.Л. Указ. соч. – С. 33.

Статья поступила в редакцию 12 декабря 2008 г.

КОНЦЕПЦИЯ ЗАЩИТЫ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ ПОТЕРПЕВШИХ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

С.П. Олефиренко,

соискатель кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ

Автором предпринята попытка создания концепции защиты неимущественных прав потерпевших в уголовном процессе, сформулированы понятия чести, достоинства и морального вреда в уголовном судопроизводстве, а также конкретные предложения по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства РФ.

Ключевые слова: *концепция защиты неимущественных прав потерпевших*

Статья 6 УПК РФ определила назначением уголовного судопроизводства защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления.

Наряду с имущественными правами защите и охране подлежат также неимущественные права (право на имя, право на неприкосновенность личности, право на неприкосновенность жилища, право на тайну личной жизни и др.), нематериальные блага потерпевших (жизнь, здоровье, честь, достоинство деловая репутация).

Одним из способов охраны и защиты этих благ служит институт гражданского иска в уголовном процессе.

В литературе уже в течение длительного времени обсуждается вопрос о природе гражданского иска в уголовном процессе и о принадлежности этого института к определенной отрасли права. Гражданский иск в уголовном процессе является одним из самых спорных и неурегулированных институтов¹.

Гражданский иск в уголовном процессе рассматривают как комплексный межотраслевой институт, который регулируется и уголовно-процессуальным и гражданско-процессуальным правом².

В.М. Бозров отрицает необходимость рассмотрения гражданского иска вместе с уголовным делом, считая, что это отвлекает судью от главного – решения вопроса о виновности или невиновности лица. Дополнительным аргументом чужеродности гражданского иска в уголовном судопроизводстве, по мнению ученых, является отсутствие норм, регулирующих его рассмотрение в уголовном процессе³. Р.Д. Рахунов рассматривал гражданский иск как институт уголовно-процес-

суального права, который должен быть урегулирован только нормами УПК РФ⁴.

Большинство авторов считает, что рассмотрение гражданского иска необходимо совместно с уголовным делом, так как это в большей степени способствует восстановлению прав потерпевшего, при этом основные вопросы должны быть урегулированы нормами уголовно-процессуального права, что не исключает возможность применения норм гражданского и гражданско-процессуального права по аналогии, если они не противоречат основным принципам и нормам уголовного процесса⁵.

В.Г. Даев определяет гражданский иск в уголовном процессе как комплексный институт, который представляет собой совокупность норм, регулирующих общественные отношения (уголовно-процессуальные) по поводу имущественных последствий преступления в сфере уголовного судопроизводства и включает в себя в силу единства материальных гражданско-правовых отношений в уголовном и гражданском процессах элементы гражданско-правового метода регулирования⁶.

И.Л. Петрухин справедливо указывает, что механический перенос норм гражданского процесса в уголовный процесс может вступить в противоречие с такими принципами, как право обвиняемого на защиту, свобода обжалования приговора и недопустимость поворота к худшему для обвиняемого, обжаловавшего приговор⁷.

Ф.М. Кудин справедливо пишет: «Общественные отношения нарушаются преступлением. Состав противоправных действий одного из субъектов общественных отношений

закреплен в нормах Уголовного кодекса РФ. Процессуальная форма правоприменения этих норм закреплена в Уголовно-процессуальном кодексе РФ. Таким образом, гражданский иск представляет собой процессуальные отношения по восстановлению нарушенных прав потерпевшего, является уголовно-процессуальным институтом»⁸.

В.В. Владимирова считает, что «природа гражданского иска как реабилитационного института вытекает из вреда, причиненного преступлением, а потому гражданский иск является институтом уголовного процесса и разрешать его необходимо в комплексе с другими уголовно-процессуальными вопросами»⁹. Ю.Д. Лившиц и А.В. Тимошенко обоснованно полагают, что гражданский иск – это самостоятельный уголовно-процессуальный институт¹⁰.

Следует отметить, что согласно п. 1 ст. 1 УПК РФ порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается Кодексом, основанным на Конституции РФ. Кроме того, в нормах УПК РФ нет положений, которые бы отсылали к нормам Гражданско-процессуального кодекса РФ.

А.Г. Дык справедливо полагает, что гражданский иск в уголовном процессе имеет материально-правовую природу, с точки зрения процессуального права он является уголовно-процессуальным и как составляющая часть института иска в целом включает в себя его элементы с учетом требований сущности уголовного процесса. С точки зрения материального права гражданский иск может основываться на нормах гражданского, бюджетного, трудового и иных отраслей права¹¹.

Возмещение неимущественного вреда, причиненного преступлением потерпевшему, является частью института гражданского иска в уголовном судопроизводстве. Гражданский иск в уголовном судопроизводстве, безусловно, имеет уголовно-процессуальную природу, которая вытекает из ст. 6, 42 УПК РФ. Правила рассмотрения гражданского иска совместно с уголовным делом должны быть предусмотрены УПК РФ, а нормы ГК РФ и ГПК РФ должны применяться в тех ситуациях, когда статьи уголовно-процессуального права содержат бланкетные диспозиции.

При возмещении вреда, причиненного неимущественным правам и нематериальным благам преступлением, в первую очередь в науке уголовно-процессуального права долж-

на быть определена сущность и природа этих неимущественных прав и нематериальных благ, которым потенциально преступлением может быть причинен вред.

Заслуживающими внимания являются предложения М.Л. Нохриной, которая считает, что личные неимущественные права физического лица можно объединить в «праве личной свободы». Она предлагает закрепить это право в законе следующим образом: «Физические лица вправе за изъятиями, установленными законом, по своему усмотрению совершать любые действия в неимущественной сфере, не направленные на материальные или нематериальные блага, а также устранять любые препятствия в осуществлении этих действий со стороны всех третьих лиц.

В частности, физические лица обладают свободой слова, свободой определения содержания средств личного общения и личной документации, свободой определения своего голоса и внешнего облика, свободой совершения различных телодвижений, свободой передвижения, выбора места пребывания и жительства на территории РФ. К юридическим лицам этот пункт относится в той мере, в которой это вытекает из их природы»¹². Нематериальные блага она предлагает именовать интересами: интерес по защите чести, достоинства, деловой репутации, жизни, здоровья, интерес в неприкосновенности жилища, интерес в неприкосновенности частной жизни, интерес в неприкосновенности средств личного общения и т.д.¹³ Эта точка зрения находит свои основания в дореволюционной литературе. Так, А. Квачевский определял интерес как блага, необходимые для жизни и ее нужд¹⁴. Интересами именуется права, закрепленные в Конституции РФ. И.Г. Смирнова, в частности, указывает: «В настоящее время в сфере уголовно-процессуальных отношений государство защищает не все частные интересы, нуждающиеся в такой охране. Так, нашли законодательное закрепление гарантии обеспечения неприкосновенности частной жизни (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ), неприкосновенности личности (ст. 22 Конституции РФ), неприкосновенности жилища (ст. 25 Конституции РФ), тайны переписки, почтовых, телеграфных и иных отправлений и сообщений (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ). Не получили четкого закрепления гарантии банковской, коммерческой тайны, поэтому не все интересы охраняются законом...»¹⁵. Понятие интерес используется многими науками: психоло-

гией, философией, экономикой, социологией и юриспруденцией.

Отправным для всех остальных определений является философское (гносеологическое) понятие интереса. Интерес – это реальная причина социальных действий, событий, свершений, стоящая за непосредственными побуждениями участвующих в этих действиях индивидов и социальных групп¹⁶. Интерес в психологии рассматривается как субъективная категория, отражающая явления человеческого сознания¹⁷. Следует согласиться с теми авторами, которые считают, что интерес – это категория субъективно-объективная, тесно связанная с потребностями человека. Интересы и потребности отдельного индивида предопределяются внешними условиями его жизни, и в этом смысле они объективны. Но носителем интереса является сознание человека, поэтому интерес субъективен. Представляется, что интерес является естественным продолжением потребностей человека. Но потребностей только социальных, которые обусловлены социальными отношениями, в которые индивид вступает или в которых находится.

Значение интереса в праве было показано немецким ученым Р. Иерингом. Русский ученый – теоретик Н.М. Коркунов – удачно развил его учение, показав, что содержанием юридической нормы является не что иное, как разграничение интересов. В частности он указывал, что «каждая юридическая норма содержит определение порядка пользования силами для осуществления разнообразных человеческих интересов с целью устранить их столкновение»¹⁸. Все разнообразные случаи столкновения интересов и, следовательно, необходимость их регулирования он сводил к следующим: 1) столкновение совершенно одинаковых интересов; 2) столкновение неодинаковых, но равноценных интересов; 3) столкновение неравноценных интересов. Для нас очень важно замечание Н.М. Коркунова при разграничении различных по иерархии интересов, которое касается учета общих интересов при разграничении частных. Наиболее общие из них он называет «интересами мира»¹⁹.

Сложность изучения категории «законный интерес» заключается в том, что нормы права не содержат его определения. В теоретической литературе содержатся различные определения законного интереса. В первую очередь необходимо обратить внимание на не

всегда однозначное понятие «законный интерес». Иногда законный интерес понимается как правовые интересы или как охраняемые законом интересы. В частности Р.Е. Гукасян по этому поводу указывает, что правовые и охраняемые законом интересы – не тождественные социальные явления. Их различие, по его мнению, заключается в том, что правовые интересы формируются условиями общественной жизни и имеют свои специфические средства удовлетворения. Охраняемые законом интересы – это те, которые государство гарантирует с помощью правовых средств²⁰. Н.А. Шайкенов различает понятия «законный интерес» и «охраняемый законом интерес». Различие он видит в обеспеченности интересов субъективными правами. Охраняемые законом интересы он называет законными, если они не обеспечены субъективным правом, и юридическими интересами, если они обеспечены таковыми²¹. Представляется, что такое деление не вполне корректно, так как отличие законного интереса от субъективного права заключается в том, что законные интересы напрямую нормами права не предусмотрены, а вытекают из принципов и общих положений права: «Законный интерес – всего лишь простая правовая дозволенность, вытекающая из общего смысла законодательства и реализуемая только в том случае, если фактически имеются все условия для этого»²².

Другим отличием законного интереса от субъективного права является наличие по отношению к субъективному праву соответствующей корреспондирующей обязанности, по отношению же к законному интересу этой обязанности нет.

А.В. Малько дает следующее определение законного интереса: «Законный интерес – это отраженное в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определенной степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлениях субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным»²³. Аналогичное по содержанию определение законного интереса дано А.А. Ерошенко: «Охраняемый законом интерес – это юридически предусматриваемое стремление субъекта в достижении тех благ, обладание которыми дозволено государством и обеспечено путем предоставления лицу

правовых возможностей определенного вида»²⁴. Критикуя определение законного интереса через категорию стремления, И.Е. Сенников дает еще одно определение законного интереса: «Законный интерес – это признанная за субъектами нормами позитивного права необходимость пользования определенным социальным благом, выражающаяся в юридически закреплённой дозволенности субъекта совершать действия, направленные на пользование указанным благом, а также в необходимых случаях обращаться за защитой к компетентным государственным органам и органам местного самоуправления в целях обеспечения такой возможности»²⁵. В этом определении стирается одно из различий субъективного права и законного интереса, в частности, речь идет о закреплённости законного интереса в норме права. Законный интерес должен обеспечиваться, гарантироваться нормами права, но этим он и отличается от субъективного права, что напрямую своего закрепления в виде такового он не получает. Если рассматривать соотношение законного интереса и субъективного права, то оба представляют собой определенное дозволение или возможность. Субъективное право является высшим проявлением законного интереса, который напрямую предусмотрен законодательством. Другими словами, законный интерес иногда получает свое выражение в виде закреплённого нормами права субъективного права, а в некоторых случаях существует вне субъективного права и вытекает из общих положений и принципов права. Но существует и иная точка зрения, в соответствии с которой «законный интерес возникает и существует не сам по себе, но в форме субъективного права, полностью заполняя его собой. Субъективное право бессмысленно без интереса, а интерес бессилён без права. Уберите из содержания права интерес, и вы получите пустой сосуд возможности, голую форму, внутри которой ничего нет. Лишите законный интерес формы субъективного права, и вы превратите его в смутную надежду, а заинтересованного субъекта – в абстрактного мечтателя»²⁶.

Эта точка зрения имеет свое рациональное зерно, потому что если законодатель предусмотрел субъективное право, то его необходимым элементом и составляющей частью является законный интерес, и в этом случае он реализуется одновременно с реализацией субъективного права. Но, к сожалению, не все законные интересы возможно закрепить в за-

коне в виде субъективных прав. Причинами, по которым нельзя урегулировать нормами права все законные интересы является их многообразие, а также невозможность обеспечения интересов материально. В субъективных правах отражаются более глубинные, более важные потребности, чем в законных интересах. Следует согласиться с Н.В. Витруком, который считает, что пределы правомочий законного интереса четко не сформулированы в конкретных правовых нормах, а вытекают из совокупности правовых норм, действующих правовых принципов, правовых дефиниций²⁷.

Таким образом, теория права указывает на следующие признаки законного интереса²⁸: 1) он предоставляет возможность пользоваться определенным социальным благом; 2) он обусловлен материальными и духовными условиями жизни общества; 3) он несет определенную регулятивную нагрузку; 4) является одновременно юридическим средством удовлетворения социальных потребностей индивида; 5) выступает как объект правовой охраны и защиты; 6) он представляет собой социальную возможность; 7) состоит из двух элементов (возможность совершения определенных действий и возможность обращения за защитой); 8) не обладает четкими границами дозволенного поведения; 9) является определенным «страхователем» права от отставания в развитии и соответствия правоотношениям; 10) законный интерес по сравнению с субъективным правом обладает свойством «углубляться»²⁹ в сферу, где регулирование с помощью субъективного права невозможно.

Вопрос законного интереса рассматривался специалистами в области уголовного процесса (М.С. Строгович, В.И. Каминская, Я.О. Мотовиловкер, А.Л. Цыпкин, Э.Ф. Куцова, И.А. Либус, З.В. Макарова, Н.С. Алексеев, В.Г. Даев, З.З. Зинатуллин) и гражданского процесса (М.А. Гурвич, К.С. Юдельсон, Д.М. Чечот, А.А. Мельников, Р.Е. Гукасян и др.).

Причем в уголовном процессе категория законного интереса разрабатывается как в отношении обвиняемого, подозреваемого, так и в отношении потерпевшего. Безусловно, нас интересуют только законные интересы потерпевшего, которые носят нематериальный и неимущественный характер, нарушены преступлением и нуждаются в восстановлении. Законный интерес в уголовном процессе определяется как любые стремления, направ-

ленные на защиту от возникшего подозрения или сформулированного обвинения, которые могут быть защищены установленными законом средствами и способами³⁰.

В.М. Корнуков под законными интересами личности понимает стремления и желания участников уголовного судопроизводства достичь социально значимых и полезных результатов, дозволенные в иной правовой форме либо вовсе не нашедшие отражения в законе, но не противоречащие общим принципам и положениям уголовно-процессуального права³¹. Автор стремится соотнести интересы отдельного участника уголовного судопроизводства с интересами общества (социально полезными). В сфере уголовного производства этот подход представляется единственно верным. При этом следует отметить необходимость достижения в уголовном судопроизводстве не только социально значимых, но и юридически значимых результатов, так как в уголовном судопроизводстве достижение социально значимых целей должно опираться на процессуальную, юридическую форму. Та же мысль о единстве законных интересов личности и общества в уголовном судопроизводстве звучит у Н.Н. Полянского³². Несколько иной позиции придерживается З.В. Макарова, которая считает, что «законными интересами участников уголовного процесса являются жизненно важные интересы, такие потребности личности, которые носят характер правовой возможности, не противоречат закону, вытекают из его требований, а также не нарушают права и свободы и законные интересы граждан и охраняемые законом интересы общества и государства». И далее, затрагивая тему соотношения публичных и частных интересов, она указывает на приоритет личных, законных интересов над интересами общественными, констатирует: «Законные интересы отдельного человека и есть публичный интерес»³³. Столь категоричное заявление требует некоторого обоснования, так как в целом соглашаясь с этой мыслью, хотелось бы указать на некоторые нюансы соотношения публичного и частного интереса в уголовно-процессуальном праве.

В.А. Азаров пишет, что «законные интересы личности, наряду с правами, составляют самостоятельный структурный элемент правового статуса личности в уголовном судопроизводстве, не исчерпывая однако полностью его содержание. Отдельным звеном этого элемента и являются законные имущест-

венные интересы субъектов уголовно-процессуальной деятельности»³⁴.

Основной методологической посылкой в определении соотношения публичного и частного интереса в области уголовно-процессуального права является то, что в публичных отраслях права (к которым мы относим уголовно-процессуальное право) субъекты права должны действовать не в личном, а в общественном интересе. Конфликт публичных и частных интересов в публичных отраслях права проявляется прежде всего в правоприменительной деятельности, так как сами нормы публичного права (уголовно-процессуального права) направлены на согласование этих интересов. В уголовном процессе частные интересы потерпевшего становятся публичными, юридически значимыми уже потому, что ст. 6 УПК РФ назначением уголовного судопроизводства провозгласила защиту частных интересов (законных) потерпевших.

В этом смысле можно говорить об универсальности интереса в уголовном судопроизводстве, так как частный интерес в уголовно-процессуальном праве признается публично. В этом случае публичный интерес реализуется путем его осознания и реализации субъектами уголовного судопроизводства, в том числе и при восстановлении прав потерпевшего. Такой универсальный интерес носит название «общее благо». Общее благо предполагает, что путем ограничений в отношении определенного лица (подозреваемого и обвиняемого) достигается благо для неограниченного количества лиц.

Характеризуя соотношение интересов государства и имущественных интересов личности в области уголовного судопроизводства, В.А. Азаров справедливо указывает на то, что в современных условиях в силу кардинального изменения шкалы социальных ценностей интересы отдельного гражданина, а, значит, и законные имущественные интересы личности в уголовном судопроизводстве выдвигаются в ряд приоритетных объектов охраны со стороны компетентных органов³⁵. Все сказанное в равной степени можно отнести и к неимущественным интересам личности, в круг которых включаются как личные неимущественные права, так и нематериальные блага физических и юридических лиц – потерпевших в уголовном процессе.

По нашему мнению, интерес в защите нематериальных благ и неимущественных субъективных прав потерпевшего в уголов-

ном процессе носит публично-частный характер. Это вытекает из ст. 6 УПК РФ. Потерпевший своими собственными действиями может реализовать этот публичный интерес по защите нематериальных благ и нематериальных прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве. В качестве законных интересов потерпевшего можно назвать следующие присущие ему потребности: 1) потерпевшие хотят получить уверенность, что преступление против них не повторится; 2) им будет возмещен вред, в том числе и моральный; 3) потерпевшие хотят знать, что же произошло на самом деле, почему именно они, их имущество стали объектом преступных посягательств. Эти потребности проявляются в эмоциональных переживаниях потерпевшего, в том числе приводящих к переоценке собственной ценности, ценности собственных личностных и имущественных качеств. Им кажется, что и окружающие стали к ним относиться иначе. Поэтому при совершении против личности любого преступления нарушается еще такой нематериальный объект, присущий каждой личности, как честь и достоинство.

Дискуссионным является также вопрос: эти нематериальные интересы и нематериальные блага подлежат «защите» или «охране» в уголовном судопроизводстве? И как назвать те переживания, которые человек испытывает при нарушении его имущественных прав и прав на жизнь и здоровье?

В литературе нет единства точек зрения на соотношение понятий «защита» и «охрана».

О.А. Пешкова указывает на то, что понятием «охрана прав» охватывается вся совокупность мер, обеспечивающих нормальный ход реализации прав. К таким мерам могут относиться меры не только правового, но и экономического, политического, организационного характера, направленные на создание необходимых условий. Охрана гражданских прав предполагает принятие мер, обеспечивающих развитие гражданских правоотношений в их нормальном состоянии³⁶. Она справедливо указывает на то, что термин «защита» применяется в тех ситуациях, когда субъект реализует свои возможности, предоставляемые ему нормами различных отраслей права в случае нарушения его прав. Категория «защита» включает в себя материальный и процессуальный аспекты. Применительно к предмету нашего исследования материальный аспект

защиты нематериальных благ и нематериальных прав заключается в определении объектов защиты уголовно-правовыми нормами, а способы защиты устанавливаются уголовно-процессуальным законодательством. Важным является также вопрос о соотношении ответственности виновного и мерах защиты нематериальных благ и нематериальных прав потерпевшего. С.Н. Братусь по этому поводу указывал: «То, что для потерпевшего, осуществляющего свое право при помощи государственного принуждения, является мерой его защиты, то для обязанного лица, нарушившего чужое право и принуждаемого к его восстановлению, – юридической ответственностью»³⁷.

По мнению З.В. Макаровой, понятие защиты является более широким, чем охрана. Защита прав предполагает недопущение и предупреждение их нарушения, в случае нарушения прав – их восстановление и возмещение причиненного вреда³⁸.

С.С. Алексеев считает, что защита направлена на осуществление «восстановительных» задач – восстановление нарушенного права, обеспеченного юридической обязанностью. Охранительные правоотношения, по его мнению, начинают складываться с момента правонарушения и при их помощи осуществляются меры юридической ответственности и защиты субъективных прав³⁹.

Иного мнения придерживаются В.А. Тархов, Б.Ю. Тихонова, С.А. Сабикенов. Так, В.А. Тархов пишет, что охрана каждого права существует постоянно, имеет цель – обеспечить его осуществление, не допустить нарушения, а к защите прав необходимо прибегать лишь при их нарушении или угрозе их нарушения⁴⁰.

Б.Ю. Тихонова отмечает, что охрана – это совокупность предупредительных мер, принимаемых государственными органами. Под защитой же необходимо понимать принудительный способ осуществления нарушенного права в целях его восстановления (средства, которые применяются после нарушения права)⁴¹.

С.А. Сабикенов проводит следующее разграничение защиты и охраны:

1) охрана – это позитивное статическое состояние норм права, направленное на ограждение субъективных прав и законных интересов от возможных нарушений; защита происходит только при нарушении субъективных прав и законных интересов;

2) охрана осуществляется посредством правовых и неправовых форм деятельности, защита – только через правовые формы деятельности;

3) средства охраны могут быть рассредоточены в правовых и социальных нормах, защита же и ее способы всегда предусмотрены в нормативно-правовых актах;

4) цель охраны – предупреждение и профилактика правонарушений, цель защиты – восстановление нарушенных субъективных прав и интересов.

По этим же признакам разграничивает охрану и защиту Н.С. Малеин. По его мнению, охрана прав – более широкое понятие, включающее все юридические правила по поводу определенного блага, а под защитой права он понимает меры, предусмотренные в законе, те случаи, когда право уже нарушено⁴².

В.Д. Ардашкин считает, что правовая охрана заключается в государственном принуждении, включающем в себя «несущие конструкции»: 1) институт ответственности; 2) институт защиты; 3) институт предупреждения; 4) институт процессуального обеспечения⁴³. Таким образом, он сводит институт охраны только к принудительным действиям государственных органов по восстановлению нарушенного права.

Полагаем, что в основе нашей концепции защиты неимущественных прав и нематериальных благ потерпевшего в области уголовного судопроизводства находится следующее понимание соотношения охраны и защиты субъективных прав и законных интересов граждан. Уголовное право, установив определенные объекты, которые не могут быть нарушены противоправными действиями, тем самым определило объекты охраны, в том числе и неимущественных прав и нематериальных благ. В число таких прав и благ входят жизнь, здоровье, честь, достоинство, конституционные личные неимущественные субъективные права гражданина, нарушение которых влечет за собой уголовную ответственность. Уголовный процесс предоставил определенные способы защиты этих прав при нарушении – не только возможностью привлечения виновного лица к уголовной ответственности, а что, на наш взгляд, наиболее важно, возможностью заявления иска потерпевшим о необходимости восстановления или компенсации нарушенного права. Таким образом, УК РФ осуществляет охрану, а уголов-

но-процессуальное право защиту субъективных прав и нематериальных благ личности.

Уголовно-процессуальное право предусматривает способы защиты субъективных прав и законных прав потерпевшего, нарушенных преступлением: меры стимулирующего (положительного) характера и меры принудительного характера. В качестве меры стимулирующего характера выступают нормы УК РФ, предусматривающего в качестве смягчающего обстоятельства заглаживание причиненного вреда. Одним из признаков деятельного раскаяния также является заглаживание причиненного вреда потерпевшему, в том числе и вреда морального. Меры стимулирующего характера перерастают в меры принудительного характера в тех ситуациях, когда в действиях виновного отсутствует добровольность.

Но при этом складывается парадоксальная ситуация: выбор способа и корректной меры защиты принадлежит не столько потерпевшему, сколько обвиняемому. Практика свидетельствует о том, что иск о возмещении морального вреда заявляется далеко не во всех случаях причинения такого вреда. Так, по данным С.В. Кравцовой, полученных при опросе следователей, гражданско-правовые требования при причинении вреда преступлением подаются только в 11,7 % случаев. А по данным А.Г. Дыка, в г. Смоленске и Смоленской области – по 6 % уголовных дел заявлялись требования о компенсации морального вреда⁴⁴. Одной из причин этого являются не только невнимание и отказ в рассмотрении гражданского иска совместно с уголовным делом, но и неисполнимость судебных решений, что порождает у потерпевших мысли о безнадежности удовлетворения заявленных требований⁴⁵. При этом 49,9 % следователей высказались за то, чтобы следователи имели возможность еще на стадии предварительного расследования по собственной инициативе признавать потерпевшего гражданским истцом⁴⁶. Это вполне соответствует совпадению частных интересов и потребностей потерпевшего с публичным (общественным) интересом. Практика, к сожалению, очень далека от осознания единства интересов потерпевшего, получения компенсации морального вреда и вреда деловой репутации и государственного публичного интереса. Так, по данным В.В. Владимировой, только в 88 % случаев потерпевшие признавались гражданскими

истцами при наличии в материалах уголовного дела исковых требований гражданско-искового характера⁴⁷.

Такое положение недопустимо. Поэтому для преодоления сложившейся ситуации необходимо более тщательно и подробно урегулировать вопросы о рассмотрении гражданского иска совместно с уголовным делом, отдельные нормы посвятив возмещению вреда, причиненного немущественным правам и нематериальным благам физического и юридического лица. В частности необходимо закрепить понятие морального вреда в уголовном процессе как вреда, причиненного немущественным личным правам и нематериальным благам. При таком понимании морального вреда из сферы восстановления уходят те психологические переживания, которые испытывает лицо при причинении ему имущественного вреда.

Полагаем, что для восстановления этого пробела необходимо ввести в понятийный аппарат УПК РФ понятие чести и достоинства как более широкое понятие, чем это принято в гражданском и конституционном праве, тем более что честь и достоинство как понятия законодателем не определены. Честь и достоинство – это близкие по значению и в то же время различающиеся между собой понятия, правовые категории с нравственным психологическим содержанием, которые выражают психологические представления человека о своих собственных качествах и о том, как эти качества определяются другими людьми.

В литературе принято определять честь и достоинство только как оценку моральных качеств личности⁴⁸. Полагаем, что это не совсем верно. Советская доктрина придерживалась этого понятия на протяжении всего времени существования советской власти и негативного отношения к собственности и богатству. Если исходить из того, что состоятельный человек – это гражданин, который талантлив в предпринимательском деле, много работает, приумножает свою собственность, занимается благотворительностью, решает социальные проблемы своих сотрудников, или это профессионал высокого уровня, который своими знаниями и умениями способствует развитию общества, то в этом случае честь и достоинство могут включать внутреннюю и внешнюю оценку имущественной состоятельности человека как проявления его способностей и талантов. В таком случае достоинство необходимо определять как право-

вую категорию, отражающую психологические представления человека о своих моральных, физических и имущественных качествах. Честь – это правовая категория, выражающая психологические представления человека о том, как оценивают его моральные, физические и имущественные качества общество в целом и отдельные его представители.

На основе вышесказанного можно сделать вывод о том, что в уголовном судопроизводстве защита немущественных интересов и нематериальных благ потерпевших – это публичный интерес, а, значит, меры по обеспечению такой защиты лежат на государственных органах и должностных лицах.

Таким образом, моральный вред в уголовном процессе – это умаление немущественных прав личности или нематериальных благ, повлекшее за собой психологические переживания (страдания) личности, которые по своей интенсивности (силе) вызвали или могли вызвать нарушения физиологических функций тканей или органов.

При этом следует отметить, что моральный вред может быть самостоятельным последствием совершения преступления, а может сопровождать причинения имущественного и физического вреда.

Так, А.Г. Дык, разрешая вопрос о самостоятельности или дополнительной компенсации морального вреда по отношению к вреду материальному, указывает на то, что формулировка ч. 1 ст. 44 УПК РФ свидетельствует, что заявление требования о компенсации морального вреда следует расценивать как заявление дополнительного требования лицами, которым причинен имущественный вред⁴⁹. Это не вполне соответствует ч. 1 ст. 42 УПК РФ, где о моральном вреде говорится как о самостоятельном виде вреда.

В качестве нематериальных благ и немущественных прав, принадлежащих юридическому лицу (потерпевшему в уголовном процессе) выступают деловая репутация, фирменное наименование, право на товарный знак, право на использование ноу-хау и иные смежные права, право на коммерческую, служебную, банковскую тайну. Как показывает изучение практики, иск о возмещении вреда деловой репутации заявляется чаще всего при совершении следующих преступлений: воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности (ст. 169 УК РФ); незаконное предпринимательство (ст. 171 УК РФ); лжепредпринимательство (ст. 173 УК

РФ); незаконное использование товарного знака (ст. 180); незаконное получение, разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну. При совершении этих преступлений непосредственным объектом является не деловая репутация юридического лица, а право на товарный знак, право на коммерческую или иную служебную, охраняемую законом тайну. Страдает ли при этом также деловая репутация юридического лица? Н.Ю. Никуличева указывает: «Нарушение права юридического лица на фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, коммерческое обозначение влечет за собой и умаление деловой репутации юридического лица»⁵⁰.

С этим трудно не согласиться, но в виду самостоятельности этих субъективных нематериальных прав юридического лица и такого нематериального блага, как деловая репутация, вред деловой репутации, как и умаление права юридического лица на товарный знак, должен доказываться отдельно своими средствами доказывания. Поэтому предлагаем изменить ч. 1 ст. 42 УПК РФ: после слов «его имуществу» слова «и деловой репутации» заменить на слова «неимущественным правам и нематериальным благам».

¹ См.: Полянский Н.Н. Очерк развития советской науки уголовного процесса. – М., 1960.

² См.: Советский гражданский процесс / под ред. А.А. Добровольского и А.Ф. Клеймана. – М., 1970.

³ См.: Бозров В. Гражданский иск в уголовном процессе неуместен // Российская юстиция. – 2001. – № 5.

⁴ Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. – М., 1961. – С. 254.

⁵ См.: Божьев В.П. Применение норм ГПК при рассмотрении гражданского иска // Советская юстиция. – 1971. – № 15. – С. 18–19; Кудин Ф.М. Производство по гражданскому иску в новом УПК РФ: концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России // Материалы научной конференции. – М., 2002. Кудин Ф.М. Гражданский иск в уголовном процессе как институт частного права // Публичное и частное право: проблемы развития и взаимодействия, законодательного выражения и юридической практики: материалы Всероссийской научно-практической конференции. – Екатеринбург, 1998; Мазалов А.Г. Гражданский иск в уголовном процессе. – М., 1977. – С. 14–15; Горобец В. Особенности рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе // Российская юстиция. – 2001. – № 1. – С. 47–50.

⁶ Даев В.Г. Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе. – Л., 1972. – С. 13–14.

⁷ Петрухин И.Л. Вправе ли кассационная инстанция изменить сумму гражданского иска по уголовному делу? // Советское государство и право. – 1966. – № 10.

⁸ Кудин Ф.М. Сущность и структура предмета уголовно-процессуального регулирования // Материалы юбилейной Всероссийской научно-практической конференции «Два века юридической науки и образования в Казанском университете». – Казань, 2004. – С. 380–385.

⁹ Владимиров В.В. Компенсация морального вреда – мера реабилитации потерпевшего в российском уголовном процессе. – М., 2007. – С. 100.

¹⁰ Лившиц Ю.Д., Тимошенко А.В. Назначение института гражданского иска в уголовном процессе // Российская юстиция. – 2002. – № 6.

¹¹ Дык А.Г. Актуальные вопросы гражданского иска в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. – Смоленск, 2007. – С. 42.

¹² Нохрина М.Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. – СПб., 2004. – С. 138.

¹³ Там же. – С. 190–194.

¹⁴ Квачевский А. Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений. – СПб., 1867. – Ч. 2. – С. 3.

¹⁵ Смирнова И.Г. Интерес – понятие уголовно-процессуальное // Государство и право. – 2008. – № 8. – С. 14–18.

¹⁶ Философский энциклопедический словарь / под ред. Л.Ф. Ильичева, П.Н. Федосеева, С.М. Ковалева, В.Г. Панова. – М., 1983. – С. 86.

¹⁷ См.: Бейсенов Б.С., Сабикинов С.Н. Категория интереса в праве // Советское государство и право. – 1971. – № 12. – С. 110; Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – С. 236; Мальцев Г.В. Соотношение субъективных прав, обязанностей и интересов советских граждан // Советское государство и право. – 1965. – № 10. – С. 20.

¹⁸ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб., 2003. – С. 168.

¹⁹ Там же. – С. 170.

²⁰ Гукасян Р.Е. Правовые и охраняемые законом интересы // Советское государство и право. – 1973. – № 7. – С. 115–116.

²¹ Шайкенов Н.А. Правовой статус личности и ее интересы // 26 съезд КПСС и развитие теории права. – Свердловск, 1982. – С. 105.

²² См.: Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. – 1998. – № 4. – С. 57.

²³ Там же. – С. 56.

²⁴ Ерошенко А.Н. Судебная защита охраняемых законом интересов // Советская юстиция. – 1977. – № 13. – С. 19.

²⁵ Сенников И.Е. Законный интерес как форма выражения правовых возможностей дозволений и объект судебно-правовой защиты // Право: теория и практика. – 2002. – № 3. – С. 14.

²⁶ Мотовиловкер Е.Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивилистический аспект) // Правоведение. – 2003. – № 1. – С. 35.

²⁷ Витрук Н.В. Система прав личности // Права личности в социалистическом обществе. – М., 1981. – С. 109.

²⁸ Наиболее ярко они проявляются в сравнении с субъективным правом и поэтому во многом носят сравнительно-производный, а не самостоятельный характер. Это оправданно тем, что и в литературе, и в законодательстве категория «законный интерес» упоминается рядом с субъективным правом.

²⁹ Термин А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. – 1998. – № 4. – С. 59.

³⁰ Зинатуллин З.З., Кузуб И.Р. Охрана прав и законных интересов обвиняемого – функция российского уголовного процесса: монография. – Ижевск, 2000. – С. 25.

³¹ Корнуков В.М. Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. – Саратов, 1987. – С. 85.

³² Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. – М., 1956. – С. 178.

³³ Макарова З.В. Защита в российском уголовном процессе: понятие, виды, предмет и пределы // Правоведение. – 2000. – № 4. – С. 34.

³⁴ Азаров В.А. Проблемы теории и практики охраны имущественных интересов личности в уголовном судопроизводстве. – Омск, 1995. – С. 29

³⁵ Там же. – С. 36.

³⁶ Пешкова О.А. Компенсация морального вреда. Защита и ответственность при причинении вреда нематериальным благам и неимущественным правам. – М., 2006. – С. 25.

³⁷ Братусь С.Н. Юридическая ответственность. – М., 1976. – С. 127.

³⁸ Макарова З.В. Указ. соч. – С. 219.

³⁹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. – М., 1982. – Т. 1. – С. 280.

⁴⁰ Тархов В.А. Охрана имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1966. – С. 8.

⁴¹ Тихонова Б.Ю. Субъективные права советских граждан их охрана и защита: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1972. – С. 11–13.

⁴² Малейн Н.С. Охрана прав личности советским законодательством. – М., 1985. – С. 18–19. Аналогичной

точки зрения придерживается С.Н. Кожевников. См.: Меры защиты в советском праве: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1968. – С. 4–5.

⁴³ Ардашкин В.Д. Правоохранительный механизм: понятие, научный инструментарий // Охранительный механизм в правовой системе: сборник / под ред. Н.В. Витрука. – Красноярск, 1989. – С. 9.

