Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
Санкт-Петербург

ТРУДЫ
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА

ТОМ VIII

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Санкт-Петербург
2016

Труды юридического факультета. Т. VIII. Актуальные проблемы публичного и частного права / Ред.: Т.А. Алексеева, В.В. Бондаренко, Р.Ю. Почекаев, В.А. Сивицкий. – СПб.: Изд-во Политехн. ун-та, 2016. – 362 с.

Сборник включает в себя материалы межвузовских студенческих научных конференций «Актуальные проблемы публичного права» (22 апреля 2016 г.) и «Новеллы обязательственного права: давно назревшие изменения или слепое копирование западного опыта?» (29 апреля 2016 г.), состоявшихся на базе Юридического факультета НИУ ВШЭ – Санкт-Петербург.

© НИУ ВШЭ, 2015
© Санкт-Петербургский политехнический университет Петра Великого, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

Раздел I. Конституционное и административное право **6**

Фоминых Н.С. Государственный суверенитет или суверенитет прав человека в методологии деятельности Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека 6

Белоиванова М.А. Конституционный принцип разделения властей в России 12

Летов Н.А. Актуальные проблемы реализации права на предвыборную агитацию в Российской Федерации 19

Арестова К.А. Лишение заключенных избирательных прав в РФ: актуальный принцип или архаизм? 26

Лепехина О.И. Конфликт между свободой собраний и интересами общественной безопасности 34

Паращенко М.А. Межгосударственные органы защиты прав и свобод человека в системе конституционных гарантий прав российских граждан 39

Голубенкова А.А. Порядок ограничения доступа к информации в сети «Интернет» 45

Овсянникова А.В. Актуальные вопросы судебной системы РФ в рамках реализации принципа федерализма 52

Леонова Е.С. Конституционный (уставный) суд как элемент системы органов государственной власти субъекта РФ 58

Оганесян А.П. Нарушение конституционных прав в связи с шумовым загрязнением в рамках практики Европейского Суда по правам человека 66

Минина М.С. Судимость и ограничение права быть избранным 73

Шульгина М.П. Проблема административной ответственности юридических лиц 81

Ксенафонтов М.Ю. Грани сопряжения административной и уголовной ответственности 87

*Коренькова Д.*Д. Сущность штрафа как меры наказания, сравнительная характеристика его назначения административном, уголовном, гражданском праве 94

Гончарова А.И. Компетенция Администрации Президента Российской Федерации на современном этапе её развития 102

Шкурина Н.М. Проблемы установления и применения административной ответственности за пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних 107

Цыденова А.Г. Проблемы в механизме реализации права гражданина Российской Федерации на выезд из страны 114

Ефимова Е.И. Национально-культурная автономия как инструмент национальной политики в Российской Федерации 121
Климкина А.А. Особенности правового регулирования зависимых некоммерческих организаций (иностранных агентов) в Российской Федерации и за рубежом 126
Глуховских Д.Э. Особенности правового статуса основных законов субъектов Российской Федерации 132
Алиев Э.Э. Подходы к толкованию конституционных норм: оригинализм в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 139
Сандалова Н.В. Экономический анализ права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 144
Жимкова М.К. Юридико-технические особенности судебных решений (на примере Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного суда Соединённого Королевства) 150
Алиева Д.Р. Гарантии муниципальной собственности в Российской Федерации 158

Раздел II. Уголовная юстиция **166**
Возженикова А.А. Совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел как отягчающее обстоятельство 166
Шкаева В.Э. Проблемы освобождения от уголовной ответственности за совершение налогового преступления 173
Фомина К.О. Институт освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности 179
Петров В.Н. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, как обстоятельство, исключающее преступность деяния 186
Степанян Ж. Уголовная ответственность за незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов: de rigore juri 192
Батчаева Р.Х. Уголовная ответственность за мошенничество в сфере предпринимательской деятельности 199
Алексеева Д.А. Правовое положение лица, осужденного к пожизненному лишению свободы 208
Матвеева В.С. Съемка процесса совершения преступления: проблемы уголовно-правовой оценки 213
Ахметвалеева А.Н. Криминалистическая характеристика взяточничества 218
Мангасарян М.О. Проблема определения оснований условно-досрочного

освобождения от отбывания наказания 225
Миклина М.В. Особенности соотношения судимости и рецидива 231
Афошина М.Н. Особенности применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания 233
Андреянова А.В. Допрос, предшествующий предъявлению для опознания 241
Ивойлова П.В. Актуальные проблемы толкования и применения бланкетных норм Уголовного закона 247
Щербак Е.С. Проблемы применения смертной казни в Российской Федерации 252
Байкалова А.М. Право некоторых категорий граждан на рассмотрение их уголовных дел судом с участием присяжных заседателей 259
Карданов А.Т. Уголовная ответственность за нарушение права на свободу совести и вероисповеданий 265

Раздел III. Новеллы обязательственного права 271
Александров Г.Н. Ковенанты в кредитных договорах 271
Жигалова Ж.А. Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств, как дополнительная гарантия защиты 280
Москалец К.В. Ответственность за недобросовестное ведение переговоров на преддоговорной стадии 286
Жевкова Е.И. Применимы ли законные проценты к авансовым платежам? 299
Калинкина Е.С., Чугунов И.Д. Независимая гарантия как отражение современных правовых реалий 304
Пархоменко А.Д. К вопросу о судебных спорах и требованиях, связанных с недействительностью сделок 310
Яхновец Е.Ф. Проблемы применения материального эстоппеля в российском гражданском праве 317
Смирнова Е.С. Институт astreinte в праве Франции и России: сравнительный анализ 332
Вагапов Т.А. Потестативные условия договора: проблемы применения в подрядных отношениях 339
Чибинов Д.В. Обеспечительный платеж в системе российского гражданского права. Общие комментарии 343
Сидоров Н.А. Институт независимой гарантии в российском праве 352

Сведения об авторах 357

РАЗДЕЛ I
КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

Н.С. Фоминых

Государственный суверенитет или суверенитет прав человека в методологии деятельности Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека

Проблема соотношения национального и международного права всегда вызывала многочисленные дискуссии в научных кругах. Однако на сегодняшний день возросший научный интерес к этой теме обусловлен обстоятельствами практического характера. Речь идет о соотношении юридической силы положений Конституции Российской Федерации и Постановлений Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ). Проблема, берущая свое начало в деле ЕСПЧ «К. Маркин против России» и получившая развитие в деле «Анчугов и Гладков против России» решена сегодня в пользу Основного закона Российской Федерации Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации (КС РФ) от 14.07.2015 г. КС РФ признал возможность неисполнения решения Европейского Суда по правам человека, несмотря на то, что Российская Федерация подписала и ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, которая предписывает обязательность исполнения решения Европейского Суда по правам человека государством, являющимся стороной в судебном разбирательстве по конкретному делу. Однако не стоит преждевременно винить Конституционный Суд в нарушении международно-правовых обязательств Российской Федерации, не разобравшись в проблеме.

В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации «…международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». Природа Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, основного международно-правового источника,

регулирующего права человека, безусловно, имеет договорный характер. Данная Конвенция была подписана 4 ноября 1950 г. членами Совета Европы. Российская Федерация ратифицировала Конвенцию вместе с рядом протоколов 30 марта 1998 г. в форме соответствующего федерального закона. Иначе говоря, нормы Конвенции, претерпев процедуру трансформации в правовую систему России, стали обязательными для Российской Федерации.

Обосновав применимость Европейской конвенции о правах человека в правовом пространстве Российской Федерации, считаем необходимым в контексте заявленной темы, рассмотреть проблему соотношения юридической силы Конституции Российской Федерации и норм Европейской конвенции о защите прав и свобод человека.

Например, классик отечественной международно-правовой мысли Б. Л. Зимненко придерживается наиболее благосклонной приоритету Конституции над международным правом точки зрения. По его мнению, из текста Конституции Российской Федерации следует вывод о том, что Конституция является не законом, а «высшим нормативным правовым актом, который наделяет международные договоры РФ юридическим свойством действовать в правовой системе», поэтому буквальное толковании ч. 4 ст. 15 позволяет сделать вывод о том, что нормы международного права обладают меньшей по отношению к Конституции юридической силой[1].

Существует, однако, и прямо противоположное мнение в лице Т. Н. Нешатаевой, которая высказывается в пользу приоритета норм *jus cogens*, в том числе, общепризнанных норм международного права о правах человека, над положениями Конституции[2].

И.И. Лукашук и Т.Г. Морщакова, в свою очередь, особенно акцентируют

---

[1] *Зимненко Б.Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. Общая часть. М., 2010. С. 280–281.

[2] *Блохин П.Д.* О трудностях согласования конституционного права и международного права в сфере прав человека и о том, как Конституционный Суд России едва не стал ревизионной инстанцией // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2013. № 3. С. 13.

внимание на общепризнанных нормах международного права, устанавливающих и регулирующих права человека, признавая в силу ст. 17 Конституции особое, тождественное Конституционным нормам, положение данных норм в правовой системе России[1].

Несмотря на многообразие подходов к выстраиванию иерархии между Европейской конвенцией по правам человека и Конституцией Российской Федерации, ни один из них, на наш взгляд, не удовлетворяет нуждам времени. Все чаще и чаще сегодня в рамках Совета Европы говорят о необходимости взаимодействия национальных конституционных судов и ЕСПЧ. Данный тезис получил наибольшее развитие в трудах Андреаса Фоскуле, ныне действующего председателя КС ФРГ[2]. В России же в поддержку диалога судей КС и ЕСПЧ, необходимости постоянной координации в рамках многоуровневой системы международного права прав человека и национального законодательства стран-участниц Конвенции высказывается Анатолий Иванович Ковлер. Его позиция сводится отнюдь не к выстраиванию иерархии НПА, а обеспечении взаимодействия двух правовых порядков, которое зиждется на уважении конституционных ценностей государства, с одной стороны, и наработанных за более чем полвека европейских стандартов в области прав человека.[3] Этой же точки зрения придерживается В.Д. Зорькин[4].

Вопрос о месте Европейской конвенции по правам человека

---

[1] *Блохин П.Д.* О трудностях согласования конституционного права и международного права в сфере прав человека и о том, как Конституционный Суд России едва не стал ревизионной инстанцией. С. 13.

[2] См., в частности: *Фоскуле А*. Пирамида или мобиль? – Защита прав человека Европейскими конституционными судами (выступление на церемонии открытия судебного года — 2014 в Европейском суде по правам человекам) // Права человека. Практика Европейского суда по правам человека. 2014. N 4. С. 8–12.

[3] *Ковлер А.И.* Соотношение европейского и национального права – обострение проблемы (причины и следствия) // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2015. № 1. С. 63.

[4] Зорькин В.Д. Россия и Европейский Суд по правам человека: взаимодействие внутригосударственного и межгосударственного правосудия // Судья. 2013. № 10. С. 13.

в национальном правовом порядке Российской Федерации не исчерпывается определением уровня юридической силы ее положений по отношению к Конституции. Реальная и актуальная на сегодняшний день проблема соотношения норм Конституции и Конвенции выражается в том, как коррелируют между собой положения Конституции РФ и постановления ЕСПЧ.

Ст. 26 Венской конвенции о праве международных договоров предусматривает обязанность стран-участниц конвенции соблюдать заключенные ей международные договоры. Ч. 1 ст. 46 Европейской конвенции о защите прав и свобод человека обязывает страну-участницу Конвенции исполнять окончательные постановления ЕСПЧ по делу, в котором данная страна выступает стороной. Ст. 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней» также предусматривает обязанность Российской Федерации признать юрисдикцию ЕСПЧ «по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов». Эта обязанность Российской Федерации конкретизирована в ряде иных актов национального законодательства. В частности, статья 392 Гражданского процессуального кодекса предусматривает такое основание для пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу, как «установление Европейским Судом по правам человека нарушения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Европейский Суд по правам человека». Однако в абзаце 28 Постановления Конституционного Суда от 14.07.2015 г. содержится правовая позиция, согласно которой ни Конвенция о защите прав и свобод человека, ни решения ЕСПЧ, основанные на положениях данной конвенции, не могут «преодолеть» высшую юридическую силу Конституции в правовой системе Российской Федерации.

Кроме того, раскрывая вопрос конфликта суверенитетов России и ЕСПЧ в

части возможности неисполнения некоторых решений последнего, КС РФ выдвигает тезис о том, что постановление ЕСПЧ является неисполнимым, в случае прямого противоречия Конституционной норме.

Аргументация Конституционным Судом данного тезиса отсылает нас к пункту 2 статьи 46 Венской конвенции о праве международных договоров[1]. Эта статья гласит о том, что государство вправе ссылаться на необязательность для него нормы договора в случае недействительности данного государством согласия на исполнение положений договора, которое возможно лишь при условии явного нарушения особо важной нормы его внутреннего законодательства, определяющей компетенцию по заключению международного договора. К числу таких норм Конституционный Суд относит положения 1 и 2 глав Конституции, так как их изменение невозможно посредством конституционных поправок, а достигается лишь в результате принятия новой Конституции. Далее КС РФ высказывается о недопущении нарушения основ конституционного строя правилами международного договора. Данный запрет вытекает из смысла ст. 15 (часть 1 и 4), 79 и 125 (ч. 6), которые препятствуют заключению Российской Федерацией международного договора, не соответствующего Конституции. Исходя из этого, указывает Конституционной Суд, если норма Европейской конвенции о защите прав и свобод человека, в ее буквальном смысле и в том, смысле, который придавался ей в процессе применения этой нормы Европейским судом по правам человека, однажды истолковывается так, что противоречит положениям 1 и 2 глав Конституции, не подлежит соблюдению в данном конкретном случае. Исполнение же такого решения противоречило бы п. 2 ст. 46 Венской конвенции о праве международных договоров, так как является явным, то есть «объективно очевидным для любого субъекта международного права, действующего в этом вопросе добросовестно и в соответствии с обычной практикой»[2].

[1] Постановление Конституционного Суда от 14.07.2015 N 21-П. С. 6.

[2] Венская конвенция о праве международных договоров от 23.05.1969 г. Ч. 2 ст. 46.

На наш взгляд позиция Конституционного Суда по данному вопросу является совершенно оправданной. Признав исполнимость постановлений ЕСПЧ, противоречащих положениям Конституции, Российская Федерация бы поставила под удар свои суверенные полномочия по обеспечению верховенства Конституции, вытекающие из ч. 2 ст. 4 Конституции. Суверенитет государства, признаваемый как общим международным правом, так и ст. 4 Конституции Российской Федерации, является неотъемлемым признаком любого государства. Под государственным суверенитетом понимается самостоятельность и независимость государственной власти от всякой другой власти внутри страны и вне ее[1]. Таким образом, природа Европейской конвенции не всегда позволяет ей диктовать условия исполнимости решений ЕСПЧ. Вступая в данный международный договор, Российская Федерация, будучи суверенным государством, преследуя национальные интересы, в добровольном порядке делегировала часть своих суверенных полномочий по обеспечению прав человека Европейскому Суду по правам человека. Данное согласие было дано в отношении положений Европейской конвенции, общепринятого и добросовестного их прочтения, а не в отношении любого их истолкования, в том числе, посредством излишне активного поведения судей по решению коллизионного вопроса, а также эволютивного толкования Конвенции. Положения 1 и 2 глав Конституции ограничивают масштаб исполнимости постановлений ЕСПЧ. Действительно, о каких же еще, кроме как основополагающих нормах Конституции, закрепленных в 1 и 2 ее главах, идет речь в ст. 46 Венской конвенции? Согласно комментарию к Конституции под редакцией Лазарева Л.В., нормы глав 1 и 2 Конституции имеют фундаментальное значение для всех остальных норм Конституции, именно этим и обусловлен особый порядок внесения изменений в данные главы, предусмотренный ст. 135 Конституции, в соответствии с которым такие

[1] *Алексеев С.С., Архипов С.И.* Теория государства и права: учебник для вузов. М., 2005. С. 105.

изменения можно внести лишь посредством принятия новой Конституции[1].

Несмотря на то, что вопрос конфликта двух юрисдикций получил свое решение, необходимо понимать, что мера, предложенная в качестве решения Конституционным Судом, носит исключительный характер, о чем было упомянуто в выступлении В.Д. Зорькина на одной из международных конференций 2015 года[2]. Этот факт свидетельствует о стремлении Конституционного Суда Российской Федерации разрешать коллизии между Конституцией и постановлениями ЕСПЧ путем достижения консенсуса. На наш взгляд, конфронтация двух правовых порядков, выражающаяся в бескомпромиссном игнорировании основополагающих принципов, на которых зиждется будь то национальная или международная правовая система, не способствует, а лишь затрудняет решение проблемы.

М.А. Белоиванова

Конституционный принцип разделения властей в России

Идея принципа разделения властей исторически зародилась еще в античное время, которая, безусловно, далека от того понимания, который является привычным для наших дней. Но все же, необходимо отдать должное древним мыслителям и философам, ведь именно они стали основателями теории о разделении властей. Как известно, исследование данного вопроса исходит к трудам древнегреческого философа Аристотеля, идеи которого стали пищей для размышления последующего поколения. Уже в то время он полагал, что в государстве необходимо существование трех ветвей власти: законодательной, исполнительной и судебной.

---

[1] *Лазарев Л.В.* Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 2009. Ст. 135.

[2] Выступление Председателя Конституционного Суда Российской Федерации на Международной конференции «Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации Европейской Конвенции о правах человека» // http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=72.

Однако, некоторые ученые считают, что основным источником принципа разделения властей является Библия. Известный адвокат Петр Баренбойм полагает, что из Библии берут прямое начало такие конституционные принципы как: свобода, разделение властей, независимость суда, ограничение самодержавной власти и т.д.[1]. Так, в Ветхом Завете из книги «Второзаконие» (гл. 1, п.1 6, 17) четко обозначены некие напутствия, которые Моисей дал судьям. Например, суд должен соблюдать закон, справедливо судить и всегда выслушивать сторон спора.

Со временем данная концепция постепенно развивалась и дополнялась идеями многих зарубежных и российских ученых, философов и правоведов и нашла свое отражение в ряде их книг и научных работ. Так, одним из них являлся известный английский философ XVII в. Д. Локк. Он, так же, как и его предшественники, предполагал существование трех ветвей власти в государстве.

Но все же большинство ученых-историков основателем принципа разделения властей считают великого теоретика и практика государственно-правовой деятельности Шарля Луи Монтескье. Ведь именно он наиболее четко и полно раскрыл сущностный аспект данного вопроса, который нашел свое отражение в его фундаментальной работе «О духе законов» 1748 г. Во-первых, Монтескье был абсолютно уверен, что в случае если любой из данных органов в наибольшей степени сконцентрирует власть в своих руках, то это неизбежно приведет к нарушению принципа разделения властей. Во-вторых, он считал, что: «чтобы не было возможности злоупотреблять властью, необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг друга»[2]. Исходя из этого, именно Монтескье был первым, кто выдвинул

---

[1] *Баренбойм П.Д.* 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера / 2-е изд., доп. и перераб. М., 2003. С. 15.

[2] *Лузин В.В.* Принцип разделения властей как основа конституционализма: Сравнительное исследование на примере США, Великобритании и Франции. Н. Новгород, 1997. С.9.