⁴⁴ См.: Дык А.Г. Актуальные вопросы гражданского иска в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. – Смоленск, 2007. – С. 50.

⁴⁵ Понарин В.Я. Защита неимущественных прав личности в уголовном процессе РФ: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. – Воронеж, 1994. – С. 16; Кузнецова Н.В. Проблемы компенсации морального вреда в уголовном процессе. – Ижевск, 1999. – С. 11; Владимирова В.В. Указ. соч. – М., 2007. – С. 96.

⁴⁶ Кравцова С.В. Уголовно-процессуальный статус гражданского истца и гражданского ответчика на стадии предварительного расследования (понятие, сущность и основания возникновения): дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2003. – С. 174–175.

⁴⁷ Владимирова В.В. Указ. соч. – С. 78.

⁴⁸ См., например: Дворянкина Т.С. Уважение чести и достоинства личности как нравственная основа судебного разбирательства: монография. – М., 2007. – С. 30–35.

⁴⁹ См.: Дык А.Г. Указ. соч. – С. 50; Семин А.В. Исполнение приговора в части гражданского иска: дис. ... канд. юрид. наук. – Ижевск, 2002. – С. 200.

⁵⁰ Никуличева Н.Ю. Право юридических лиц на деловую репутацию и его гражданско-правовая защита: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – Новосибирск, 2004. – С. 20.

Статья поступила в редакцию 15 января 2009 г.

ИСТРЕБОВАНИЕ ПРЕДМЕТОВ И ДОКУМЕНТОВ КАК СПОСОБ СОБИРАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Т.П. Сазонова,

*аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики
ЮУрГУ*

Проанализирован такой способ собирания доказательств, как истребование документов, показаны отличия истребования от выемки, признаки истребования, порядок проведения и оформления данного процессуального действия. В статье делается акцент на самостоятельность истребования, его процессуальный характер и необходимость применения в уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: *истребование предметов и документов, способ собирания доказательств, поручение, запрос.*

Истребование субъектами доказывания предметов и документов, способствующих установлению по делу фактических данных, является достаточно распространенным способом получения доказательств. Данное процессуальное действие предусматривалось ст. 109 УПК РСФСР в рамках рассмотрения сообщений о преступлении, а также упоминалось в ст. 70 УПК РСФСР как способ собирания доказательств.

Истребование документов и предметов по инициативе органа, осуществляющего производство по делу, включает в себя требование представить уже имеющиеся документы и предметы; требование составить и представить документы (справки, характеристики и т.п.).

Этот способ собирания доказательств выступает более простым по форме приемом собирания объектов, нежели следственные действия и дополняют последние в случаях, когда отсутствует необходимость в особых мерах обеспечения доказательств и средств принуждения¹. Кроме того, органы расследования имеют право требовать представления имеющихся в распоряжении СМИ материалов по сообщениям о преступлении, распространенным в СМИ, в соответствии с ч. 2 ст. 144 УПК РФ.

Поскольку истребование является процессуальным действием, но при этом не относится к следственным, оно, несомненно, служит одним из средств проверки сообщений о преступлении в стадии возбуждения уголовного дела. Но данное процессуальное действие возможно не только в стадии возбуждения уголовного дела². Значение данного процессуального действия также велико, так как по-

рой невозможно получить сведения иным путем, кроме как истребования. А.Д. Черкасов, Н.П. Царева, Н.А. Громов, Р.Г. Локк подчеркивают важность истребования в стадии предварительного расследования следующим образом: при расследовании преступлений подлежат установлению обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого (фамилия, имя, отчество подсудимого, дата и место его рождения, место жительства, место работы, род занятий, образование, семейное положение и иные данные о личности обвиняемого).

Определяя значение истребования, В.А. Семенов указывает на использование данного процессуального средства при приостановлении производства по уголовному делу, когда нельзя согласно уголовно-процессуальному закону осуществлять следственные действия.

Истребование предметов и документов нужно отличать от выемки как принудительного следственного действия, направленного на изъятие определенных предметов, когда известно их местонахождение³. По мнению С.А. Шейфера, существенные отличия заключаются в том, что при истребовании следователь не воспринимает связь объекта с окружающей обстановкой, имеющую нередко важное доказательственное значение. Кроме того, при истребовании объекта последний поступает в поле зрения следователя по истечении определенного времени, необходимого для доставки, в то время как при выемке предмета и документа этот временной интервал отсутствует.

Путем истребования целесообразно получать акты уже проведенных ревизий и прове-

рок, инструкции, справочники и т.п. Не исключено истребование предметов. Истребованы могут быть любые объекты материального мира, имеющие значение для установления обстоятельств уголовного дела, кроме предметов и документов, имеющих признаки вещественных доказательств⁴.

Некоторые авторы отмечают, что истребование как способ собирания доказательств может использоваться при наличии двух условий: когда точно известно, какой предмет или документ необходим, а также где и у кого он находится; нет оснований полагать, что документ может быть утрачен, уничтожен или испорчен⁵. Если же подобные предположения имеются, то следует производить обыск или выемку.

Термин «истребование» упоминается только в ч. 2 ст. 144 УПК РФ. Часть 2 ст. 21 УПК РФ говорит о требованиях, поручениях и запросах. В.В. Степанов под требованием понимает обязательное для выполнения основанное на законе предписание органов расследования осуществить определенные действия, представить документы и другие материальные объекты; под запросом – обязательное для исполнения обращение органов расследования в пределах их полномочий учреждениям, предприятиям, организациям, должностным лицам и гражданам о предоставлении интересующей информации, официальном разъяснении по поводу имевших место фактов, явлений, процессов, соответствующих материальных объектов.

В отличие от запроса, требование направлено как на собирание потенциальной информации, которой в момент направления требования не существует, так и представление имеющихся данных (предметов, документов)⁶.

Обращение к толковому словарю русского языка позволяет выяснить, что слово «требование» может иметь два значения: выраженная в решительной, категорической форме просьба, распоряжение либо официальный документ с просьбой о выдаче чего-нибудь⁷. Запрос же – это документ, запрашивающий о чем-нибудь⁸.

В.А. Семенцов⁹ считает, что запрос как процессуальное средство используется тогда, когда закон содержит прямое предписание о его исполнении конкретным адресатом¹⁰.

Поручение – возложение исполнения задания компетентным представителем правоохранительного органа на других лиц или ор-

ганы. Задание может состоять в совершении процессуальных, оперативно-розыскных или организационно-подготовительных мероприятий¹¹. Например, поручение следователя о розыске подозреваемого, обвиняемого, когда его местонахождение неизвестно.

В юридической литературе предложено отнести все перечисленные средства к одному процессуальному действию – истребование предметов и документов¹².

Истребование как способ собирания доказательств складывается из нескольких последовательных действий: составление и направление письменного требования лицу или органу, в распоряжении которого находится искомый объект; доставление истребованного объекта адресату, отражение указанного факта и индивидуальных признаков объекта в материалах уголовного дела; приобщение предмета или документа к делу после его процессуальной проверки и оценки путем вынесения постановления о приобщении предметов и документов.

Поэтому самое первое требование, которое должно предъявляться, – это письменная форма¹³. Этим не только предотвращается получение ненадлежащего объекта, но и обеспечиваются интересы предприятий и организаций, так как представление предмета или документа по устному запросу не оставило бы следов в делопроизводстве предприятия. Необходимость составления письменного запроса послужит препятствием и для неправомерного истребования предметов и документов, в том числе и в случаях, когда фактически произведенная выемка маскируется так называемой «добровольной выдачей». Наконец, наличие в деле письменного требования или запроса объясняет пути появления доказательства в деле (особенно тогда, когда акт, справка и иной документ направляются следователю или суду по почте)¹⁴.

Исходя из применяемой законодателем терминологии в ч. 4 ст. 21 УПК РФ, искомый документ должен именоваться требованием или запросом об истребовании документов. В нем должны отражаться данные об адресате, материалах, подлежащих истребованию, и указываться, в связи с чем возникла необходимость в заявлении такого требования, куда, кому и в какой период перечисленные объекты должны быть представлены, а также статья УПК РФ, «в порядке исполнения которой производится указанное действие»¹⁵.

Требование должно содержать отметку о наличии приложений, подпись должностного лица. Истребуемый объект должен представляться с сопроводительным письмом, в котором указываются факт передачи предмета (документа) от адресата (отправителя) получателю (адресату), его индивидуальные признаки¹⁶.

Обязательным элементом истребования должно стать удостоверение факта представления соответствующего объекта и отражение его особенностей. Наилучшей формой для этого послужит протокол – протокол получения предметов и документов, т.е. акт, фиксирующий в соответствии с требованием закона место и дату производства процессуального действия, его содержание, время начала и окончания, круг лиц, принимающих участие в его производстве.

Такой протокол должен составляться с соблюдением всех общих требований, предусмотренных ст. 166, 167 УПК РФ, в двух экземплярах. При этом первый экземпляр приобщается к материалам предварительной проверки или уголовного дела, а второй – вручается лицу, передавшему предмет или документ, в подтверждение самого факта передачи¹⁷. Поскольку, как правило, требование (запрос) о представлении документов или предметов направляется по почте, то второй экземпляр направляется лицу, у которого был истребован объект. В протоколе должно быть отмечено, что искомый объект был получен путем истребования от такого-то гражданина, должностного лица, предприятия, организации, учреждения и что данное лицо получило второй экземпляр протокола. В протоколе также должны найти свое закрепление и характеристики истребованных объектов с указанием их наименования, числа, качества, индивидуальных признаков, что позволило бы исключить все сомнения в том, что именно этот, а не какой-то другой объект – предмет или документ – был представлен¹⁸.

Истребованные предметы и документы вместе с требованием (запросом) и протоколом приобщаются к материалам уголовного дела.

Далее рассмотрим вопрос о возможности принудительного истребования предметов и документов. В русском языке слово «требовать» означает «просить в категоричной форме»¹⁹. Требование означает также распоряжение²⁰. Требование предполагает обязательное исполнение. «Поскольку в стадии предвари-

тельного расследования при невыполнении законных требований должных лиц можно воспользоваться мерами уголовно-процессуального принуждения, т.е. в случае отказа предоставить документы можно произвести их выемку в принудительном порядке или обыск, то в стадии возбуждения уголовного дела требование о выдаче имеющихся в распоряжении материалов средствами массовой информации носит декларативный характер»²¹.

В стадии возбуждения уголовного дела до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, по общему правилу, недопустимо уголовно-процессуальное принуждение. Но ничего не мешает установить административную ответственность за невыполнение законных требований органов расследования в письменном виде²².

Любое лицо, получившее в законном порядке оформленное предписание компетентного органа о совершении действий, связанных с предоставлением доказательств, обязано это предписание выполнить. Если это лицо считает полученное предписание противозаконным, оно вправе его обжаловать, однако такое обжалование не влечет за собой права не выполнить полученного предписания²³.

Таким образом, истребование предметов и документов в досудебном производстве – процессуальное действие, предназначенное для собирания доказательств и осуществляемое дознавателем, следователем, органом дознания, руководителем следственного органа путем предъявления (направления) письменного требования к гражданам (в том числе участникам уголовного процесса), должностным лицам органов государственной власти и местного самоуправления, предприятиям, организациям, учреждениям о представлении предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела. Следует закрепить данное определение в п. 13.1 ст. 5 УПК РФ.

Данное процессуальное действие является комплексным. Доказательствами, полученными в результате его осуществления, будут иные документы (ст. 74, 84 УПК РФ) или вещественные доказательства (ст. 74, 81 УПК РФ).

¹ Черкасов А.Д., Царева Н.П., Громов Н.А., Локк Р.Г. Истребование письменных предметов и документов в досудебных производствах // Следователь. – 2002. – № 10. – С. 23.

² Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 370. Быков В.М.

Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. – Казань, 2008. – С. 102.

³ Уголовный процесс: учебник / под общ. ред. В.И. Радченко // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России. – М., 1997. – С. 21.

⁵ Якимович Ю.К., Пан Т.Д. Досудебное производство по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – СПб., 2003. – С. 65; Семенцов В.А. Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики): монография. – Екатеринбург, 2006. – С. 98.

⁶ Степанов В.В. Предварительная проверка первичных материалов о преступлении. – Саратов, 1972. – С. 97.

⁷ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – С. 809.

⁸ Там же. – С. 216.

⁹ Семенцов В.А. Розыскные действия следователя // Российский следователь. – 2004. – № 12.

¹⁰ См., например: Федеральный закон «О наркотических средствах и психотропных веществах» от 10 декабря 1997 г. № 3-ФЗ.

¹¹ Степанов В.В. Указ. соч. – С. 97.

¹² Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С. 373; Арсеньев В.Д., Заблоцкий В.Г. Использование специальных познаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. – Красноярск, 1986. – С. 31; Михайлов В.А. Уголовно-процессуальные основы деятельности органов внутренних дел. – М., 1988. – С. 23; Яни П. Доследственная проверка // Чело-

век и закон. – 1996. – № 1. – С. 84; Белоусов А.В. Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. – М., 2001. – С. 47–48; Махов В.Н. Формы использования специальных знаний // Российский следователь. – 1999. – № 4. – С. 35.

¹³ Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1972. – С. 122; Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Возбуждение уголовного дела. – М., 1961. – С. 155.

¹⁴ Шейфер С.А. Указ. соч. – С. 122.

¹⁵ Шурухнов Н.Г. Предварительная проверка заявлений и сообщений о преступлениях: учебное пособие. – М., 1985. – С. 51; Быков В.М., Березина В.Л. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела по УПК РФ. – Казань, 2006. – С. 114.

¹⁶ Семенцов В.А. Указ. соч. – С. 99–100.

¹⁷ Быков В.М., Березина В.Л. Указ. соч. – С. 115.

¹⁸ Там же. – С. 116.

¹⁹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. – С. 809.

²⁰ Там же.

²¹ Локк Р.Г. Истребование письменных документов и носителей информации в ином виде на стадии возбуждения уголовного дела // Актуальные проблемы борьбы с преступностью: сб. науч. ст. / под ред. В.М. Быкова. – Саратов, 2007. – С. 114.

²² Там же. – С. 117.

²³ Поляков М.П. Доказывание // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.И. Радченко, В.Т. Томина, М.П. Полякова. – М., 2006. – С. 275.

Статья поступила в редакцию 1 декабря 2008 г.

ПРОБЛЕМЫ ОЦЕНКИ КАЧЕСТВА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

С.В. Сурменева,

аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ

Обозначены тенденции и проблемы применения заключения специалиста при оценке качества проведенного предварительного расследования и заключения эксперта.

Ключевые слова: оценка, заключение эксперта, специалист, доказательство.

Оценка качества проведенного предварительного расследования является одной из реалий существующего уголовного судопроизводства и представляет большой научный интерес и практическую значимость для уголовного процесса в целом.

Понятие «оценка» в общепринятом смысле раскрывается как «мнение о ценности, уровне или значении чего-нибудь»¹. Следовательно, можно предположить, что в процессе оценки качества предварительного расследования у субъекта, производящего такую оценку, формируется мнение о профессиональном уровне работников предварительного расследования, значении документов, имеющих в деле, обоснованности принятых сотрудниками органов предварительного расследования решений.

Согласно ст. 88 УПК РФ каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела. В связи с этим представляется, что проводить оценку качества предварительного расследования в целом следует в рамках указанных в законе свойств доказательств. Поэтому необходимо согласиться с мнением А.А. Эксархопуло о том, что «...относимость и допустимость – категории сугубо процессуально-правовые, установление которых на основе изучения материалов уголовного дела вполне доступно субъектам процессуального доказывания... оценить достоверность сформулированных в заключении эксперта выводов, не обладая специальными познаниями, бывает весьма затруднительно»².

По мнению В.В. Кониная, при анализе привлеченным стороной защиты специалистом протоколов следственных действий целью данного действия является получение

защитником помощи специалиста в выявлении ошибок, допущенных следователем при обнаружении, фиксации и изъятии объектов, которые впоследствии могут стать вещественными доказательствами. Выявив допущенные нарушения и ошибки в обнаружении, фиксации и изъятии объектов, имеющих доказательственное значение, защитник ставит вопрос о признании указанных объектов недопустимыми доказательствами. Цель анализа специалистом уже полученного заключения эксперта – «выявить с помощью специалиста неполноту или недостаточную ясность заключения эксперта, установить, не вышел ли эксперт в своем исследовании за пределы своей науки, не содержится ли в его заключении оценка доказательств»³.

Как справедливо отмечает А.В. Кудрявцева, «дискуссионным является вопрос о доказательственном значении исследовательской (описательной) части заключения эксперта, в частности, споры ведутся о возможности использования промежуточных фактов в процессе доказывания, на которые ссылается эксперт в исследовательской части самого заключения, и можно ли обойтись без исследовательской части как в англо-саксонском типе процесса, где доказательством являются только выводы эксперта»⁴.

Представляется, что как раз исследовательская часть экспертного заключения может быть оценена специалистом, который в свою очередь дает собственное заключение.

А.Р. Белкин справедливо указывает, что «следователь и суд, как правило, в состоянии оценить лишь полноту заключения эксперта, проверив, на все ли поставленные вопросы даны ответы, и уяснив характер этих ответов. Могут они оценить и соблюдение экспертом необходимых процессуальных требований, и

наличие у заключения всех требуемых реквизитов.

Таким образом, оценка заключения эксперта следователем и судом оказывается формальной процедурой, никак не затрагивающей оценку содержания самого заключения»⁵.

Разумеется, следователь, суд или защитник, не обладая необходимыми специальными знаниями, не могут оценить исследовательскую часть экспертного заключения. А.Р. Белкин считает, что «выходом из создавшегося положения может быть идея мета-экспертизы... Заключение эксперта само рассматривается как объект исследования, проводимого (обычно по инициативе одной из сторон) специалистом, обладающим познаниями в соответствующей области»⁶.

Так, А.П. Гуськова указывает, что «при оценке любого заключения эксперта, в том числе заключения судебно-психиатрической экспертизы, с точки зрения полноты, допустимости и достоверности необходимо всякий раз проверять полномочия эксперта, его незаинтересованность в исходе дела, а также соответствие компетенции предмета исследования; на все ли поставленные эксперту вопросы он дал ответ; научность методов исследования, ход рассуждений и формирование выводов; все ли материалы, направленные на экспертизу, исследовались и соблюдались ли при этом правила получения и хранения материалов; соблюдены ли требования уголовно-процессуального закона при проведении экспертизы; соблюден ли порядок оформления заключения эксперта»⁷.

Положительную тенденцию возможности оценки специалистом уже имеющегося заключения эксперта также поддерживают и другие авторы.

Например, по мнению М.В. Бобовкина и С.В. Волковой, «рецензирование заключений эксперта несет в себе ярко выраженное консультационное начало и поэтому отвечает функциям специалиста в процессуальном праве. Соответственно нам видится положительно решенным вопрос о возможности оформления рецензий на заключение экспертов, назначенных с соблюдением процессуальных норм, в виде заключений специалиста»⁸.

Некоторые авторы предлагают понимать под оценкой доказательств «последовательно протекающую в процессуальной форме логическую (мыслительную) и психическую дея-

тельность субъектов уголовно-процессуального познания на предмет определения относимости, допустимости, достоверности как каждого доказательства в отдельности, так и в совокупности – достаточности для установления конкретных обстоятельств уголовного дела и разрешения его по существу»⁹.

Следует отметить, что в целом оценка качества проведенного предварительного расследования, безусловно, должна проводиться исключительно в рамках закона и при соблюдении основных его требований. Достижению указанных целей может способствовать привлечение к такой оценке предварительного расследования специалиста, который на основании изученных материалов дела формирует свои выводы в итоговом документе – заключении.

По мнению Е.А. Логвинец, «специалист, изучив заключение эксперта, может выявить необходимость и достаточность использования экспертных методов исследования, проверить, правильно ли проведена оценка выявленных признаков, является ли вывод эксперта логическим следствием проведенного исследования»¹⁰.

Н.Н. Китаев и В.Н. Китаева отмечают, что «говоря об оценке заключения эксперта, отраженной в заключении специалиста, не следует думать, что специалист оценивает деятельность эксперта с позиции субъекта доказывания (ст. 88 УПК РФ), т.е. устанавливает относимость, допустимость и достоверность этого вида доказательства»¹¹.

Е.А. Зайцева указывает, что при рассмотрении вопроса о привлечении частных экспертов, выступающих в качестве специалистов-рецензентов заключений официально назначенных по делу государственных экспертов, анализ таких рецензий свидетельствует о высоком профессиональном уровне специалиста-рецензента, умении аргументировать свою позицию, знании им «слабых» мест официальных методик, что позволяет ему дать всестороннюю оценку научной обоснованности заключения эксперта, его компетентности, соблюдению им правил методики»¹².

В период действия УПК РСФСР 1960 года авторы указывали, что «сведения, содержащиеся в справке специалиста, относящиеся к числу новых (дополнительных) материалов, предоставленных в кассационную или надзорную инстанцию, и ставящие под сомнение заключение эксперта, использованное орга-

ном расследования и судом первой инстанции, могут быть положены в основу определения (постановления) об отмене приговора»¹³.

Е.А. Зайцева приводит интересный пример работы бюро экспертизы при составлении различного рода рецензий на заключения государственных экспертов. Эксперты бюро «берутся за составление таких рецензий при условии, что они будут участвовать в процессе по данному уголовному делу в качестве второго защитника, специализирующегося на экспертных вопросах. Таким образом, в суде выступают два защитника: по юридическим вопросам («классический защитник-адвокат») и по специальным вопросам, компетенция которых в осуществлении защиты четко разделена»¹⁴.

Как видно из представленных примеров и мнений ученых-процессуалистов, оценка качества предварительного расследования имеет место быть в рамках уголовного судопроизводства и следует признать ее значимость в условиях принципа состязательности уголовного процесса.

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – С. 486.

² Эксархопуло А.А. Специальные познания и их применение в исследовании материалов уголовного дела. – СПб., 2005. – С. 100–101.

³ Конин В.В. Опровержение выводов эксперта при осуществлении профессиональной защиты по уголовным делам с использованием специальных познаний // Использование специальных познаний в судопроизводстве: сб. науч. тр. – Калининград, 2005.

⁴ Кудрявцева А.В. Теория доказывания в юридическом процессе. – Челябинск, 2006. – С. 105.

⁵ Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. – М., 2007. – С. 359.

⁶ Там же. – С. 365.

⁷ Гуськова А.П. Избранные труды. – Оренбург, 2007. – С. 506.

⁸ Бобовкин М.В., Волкова С.В. Рецензия на заключение эксперта как разновидность заключения специалиста в уголовном судопроизводстве // Эксперт-криминалист. – № 1. – 2008. – С. 36.

⁹ Воробьева Ю.Ю. Современные проблемы процесса доказывания в российском судопроизводстве: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – Оренбург, 2006. – С. 8.

¹⁰ Логвинец Е.А. Заключение специалиста (проблемы использования в доказывании) // Эксперт-криминалист. – 2008. – № 1. – С. 36.

¹¹ Использование заключения специалиста-психолога в доказывании по делам об убийствах // Судебная экспертиза. – 2008. – № 3. – С. 30.

¹² Зайцева Е.А. Реализация состязательных начал при применении специальных познаний в уголовном судопроизводстве. – Волгоград, 2006. – С. 176.

¹³ См.: Лебедев В.М. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ. – М., 1997. – С. 160.

¹⁴ Там же. – С. 176.

Статья поступила в редакцию 12 января 2009 г.

СПРАВОЧНО-КОНСУЛЬТАЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ СПЕЦИАЛИСТА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ

С.В. Тетюев,

кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ

Проанализированы такие доказательства, как показания и заключение специалиста, и нормативная регламентация их использования в уголовно-процессуальном доказывании. Рассматривается вопрос, кто может инициировать получение заключения специалиста. Автор приходит к выводу о том, что в настоящее время справочно-консультационная деятельность специалиста продолжает оставаться непроцессуальной формой использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: специалист, показания, заключение, допрос, следователь.

Справочно-консультационная деятельность специалиста в уголовном судопроизводстве в период действия УПК РСФСР 1960 года традиционно относилась к непроцессуальным формам использования специальных знаний, поскольку, в отличие от судебной экспертизы и участия специалиста в следственных действиях, никак не регламентировалась законом.

Федеральный закон от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ¹ дополнил перечень доказательств показаниями и заключением специалиста, что, казалось бы, должно было придать справочно-консультационной деятельности специалиста процессуальный характер, однако реального увеличения числа процессуальных форм использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве не произошло. В обоснование этого нашего вывода проанализируем правовую регламентацию использования в уголовно-процессуальном доказывании показаний и заключения специалиста.

Показания специалиста – это сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями ст. 53, 168 и 271 УПК РФ. По сути, здесь речь идет о том, что показания специалиста могут быть двух видов (сведения и разъяснения своего мнения).

1. Сведения, как следует из нормы УПК РФ (ч. 4 ст. 80), должны быть сообщены в ходе допроса. Но о допросе специалиста закон упоминает лишь однажды – в ч. 4 ст. 271 УПК РФ: «Суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседа-

нии лица в качестве... специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон». О том, каков порядок допроса специалиста не только в суде, но и в стадии предварительного расследования, в законе не говорится. Поэтому и не понятно, каким образом показания специалиста могут быть оценены как допустимое доказательство, если процедура их получения не определена федеральным законом, так как полученное «доказательство» априори не сможет соответствовать одному из правил допустимости (правило о надлежащей процедуре).

2. Разъяснение специалистом своего мнения, по смыслу закона, должно осуществляться в процессуальной форме, отличной от такого следственного действия, как допрос специалиста (ибо законодатель разделил сведения и разъяснения). Но опять же: что это за процессуальная форма? Остается только догадываться. УПК РФ ссылается на ст. 53, 168, 271, которые не дают четкого ответа на поставленный вопрос.

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник вправе привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 Кодекса. Однако ссылка в данном контексте на ст. 58 УПК РФ блокирует право защитника самостоятельно «привлекать» специалиста, поскольку в этой статье речь идет о том, что специалист привлекается к участию в процессуальных действиях, а процессуальные – это действия, которые организует должностное лицо (орган), ведущее производство по уголовному делу. Как справедливо отмечает Ю.П. Гармаев, только в

компетенцию следователя входит удостоверение личности специалиста, разъяснение ему прав и обязанностей, порядка производства следственного действия, предупреждение его об уголовной ответственности, предусмотренной ст. 307, 308 УК РФ (ч. 5 ст. 164 УПК РФ). И только следователь наделен полномочиями убедиться в компетентности специалиста, проверить его отношение к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему, а также не допустить того или иного специалиста к участию в процессуальном действии по мотивам недостаточной компетенции или при наличии оснований для отвода².

А.В. Кудрявцева и Ю.И. Великосельский небезосновательно считают излишним закрепление в ст. 53 УПК РФ права защитника привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 УПК РФ, так как это порождает иллюзию обязанности следователя разрешить этому специалисту участвовать в следственном действии. Такой обязанности у следователя нет, он по собственной инициативе может привлечь необходимого, по его усмотрению, специалиста и отказать защитнику в удовлетворении подобного ходатайства. Привлечение специалиста защитником может выражаться только в форме разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, другими словами, защитник может привлекать специалиста для дачи консультации³. При этом нельзя согласиться с М.А. Фоминым, полагающим, что после подписания с адвокатом – участником уголовного судопроизводства по конкретному делу – соглашения об этом сведущее лицо приобретает статус специалиста⁴. В данном случае специалистом в уголовно-процессуальном смысле оно не становится.

В ст. 168 УПК РФ закреплено право следователя привлекать специалиста к участию в следственном действии. Но и в этом случае нет оснований говорить о возможности получения в ходе следственного действия иного доказательства, чем протокол следственного действия или показания потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого. Давно известно, что результаты деятельности специалиста, участвующего в следственном действии, не имеют самостоятельного доказательственного значения, поскольку его деятельность является частью следственного действия, которое проводит следователь⁵. Поэтому в данной ситуации показания специалиста как отдельное доказательство не могут

быть получены, хотя его мнение, пояснения, замечания подлежат занесению в протокол и являются составной частью такого доказательства, как протокол следственного действия.

В протоколе следственного действия должны быть указаны факт привлечения специалиста к участию в данном следственном действии, его фамилия, имя и отчество, приведены сведения, характеризующие его специальные знания и квалификацию, кратко описаны содержание деятельности специалиста и ее результаты⁶. Однако вся эта деятельность не объективируется в отдельный, самостоятельный источник доказательств, а выступает как органическая часть совокупной деятельности ряда субъектов⁷.

В ст. 271 УПК РФ говорится о возможности сторон заявить в подготовительной части судебного заседания ходатайство о вызове специалиста, например, для того чтобы он разъяснил свое мнение. Стало быть, мнение специалиста ранее должно было уже фигурировать в материалах уголовного дела. Но в каком качестве? Видимо, в качестве заключения специалиста. Хотя оно и определяется законом как суждение по вопросам, поставленным перед специалистом (ч. 3 ст. 80 УПК РФ), в русском языке суждение означает мнение⁸. Получается, что специалист может быть вызван в суд для разъяснения ранее данного им заключения (по аналогии с экспертом). Учитывая ч. 4 ст. 271 УПК РФ, мы можем предположить, что свои разъяснения специалист будет давать в рамках такого судебного действия, как допрос специалиста. Но УПК РФ не закрепляет процессуальную форму данного действия. Таким образом, круг замкнулся: с чего начали, тем и закончили.

Однако позитивно уже то, что законодатель все-таки имеет намерение прекратить практику допросов специалистов в качестве свидетелей и осознал, что показания специалиста и показания свидетеля – явления не тождественные. В литературе не раз обращалось внимание на разнородность данных участников уголовного процесса, так как статус каждого из них закреплен в разных статьях УПК РФ, нормативная дефиниция этих субъектов не одинакова, различны их права, обязанности и – главное – характер приобретенного знания⁹. Как верно отмечает А.Р. Белкин, характер показаний свидетеля и специалиста совершенно различен: если в показаниях свидетеля ценны прежде всего его наблюдения,

особенности восприятия им информации, то в показаниях специалиста на первый план выходят его мнение и умозаключения¹⁰.

К сожалению, на практике специалистов продолжают допрашивать в качестве свидетелей¹¹, иного выхода у правоприменителя нет¹². Для рассмотрения показаний специалиста в контексте процессуальных форм использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве необходимо в УПК РФ включить нормы о допросе специалиста.

Заключение специалиста – это предоставленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами (ч. 3 ст. 80 УПК РФ). При этом закон не содержит иных норм о заключении специалиста, кроме процитированной выше части 3 ст. 80 УПК РФ, а также ч. 2 ст. 74 УПК РФ, где сказано, что оно допускается в качестве доказательства. Скорее всего, поэтому в науке отсутствует единство мнений относительно процессуальной природы и назначения заключения специалиста.

Как отмечает С.А. Шейфер, «это доказательство, задуманное законодателем как средство усиления позиции защиты в ее противоборстве с обвинением, формируется однако за пределами процессуальной формы: закон не определяет оснований обращения сторон к специалисту, не представляет участникам процесса прав, обеспечивающих объективность заключения специалиста, подобных тем, какие представлены им при проведении экспертизы, не определяет структуры и содержания заключения специалиста, не требует от специалиста проведения исследований. Все это придает заключению специалиста весьма субъективный характер, превращая, таким образом, этот прием в суррогат экспертизы»¹³. По этой и другим причинам заключение специалиста как самостоятельное доказательство в литературе нередко оценивается критически, и решение законодателя о его включении в число доказательств не поддерживается, считается преждевременным, поскольку в УПК РФ остались нерешенными многие вопросы (о структуре, содержании и процедуре получения заключения специалиста, его отличиях от заключения эксперта, «иных» документов и т.д.)¹⁴. Е.А. Доля считает, что заключение специалиста доказательственного значения не имеет; суждения, содержащиеся в данном заключении, лишь способствуют правильному пониманию сторонами и судом фактов и обстоятельств, имеющих значение

для уголовного дела, уяснение которых в этом новом доказательстве требует специальных познаний¹⁵. По мнению И.И. Трапезниковой, заключение специалиста не является источником доказательств в силу своей содержательной специфики; сведения, содержащиеся в нем, должны рассматриваться как ориентирующая информация¹⁶. В.М. Быков полагает, что истребование заключения специалиста – это «иное» процессуальное действие, направленное на собирание доказательств, но незакрепление законодателем в УПК РФ процессуального порядка его получения ставит «порой» под сомнение всякое доказательственное значение этого нового вида доказательства¹⁷.

О.В. Хитрова, отмечая, что вопрос о сторонах в уголовном судопроизводстве является крайне дискуссионным, приходит к выводу о том, что заключение специалиста может быть представлено только в судебном разбирательстве по ходатайству одной из сторон (преимущественно стороны защиты). При этом сторона обвинения представляет заключение эксперта, полученное во время предварительного расследования. Суд, не являясь стороной, не вправе требовать представления заключения специалиста¹⁸. Другие авторы считают, что заключение специалиста может быть получено и в досудебном производстве по инициативе участников со стороны как защиты, так и обвинения¹⁹. Существует и третья точка зрения: заключение специалиста может быть получено только по инициативе органа дознания, дознавателя, следователя, что расширяет их возможности в доказывании по уголовному делу²⁰. Однако, по мнению И. Овсянникова, «наличие у следователя права требовать от специалиста дать заключение вызывает сомнение»²¹.

Нам наиболее близка вторая точка зрения: заключение специалиста может быть получено любой стороной в досудебном или судебном производстве. Лишать такого права, например, следователя (дознавателя), осуществляющего расследование конкретного уголовного дела, только потому, что он вправе назначать экспертизу, нецелесообразно. Вполне возможно, что для разрешения какого-либо вопроса, требующего специальных знаний, достаточно будет мнения (вывода) специалиста, не подкрепленного глубоким исследованием, а основанного на его логических умозаключениях. И для того чтобы не назначать в этом случае экспертизу, которая, как известно, является одним из самых продолжитель-

ных процессуальных действий, следователь (дознатель) должен иметь самостоятельную (не зависящую от других участников уголовного процесса) возможность инициировать получение заключения специалиста. Конечно, заключение специалиста не должно подменять заключение эксперта. Поэтому необходимо нормативно определить (и, следовательно, разграничить) основания для получения того и другого доказательства.

Безусловно, следует согласиться с Т.В. Аверьяновой, предлагающей к компетенции специалиста относить решение диагностических задач в тех случаях, когда не требуется проведение сложных лабораторных исследований. Тогда на долю судебной экспертизы придется решение всех идентификационных и сложных диагностических задач. Экспертиза должна проводиться и во всех случаях необходимости комиссионного (в том числе комплексного) исследования²². Л.В. Виноцкий также полагает, что специалисту можно поручать проведение диагностических исследований²³.

Интересно заметить, что изучение материалов уголовных дел, проведенное А.В. Кудрявцевой и Ю.И. Великосельским, позволило им сделать следующие выводы. Заключение специалиста появляется в деле только по инициативе стороны защиты и по своей природе представляет собой три формы деятельности специалиста в установлении обстоятельств уголовного дела: 1) справку специалиста (содержит сумму готовых знаний) (21,3 %); 2) консультацию специалиста – разъяснение обстоятельств дела, не требующих исследования, на основе специальных познаний (17,6 %); 3) выводы по проведенному исследованию (аналог заключения эксперта) (61,1 %)²⁴.

А опрос судей, проведенный М.А. Лесковец, показал, что они в большинстве случаев предпочитают отклонять ходатайства о привлечении в процесс специалистов. Когда же специалист все-таки принимает участие в процессе, его показания и заключение, по признанию некоторых судей, оцениваются ими как вспомогательное, неполноценное, полу-доказательство, не имеющее доказательственного значения само по себе²⁵. Изучение уголовных дел, проведенное М.А. Фоминым, показало, что суды зачастую необоснованно исключают представляемое стороной защиты заключение специалиста из числа доказательств по делу, например, потому что работа

специалистов оплачивается стороной защиты, непосредственно заинтересованной в исходе дела²⁶. З.В. Макарова и Т.П. Ишмаева называют заключение специалиста «доказательством второго сорта»²⁷.