идею о том, что главным является не столько сам принцип разделения властей, сколько система сдержек и противовесов.

Таким образом, теория разделения властей претерпела значительные изменения и дополнения за многолетнюю историю. Она нашла свое отражение во многих государствах мира и существует по сей день, представляя собой основу конституционного строя, гарант прав и свобод человека и основополагающий признак правого государства.

Впервые принцип разделения властей нашел свое закрепление в Конституции Российской Федерации (далее – Конституция РФ) 1993 года. Согласно ст. 10 государственная власть представляет собой разделение на законодательную, исполнительную и судебную, каждая из которых является самостоятельной.

Необходимо отметить, что Президент Российской Федерации (далее – Президент РФ) занимает особенное положение в системе государственной власти. Можно сказать, что в некоторой степени он является участником всех из ветвей. Например, его можно увидеть в роли законодателя, который периодически издает указы и распоряжения, обязательные для всех и на всей территории Российской Федерации[1]. Он также имеет право законодательной инициативы. Именно Президент подписывает и обнародует законы, принятые законодательной властью. В качестве судебной функции Президента РФ можно выделить его право на помилование. Кроме того, в Конституции РФ закреплен также ряд полномочий Президента, которые касаются исполнительной власти. Так, он назначает Председателя Правительства РФ и по его представлению заместителей председателя и федеральных министров.

[1] Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 26.01.2009. № 4. Ст. 90.

Таким образом, Президент, хоть фактически и не входит ни в одну из ветвей власти, но все же Конституция РФ наделяет его полномочиями, в которых содержатся черты всех из них.

Неразрывно с принципом разделения властей следует система сдержек и противовесов, которая предотвращает узурпацию и монополизацию власти. Проявления системы сдержек и противовесов четко прослеживаются на следующих примерах.

Во-первых, в силу существования системы сдержек и противовесов, с помощью которой власти взаимно ограничивают друг друга, на стадии подписания законов Президентом РФ, он имеет право наложить на них вето. В данном случае, данный закон вновь переходит на рассмотрение Государственной Думой и Советом Федерации в установленном Конституцией РФ порядке. Однако, Конституцией РФ закреплена возможность преодоления права вето. Так, если федеральный закон при повторном рассмотрении наберет большинство голосов не менее $^{2}/_{3}$ от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, он подлежит подписанию Президентом РФ в течение 7 дней и обнародованию.

Во-вторых, Федеральное Собрание Российской Федерации (далее – Федеральное Собрание РФ) имеет ряд сдерживающих полномочий по отношению к Правительству Российской Федерации (далее – Правительство РФ). Например, заслушивание ежегодных отчетов Правительства и бюджетно-финансовый контроль. Так, Правительство РФ представляет Государственной Думе ежегодные отчеты о результатах своей деятельности, в том числе и по вопросам, поставленным Государственной Думой[1]. Что касается контроля в бюджетно-финансовой сфере, то при Федеральном Собрании РФ существует Счетная палата Российской Федерации, которая является органом по обеспечению единой системы контроля за исполнением федерального государственного бюджета.

[1] Федеральный конституционный закон от 17.12.1997 N 2-ФКЗ (ред. от 14.12.2015) «О Правительстве Российской Федерации». Ст. 13.

Судебная же власть, в свою очередь, способна оказывать влияние на законодательство. Так, согласно Федеральному Конституционному Закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» Конституционный суд Российской Федерации (далее – Конституционный Суд РФ) вправе выступать с законодательной инициативой по вопросам своего ведения[1]. Конституционный Суд, по сути, является хранителем и защитником принципа разделения властей. Рассматривая дела о соответствии Конституции актов государственной власти, договоров между ними, международных договоров, не вступивших силу, он всегда устанавливает их конституционность или неконституционность, исходя из принципа разделения властей и разграничения полномочий между ними. Кроме того, в полномочия Верховного Суда Российской Федерации входит обращение в Конституционный Суд РФ с запросом о конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле[2].

Таким образом, конституционный принцип разделения властей хоть и предполагает за собой четкое закрепление полномочий между органами власти, но в то же время и допускает распределение некоторых функций, присущих только одной из властей, между органами другой власти. Именно данный механизм распределения полномочий и служит гарантией от всяческого злоупотребления властью одной из трех ветвей.

Однако, существует ряд проблем, связанных с реализацией принципа разделения властей. Например, как уже известно, Президент РФ имеет право вето на закон. Но его преодолеть сложно, так как закон не действует, пока он не подписан и не опубликован Президентом РФ. Законы, с которыми категорически не согласен Президент РФ могут им не подписываться долгое время, так как неисполнение обязанности подписать закон в течение семи дней не влечет за собой никаких правовых последствий. Единственным рычагом

[1] Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 14.12.2015) «О Конституционном Суде Российской Федерации». Ст. 3.

[2] Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 N 3-ФКЗ (ред. от 15.02.2016) «О Верховном Суде Российской Федерации». Ст. 2.

системы сдержек и противовесов может являться процедура импичмента (отрешение от должности). Данное понятие закреплено в Конституции РФ, но оно является несовершенным. Как известно, основанием для отрешения от должности Президента РФ является только государственная измена или совершение иного тяжкого преступления. Кроме того, данная процедура является весьма сложной, так как ее реализация невозможна без участия законодательной и судебной власти. Так, в соответствии с пунктом 1 статьи 93 Конституции РФ нужно получить заключение Верховного Суда РФ и Конституционного Суда РФ, так и заключение специальной комиссии Государственной Думы и по две трети голосов в обеих палатах Федерального Собрания РФ[1].

Проблемой является и то, что Положение об Администрации Президента РФ и все изменения в него утверждаются только самим Президентом РФ, без участия в данном процессе Федерального Собрания РФ. Данный пример показывает возможность злоупотребления властью Президентом РФ, создавая какие-либо новации без предварительного изучения палатами Федерального Собрания РФ. Целесообразным будет включить в процедуру утверждения Положения об Администрации Президента РФ Государственную Думу и Совет Федерации, которые бы давали свои заключения по поводу того или иного вопроса.

Кроме того, стоит также отметить, что в законодательном процессе наблюдается доминирование исполнительной власти над законодательной. Действительно, Правительство РФ активно участвует в законодательном процессе, оказывая влияние на парламент. Так как именно оно планирует законопроектную деятельность, то есть, по сути, именно оно формирует законы, которые в следующем должно исполнять. Трудно не заметить, что Правительство РФ превратилось в основной источник законодательной инициативы.

[1] Конституция Российской Федерации. Ст. 93.

Что насчет реализации принципа разделения властей в России, то это можно четко проследить в решениях, принимаемых Конституционным Судом РФ. Так, как уже говорилось выше, Конституционный Суд РФ является высшим судебным органом, осуществляющим контроль за соблюдением конституционности, а также защиту принципа разделения властей в качестве основы конституционного строя.

Одним из самых ярких примеров, который показывает, как принцип разделения властей реализуется на практике, является Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 г. по делу о проверке Устава (основного Закона) Алтайского края.

Конституционный Суд считает, что, во-первых, принцип разделения властей не может существовать без системы сдержек и противовесов. Более того, данная система должна как исключать любую возможность концентрации власти у одной из них, так и обеспечивать одновременно независимость и самостоятельность осуществления полномочий. Во-вторых, закрепленный в Конституции РФ принцип разделения властей является основой конституционного строя не только в самой федерации, но и в ее субъектах[1]. Власть в субъектах Российской Федерации согласно части 3 статьи 5 и статье 10 Конституции РФ должна осуществляться на основе единства системы государственной власти и разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Безусловно, у субъектов существует право на установление собственной системы органов государственной власти путем принятия своих нормативных актов. Но все эти акты действительны только при том условии, что они соответствуют общим принципам организации органов государственной власти и основам конституционного строя Российской Федерации.

Таким образом, проанализировав принцип разделения властей в России, его

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 18.01.1996 N 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края».

историю и реализацию, можно сделать некоторые выводы. Во-первых, принцип разделения властей является основополагающим признаком современного правового государства, который признан большинством стран мира, в том числе и Россией. Главной его задачей является обеспечивать баланс между тремя ветвями власти и взаимодействие между ними. Во-вторых, в пределах своих полномочий органы государственной власти самостоятельны и независимы, но при этом все три ветви власти составляют некую единую систему. Система сдержек и противовесов, которая лежит в основе принципа разделения властей предполагает не только самостоятельность, обособленность и независимость органов власти, но и их единое функционирование, взаимодействие и взаимоконтроль. Однако, в современной России еще существует ряд проблем, которые не соответствуют данному конституционному принципу и требуют дальнейшего рассмотрения и корректировки.

Н.А. Летов

Актуальные проблемы реализации права на предвыборную агитацию в Российской Федерации

В свете грядущих избирательных кампаний федерального и регионального уровней, стоит серьезный вопрос о тенденции развития демократии посредством выборов, чьи итоги зависят преимущественно от законодательной базы избирательного права. Фактически весь комплекс избирательного процесса базируется на нескольких ключевых факторах, включая предвыборную агитацию. Агитация позволяет различным политическим силам формировать общественное мнение, которое находит выражение в результатах голосования. Право на предвыборную агитацию является своеобразной гарантией плюрализма, парламентаризма, свободы слова и индикатором уровня политической культуры страны. Агитация является

одной из самых спорных частей всего избирательного процесса[1] и ее центральным элементом.