И.И. Трапезникова полагает, что любое письменное суждение, исходящее от сведущего лица, можно рассматривать как заключение специалиста лишь после привлечения этого лица в уголовный процесс в качестве такового. Если же подобного привлечения не произошло, то любое такое «заключение» должно приобщаться к уголовному делу как «иной» документ²⁸. А.В. Кудрявцева и Ю.И. Великосельский делают обоснованный вывод о том, что, если не разработать, хотя бы в общих чертах, и не закрепить в законе процедуру получения заключения специалиста, то оно ничем не будет отличаться от «инового» документа по правилам получения, проверки и оценки²⁹.

Представляется, что в силу несовершенства действующего уголовно-процессуального законодательства заключение специалиста в уголовном деле может иметь статус только «инового» документа, а не самостоятельного доказательства, поскольку оно отвечает одному из главных признаков «инового» документа – как документа, изготовленного не в ходе процессуальной деятельности. Процедура получения заключения специалиста законом не регламентирована, не понятно, кто и каким образом должен разъяснить специалисту перед дачей заключения его права, обязанности и ответственность, тем более если инициатором получения данного доказательства является участник со стороны защиты. Поэтому с большим трудом получение заключения специалиста можно назвать на текущий момент времени процессуальной формой использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве.

Трудно согласиться с мнением тех ученых, которые полагают, что заключение или показания специалиста могут быть получены в рамках тех следственных действий, к участию в которых он привлекается³⁰. Участие специалиста в следственных и иных процессуальных действиях является самостоятельной формой использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве. Как уже было отмечено, результаты этого участия не имеют самостоятельного доказательственного значения, фиксируются в протоколе следственного действия и являются его составной

частью. Показания же и заключение специалиста названы законодателем в числе доказательств (ч. 2 ст. 74 УПК РФ). Очевидно, что они не могут быть получены в ходе следственного действия, к участию в котором специалист привлекается для оказания помощи следователю (дознавателю).

В соответствии с законом возможность получения показаний специалиста не ставится в зависимость от наличия в деле заключения специалиста, в отличие от эксперта, который может быть допрошен только после дачи им заключения (ч. 1 ст. 205 УПК РФ). Вместе с тем в литературе предлагается установить такую (или даже более жесткую) зависимость: в обязательном порядке допрашивать специалиста после дачи им заключения для оценки достоверности последнего³¹. В этой точке зрения есть рациональное зерно, поскольку в настоящее время закон не определяет процедуру получения заключения специалиста. Когда она найдет свое отражение в УПК РФ, необходимость допроса специалиста каждый раз после дачи им заключения отпадет, если только допрос не будет нужен для разъяснения специалистом мнения, содержащегося в заключении.

А пока допрос автора заключения должен быть обязательным. И как представляется, без этого допроса (следственного действия, имеющего целью проверку доказательства) заключение специалиста нельзя учитывать при принятии тех или иных процессуальных решений. Например, если заключение специалиста опровергает выводы судебного эксперта, то назначение повторной судебной экспертизы возможно только после того, как это заключение будет проверено в установленном законом порядке.

Таким образом, при существующем правовом регулировании следует признать, что справочно-консультационная деятельность сведущих лиц, которая, еще раз подчеркнем, в период действия УПК РСФСР 1960 года традиционно считалась непроцессуальной формой использования специальных знаний, остается таковой и в настоящее время³². По мысли Л.В. Виницкого, с которым мы солидарны, широко описанные в специальной литературе непроцессуальные консультации специалистов могут стать источниками доказательств только в случае надлежащей регламентации порядка получения показаний и заключения специалиста³³. Как справедливо заметил С.А. Шейфер, в ст. 58 УПК РФ без дос-

таточных оснований объединены процессуальные (практические операции для оказания помощи следователю и суду в получении доказательств) и непроцессуальные действия специалиста³⁴. Обращение к ст. 58 УПК РФ позволяет сделать несложный вывод о том, что под непроцессуальными действиями здесь понимаются содействие специалиста в постановке вопросов эксперту и разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в профессиональную компетенцию специалиста, которое осуществляется в рамках его заключения или показаний.

¹ СЗ РФ. – 2003. – № 27 (1). – Ст. 2706.

² См.: Гармаев Ю.П. Пределы прав и полномочий адвоката в уголовном судопроизводстве и типичные правонарушения: научно-практическое пособие. – Иркутск, 2004. – С. 29.

³ См.: Кудрявцева А.В., Великосельский Ю.И. Функция защиты на стадии предварительного расследования: монография. – Челябинск, 2006. – С. 101.

⁴ См.: Фомин М.А. Заключение специалиста как доказательство стороны защиты // Уголовный процесс. – 2008. – № 7. – С. 36.

⁵ См.: Зуев Е.И. Положение специалиста и эксперта по уголовно-процессуальному законодательству // Некоторые вопросы борьбы с преступностью: сб. науч. ст. – Алма-Ата, 1970. – С. 127–128; Орлов Ю. Специалист – это сведущее лицо, не заинтересованное в исходе дела // Российская юстиция. – 2003. – № 4. – С. 36.

⁶ См.: Лопушной Е.Я. Процессуальное оформление участия специалиста в следственных действиях // Некоторые вопросы борьбы с преступностью: сб. науч. ст. – Алма-Ата, 1970. – С. 129.

⁷ См.: Орлов Ю. Лица, обладающие специальными познаниями, как субъекты уголовного процесса // Советская юстиция. – 1988. – № 8. – С. 14.

⁸ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – С. 779.

⁹ См.: Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. – 2003. – № 9. – С. 47.

¹⁰ См.: Белкин А.Р. Допрос специалиста как процессуальное действие // Материалы Международной научно-практической конференции «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». – М., 2007. – С. 97.

¹¹ См. также: Машенко В.А. Специалист как сведущее лицо и участник процесса доказывания в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы права России и стран СНГ – 2007: материалы IX Международной научно-практической конференции. – Челябинск, 2007. – Ч. III. – С. 264.

¹² Как отмечают Е.А. Логвинец и Е.Ф. Лукьянчикова, практика (в частности, в Белгородской области) пошла по пути проведения допроса специалиста по правилам допроса эксперта с отражением его показаний в протоколе допроса специалиста. См.: Логвинец Е.А., Лукьянчикова Е.Ф. Проблемы использования заключения специалиста в процессе доказывания // Судебная экспертиза. – 2007. – № 4. Однако данный «выход» из сложив-

шейся ситуации проблемы не решает. Протокол допроса специалиста не является допустимым доказательством, поскольку такого следственного действия УПК РФ не предусматривает.

¹⁵ Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. – М., 2004. – С. 143–144.

¹⁴ См., например: Адигамова Г.З. Изменения уголовно-процессуального законодательства и процессуальный статус специалиста // Проблемы применения норм уголовно-процессуального законодательства РФ в деятельности правоохранительных органов: материалы Всероссийской научно-практической конференции. – Челябинск, 2004. – Ч. II. – С. 3-7; Божьев В.П. Недостатки системного характера в регулировании процесса доказывания по уголовному делу // Фундаментальные и прикладные проблемы управления расследованием преступлений: сб. науч. тр. – М., 2005. – Ч. 1. – С. 9, 11–12.

¹⁵ См.: Уголовный процесс: учебник / под ред. В.П. Божьева. – М., 2004. – С. 200.

¹⁶ См.: Трапезникова И.И. Специальные знания в уголовном процессе России (понятие, признаки, структура): автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2004. – С. 6.

¹⁷ См.: Быков В.М. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. – Казань, 2008. – С. 98–99.

¹⁸ См.: Хитрова О.В. Заключение и показания специалиста – новые доказательства в уголовном судопроизводстве // Уголовно-процессуальный кодекс РФ: год правоприменения и преподавания: материалы Международной научно-практической конференции. – М., 2004. – С. 151.

¹⁹ См., например: Баранов А.М., Супрун С.В. Заключение специалиста – новый способ собирания доказательств // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2005. – № 3. – С. 27; Зайцева С.А. Специалист и его заключение в уголовном процессе // Следователь. – 2004. – № 2. – С. 17; Кудрявцева А.В. Признаки заключения эксперта и заключения специалиста как средств доказывания // Ученые записки: сб. науч. тр. – Оренбург, 2005. – Вып. 2. – Т. 2. – С. 19.

²⁰ См.: Быков В. Заключение специалиста // Законность. – 2004. – № 9. – С. 21, 24.

²¹ Овсянников И. Заключение и показания специалиста

// Законность. – 2005. – № 7. – С. 33.

²² Цит. по: Лесковец М.А. Разграничение компетенции эксперта и специалиста по уровню решения экспертных задач // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». – 2007. – № 18. – С. 56–57.

²³ См.: Виноцкий Л.В. Некоторые вопросы использования специальных знаний в расследовании // Эксперт-криминалист. – 2008. – № 1.

²⁴ См.: Кудрявцева А.В., Великосельский Ю.И. Указ. соч. – С. 105.

²⁵ См.: Лесковец М.А. Указ. соч. – С. 55.

²⁶ См.: Фомин М.А. Указ. соч. – С. 38.

²⁷ См.: Макарова З.В., Ишмаева Т.П. Доказательственное значение заключения эксперта по уголовным делам // Материалы Международной научно-практической конференции «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». – М., 2007. – С. 50.

²⁸ См.: Трапезникова И.И. Указ. соч. – С. 11.

²⁹ См. подробнее: Кудрявцева А.В., Великосельский Ю.И. Указ. соч. – С. 104–105.

³⁰ См.: Ильина А.М. О некоторых вопросах участия специалиста в уголовном процессе // Актуальные проблемы права России и стран СНГ – 2004: материалы VI Международной научно-практической конференции. – Челябинск, 2004. – Ч. 1. – С. 281; Шапиро Л.Г. Правовое регулирование института специальных знаний в уголовном судопроизводстве // Современное право. – 2008. – № 6. – С. 87.

³¹ См.: Адигамова Г.З. Указ. соч. – С. 6–7; Овсянников И. Указ. соч. – С. 35.

³² Иной точки зрения придерживается А.В. Кудрявцева. По ее мнению, разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в профессиональную компетенцию, относится к процессуальным формам использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве. См.: Кудрявцева А.В. Формы использования специальных знаний по УПК РФ // Эксперт-криминалист. – 2008. – № 1.

³³ См.: Виноцкий Л.В. Некоторые вопросы использования специальных знаний в расследовании // Эксперт-криминалист. – 2008. – № 1.

³⁴ См.: Шейфер С.А. Обновление правовой регламентации доказывания по УПК РФ: шаг вперед? // Государство и право. – 2004. – № 12. – С. 35–36.

Статья поступила в редакцию 13 января 2009 г.

ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПОСЯГАТЕЛЬСТВ В СФЕРЕ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА)

Д.С. Токарев,

преподаватель кафедры уголовного права Уральского юридического института МВД России

Характеризуются и исследуются взаимосвязи между видами ответственности за совершение посягательств в сфере несостоятельности (банкротства). Автором определяется соотношение составов преступлений, квалификация которых может иметь место в случае умышленного доведения хозяйствующего субъекта до банкротства, а также при наличии сопряженных с подобной ситуацией обстоятельств.

Ключевые слова: преднамеренное банкротство (несостоятельность), фиктивное банкротство, должник, кредитор, злоупотребление полномочиями.

В связи с набирающим обороты финансовым кризисом банкротства организаций, по нашему мнению, могут стать вполне распространенным явлением. При этом они могут приобрести гибридные формы, что усложнит отграничение банкротств, вызванных финансовым кризисом, от криминальных банкротств. На данном основании постановка вопроса об ответственности за доведение хозяйствующего субъекта до состояния несостоятельности является более чем актуальной и своевременной.

Ответственность лиц, вызвавших банкротство кредитной организации, может быть трех видов: уголовная, административная, гражданско-правовая¹.

К гражданско-правовой ответственности можно отнести субсидиарную ответственность руководителя организации, которая была доведена до банкротства в результате принятия руководством некомпетентных управленческих решений.

Рассматривая вопрос о соотношении посягательств на отношения, связанные с банкротством, следует констатировать практически идентичное описание правонарушений в сфере банкротства, предусмотренных ст. 14.12 и 14.13 КоАП РФ, и преступлений, противоправность которых предусмотрена ст. 195–197 УК РФ. Данное обстоятельство вызывает существенные затруднения при отграничении преступных посягательств от административных правонарушений в рассматриваемой сфере.

Кроме того, следует обратить внимание на то, что преступления в сфере банкротства

тесно связаны с рядом других преступлений. Это объясняется, во-первых, тем, что при совершении преднамеренного банкротства возникает благоприятная обстановка для совершения иных видов экономических преступлений, таких, как преступления, предусмотренные ст. 174, 174-1, 198, 199, 199-1, 199-2 УК РФ². К данным преступлениям с абсолютной справедливостью можно добавить преступления, предусмотренные ст. 159, 160, 165, 201, 285, 286, 325 УК РФ.

Обращаясь к сравнительному правоведению, заметим, что в нашем государстве, в отличие от некоторых иностранных государств, отсутствует многочисленный перечень преступных посягательств на интересы кредиторов. Для наглядности следует отметить, что уголовное законодательство государств дальнего зарубежья предусматривает составы преступлений, примыкающие к банкротству: предпочтение отдельному кредитору, принятие кредитором в период несостоятельности оплаты долга в ущерб интересам других кредиторов, запутывание бухгалтерского учета, ненадлежащее ведение бухгалтерского учета, незаконные действия в пользу несостоятельного должника, совершение деяния во вред третьему лицу – кредитору кредитора должника³.

Первоначальным направлением отграничения, по нашему мнению, следует избрать отграничение преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ, от правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.12 КоАП РФ. Формулировка диспозиции указанной статьи идентична диспозиции ст. 196 УК РФ, за исключе-

нием части, касающейся такого обязательного для преступления признака, как причинение крупного ущерба. Из этого следует вывод, что основным отличием преднамеренного банкротства, предусмотренного ст. 196 УК РФ, от преднамеренного банкротства, предусмотренного ч. 2 ст. 14.12 КоАП РФ, является причинение крупного ущерба.

Согласно примечанию к ст. 169 УК РФ в статьях гл. 22 УК РФ «Преступления в сфере экономической деятельности», за исключением ст. 174, 174.1, 178, 185, 185.1, 193, 194, 198, 199 и 199.1, крупным ущербом признается ущерб в сумме, превышающей 250 тыс. рублей.

Таким образом, если преднамеренное банкротство влечет наступление совокупного ущерба кредиторам должника, в том числе бюджетам различных уровней, в сумме, превышающей 250 тыс. рублей, то данное посягательство следует квалифицировать как преступление. Если сумма ущерба меньшая, то речь может идти только о совершении виновным правонарушения, влекущего административную, а не уголовную ответственность.

Вторым направлением отграничения выступает отграничение преднамеренного банкротства от других преступных посягательств.

Мы полностью согласны с А.В. Голышевым, который утверждает, что при квалификации криминальных банкротств необходимо весьма подробно устанавливать признаки объективной стороны и по ним проводить основное отграничение преднамеренного банкротства от смежных составов⁴.

Сравнивая преднамеренное банкротство с хищениями, между ними можно обнаружить много общего. В связи с этим автоматически возникает вопрос о соотношении данных посягательств. Обратим внимание на то, что многие ученые рассматривали вопрос соотношения данного вида. Их мнения нельзя признать однозначными.

Так, Л.В. Григорьева отмечает, что умышленное банкротство является специальной формой хищения в виде мошенничества⁵. И.В. Шишко признает мошенничество одним из способов преднамеренного банкротства и отмечает, что данные преступления соотносятся между собой как часть и целое⁶.

Мы не можем согласиться с указанными мнениями по причине существенного характера имеющихся различий между преднамеренным банкротством и мошенничеством. Ключевыми моментами, не позволяющими

признать преднамеренное банкротство частью мошенничества как целого, по нашему мнению, выступает обстоятельство, согласно которому характерный и обязательный для состава мошенничества обманный способ совершения преступления не занял какого-либо места в структуре состава преднамеренного банкротства. Также мошенничество является преступлением против собственности, а преднамеренное банкротство к числу таковых отнести формально нельзя, поскольку ст. 196 УК РФ расположена в гл. 22 «Преступления в сфере экономической деятельности» и охраняет неприкосновенность соответствующих общественных отношений.

Кроме указанных следует также отметить еще один критерий, по которому возможно отграничить преднамеренное банкротство от мошенничества и других хищений – предметом мошенничества является чужое имущество либо право на имущество, а предметом преднамеренного банкротства признается имущество либо имущественное право, принадлежащее не другому лицу, а самому должнику на каком-либо праве (пользования, владения, распоряжения)⁷.

Отграничивая преднамеренное банкротство от мошенничества, следует обратить внимание, что оба преступления посягают на отношения собственности и причиняют ущерб собственнику или иному законному владельцу имущества.

Однако данные составы имеют такие существенные отличия, как:

1) способ совершения преступления – обман или злоупотребление доверием при мошенничестве, в составе преднамеренного банкротства способ как признак объективной стороны не является обязательным;

2) субъективная сторона мошенничества выражается виной в виде прямого умысла, преднамеренное банкротство совершается умышленно (возможен не только прямой, но и косвенный умысел);

3) для мошенничества характерна корыстная цель, при совершении преднамеренного банкротства цель (в том числе и корыстная) не является признаком состава преступления;

4) субъект мошенничества – вменяемое физическое лицо, достигшее возраста 16 лет; субъектом преднамеренного банкротства выступает специальный субъект – руководитель или учредитель (участник) юридического лица либо индивидуальный предприниматель.

Представляется, что данные признаки позволяют отграничить состав мошенничества от состава преднамеренного банкротства. Мы считаем, что норма, предусматривающая ответственность за преднамеренное банкротство, является специальной по отношению к норме о мошенничестве. Следовательно, при наличии в признаках виновного состава преднамеренного банкротства его действия должны квалифицироваться по ст. 196 УК РФ.

Обратим внимание, что хищение составом преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ, не охватывается и требует дополнительной квалификации⁸. Следовательно, в части посягательства, не подпадающего под признаки преднамеренного банкротства, требуется квалификация по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 159 и 196 УК РФ.

Мы не можем согласиться с учеными, считающими, что преднамеренное банкротство подлежит квалификации по совокупности с сопровождающим его хищением, если это преступление наказывается строже, чем само преднамеренное банкротство⁹. Наше несогласие основано на том, что в данном случае не возникает идеальной совокупности преступлений. Квалификация рассматриваемых преступлений по совокупности возможна не в силу различия в их наказуемости, а в силу самостоятельности объектов их уголовно-правовой охраны и существенности отличий в объективной стороне и субъекте преступления.

Существенные сложности представляет отграничение преднамеренного банкротства от преступления, предусмотренного ст. 195 УК РФ.

Перечисленные в ч. 1 и 2 ст. 195 УК РФ деяния могут совершаться и при совершении преднамеренного банкротства. Данное уточнение указывает на возможность и целесообразность более детального исследования признаков объективной стороны преднамеренного банкротства посредством системного анализа двух данных статей.

Существенной чертой неправомερных действий при банкротстве, не характерной для преднамеренного банкротства, а, значит, позволяющей отграничить его от неправомερных действий при банкротстве, является обстановка совершения преступления. Преступление, предусмотренное ст. 195 УК РФ, совершается при наличии признаков банкротства.

Данное обстоятельство, безусловно, следует признать ключевым отличием преднамеренного банкротства от неправомερных действий при банкротстве. Помимо данного отличительного критерия мы считаем правильным согласиться с авторами, считающими, что перечень действий (бездействий), посредством которых совершается преднамеренное банкротство, гораздо более широкий, чем только сокрытие имущества, указанное в ч. 1 ст. 195 УК РФ, а совершение деяния, указанного в ст. 196 УК РФ, должно привести к неспособности в полном объеме удовлетворить требования кредиторов, тогда как для привлечения к ответственности по ч. 1 ст. 195 УК РФ необходимо сокрытие имущества при наличии признаков банкротства, что необязательно приведет к полной неспособности удовлетворить требования кредиторов¹⁰.

Таким образом, если деяние совершено до существования признаков банкротства, то действия виновных следует квалифицировать по ст. 196 УК РФ, если данные деяния совершаются уже при наличии признаков банкротства, то они подлежат квалификации по ст. 195 УК РФ.

Нетрудно заметить, что момент возникновения признаков банкротства является разделителем одного преступления от другого. Учитывая данное обстоятельство, защита может разделить имущественный вред, причиненный виновным, на имущественный вред, причиненный до банкротства и в процессе него. В случае, если в процессе совершения преступления причинен незначительный ущерб, каждая из образовавшихся частей может не достичь порога в 250 тыс. руб., необходимого для привлечения виновного к ответственности как по ст. 195, так и по ст. 196 УК РФ. В результате использования данной технологии действия виновного не будут являться противоправными с точки зрения уголовного законодательства.

Кроме того, следует учесть, что преступления, предусмотренные ч. 1 и 2 ст. 195 УК РФ, являются не простым и квалифицированным составами соответственно, а самостоятельными составами преступлений. Поэтому разделение имущественного ущерба по указанной выше технологии возможно и в дальнейшем – посредством дробления ущерба, но уже в рамках ст. 195 УК РФ (между пунктами 1 и 2).

Отграничение преднамеренного банкротства от фиктивного банкротства не вызывает

особых затруднений, необходимо подвергнуть анализу объективную сторону этих преступлений. При совершении преднамеренного банкротства виновный совершает деяние, влекущее неспособность должника исполнить обязательства перед кредиторами. Фиктивное банкротство совершается путем публичного объявления о несостоятельности должника.

При этом при фиктивном банкротстве организация имеет возможность рассчитаться с кредиторами, а при преднамеренном – организация в действительности не в состоянии рассчитаться с кредиторами, в связи с чем несостоятельность носит не формальный, а фактический характер¹¹.

Как преднамеренное банкротство, так и преступления, предусмотренные ст. 201, 285 и 286 УК РФ, посягают на общественные отношения, обеспечивающие нормальную управленческую деятельность коммерческой или иной организации, а также органов государственной, муниципальной власти и управления¹². Подобного рода нарушения общественных отношений в указанной сфере могут совершаться и при совершении преднамеренного банкротства.

Представляется, что нормы о злоупотреблении полномочиями, злоупотреблении должностными полномочиями, превышении должностных полномочий являются общими по отношению к специальной норме о преднамеренном банкротстве. Следовательно, при наличии в действиях лица признаков преднамеренного банкротства его действия подлежат квалификации по ст. 196 УК РФ. В части, не подпадающей под признаки преднамеренного банкротства, требуется квалификация посягательства по совокупности преднамеренного банкротства и преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях либо против интересов службы в органах власти и управления.

Интересной и обоснованной с правовой точки зрения является позиция, в соответствии с которой преступления против интересов службы будут отграничиваться от преднамеренного банкротства на основании различий в субъектах преступлений. Так, если арбитражный управляющий, заместитель руководителя, заместитель главного бухгалтера совершили действия по преднамеренному банкротству в сговоре с единоличным руководителем организации (органа власти и управления), то их можно привлечь к ответственности как соучастников преднамеренного банкротства по

ст. 33 и 196 УК РФ. Если же данные лица действовали самостоятельно, то их деяние подлежит квалификации по ст. 201 или 285 (286) УК РФ¹³.

Таким образом, на основании вышеизложенных положений нам удалось прийти к следующим выводам.

1. Преднамеренное банкротство и мошенничество являются двумя различными преступными посягательствами. Данный вывод подтвержден рядом ключевых моментов, не позволяющими признать преднамеренное банкротство частью мошенничества как целого.

2. Норма, предусматривающая ответственность за преднамеренное банкротство, является специальной по отношению к норме о мошенничестве. Следовательно, при наличии в признаках виновного состава преднамеренного банкротства его действия должны квалифицироваться по ст. 196 УК РФ.

3. Хищение составом преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ, не охватывается и требует дополнительной квалификации. Следовательно, в части посягательства, не подпадающего под признаки преднамеренного банкротства, требуется квалификация по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 159 и 196 УК РФ.

4. Существенной чертой неправомерных действий при банкротстве, не характерной для преднамеренного банкротства, а, значит, позволяющей отграничить его от неправомерных действий при банкротстве, является обстановка совершения преступления. Преступление, предусмотренное ст. 195 УК РФ, совершается при наличии признаков банкротства. Если деяние совершено до существования признаков банкротства, то действия виновных следует квалифицировать по ст. 196 УК РФ; если данные деяния совершаются уже при наличии признаков банкротства, то они подлежат квалификации по ст. 195 УК РФ.

5. Нормы о злоупотреблении полномочиями, злоупотреблении должностными полномочиями, превышении должностных полномочий являются общими по отношению к специальной норме о преднамеренном банкротстве. Следовательно, при наличии в действиях лица признаков преднамеренного банкротства его действия подлежат квалификации по ст. 196 УК РФ. В части, не подпадающей под признаки преднамеренного банкротства, требуется квалификация посягательства по совокупности преднамеренного банкротства

ва и преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях либо против интересов службы в органах власти и управления.

¹ Фролов П.В. Субсидиарная ответственность как один из видов ответственности лиц, вызвавших банкротство кредитной организации // Банковское право. – 2006. – № 1. – С. 53; Карелина С.А., Москалева О.А. Правовые аспекты категории преднамеренного банкротства // Законодательство. – 2007. – № 7. – С. 72.

² Зайнутдинов Р.С. Криминальное банкротство. Объективные признаки // Закон и право. – 2006. – № 1. – С. 19.

³ Кондрашина И.А. Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство по уголовному законодательству России и зарубежных стран: дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2006. – С. 167.

⁴ Гольшев А.В. Уголовная ответственность за преднамеренное банкротство: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 24.

⁵ Григорьева Л.В. Уголовная ответственность за мошенничество: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1996. – С. 177.

⁶ Горелик А.С., Шишко И.В., Хлупина Г.В. Преступления в сфере экономической деятельности и интересов службы в коммерческих и иных организациях. – Красноярск, 1998. – С. 136.

⁷ Краснов Д.Г. Государственная политика противодействия криминальному банкротству: дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006. – С. 146.

⁸ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. Л.Л. Кругликов. М., 2005; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.А. Чекалин. – М., 2006; Лопашенко Н.А. Преднамеренное банкротство: возможна ли реальная уголовная ответственность // Закон. – 2003. – № 8. – С. 139.

⁹ Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Преступления в сфере экономической деятельности. – М., 1998. – С. 167.

¹⁰ Краснов Д.Г. Указ. соч. – С. 131.

¹¹ Антонов В.Ф. Преднамеренное банкротство: вопросы квалификации и оценки доказательств // Российская юстиция. – 2005. – № 9. – С. 34; Кондрашина И.А. Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство по уголовному законодательству России и зарубежных стран: дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2006. – С. 124.

¹² Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.А. Чекалин. – М., 2006.

¹³ Горелик А.С., Шишко И.В., Хлупина Г.В. Указ. соч. – С. 142.

Статья поступила в редакцию 10 декабря 2008 г.

АСПЕКТЫ УЧАСТИЯ ПРОКУРОРА НА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОМ СЛЕДСТВИИ: РЕТРОСПЕКТИВНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

Е.А. Филиппова,

аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ

Проведен правовой анализ организации прокурорского надзора за органами, осуществляющими предварительное следствие, в ретроспективе. Рассмотрены виды надзорных полномочий прокурора в различные исторические периоды. Сформулированы предложения по совершенствованию норм УПК РФ с учетом исторического опыта.

Ключевые слова: *надзор, прокурор, следствие, история, ретроспектива.*

Историческое исследование создания и формирования какого-либо государственного органа помогает лучше понять его историческое предназначение, место в системе других государственных органов, а также историческую необходимость выполнения возложенных на него функций. При этом, как верно отметил В.Г. Бессарабов, функции не следует рассматривать однозначно, лишь с точки зрения того, для чего возникли и существуют, какую роль выполняют. Важно при этом другое: как и почему появилась эта функция и чем обусловлена¹.

Преобразование полномочий прокуратуры по надзору за законностью процессуальной деятельности органов предварительного следствия, возможность создания идеальной модели соотношения полномочий прокурора и следователя с учетом исторического опыта породили необходимость проследить генезис становления надзорной функции прокуратуры в отношении следствия.

Впервые в истории надзор за следствием возникает во Франции XVI века, где в 1586 году был принят закон об организации и деятельности прокуратуры, который определил место прокуратуры в системе государственных органов и закрепил в качестве одного из полномочий прокуратуры надзор за производством следствия².

Взяв за образец модель французской прокуратуры, в 1722 году Петр I создал прокуратуру России. Согласно Указу Петра I от 27 апреля 1722 г. предназначение прокурора определялось так: «Должен смотреть над всеми Прокурор, дабы в своем звании истинно и ревностно поступал, а ежели кто в чем приступит, то оных судить в Сенате»³.

Указ Петра I «О должности Сената» от 27 апреля 1722 г. обосновывает создание прокуратуры как органа, призванного надзирать в первую очередь за Сенатом. Однако анализ исследований в области истории прокурорского надзора позволяет сделать вывод, что прокуратура надзирала за соблюдением законов в деятельности и других государственных органов. Так, по словам А.Г. Звягинцева и Ю.Г. Орлова, «непосредственное уголовное преследование лежало вне компетенции прокурора, он только наблюдал за ходом расследования дела и имел «попечение» о «колонических», т.е. об арестантских, делах»⁴. По уголовным делам прокуроры не только следили за сроками их расследования, но и вникали в самое существо дела, давали оценку собранным доказательствам виновности того или иного лица⁵.

Надзор прокурора за следствием как особая сфера контроля впервые утверждается Циркулярным ордером, подписанным 22 сентября 1802 г. министром юстиции России и одновременно Генерал-прокурором Г.Р. Державиным. Согласно ордеру прокуроры должны были наблюдать, не происходит ли где кому пристрастных допросов, бесчеловечных истязаний и притеснений всякого рода на обвинение невиновности, но вместе с тем должны были бороться с сокрытием преступлений и послаблениями преступникам⁶.

Организация прокуратуры, установленная при Екатерине II, продолжала существовать вплоть до Судебных уставов. На прокуратуре лежала обязанность по возбуждению преследования по публичным преступлениям, по наблюдению за производством предварительного следствия⁷.

В эпоху реформ Александра II подвергается преобразованиям и прокуратура. Считаем необходимым более подробно остановиться на анализе норм Устава уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г., так как детальное изучение показывает, что положения данного акта во многом являются прообразом норм современного УПК РФ. Этот факт делает изучение норм Устава, посвященных взаимодействию прокурора и следователя, еще более интересным.

Впервые в Уставе уголовного судопроизводства разделялось следствие, которое производили судебные следователи, и дознание, проводимое полицией. Полномочия прокурора по надзору за деятельностью этих органов также разделялись. Согласно Уставу «прокуроры и их товарищи предварительных следствий сами не производят, но дают только предложения о том судебным следователям и наблюдают постоянно за производством сих следствий. По производству дознания о преступных деяниях полицейские чины состоят в непосредственной зависимости от прокуроров и их товарищей».

В предмет прокурорского надзора за органами, осуществляющими следствие, входили полномочия по проверке сообщения о преступлении (ст. 263 УУС) и участию при производстве следственных действий посредством наблюдения (ст. 280 УУС). Наблюдение, по словам С.В. Познышева, выражалось в том, что прокурор или его товарищ имели право присутствовать при всех следственных действиях и рассматривать на месте подлинное производство, не останавливая однако хода следствия; требовать дополнения предварительного следствия по сделанным им указаниям; делать предложения о производстве следственных действий. Согласно ст. 281 УУС для следователя было обязательно выполнение требования прокурора, касающегося следственного действия, лишь при условиях: если это требование по своему содержанию касается исследования преступления или собирания доказательств и если оно законно. Прокуроры не имели права предъявлять требования отрицательного характера, т.е. требования не приступать к исследованию преступления или какой-то его стороны, не осматривать то или иное помещение, не производить обыск и т.п. Требование могло быть заявлено прокурором как письменно, так и устно; закон определенной формы для этих требований не устанавливал⁸. Прокурор обладал полномо-

чиями направить дело на доследование, требовать от следователя производства дополнительных следственных действий.

Отметим также полномочие прокурора по надзору за применением мер принуждения. При взятии обвиняемого под стражу следователь должен был немедленно уведомить об основаниях такого распоряжения прокурора. Он уведомлял последнего и в том случае, если он не взял под стражу или освободил из предварительного заключения обвиняемого в преступлении. Прокурор, получив вышеозначенные уведомления, мог потребовать освобождения лица, взятого следователем под стражу, или предложить следователю взять под стражу обвиняемого, оставленного на свободе или освобожденного. Как отмечает С.В. Познышев, первое требование прокурора – требование об освобождении из-под стражи – обязательно для следователя. Второе предложение прокурора заключить обвиняемого под стражу было необязательным, так как следователь мог не найти достаточных оснований для предварительного заключения, и тогда, не исполняя этого требования, он должен был представить о том суду⁹.

Интересным представляется тот факт, что в Уставе закрепляется положение, согласно которому «власть обвинительная, то есть обнаружение преступлений и преследование виновных, принадлежит прокурорам»¹⁰. Это положение свидетельствует о закреплении впервые такой важной функции прокуратуры, как уголовное преследование. Одним из полномочий прокурора, направленных на реализацию указанной функции, являлось право самостоятельно возбуждать уголовные дела (ст. 297 УУС) и обязанность по составлению заключения о предании обвиняемого суду (ст. 519 УУС).

Следует обратить внимание на ст. 514 УУС, согласно которой «прокурору воспрещается, под опасением законной ответственности, останавливать течение дела для пополнения следствия сведениями несущественными». Представляется, что в настоящее время закрепление аналогичного положения в уголовно-процессуальном законодательстве РФ дало бы положительный эффект на практике и препятствовало бы необоснованным требованиям прокурора в угоду статистическим показателям.

Выдающийся процессуалист И.Я. Фойницкий отмечал, что «в деятельности по первоначальному обвинению, как и по оконча-

тельному, прокуратура определяется началом законности, а не началом удобства. На ней лежит ответственность за возбуждение преследования без достаточных к тому фактических оснований. Из права возбуждения уголовного преследования вытекает право поддержания его перед органами предварительного производства, осложняемое для прокуратуры моментом наблюдения за их деятельностью»¹¹. Отмеченное И.Я. Фойницким противоречие, существовавшее в организации деятельности прокурора и следователя в XIX веке до недавних пор имело место и в уголовно-процессуальном законодательстве современной России. Речь идет о ситуации, когда прокуратура имела полномочия возбуждать уголовные дела, осуществлять предварительное следствие и процессуальное руководство следствием по уголовным делам и наряду с этим надзирать за действиями следователя.

В последующем в ходе контрреформ 80–90-х гг. XIX века прокурорский надзор за следствием был существенно усилен и превращен главным образом в средство политических репрессий¹².

Как известно, в истории нашего государства имел место период, с 1917 по 1922 гг., в котором прокуратуры не существовало. Вместе с тем, как отмечает В.Г. Бессарабов, «отсутствие прокуратуры не означало, что до ее создания не был организован надзор за законностью. Надзор за соблюдением законов в деятельности местных органов власти и органов государственного управления осуществляли в то время различные учреждения советского государства. Так, трибуналы проверяли законность проведения следственных действий, обоснованность содержания граждан в местах лишения свободы. Законность действий милиции и исправительно-трудовых учреждений находилась под контролем следственных комиссий и народных судов. Функцию надзора за исполнением законов выполнял народный комиссариат юстиции и его органы на местах»¹³.

Нормы УПК РСФСР 1922 года свидетельствуют об усилении прокурорского надзора, выразившегося в праве прокурора давать следователю указания о направлении предварительного следствия (ст. 121), что указывало на неразрешенное противоречие о реализации надзорных полномочий и одновременном процессуальном руководстве предварительным следствием; в праве прокурора разрешать жалобы на действия следователя (ст. 216).

В 1929 году институт судебных следователей ликвидируется, следственный аппарат передается в прокуратуру. В 30–50-е гг. XX века продолжилось усиление надзорных полномочий прокурора в отношении следователей, которые теперь были и организационно, и процессуально подчинены прокурору. Указанная концепция получила законодательное закрепление в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 года и УПК РСФСР 1960 года¹⁴.

Новой вехой в формировании концепции прокурорского надзора за деятельностью органов, осуществляющих предварительное следствие, стало принятие в 2001 году УПК РФ. Положениями УПК РФ были утверждены такие полномочия прокурора, как возможность давать разрешение на возбуждение уголовного дела; принимать дело к своему производству; лично производить отдельные следственные действия; отстранять следователя от производства расследования и др. Кроме того, большую часть следственных и процессуальных действий, несмотря на провозглашенный принцип самостоятельности следователя, можно было осуществлять только с санкции прокурора.