Нормативное понятие предвыборной агитации дано в нескольких федеральных законах[2], и предвыборной агитацией признается непосредственная деятельность, осуществляемая в период избирательной кампании и имеющая целью побудить или побуждающая избирателей к голосованию за кандидата, кандидатов или против него (них) со дня выдвижения или регистрации до дня, предшествующего дню голосования. Легальное токование понятия агитации Конституционным судом РФ[3] добавляет, что предвыборной агитацией являются действия направленные на создание позитивного или негативного имиджа о каком-либо из кандидатов. Однако в отличие от информационного освещения фактов, касающихся кандидатов и формирующих отношение электората к нему, наличие *агитационной цели* (умысел склонить избирателя к определенному выбору) является одним индикатором предвыборной агитации. Доктринальное толкование относит само определение агитации и правил проведения предвыборной агитации к части процессуальных избирательных правоотношений[4]. Исходя из вышесказанного, следует, что законодатель обозначил в нормативно-правовых источниках само понятие агитации довольно лаконично, оставив много пробелов, которыми недобросовестно пользуются политические силы с одной стороны и которые

---

[1] Ряд ученых и вовсе называют агитацию «кульминацией избирательного процесса», см., напр.: *Макарцев А.А., Юсубов Э.С.* Избирательное право и процесс в Российской Федерации. М., 2013. С. 233.

[2] Федеральный закон от 12.06.2002 года N 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». Ст. 2; Федеральный закон от 10.01.2003 г. N 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации». Ст. 8; Федеральный закон от 22.02.2014 N 20-ФЗ (ред. от 05.04.2016) «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации». Ст. 9.

[3] Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. N 15-П.

[4] *Князев С.Д.* Избирательный процесс: Понятие, особенности и структура // Правоведение. 1999. № 3. С. 42–54.

вызывают ряд практических вопросов с другой. Так, определение агитации, как части избирательного процесса, следующего за назначением выборов, не представляет возможным определить *призыв к бойкоту* самих выборов как вид агитации. Кроме того, широкое определение агитации позволяет признать таковой почти любой вид политической рекламы, даже не связанной непосредственно с выборами[1].

Наличие признаков (факторов, определяющих и индивидуализирующих агитацию среди всех элементов в цепочке избирательных действий) является необходимой, квалифицирующей частью процесса, ведь данные признаки позволяют определить конкретные юридические последствия тех или иных событий, связанных с избирательной компанией. Федеральный закон от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» в ст.2 проводит дифференциацию рекламы коммерческой и политической, но не поясняет смысл последнего термина. ЦИК РФ установила единственно нормативно закрепленное описание отличительных особенностей агитационных материалов: «…преобладание эмоционального воздействия над смысловым, броскость, лаконизм, повторяемость), с целью формирования общественного мнения как за, так и против тех или иных кандидатов»[2].

В законодательстве РФ[3] имеется закрытый перечень действий, которые классифицируются, как агитация. Но, несмотря на это, возникло множество правовых коллизий об отнесении определенных действий к категории

---

[1] Подробнее об этом см.: *Мыльников В.В.* Проблемы понятия «политическая реклама» и некоторые подходы к его законодательному определению // Реклама и право. 2008. № 2. С. 27–30.

[2] Постановление Центральной избирательной комиссии (ЦИК) России от 20.09.1995 N 18/149-II «Об Инструкции о порядке предоставления эфирного времени на каналах государственных телерадиокомпаний избирательным объединениям, избирательным блокам, кандидатам в депутаты Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации и публикации агитационных предвыборных материалов в периодических печатных изданиях с государственным участием».

[3] Федеральный закон «О выборах Президента Российской Федерации». Ст. 49; Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав…». Ст. 48.

информирования во время избирательной кампании или к агитации. Определить материалы как агитационные помогают языковые, текстовые, смысловые качества материала. Зачастую лишь экспертиза может разрешить вопросы о наличии либо отсутствии в спорном тексте языковых признаков агитационного материала или признаков диффамации[1].

Необходимо помнить, что предвыборная агитация является видом политической рекламы, но специфика агитации и ее связь с иными предвыборными действиями «наслаивают» принципы, помимо тех, что характерны праву на свободу слова.

1) Так, агитацию от политической рекламы вообще отличает наличие строгих временных рамок – период избирательной кампании;

2) Помимо временных рамок, обязательность финансирования агитации только из средств избирательного фонда является отличием её от иных способов распространения информации;

3) Следующей особенностью предвыборной агитации являются условия выпуска и распространения агитационных материалов на территории РФ[2];

4) Еще одной особенностью является объектный и субъектный состав участников, о котором речь пойдет ниже. Стоит лишь сказать, что правомерность агитационной деятельности напрямую зависит от субъекта, реализующего это право;

5) К агитации не предъявляется требование объективности, обязательное для информирования;

6) Наконец, агитация обязана следовать строгому регламентированию нормами избирательного права, которое, будучи отраслью публичного права, влияет на формирование институтов демократии, связанных с политической, общественной деятельностью граждан.

---

[1] *Губаев Т.В.* Свобода выражения мнений в период избирательной кампании: стандарты европейского сообщества и судебная защита в России // Правосудие в Татарстане. 2004. № 1. С. 11–13.

[2] Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав…». Ст. 54.

Основную роль определения взаимоотношений, возникающих между участниками агитации играет их *статус*, который является своего рода «маркером» правоспособности лиц. Объектом агитации, согласно законодательству РФ, является электорат, все граждане РФ старше 18 лет, обладающих дееспособностью и имеющих активное избирательное право. Но, согласно законодательству[1], лица, находящиеся на государственной службе в правоохранительных органах, в вооруженных силах исключаются из агитационных отношений в силу своего особого статуса.

Среди субъектов агитации также выделяют общие (все граждане, обладающие избирательным правом) и специальные субъекты (кандидаты, избирательные объединения, избирательные блоки, списки кандидатов). Подобная градация необходима для определения объема и содержания прав и обязанностей в избирательном процессе у упомянутых субъектов. Так, в некоторых случаях, последствия одинакового деликта для общих субъектов могут быть представленные в виде штрафа, а для специальных вылиться и в отстранение от выборов.

Право на агитацию, как на способ выражения мнения, распространения информации и идей, закреплено во многих международных актах[2], имеющих юридическую силу на территории РФ, и в Конституции РФ[3], что демонстрирует общественную значимость данного вопроса. ЕСПЧ в своих решениях расширил понимание и толкование права на свободу мнения и его ограничения (в том числе при осуществлении агитации). Практика европейского суда показывает, что, несмотря на диспозитивное право стран, на ограничение права слова, для осуществления прочих принципов, суд должен удостовериться, что эти ограничения не ограничивают данные права до такой степени, что они теряют

[1] Федеральный закон от 31 мая 1996 г. N 61-ФЗ «Об обороне». Ст. 24.

[2] Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изменениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.) ETS N 005. Ст. 10; Международный пакт от 12.16.1966 г. «О гражданских и политических правах2. Ст. 19

[3] Конституция Российской Федерации. Ст. 29.

реальное содержание, что эти ограничения преследуют правомерную цель и что используемые средства являются соразмерными.[1]

Конституционная юстиция сыграла значительную роль в сфере развития избирательных прав. Показательным является дело гр. Бочкова, в котором Конституционный Суд пришел к выводу, что норма, предполагающая запрет на проведение агитации, направленной против всех кандидатов, осуществляемая гражданами за собственный счет, не соответствующей Конституции РФ. Из анализа этого постановления можно прийти к выводу о констатации судом несовершенства нормативной базы в части регулирования агитации лицами, не являющимися сторонниками какого-либо избирательного блока или кандидата. Отсутствие должного правового обеспечения возможности проводить агитацию за счет денежных средств помимо избирательных фондов фактически лишило граждан этого права. Суд указал, что содержащиеся в нормах указанных Федеральных законов критерии правомерности деятельности гражданина, не являющейся непосредственно агитацией, но подразумевающей агитационную цель, «ни сами по себе, ни во взаимосвязи с другими нормами избирательного законодательства не позволяют с достаточной степенью точности отграничить ее от неправомерной предвыборной агитации»[2]. В свою очередь, законодатель решил проблему внутреннего противоречия норм просто: Федеральным законом от 12 июля 2006 года № 107-ФЗ была отменена строка «Против всех кандидатов» в избирательном бюллетене.

Стоит отметить, что даже после отмены возможности голосовать против всех, данное постановление не утратило силу, а на мотивировочную часть в своих решениях ссылаются суды общей юрисдикции. Это свидетельствует о важности правовой позиции по вопросу права граждан на агитацию, а так же по вопросу ограничения свободы слова и возможности ее реализовывать.

---

[1] Матье-Моэн (Mathieu-Mohin) и Клерфейт (Clerfayt) против Бельгии. Судебное решение от 2 марта 1987 года // http://www.echr.ru/documents/doc/2461418/2461418.htm.

[2] Постановление Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2005 г. N 10-П.

Однако возникает следующий вопрос, смежный с данным прецедентом: является призыв к бойкоту выборов видом агитации? Как гражданину реализовать право на агитацию против всех, если кандидаты, по его мнению, не достойны должностей, на которые они претендуют? В законодательстве регулирования подобной возможности нет, что является серьезным упущением, поскольку создает возможность для злоупотребления таким правом. В продолжении темы «агитации против всех», стоит отметить особенность проведения агитации посредством телевизионного эфира, поскольку с 2006 г. законодательство фактически запрещает зарегистрированным кандидатам и избирательным объединениям использовать телевизионное время для распространения негативной информации о своих соперниках[1]. В тоже время критика оппонентов разрешена при агитации на раздаточных материалах, при публичных выступлениях, на радио и даже в сети Интернет, аудитория которой растет с каждым годом. Это, на мой взгляд нарушает закрепленную Конституцией РФ свободу мысли и слова и является принуждением к отказу от своих мнений и убеждений, что особенно комично при учете последних инициатив ввести обязательные публичные дебаты для кандидатов и избирательных блоков[2].