Вышесказанное позволяет сделать вывод, что, несмотря на разработку положений судебной реформы в далеком 1991 году, при принятии УПК РФ законодатель многие из принципиальных идей реформы упустил. Это позволило просуществовать пять лет системе «комплексного» надзора и процессуального руководства прокурора в отношении следователя. Как отмечается в Постановлении Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г., «соединение в лице прокурора функций расследования преступлений и надзора за ним же противоречит системному подходу, вызывает опасные перекосы в досудебных стадиях уголовного судопроизводства. Поэтому основными концептуальными решениями будут, с одной стороны, признание в прокурорской деятельности функции уголовного преследования доминирующей, а с другой – частичное перераспределение груза надзорных полномочий прокуратуры в пользу судебного контроля и самостоятельности следователя».

С внесением в июле 2007 года и декабре 2008 года изменений в УПК РФ законодатель приблизил нас к созданию целесообразной модели прокурорского надзора за органами, осуществляющими предварительное следствие, разделив полномочия прокурора в отно-

шении следователя с руководителем следственного органа. В данной модели качественно сочетаются надзорные полномочия прокурора и процессуальная самостоятельность следователя.

Вместе с тем мы считаем, что, несмотря на динамично изменяющееся законодательство, в юридической науке и практике остается немало дискуссионных вопросов, связанных с совершенствованием такого средства обеспечения законности, как прокурорский надзор, нуждающихся в разработке с учетом накопленного исторического опыта.

¹ Бессарабов В.Г. Правозащитная деятельность российской прокуратуры (1722–2002 г.): история, события, люди. – М., 2003. – С. 39.

² Там же. – С. 41.

³ Титов Ю.П. Хрестоматия по истории государства и права России. – М., 1999. – С. 217.

⁴ Звягинцев А.Г., Орлов Ю.Г. Око государево. Российские прокуроры. XVIII век. – М., 1994. – С. 24.

⁵ Там же. – С. 55.

⁶ Бессарабов В.Г. Указ. соч. – С. 62.

⁷ Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. – М., 1913.

⁸ Там же.

⁹ Там же.

¹⁰ Титов Ю.П. Указ. соч. – С. 259.

¹¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства / под ред. А.В. Смирнова. СПб., 1996. – Т. 2. – С. 303.

¹² Цит. по: Химичева О.В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства. – М., 2004. – С. 11.

¹³ Бессарабов В.Г. Указ. соч. – С. 120–121.

¹⁴ Химичева О.В. Указ. соч. – С. 13.

Статья поступила в редакцию 1 декабря 2008 г.

Проблемы и вопросы гражданского права

ББК Х623

МЕСТО ДОГОВОРА НА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ВЫПОЛНЕНИЕ ОПЫТНО-КОНСТРУКТОРСКИХ И ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ РАБОТ В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

И.В. Закржевская,

преподаватель кафедры предпринимательского и коммерческого права ЮУрГУ

Рассматривается место договора на осуществление научно-исследовательской деятельности, выполнение опытно-конструкторских и технологических работ. Сделан вывод о появлении в системе гражданско-правовых договоров группы договоров, направленных на создание и/или передачу результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, в качестве отдельного типа, которым выступает договор на осуществление научно-исследовательской деятельности, выполнение опытно-конструкторских и технологических работ.

Ключевые слова: классификация договоров, договоры, направленные на создание и/или передачу результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации.

Из содержания гл. 38 ГК РФ, посвященной договору на осуществление научно-исследовательской деятельности, выполнение опытно-конструкторских и технологических работ (далее – договор на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР), не ясно, какую правовую природу имеет данный договор и как он соотносится с договором подряда, регламентированным гл. 37 ГК РФ, к некоторым нормам которой отсылает нас гл. 38 ГК РФ. Поэтому необходимо обратиться к вопросу о классификации гражданско-правовых договоров, поскольку она позволяет решить ряд практических задач: во-первых, облегчает выбор для субъектов гражданского оборота подходящей договорной формы для соответствующих отношений, что в свою очередь обеспечивает соответствие заключаемого договора возникшим правоотношениям, во-вторых, повышает согласованность норм ГК РФ, позволяет устранить пробельность законодательства.

При классификации гражданско-правовых договоров наиболее часто используемой является многоступенчатая классификация, в основе которой лежат различные критерии¹. Необходимость использования нескольких критериев для классификации договоров ста-

ла очевидна после ряда неудачных попыток использования единого критерия². Но, несмотря на то что в литературе признан факт необходимости использования многоступенчатой классификации договоров, единого мнения по вопросу применяемых критериев, принципов, используемой терминологии при классификации договоров нет.

Наиболее последовательно многоступенчатая классификация договоров представлена в работах М.И. Брагинского. Им предложено все договоры подразделять на четыре группы (на передачу имущества, на выполнение работ, на оказание услуг и на учреждение образований); внутри данных групп договоры подразделяются на типы и виды³.

Договор на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР отнесен данным автором к группе договоров, направленных на выполнение работ и к самостоятельному типу. Иные исследователи относят договор на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР к договору на оказание услуг⁴.

Как справедливо отмечается в литературе, не легко придумать совершенно правильную классификацию отдельных договоров, особенно при том их разнообразии, которое представляется при нынешнем развитии⁵, ис-

ходя из чего ни одну из существующих систем, принятых как в законодательстве, так и в учениях права, нельзя признать утвердившейся. Указанная особенность гражданского оборота напрямую оказывает воздействие и на систему классификации гражданско-правовых договоров: оставаясь практически неизменной, она влечет возникновение коллизий между цивилистической теорией и практикой. Поэтому необходим ее периодический пересмотр. Так, представляется, что в классификации, предложенной М.И. Брагинским, недостаточное внимание уделяется таким объектам гражданского права, как результаты интеллектуальной деятельности. Их значимость, подчеркнутая законодателем, в том числе посредством принятия части четвертой ГК РФ, посвященной праву интеллектуальной собственности, предопределяет необходимость выделения договоров, направленных на создание и/или передачу результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, в отдельную договорную группу.

Следует отметить, что представленные в части четвертой ГК РФ договоры, направленные на создание некоторых видов РИД, не совсем вписываются в имеющуюся систему гражданско-правовых договоров. Так, промышленный образец, топология интегральных микросхем, программы ЭВМ и базы данных, на наш взгляд, ввиду присущего им научно-технического характера могут быть созданы в рамках договора на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР. Поэтому представляется не вполне корректным введение законодателем таких новых договоров, как договор заказа на создание промышленного образца (ст. 1372 ГК РФ), договор заказа на создание топологии интегральных микросхем (ст. 1462 ГК РФ), договор заказа на создание программ ЭВМ и баз данных (ст. 1296 ГК РФ). Более того, не понятна логика законодателя, отождествляющего договор на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР и договор подряда, что следует из содержания норм части четвертой (ст. 1296, 1372, 1431, 1463 ГК РФ)⁶.

Анализ договоров, представленных во второй и четвертой частях ГК РФ, позволяет прийти к выводу о появлении в системе гражданско-правовых договоров группы договоров, направленных на создание и/или передачу результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, в отдельную договорную группу. Внутри данной группы выделяются типы договоров – договор на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР, договор авторского заказа, договор заказа на создание селекционного достижения, договор на отчуждении исключительного права, лицензионные договоры, договор на создание единой технологии, а также, грантовый договор, предусмотренный ст. 2 Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике» от 23 августа 1996 г.⁷, имеющий своей целью создание РИД.

В качестве видов договора на осуществление НИД, выполнение ОКР и ТР следует назвать договор на осуществление НИД, договор на выполнение ОКР, договор на выполнение ТР.

¹ Брагинский М.И. Договорное право: общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М., 1998. – С. 308.

² Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юридического института. – Вып. 5. – 1954. – С. 70; Красавчиков О.А. Вопросы системы Особенной части ГК РСФСР. – Свердловск, 1957. – С. 127.

³ Брагинский М.И. Указ соч. – С. 320–323.

⁴ Рябова С.Э. Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих при осуществлении научно-исследовательской, конструкторской и технологической деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2004. – С. 89; Волошко С.Д. Договор на передачу научно-технических достижений. – Харьков, 1978. – С. 20.

⁵ Агарков М. Обязательство по советскому гражданскому праву. – М., 1940. – С. 37.

⁶ Применительно к данным договорам законодателем предусматривается возможность заключения как договора подряда, так и договора НИОКР, что представляется некорректным ввиду различной правовой природы данных договоров, а также ввиду отличия таких объектов гражданских прав, как работы и РИД, создаваемые по договорам заказа, предусмотренным частью четвертой ГК РФ.

⁷ СЗ РФ. – 1996. – № 35. – Ст. 4137.

Статья поступила в редакцию 18 февраля 2009 г.

ОТЛИЧИЕ СУДЕБНЫХ ОПРЕДЕЛЕНИЙ ОТ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

Ю.В. Комелькова,

старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ

Рассматриваются теоретические и практические вопросы, связанные с постановлением судьями определений о подготовке дела к судебному разбирательству. По мнению автора, в период судебного реформирования необходима разработка рекомендаций по улучшению качества выносимых судом определений.

Ключевые слова: судебное определение, судебное решение.

В литературе высказывались и ранее точки зрения об отличительных признаках решений и определений. Однако анализ проводился на основе норм, которые утратили свою силу в связи с введением в действие ГПК РФ. Судебное определение, равно как и судебное решение, является не только актом правосудия, но и процессуальным документом. Оно имеет свои особенности как по форме, так и по содержанию, основаниям вынесения, вступлению в законную силу, обжалованию в установленном законом порядке. Анализ норм ранее действовавшего и ныне действующего гражданского процессуального законодательства позволит выявить динамику развития норм института вынесения судебных постановлений (определений, решений). Особую актуальность исследование этих вопросов приобретает в свете судебного реформирования, когда к содержанию процессуальных документов предъявляются более жесткие требования.

Устав гражданского судопроизводства 1864 года различал:

- вынесение постановлений в виде решений по существу, определяющих гражданские отношения сторон, из которых возник спор;
- частные определения, которыми разрешались побочные вопросы как материального, так и процессуального характера;
- распоряжения председателей и отяженных членов.

По мнению К.И. Малышева, все постановления суда, не регулирующие материальные отношения сторон по существу иска и защиты, называются определениями¹. Судебные определения он различал по предмету и значению, классифицируя на заключительные акты производства, которыми оканчивается производство по делу; предварительные меры (*jugements provisoires*), приговорительные распоряжения (*jugements preparatoires*), определения, руководствующие и направляющие движение процесса. Все это, по его мнению, «частные определения (*interlocutiones*), поскольку не решают и не оканчивают целого процесса, а относятся к разным частным вопросам, возникающим в течение производства»². Определения, которые предшествуют установлению процесса в какой-

нибудь инстанции и преграждают одной из сторон путь к правосудию, он называл пресекательными или преграждающими. Помимо определений К.И. Малышев указывает на распоряжения мирового судьи, председателя, других лиц, действующих по поручению суда. Например, до момента *litis contestatio* в коллегиальных судах, т.е. до начала рассмотрения дела, распоряжения отдавал председатель или дежурный судья. Эти распоряжения соответствовали не только частным определениям суда, подготовляющим и направляющим ход процесса, но и могли носить пресекательный характер. Следует отметить, что различия между определениями и распоряжениями он усматривал лишь при рассмотрении дел коллегиальным составом суда, так как распоряжения отдельного члена суда могли быть обжалованы в коллегия. Что же касается распоряжений мирового судьи, то четкой грани между ними и определениями он не усматривал.

Позиция других авторов, например, И.Е. Энгельмана, заключалась в том, что решение «имеет своим предметом окончание иска: разрешение вопроса о спорном праве»³. В отличие от решения, определения и распоряжения подготавливают вынесение окончательного решения, содействуют достижению одной и той же цели, окончанию спора. Различие между ними состоит лишь в содержании и форме.

Е.А. Нефедьев определял решение как акт суда, которым он разрешает вопрос о правильности исковых требований истца, о правильности утверждения его, о существовании субъективного гражданского права⁴. Что касается постановления частных определений, то, по его мнению, они «не нормируют материальных отношений сторон, не разрешают вопроса о правильности исковых требований, а касаются или условий возникновения процесса, или тех мер, которые суд принимает в течение процесса ради ограждения процессуальных или материальных интересов сторон»⁵. Классифицировал Е.А. Нефедьев частные определения по значению и последствиям. Это частные определения в собственном смысле, которые постановляются или по требованию сторон, или судом по его усмотрению и не касаются вопроса о правильно-

сти возникновения процесса и возможности его существования. Все остальные определения он предлагал разделить на два вида: пресекательные определения, которые постановляются до возникновения процесса без вызова противной стороны, и заключительные определения, постановляемые после возникновения процесса. Ими заканчивается производство в суде без разрешения дела по существу (*absolutio ab instantia*).

Ссылаясь на ст. 166, 388, 600 Устава гражданского судопроизводства, к распоряжениям он относил акты единоличных органов судебной власти: мирового судьи; председателя; других лиц, действующих по поручению суда. Отличие их от определений прослеживается лишь в судах коллегиальных. Распоряжения же мировых судей по существу «смешиваются с определениями».

Вклад в решение рассматриваемого нами вопроса внес Е.В. Васьковский, который считал, что процесс оканчивается вынесением решения по существу дела или пресекательного определения, постановленного без разрешения дела по существу⁶. К пресекательным определениям он относил определения об оставлении иска без рассмотрения, о прекращении или уничтожении производства. Все они постановлялись в случае нарушения истцом формальных условий предъявления иска и в случае отсутствия процессуальных предположений. К распоряжениям судьи он относил внесудебную процессуальную деятельность⁷, устные распоряжения судьи по поводу совершения подготовительных действий к судебному разбирательству.

Исследованием специфики судебного решения как постановления суда, его отличий от других постановлений, выносимых судом в советском гражданском процессе, занималась Н.А. Чечина⁸. По ее мнению, за основу деления постановлений на виды наука гражданского процессуального права берет их содержание. При этом ее точка зрения совпадала с позицией А.Ф. Клейнмана⁹, считавшего, что решением принято называть постановления, посредством которых суд разрешает по существу заявленные сторонами требования, а определениями – все судебные постановления, разрешающие отдельные процессуальные вопросы, возникшие в связи с рассмотрением дела или же при рассмотрении дела. Деление постановлений суда на два вида советское гражданское процессуальное законодательство и судебная практика, по ее мнению, связывают практические последствия. Н.А. Чечиной были конкретизированы специфические свойства, присущие решению как постановлению, выносимому судом: решение выносится коллегиальным составом суда в совещательной комнате; решением оканчивается производство по делу в суде первой инстанции; решение вступает в законную силу; может быть отменено или изменено в случаях и порядке, предусмотренном законом; разрешает спор по существу; решение – акт

правосудия, постановление суда. Анализируя эти свойства, она пришла к выводу, что при известных условиях некоторые из них могут относиться и к определениям суда. В частности, в советском гражданском процессе в ходе судебного разбирательства все определения выносились в коллегиальном составе суда; определения по ходатайству об отводе судей выносились в совещательной комнате. Производство по делу могло быть окончено, например, вынесением определения о прекращении производства по делу. В законную силу вступают не только решения, но и пресекательные определения. Таким образом, Н.А. Чечина пришла к выводу, что единственным отличительным признаком (критерием) разграничения между решением и определением, постановляемым судом, является то, что определение никогда не разрешает спора по существу. Исходя из этого, ею было дано следующее понятие: «Судебное определение – это постановление суда, разрешающее отдельные вопросы в связи и по поводу рассмотрения спора о праве гражданском, но не разрешающее спор по существу»¹⁰.

Н.И. Масленникова, исследовав акты применения норм гражданского процессуального права¹¹ (с позиции актов правосудия), обратила внимание на то, что им присущи специфические свойства, существенно отличающие их от иных правоприменительных актов. Они являются единоличными или коллегиальными актами-документами, постановляемыми от имени государства лицами, которые наделены специальными властными полномочиями. При вынесении актов правосудия судьи независимы и подчиняются только закону. Акты применения гражданско-процессуальных норм вступают в законную силу и становятся обязательными для всех граждан и организаций на всей территории государства. В актах правосудия находит свое отражение конечный результат деятельности суда по рассмотрению конкретных процессуальных вопросов.

Применительно к исследуемому вопросу необходимо обратить внимание на отличия, выявленные Н.И. Масленниковой, между определениями суда как актами применения и определениями, являющимися средством обычной реализации процессуальных норм. Так, ею обращается внимание на то, что в некоторых случаях суд реализует свои полномочия путем вынесения определений, несмотря на то что участники процесса своим поведением не вызывают необходимости принудительного воздействия. Это объясняется наличием норм, которые по своему назначению могут вводиться в действие только юрисдикционным актом. К ним следует отнести ст. 133, 134, 135, 136, 215, 216, 220, 222 ГПК РФ. Представляется справедливым мнение Н.И. Масленниковой о том, что определения суда, выносимые на основе названных норм, всегда являются актами применения. Другим отличительным признаком определений, вы-

ступающих в качестве акта применения, она называется оформлением его в виде отдельного процессуального документа. Особенностью таких процессуальных документов является то, что они служат самостоятельными объектами апелляционного, кассационного обжалования.

Нельзя не согласиться с Н.И. Масленниковой и в том, что несмотря на то что и судебные решения, и судебные определения вступают в законную силу и становятся обязательными для всех граждан и организаций, это не дает оснований говорить об идентичности всех правовых последствий вступивших в законную силу определений и решений. По мнению Н.И. Масленниковой, судебные определения могут обладать лишь двумя правовыми свойствами: обязательностью и непровержимостью (ст. 13, 331, 371 ГПК РФ). Исключением может быть определение суда о прекращении производства по делу, которое будет обладать еще одним правовым свойством – исключительностью. В соответствии со ст. 221 ГПК РФ производство по делу прекращается определением суда, в котором указывается, что повторное обращение в суд по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается. При рассмотрении правового свойства преюдициальности судебных определений она ссылалась на ст. 55, 208 ГПК РСФСР, в которых говорилось о преюдициальности только судебных решений. Кроме того, Н.И. Масленникова пришла к выводу о том, что основу преюдициальности решения создает само разбирательство дела по существу, а для возникновения преюдициальности у судебных определений такой основы нет (ими дело по существу не разрешается, факты и правоотношения не устанавливаются)¹².

Заслуживает внимания позиция В.М. Семенова¹³, считающего, что вступление определений в законную силу влечет в основном те же последствия, что и решение – обязательность, непровержимость, исключительность, исполнимость, преюдициальность. Эти последствия вступления определений в законную силу имеют особенности. Непровержимостью и исполнимостью обладают все определения, но действительно большинство определений исполняются немедленно, до вступления в законную силу и приобретения свойства непровержимости. Это относится к тем судебным определениям, которые не подлежат самостоятельному обжалованию. Исключительностью обладают определения, оканчивающие процесс по делу. «Преюдициальность же свойственна в основном заключительным определениям, поскольку они заменяют собой решение суда и ими завершается разбирательство дела. В таких определениях сосредоточены окончательные выводы суда о фактах дела и правоотношениях сторон. Эти выводы могут иметь преюдициальное значение в судебных процессах по другим гражданским и уголовным делам относительно тех же лиц»¹⁴. Его позиция

подтверждается ныне действующим гражданским процессуальным законодательством. В соответствии с ч. 2 ст. 61 ГПК РФ для суда, рассматривающего гражданско-правовой спор, обстоятельства, установленные вступившим в законную силу постановлением по ранее рассмотренному делу, являются обязательными. Согласно же ч. 1 ст. 13 ГПК РФ суды принимают судебные постановления в форме судебных приказов, решений суда, определений суда, постановлений президиума суда надзорной инстанции. Исходя из содержания данной нормы, можно сделать вывод о наличии свойства преюдициальности у заключительных определений.

Рассмотрение эволюции решения вопросов, связанных с определениями в российском гражданском процессуальном праве, а также норм ГПК РФ показывает следующее. Определение, как и решение, является судебным актом. Судебное решение занимает особое место в ряду судебных постановлений, является актом правосудия, актом защиты права¹⁵, обладает всеми правовыми свойствами законной силы, разрешает спор по существу. Судебное определение не может разрешать спор по существу, но вместе с тем также является актом правосудия, в указанных выше случаях может обладать теми же правовыми свойствами законной силы, что и решение. Например, стороны, воспользовавшись правом совершения распорядительных действий, предусмотренных ст. 39 ГПК РФ, могут заключить мировое соглашение, истец может отказаться от иска. Вынесение определения о прекращении производства по делу будет свидетельствовать об устранении спорного начала и выполнении судебной властью одной из своих функций – быть посредником в спорах между субъектами права¹⁶, а также будет иметь правовое свойство преюдициальности. В большинстве же случаев судебное определение направлено на непосредственное обеспечение вынесения законного и обоснованного решения. Вместе с тем и судебное решение, и судебное определение являются судебными актами и должны вступить в законную силу¹⁷, в отличие от распорядительных актов суда, к каковым относятся законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и обращения суда, облеченные в некоторых случаях в устную форму определения суда

¹ Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства: учебное пособие. – Т. 1. – СПб., 1874; Он же. Курс гражданского судопроизводства: хрестоматия / под ред. М.К. Треушниковой. – М., 2005. – С. 542.

² Там же. – С. 543.

³ Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. – Юрьев, 1912; Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства: хрестоматия. – С. 544–545.

⁴ Нефедьев Е. А. Учебник русского гражданского судопроизводства. – Краснодар, 2005. – С. 316–324.

⁵ Там же. – С. 316–317.

⁶ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. – Краснодар, 2003. – С. 436.

⁷ Там же. – С. 262.

⁸ См.: Чечина Н.А. К вопросу о видах судебных решений в советском гражданском процессе // Ученые записки ЛГУ. – Вып. 6. – 1955. – № 187. – С. 197–216; Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб., 2004. – С. 229–252.

⁹ Гражданский процесс: учебник / под ред. А.Ф. Клейнмана. – М., 1940. – С. 240.

¹⁰ Чечина Н.А. Указ. соч. – С. 236.

¹¹ Масленникова Н.И. Акты применения норм гражданского процессуального права // Проблемы применения норм гражданского процессуального права: научные труды. – Вып. 48. – Свердловск, 1976; Краткая антология уральской процессуальной мысли / под ред.

В.В. Яркова. – Екатеринбург, 2004. – С. 327–335.

¹² Там же. – С. 334.

¹³ Советский гражданский процесс: учебник / под ред. К.И. Комиссарова, В.М. Семенова. – М., 1988. – С. 321–322.

¹⁴ Там же. – С. 321–322.

¹⁵ Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. – М., 1967. – С. 83.

¹⁶ Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. – Новосибирск, 1997. – С. 43.

¹⁷ Безруков А.М. Судебная власть и судебные акты по гражданским делам // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса / под ред. В.В. Яркова. – 2002–2003. – № 2. – С. 15–19.

Статья поступила в редакцию 15 января 2009 г.

СООТНОШЕНИЕ ЧАСТНЫХ И ПУБЛИЧНЫХ НАЧАЛ В КРЕДИТНОМ ДОГОВОРЕ С УЧАСТИЕМ ПОТРЕБИТЕЛЯ

А.А. Новоселова,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ

Н.Е. Егорова,

аспирант кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ

Проанализированы проблемы правовой природы кредитных отношений. Исследовано соотношение частных и публичных начал в договоре потребительского кредитования исходя из правовой природы кредитных отношений. Рассмотрено соотношение категорий «банковская деятельность», «банковская сделка» и «банковская операция».

Ключевые слова: *частное право, публичное право, договор потребительского кредитования, банковская деятельность, банковская сделка, банковская операция.*

Отношения, вытекающие из кредитного договора с участием потребителя, регулируются главным образом частным правом, однако влияние публичного права на эти отношения достаточно велико. В частном праве нельзя обойтись без элементов публичности, а публичное право в ряде случаев примыкает к частному. Вместе с тем, как верно отмечает Е.А. Павлодский, «речь идет о единой системе права, где жесткий водораздел на частное и публичное не всегда уместен и возможен»¹. Соотношение частных и публичных начал в договоре потребительского кредитования и их специфика определяются прежде всего правовой природой кредитных отношений. На наш взгляд, правовую сущность кредитных отношений необходимо исследовать в рамках осуществления банковских услуг в целом.

Прежде чем рассматривать сущность банковских услуг, необходимо определиться с правовой природой услуги в гражданском праве.

Несмотря на то что дискуссии о сущности услуг, их месте в нормативном регулировании велись в цивилистической доктрине с 70-х гг. XX века, до сих пор отсутствует как легальное, так и единое доктринальное понятие «услуги»².

Мнения цивилистов по вопросу о гражданско-правовой сущности услуг существенно разнятся. Большинство из них (Н.А. Баринов, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин, А.Е. Шерстобитов)³ преимущественно рассматривали услуги как деятельность по удовлетворению потребностей граждан. Другие (Ю.Х. Калмыков, Е.Н. Романова)⁴, в целом разделяя эту позицию, указывали на то, что понятием «ус-

луги» охватываются имущественные отношения не только с участием граждан, но и с участием организаций. Принципиально иную позицию заняли О.С. Иоффе⁵, О.С. Красавчиков⁶, Е.Д. Шешенин⁷, которые рассматривали услуги как предмет обязательств об оказании услуг.

В монографической литературе при формировании понятия «услуги» в качестве основного признака также указывается на нематериальность результата деятельности исполнителя при оказании услуг.

В связи с вышеизложенным интерес представляет доктринальное определение услуги Е.Г. Шабловой. Сначала услугу она определяет как «способ удовлетворения индивидуальной потребности лица, который не связан с созданием (улучшением) вещи или объекта интеллектуальной собственности и достигается в результате деятельности, допускаемой действующим правопорядком, на возмездных началах»⁸. Впоследствии данное определение уточняется: «Услуга – это способ удовлетворения индивидуальной потребности лица, который связан с нематериальным результатом деятельности исполнителя, допускаемой действующим правопорядком, на возмездных началах»⁹.

Е.Д. Шешенин выделяет следующие признаки услуги: «а) это деятельность лица (юридического или физического), оказывающего услугу; б) оказание услуги не оставляет вещественного результата; в) полезный эффект услуги (деятельности) потребляется в процессе предоставления услуги, а потребительная стоимость услуги исчезает»¹⁰.

Некоторыми цивилистами утверждается, что большинство так называемых банковских услуг не является услугами в собственном юридическом значении этого понятия (хотя упоминание о некоторых из них и содержится в ст. 779 ГК РФ)¹¹.

Встречается мнение об отсутствии основания для квалификации операций, осуществляемых банком в процессе банковской деятельности, в качестве услуг¹². Более того одним из основополагающих принципов (условий) банковского кредитования является возвратность, что вряд ли применимо к услугам. Следует обратить внимание и на то, что Закон о банках не содержит понятия «услуга», а также различает понятия «банковская операция» и «банковская сделка».

Банковская операция – это система действий, предусмотренных банковским законодательством и нормативными актами Банка России, которые обязана совершать кредитная организация для того, чтобы она могла качественно исполнить свои обязательства перед клиентом¹³.

Суть различий между банковской операцией и сделкой с участием в ней кредитной организации сводится к следующему:

– операции осуществляет только одна сторона – кредитная организация. В отличие от этого, сделку совершают две стороны – кредитная организация и ее клиент;

– только кредитная организация должна иметь лицензию на проведение банковской операции;

– банковские операции регулируются с использованием императивного метода, а сделки – диспозитивного;

– банковские операции составляют предмет правового регулирования для публичного права, а сделки – преимущественно для частного;

– сделка между кредитной организацией и ее клиентом регулируется нормами гражданского законодательства, а банковская операция – нормами банковского законодательства и нормативными актами Банка России;

– банковская операция – это регламентированная банковскими законами и нормативными актами Банка России технология реализации банковской сделки. Кредитная организация не вправе отступить от этой технологии. Что же касается совершения сделки, то ее стороны действуют по своей воле и в своем

интересе. Они вправе предусматривать условия договоров;

– банковские операции являются предметом правоотношений между Банком России и кредитной организацией, а сделки – предметом правоотношения между кредитной организацией и ее клиентами¹⁴.

Таким образом, банк может оказывать банковские услуги в рамках гражданско-правовых договоров (банковских сделок) при осуществлении банковской деятельности.

При анализе судебной практики¹⁵ также можно прийти к выводу, что банковская деятельность представляет собой разновидность услуг, поскольку ее результаты реализуются в процессе осуществления этой деятельности, и операции по предоставлению кредитов, с которыми у банков связано получение дохода, также являются услугами в рамках кредитования¹⁶.

Если обратиться к теории банковского права, сразу обращает на себя внимание многообразие определений термина «банковская деятельность» и отсутствие единообразных критериев в определении данного понятия¹⁷. Анализируя существующие в цивилистической доктрине дефиниции банковской деятельности, мы можем выделить следующие основные критерии в определении данного понятия:

– предпринимательский характер банковской деятельности;

– особый субъектный состав: банки и кредитные организации;

– данный вид деятельности основан на законе либо лицензии;

– банковская деятельность представляет собой систему постоянно осуществляемых банковских сделок и банковских операций.

Во всех определениях ядром банковской деятельности признаются банковские операции, а также банковские сделки¹⁸.

Заключая кредитный договор, банк и его клиент действуют по своей воле и в своем интересе¹⁹. Для банка важна прибыльность кредитной операции, для клиента – получение денежных средств под минимальный процент. Государство не может оставаться безучастным к регулированию кредитных отношений, в связи с чем удельный вес императивных норм в общем массиве правовых норм, регулирующих данный круг отношений, достаточно высок:

– государство проводит единую последовательную денежно-кредитную политику страны;

– обеспечивает стабильность и стимулирует развитие гражданского оборота;

– поддерживает баланс интересов всех участников кредитных отношений;

– осуществляет валютный и банковский контроль.

В договоре потребительского кредитования, в силу участия в нем экономически неравных сторон, используются особые правовые средства, обеспечивающие баланс интересов кредитора и заемщика, а также защиту прав потребителя, что безусловно влияет на соотношение публичных и частных начал в рассматриваемом договоре.

Одним из способов обеспечения баланса интересов кредитора и заемщика в договоре потребительского кредитования является предусмотренный законодательством институт договора присоединения, требующего от всех заключающих его клиентов присоединения к предложенному договору в целом (ст. 428 ГК РФ). Для признания заключения кредитного договора в форме договора присоединения необходимо, чтобы условия кредитного договора были определены одной из сторон в стандартной форме, и другая сторона могла бы принять эти условия только путем присоединения к договору в целом²⁰.

Однако В.В. Витрянский считает невозможным заключение кредитного договора в виде договора присоединения в связи с тем, что в этом случае исключается возможность выработки условий договора по воле обеих сторон и урегулирования договорных разногласий, а также потому, что условия кредитного договора не могут быть одинаковыми для всех заемщиков и должны учитывать финансовое положение каждого из заемщиков и их возможность по возврату полученных кредитов²¹.

Кроме того, обычно кредитная организация предлагает заемщику разработанный юридической службой типовой кредитный договор, заключить который на иных условиях практически невозможно²².

На наш взгляд, следует признать, что в настоящее время заключение договора потребительского кредитования происходит в виде договора присоединения²³, поскольку:

– кредитной организацией разрабатываются стандартные формы кредитного договора. При этом не существует ограничений в

количестве разных (с разными условиями) стандартных форм кредитных договоров, которые может составить кредитная организация;

– заемщик (потребитель) может заключить кредитный договор, только присоединившись к нему в целом, согласившись со всеми его условиями. Учитывая, что присоединившаяся сторона была лишена участия в формировании условий договора, законодатель закрепляет за ней в рамках договора присоединения определенные меры защиты в виде права требования о расторжении или изменении договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит иные явно обременительные для присоединившейся стороны условия²⁴.

Еще одна правовая конструкция, позволяющая обеспечить баланс интересов в кредитном договоре, в котором заемщик выступает физическим лицом, – конструкция публичного договора²⁵, поскольку, как считает Ю.О. Усков, в силу обязанности банка предоставлять потребителям информацию о содержании банковских услуг кредитный договор (как и иные договоры об оказании банковских услуг) заключается на заранее объявленных банком условиях со всеми клиентами, отвечающими критериям соответствующего банка, причем подобное объявление делается в виде публичной оферты (п. 2 ст. 437 ГК РФ), которая, как и всякая оферта, обязывает сделавшее ее лицо к заключению договора²⁶.

Однако прежде всего кредитные отношения, в том числе и с участием потребителя, являются договорными отношениями, а, значит, в их основе лежит согласованная воля договаривающихся сторон.

Так, на основании ст. 421 ГК РФ (свобода договора) стороны вправе определить несколько способов исполнения обязательства по возврату кредита, а также право клиента использовать любой из способов по своему усмотрению. При этом способы исполнения обязательства могут отличаться между собой в зависимости от сроков, т.е. договором может быть предусмотрено, что клиент вправе исполнить обязательство через месяц либо через два и т.д.²⁷.

Стороны вправе не только предусматривать условия при заключении кредитного договора, но и изменять условия уже заключенного договора, в том числе и условие о процентной ставке. Так, согласно ст. 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» кредитная организация имеет право в одностороннем порядке изменять процентные ставки по кредитам, комиссионное вознаграждение и сроки действия этих договоров с клиентами, если это предусмотрено договором с клиентом.

Данная норма позволяет перераспределить риски между кредитной организацией и ее заемщиком в экономически неблагоприятной ситуации. Однако кредитная организация, как профессионал на финансовом рынке, предоставляя деньги в кредит, принимает на себя риск убытков в случае их обесценения. Такое распределение основных рисков в кредитном договоре связано с принципом «номинализма», означающим, что «кредитная система, вся система денежных платежей – все это основано на предпосылке, что содержание денежного обязательства определяется в номинальной сумме денежных единиц, невзирая на изменения в покупательной силе денег»²⁸.

В последнее время эта проблема чрезвычайно актуальна для отечественных банков, вследствие чего может возникнуть вопрос о возможности изменения кредитного договора в одностороннем порядке банком как возможности, предусмотренной условиями договора, или согласно ст. 451 ГК РФ в связи с существенными изменениями обстоятельств.

Осуществление банком кредитных операций является основным и важнейшим источником его дохода, и размещение средств всегда связано с риском их утраты из-за невозможности или нежелания заемщика выполнить свои обязательства либо с возможностью обесценения денежных средств из-за инфляционных и иных негативных процессов в экономике. К таким рискам также могут быть отнесены признание кредитного договора или договоров обеспечения исполнения основного обязательства недействительными, невозврат кредита, утрата способов обеспечения (залога, поручительства) и иные расходы для банка, кредитной организации, связанные, к примеру, с судебными процедурами по взысканию долга, содержанию имущества, переданного в залог, или обращению на него взыскания²⁹.

С другой стороны, заемщик верит в то, что банк вовремя предоставит денежные

средства в необходимом размере. Поэтому кредит одновременно является «основным источником риска, и без «доверия» тут не обойтись»³⁰.

Поэтому, на наш взгляд, является необоснованным право, предоставленное законом кредитной организации, включать условие об одностороннем изменении размера процентов по кредитному договору, заключенному с гражданином, поскольку это влечет несоответствующее основным началам гражданского законодательства перераспределение рисков, возложенных на кредитную организацию в силу занимаемого положения на финансовом рынке.

¹ Кредитные организации в России: правовой аспект / отв. ред. Е.А. Павлодский – М., 2006 – С. 1.

² Неудачи с формированием единого понятия услуг связаны прежде всего с тем, что к сфере услуг относится слишком широкий круг общественных отношений. В.П. Бугаков отмечает: «Широта и разнообразие индустрии услуг затрудняет возможности определения у различных секторов услуг общих закономерностей, характерных для сферы услуг» (см.: Котлер Ф. Основы маркетинга. – М., 1995. – С. 600). Исходя из этого, к производству услуг относятся и финансы, кредит, страхование.

³ См.: Баринов Н.А. Имущественные потребности и гражданское право. – Саратов, 1987. – С. 37; Кабалкин А.Ю. Сфера обслуживания: гражданско-правовое регулирование. – М., 1972. – С. 21; Кабалкин А.Ю. Услуги в системе отношений, регулируемых гражданским правом // Государство и право. – 1994. – № 8, 9. – С. 79–88; Кабалкин А.Ю., Мозолин В.П. Охрана прав граждан и потребителей // Советского государство и право. – 1983. – № 4. – С. 37–45; Шерстобитов А.Е. Гражданско-правовое регулирование договорных отношений в сфере обслуживания. – М., 1987. – С. 25.

⁴ Калмыков Ю.Х. К понятию обязательства по оказанию услуг в гражданском праве. – М., 1998. – С. 29–34.

⁵ Иоффе О.С. Советское гражданское право (курс лекций): отдельные виды обязательств. – Л., 1961. – С. 211–213.

⁶ Красавчиков О.С. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система). – Свердловск, 1961. – С. 303–306.

⁷ Шешенин Е.Д. Предмет обязательства по оказанию услуг // Сб. ученых трудов. – Свердловск, 1964. – С. 177.

⁸ Шаблова Е.Г. Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – С. 13.

⁹ Там же. – С. 14.

¹⁰ Шешенин Е.Д. Указ. соч. – С. 177. В целом разделяя данную позицию, Е.Н. Романова разграничивала обязательства по результатам деятельности, относя к обязательствам по оказанию услуг только те, которым присущи следующие признаки: «а) предмет договора составляют полезный эффект в виде удобств для контрагентов (экономия времени, средств, дополнительные

гарантии и т.д.); б) услуга как деятельность потребляется в процессе ее предоставления» (см.: Романова Е.Н. Указ. соч. – С. 213).

¹¹ Артемов В.В. Договор банковского вклада и защита прав потребителей: иной взгляд // Банковское право. – 2002. – № 4. – С. 17; Пристансков Д. Проценты по кредиту как цена сделки. – 2004. – № 19.

¹² Постановлением Госстандарта РФ от 6 ноября 2001 г. № 454-ст с 1 января 2003 г. введен в действие новый Общероссийский классификатор видов экономической деятельности ОК 029-2001 (далее – ОКВЭК). Согласно ему деятельность банков по предоставлению кредитов включена в группу «Прочее денежное посредничество», относящуюся к классу «Финансовое посредничество». Таким образом, с 1 января 2003 г. отсутствуют основания для квалификации операций, осуществляемых банком в процессе банковской деятельности, в качестве услуг. (См.: Пристансков Д. Указ. соч.)

¹³ Братко А.Г. Банковское право (теория и практика). – М., 2000. – С. 213.

¹⁴ См.: Братко А.Г. Указ. соч. – С. 59; Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В. Банковское право: учебное пособие. – М., 2005. – С. 212.

¹⁵ Постановление ФАС Поволжского округа от 11 апреля 2001 г. № А57-9349/00-17.

¹⁶ ФАС Поволжского округа в постановлении от 11 апреля 2001 г. № А57-9349/00-17 указал на возможность применения ст. 40 НК РФ к банковским операциям по размещению кредитных ресурсов. Суд посчитал, что банковская деятельность представляет собой разновидность услуг. Иное дело, что большинство норм российского законодательства об услугах действительно не распространяется на банковские услуги, но объясняется это скорее природой отношений по предоставлению банковских услуг, и их ориентацией в большей степени не на товарный, а на финансовый рынок (см.: Усков О.Ю. Права потребителя при оказании банковских услуг // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2007. – № 2). Таким образом, при оказании банковских услуг, в том числе и услуг по кредитованию, заемщик (услугополучатель) является экономически слабой стороной и нуждается в дополнительной защите, на данный круг отношений распространяются нормы федерального закона о защите прав потребителей.

¹⁷ Например, К. Трофимов считает, что банковскую деятельность можно определить как основанную на законе либо лицензии предпринимательскую деятельность кредитных организаций на рынке финансовых и связанных с ними услуг по выполнению функций посредничества в кредите, платежах и обращении капитала (см.: Трофимов К. Проблемы правоспособности банка // Хозяйство и право. – 2005. – № 4. – С. 90). О.М. Олейник пишет, что «банковская деятельность представляет собой систему постоянно осуществляемых сделок и операций, направленных на извлечение прибыли» (см.: Олейник О.М. Основы банковского права: курс лекций. – М., 1997. – С. 21). Г.А. Тосунян считает, что «под банковской деятельностью понимается предпринимательская деятельность кредитных организаций, а также деятельность Банка России (его учреждений), направленная на систематическое осуществление банковских операций (либо обусловленная ими) на основании: для Банка России и его учреждений – Закона о Банке России; для кредитных организаций – специального разрешения (лицензии) Банка России, полученного после государствен-

ной регистрации кредитной организации в порядке, предусмотренном федеральным законодательством» (см.: Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации / под общ. ред. Б.Н. Топорнина. – М., 1999. – С. 227). А.Г. Братко полагает, что банковская деятельность – это банковские операции и сделки, а также другие действия кредитной организации, которые непосредственно направлены на развитие эффективности и повышение безопасности банковских услуг. См.: Братко А.Г. Указ. соч. – С. 25.

¹⁸ Таким образом, в узком смысле слова банковская деятельность – это разновидность предпринимательской деятельности, заключающаяся в совершении совокупности банковских операций и банковских сделок кредитными организациями (или Банком России). Однако необходимо учитывать тот факт, что в широком смысле к банковской деятельности относится не только основная, но и вспомогательная банковская деятельность. В трактовке А.Г. Братко «основная банковская деятельность – это такая деятельность кредитной организации, которая включает банковские операции и банковские сделки». Вспомогательная банковская деятельность направлена на обеспечение благоприятных и безопасных условий осуществления основной банковской деятельности. Эта деятельность косвенно связана с результатами основной банковской деятельности. Например, к вспомогательной банковской деятельности относятся информатизация, охрана, система безопасности и другие аналогичные виды деятельности различных подразделений кредитной организации. См.: Братко А.Г. Указ. соч. – С. 30.

¹⁹ Усков Ю.О. Указ. соч.

²⁰ Определить условия договора в стандартной форме возможно. При этом не существует ограничений количества разных (с разными условиями) стандартных форм кредитных договоров, которые может составить сторона. К примеру, банк может составить стандартную форму кредитного договора со сроком предоставления кредита на один год и другую стандартную форму кредитного договора со сроком предоставления кредита на два года, а в зависимости от этих отличий установить и иные условия договоров в этих стандартных формах. При этом будет соблюдено первое условие п. 1 ст. 428 ГК РФ. Для выполнения второго условия п. 1 ст. 428 ГК РФ необходимо, чтобы сторона, которая не участвовала в составлении стандартной формы договора, могла присоединиться к нему только в целом, т.е. не могла бы заключить этот договор с исключением каких-то его условий или с добавлением своих условий. Для этого необходимо, чтобы сторона, составившая стандартные формы кредитного договора, отказалась от его заключения на иных условиях, чем те, которые предусмотрены стандартными формами. Таким образом, если банк при предложении клиента заключить кредитный договор на иных условиях, чем предусмотрены в стандартных формах, откажется заключать кредитный договор на иных условиях, то при заключении договора на условиях, предусмотренных в одной из этих стандартных форм, такой кредитный договор должен признаваться договором присоединения и на него должны распространяться положения п. 2, 3 ст. 428 ГК РФ. См.: Алексеев А.А. Правовое регулирование банковского кредитования физических лиц: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 79.

²¹ Витрянский В.В. Договор займа: общие и отдельные виды договора. – М., 2004. – С. 86.

²² Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В. Банковское право: учебное пособие. – М., 2005. – С. 324.

²³ См. также: Алексеев А.А. Указ. соч. – С. 80.

²⁴ Пункт 2 ст. 428 ГК РФ.

²⁵ Еще меньше сторонников у идеи признания публичным договором о кредите, поскольку «общепризнанные принципы кредитования – срочность, возвратность, платность – означают, что банковские кредиты могут предоставляться только тем заемщикам, чье финансовое положение и, стало быть, возможность своевременного возврата полученных денежных сумм и оплаты соответствующих услуг банка не вызывают сомнений». См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М., 2003. – С. 707; Захарова Н.Н. Кредитный договор. – М., 1996. – С. 11.

²⁶ Усков Ю.О. Указ. соч.

²⁷ Ходырев П. Кредитный «гамбит» // Эж-ЮРИСТ. – 2007. – № 33. – С. 23.

²⁸ Жугов А.А. Проблемы гражданско-правового регулирования по кредитному договору: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 99.

²⁹ Более того, в силу действия императивной нормы ст. 24 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» кредитная организация в целях обеспечения финансовой надежности обязана создавать резервы (фонды), в том числе под обеспечение ценных бумаг, порядок формирования и использования которых устанавливается Банком России.

³⁰ Палехова Е.А. Понятие кредита и кредитного рынка (правовые вопросы) // Предпринимательское право в рыночной экономике // Алексеев А.А. Указ. соч. – С. 81.

Статья поступила в редакцию 30 января 2009 г.

ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА РУКОВОДИТЕЛЯ ОБОСОБЛЕННОГО СТРУКТУРНОГО ПОДРАЗДЕЛЕНИЯ

С.В. Пармонова,

соискатель кафедры трудового права Уральской государственной юридической академии

Проанализировано правовое положение руководителя обособленного структурного подразделения: рассмотрены вопросы заключения и прекращения трудового договора, содержания трудовой функции, материальной ответственности, оплаты труда, наделения руководителя обособленного структурного подразделения работодателем полномочиями.

Ключевые слова: обособленное структурное подразделение, руководитель, филиал, представительство.

Общероссийский классификатор профессий рабочих, должностей служащих и тарифных разрядов, введенный в действие Постановлением Госстандарта РФ № 367 от 26 декабря 1994 г., устанавливает следующие должности руководителей обособленных подразделений: директор (заведующий) филиала, заведующий филиалом отделения Сбербанка, начальник филиала (на транспорте, в связи, материально-техническом снабжении и сбыте), начальник филиала (в прочих отраслях), директор представительства.

Что касается квалификационных характеристик указанных должностей, то их нет ни в Тарифно-квалификационных характеристиках (требованиях) по общепрофессиональным должностям служащих, утвержденных Постановлением Минтруда России № 32 от 6 июня 1996 г., ни в Квалификационном справочнике должностей руководителей, специалистов и других служащих, утвержденном Постановлением Минтруда РФ № 37 от 21 августа 1998 г.

Проясняет в той или иной степени вопрос, к какому виду трудовой деятельности можно отнести деятельность руководителя обособленного подразделения, Общероссийский классификатор занятий, утвержденный Постановлением Госстандарта РФ № 298 от 30 декабря 1993 г.

Согласно данному классификатору должности указанных выше руководителей обособленных подразделений относятся к подгруппе «руководители учреждений, организаций и предприятий и их структурных подразделений (служб)».

Примечательно, что должности директора филиала, заведующего филиалом отделения Сбербанка и директора представительства относятся к базовой группе «руководители

учреждений, организаций и предприятий», наряду с должностями «директор», «генеральный директор», «президент». В свою очередь должности начальника филиала (на транспорте, в связи, материально-техническом снабжении и сбыте) и начальника филиала (в прочих отраслях) относятся к базовым группам руководителей специализированных (производственно-эксплуатационных) подразделений (служб).

Тем не менее определено ясно, что вне зависимости от формы собственности и организационно-правовой формы юридического лица в соответствии с общепринятой классификацией должностей работников должность руководителя обособленного структурного подразделения относится к категории «руководители», что влияет и на содержание трудовой функции и на оплату труда.

ТК РФ с некоторыми различиями в правовом регулировании труда выделяет три категории руководителей обособленных структурных подразделений: руководитель филиала, руководитель представительства и руководитель иного обособленного структурного подразделения.

С одной стороны, руководители обособленных структурных подразделений обладают теми же правами и обязанностями, что и другие работники, трудовые отношения с ними регулируются общими нормами, за исключением некоторых изъятий из общих правил. С другой стороны, труд руководителя подразделения в большинстве случаев также регламентирован учредительными документами и локальными актами организации.

ТК РФ отдельно не выделяет группу норм, регулирующих труд руководителя обособленного структурного подразделения, но это не дает оснований утверждать, что право-

вой статус руководителя обособленного подразделения равен правовому статусу руководителя так называемого линейного подразделения, также входящего в организационную структуру организации. К руководителям линейных подразделений можно отнести, например, руководителя финансовой службы, руководителя управления по правовым вопросам и др.

Трудовые отношения с руководителями филиалов и представительств возникают на основании трудового договора, заключаемого в результате назначения на должность (ст. 16 ТК РФ, п. 3 ст. 55 ГК РФ). В иных нормативных правовых актах законодатель дублирует закрепленную в ГК РФ норму. В частности, согласно п. 4 ст. 5 Федерального закона «О некоммерческих организациях» от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ руководители филиала и представительства назначаются некоммерческой организацией и действуют на основании выданной им доверенности. Аналогично назначаются и действуют руководители филиалов и представительств общества с ограниченной ответственностью, акционерного общества, унитарного предприятия (п. 4 ст. 5 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ; п. 4 ст. 5 Федерального закона «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ; п. 4 ст. 5 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ).

Трудовым отношениям с руководителями иных обособленных структурных подразделений могут предшествовать любые процедуры, указанные в ст. 16 ТК РФ, случаи и порядок проведения которых установлены трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права или уставом (положением) организации.

Как правило, если иное не установлено нормативными правовыми актами и (или) документами организации, руководитель или коллегиальный исполнительный орган организации самостоятельно принимают решение о назначении того или иного лица на должность руководителя обособленного подразделения. Например, в сфере банковской деятельности существует иной, более усложненный порядок назначения руководителя обособленного подразделения. Согласно ст. 11.1 Федерального закона «О банках и банковской

деятельности» от 2 декабря 1990 г. кредитная организация обязана в письменной форме уведомить Банк России обо всех предполагаемых назначениях на должности руководителя, заместителей руководителя, главного бухгалтера, заместителей главного бухгалтера филиала кредитной организации. Банк России в месячный срок со дня получения указанного уведомления дает согласие на указанные назначения или представляет мотивированный отказ в письменной форме.

Важно заметить, что соблюдение вышеуказанной процедуры необязательно для руководителей представительств и руководителей иных обособленных структурных подразделений кредитной организации или ее филиала. Согласно ст. 22 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» внутренним структурным подразделением кредитной организации (ее филиала) является ее (его) подразделение, расположенное вне места нахождения кредитной организации (ее филиала) и осуществляющее от ее имени банковские операции, перечень которых установлен нормативными актами Банка России, в рамках лицензии Банка России, выданной кредитной организации (положения о филиале кредитной организации). Кредитные организации (их филиалы) вправе открывать внутренние структурные подразделения вне мест нахождения кредитных организаций (их филиалов) в формах и порядке, которые установлены нормативными актами Банка России. Полномочие филиала кредитной организации на принятие решения об открытии внутреннего структурного подразделения должно быть предусмотрено положением о филиале кредитной организации.

Что касается иных юридических лиц, то в их организационной структуре также нередко встречаются подразделения, аналогичные тем, что может создавать кредитная организация. Например, филиал организации может создавать свои отделения, дополнительные офисы и т.п., хотя на это нет прямого указания в соответствующих нормативных правовых актах, но вполне допустимо, если регламентировано учредительными документами или локальными актами организации. На этом основании было бы весьма уместно дополнить ч. 2 ст. 16 ТК РФ помимо устава (положения) организации еще одним документом – положением о подразделении.

С точки зрения налогового законодательства, если по месту нахождения такого территориально независимого подразделения имеются оборудованные стационарные рабочие места, то оно признается обособленным структурным подразделением ни филиала, а организации со всеми вытекающими из данного факта налоговыми последствиями (ст. 11 НК РФ).

С позиции гражданского законодательства, в зависимости от объема возложенных на такое подразделение полномочий (либо это только представительские полномочия, либо осуществление всех функций юридического лица или их части) можно сказать признаками филиала или представительства данное подразделение обладает (ст. 55 ГК РФ).

В трудовом законодательстве обособленное подразделение организации, во-первых, именуется структурным подразделением; во-вторых, признается структурное подразделение обособленным в том случае, если оно расположено в другой местности, т.е. в местности за пределами административно-территориальных границ соответствующего населенного пункта, где находится сама организация¹. Дифференциация структурных подразделений через признак территориальной обособленности имеет первостепенное значение, например, в случаях:

1) когда речь идет об уточнении в трудовом договоре места работы в соответствии с требованиями ст. 57 ТК РФ;

2) прекращения деятельности обособленного структурного подразделения. В соответствии с ч. 4 ст. 81 ТК РФ в случае прекращения деятельности филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации расторжение трудовых договоров с работниками этого подразделения производится по правилам, предусмотренным для случаев ликвидации организации. На этом основании ТК РФ не обязывает работодателя в ходе соблюдения процедуры такого увольнения предлагать работнику другую имеющуюся работу (вакантную должность) в той же организации². Но законодатель ограничивает применение вышеуказанного порядка увольнения в отношении работников обособленных структурных подразделений, находящихся в той же местности, что и сама организация.

Указанные обстоятельства необходимо принимать во внимание, определяя к какой

категории следует отнести руководителя того или иного структурного подразделения.

Согласно ст. 57 ТК РФ в трудовом договоре, заключаемом с руководителем обособленного структурного подразделения, место работы в случае, если подразделение организации находится в другой местности, обозначается с указанием данного подразделения и его местонахождения. В данном случае ТК РФ не устанавливает для руководителей никаких исключений, поэтому к трудовому договору с ними применяются те же правила, что и к трудовому договору с другими работниками. Однако в отношении руководителя указание в трудовом договоре подразделения неизбежно, так как это напрямую определяет его трудовую функцию.

Особое внимание к определению трудовой функции обусловлено прежде всего тем, что в большинстве случаев руководитель обособленного структурного подразделения, кроме непосредственно функций общего управления подразделением, выполняет и часть функций работодателя.

Причем в рамках участия подразделения в гражданских отношениях от имени организации соответствующими полномочиями руководитель наделяется на основании доверенности. В свою очередь работодателем полномочиями руководитель подразделения наделяется посредством выдачи доверенности не может. Это обусловлено прежде всего тем, что институт представительства в гражданском праве не тождественен представительству в трудовом праве.

По данному вопросу весьма убедительной можно признать позицию С.П. Маврина³. Он полагает, что руководителям структурных подразделений соответствующие полномочия работодателя предоставляются по приказу руководителя организации в целом на основании и в порядке, зафиксированном в учредительных документах и локальных нормативных актах юридического лица⁴. Другими словами, делегирование полномочий работодателя руководителям структурных подразделений организации не требует в соответствии с трудовым законодательством оформления какой-либо гражданско-правовой доверенности и фактически опирается на систему учредительных документов и локальных нормативных актов, а также на индивидуальные правоприменительные акты и трудовые договоры⁵.

Стоит отметить, что теоретики науки гражданского права придерживаются того же мнения, различая полномочия руководителя подразделения во внутренних организационных и внешних гражданских и хозяйственных отношениях. В частности, А.А. Тюкавкин-Плотников утверждает, что руководитель обособленного подразделения действует на основании полномочий, предоставленных ему положением о соответствующем подразделении, должностной инструкцией и другими локальными правовыми актами юридического лица. Указанные акты регламентируют полномочия руководителя в рамках так называемых внутриорганизационных отношений, т.е. в отношениях с работниками подразделения и другими работниками юридического лица, во взаимосвязях с другими структурными подразделениями юридического лица, в том числе его органами управления⁶. Если во внутриорганизационных отношениях, в том числе трудовых правоотношениях, руководитель обособленного подразделения вправе действовать только на основании локальных правовых актов юридического лица, то в административных, процессуальных, гражданских и хозяйственных правоотношениях единственным основанием для его деятельности от имени юридического лица является доверенность⁷.

Следует обратить внимание, что трудовое законодательство не содержит правового механизма привлечения руководителя обособленного структурного подразделения к полной материальной ответственности. Данное обстоятельство порой ставит организацию, например, доверяющую руководителю подразделения дорогостоящую продукцию для реализации в другом регионе, в затруднительное положение.

В соответствии со ст. 241 ТК РФ за причиненный ущерб работник несет материальную ответственность в пределах своего среднего месячного заработка, если иное не предусмотрено ТК РФ или иными федеральными законами. Статья 243 ТК РФ устанавливает случаи, когда на работника материальная ответственность возлагается в полном размере причиненного ущерба, перечень которых является закрытым и расширенному толкованию не подлежит.

Письменные договоры о полной материальной ответственности могут заключаться с работниками, непосредственно обслуживающими или использующими денежные, товар-

ные ценности или иное имущество. Перечни работ и категорий работников, с которыми могут заключаться указанные договоры, а также типовые формы этих договоров утверждаются в порядке, устанавливаемом Правительством РФ (ст. 244 ТК РФ). Перечень должностей и работ, замещаемых или выполняемых работниками, с которыми работодатель может заключать письменные договоры о полной индивидуальной материальной ответственности за недостачу вверенного имущества, утвержден Постановлением Министерства труда и социального развития № 85 от 31 декабря 2002 г.⁸ Должность руководителя обособленного структурного подразделения организации в указанном перечне отсутствует.

Что касается установления в трудовом договоре с руководителем обособленного структурного подразделения условия о полной материальной ответственности, то действующим трудовым законодательством такая возможность не предусмотрена. В силу ст. 242, 277 ТК РФ полная материальная ответственность может быть установлена трудовым договором только для руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера.

Интересен и вопрос оплаты труда руководителя обособленного структурного подразделения.

Во внебюджетных коммерческих организациях заработная плата руководителя обособленного структурного подразделения определяется в рамках коллективно-договорного и индивидуально-договорного регулирования, ее размер зависит только от желаний и финансовых возможностей работодателя.

В организациях бюджетной сферы ситуация иная. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 5 августа 2008 г. № 583⁹ с 1 декабря 2008 г. введены новые системы оплаты труда для работников федеральных бюджетных учреждений. Согласно новым системам оплата труда размеры окладов (должностных окладов) работников устанавливаются на основе отнесения занимаемых ими должностей к соответствующим профессиональным квалификационным группам (ПКГ), утвержденным Приказом Минздравсоцразвития России от 29 мая 2008 г. № 247н¹⁰. В соответствии с указанным приказом должности директора (начальника, заведующего) филиала, другого обособленного структурного подразделения выделены особо

и относятся к третьему квалификационному уровню профессиональной квалификационной группы «Общепрофессиональные должности служащих четвертого уровня». Важно, что должность руководителя обособленного структурного подразделения отнесена к самому высшему квалификационному уровню квалификационной группы, после руководителей линейных структурных подразделений (начальников цехов, лабораторий, отделов) и главных технологов, энергетиков, конструкторов.

И, наконец, нельзя не отметить, что законодатель выделяет руководителей обособленных подразделений среди других работников и установлением помимо прочих оснований расторжения трудового договора по инициативе работодателя (ст. 81 ТК РФ). Трудовой договор с ними может быть расторгнут по следующим основаниям:

1) принятие необоснованного решения руководителем филиала, представительства, повлекшего за собой нарушение сохранности имущества, неправомерное его использование или иной ущерб имуществу организации;

2) однократное грубое нарушение руководителем филиала, представительства своих трудовых обязанностей.

Законодатель указал в ст. 81 ТК РФ лишь руководителей филиалов и представительств, на руководителей иных обособленных структурных подразделений действие данной статьи не распространяется. Вместе с тем, например, для руководителей филиалов, представительств и иных обособленных структурных подразделений организаций испытательный срок не может превышать шести месяцев (ст. 70 ТК РФ). В данном случае законодатель приравнивает всех руководителей обособленных подразделений к руководителям органи-

заций (их заместителям) и главным бухгалтерам (их заместителям). Аналогичную позицию законодатель занимает в ст. 73 ТК РФ. При отказе от перевода на другую работу в соответствии с медицинским заключением трудовой договор с руководителями филиалов, представительств и иных обособленных структурных подразделений организации работодатель имеет право не прекращать, а временно отстранить их от работы на срок, определенный соглашением сторон.

Таким образом, труд руководителя обособленного структурного подразделения требует особого порядка правового регулирования, которое не ограничивается рамками общих норм трудового законодательства, некоторых специальных норм гражданского законодательства, но и осуществляется посредством учредительных документов и большого спектра норм локальных нормативных правовых актов организации.

¹ Такое разъяснение понятия «другая местность» дано в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2.

² См.: Определение Конституционного Суда РФ № 144-О от 21 апреля 2005 г.

³ Маврин С.П. Осуществление функций работодателя руководителями обособленных структурных подразделений // Актуальные проблемы цивилистики: наука и практика: сб. науч. тр. – Калининград, 2004. – С. 9–10.

⁴ Там же. – С. 8.

⁵ Там же. – С. 12.

⁶ Тюкавкин-Плотников А.А. Обособленные подразделения юридического лица // Предпринимательское право. – 2007. – № 2. – С. 11.

⁷ Там же.

⁸ Российская газета. – 2003. – 8 февр.

⁹ СЗ РФ 2008. – № 33. – Ст. 3852.

¹⁰ Российская газета. – 2008. – 4 июля.

Статья поступила в редакцию 15 января 2009 г.

НЕГАТОРНЫЙ ИСК: СУЩНОСТЬ И ЭЛЕМЕНТНЫЙ СОСТАВ

Т.П. Подшивалов,

аспирант кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ

Проанализированы вопросы определения правовой природы негаторного требования как вещно-правового требования, реализуемого в рамках самостоятельного охранительного правоотношения, предъявляемого к лицу, нарушающему право истца в отношении индивидуально-определенной вещи, сохранившейся в натуре. Сделан вывод о том, что негаторный иск защищает только правомочие пользования. Приведена развернутая характеристика структуры негаторного требования.

Ключевые слова: вещные иски, негаторный иск, нарушение, структура иска.

Одним из способов защиты субъективных гражданских прав и законных интересов, обеспечивающих восстановление положения существующего до нарушения и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, является негаторный иск.

Статья 304 ГК РФ определяет негаторный иск как требование об устранении всяких нарушений права собственности, если эти нарушения не соединены с лишением владения. Несмотря на всю кажущуюся простоту законодательной конструкции негаторного иска¹, как в теории, так и на практике возникает множество проблем.

Негаторный иск является вещно-правовым требованием, а это означает, что если между сторонами существует обязательственное правоотношение, то именно оно станет основанием рассмотрения соответствующего спора. Рассматриваемый иск реализуется в рамках самостоятельного охранительного правоотношения. Негаторная защита представляет собой материально-правовое, внедоговорное требование восстановительного характера в отношении индивидуальной или индивидуализированной вещи, сохранившейся в натуре.

Проблемным является вопрос определения правомочия, непосредственно защищаемого негаторным иском. Большинство ученых полагает, что негаторный иск защищает как правомочие пользования, так и правомочие распоряжения². Однако такое определение содержания иска не соответствует системе способов защиты вещных прав. Нарушение

или оспаривание вещного права всегда связано с одним из правомочий. Из этого деления и вытекают три способа защиты вещных прав, используемые в зависимости от того, какое правомочие нарушено: при нарушении правомочия владения оно защищается при помощи виндикационного иска; при создании препятствий в пользовании имуществом возникает право на предъявление негаторного иска; в случае оспаривания правомочия распоряжения возникает право на предъявление иска о признании права собственности.

Критикуемая точка зрения основывается только на том, что правомочие распоряжения в рамках негаторного иска защищается иском об освобождении имущества от ареста, который, по мнению сторонников такого подхода, является разновидностью негаторного требования. Однако природа иска об освобождении имущества от ареста, как негаторного, не находит абсолютной поддержки среди ученых. Так, А.А. Иванов считает, что иск об исключении имущества из описи является разновидностью иска о признании недействительным акта публичной власти, неправомерно ограничивающего право собственности, так как имущество арестовывается по решению компетентного государственного органа, а при удовлетворении иска акт признается недействительным³. В науке высказывается мнение (С.Е. Донцов, Д.В. Дернова, К.И. Скловский) о том, что иск об освобождении имущества от ареста является самостоятельным иском, применяемым в сфере исполнительного производства⁴. Сторонники иного подхода (Е.А. Суханов, А.В. Люшня) счита-

ют, что иск об исключении имущества из описи, по сути, сводится к требованию о признании права собственности на незаконно включенное в опись и арестованное имущество⁵.

Следовательно, верен подход, согласно которому негаторный иск защищает только правомочие пользования. Такой подход уже находят сторонники. Так, К.И. Скловский отмечает, что посредством негаторного иска устраняются препятствия в пользовании имуществом⁶.

Наиболее полную характеристику негаторного иска можно дать путем раскрытия его структуры. Формально негаторный иск состоит из совокупности следующих элементов: 1) стороны; 2) предмет иска; 3) основание иска. При этом в случае отсутствия хотя бы одного из элементов предъявление негаторного иска становится невозможным.

1. Стороны. Истцом по негаторному иску может быть собственник либо титульный владелец, лишенные возможности пользоваться вещью, но сохранившие владение ею. Поскольку в ст. 305 ГК РФ указывается, что предъявление вещных исков возможно лицом, владеющим имуществом по основанию, предусмотренному законом или договором, перечень титулов, на которые могут опираться лица, предъявляющие вещные иски, является открытым. Возможно лишь определить группы таких лиц: субъекты ограниченных вещных прав и субъекты обязательственных прав, связанных с владением чужой вещью. Так, арбитражной практике известны случаи предоставления негаторной защиты прав арендатора нежилого помещения и иного недвижимого имущества от противоправных действий третьего лица⁷.

Ответчиком выступает лицо, не являющееся фактическим владельцем имущества, которое своими противоправными действиями создает препятствия, мешающее нормальному пользованию имуществом. Ответчиком по негаторному иску может быть как лицо, не имеющее прав на вещь, так и собственник имущества, на законном основании передавший индивидуально-определенную вещь во владение истцу.

2. Предмет негаторного иска. Необходимо разграничивать два самостоятельных понятия: предмет иска и предмет спора. Первое – это требование, а второе – то, по поводу чего возник спор. Негаторный иск отрицает право третьего лица вторгаться в сферу пра-

вомочий законного владельца. Следовательно, предметом негаторного иска является требование истца об устранении длящихся нарушений (противоправного состояния), не связанных с лишением владения. Однако предмет данного иска зависит от характера противоправных действий и конкретизируется в возможности предъявления трех основных требований: 1) требование об устранении последствий, вызванных нарушением, т.е. восстановлении положения, существующего до нарушения прав (требование в связи с прошлым)⁸; 2) требование об устранении создаваемых ответчиком помех (требование в связи с настоящим)⁹; 3) требование о запрещении неправомерных действий со стороны нарушителя на будущее время (требование в связи с будущим), т.е. негаторный иск может быть направлен как на запрещение в последующем противоправных действий, так и на предотвращение возможного нарушения вещных прав, когда налицо угроза такого нарушения¹⁰. Например, с помощью негаторного иска истец может попытаться запретить строительство сооружения на стадии его проектирования или подготовки к возведению, если оно будет препятствовать пользованию его имуществом. Здесь противоправное состояние раскрывается в факте начала деятельности, осуществление которой неизбежно приведет к нарушению.

Надо заметить, что римскому праву был известен специальный иск о воспрепятствовании созданию в будущем помех осуществлению права собственности – прогибиторный иск. При этом в действующем российском законодательстве прогибиторное требование охватывается ст. 304 ГК РФ. В настоящее время это тождественные понятия: прогибиторное требование является разновидностью негаторного иска.

Кроме трех основных требований истец одновременно с ними может предъявить одно из дополнительных, но уже обязательственных требований: 1) требование о возмещении вреда, если противоправные действия причинили истцу ущерб, который может быть взыскан на основании ст. 1064 ГК РФ (при наличии вины); 2) требование о возмещении убытков на основании ст. 15 ГК РФ. В случае, если противоправные действия прекратились, истец вправе лишь заявить дополнительные требования.

Специфика негаторного иска проявляется и в том, что предметом спора по негаторному

иску является только недвижимое имущество. В практике встречаются случаи, когда негаторный иск предъявляется и в отношении движимого имущества, но только в непосредственной связи с недвижимостью либо в составе имущественного комплекса¹¹.

3. Основание иска – это совокупность фактических и юридических обстоятельств, с которыми истец связывает свое требование к ответчику и просит о защите вещных права¹².

Фактическое основание иска – это обстоятельства, при наступлении которых начинает действовать норма права, устанавливающая конкретный способ защиты (требование). Такие обстоятельства в соответствии со ст. 11 ГК РФ выражаются либо в форме оспаривания, либо в форме нарушения. Фактическим основанием негаторного иска является нарушение, обладающее следующей характеристикой.

1. Это нарушение является только действием. В литературе встречается обратное мнение. Так, А.П. Сергеев полагает, что препятствия в осуществлении правомочий создаются также и противоправным бездействием¹³. С данным утверждением нельзя согласиться в силу восстановительного характера негаторного иска. Как правильно отмечает К.И. Скловский, рассматриваемый иск «направлен на прекращение действий, помех, докуче, исходящей от нарушителя»¹⁴. Противоправными у ответчика могут быть только действия, которые являются первоначальными по отношению к бездействию в добровольном устранении нарушений.

2. Это действие является противоправным. Негаторный иск будет удовлетворен только в случае, если будет доказана противоправность действий третьего лица, при этом не имеет значение, было ли это поведение виновным.

Интересен пример из практики. В Постановлении ФАС Уральского округа от 15 октября 2000 г. № Ф09-1693/2000-ГК суд удовлетворил негаторное требование истца, указав, что иск направлен на прекращение действий, не носящих характер правонарушений, но выходящих за пределы разумности и добросовестности. Как видно из примера, особенность негаторного иска заключается и в том, что он применяется в качестве важного средства борьбы со злоупотреблением правом¹⁵, под которым понимается отклонение поведения управомоченного лица при внеш-

нем соблюдении предписаний норм права от принципов гражданского права.

3. Противоправное действие носит длительный характер, т.е. выражено в форме противоправного состояния. Негаторный иск может быть заявлен лишь до тех пор, пока длится нарушение или не ликвидированы его последствия. С устранением препятствий в осуществлении права отпадает и основание негаторной защиты. В соответствии с этим на негаторные требования не распространяется исковая давность (ст. 208 ГК РФ). Для удовлетворения иска не имеет значения, когда началось нарушение, важно лишь доказать, что препятствие в осуществлении прав на вещь сохранилось на момент предъявления и рассмотрения иска.

4. Нарушение носит фактический характер. Правовая природа негаторного иска позволяет ему устранять только фактические помехи.

5. Нарушение не связано с лишением владения, так как при лишении владения должен заявляться виндикационный иск.

Определение юридического основания негаторного иска вызывает определенные трудности. Вообще юридическое основание – это титул, на который опирается истец в своих требованиях. Понятие «титул» определяется в литературе как основание какого-либо права¹⁶. При этом титулы различаются по объему, т.е. правомочиям, им предусмотренным. Титульное владение означает передачу лицу имущество во владение с определением объема правомочий в отношении этого имущества.

По мнению А.П. Сергеева, юридическим основанием негаторного иска являются обстоятельства, обосновывающие права истца на пользование и распоряжение имуществом¹⁷. Представляется, что данная точка зрения не обоснована. В соответствии со ст. 305 ГК РФ всякий титульный владелец вправе предъявить негаторный иск. Если точка зрения А.П. Сергеева верна, тогда те титульные владельцы, которые наделены только правомочием владения¹⁸, лишаются негаторной защиты. Подобный вывод противоречит ст. 305 ГК РФ. Более того, в этом случае даже собственник не вправе заявить негаторный иск, так как собственность выбыла из его владения, а, следовательно, уже имущество остается без защиты. Получается, что критикуемая точка зрения не верна, правильнее утверждать, что до тех пор пока не будет установлена неза-

конность владения фактического владельца, он может пользоваться негаторной защитой. А это уже элемент владельческой защиты. Следовательно, единым юридическим основанием, легитимирующим истца на предъявление негаторного иска, является правомочие владения.

Для раскрытия особенностей негаторного иска важно рассмотреть сферу применения негаторного иска.

Большое распространение данный иск получил после введения в действие гл. 17 ГК РФ. В частности, негаторный иск стал основным способом защиты собственника земельного участка от действий владельца сервитута, где устанавливается право ограниченного пользования чужим земельным участком (сервитут). Негаторный иск может быть предъявлен в отношении прекращения сервитута. В связи со сказанным стоит заметить, что исторически он и возник как иск, отрицающий именно сервитут.