Исходя из анализа нормативной, судебной и доктринальной литературы, можно судить о несовершенстве правового регулирования права на агитацию, о наличии проблем юридической техники в нормативно-правовых актах. Например, лаконичное определение института агитации, внутреннее смысловое противоречие норм в законодательстве, что вызывает немало правовых споров в судах, неопределенность субъектного деления сторон агитационных

[1] Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав…». П. 5.2 ст. 56; Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации». П. 5.2 ст. 62.

[2] Об этом свидетельствуют как многочисленные интервью авторитетных политиков, так и результаты голосования при первом чтении законопроекта в ГД РФ // http://zachistievibori.ru/news/novosti_vyborov/debaty_kandidatov_v_deputaty_stanut_obyazatelnymi.

правоотношений. Становится очевидной необходимость изыскания наилучшего способа решения проблемы как путем введений изменений в законодательство по причине развития избирательных технологий, так и рецепцией демократических принципов, и закреплением судебной практики зарубежных стран по данному вопросу. Постановления Конституционного суда свидетельствует о частичном решении проблемы реализации права на агитацию, путем толкования и дополнения смыслового содержания отдельных норм. Но что еще важнее, произошло закрепление принципов агитации и рамок свободы в политическом поле, обязательных для всех судов общей юрисдикции.

Несомненно, ограничения в праве ведения агитационной деятельности образованы в связи с тем, что она может противоречить целям деятельности органов власти, курсу государственной политики, однако, зачастую являясь голосом оппозиции, альтернативных сих, уровень предоставленной свободы, заключающийся в рамках реализации возможности каждого гражданина на агитацию, представляет собой индикатор политической свободы в целом и несоблюдение принципов свободы выражения политической воли может привести не только к сомнению в легитимности многих значимых выборов, но и привело к упадку доверия к выборам в целом[1].

К.А. Арестова

Лишение заключенных избирательных прав в РФ: актуальный принцип или архаизм?

Проблема ограничения избирательных прав заключенных стала злободневной в связи с недавним решением ЕСПЧ[2] и Постановлением

[1] Согласно данным ВЦИОМ, среди тех, кто не собирается идти на выборы, 31% считают, что они «наверняка будут сфальсифицированы» // http://wciom.ru.

[2] European Court of Human Rights. Anchugov and Gladkov v. Russia, Case No. NN 11157/04 and 15162/05. Judgment of 4 July 2013.

Конституционного суда РФ[1] по делу «Анчугов и Гладков против России». Осужденные в 1998 г. за совершение ряда преступлений С.Б. Анчугов и В.М. Гладков, проиграв все суды против избирательных комиссий и получив отказ КС РФ принять к рассмотрению их жалобы, обратились в 2004 году в ЕСПЧ. С.Б. Анчугов и В.М. Гладков жаловались на нарушение их права принимать участие в президентских выборах и в выборах в Государственную Думу. В своем решении от 4 июля 2013 г., ЕСПЧ пояснил, что президентские выборы не регулируются Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Что же касается выборов в Государственную Думу, ЕСПЧ постановил, что часть третья статьи 32 Конституции РФ[2], ограничивающая осужденных к лишению свободы по приговору суда в РФ в избирательных правах, противоречит статье 3 Протокола №1 к Европейской Конвенции, которая гарантирует право на свободные выборы. Принимая во внимание трудности, которые будут вызваны изменением Конституции РФ, ЕСПЧ дает возможность правительству России выбрать способ устранения этого нарушения самостоятельно[3].

Перед тем как выявить возможные способы разрешения этого несоответствия, отметим, что одним из основных доводов России как государства-ответчика в ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» было то, что лишение заключенных избирательных прав является традицией в России, которая существует на протяжении многих десятилетий. Чтобы лучше понять истоки части третьей ст. 32 Конституции РФ, сделаем небольшой экскурс в особенности избирательных прав осужденных по приговору суда в

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 N 12-П "По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации.

[2] Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993).

[3] Automatic and indiscriminate ban on Russian prisoners' voting rights was disproportionate // Press Release issued by the Registrar of the Court. ECHR 203 (2013). 04.07.2013. P. 2–4.

советский период.

Объектом нашего внимания может стать Конституция РСФСР 1918 г. Согласно п. ж) ст. 65[1] «лица, осужденные за корыстные и порочащие преступления на срок, установленный законом или судебным приговором» лишаются права избирать и быть избранными. При этом некоторые исследователи отмечают, что такая норма ни в коем случае не противоречила принципу народовластия (а, следовательно, и демократии), так как касалась лишь небольшой части населения и была обусловлена борьбой классов[2]. Кроме того, по мнению С. Чудиной, такое лишение избирательных прав лиц, осужденных по приговору суда, было традиционно и практиковалось во всем мире[3].

В 1924 г. принимается Исполнительно-Трудовой Кодекс РСФСР[4]. Казалось бы, он должен был более подробно регламентировать возможность реализации избирательных прав заключенными, преступления которых не попадали в категории «корыстные и порочащие». Однако, ИТК не уделяет этому вопросу ни одной статьи.

Обратимся к Конституции РСФСР 1925 г. По п. ж) статьи 69[5] «…осужденные за преступления с поражением в политических правах…» на срок, установленный приговором суда, лишены избирательных прав. При сравнительном анализе текстов вышеупомянутых статей Конституций 1918 г. и 1925 г. можно обнаружить, что в более поздней Конституции ограничение заключенных в избирательных правах связано не с природой преступления, а с

---

[1] *Кукушкин Ю.С., Чистяков О.И.* Конституция (Основной закон) Российской Социалистической Федеративной Советской Республики // Очерк истории Советской Конституции / 2-е изд., М., 1987. С. 256–257.

[2] *Равин С.М.* Конституционные принципы советского государства: К 40-летию Конституции РСФСР 1918 г. // Правоведение. 1958. № 2. С. 30.

[3] *Чудина С.* Конституция 1918 г. и формирование избирательной системы советского типа // Адвокат. 2001. № 4. С. 51.

[4] Документ № 9 Исправительно-трудовой Кодекс РСФСР // ГУЛАГ (Главное управление лагерей). 1918–1960 / Под ред. А.Н. Яковлева. М., 2000. С. 30–56.

[5] http://base.garant.ru/185477/6/#block_46000.

характером наказания, которое преступное деяние за собой влечет.

Не давал подробной регламентации использования заключенными избирательных прав и ИТК РСФСР 1933 г. Единственное, куда осужденные могли избирать и быть избранными, были Культсовет лишенных свободы (ст. 66), ячейки самоуправления и общественные организации для лишенных свободы (ст. 69). Причем заключенные из числа так называемых «классово-враждебных элементов» не обладали пассивным избирательным правом и в последних двух объединениях[1].

Следующей вехой в законодательстве, внесшей некие изменения в статус заключенных, стала Конституции РСФСР 1937 г. Ст. 139. Конституции избавилась от размытой формулировки своей предшественницы. Вместо осужденных с «поражением в политических правах» в статье прямо говорится о лицах, «осужденных судом с лишением избирательных прав». Некоторые исследователи отмечают, что на практике эта норма Конституции подвергалась фривольной трактовке, что, безусловно, отражалось на положении заключенных[2]. Полная же отмена данного ограничения избирательных прав произошла в 1958 г. посредством издания Закона СССР «Об отмене лишения избирательных прав по суду»[3].

Однако, несмотря на данный Закон СССР, ИТК РСФСР 1970 г.[4] не регулирует избирательные права заключенных, упоминая лишь о возможности участия в выборах в Советы коллективов (ст. 46). При этом результаты выборов в Советы коллективов должны утверждаться начальником колонии. Из этого можно сделать вывод о том, что традиция ограничения заключенных в праве

---

[1] Документ № 19. Постановление ВЦИК и СНК РСФСР «Об утверждении Исправительно-трудового кодекса РСФСР» // ГУЛАГ (Главное управление лагерей). С. 81.

[2] *Кузьменко С.Г.* Избирательная система РСФСР периода развитого социализма (1937 - 1988 годы) // Государственная власть и местное самоуправление. 2010. № 3. С. 38–39.

[3] *Журавлев В.П., Фортунатов В.В.* Избирательная система и выборов РСФСР в 1937–1987 годах // Журнал о выборах. 2014. № 1. С. 40.

[4] http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=12962;fld=134;dst=1000000001,0;rnd=0.14529018666438498

избирать и быть избранным продолжала свое существование, несмотря на вышеупомянутый Закон СССР.

Тем не менее, в 1978 г. принимается новая Конституция РСФСР, по которой избирательные права не получают только умалишенные (ст. 92). Следовательно, осужденные могли реализовывать свои избирательные права наравне с иными гражданами[1]. Однако, поправкой 1991 года вносятся изменения в Конституцию 1978 г., в том числе и в 92 статью. Теперь заключенные в местах лишения свободы вновь лишаются избирательных прав[2].

Таким образом, традиция ограничения заключенных в избирательных правах действительно существовала и поддерживалась не только уголовным и уголовно-исправительным законодательством, но и нормами Конституций. Все это не могло не повлиять на закрепление в части третьей ст. 32 Конституции РФ 1993 г. ограничений заключенных в избирательных правах. Но отражение в современной Конституции традиции еще не означает, что эта тенденция не является своего рода архаизмом – отжившим, устаревшим явлением. Ведь в советский период это было обусловлено, прежде всего, идеологическими соображениями – борьбой с так называемыми «деклассированными элементами», врагами народа. Почему же все-таки такая норма находит свое место в Конституции РФ – Конституции, созданной на основе демократических ценностей?

Ответ на этот вопрос заключается в том, что теперь, когда происходит становление демократического государства, начинается некоторая переоценка ценностей. Так, человек, его права и свободы признаются высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ). Исходя из этого, логичным представляется новое обоснование ограничения заключенных в избирательных правах. Согласно части 3 статьи 55 Конституции РФ «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены… в целях защиты основ конституционного строя,

[1] *Кузьменко С.Г.* Избирательная система РСФСР периода развитого социализма. С. 39.