Подавляющая часть негаторных требований вытекает из соседских отношений. В соответствии с ч. 2 ст. 36 Конституции РФ владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляются их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц.

Законодательству РФ неизвестно ограничение права собственности на земельные участки, вытекающее из так называемого соседского права. Предложение о введении подобного права сделано В.В. Чубаровым¹⁹. Суть этого права состоит в том, что собственник земельного участка не может запретить неприятное воздействие исходящих из другого (соседнего) земельного участка газов, запаха, дыма, копоти, шума и т.д., если они не влияют либо влияют несущественно на использование его участка (ст. 996 Германского гражданского уложения). Если же собственник соседнего земельного участка выйдет за пределы указанных ограничений, то в этом случае возможно предъявление негаторного иска. Такая идея представляется вполне обоснованной, поскольку благотворно повлияет на отношения между соседями и не потребует внесения изменений в ст. 304 ГК РФ, так как законодательная конструкция негаторного иска защищает от любого из указанных выше действий.

На основе проведенного выше анализа можно дать следующее определение: негаторный иск – это материально-правовое, внедоговорное требование лица, владеющего индивидуально-определенной вещью на законном основании (титульного владельца), к третьему лицу об устранении длящихся противоправных фактических (неюридических) действий, которые препятствуют в осуществлении правомочия пользования недвижимым имуществом.

¹ Начиная с ГК РСФСР 1922 года и по сей день, законодательная конструкция негаторного иска не претерпевала существенных изменений: требование об устранении всяких нарушений права собственника, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения. В связи с такой формулировкой некоторые самостоятельные вещные иски формально подпадают под определение, которое дает ГК РФ негаторному иску.

² Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М., 2004. – Т. 1. – С. 564; Хаян А.В. Защита прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1974. – С. 14; Рыбаков В.А., Тархов В.А. Собственность и право собственности. – Уфа, 2001. – С. 200–201; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / отв. ред. О.Н. Садиков. – М., 2002. – С. 658 и др.

³ Иванов А.А. Правовые средства защиты права частной собственности // Правоведение. – 2001. – № 6. – С. 84–85.

⁴ Донцов С.Е. Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности. – М., 1980. – С. 35; Дернова Д.В. Процессуально- и материально-правовой характер иска об освобождении имущества от ареста // Правоведение. – 1968. – № 5. – С. 122; Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. – М., 2004.

⁵ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. – М., 1999. – С. 367; Люшня А.В. Признание права собственности как способ защиты гражданских прав: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 26.

⁶ Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. – М., 2004.

⁷ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28 января 2004 г. по делу № А56-5257/03; Постановление ФАС Московского округа от 10 ноября 2003 г. по делу № КГ-А40/8752-03-Б.

⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 29 апреля 1998 г. № Ф09-293/98-ГК.

⁹ Пункт 21 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. № 13.

¹⁰ Сторонником возможности применения негаторного иска для предотвращения возможного нарушения вещных прав, когда налицо угроза такого нарушения, является А.П. Сергеев (Гражданское право: учебник / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М., 2004. – Т. 1. – С. 804).

¹¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 18 января 2000 г. № 6615/99.

¹² Не разграничение фактического и юридического основания иска приводит к путанице в определении основания иска. Так, М. Гуревич отмечал, что для предъявления негативного иска «достаточно одного факта нарушения прав и интересов собственника» (Гуревич М. Гражданско-правовая защита права собственности // Советская юстиция. – 1969. – № 21. – С. 21).

¹³ Гражданское право: учебник / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М., 2004. – Т. 1. – С. 565.

¹⁴ Словский К.И. Негативный иск: отрицание не должно быть огульным // Бизнес-адвокат. – 2001. – № 7.

¹⁵ Это положение подтверждается и в теории. См.: Хаяня А.В. Защита прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения: автореферат дис. ...

канд. юрид. наук. – Саратов, 1974. – С. 6.

¹⁶ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова – М., 1997. – С. 445. А.М. Эрделевский определяет титул как правовое основание, представляющее собой прямое указание закона или договора. См.: Эрделевский А.М. О защите прав титульного владельца // Закон. – 2004. – № 2. – С. 31.

¹⁷ Гражданское право: учебник / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М., 2004. – Т. 1. – С. 565.

¹⁸ К ним относятся залогодержатель, хранитель, комиссионер и другие, не обладающие правом пользоваться находящимся у них недвижимым имуществом.

¹⁹ Чубаров В.В. Проблемы правового регулирования недвижимого имущества: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2006. – С. 80.

Статья поступила в редакцию 13 января 2009 г.

ПРИНЦИПЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СУБЪЕКТИВНЫХ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Н.П. Попкова,

*старший преподаватель кафедры цивилистических дисциплин
Уральского института экономики, управления и права*

Исследованы проблемы принципов осуществления субъективных гражданских прав. Автор предлагает определение соответствующего понятия, а также указывает те требования, которым должно соответствовать поведение лица, реализующего принадлежащие ему права.

Ключевые слова: субъективные гражданские права, правовые принципы.

Разнообразие содержания субъективных прав, возможность выбора управомоченным лицом варианта поведения предопределяют существование различных форм реализации субъективных прав. Однако вне зависимости от того, какую конкретную форму выберет субъект, природа соответствующего социального явления с необходимостью обуславливает существование критериев, позволяющих решить вопрос о соответствии поведения управомоченного лица тем целям, на достижение которых изначально был ориентирован законодатель, устанавливая или санкционируя нормы объективного права. Такими критериями являются принципы осуществления субъективных гражданских прав.

1. Как известно, под правовыми принципами понимают руководящие положения права, его основные начала, выражающие объективные закономерности, тенденции и потребности общества, определяющие сущность всей системы, отрасли или института права и имеющие в силу их правового закрепления общеобязательный характер¹. Акты реализации права подчинены не только тем нормам, которые непосредственно предназначены для регулирования данного вида общественных отношений. Они должны соответствовать принципам данной совокупности правовых норм (именно поэтому недопустимо, с нашей точки зрения, говорить о принципах осуществления субъективных гражданских прав как о принципах института осуществления гражданских прав²).

В современной науке все большее распространение получает точка зрения о том, что право как регулятор общественных отношений не может быть сведено только к позитивному праву («писаному праву», закону). Кроме него существует право естественное, представляющее собой «имманентно прису-

щие человеку (от природы) состояние свободы и определенные неотъемлемые права»³. Позитивное право должно соответствовать естественному праву. Только в этом случае оно может рассматриваться как справедливое и разумное. Полагаем, что данная точка зрения имеет право на существование при понимании естественного права как выработанных и усвоенных обществом в тот или иной период его исторического развития представлений о минимуме условий, без которых невозможно и само представление о человеческой личности. Именно такой взгляд на естественное право, его место в системе права был высказан С.А. Муромцевым⁴, Ю.С. Гамбаровым⁵.

Институт прав и свобод человека является центральным в конституционном праве России. В аспекте рассматриваемой проблемы необходимо обратить внимание на несколько значимых моментов. Во-первых, свобода рассматривается как ценность высшего порядка, состояние, естественное для человека. Свободный – значит, имеющий возможность действовать по собственному усмотрению, независимо от других. Термин «свобода» в этом смысле «в Конституции выполняет роль основополагающего философского принципа, который реализуется через весь комплекс конституционно-правовых норм»⁶.

Идея свободы индивида находит свое выражение в равенстве. В.С. Нерсисянц отмечает, что «свобода и равенство неотъемлемы и взаимно предполагают друг друга. С одной стороны, исходной и определяющей фигурой свободы в ее человеческом измерении является свободный индивид – необходимая основа правоспособности и правосубъектности вообще; с другой стороны, эту свободу можно выразить лишь через всеобщий принцип и норму равенства этих индивидов в определенной сфере и форме их взаимоотношений»⁷.

В силу признания равенства индивидов свобода каждого из них не может быть абсолютной. Она ограничивается свободой других: свобода состоит в возможности индивида делать все то, что не причиняет вред другим. Пределы свободы устанавливаются государством, которое в силу предоставленной ему власти на уровне норм объективного права определяет и тем самым гарантирует «меру» свободы. Указанная «мера» свободы есть ничто иное как субъективное право – субъективная возможность совершать или не совершать определенные действия.

Таким образом, объективное право выступает всеобщим равным масштабом, равной мерой именно и прежде всего свободы индивидов. «Свободные индивиды – «материя», носители, суть и смысл права»⁸. Задача государства – издание таких законов, которые создали бы условия, позволяющие индивиду посредством принадлежащего ему субъективного права, реализовать свободу, не нарушая при этом прав и свобод других лиц.

Во-вторых, обращает на себя внимание формулировка нормы ч. 1 ст. 17 Конституции РФ: основные права и свободы человека и гражданина государством признаются и гарантируются. О признании говорится и в закрепляющей основные начала гражданского законодательства ст. 1 ГК РФ. Таким образом, субъективные права – это «не просто обобщения в области юриспруденции, и уж совсем теперь не некие дары, милостиво преподанные подданным властью, благостным усмотрением правителя, а также естественные, природные для каждого человека начала жизни в обществе»⁹. Следует отметить, что в сфере частноправового регулирования естественно-правовые идеи и принципы приобрели особое значение. В определении основных начал гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ) законодатель обнажил его глубокую связь с естественным правом. По мнению С.С. Алексеева, естественное и частное право – это явления однотипные, однопорядковые¹⁰. «И то, и другое одинаково направлены в нынешнюю эпоху на обеспечение свободы человека, его самостоятельности, независимости, творческой самодеятельности и самоопределения. Поэтому и в практической жизни они призваны существовать и функционировать в глубоком единении, обогащая и усиливая друг друга»¹¹.

Принципы свободы и равенства и основные начала законодательства – явления разно-

го порядка. Первые и есть право. В.С. Нерсесянц отмечает: «Право – это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях»¹². «Какой-либо другой формы бытия и выражения свободы в общественной жизни людей, кроме правовой, человечество до сих пор не изобрело»¹³. Принципы свободы и равенства, в отличие от основных начал законодательства, не терпят исключений. Они присущи любой правовой системе.

Таким образом, можно предложить следующее определение понятия «принципы осуществления прав»: принципы осуществления субъективных прав – это те идеи, которыми должен руководствоваться законодатель, определяя в нормах права меру свободы управомоченного лица, реализация которой позволит достичь цели права наиболее оптимальным образом.

Полагаем, что вне зависимости от отраслевой принадлежности норм права, закрепляющих то или иное субъективное право, принципами осуществления последнего являются: 1) диспозитивность, которая в наиболее общей форме может быть определена как основанная на нормах права свобода и самостоятельность субъектов права в реализации принадлежащих им прав; 2) разумность и добросовестность. Исходя именно из этих двух идей, с нашей точки зрения, должно строиться правовое регулирование общественных отношений вообще и общественных отношений, составляющих предмет гражданского права, в частности. Однако их объем и содержательная наполненность будут различаться в зависимости от отраслевой принадлежности правовых норм, а если шире, то от их принадлежности к сфере частного или публичного права.

2. В гражданском праве термин «диспозитивность» используется чаще всего при характеристике средств правового регулирования: говорят о «диспозитивных» нормах права, о «диспозитивном» правовом регулировании и т.п. Не оспаривая обоснованность такого подхода, хотелось бы обратить внимание на то, что рассматриваемое правовое явление существует на другом, более глубоком уровне правовой материи: диспозитивность является характеристикой процесса взаимодействия воли отдельного субъекта и нашедшей свое нормативное закрепление воли общества.

Согласно сложившимся в науке права представлениям позитивное право представляет собой не нечто по отношению к обществу внешнее, порожденное исключительно волей законодателя, оно – «внутриобразовавшийся и законченный продукт истории»¹⁴. Оно есть порождение жизни общества, в том числе жизни экономической. Большинство современных правопорядков сформировалось под влиянием права Древнего Рима, которое приобрело авторитет канона юридического мышления¹⁵. Поэтому понимание сути принципа диспозитивности как правового явления представляется невозможным без обращения к процессу формирования принципов правового регулирования частноправовых отношений в римском праве.

Анализ источников римского права привел ученых к выводу о том, что свобода и самостоятельность индивидуума в распоряжении принадлежащего ему имущества (диспозитивность) представляло собой результат длительного исторического развития римского общества. Согласно воззрениям римских юристов право приобретало завершенность и настоящую ценность только с его судебной защитой¹⁶. Последняя с самим материальным правом не связывалась. Как отмечает И.С. Перетерский, «если и в современном государстве правомочие лица, выводимое из общей нормы, непосредственно связано (по общему правилу) с возможностью судебной защиты этого правомочия, то и в Риме эта связь представляется особо резко выраженной и идущей, если можно так выразиться, в обратном порядке: не от правомочия к иску, а от иска к правомочию. Если позиция современного права может быть выражена формулой «я имею иск, так как имею право», то для Рима (в особенности в области прав на вещи и обязательств) характерна иная формула: «Я имею право, так как мне предоставлен иск». И римское гражданское право, с точки зрения его внешности, может быть охарактеризовано как система исков»¹⁷. Обыкновенно сам суд определял, достойно ли то или иное отношение защиты или нет. Давая иск, суд этим самым возводил отношение в право¹⁸. Обращение к суду как к органу, сформированному обществом, для осуществления права имело место там, где возникал спор о его принадлежности. В случае, когда право было неоспоримым, обладатель осуществлял его, не прибегая к содействию должностных лиц. По мнению Р.Ф. Иеринга, правило «*neque enim*

potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare» следует толковать в том смысле, что тот, кто имеет свое очевидное право, тот не нуждается в правительстве ни для того, чтобы оно признало его право, ни для того, чтобы оно его осуществляло¹⁹. «Осуществление есть исключительное дело имеющего право»²⁰. Таким образом, в основе частного права лежит идея о субъективной свободе, которая в ее социально-политическом приложении определяется как отсутствие внешнего целеполагания, деятельность по собственному внутреннему побуждению (при этом в принципе не отрицается и наличие несвободы – влияние на деятельность внешней среды)²¹. Признание свободы воли (как обусловленности естественной природой человека) лишает субъекта статуса уникальности: он один из множества, равный среди равных.

Процессы, происходившие в обществе на всем историческом пути его развития, не могли не найти отражения во всех его институтах, в том числе и в праве. В отличие от Древнего Рима, где вопрос осуществления права решался по отношению к каждому конкретному случаю, в современном обществе выработка правовых положений является предметом деятельности специально созданных органов государства – законодательной власти. Однако изменение формы, посредством которой регулируются отношения между частными лицами, отнюдь не свидетельствует об изменении принципов правового регулирования²². Частное право как было, так и остается сферой господства автономии воли частных лиц, которые, будучи имущественно самостоятельными (выступая, как правило, в качестве собственников), принимают решения по своей инициативе, на свой риск и под собственную имущественную ответственность. Это находит свое отражение в положениях ГК РФ. В частности, российский законодатель, определяя предмет гражданского права, указал на то, что это отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности субъектов (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Изменение формы правового регулирования повлекло за собой изменение определения субъективного права. В римском праве субъективное право – свобода распоряжения имуществом, подлежащая в случае ее нарушения судебной защите. Сегодня пределы усмотрения правообладателя в силу определения границ субъективного права в законе известны

изначально. Их нарушение рассматривается как противоправное деяние.

По нашему мнению, для законодателя, конструирующего нормы права, предназначенные для регулирования отношений между частными лицами, диспозитивность должна явиться «отправным моментом», идеей, положенной в основу правового регулирования. Выбирая те или иные средства правового воздействия, законодатель изначально должен исходить из того положения, что вмешательство в такого рода отношения со стороны государства необходимо лишь в редких, исключительных случаях. Поскольку участники оборота, обладая автономией воли, будут действовать разумно и осмотрительно, отношения частных лиц, построенные на основе их собственных интересов (эгоистических по своему характеру), позволяют с наименьшими издержками достичь роста благосостояния как самих участников, так и общества в целом. Таким образом, не диспозитивность основывается на нормах права²³, а скорее, наоборот, нормы права являются выражением диспозитивности как одного из начал частного правового регулирования.

3. Существование принципов разумности и добросовестности в научной литературе, пожалуй, не оспаривается. В цивилистической литературе в качестве источника принципов осуществления гражданских прав вообще и названных принципов в частности указывается ст. 10 ГК РФ²⁴. Полагаем, что данное положение требует уточнения.

Известно, что к принципам гражданского права суд обращается тогда, когда ни закон, ни договор не дают ему правила, подлежащего применению в данной конкретной ситуации. Обязанный дать ответ на каждый возникающий правовой вопрос, суд, при невозможности использования аналогии закона, определяет права и обязанности сторон отношения, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Субъектом данной нормы, очевидно, является прежде всего правоприменитель. Именно к нему обращено требование при оценке поведения участников оборота использовать критерии добросовестности, разумности и справедливости.

Категория добросовестности берет свое начало от одного из ключевых понятий римского классического права – «добрая совесть» (*bona fides*) – «обычай добропорядочных и

честных людей»²⁵. В случае возникновения спора между контрагентами, судья оценивал поведение договаривающихся сторон именно с точки зрения верности данному слову, добросовестности и справедливости. Помимо категории «добросовестность», римское право для оценки поведения лица использовало и другой критерий – «заботливый и рачительный домохозяин» (*«homo diligens et studiosus paterfamilias»*), который служил мериллом для определения степени заботливости, проявляемой лицом по отношению к интересам других участников оборота и в связи с этим его ответственности за причиненный им ущерб²⁶.

Категории «добросовестность» («добрая совесть»), «добрые нравы» используются и современным законодательством ряда европейских государств (например, Германии, Франции, Швейцарии) при определении пределов осуществления гражданских прав. В отсутствие легального закрепления указанных понятий национальные правовые доктрины и практика правоприменения выработали подходы к их определению. Например, в судебной практике Германии под нарушением добрых нравов понимают нарушение требований социальной морали, но не вообще любого требования, а только того, что входит в ее содержательное ядро, т.е. ее минимальные стандарты²⁷. Как противоречие добрым нравам рассматривается и поведение, нарушающее основополагающие правовые принципы²⁸. Одним из таких принципов, нашедших свое законодательное отражение в ст. 242 Германского гражданского уложения, является принцип добросовестности. В судебном процессе для установления понятия «добрые нравы» используют фигуру добропорядочного человека. Нарушение добрых нравов имеет место в тех случаях, когда некое действие противоречит «чувству порядочности всех разумно и по справедливости мыслящих людей»²⁹.

Использует понятие «добрые нравы» и гражданское законодательство Франции. Например, ст. 6 Французского гражданского кодекса устанавливает запрет частных договоров, нарушающих законы о публичном порядке и добрые нравы. Добрые нравы – это правила нравственности, которые без прямого закрепления их нормами права могут рассматриваться как составная часть публичного порядка³⁰. Несоблюдение лицом общепризнанных норм поведения рассматривается французской доктриной как «faute» – «ви-

на»³¹. При оценке действий правонарушителя судебной практикой применяется критерий «разумного человека» – человека, проявляющего предусмотрительность, которая необходима для межличностного общения³².

Критерий «разумного человека» используется и в странах общего права³³.

Полагаем, что по смыслу нормы п. 2 ст. 6 ГК РФ, взятые в своей совокупности требования добросовестности, разумности и справедливости, не могут представлять ничего иного как минимальные требования, которые предъявляются правопорядком к участнику гражданского оборота. Они являются внешним объективным мериллом, общим правовым регулятором, при посредничестве которого «противоречивые субъективные интересы и претензии взвешиваются с точки зрения социального идеала и получают объективное решение»³⁴.

Обращенное к субъекту права требование действовать добросовестно и разумно означает обязанность лица взвешивать свои и чужие интересы, корректировать свое поведение с учетом интересов других лиц, общества в целом. Необходимо отметить, что под добросовестностью в п. 2 ст. 6 ГК РФ следует понимать субъективную сторону правоотношения. Она может быть определена, исходя из признаков, указанных в ст. 302 ГК РФ. Разумность субъекта правоотношения устанавливается путем сравнения его поведения с тем, как при сходных обстоятельствах будет действовать «обычный», «средний» человек, т.е. с общепринятыми стандартами поведения. Что же касается требования справедливости, то оно в данном случае означает ни что иное, как обязанность «взвешивать» интересы участников спорного правоотношения, определить, чей интерес с нравственной точки зрения подлежит преимущественной правовой охране. При этом суд должен исходить из предположения (презюмции) добросовестности.

Принципы разумности и добросовестности применимы и по отношению к осуществлению субъективных гражданских прав юридическим лицом, деятельностью которого (согласно господствующей в науке гражданского права точке зрения) является деятельность его коллектива, «людского субстрата»³⁵ – физических лиц, входящих в состав его органов управления, или (в соответствующих случаях) участников юридического лица (п. 1, 2 ст. 53 ГК РФ). Указанные лица, выступая от имени

юридического лица, должны действовать добросовестно и разумно (п. 3 ст. 53 ГК РФ).

Подводя итог, необходимо отметить, что уяснение принципов осуществления субъективных прав имеет важное значение, так как они являются теми ориентирами, которые лежат в основе правового регулирования. Определяя границы субъективного права, законодатель должен руководствоваться требованиями соразмерности и определенности. Презюмция добросовестности субъектов права позволяет избежать чрезмерности правовой регламентации. Законодательное закрепление пределов субъективного права обеспечивает снижение вероятности причинения ущерба интересам других лиц при реализации права. В то же время, осуществляя принадлежащее ему право, субъект уверен в том, что любой избранный им в границах субъективного права вариант поведения будет рассматриваться как правомерный даже и в случае причинения такого ущерба.

¹ См.: Грибанов В.П. Принципы осуществления гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2001. – С. 223.

² См.: Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. – М., 2007. – С. 47.

³ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: учебник – М., 2000. – С. 18.

⁴ См.: Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. – М., 2004. – С. 471.

⁵ Гамбаров Ю.С. Вещное право. Особенная часть гражданского права: лекции. – СПб., 1913. – С. 19.

⁶ Баглай М.В. Указ. соч. – С. 155.

⁷ Нерсесянц В.С. Философия права: учебник. – М., 2003. – С. 28.

⁸ Там же.

⁹ Алексеев С.С. Частное право. – М., 1999. – С. 69.

¹⁰ Там же. – С. 68.

¹¹ Там же.

¹² Нерсесянц В.С. Указ. соч. – С. 20.

¹³ Там же. – С. 24.

¹⁴ Иеринг Р. Избранные труды. – Т. 2. – СПб., 2006. – С. 47.

¹⁵ См.: Там же. – С. 28.

¹⁶ См., например: Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – М., 2002. – С. 46; Муромцев С.А. Указ. соч. – С. 586.

¹⁷ Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – С. 8.

¹⁸ См.: Муромцев С.А. Указ. соч. – С. 587.

¹⁹ См.: Иеринг Р. Указ. соч. – С. 124.

²⁰ Там же.

²¹ См.: Большой энциклопедический словарь: философия, социология, религия, эзотеризм, политекономия / главн. науч. ред. и сост. С.Ю. Солодовников. – Мн., 2002. – С. 137.

²² Следует отметить, что при отсутствии целостности,

систематичности изложения материала все решения, принимавшиеся римскими юристами, подчинены определенным принципам, широким по пределам их применения, могучим по их значению для гражданской жизни и между собой приведенным в необходимое согласие. См.: Муромцев С.А. Указ. соч. – С. 464; Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – С. 7.

²³ См.: Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Категории науки гражданского права. Избранные труды. – Т. 1. – С. 64.

²⁴ См., например: Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. – 1998. – № 8. – С. 49.

²⁵ Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. – М., 2003. – С. 478.

²⁶ Там же. – С. 482. См. также: Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – С. 285.

²⁷ См.: Шапф Ян. Система германского гражданского

права. – М., 2006. – С. 283.

²⁸ См.: Там же. – С. 282.

²⁹ Там же. – С. 161.

³⁰ См.: Жюллио де ла Морандьер. Гражданское право Франции. – Т. 1. – М., 1958. – С. 159.

³¹ Спецификой гражданского права Франции является совпадение понятий «вина» и «противоправность».

³² См.: Цвайгерт, Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – Т. 2. – М., 2000. – С. 392; Жюллио де ла Морандьер. Указ. соч. – Т. 1. – С. 412–413.

³³ См.: Романов А.К. Правовая система Англии. – М., 2002. – С. 208.

³⁴ См.: Гаджиев Г.А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. – 2002. – № 7. – С. 58.

³⁵ См.: Черепяхин Б.Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Труды по гражданскому праву. – М., 2001. – С. 300.

Статья поступила в редакцию 15 января 2009 г.

Проблемы и вопросы конституционного и административного права

ББК Х621.07

К ВОПРОСУ О РОЛИ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВОПРОСОВ СОВМЕСТНОГО ВЕДЕНИЯ В РАЗВИТИИ КООПЕРАТИВНЫХ НАЧАЛ В ФЕДЕРАТИВНЫХ ГОСУДАРСТВАХ

С.Б. Аникин,

кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и муниципального права Саратовской государственной академии права

Анализируется международно-правовой опыт развития кооперативных начал в условиях федеративного государства. Обосновывается роль государственно-правового института совместного ведения федерации и ее субъектов как юридического инструмента формирования, функционирования и дальнейшего развития различных институтов кооперации в федеративных государствах. Формулируются предложения по модернизации процессов, стимулирующих кооперацию в сфере государственного управления в Российской Федерации.

Ключевые слова: федеративное государство, кооперативный федерализм, совместное ведение.

Федеративный тип государственно-территориального устройства утвердился во многих странах современного мира. В настоящее время существует примерно 30 федеративных государств – от самых крупных в лице США, России, Индии до сравнительно мелких, как Швейцария, Австрия. К числу государств с федеративной формой государственно-территориального устройства относятся также Австралия, Аргентина, Бразилия, Канада, Мексика, ФРГ и др.

Федерация представляет собой союзное государство, состоящее из множества (как в России, США) или нескольких (Канада) государственных образований, обладающих определенной степенью самостоятельности в тех или иных сферах общественной жизни. Федеративное устройство призвано обеспечить хозяйственное и политическое единство страны с большой территорией и разобщенными районами¹.

Международно-правовая практика выделяет два способа формирования федеративных государств. Первый (классический) – так называемый «по инициативе снизу», на основе федеративного договора, представляющего собой соглашение объединяющихся в федерацию государств на передачу части своих полномочий образуемому ими центральному

федеральному правительству (например, США, Швейцария). Однако в исторической действительности не всегда классический вариант применяется для оформления федерации. Очень часто федерация возникает в результате действий «сверху», когда некое государственное целое вступает в договорные отношения со своими частями – территориальными общностями, получающими статус государственных образований, т.е. субъектов федерации, и обретающих большую политическую и юридическую свободу, в том числе и право на нормотворчество. В этом случае возможно появление так называемых асимметричных федераций, в которых субъекты обладают неодинаковыми объемами прав и обязанностей по отношению к федеративному целому².

Процессы формирования и развития федерализма как самостоятельной отрасли государствоведения и как формы территориальной организации государственных образований берут свое начало с конца XVIII века и связаны в первую очередь с образованием Соединенных Штатов Америки, превращением Швейцарии из союза кантонов в объединенную федерацию, формированием из отдельных немецких государств Германской империи. Каждое новое федеративное государст-

венное образование привносило в это общее направление государственного строительства свои уникальные, своеобразные, по сравнению с другими государствами, черты³. Эволюционные процессы формирования, становления и развития иных, существенно отличных от устоявшихся форм территориальной организации, государств становятся предметом пристального внимания ученых юристов-государствоведов. Особенно много внимания этим проблемам уделялось немецкими учеными-юристами после образования Германской империи. Об этом, например, свидетельствуют труды выдающегося немецкого ученого-правоведа, профессора Гейдельбергского университета, основоположника немецкой социологии права, автора работ по философии права, истории политических учений, истории права, международному праву Г. Еллинека⁴.

Федеративная форма государственно-территориального устройства предусматривает в качестве неотъемлемого условия его формирования и дальнейшего устойчивого и стабильного политического, экономического и социально-культурного развития как единого государственного образования конституционно-правовое закрепление способа организации взаимоотношений федерации и субъектов федерации. Это важное обстоятельство имеет непреходящее значение для практической организации государственного управления в любой форме. Известный русский государствовед С.А. Котляревский писал: «К важнейшим особенностям всякой государственной организации принадлежит распределение в ней власти между центром и периферией: эта власть бывает как бы собрана в одном фокусе, или, напротив, перераспределена по отдельным частям данного государства»⁵.

Однако современный зарубежный опыт федеративного строительства дает основание полагать, что не только распределение властных полномочий между центром государственного образования и его составными частями является важнейшим политико-морфологическим признаком федеративного государства. История и практика государственного строительства свидетельствуют, что с такой необходимостью сталкиваются многие государства на различных этапах своего развития независимо от федеративной или унитарной формы государственно-территориального устройства (Великобритания, Россия и др.). Представляется, что наряду со способами централизации и децентрализации публичной

власти важным системным признаком федеративного государства выступает и такой элемент взаимоотношений центра и территорий, как «степень взаимосвязи и взаимодействия федерации с ее составными частями»⁶. В данном случае речь идет в первую очередь о федеративных государствах, в конституциях которых в том или ином виде институализированы перечни вопросов, решаемые нормативно в определенном порядке совместно федерацией и ее субъектами (Швейцария, ФРГ, Австрия, Канада, Индия, Россия и др.).

Исследователи обращают внимание, что в зарубежной практике федеративного строительства термин «конкурирующая» компетенция зачастую рассматривается как аналог «совместного ведения» (например, ФРГ, Индия)⁷. В связи с этим правомерной представляется постановка вопроса о соотношении понятий «конкурирующая компетенция» и «совместное ведение» применительно к условиям РФ⁸. Одновременно необходимо уточнение по поводу обоснованности использования в юридической науке и на практике термина «конкурирующая компетенция» в качестве синонима категории «совместное ведение»⁹.

Анализ конституций зарубежных федеративных государств дает основание выявить ряд существенных отличий содержательно-правового характера понятия «конкурирующая компетенция» от категории «совместное ведение», предусмотренной ст. 72 Конституции РФ.

Во-первых, совместное ведение РФ и субъектов РФ является конституционно-правовой основой юридической формализации государственно-правового статуса субъекта РФ. Зарубежные конституции закрепляют данные положения изначально.

Во-вторых, совместное ведение РФ и субъектов РФ распределяет полномочия между федерацией и субъектами суммарно, т.е. применительно к представительным и исполнительным органам государственной власти¹⁰. Международно-правовая практика идет по пути подробной регламентации полномочий представительной и исполнительной ветвей власти по каждой группе полномочий (Германия, Швейцария, Австрия, Индия и др.).

В-третьих, в соответствии со ст. 72 Конституции РФ субъекты РФ осуществляют формирование собственных органов государственной власти и местного самоуправления. Зарубежный конституционно-правовой опыт идет по пути конституционного закрепления

системы и структуры органов всех ветвей государственной власти составных частей федерации (Австрия, Бельгия, Германия, Индия).

В-четвертых, Российская Федерация и субъекты РФ в рамках совместного ведения осуществляют правовое регулирование в соответствии с порядком, установленным ст. 76 Конституции РФ. При реализации полномочий в пределах конкурирующей сферы субъекты федераций осуществляют правовое регулирование опережающего характера.

В-пятых, совместное ведение РФ и субъектов РФ является источником исключительных полномочий субъектов РФ, формируемых по остаточному принципу в соответствии со ст. 73 Конституции РФ. Исключительные полномочия субъектов федераций за рубежом устанавливаются конституциями и, как правило, в качестве исчерпывающего перечня (Германия, Индия).

Известно, что организация взаимоотношений, степень взаимосвязи и взаимодействия между федерацией и ее составными частями в теории федералогии рассматриваются как критерий классификации федеративных систем. В соответствии с ним государственно-правовая теория выделяет дуалистическую и кооперативную модели федерализма.

Дуалистический федерализм базируется на двойственном суверенитете (федеративного образования и субъектов федерации), при этом оба уровня независимы друг от друга и обладают самостоятельным конституционно-правовым статусом¹¹. Кооперативная модель федерализма предусматривает кооперацию, сотрудничество, «солидарную ответственность центра и составных частей федерации при осуществлении определенных социально значимых государственных функций»¹².

Динамика международного опыта строительства внутрифедеративных отношений показывает, что подавляющее большинство современных федеративных государств, решая проблемы организации внутрисубъектных связей, нормативно формализуют в том или ином виде различные формы кооперации управленческого потенциала федерации и ее субъектов. Данный вывод базируется в том числе и на исследованиях ученых-юристов и политологов обоснованно полагающих, что кооперативная модель федерализма, центральным звеном которой выступают партнерские отношения, дает возможность рассматривать федерализм не только как режим и форму территориально-политического уст-

ройства государства, но и как метод государственного управления¹³. Среди качеств, присущих этому методу для всех федеративных государств, Р.Г. Абдулатипов и Л.Ф. Болтенкова в качестве наиболее значимых выделяют самостоятельность и взаимодействие трех уровней власти: центральной, региональной и местного самоуправления¹⁴.

Г.В.Ф. Гегель писал: «Сущность государства нового времени состоит в том, что всеобщее связано в нем с полной свободой особенности... Следовательно, всеобщее должно деятельно осуществлять, но вместе с тем субъективность должна обрести полное жизненное развитие. Лишь благодаря тому, что оба момента прибывают в своей силе, государство может быть рассмотрено как расчлененное и подлинно организованное»¹⁵. Таким образом, данный гегелевский посыл применительно к федеративным государствам в отношениях федерации и их субъектов выступает ориентиром на развитие особенностей составных частей федерации в организационном единстве всего государства.

Становление и развитие кооперативных основ федерализма неразрывно связано с формированием комплекса взаимоотношений, получивших в науке название «межтерриториальное управление». Отношения такого рода развиваются на различных уровнях правового регулирования, между субъектами федерации и муниципальными образованиями, субъектами бизнеса, различными институтами гражданского общества¹⁶. Органической частью «межтерриториального управления» являются в свою очередь «межправительственные отношения», т.е. вертикальные и горизонтальные связи между уровнями власти, субъектами федерации и муниципальными образованиями, неформальными центрами принятия политических решений, различными ассоциациями и т.п.¹⁷

Представляется, что одним из эффективных путей развития кооперативных начал государственного управления в широком и узком понимании в условиях федеративного государства является использование в этих целях специального юридического инструментария, например, закрепленного в конституциях многих федераций государственно-правового института «совместного ведения федерации и ее субъектов». Однако это совершенно не означает, что отсутствие закрепленного конституционно совместного ведения федерации и ее субъектов является непреодо-

лимым препятствием для успешного построения различных моделей кооперации федеральных отношений. Примером может служить США, где, как известно, конституция не содержит института совместного ведения США и штатов. Развитие межправительственных отношений занимает важнейшее, ключевое место в системе модернизации основ американского федерализма, получая систематически новые стимулирующие импульсы в разные периоды: «первый новый федерализм» (1930–1950 гг.), «второй новый федерализм» (1960 – середина 1970-х гг.), «третий новый федерализм» (1975–1980 гг.)¹⁸. Исследователи отмечают, что каждый из этих этапов знаменуется развитием специфических форм взаимодействия четырех традиционных для США участников федеративного политического процесса: федеральных властей, властей штатов, городского самоуправления, общественных организаций и коммерческих корпораций¹⁹.

Таким образом, конституционно-правовая формализация совместного ведения федерации и ее субъектов выступает с одной стороны юридической основой для межтерриториального управления, а собственно сам предмет совместного ведения является материальной основой, на которой базируется межрегиональная кооперация.

Практическое значение реализации предмета совместного ведения и роли исполнительной власти в формировании основ кооперативного федерализма в зарубежных федерациях проявляется в следующем.

Во-первых, конституции федеративных государств не закрепляют в своих нормах в качестве основополагающего принципа построения внутрифедеративных взаимоотношений разграничение полномочий между федерацией и ее субъектами.

Во-вторых, основные законы зарубежных государств переносят центр тяжести в реализации предмета совместного ведения на позитивное взаимодействие, на объединение управленческих усилий федерации и ее субъектов по этим вопросам. При этом каждое федеративное государство выстраивает свои собственные, уникальные взаимоотношения такого рода.

Например, ст. 44 Конституции Швейцарии от 18 апреля 1999 г. закрепляет конкретные принципы взаимодействия Союза и кантонов при реализации предмета совместного ведения. К таким принципам относятся:

а) сотрудничество союза и кантонов и поддержка друг друга при выполнении совместных задач;

б) взаимный учет интересов союзом и кантонами, оказание друг другу административной и правовой поддержки;

в) переговорный и посреднический способ решения споров между кантонами или между кантонами и Союзом.

Конституция Швейцарии, указывая конкретную сферу управления, одновременно оговаривает, к какой компетенции эта сфера относится (союза, кантонов или совместной) и что конкретно находится в компетенции каждого субъекта правового регулирования.

Германский федерализм также делает главный акцент на объединении усилий федерации и земель в целях наилучшего решения вопросов государственного управления. Основным законом ФРГ от 23 мая 1949 г. устанавливает и закрепляет целую совокупность публично-правовых механизмов, направленных на создание единой управленческой системы. Для этого используются ряд конституционных положений административно-правового характера прямого действия. Например, в соответствии с Основным законом ФРГ (ст. 27) все германские коммерческие суда объединены в единый торговый флот, а органы государственной власти Федерации и земель оказывают друг другу взаимную правовую и межведомственную помощь (ст. 35). Кроме того, реализуются и методы косвенного управленческого воздействия, связанные с формированием единых основ государственного управления, в том числе и через использование в надлежащем соотношении на федеральном уровне кадрового потенциала земель. Конституционно закрепляется преимущественное привлечение к управлению в иных органах власти федерации сотрудников тех земель, в которых действуют эти органы.

Основным законом ФРГ содержит специальную главу, определяющую общие задачи федерации и земель, а также основные вопросы, по которым федерация участвует в выполнении совместно с землями задач, имеющих значение для всей федерации. Перечень таких вопросов является открытым, и он детализируется федеральным законом. Кроме того, федерация и земли могут на основании соглашений действовать сообща при планировании в сфере образования, а также при поддержке научно-исследовательских учреждений и проектов межрегионального значения.

То есть весь механизм федеративного государственного управления направлен не на разграничение полномочий субъектов управления, а на объединение усилий федерации и земель в этом направлении, вплоть до применения федерального принуждения. Если земля не выполняет федеральные обязательства, возложенные на нее Основным законом или другим федеральным законом, федеральное правительство может с согласия Бундесрата принять необходимые меры, чтобы путем принуждения со стороны Федерации побудить землю к выполнению этих обязательств (ст. 37).

В Австрийской республике в соответствии Федеральным конституционным законом от 10 ноября 1920 г. «Конституция Австрийской республики» сформирован многоступенчатый механизм концентрации совместных усилий федерации и земель при реализации совместного ведения. Функционирование этого механизма базируется на основе:

а) распределения законодательных и исполнительных функций между федерацией и землями (в соответствии со ст. 11 Конституции Австрии по вопросам, указанным в данной норме, принятие законодательства осуществляется федерацией, а исполнительная деятельность отнесена к компетенции земель (гражданство; профессиональные представительства; народное жилищное обеспечение; дорожная полиция; санитарно-гигиенические мероприятия и т.д.));

б) дифференциации законодательной функции между федерацией и землями по вопросам, перечисленным в ст. 12 Конституции Австрии, и возложения реализации исполнительных полномочий на земли. В соответствии с данной нормой к ведению федерации относится установление общих принципов законодательства, а к ведению земли – издание конкретизирующих законов и исполнительная деятельность (призрение бедных; демографическая политика, народные попечительские учреждения; социальное обеспечение материнства, младенчества и юношества; лечебные заведения и учреждения социального обеспечения; установление требований, предъявляемых с точки зрения нужд здравоохранения к курортам, а также курортным заведениям и учреждениям и т.д.).

Анализ конституций федеративных государств показывает, что ведущая роль в формировании единых организационных основ функционирования всех уровней правового

регулирующего отводится исполнительной власти. Именно исполнительная власть выступает в качестве политико-правового инструмента, которому в федеративных государствах отводится роль практической реализации федеральных и региональных интересов и трансформации их в единое целое для всего государства.

В связи с этим представляется обособленной и верной позиция И.Б. Гоптаревой и поддерживающих ее авторов о рассмотрении конституции в качестве своеобразного двигателя механизма распределения власти между участниками федеративного союза, а также потребности многосоставного (плюралистического) общества в интеграции²⁰.

В связи с этим, рассматривая совместное ведение федерации и ее субъектов (ст. 72 Конституции РФ) в качестве конституционной основы формирования и развития кооперативных связей в РФ, мы должны учитывать следующее.

Норма ст. 72 Конституции РФ не только очерчивает границы правового пространства, находящегося в совместном ведении двух субъектов правового регулирования – Российской Федерации и субъектов РФ, но и охватывает своим содержанием целую совокупность правовых явлений и процессов. Совместное ведение выступает конституционно-правовой основой институционализации государственно-властных отношений между Российской Федерацией и ее субъектами, а также формирования и практической реализации механизма правового регулирования общественных отношений субъектами РФ.

Совместное ведение РФ и субъектов РФ, таким образом, выступает системообразующим правовым образованием. Российская Федерация и субъекты РФ, практически реализуя предмет совместного ведения, формируют вертикальные и горизонтальные государственно-властные отношения между органами государственной власти федерального и регионального уровней, органами местного самоуправления, объективно необходимые для функционирования всей системы государственного управления делами общества в широком и узком понимании.

Объективной основой для развития кооперативных связей всех видов в условиях федеративного государства выступает материальная структура предмета совместного ведения. Материальная структура предмета совместного ведения РФ и субъектов РФ пред-

ставляет собой сложное правовое образование. Она включает в себя не только сферы общественной жизни (правопорядок, общественную безопасность, природопользование, охрану окружающей среды, памятников истории и культуры и т.п.), но и конкретные полномочия (осуществление мер по борьбе с катастрофами, стихийными бедствиями, эпидемиями, ликвидация их последствий и т.д.), государственные функции (защита прав и свобод человека и гражданина; защита прав национальных меньшинств; координация вопросов здравоохранения; защита семьи, материнства, отцовства и детства; социальная защита, включая социальное обеспечение и т.д.)²¹.

Помимо сфер общественной жизни, совместным ведением охватываются также отдельные отрасли законодательства. Перечень отраслей законодательства совместного ведения сосредоточен в п. «к» ст. 72 Конституции РФ. Он включает в себя административное, административно-процессуальное, трудовое, семейное, жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах, об охране окружающей среды.

Таким образом, материальная структура предмета административно-правового регулирования совместным ведением РФ и ее субъектов является не только объективной основой формирования отраслей управления и построения единой системы исполнительной власти в Российской Федерации, но и предстает в качестве основы формирования всех иных связей, в том числе охватываемых понятиями «межправительственные отношения» и «межтерриториальное управление».

Соглашаясь в целом с предложением исследователей о необходимости подкрепления нормы ст. 72 Конституции РФ органическим законом о совместных задачах федерации и ее субъектов²², мы считаем недостаточно обоснованным сужение взаимодействия федерации и ее субъектов до «реализации тех или иных региональных программ, если эти программы играют важную роль в обеспечении поступательного развития государства»²³. Целесообразнее в этой связи вести речь о нормативном закреплении принципов и форм сотрудничества между федерацией и субъекта

ми, а также между субъектами РФ, субъектами РФ и органами местного самоуправления. Основой такого сотрудничества будет выступать материальная структура предмета совместного ведения РФ и ее субъектов.

¹ См.: Федерализм: энциклопедия. – М., 2000. – С. 551.

² См.: Сергеев С.Л. Теоретические основы регионального законодательства: правовые и социально-политические аспекты: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2000. – С. 16.

³ См.: Котляревский С.А. Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора. – СПб., 1907. – С. 56.

⁴ См., например: Еллинек Г. Общее учение о государстве. – СПб., 1908.

⁵ См.: Котляревский С.А. Указ. соч. – С. 56.

⁶ Силинов П.М. Федерализм в зарубежных странах: конституционно-правовые и политические технологии: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 124.

⁷ См.: http://www.constitution.garant.ru/DOC_3864861.htm.

⁸ См.: Могучих Е.В. Правовое регулирование взаимодействия органов исполнительной власти Российской Федерации и ее субъектов в области предметов совместного ведения: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 13.

⁹ См., например: Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. – М., 2007. – С. 383; Борисов Я.Е. Канадский федерализм: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2000. – С. 94.

¹⁰ См.: Алексин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: учебник. – М., 1996. – С. 16.

¹¹ См.: Силинов П.М. Указ. соч. – С. 124.

¹² Умнова И. Конституционные основы современного российского федерализма. – М., 1998. – С. 35.

¹³ См.: Силинов П.М. Указ. соч. – С. 125.

¹⁴ См.: Абдулатипов Р.Г., Болтенкова Л.Ф. Опыт федерализма. – М., 1994. – С. 271; Абдулатипов Р.Г. Национальный вопрос и государственное устройство России. – М., 2001. – С. 200.

¹⁵ См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. – М., 1990. – С. 286–287.

¹⁶ См.: McCarty L. Competative Regionalism. Beyond Individual // Стратегическое планирование в городах и регионах. Сервер для специалистов по стратегическому планированию // <http://citystrategy.lcomtief.w/it=3c54898019b2c>.

¹⁷ См.: Силинов П.М. Указ. соч. – С. 127.

¹⁸ См.: Federalism and intergovernmental Relations (Edited by Wright D. White H.L.). – Washington, 1984. – P. 1–19.

¹⁹ См.: Силинов П.М. Указ. соч. – С. 132.

²⁰ См.: Гоптарева И.Б. Политическая концепция федерализма: теоретические истоки и современность: автореферат дис. ... д-ра полит. наук. – М., 2003. – С. 36; Силинов П.М. Указ. соч. – С. 129.

²¹ См.: Умнова И.А. Указ. соч. – М., 1998. – С. 178.

²² См.: Силинов П.М. Указ. соч. – С. 198.

²³ См.: Там же.

Статья поступила в редакцию 6 февраля 2009 г.

О СООТНОШЕНИИ И ВЗАИМОСВЯЗИ ФОРМ ТАМОЖЕННОГО КОНТРОЛЯ И МЕР АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

О.В. Гречкина,

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права ЮУрГУ

Рассмотрены проблемы соотношения и взаимосвязи форм таможенного контроля и мер административно-правового принуждения. Автором предложено разделить формы таможенного контроля на два этапа: первичный и вторичный. Отмечено, что формы таможенного контроля могут выступать в качестве мер административно-правового принуждения, что свидетельствует об их двойственной правовой природе.

Ключевые слова: *таможенный контроль, формы, административное принуждение, меры.*

Для правоприменительной практики таможенных органов актуальным является вопрос о соотношении и взаимосвязи форм таможенного контроля и мер административно-правового принуждения. Механизм таможенно-правового регулирования требует найти такое оптимальное соотношение, когда, с одной стороны, меры различных классификационных категорий будут носить самостоятельный характер и иметь четко установленные границы их применения, а, с другой стороны, будут тесно взаимосвязаны, сопряжены, что позволит обеспечить непрерывный административно-таможенный процесс. Одним из процессуальных проявлений такого симбиоза мер служит признание в качестве доказательств результатов проведения форм таможенного контроля, оформленных в соответствии с требованиями законодательства об административных правонарушениях¹.

Под формой таможенного контроля понимается направление деятельности должностного лица таможенного органа, включающее применение определенных методов, средств и способов в целях проверки соблюдения субъектами внешнеэкономической деятельности таможенного законодательства.

В соответствии со ст. 366 Таможенного кодекса РФ таможенный контроль проводится в следующих формах: проверка документов и сведений; устный опрос; получение пояснений; таможенное наблюдение; таможенный осмотр товаров и транспортных средств; таможенный досмотр товаров и транспортных средств; личный досмотр; проверка маркировки товаров специальными марками, наличия на них идентификационных знаков; ос-

мотр помещений и территорий; таможенная ревизия.

Проверка документов и сведений предполагает осуществление документального контроля со стороны таможенного органа. Как правило, она предваряет досмотр товаров и транспортных средств. К проверяемым документам относятся:

– таможенные документы – документы, составляемые исключительно для таможенных целей (таможенные декларации, документы контроля за доставкой товаров и т.д.);

– коммерческие документы – документы, используемые для подтверждения совершения внешнеэкономических сделок (контракты, счета-фактуры, отгрузочные и упаковочные листы и т.д.);

– транспортные документы – документы, подтверждающие наличие и содержание договора перевозки товаров при международных перевозках (накладные, коносаменты и т.д.);

– иные документы, необходимые для осуществления таможенного контроля (учредительные документы, различные сертификаты и т.д.).

Устный опрос проводится в отношении физических лиц. Он осуществляется во время таможенного оформления. Объяснения опрашиваемого лица в письменной форме не оформляются.

В ходе получения пояснений должностное лицо таможенного органа получает сведения об обстоятельствах, имеющих значение для проведения таможенного контроля. Пояснение оформляется в письменной форме.

Таможенное наблюдение согласно ст. 370 Таможенного кодекса РФ представляет собой визуальное наблюдение уполномоченными лицами таможенных органов за перевозкой товаров и транспортных средств, находящихся под таможенным контролем, совершением с ними грузовых и иных операций. Должностные лица таможенных органов осуществляют наблюдение непосредственно или с применением технических средств.

Таможенный осмотр товаров и транспортных средств согласно ст. 371 Таможенного кодекса РФ означает внешний визуальный осмотр товаров, багажа физических лиц, транспортных средств, грузовых емкостей, таможенных пломб, печатей и иных средств идентификации товаров для целей таможенного контроля. От таможенного досмотра товаров и транспортных средств он отличается тем, что не связан со вскрытием транспортного средства либо его грузовых помещений и нарушением упаковки товаров. Досмотр наиболее распространенная форма таможенного контроля. Он осуществляется после принятия таможенной декларации на товары. До подачи декларации таможенный досмотр может быть проведен для идентификации товаров либо при наличии информации о нарушении таможенного законодательства с целью ее проверки.

Личный досмотр (ст. 373 Таможенного кодекса РФ) – исключительная форма таможенного контроля. Условиями законности проведения личного досмотра являются:

– решение о проведении личного досмотра принимает начальник таможенного органа (либо лицо, его замещающее) путем наложения резолюции на таможенную декларацию либо на рапорте должностного лица таможенного органа;

– проводится при наличии оснований полагать, что лицо скрывает при себе и добровольно не выдает предметы, являющиеся объектами совершения правонарушения или преступления (соответствующая информация, непосредственное обнаружение любых признаков, указывающих на этот факт);

– лицо должно быть ознакомлено с его правами и обязанностями;

– проводится должностным лицом в присутствии понятых одного пола с досматриваемым лицом;

– о проведении личного досмотра составляется протокол.

Проверка маркировки товаров специальными марками, наличия на них идентификационных знаков осуществляется таможенными органами в ходе таможенного контроля. Она предполагает проверку наличия на товарах и их упаковке знаков, используемых для подтверждения легальности их ввоза на таможенную территорию. Идентификация предполагает использование пломб, печатей, буквенной или иной маркировки, идентификационных знаков, транспортных (перевозочных), коммерческих или иных документов, проставление штампов, взятие проб и образцов товаров, подробное описание имущества, фотографий и т.д. Средства идентификации могут уничтожаться или изменяться только таможенными органами или с их разрешения.

Осмотр помещений и территорий предполагает проверку складов временного хранения, таможенных складов, магазинов беспошлинной торговли и других мест, где могут храниться товары и транспортные средства, подлежащие таможенному контролю.

Таможенная ревизия (ст. 376 Таможенного кодекса РФ) заключается в проверке факта выпуска товаров, а также достоверности сведений, указанных в таможенной декларации и иных документах, представленных при таможенном оформлении. Такие сведения подлежат сопоставлению с данными бухгалтерского учета и отчетности, счетами, другой имеющейся у таможенного органа информацией. Различают две формы таможенной ревизии: общую и специальную. Субъектами общей таможенной ревизии являются декларанты, российские лица, заключившие внешнеторговые сделки, иные лица, совершающие юридически значимые действия от собственного имени с товарами, находящимися под таможенным контролем. Специальная ревизия может осуществляться в отношении указанных лиц только в случаях, если по результатам общей ревизии или при применении других форм контроля обнаружены данные, свидетельствующие о недостоверности сведений, представленных при таможенном оформлении.

Таможенные органы наделены широким спектром мер административно-предупредительного характера. Несмотря на то, что целевое назначение данного вида мер административного воздействия – это профилактика правонарушений, они имеют принудительно-запретительный или принудительно-ограничительный характер. Применительно к тамо-

женно-правовым отношениям запреты и ограничения, устанавливаемые актами таможенного законодательства, обязательны для соблюдения участниками внешнеэкономической деятельности.

В качестве административно-предупредительных мер могут выступать формы таможенного контроля. В подтверждение этого в первую очередь представляется необходимым разделить формы таможенного контроля на два этапа: первичный и вторичный. К формам первичного контроля следует отнести применение таких форм деятельности таможенных органов, как меры оценки рисков, разделение товаров на упаковочные места по отдельным видам и (или) наименованиям товаров, создание зон таможенного контроля, запрос или истребование документов и сведений, идентификация товаров и транспортных средств, находящихся под таможенным контролем, экспертизы и исследования, взятие проб и образцов товаров, необходимых для исследования, использование технических средств. Данные действия хотя и не признаны Таможенным кодексом РФ собственно формами таможенного контроля, однако являются таковыми, поскольку выполняются в целях обеспечения соблюдения таможенного законодательства Российской Федерации и основаны на властном волеизъявлении таможенных органов и их должностных лиц, что позволяет их отнести к административно-предупредительным мерам. В этой связи необходимо законодательно закрепить формы первичного таможенного контроля в качестве форм таможенного контроля.

Так, при выборе форм таможенного контроля используется система управления рисками. Под риском понимается вероятность несоблюдения таможенного законодательства РФ. Таможенный кодекс РФ не закрепляет систему управления рисками в качестве формы таможенного контроля, а определяет ее в качестве принципа «анализа системы управления рисками» и приоритетного направления в деятельности таможенных органов, т.е. принципа «минимального вмешательства». Его суть состоит в соблюдении принципа выборочности и достаточности таможенного контроля путем применения системы управления рисками.

Стратегия таможенного контроля базируется на системе мер оценки рисков, что позволяет обеспечить эффективный точечный контроль этапов таможенного оформления,

где прогнозируется наибольший риск совершения правонарушений, посягающих на экономическую безопасность страны. Принцип выборочности таможенного контроля должен максимально упростить и сократить время по соблюдению таможенных формальностей участникам внешнеэкономической деятельности².

На основе анализа системы управления рисками таможни разрабатывают профили риска, представляющие собой совокупность сведений об области риска и конкретизирующие условия, необходимые для их применения, так называемые индикаторы риска. Правоприменительная практика показывает, что наиболее эффективно в таможнях применяются «рамочные» профили риска, основанные на применении собственной интуиции или иной информации при ввозе товаров на таможенную территорию Российской Федерации и при их вывозе с таковой. Примером применения данной категории профилей риска могут служить случаи, когда у должностных лиц таможни есть основания полагать, что лицо, ранее совершавшее административные правонарушения в области таможенного дела, имеет намерение предоставить недостоверные сведения о товаре либо укрывать товар от таможенного оформления, а равно наличие в отношении лица оперативной информации о намерении совершить им таможенное правонарушение или преступление.

Цель применения мер административно-предупредительного характера в форме таможенного контроля и применения системы управления рисками – обеспечение безопасности внешней торговли. Ее достижение возможно только в ходе совместного процесса, начинающегося в момент подготовки грузов с целью недопущения ненужного дублирования мер контроля. Решение поставленной задачи может быть осуществлено в ходе заключения договоренности между таможенными администрациями о согласующихся стандартах контроля и управления рисками, обмене разведывательными сведениями и данными по профилированию рисков.

Следовательно, управление рисками представляет собой «систематическое применение управленческих процедур и практики, которые представляют в распоряжение таможенных служб информацию, необходимую для работы с транспортными операциями или товарными партиями, которые представляют определенный риск»³, выполняется в целях

обеспечения соблюдения таможенного законодательства РФ, основано на властном волеизъявлении таможенных органов и их должностных лиц и может быть законодательно закреплено в качестве формы таможенного контроля.

В свою очередь к формам вторичного таможенного контроля следует отнести формы таможенного контроля, перечисленные в ст. 366 Таможенного кодекса РФ. Формы первичного таможенного контроля применяются для исполнения форм вторичного таможенного контроля. Если формы первичного таможенного контроля являются достаточными для принятия решения о выпуске товаров, тогда необходимость в применении форм вторичного таможенного контроля отпадает.

Формы первичного и вторичного таможенного контроля, регламентированные таможенным законодательством и применяемые таможенными органами в пределах своей компетенции, могут быть признаны в качестве доказательств по делам об административных правонарушениях наряду с другими доказательствами, в соответствии с законодательством РФ об административных правонарушениях. Интеграция норм таможенного законодательства в административное законодательство позволяет судить о двойном назначении форм первичного и вторичного таможенного контроля, поскольку исходя из целей и времени применения они могут быть отнесены к административно-предупредительным мерам, а в случае возбуждения дела об административном правонарушении могут выступать в качестве меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях. Например, формы таможенного контроля – досмотр вещей и личный досмотр – могут являться как административно-предупредительными мерами, так и мерами обеспечения производства по делу об административном правонарушении. Такое при-

знание зависит от процедуры их применения: если, например, досмотр вещей и личный досмотр осуществляются в ходе проведения таможенного контроля, тогда это административно-предупредительные меры; если досмотр вещей и личный досмотр осуществляются в связи с возбуждением дела об административном правонарушении, тогда это меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении.

Как видим, особенностью применения таможенными органами мер административного принуждения является то, что возможность их применения урегулирована не только законодательством об административных правонарушениях, но и актами таможенного законодательства. В свою очередь комплексность правового регулирования обнаруживает ряд специфических действий таможенных органов, имеющих явный правоохранительный характер, но не признанных таковыми, что обуславливается острой необходимостью признания и законодательного закрепления их в качестве форм таможенного контроля и мер административно-правового принуждения.

¹ См., например, ст. 392 Таможенного кодекса РФ.

² Шавшина В.П. Таможенное регулирование. Таможенный контроль. Взгляд на желаемое, действительное и возможное // Таможенно-правовая политика России в условиях вступления в ВТО: материалы Международной научно-практической конференции. – Саратов, 2006. – С. 141–142.

³ Учебно-методические материалы курсов повышения квалификации должностных лиц таможенных органов по программе «Организация таможенного администрирования в условиях членства России в ВТО». – СПб., 2006 // Материалы официально опубликованы не были.

Статья поступила в редакцию 30 октября 2008 г.

О СТАДИЯХ ДИСЦИПЛИНАРНОГО ПРОИЗВОДСТВА

Т.Л. Пономарева,

соискатель кафедры конституционного и административного права ЮУрГУ

Исследуется понятие специальной дисциплинарной ответственности, рассмотрены порядок наложения дисциплинарных взысканий на работников таможенной службы и основные стадии процессуальной деятельности в дисциплинарном производстве. Автором определены особенности специальной дисциплинарной ответственности, понятие дисциплинарного проступка, сроки и обязательные условия наложения дисциплинарного взыскания.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность, стадии дисциплинарного производства, служебная проверка.

В отношении большинства работников дисциплинарная ответственность регламентируется комплексом норм трудового и административного права. Дисциплинарная ответственность некоторых категорий лиц полностью опосредуется административным правом. Это объясняется необходимостью наряду с общими началами учитывать особые требования дисциплины в отношении определенной категории лиц и установления специфики их дисциплинарной ответственности¹.

Трудовое законодательство различает два вида дисциплинарной ответственности: общая и специальная. Общая дисциплинарная ответственность установлена ТК РФ, к ней могут быть привлечены все лица, вступившие в соответствии с ТК РФ в трудовые отношения и получившие статус работников.

Специальная дисциплинарная ответственность – это ответственность, предусмотренная для отдельных категорий работников специальным законодательством, уставами и положениями о дисциплине. Специальная дисциплинарная ответственность имеет некоторые особенности:

1) строго определен круг субъектов, подпадающих под действие соответствующих норм;

2) соответствующими нормативными актами предусмотрены специальные меры дисциплинарного взыскания;

3) четко очерчен круг лиц и органов, наделенных властью применения таких дисциплинарных взысканий;

4) действует особый порядок обжалования взысканий;

5) соответствующими федеральными законами, уставами, положениями могут быть предусмотрены и более строгие меры взыска-

ния, отличающиеся от тех, что применяются к работникам при общей дисциплинарной ответственности.

Специальная дисциплинарная ответственность работников таможенной службы установлена Федеральным законом от 21 июля 1997 г. № 114-ФЗ «О службе в таможенных органах Российской Федерации», Дисциплинарным уставом таможенной службы Российской Федерации, утвержденным Указом Президента РФ от 16 ноября 1998 г. № 1396 (далее – Дисциплинарный устав) и Инструкцией об организации и о проведении служебной проверки в таможенных органах Российской Федерации, утвержденной Приказом Федеральной таможенной службы от 2 сентября 2008 г. № 1083.

Законом определен порядок применения и снятия дисциплинарного взыскания. Так, за каждый дисциплинарный проступок может быть применено только одно дисциплинарное взыскание².

Исходя из анализа действующих правовых норм, теоретических положений о стадиях процессуальной деятельности в рассматриваемом производстве различают следующие стадии:

– возбуждение дела о дисциплинарном проступке;

– служебное разбирательство или служебная проверка;

– рассмотрение дела;

– вынесение решения;

– исполнение решения;

– пересмотр решения.

Начинается дисциплинарное производство с возбуждения дела о дисциплинарном проступке.

Так, Дисциплинарный устав таможенной службы РФ определяет дисциплинарный проступок или нарушение служебной дисциплины как виновное неисполнение или ненадлежащее исполнение сотрудником возложенных на него должностных обязанностей.

Следуя суждениям таких авторов, как Д.Н. Бахрах, Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков, можно считать, что служебное разбирательство проводится начальником при наличии повода – поступлении информации о неправомерных действиях члена коллектива или обнаружении проступка самим руководителем. В ходе разбирательства устанавливается, было ли совершено правонарушение, при каких обстоятельствах, с какой целью проступок был совершен, каковы его последствия, степень вины его участников³.

По мнению К.С. Бельского, группе процессуальных действий, направленных на квалификацию правонарушения, выяснение обстоятельств, связанных с виновностью и дееспособностью правонарушителя, а также на принятие компетентным органом законного решения по делу, можно дать условное наименование «официальная оценка противоправного деяния». Этому элементу дисциплинарной ответственности предшествует требование объяснения от виновного лица по поводу совершенного правонарушения. Это своеобразный элемент, означающий, с одной стороны, обязанность компетентного органа истребовать объяснение от правонарушителя, с другой стороны – право лица, совершившего правонарушение, на то, чтобы его выслушал юрисдикционный орган. Объяснение правонарушителя К.С. Бельский рассматривает как обязательный элемент, но он обязателен не в смысле того, что виновный субъект должен дать объяснение по поводу своих действий, а в том, что у него есть право сказать об этих действиях правду, привести аргументы, которые оправдывают их.

До наложения дисциплинарного взыскания от сотрудника должно быть затребовано письменное объяснение. При необходимости проводится служебная проверка указанных в нем сведений с вынесением соответствующего заключения по ее результатам. Отказ сотрудника от дачи письменного объяснения по существу совершенного им дисциплинарного проступка не может служить препятствием для применения дисциплинарного взыскания. И в случае отказа сотрудника от дачи письменного объяснения составляется акт⁴.

Согласно Инструкции об организации и о проведении служебной проверки в таможенных органах РФ при выявлении поводов для проведения служебной проверки начальник таможенного органа обязан принять незамедлительные меры по организации и ее проведению. Служебная проверка проводится на основании приказа таможенного органа, в котором указывают повод для ее назначения, сроки ее проведения, состав комиссии, срок представления начальнику таможенного органа материалов служебной проверки и заключения по ее результатам.

Служебная проверка должна быть завершена не позднее чем через месяц со дня издания приказа таможенного органа о ее проведении. Комиссию для проведения служебной проверки возглавляет председатель, назначаемый из числа должностных лиц, обладающих соответствующими профессиональными знаниями и необходимым опытом в организации и проведении служебных проверок⁵.

Служебная проверка является важным условием принятия объективного решения о привлечении к дисциплинарной ответственности и в то же время гарантией защиты прав служащего⁶. Служебная проверка проводится в целях выявления фактов, обстоятельств, причин совершения проступков, в процессе которой необходимо:

1) объективно и всесторонне установить:

– факт совершения дисциплинарного проступка, время, место, обстоятельства его совершения;

– сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок, и лиц, причастных к его совершению;

– деловые качества сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок;

– вину сотрудника при совершении дисциплинарного проступка или степень вины каждого сотрудника при его совершении несколькими сотрудниками;

– причинно-следственную связь между действиями (бездействием) сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок, и наступившими последствиями;

– размер материального ущерба, причиненного в результате совершения дисциплинарного проступка;

– обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок;

– отношение сотрудника к совершенному им дисциплинарному проступку и его последствиям;

– причины и условия, которые способствовали совершению дисциплинарного проступка;

2) подготовить предложения о мере дисциплинарной или материальной ответственности сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок;

3) разработать предложения об организации и о проведении предупредительно-профилактических мероприятий, направленных на устранение причин и условий, способствовавших совершению дисциплинарного проступка;

4) оформить документально все сведения о дисциплинарном проступке⁷.

Основанием для наложения на сотрудника дисциплинарного взыскания является заключение о результатах служебной проверки, в котором указывают:

1) повод для проведения служебной проверки, основание (приказ таможенного органа), должность, фамилии и инициалы членов комиссии;

2) сроки проведения служебной проверки;

3) факт, обстоятельства, время, место, условия совершения дисциплинарного проступка;

4) сведения (должность, фамилия, имя и отчество, период службы в таможенных органах, в том числе по занимаемой должности в период проведения служебной проверки) о сотрудниках, совершивших дисциплинарный проступок, а также о других сотрудниках, причастных к его совершению;

5) нарушенные сотрудником требования законодательства РФ, нормативных и иных правовых актов ФТС России, правовых актов таможенного органа, должностной инструкции, мера его ответственности;

6) отношение сотрудника к совершенному дисциплинарному проступку согласно его письменному объяснению;

7) правовая квалификация дисциплинарного проступка;

8) размер материального ущерба, причиненного в результате совершения дисциплинарного проступка, предложения о порядке его возмещения;

9) предложения о привлечении к дисциплинарной ответственности сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок;

10) предложения о проведении в таможенном органе необходимых предупредительно-профилактических мероприятий.

При отказе сотрудника, совершившего дисциплинарный проступок, от ознакомления с заключением или при отказе поставить свою подпись на нем составляется акт, который подписывают председатель и члены комиссии.

На стадии вынесения решения определяется мера дисциплинарного взыскания и ее процессуальное закрепление в приказе (распоряжении). По общему правилу, дисциплинарное взыскание налагается путем издания письменного приказа, вступающего в силу с момента его подписания, а на некоторых категориях лиц самые легкие взыскания (замечание, выговор, назначение вне очереди в наряд на работу) могут налагаться устно.

В соответствии со ст. 29 Федерального закона от 21 июля 1997 г. «О службе в таможенных органах РФ» за нарушение служебной дисциплины на сотрудников могут налагаться в порядке, предусмотренном Дисциплинарным уставом, следующие виды дисциплинарных взысканий:

1) замечание;

2) выговор;

3) строгий выговор;

4) предупреждение о неполном служебном соответствии по результатам аттестации;

5) увольнение из таможенных органов.

При привлечении к дисциплинарной ответственности необходимо внимательно следить за сроками. Дисциплинарное взыскание можно наложить на работника не позднее одного месяца со дня обнаружения (а не совершения) проступка. Согласно судебной практике день обнаружения проступка, с которого начинается течение месячного срока, – это день, когда лицу, которому по работе (службе) подчинен работник, стало известно о совершении проступка, независимо от того, наделено ли оно правом наложения дисциплинарных взысканий⁸. В указанный срок не включаются время болезни сотрудника, период нахождения сотрудника в отпуске или командировке. Указанные периоды времени приостанавливают течение срока привлечения к дисциплинарной ответственности. Течение месячного срока привлечения к дисциплинарной ответственности со дня обнаружения возобновляется по окончании периодов указанных выше.

Последняя обязательная стадия дисциплинарного производства – стадия исполнения решения. Приказ или распоряжение должны быть доведены до сведения виновного лица в течение трех дней под расписку.

Как всякий административный акт, приказ может быть пересмотрен. Основанием для такой факультативной стадии, как стадия пересмотра, могут быть жалоба наказанного, протест прокурора, усмотрение вышестоящего руководителя, усмотрение должностного лица, подписавшего приказ.

В случае несогласия сотрудника с решением о привлечении к дисциплинарной ответственности он вправе в письменной форме обжаловать это решение начальнику вышестоящего таможенного органа и (или) в суд.

Обжалование дисциплинарного взыскания начальнику вышестоящего таможенного органа осуществляется сотрудником в течение трех месяцев со дня ознакомления с приказом о наложении на него дисциплинарного взыскания, а по вопросам об увольнении – в месячный срок со дня вручения копии приказа об увольнении.

Обжалование не приостанавливает исполнения приказа о наложении дисциплинарного взыскания.

Вышестоящий начальник таможенного органа обязан всесторонне и объективно рассмотреть жалобу и вынести решение безотлагательно, но не позднее месяца со дня ее получения, о чем письменно уведомляет сотрудника, подавшего жалобу, и начальника, действия которого обжалуются.

По мнению В.В. Веремеенко, к дисциплинарной ответственности работник может быть привлечен за совершение дисциплинарного проступка при наличии следующих обязательных условий:

1) поведение работника должно быть противоправным;

2) если работником не исполнены или ненадлежаще исполнены возложенные на него трудовые обязанности;

3) работник своими действиями причинил вред работодателю;

4) ущерб, претерпеваемый работодателем, является прямым следствием нарушения работником трудовых обязанностей (или неправомерного поведения работника); иными словами, наличие причинно-следственной связи между противоправным действием (бездействием) и возникшим ущербом;

5) действия работника носят виновный характер, т.е. совершены умышленно или по неосторожности.

Несоблюдение хотя бы одного из условий может повлечь отмену дисциплинарного взыскания в судебном порядке по иску работника⁹.

¹ Алехин А.П. Административное право Российской Федерации: учебник. – М., 2002. – С. 608.

² Административное право: учебник / под ред. Л.Л. Попова. – М., 2005. – С. 703.

³ Административное право: учебник для вузов / Д.Н. Бахрах, Б.В. Россинский, Ю.Н. Стариков. – М., 2005. – С. 570.

⁴ СЗ РФ. – 1998. – № 47. – Ст. 5742.

⁵ Приказ ФТС РФ от 2 сентября 2008 г. № 1083 «Об утверждении инструкции об организации и о проведении служебной проверки в таможенных органах Российской Федерации».

⁶ Административное право: учебник / под ред. Л.Л. Попова. – С. 225.

⁷ Приказ ФТС РФ от 2 сентября 2008 г. № 1083.

⁸ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации – 2004. – № 6.

⁹ Все о дисциплинарной ответственности / В.В. Веремеенко // Налоги. – 2008. – № 5.

Статья поступила в редакцию 15 января 2009 г.

ОТЗЫВЫ

ОТЗЫВ О ДИССЕРТАЦИИ С.В. ЛУГОВИКА «ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРУДА РАБОТНИКОВ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ»

Г.Х. Шафикова,

кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой трудового и социального права ЮУрГУ

Избранная С.В. Луговиком тема диссертационного исследования «Правовое регулирование труда работников органов внутренних дел»¹ имеет несомненную актуальность. Она отражает четко проявляющуюся и в Конституции РФ, и в трудовом законодательстве, и в науке трудового права прогрессивную тенденцию развития правовых мер, направленных на установление специальных норм, регулирующих труд отдельных категорий работников.

Обращения к исследуемой проблеме в условиях реформирования трудового законодательства, дополнения и расширения законодателем раздела «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников» новыми нормами (в частности, главой 54.1 «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров», введенной Федеральным законом от 28 февраля 2008 г. № 13-ФЗ) является своевременным, необходимым и, безусловно, актуальным.