[2] Закон РСФСР от 01.11.1991 N 1827-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР».

…прав и законных интересов других лиц, …безопасности государства». Именно такой подход отражает практику судов за рубежом[1]. Следовательно, руководствуясь такой позицией, возможно и даже необходимо ограничивать осужденных по приговору суда в избирательных правах, чтобы обеспечить общественную безопасность (к примеру, трудности, связанные с реализацией заключенными активного избирательного права на практике) и государственную безопасность (например, опасность криминального влияния на выбор заключенных).

Теперь рассмотрим подробнее особенности части третьей ст. 32 Конституции РФ. В ней нет критериев, в зависимости от которых заключенные лишаются прав. Из постановления ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» следует, что если бы часть 3 ст. 32 Конституции РФ учитывала эти критерии (срок приговора, на который осуждено лицо, характер преступления), то уже нельзя было бы говорить об автоматическом характере ограничении избирательных прав заключенных. Такую позицию ЕСПЧ подтверждают решения по делам «Хёрст против Соединенного Королевства»[2] и «Скоппола против Италии»[3].

Однако ЕСПЧ считает некорректной формулировку этой нормы Конституции РФ, и его решение по делу «Анчугов и Гладков против России» лучшее тому подтверждение. Какие же есть способы разрешения противоречия между положением российской Конституции и статьями Конвенции?

Одним из возможных вариантов устранения этого несоответствия является непосредственное изменение конституционной нормы. Тем не менее,

---

[1] *Блохин П.Д.* О трудностях согласования конституционного права и международного права прав человека и о том, как российский Конституционный Суд едва не стал ревизионной инстанцией // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2013. № 3. С. 25.

[2] European Court of Human Rights. Hirst v. the United Kingdom (no. 2) (application no. 74025/01) Judgment of 6 October 2005.

[3] Automatic and indiscriminate ban on Russian prisoners' voting rights was disproportionate. P. 3.

это оказывается не самым простым решением проблемы. Отметим, что данная статья расположена во второй главе Конституции, «Права и свободы человека», изменения в которую могут быть внесены только вследствие принятия новой Конституции, и это определенно усложняет выполнение Россией постановления ЕСПЧ. Следует подчеркнуть, что многие правоведы считают, что принятие новой Конституции не является необходимой мерой для устранения выявленного ЕСПЧ противоречия. Свою позицию они обосновывают тем, что все существенные недостатки Конституции РФ компенсируются одним, но очень важным достоинством – «основные характеристики… правовой государственности … даются в ней с позиций… прав и свобод человека и гражданина, их признания и защиты»[1]. Из этого можно сделать вывод о том, что более удачным способом преодоления противоречий между нормами Конституции РФ и Конвенции будет толкование части третьей ст. 32 Конституции 1993 г., а не принятие новой Конституции.

Однако, несмотря на то, что толкование представляется самым привлекательным способом разрешения вышеизложенного несоответствия, оно все же остается неоднозначным методом. Чтобы проиллюстрировать это, рассмотрим позиции, представленные на заседании Конституционного суда 31 марта 2016 г. по данному делу. Прежде всего, объектом нашего внимания станет точка зрения, которой придерживалось Министерство юстиции РФ. Минюст РФ подчеркивает, что недопустимость абсолютного ограничения избирательных прав осужденных по приговору суда, выявленная в своем Постановлении ЕСПЧ, вступает в непримиримое противоречие с частью третьей 32 статьи Конституции РФ. Более того, признание позиции ЕСПЧ нарушило бы принцип высшей юридической силы Конституции 1993 г. Таким образом, Министерство юстиции РФ приходит к выводу о невозможности исполнения решения ЕСПЧ по данному делу, в том числе и посредством толкования[2].

Под другим углом смотрит на вопрос комиссия по избирательным правам

[1] *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2006. С.461.

[2] http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3275.

в Совете при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека. Совет обращает внимание на то, что международные обязательства России будут исполнены, если Конституционный Суд РФ даст системное толкование части третьей статьи 32 Конституции РФ. Такое толкование должно быть согласовано с нормами второй главы Конституции и допускать возможность установления дифференцированного подхода к ограничению активного избирательного права посредством текущего законодательства. Кроме того, Совет отмечает, что возможность применения дифференцированного подхода обусловлена тем, что Конституция РФ «устанавливает лишь общий подход» к этому вопросу, не исключая при этом первого.

Особого внимания заслуживает также Заключение по этому делу для Конституционного суда РФ, направленное Автономной некоммерческой организацией «Институт права и публичной политики». В нем раскрывается суть дифференцированного подхода к ограничению избирательных прав заключенных. Автору представляется возможным либо специальное ограничение избирательного права осужденных в зависимости «от вида и степени тяжести преступления, формы вины и (или) срока отбывания наказания», либо предоставление судам полномочия назначать данное ограничение в качестве вида наказания или меры уголовно-правового характера[1].

Тем не менее, 19 апреля 2016 года было принято Постановление КС «Анчугов и Гладкой против России». Суд пояснил, что исполнить решение ЕСПЧ невозможно, так как это нарушило бы принцип верховенства Конституции. Однако Конституционный суд напомнил, что осужденные лишь за преступления средней тяжести и тяжкие преступления ограничены в

[1] Заключение о толковании статьи 32 (часть 3) Конституции Российской Федерации для целей определения возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации» М., 2016. С. 24

избирательных правах. Такое ограничение не относится к лицам, впервые осужденным за совершение преступлений небольшой тяжести. Проанализировав позицию КС РФ, можно обнаружить, что в российском законодательстве уже существует своего рода дифференцированный подход (лишение заключенных избирательных прав в зависимости от тяжести преступления). Кроме того, в Постановлении Суд напомнил, что у законодателя есть право перевести колонии-поселения в разряд альтернативных видов наказания. Тогда все лица, отбывающие там наказания по решению суда, автоматически получили бы право голоса. В этом также можно увидеть возможность реализации дифференцированного подхода к избирательным правам осужденных, о котором говорил в своем решении ЕСПЧ

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать несколько выводов. Во-первых, лишение заключенных избирательных прав является традиционным принципом в РФ, сохраняющим свою актуальность и по сей день. Эту актуальность подтверждает его закрепление во второй главе Конституции РФ, а также судебная практика ЕСПЧ, который, хотя и отвергает возможность абсолютного ограничения избирательных прав заключенных, все же допускает такое ограничение при соблюдении соответствующих обстоятельств. Во-вторых, в то же время невозможно не признать и то, что в XXI веке, в веке демократии, этот принцип, безусловно, имеет некоторые устаревшие черты, которые требуют изменения, и Постановление Конституционного суда по делу «Анчугов и Гладков против России» будет первым шагом в решении этой проблемы.

О.И. Лепехина

Конфликт между свободой собраний и интересами общественной безопасности

Ст. 30 Конституции Российской Федерации (далее - РФ) гарантируется каждому лицу право на объединение. Под объединением подразумевается

коллективное образование субъектов, некий союз людей, имеющих общую цель. Внимательное прочтение этой статьи показывает, что под понятие объединение, по своему конституционно-правовому смыслу, не подходят временные образования, например, манифестации. Тем не менее, свобода собраний - это смежное понятие со свободой объединения, оно естественно и для другого права как свобода мысли и слова. Реализация права на свободу собраний является одним из важнейших для каждого человека, так как даёт возможность выражать не только общественные идеи, но и свою гражданскую позицию. Уже ст. 31 Конституции РФ закрепляется право граждан РФ на мирные собрания. Свобода собраний представляет собой «типовым правилом» для любого демократического государства и общества. Это же право закрепляется статьей 20 такого базового правового акта, как Всеобщей Декларации прав человека.

Теперь следует перейти ко второму понятию, фигурирующему в названии статьи - к общественной безопасности. Для этого необходимо обратиться к Концепции общественной безопасности в Российской Федерации, утвержденной президентом РФ в 2013 г. Итак, п. 4 общих положений закрепляет, что «под общественной безопасностью понимается состояние защищенности человека и гражданина, материальных и духовных ценностей общества от преступных и иных противоправных посягательств, социальных и межнациональных конфликтов, а также от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» [1]. Ст. 72 Конституции закрепляет, что общественная безопасность относится к предметам совместного ведения, то есть по этому вопросу федеральный центр и субъекты находятся в постоянном диалоге, что очевидно, так как для реализации полномочий необходимо согласование центра и регионов. И одним из важнейших институтов обеспечения общественной безопасности выступает, как известно, институт полиции, который является «составной частью единой централизованной системы федерального органа

[1] Концепция общественной безопасности в Российской Федерации // http://www.kremlin.ru/acts/news/19653.

исполнительной власти в сфере внутренних дел» [1] в соответствии с п. 1 ст. 4 Федерального закона от 07.02.2011 № 3-Ф «О полиции».

Как ясно из определения, угроза общественной безопасности может исходить как извне, так и изнутри, что как раз коррелируется со правом на свободу собраний. В общем и целом, общественная безопасность – отличный предлог оградить себя от излишней критики, либо как способ оправдания засекречивания информации или, например, цензуры, то есть для всех тех случаев, когда власть не хочет вступать в продуктивный диалог с обществом.

Почему возникает конфликт между свободой собраний и общественной безопасностью?