Совершенно справедливо отмечает С.В. Луговик незначительность научных исследований проблем правового регулирования труда работников органов внутренних дел. Нельзя не согласиться с автором и в том, что изучение некоторых вопросов, в частности, регулирования труда лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам внутренних дел, затруднено по причинам, связанным с обеспечением режима секретности и конфиденциальности.

Представленная диссертационная работа является одним из первых комплексных исследований правового регулирования труда работников органов внутренних дел.

Следует отметить серьезную и основательную проработку автором научных трудов

представителей различных отраслей права; проведение обширного статистического и эмпирического исследования.

Необходимо подчеркнуть, что автор диссертации хорошо владеет нормативным материалом, демонстрирует знание научной литературы, умело излагает и ведет научную дискуссию на страницах своей работы. Работа написана ясным юридическим языком с искусным использованием специальной научной терминологии. Все это следует отнести к несомненным достоинствам, характеризующим и диссертационное исследование, и самого автора.

Методологическую основу диссертационного исследования составили приемы и способы познания, выявленные и разработанные в юридической науке и апробированные юридической практикой.

Диссертационное исследование С.В. Луговика имеет существенную научную новизну. В представленной работе впервые предпринята попытка определения основных направлений совершенствования правового регулирования труда работников органов внутренних дел: понятия работника органов внутренних дел, особенностей возникновения и изменения трудовых отношений в органах внутренних дел, специфики регулирования труда лиц, содействующих органам внутренних дел на конфиденциальной основе.

Рецензируемое диссертационное исследование имеет несомненную теоретическую и практическую значимость. Ряд выводов, сделанных в диссертационной работе, может найти практическое применение в деятельности органов внутренних дел, в том числе в законотворческой работе, при разрешении трудовых споров. Отдельные положения могут найти практическое применение в процессе преподавания трудового права (и не только в юридических институтах системы Мини-

¹ Луговик С.В. Правовое регулирование труда работников органов внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2008.

стерства внутренних дел).

Положения, выносимые на защиту, в концентрированной форме отражают наиболее значимые результаты диссертационного исследования. Ряд из них представляет большой интерес как для трудового, так и для административного права.

Диссертационное исследование прошло соответствующую апробацию. Основные результаты отражены в научных публикациях (автором подготовлены и изданы 10 статей), в том числе две публикации в ведущих рецензируемых научных журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки России для публикации результатов диссертационного исследования.

Для достижения основной цели диссертационного исследования – теоретической разработки проблемы правового регулирования труда работников органов внутренних дел и формулирования предложений по его совершенствованию – автором верно обозначен ряд задач, требующих решения и решенных в процессе диссертационного исследования.

Структура диссертационного исследования построена в соответствии с целями и задачами.

В контексте диссертационного исследования ключевое значение имеет понятие работника органов внутренних дел. Автор проанализировал различные точки зрения и предложил на защиту собственное определение понятия работника органов внутренних дел – «физическое лицо, не имеющее специального звания, обладающее трудовым статусом, которое на основании заключенного с органом внутренних дел трудового договора лично выполняет трудовую функцию с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка и получает за свой труд заработную плату в полном размере и в установленные сроки» (с. 25).

Следует признать удачным выделение особенностей, которые автор приводит как отличающие работника от сотрудника органов внутренних дел (с. 22).

Анализ источников права, регулирующих труд работников органов внутренних дел, позволил автору прийти к выводу, с которым нельзя не согласиться, что «совокупность норм, регулирующих труд работников органов внутренних дел, можно назвать комплексным институтом трудового права, который включает в себя как общие положения

трудового законодательства, так и нормы, отражающие особенности труда данной категории работников».

Изучение нормативных правовых актов МВД России позволило автору заключить, что в них отсутствует перечень документов, которые должны представлять претенденты при заключении трудового договора с органом внутренних дел. Совершенно справедливо С.В. Луговик ставит под сомнение требования кадровых работников от поступающих на работу не предусмотренных законом, в том числе ст. 65 ТК РФ, документов – автобиографии, анкеты, резюме, листка по учету кадров и др. (с. 56). Представляется, что поднятая автором проблема своевременна и характерна не только для органов внутренних дел.

Следует согласиться с Сергеем Викторовичем в том, что с принятием ТК РФ задача обеспечения трудовых прав граждан остается нерешенной и что в последнее время дискуссии по этой проблеме приобрели особую остроту (с. 124). Заслуживает внимания авторская дефиниция защиты трудовых прав работника органа внутренних дел как «деятельности работника органа внутренних дел или уполномоченных на то законом государственных и негосударственных органов и организаций, направленной на предупреждение нарушений трудовых прав, их восстановление в случае нарушения и принуждение органа внутренних дел к исполнению трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, а также договорных обязательств» (с. 129). На наш взгляд, определение понятия «самозащита трудовых прав работников органов внутренних дел» представляется неполным (с. 133).

Положительно оценивая работу в целом, мы укажем и на отдельные спорные моменты.

1. Не совсем ясен подход С.В. Луговика к исследованию правила ч. 2 ст. 67 ТК РФ, в том числе со ссылкой на позицию Т.А. Козловой («Даже в тех случаях, когда имело место фактическое допущение работника к работе, в трехдневный срок со дня фактического допущения к работе между сторонами должен быть заключен договор») и Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации».

Создается впечатление, что данная часть диссертации была написана до внесения в Трудовой кодекс Российской Федерации из-

менений Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ.

2. Соглашаясь в целом с позицией С.В. Луговика о целесообразности выделения этапов заключения трудового договора с работниками органов внутренних дел, считаем спорным понимание под обращением кандидата в орган внутренних дел о приеме на работу собеседование с руководителем или иным полномочным должностным лицом о приеме на работу (собеседование без обсуждения условий трудового договора вряд ли возможно). Более того, автор указывает, что этот этап «обращения» заканчивается подачей заявления о приеме на работу (т.е. когда по всем условиям достигнуто соглашение). Представляется, что собеседование с положительным итогом это и есть заключение соглашения, т.е. заключение трудового договора.

3. Не совсем ясна позиция автора относительно содержания трудового договора (с. 80). Сергей Викторович, дискутируя с составителями комментария к Трудовому кодексу РФ 2002 года издания, делает вывод о необходимости отнесения к обязательным условиям только тех, которые включены в трудовой договор. Законодатель достаточно четко выделил обязательные условия трудового договора в ч. 2 ст. 57 ТК РФ. Кроме того, в ч. 3 ст. 57 ТК РФ сказано, что «если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия из числа предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным или его расторжения. Трудовой договор должен быть дополнен недостающими сведениями и (или) условиями. При этом недостающие сведения вносятся непосредственно в текст трудового договора, а недостающие условия определяются приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемым в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора».

4. Представляется, что название третьей главы «Правовое регулирование отношений работников органов внутренних дел, непосредственно связанных с трудовыми» является некорректным.

К отношениям, непосредственно связанным с трудовыми, автором отнесены отноше-

ния и по оплате труда. По содержанию работы нельзя определить критерии отнесения автором указанных отношений к иным, непосредственно связанным с трудовыми отношениям. Законодатель в ч. 2 ст. 1 ТК РФ в перечне иных, непосредственно связанных с трудовыми, отношения по оплате труда не предусмотрел.

Высказанные в отзыве замечания по отдельным вопросам, неизбежные при проведении крупного исследования новой сложной научной проблемы, носят дискуссионный характер, не снижают высокой положительной оценки диссертационной работы С.В. Луговика.

Анализ содержания диссертационного исследования С.В. Луговика позволяет дать высокую положительную оценку проделанной работе с точки зрения новизны, обоснованности и достоверности научных положений, выводов и рекомендаций по совершенствованию законодательства, регулирующего труд работников органов внутренних дел.

В порядке подведения окончательных итогов можно вполне обоснованно утверждать, что диссертация С.В. Луговика является самостоятельно выполненной квалификационной работой, в которой получена совокупность новых научных результатов теоретического и практического характера. Указанные результаты имеют существенное значение для науки трудового права и могут быть использованы при внесении изменений и дополнений в нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права и регулирующие труд работников органов внутренних дел.

Основные научные результаты, полученные диссертантом, отражены в опубликованных работах. Автореферат диссертации содержит изложение основных идей и выводов диссертации, отражает вклад автора в проведенное исследование.

По своему научному уровню и полученным новым научным результатам теоретического и практического характера научное исследование, выполненное С.В. Луговиком, соответствует требованиям, предъявляемым к кандидатским диссертациям, а ее автор заслуживает присуждения ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.05 – трудовое право; право социального обеспечения.

Отзыв поступил в редакцию 12 января 2009 г.

Abstracts and keywords

Kukovskiy A.A. Some questions concerning definition of the function of state. Investigation of the problems of understanding and realization of its functions by the state in Russia is provided by the permanent process of development and improvement of active legislation, by forming the mechanism of realization of functions of the modern Russian state. It has a defining value for efficiency of state policy in the specified area.

Keywords: states functions, national security.

Alimpiev S.A. Determinants of corruption directed criminality. Public insecurity of corruption directed criminality, its reasons and conditions are disclosed. Specified questions are covered on the basis of sociological material, judicial practice and law machinery actions.

Keywords: corruption, reasons and conditions of corruption, judicial practice.

Arabuli D.T. Rules of performing questioning of a suspected person and their itemization. Rules provided by procedural criminal law and regulating the procedural condition of the suspected person are analyzed. In the course of research the insufficient regulation of rules of performing questioning is stated, the rules are not stated in concrete terms for a suspected person. In consideration of intensification of a person legal protection, providing him with rights for defense, the proposals to update appropriate prescriptions are made.

Keywords: suspected person, questioning, pre-trial procedure.

Efremov I.V. To the question of admissibility and reliability of a specialist's conclusion. A specialist's conclusion which is a relatively new evidence for Russian criminal proceeding, is analyzed, questions of its admissibility and reliability as an independent type of evidence are investigated. On the basis of investigation of views of legal scholars the author makes a conclusion about admissibility of specialist's conclusion as evidence. Certain defects of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation able to influence the degree of confidence of a specialist are disclosed.

Keywords: criminal procedure, conclusion, specialist, admissibility, reliability.

Zorin L.V. Procedural laws and obligations of an expert when appointing an expert examination during the trial. Procedural laws and obligations of an expert appointed by court for making forensic enquiry and producing legal opinion under the conditions of competition of norms of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and Federal law "About state judicial-expert activity in the Russian Federation" are analyzed.

Keywords: expert, forensic enquiry, specific perception.

Kokorin D.L. Determinants of criminal non-payment of salary, pension, scholarships, benefits and other payouts (Art. 145.1 of the Criminal Code of the Russian Federation). The reasons and conditions of crime connected with violation of procedure of remuneration of labour are studied. Circumstances determining the origin of such crime that further will become a basis for qualitative elaboration of the main points of separate groups of determinants and for formulating most effective measures aimed at neutralization and further elimination of the revealed reasons are revealed.

Keywords: reasons and conditions of crime, non-payment of salary, groups of determinants.

Mizanbaev A.E. Reconsideration of the essence of penal control system regulation from the view point of modern criminal apprehension of law. The article analyzes one of the urgent problems of criminal law – the formation of modern type of criminal apprehension of law, which is meant as deep understanding of juridical nature of specific crime and the essence of its penal control regulation. The structuring of penal control regulation in the author's interpretation of understanding of correlation of formal and material in crime in the format of "reproduction of penal control reality" is offered.

Keywords: application of law, material, formal, actual relation, structure, transformation.

Olefirenko S.P. The concept of protection of non-property rights of victims during criminal procedure. The author makes an attempt to create a concept of protection of non-property rights of victims during criminal procedure, formulates the concepts of honour, dignity and moral harm during criminal proceeding, and also some specific suggestions on perfection of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation.

Keywords: concept of protection of non-property rights of victims.

Abstracts and keywords

Sazonova T.P. Vindication of items and documents as a manner of collecting evidences. Such manner of collecting evidences as vindication of documents is analyzed; the differences between vindication and seizure, features of vindication, order of carrying and registration of the present proceeding are showed. In the article the accent is given to the independence of vindication, its procedural nature and necessity of application during criminal proceeding.

Keywords: vindication of items and documents, manner of collecting evidences, message, inquiry.

Surmeneva S.V. Problems of quality rating of preliminary investigation. Tendencies and problems of application of specialist's opinion during quality rating of the conducted preliminary examination and expert's opinion are denoted.

Keywords: rating of the expert's opinion by a specialist.

Tetuev S.V. Advisory service activity of a specialist in criminal proceeding: problems of legal regulation. Such evidences as statements and a specialist's opinion and normative regulation of their usage in procedural law substantiation are analyzed. The author considers the question of who can trigger receiving of the specialist's opinion and comes to the conclusion that at present advisory service activity of a specialist continues to remain non-procedural form of use of specific knowledge in legal regulation.

Keywords: specialist, statements, opinion, examination, investigator.

Tokarev D.S. Legal characteristics of encroachments in the sphere of insolvency (bankruptcy). Correlation between the types of responsibility for encroachment in the sphere of insolvency (bankruptcy) are analyzed and characterized. Furthermore, the author defines the correlation of corpus delicti qualification of which can take place in case of premeditated reduction of a business entity to bankruptcy, and also in the presence of connected with such situation circumstances.

Keywords: premeditated bankruptcy (insolvency), fictitious bankruptcy, debtor, creditor, abuse of power.

Filippova E.A. The aspects of participation of attorney at prejudicial inquiry: retrospective study analysis. Legal analysis in retrospective review of organization of directorate of public prosecution after services realizing prejudicial inquiry is conducted. The types of supervision powers of attorney in different historical periods are viewed. Proposals on improvement of norms in procedural law legislation of the Russian Federation with regards to historical experience are formulated.

Keywords: supervision, attorney, inquiry, history, retrospective.

Zakrzhevskaya I.V. The problem of defining the place of a contract on carrying on research activity and accomplishing experimental-development and technological works in the system of civil law contracts. Consideration deals with the problem of defining the place of a contract on carrying on research activity and accomplishing experimental-development and technological works. The author draws a conclusion that the system of civil law contracts is annexed by a group of contracts that are aimed at creating and transmitting the results of intellectual activity and individualisation means equivalent to them. The author as well concludes that a contract on carrying on research activity and accomplishing experimental-development and technological works is a separate subtype in this system.

Keywords: Classification of contracts; contracts that are aimed at creating and transmitting the results of intellectual activity and individualisation means equivalent to them.

Komelkova U.V. Distinction between judicial definitions and judicial decisions. Theoretical and practical questions connected with resolution by judges of definitions about preparation of a case to court examination are viewed. According to the author's opinion, during the period of judicial reforming the elaboration of recommendations on improving the quality of pronounced resolutions is needed.

Keywords: judicial definition, judicial decision.

Novoselova A.A., Egorova N.E. Correlation of private and public commencements in credit agreement with participation of user. Problems of legal nature of credit relations are analyzed. Correlation of private and public commencements in agreement of user's crediting on the basis of legal nature of credit relations is analyzed. Correlation of categories "banking", "banking deal" and "banking transaction" are viewed.

Keywords: private law, public law, agreement of user's crediting, banking, banking deal, banking transaction.

Abstracts and keywords

Paramonova S.V. Peculiarities of regulating a labour of a separate organization department leader. Legal position of a separate organization department leader is analyzed: questions of celebration and termination of labour contract, detection of content of labour function, liability for breakage, remuneration of labour, investment of a separate organization department leader by power of an employer.

Keywords: separate organization department, leader, constituent company, representation.

Podshivalov T.P. Negatory action: essence and elemental composition. Questions of detection of legal nature of negatory claim as proprietary claim realized within the frame of independent protective legal relationship, produced to the person who encroaches plaintiff's right in respect of specific thing preserved specifically, are analyzed. The conclusion that negatory action defends only power of usage is made. Detailed characteristic of negatory claim structure is given.

Keywords: real action, negatory action, encroach, claim structure.

Popkova N.P. The principles of execution of subjective civil laws. Problems of the principles of execution of subjective civil laws are analyzed. The author suggests definition of the appropriate notion and indicates the claims to which behavior of a plaintiff realizing his rights should respond.

Keywords: subjective civil laws, legal principles.

Anikin S.B. To the question about the role of administrative legal control of joint competence in the development of co-operative commencements in federal states. International-legal experience of the development of co-operative commencements in terms of federated state is analyzed. The role of state-legal institute of joint authority of federal state and its regions as law instrument of formation, functioning and further development of different institutes of cooperation in federated states, is grounded. Proposals on modernization of processes that stimulate cooperation in the sphere of state administration in Russian Federation are formulated.

Keywords: federal state, co-operative federalism, joint authority.

Grechkina O.V. About correlation and interdependence of customs supervision forms and of administrative legal compulsion measures. Problems of correlation and interdependence of customs supervision forms and of administrative legal compulsion measures are viewed. The author suggests dividing customs supervision forms into two stages: primary and secondary. He points that customs supervision forms can act as administrative legal compulsion measures, that indicate of their dual legal nature.

Keywords: customs supervision, forms, administrative compulsion, measures.

Ponomareva T.L. On stages of disciplinary proceeding. The article explains the notion of special disciplinary liability, considers the procedure of imposition of disciplinary penalty on customs service personnel, and describes the main stages of procedural activity in the disciplinary proceeding. The author defines the peculiarities of special disciplinary liability, the notion of disciplinary case, disciplinary measure and procedural consolidation of the decision, terms and essential conditions of imposition of disciplinary penalty.

Keywords: disciplinary liability, stages of disciplinary proceeding, agency check.

Сведения об авторах

Куковский Антон Александрович родился 17 августа 1983 г. в г. Семипалатинске Казахской ССР. В 2005 году окончил Южно-Уральский государственный университет по специальности «юриспруденция». В настоящее время – аспирант кафедры теории и истории государства и права ЮУрГУ. Область научных интересов: теория государства и права, национальная безопасность как функция государства. E-mail: arm-group@mail.ru.

Anton Aleksandrovich Kukovskiy was born on August 17, 1983, in Semipalatinsk, Kazakh SSR. In 2005 graduated from South Ural State University in the specialty “Law”. At present is a postgraduate student of the Theory and history of state and law department. Professional interests: theory of state and law, national security as a function of state. E-mail: arm-group@mail.ru.

Алимпиев Сергей Александрович родился в 1980 году. В 2002 году окончил Уральский юридический институт МВД РФ. В настоящее время – преподаватель кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права УрЮИ МВД РФ. E-mail: squarea@k66.ru.

Sergei Aleksandrovich Alimpiev was born in 1980. In 2002 graduated from Ural Juridical Institute of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. At the present time is a teacher at Criminology and criminal-executive law department at the Ural Juridical Institute of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. E-mail: squarea@k66.ru.

Арабули Джина Тамазовна родилась 26 сентября 1977 г. в г. Челябинске. В 2000 году окончила юридический факультет Челябинского государственного университета. В 2002 году защитила кандидатскую диссертацию «Процессуальное положение и деятельность адвоката-защитника в судебном разбирательстве по уголовно-процессуальному праву России». В настоящее время – преподаватель кафедры уголовного права и уголовного процесса факультета права и финансов Южно-Уральского государственного университета. Автор более 70 публикаций. Область научных интересов: исследование вопросов обеспечения и защиты прав участников уголовного судопроизводства.

Jina Tamazovna Arabuli was born on September 26, 1977, Chelyabinsk. In 2000 graduated from Chelyabinsk State University, Law faculty. In 2002 defended the candidate's dissertation “Procedural position and activity of the defence attorney at court on procedural criminal law of Russian Federation”. At present is a teacher at Criminal law and criminal procedure department at Law and Finance faculty, South Ural State University. Author of more than 70 publications. Professional interests: investigation of the questions concerning insurance and defense of the criminal proceedings participants' rights.

Ефремов Илья Владимирович родился 12 марта 1984 г. В 2006 году окончил юридический факультет Южно-Уральского государственного университета. В настоящее время – аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ. Автор трех публикаций. Область научных интересов: применение специальных знаний в уголовном процессе. E-mail: efremoviv@chelcom.ru.

Ilya Vladimirovich Efremov was born on March 12, 1984. In 2006 graduated from South Ural State University, Law faculty. At present is a postgraduate student of Criminal procedure and criminal science department, SUSU. Author of three publications. Professional interests: application of specific knowledge to criminal procedure. E-mail: efremoviv@chelcom.ru.

Зорин Леонид Викторович родился 24 февраля 1973 г. В 1995 году окончил Уральскую государственную юридическую академию. В настоящее время – Челябинский прокурор по надзору за исполнением законов на особо режимных объектах. Область научных интересов: проблемы криминалистики, судебной экспертизы, уголовно-процессуального права. E-mail: leonidzor@mail.ru.

Leonid Viktorovich Zorin was born on February 24, 1973. In 1995 graduated from Ural State Law Academy. At present is Chelyabinsk prosecutor on law execution at particularly secure facilities. Professional interests: problems of criminal science, legal expertise, and procedural criminal law. E-mail: leonidzor@mail.ru.

Кокорин Дмитрий Леонидович родился в 1980 году в г. Кургане. В 2003 году окончил Уральский юридический институт МВД РФ. В настоящее время – преподаватель кафедры уголовного права Уральского юридического института МВД России. E-mail: Kokorin_dl@planet-a.ru.

Dmitriy Leonidovich Kokorin was born in 1980 in Kurgan. In 2003 graduated from Ural Juridical Institute of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. At present is a teacher at Criminal law department of the Ural Juridical Institute of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. E-mail: Kokorin_dl@planet-a.ru.

Сведения об авторах

Мизанбаев Аман Елеусизович родился в 1970 году в г. Костанай Казахской ССР. В 1992 году окончил факультет правоведения Свердловского юридического института им. Р.А. Руденко. В 2004 году защитил кандидатскую диссертацию «Обстановка совершения преступления (уголовно-правовые и криминологические аспекты)». В настоящее время – докторант-соискатель кафедры уголовно-правовых дисциплин КазГЮУ. Автор более 40 публикаций. Область научных интересов: уголовное право на стыке с общей теорией права. E-mail: elnik-aman@inbox.ru.

Aman Eleusizovich Mizanbaev was born in 1970 in Kostanai, Kazakh SSR. In 1992 graduated from Sverdlovsk Juridical Institute named after R.A. Rudenko. In 2004 defended candidate's dissertation "Crime situation (criminal and criminological aspects)". At present is an applicant for the doctoral degree at Criminal disciplines department of Kazakh State Juridical University. Author of more than 40 publications. Professional interests: criminal law interfaced with general theory of law. E-mail: elnik-aman@inbox.ru.

Олефиренко Сергей Павлович родился в 1956 году в г. Челябинске. В 1979 году окончил Уральский транспортный университет, в 1996 году – Академию ФСБ РФ. В настоящее время – соискатель кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ. Область научных интересов: возмещение морального вреда в уголовном процессе.

Sergei Pavlovich Olefirenko was born in 1956 in Chelyabinsk. In 1979 graduated from Ural Transport University, in 1996 – Academy of Federal Security Service of Russia. At present is an applicant for a scientific degree at Criminal procedure and criminal science department of SUSU. Professional interests: compensation of moral damage at criminal procedure.

Сазонова Татьяна Павловна родилась в 1983 году в г. Аше Челябинской области. В 2007 году окончила Южно-Уральский государственный университет. В настоящее время – аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ. Автор пяти публикаций. Область научных интересов: доказательства и доказывание в уголовном процессе. E-mail: ltessa@rambler.ru.

Tatjana Pavlovna Sazonova was born in 1983 in Asha, Chelyabinsk region. In 2007 graduated from South Ural State University. At present is a postgraduate student of Criminal procedure and criminal science department of SUSU. Author of five publications. Professional interests: evidence and probation at criminal procedure. E-mail: ltessa@rambler.ru.

Сурменова Светлана Владимировна родилась в 1984 году. В 2006 году окончила юридический факультет Южно-Уральского государственного университета. В настоящее время – аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ. Область научных интересов: формы использования специальных психологических знаний в уголовном процессе России.

Svetlana Vladimirovna Surmeneva was born in 1984. In 2006 graduated from South Ural State University, Law faculty. At present is a postgraduate student of Criminal procedure and criminal science department, SUSU. Professional interests: forms of use of specific psychological knowledge at criminal procedure of the Russian Federation.

Тетьев Станислав Владимирович родился 12 сентября 1981 г. в г. Копейске Челябинской области. В 2003 году окончил Южно-Уральский государственный университет по специальности «юриспруденция». В 2006 году защитил кандидатскую диссертацию «Допрос несовершеннолетнего обвиняемого в стадии предварительного расследования (процессуальный аспект)». В настоящее время – доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ. Автор 80 публикаций. Область научных интересов: производство по уголовным делам с участием несовершеннолетних. E-mail: stas_tetyuev@list.ru.

Stanislav Vladimirovich Tetyuev was born on September 12, 1981, in Kopeisk, Chelyabinsk region. In 2003 graduated from the South Ural State University, specialty "Law". In 2006 presented the candidate's dissertation "Interrogation of the minor defendant on the preliminary investigation stage (procedural aspect)". At present is an associate professor at Criminal procedure and criminal science department, SUSU. Author of 80 publications. Professional interests: criminal proceedings with minor participation. E-mail: stas_tetyuev@list.ru.

Токарев Денис Сергеевич родился в 1981 году. В 2002 году окончил Уральский юридический институт МВД России. В настоящее время – преподаватель кафедры уголовного права Уральского юридического института МВД РФ. E-mail: tokarev@uralweb.ru.

Denis Sergeevich Tokarev was born in 1981. In 2002 graduated from the Ural Juridical Institute of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. At present is a teacher at Criminal law department at the Ural Juridical Institute of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. E-mail: tokarev@uralweb.ru.

Филиппова Елена Анатольевна родилась в 1984 году в г. Белоярском Ханты-Мансийского автономного округа. В 2007 году окончила юридический факультет Южно-Уральского государственного универ-

Сведения об авторах

ситета. В настоящее время – аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики ЮУрГУ. Автор двух публикаций. Область научных интересов: вопросы участия прокурора на предварительном следствии. E-mail: INFILITI@rambler.ru.

Elena Anatoljevna Filippova was born in 1984 in Belojarskiy, Khanty-Mansi Autonomous Area. In 2007 graduated from South Ural State University, Law faculty. At present is a postgraduate student at Criminal procedure and criminal science department, SUSU. Author of two publications. Professional interests: questions of attorney participation at prejudicial inquiry. E-mail: INFILITI@rambler.ru.

Закржевская Ирина Владимировна родилась 12 октября 1983 г. в г. Челябинске. В 2005 году окончила юридический факультет Южно-Уральского государственного университета. В настоящее время – преподаватель кафедры предпринимательского и коммерческого права ЮУрГУ. Автор 11 публикаций. Область научных интересов: гражданское право, предпринимательское право. E-mail: aqua_ira@mail.ru.

Irina Vladimirovna Zakrzhevskaya was born 12.10.1983 y.o in town Chelyabinsk. In 2005 has ended faculty of law of the South Ural state university. Now – the teacher of chair enterprise and a commercial law. The author of 11 publications. Area of scientific interests: civic right, the enterprise right. E-mail: aqua_ira@mail.ru.

Комелькова Юлия Валерьевна окончила юридический факультет Южно-Уральского государственного университета. В настоящее время – старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ. E-mail: yuliy-komelkova@yandex.ru.

Julia Valerjevna Komelkova graduated from South Ural State University, Law faculty. At present is a senior lecturer at Civil law and procedure department, SUSU. E-mail: yuliy-komelkova@yandex.ru.

Новоселова Анна Александровна родилась 22 ноября 1962 г. в г. Кустанае Казахской ССР. В 1993 году окончила юридический факультет Карагандинского государственного университета. В 2007 году защитила кандидатскую диссертацию «Вещные правоотношения: содержание и развитие». В настоящее время – доцент кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ. Автор 16 публикаций. Область научных интересов: вещные права, заемные и кредитные отношения. E-mail: Novanna2007@yandex.ru.

Anna Aleksandrovna Novoselova was born on November 22, 1962, in Kustanai, Kazakh SSR. In 1993 graduated from Karaganda State University, Law faculty. In 2007 presented candidate's dissertation "In rem legal relationships: contents and development". At present is an associate professor at Civil law and procedure department, SUSU. Author of 16 publications. Professional interests: property law, debt and credit relations. E-mail: Novanna2007@yandex.ru.

Егорова Наталья Евгеньевна родилась 20 мая 1985 г. в г. Березе (Беларусь). В 2008 году окончила юридический факультет ЮУрГУ. В настоящее время – аспирант кафедры гражданского права и процесса ЮУрГУ. Область научных интересов: кредитные отношения, защита гражданских прав. E-mail: little-lady@mail.ru.

Natalia Evgenievna Egorova was born on May 20, 1985, at Bereza, Belarus. In 2008 graduated from SUSU, Law faculty. At present is a postgraduate student of Civil law and procedure department, SUSU. Professional interests: credit relations, civil law defense. E-mail: little--lady@mail.ru.

Парамонова Светлана Владимировна родилась в 1982 году в п. Новоуткинске Свердловской области. В 2004 году окончила Российский государственный профессионально-педагогический университет (Институт педагогической юриспруденции). В настоящее время – соискатель кафедры трудового права Уральской государственной юридической академии. Область научных интересов: трудовые отношения в обособленных структурных подразделениях организации.

Svetlana Vladimirovna Paramonovna was born in 1982 in Novoutkinsk settlement, Sverdlovsk region. In 2004 graduated from Russian State Vocational Pedagogic University (Institute of Pedagogic Jurisprudence). At present is an applicant for a scientific degree at the Law of employment department, Ural State Law Academy. Professional interests: labour relationships at isolated organization department of the organization.

Подшивалов Тихон Петрович родился 30 сентября 1983 г. в г. Челябинске. В 2008 году окончил юридический факультет Южно-Уральского государственного университета. В настоящее время – аспирант кафедры гражданского права и процесса, начальник юридического отдела ООО «КОМТЕХ-Челябинск». Автор 17 публикаций. Область научных интересов: вещно-правовые иски, объекты вещных прав и недвижимое имущество, преддоговорная ответственность. E-mail: pride_tihon@mail.ru.

Tihon Petrovich Podshivalov was born on September 30, 1983, in Chelyabinsk. In 2008 graduated from South Ural State University, Law faculty. At present is a postgraduate student of Civil law and procedure department, head of a Juridical department of LLC "Comtech-Chelyabinsk". Author of 17 publications. Professional in-

Сведения об авторах

terests: proprietary claims, objects of property law and immovable property, pre-contractual responsibility. E-mail: pride_tihon@mail.ru.

Попкова Наталья Петровна – старший преподаватель кафедры цивилистических дисциплин Уральского института экономики, управления и права. E-mail: nata-popkova@yandex.ru.

Natalia Petrovna Popkova – senior lecturer of Civil law disciplines department of Ural Institute of Economics, Management and Law. E-mail: nata-popkova@yandex.ru.

Аникин Сергей Борисович родился 6 марта 1959 г. в г. Саратове. В 1983 году окончил Саратовский юридический институт. В 1996 году защитил кандидатскую диссертацию «Проблемы и перспективы административной юрисдикции органов внутренних дел в РФ». В настоящее время – доцент кафедры административного и муниципального права СГАП. Автор 40 публикаций. Область научных интересов: проблемы административно-правового регулирования вопросов совместного ведения РФ и ее субъектов. E-mail: anikinsb@yandex.ru.

Sergey Borisovich Anikin gave birth on March, 6, 1959 in Saratov. In 1983 finished the Saratov legal institute. In 1996 protected candidate's dissertation of «Problem and prospect of administrative jurisdiction of organs of internal affairs in Russian FEDERATION». Presently associate professor of department of administrative and municipal law of SGAP. An author is 40 publications. Area of scientific interests: problems of the administrative legal adjusting of the articles of joint conduct of Russian FEDERATION and its subjects. E-mail: anikinsb@yandex.ru.

Гречкина Ольга Владимировна родилась 20 сентября 1958 г. в г. Челябинске. В 1996 году окончила факультет экономики и права Южно-Уральского государственного университета. В 2004 году защитила кандидатскую диссертацию «Административное производство по делам о нарушении таможенных правил». В настоящее время – доцент кафедры конституционного и административного права. Автор 50 публикаций. Область научных интересов: административная юрисдикция таможенных органов. E-mail: grechkina74@rambler.ru.

Olga Vladimirovna Grechkia was born on September 20, 1958, in Chelyabinsk. In 1996 graduated from South Ural State University, Economics and law faculty. In 2004 presented the candidate's dissertation “Administrative procedure on infraction of customs rules”. At present is an associate professor at Constitutional and administrative law department. Author of 50 publications. Professional interests: administrative jurisdiction of custom authorities. E-mail: grechkina74@rambler.ru.

Пономарева Татьяна Леонидовна родилась 11 сентября 1970 г. в г. Челябинске. В 1992 году окончила приборостроительный факультет Челябинского государственного технического университета, в 2007 году – юридический факультет Южно-Уральского государственного университета. В настоящее время – старший инспектор управления по работе с кадрами Южно-Уральского государственного университета. Автор двух публикаций. Область научных интересов: административное право, финансовое право, трудовое право. E-mail: ptl@susu.ac.ru.

Tatiana Leonidivna Ponomareva was born in September 11, 1970 in Chelyabinsk. In 1992 graduated from Chelyabinsk State Technical University (now SUSU), Instrument-making faculty, in 2007 – from South Ural State University, Law faculty. At present is a senior inspector of administration on personnel development of South Ural State University. Author of two publications. Professional interests: administrative law, financial law, law of employment. E-mail: ptl@susu.ac.ru.

Шафикова Галия Ханнановна родилась 30 июля 1951 г. В 1978 году окончила юридический факультет Башкирского государственного университета. В 2000 году защитила кандидатскую диссертацию «Компенсация морального вреда, причиненного работнику». В настоящее время – заведующая кафедрой трудового и социального права ЮУрГУ. Автор 50 публикаций. Область научных интересов: проблемы конституционно-правового регулирования труда в России и за рубежом.

Galiya Hannanovna Shafikova was born on July 30, 1951. In 1978 graduated from Bashkir State University, Law faculty. In 2000 presented the candidate's dissertation “Indemnity for moral harm to the worker”. At present is the Head of Labour and social law department, SUSU. Author of 50 publications. Professional interests: problems of constitutional-law regulation of labour in Russia and abroad.

ТРЕБОВАНИЯ ДЛЯ ПУБЛИКАЦИИ МАТЕРИАЛОВ

1. В редакцию предоставляется электронная (документ Microsoft Word) версия работы, экспертное заключение о возможности опубликования работы в открытой печати, сведения об авторах (Ф.И.О., место работы, звание и должность для всех авторов работы), контактная информация ответственного за подготовку рукописи.

2. Структура статьи: УДК, название, список авторов, аннотация (не более 500 знаков), список ключевых слов, текст работы, литература (в порядке цитирования, ГОСТ 7.1-2003). После текста работы следует название, аннотация, список ключевых слов и сведения об авторах на английском языке.

3. Параметры набора. Поля: зеркальные, верхнее – 23, нижнее – 23, внутри – 22, снаружи – 25 мм. Шрифт – Times New Roman, масштаб 100 %, интервал – обычный, без смещения и анимации. Отступ красной строки 0,7 см, интервал между абзацами 0 пт, межстрочный интервал – одинарный.

4. Адрес редакции научного журнала «Вестник ЮУрГУ» серии «Право»: Россия, 454080, г. Челябинск, ул. Коммуны, 149, Южно-Уральский государственный университет, Юридический факультет, кафедра УПик, ответственному редактору проф. Кудрявцевой Анне Васильевне.

5. Полную версию правил подготовки рукописей и пример оформления можно загрузить с сайта ЮУрГУ (<http://www.susu.ac.ru>) следуя ссылкой: «Научные исследования», «Издательская деятельность», «Вестник ЮУрГУ», «Серии».

6. Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

**ВЕСТНИК
ЮЖНО-УРАЛЬСКОГО
ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА**

№ 19 (152) 2009

**Серия
«ПРАВО»
Выпуск 18**

Редактор С.В. Тетюев

Компьютерная верстка В.С. Чистовой

Издательский центр Южно-Уральского государственного университета

Подписано в печать 30.04.2009. Формат 60×84 1/8. Печать трафаретная.

Усл. печ. л. 14,41. Уч.-изд. л. 13,44. Тираж 500 экз. Заказ 134/177.

Отпечатано в типографии Издательского центра ЮУрГУ. 454080, г. Челябинск, пр. им. В.И. Ленина, 76.