Важно отметить, что публичные мероприятия могут затрагивать права и интересы широкого круга лиц: как участников публичных мероприятий, так и лиц, непосредственно в них не участвующих. То есть подобное действо затрагивает и тех, и других: участников в силу их непосредственного присутствия, и не участвующих, в силу того, что исход подобного мероприятия так же может на них повлиять. Ввиду эмоционального подъёма участников мирного собрания, дружелюбное настроение присутствующих может поменяться на противоположное, то есть из собрания происходит переход в хаотичное скопление людей, которыми будет невозможно никак управлять в хорошем смысле этого слова. В такой ситуации действия собравшихся могут угрожать общественной безопасности (жизни, здоровью) участников и третьих лиц. В принципе, тогда можно представить, что некоторые ограничения пойдут на пользу и будут направлены на выведение ситуации в нейтральную плоскость. В такой момент встает вопрос: с какого момента мы должны понять, что необходимо ограничить конституционное право граждан в целях более важного права - права на жизнь, сохранения здоровья участников? Как понять, что угроза стала реальной, толпа перестала быть управляемой, а главный вопрос: как контролировать эту толпу, если она стала неуправляемой? В таком

[1] Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ «О полиции» // http://rg.ru/2011/02/07/police-dok.html.

положении появляется естественным образом мысль - не ограничить ли право на свободу собраний, а точнее реализацию этого права, потому что в системе общепризнанных ценностей человек, его жизнь и здоровье, стоит на первом месте. Например, Европейская конвенция о защите прав человека и его свобод 1950 года положительно отвечает на такой вопрос, констатируя статьей 11, что право на свободу собраний и объединений может быть ограничено, когда это предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц. Таким образом, ограничение прав является доступной опцией, но только в демократическом обществе ограничения должны быть санкционированы положением или ситуацией. Очевидным выходом является выработка системы правил для подобной ситуации. В теории права уже выработаны основания для ограничения конституционных прав, соответственно, основания для вторжения государства в регулирование этих прав. Одним из таких правил является принцип соразмерности. Содержание этого принципа состоит в понимании цели вводимых ограничений права, которая должна быть действительно публичной и важной, а способы ее достижения должны иметь минимально ограничительный характер. Здесь наравне с затрагиваемыми интересами балансируют общественные цели. Важным фактором является субъективность, так как очевидно, что для всех существует разный уровень допустимости тех или иных вещей. Принцип соразмерности – это комплекс применяемых мер для оценки ситуации. В качестве критериев допустимости ограничений конституционных прав (и свободы собраний в частности) предлагается последовательное применение тестов на сохранение основного содержания права и на пропорциональность вводимых ограничений. Сами по себе тесты пригодны для оценки ограничений любых конституционных прав и поэтому имеют универсальный характер. Важным является замечание, что при ограничении права не допускается изменение самой сути права. Тест состоит из нескольких позиций: проверка

легитимности цели, оценка необходимости вмешательства, оценка адекватности ограничительной меры и оценка минимальности ограничительной меры. В своей диссертации[1] Т.А. Храмова выделяет четыре основные особенности оценки на соразмерность. Первая особенность заключается в индивидуальном праве каждого гражданина страны, что накладывает ответственность на каждого участвующего. Индивидуальное право тесно связано с самой сутью права на свободу собраний, что не может затрагиваться, как указывалось выше. Каждое право плотно вписано в систему, в котором оно находится. Ограничения права на свободу собраний не может коррелировать с ограничением свободы выражения мысли и слова, так как опять же произойдёт нарушение «ядра» права. Вторая заключается в объеме аудитории. Как указывалось выше, право на свободу собраний затрагивает не только непосредственных участников, но также и остальных граждан ввиду подверженности их жизни влиянию исхода публичного собрания. Здесь также происходит столкновение ограничения права на свободу собраний непосредственно присутствующих, оценка законности цели их участия, а также прав и интересов остальных лиц. Третьей особенностью выступает соразмерность необходимого вмешательства в ограничение конституционного права. Таким образом определяется угроза, за которой следует ограничение. Только в случае реальной угрозы может быть допустимо прекращение собраний. Заключительной особенностью является проверка соразмерности ограничения ввиду достижения поставленной цели. Подобная проверка может пресечь попытка неправомерного и ненужного ограничения права.

Очевидно, что конституционное право граждан РФ стоит выше самого государства, которое в сущности своей так же зависимо от Конституции РФ. Гарантированное ею право не может быть ограничено, а в случае непредвиденной ситуации вопрос о сужении объема реализации права стоит очень остро. В случае экстренной ситуации, когда возникает конфликт между

[1] *Храмова Т.М.* Ограничения конституционной свободы собраний: сравнительно-правовой анализ. Дисс. … канд. юрид. наук. Москва, 2015.

реализуемым конституционным правом и проблемой общественной безопасности, необходимо всегда спросить сначала: не происходит ли нарушения содержания права, гарантируемого Конституцией? В случае, когда это ограничение очень серьезное, его невозможно принимать.

М.А. Паращенко

Межгосударственные органы по защите прав и свобод человека в системе конституционных гарантий прав российских граждан

Согласно Конституции Российской Федерации, права и свободы человека являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод входит в обязанности государства. Именно поэтому в Конституции РФ закрепляется право каждого человека в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, при условии, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты[1]. В свою очередь, положения ч. 4 ст. 15 Конституции РФ предусматривают, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, а нормы Федерального закона от 15 июля 1995 г. №101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» устанавливают приверженность Российской Федерации основополагающему принципу международного права - принципу добросовестного выполнения международных обязательств.

Актуальность исследования роли решений межгосударственных органов по защите прав человека в российской правовой системе заключается в неоднозначности подходов к соотношению национальных и наднациональных правовых институтов с учетом политизированности межгосударственных

[1] Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 г. // Российская газета. 1993.25 декабря.

органов.

Так, председатель Конституционного Суда В.Д. Зорькин подчеркнул, что «в случаях, когда решения Страсбургского суда сомнительны или прямым образом затрагивают национальный суверенитет, основополагающие конституционные принципы, Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений[1].

Проблема имплементации подходов и позиций ЕСПЧ на сегодняшний день обострилась ввиду принятия федерального конституционного закона от 14.12.2015 № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно принятому закону Конституционный Суд Российской Федерации имеет право принять решение о невозможности исполнения постановления межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, с точки зрения основ конституционного строя Российской Федерации и установленного Конституцией Российской Федерации правового регулирования прав и свобод человека и гражданина[2].

Возможность обратиться в суд с целью восстановления нарушенных прав и свобод означает, что судебная защита выступает гарантом надлежащего исполнения властными структурами их обязанностей по защите прав и свобод личности, что гармонизирует общественные отношения[3].

Положениями ч. 3 ст. 46 Конституции РФ предусмотрена возможность обращения в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека

---

[1] *Зорькин В.Д.* Предел уступчивости Российская газета - Федеральный выпуск. №5325 (246). 29.10.2010.

[2] Федеральный конституционный закон от 14.12.2015 № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации».

[3] Международная и внутригосударственная защита прав человека: учебник / А.Х. Абашидзе, З.Г. Алиев, К.Ф. Амиров и др.; под ред. Р.М. Валеева. М.: Статут, 2011. 830 с. Справочно-правовая система «Консультант Плюс» [Электронный ресурс] / Компания «Консультант Плюс».

при следующих условиях:

1) наличие ратифицированного международного договора Российской Федерации,

2) исчерпание всех имеющихся внутригосударственных средств правовой защиты[1].

Следует отметить, что развитие межгосударственных органов происходило постепенно: до принятия Версальского мирного договора основным регулятором правовой сферы, включая права и свободы человека, являлось внутригосударственное право. Создание Организации Объединенных Наций ознаменовало начало качественно нового этапа межгосударственных отношений. Устав ООН стал первым многосторонним договором универсального характера, который установил основу широкого развития сотрудничества государств по кодификации гуманитарных стандартов и созданию систем защиты прав человека[2].

В настоящее время действуют уставные и договорные органы ООН по правам человека.

Система уставных органов состоит из Совета по правам человека, осуществляющего деятельность на основе специальных процедур, а также механизмов для рассмотрения отдельным лицом либо рабочей группой конкретных ситуаций в стране или тематических вопросов во всех частях мира.

10 договорных органов по правам человека представляют собой комитеты независимых экспертов, которые контролируют осуществление основных международных договоров по правам человека. Например, комитет по правам человека; комитет по экономическим, социальным и культурным правам; комитет по ликвидации расовой дискриминации и другие[3].

Один из основных документов ООН - Международный пакт о

---

[1] Там же.

[2] Там же.

[3] Официальный сайт ООН. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.un.org/ru/index.html

гражданских и политических правах, ратифицированный СССР 18 сентября 1973 г., входит в правовую систему Российской Федерации, соответственно, Россия выполняет обязательства, вытекающие из него. Комитет по правам человека уполномочен получать и рассматривать сообщения лиц, утверждающих, что они являются жертвами нарушений какого-либо из прав, изложенных в Пакте. Согласно ст. 1 Факультативного протокола к пакту, государство - участник Протокола признает названную компетенцию Комитета по правам человека Соответственно, лица, находящиеся под юрисдикцией России, вправе обратиться в Комитет по правам человека с письменным сообщением о нарушении своих прав[1].

Важно отметить, что рекомендации, принимаемые органами ООН или организациями «семьи ООН», обычно не обладают императивным характером. Исключение составляют решения Совета Безопасности ООН, некоторые решения в рамках Международного валютного фонда и Международного банка реконструкции и развития. Рекомендательные или факультативного характера решения, не обладающие юридически обязывающей силой, имеют довольно весомое морально-политическое значение, так как распространяются практически на все мировое сообщество государств[2].

Помимо названного пакта Российской Федерации с 5 мая 1998 года является участницей Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, исполнение которой осуществляет специальный контрольный орган - Европейский суд по правам человека[3].

Решения Суда по конкретным спорам имеют обязывающее значение для государств - участников Конвенции, являющихся стороной в споре. Для не участвовавших в деле государств, решения Суда обязательны лишь в той части,

---

[1] Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpro1.shtml

[2] *Вельяминов Г.М.* Международное право: опыты. М., 2015. 1006 с.

[3] Бюллетень международных договоров. 1998. № 7. С. 20–35.

где содержатся официальные толкования конвенционных положений. Именно в таком двойственном качестве решения ЕСПЧ входят в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ в правовую систему Российской Федерации[1]. Более того, поскольку в России признана обязательная юрисдикция Европейского суда по правам человека в сфере толкования положений Конвенции, этот факт позволяет ссылаться в российском судебном процессе на прецеденты ЕСПЧ и, следовательно, при помощи средств международной защиты находить оптимальное решение правовым внутригосударственным проблемам.

Право на подачу индивидуальных жалоб признается за всеми физическими лицами, неправительственными организациями или группами частных лиц, в отношении которых властные органы государства - участника Конвенции допустили нарушения, не совместимые с обязательствами государства по Конвенции. Основанием индивидуальной жалобы должно являться конкретное дело с прямыми для заявителя последствиями[2].

Решения ЕСПЧ многообразны, поскольку имеют различную юридическую силу и последствия. Исполнению подлежат окончательные решения палат ЕСПЧ - постановления, а также постановления об исключении жалобы из списка рассматриваемых дел вследствие мирового соглашения или разрешения дела. Важно отметить, что Решение ЕСПЧ является окончательным, не подлежит обжалованию со стороны государства-нарушителя, не требует дополнительного подтверждения[3]. Согласно ст. 46 Европейской конвенции постановления ЕСПЧ должны быть исполнены под контролем Комитета

---

[1] *Караманукян Д.Т.* Акты Европейского суда по правам человека в российской правовой системе: учебное пособие. Омск, 2013. Справочно-правовая система «Консультант Плюс»: [Электронный ресурс] / Компания «Консультант Плюс».

[2] *Ковалев А.А.* Международная защита прав человека: учебное пособие. М., 2013. Справочно-правовая система «Консультант Плюс»: [Электронный ресурс] / Компания «Консультант Плюс».

[3] *Евстигнеева И.С.* Проблемы исполнения постановлений Европейского Суда по правам человека в отношении Российской Федерации // Исполнительное право. 2014. № 3. С. 22.

министров Совета Европы[1].

Тем не менее, роль ЕСПЧ субсидиарна, так как компетенция Европейского суда по отношению к национальному правопорядку государств-участников ограничена: суд не вправе отменять судебные и иные решения властей.

Обязательства по исполнению решений предполагают принятие мер индивидуального (выплата компенсации заявителю, возобновление национальной процедуры) и (или) общего характера (исправление допущенных нарушений, превенция нарушений, изменение законодательства, публикация постановлений ЕСПЧ)[2]. Между тем, решения ЕСПЧ по конкретному делу не могут исполняться в обязательном порядке, имплементация решений происходит с учетом внутринационального права.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» отмечено, что международным договорам принадлежит первостепенная роль в сфере защиты прав человека и основных свобод. В связи с этим Верховный суд РФ систематически проводит обзоры практики межгосударственных органов, контролирующих исполнение государствами международно-правовых обязательств в сфере защиты прав и свобод человека, подчеркивая необходимость учета российскими судами правовых позиций, сформулированных межгосударственными договорными органами при рассмотрении уголовных, гражданских дел, а также дел об административных правонарушениях, в том числе правовых позиций Комитетов ООН по правам человека, по ликвидации расовой дискриминации, по ликвидации дискриминации в отношении женщин, по правам инвалидов, а также практики ЕСПЧ.

---

[1] Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп.)

[2] *Евстигнеева И.С.* Проблемы исполнения постановлений Европейского Суда… С. 23.

Таким образом, ЕСПЧ и Комитет по правам человека обеспечивают выполнение взятыми на себя государствами обязательств, с этой целью данные учреждения уполномочены рассматривать индивидуальные или межгосударственные жалобы на нарушении прав и свобод, закрепленных непосредственно в Европейской конвенции (или дополнительных протоколах к ней) и Международном пакте о гражданских и политических правах. Вместе с тем, российская правовая система допускает определенную свободу усмотрения при имплементации правовых позиций межгосударственных органов, то есть учитывается внутринациональное право. Решения Комитетов ООН не обладают императивным характером, однако имеют большое морально-политическое значение, решения ЕСПЧ обязательны в том случае, если они не противоречат Конституции РФ.

А.А. Голубенкова

Ограничение доступа к информации в сети «Интернет»

Право каждого человека на свободу доступа к информации и свободу средств массовой информации, равно как и право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом гарантируется Конституцией Российской Федерации. Защита и соблюдение данных прав является одной из основных целей внешней и внутренней политики Российской Федерации. Более того, организация объединенных наций в докладе от 16 мая 2011 г. признала право на доступ к интернету одним из неотъемлемых прав человека, наравне с правом на жизнь, правом на достоинство личности, правом на неприкосновенность частной жизни. Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что перечень оснований для ограничения права на доступ к сети Интернет в частности и к информации в целом в значительной степени регламентируется международными и национальными актами.

Важной представляется классификация информации по порядку доступа к

ней, в соответствие с которой она подразделяется на общедоступную информацию и информацию ограниченного доступа[1]. К первой группе относится информация, доступ к которой не может быть ограничен (подробный перечень представлен в статье 8 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»), а также иная информация. Ко второй группе - информация о государственной тайне, а также конфиденциальная информация. Нормативно-правовая база, регулирующая порядок доступа, а также ограничения доступа к соответствующим видам информации обширна. Осложняется ситуация тем, что некоторые виды информации, а именно тайн, могут относиться одновременно к нескольким категориям, что ведет к появлению рудиментарных элементов и «утяжелению» законодательства. Существует также информация запрещенная. К такому виду информации в соответствие с отечественным законодательством относится материалы с порнографическими изображениями несовершеннолетних, информация о способах, методах разработки, изготовления и использования наркотических средств, информация о способах совершения самоубийства, а также призывах к совершению самоубийства. Для выявления данного вида информации существуют критерии, утвержденные Приказом Роскомнадзора, ФСКН России, Роспотребнадзора. Важно отметить, что точность данных критериев, а также их практическая ценность вызывает сомнение.

Ограничение прав и свобод человека и гражданина возможно при соблюдении трех основных условий. Во-первых, ограничение права возможно только на основании закона. Данное условие закреплено в статье 29 Всеобщей декларации прав человека. Во-вторых, ограничение возможно для достижения определенных целей, указанных в ст. 19 Международного пакт о гражданских и политических правах. К ним относятся: защита прав и репутации других лиц, а также охрана государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения. В-третьих, необходимость подобного

[1] Федеральный закон от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

ограничения должна быть доказана и обоснована. Соответствующие положения находят отражение в отечественном законодательстве в ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации.

Данные положения применимы и к информационным правам человека и гражданина. Ограничение доступа к информации устанавливается федеральными законами в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства[1]. В зависимости от основания ограничения существует несколько законодательно закрепленных порядков ограничения доступа к информации. В зависимости от уполномоченного на принятие решения органа существует судебный и внесудебный порядок. В первом случае судебное решение становится основанием для ограничения доступа к информационному ресурсу, а во втором – решение уполномоченного органа исполнительной власти.

Судебный порядок ограничения доступа к информации безусловно имеет как положительные, так и отрицательные характеристики. Наличие не только волевого решения государственного органа, но и необходимость доказывать тот факт, что информация является запрещенной, - неоспоримое преимущество судебного порядка. Оператор связи или владелец ресурса получают возможность убедить суд в своей точке зрения, что обеспечивает соблюдение важного принципа судопроизводства - состязательности. Однако, в судебном порядке отсутствует возможность быстрого реагирования на возникшее правонарушение, что, ввиду специфики сети «Интернет», неизбежно ведет к распространению неправомерной информации.

Соответственно, внесудебный порядок в данной сфере представляется более эффективным для обеспечения преследуемых целей: защиты прав и репутации третьих лиц, охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения. Внесудебный порядок

[1] Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Ст. 9.

подразумевает принятие решения уполномоченными Правительством Российской Федерации федеральными органами исполнительной власти в соответствии с их компетенцией в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

В ходе данного исследования наибольший интерес представляет внесудебный порядок ограничения доступа к информации, распространение которой в Российской Федерации запрещено, а также информации, распространяемой с нарушением закона. Нормы, регулирующие упомянутые порядки, являются сравнительно новыми, в них присутствуют некоторые пробелы и несоответствия, а также практические трудности в реализации.

Ст. 15.1 Федерального закона закрепляет возможность установления ограничения на доступ к установленным законом видам информации посредствам решения уполномоченного органа в сфере его компетенции. Решение может быть принято должностными лицами и специалистами, перечень которых определяется начальниками Федеральной службой Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков, Федеральной службой по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, Федеральной налоговой службой, а также Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (далее – Роскомнадзор).

Для ограничения доступа к ресурсам, содержащим запрещенные сведения, создан «Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети «Интернет» и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети «Интернет», содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено» (далее Реестр). Функционирование Реестра осуществляется круглосуточно. В общем виде процедура состоит из нескольких этапов. Первым является обращение граждан, юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, органов государственной власти, органов местного самоуправления по форме на сайте Роскомнадзора, которое в течение суток направляется в уполномоченный орган в соответствии с его

компетенцией. На данные обращение распространяется действие Федерального закона от 2 мая 2006 г. №59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», соответственно обращения, содержащие нецензурные либо оскорбительные выражения, угрозы жизни, здоровью и имуществу должностного лица, а также членов его семьи, к рассмотрению не принимаются. Уполномоченный орган в течение суток принимает решение и в электронном виде направляет его в Роскомнадзор и оператору Реестра.

После получения в рамках системы взаимодействия решения Роскомнадзор вносит в Реестр URL записи, а также определяет провайдера хостинга и уведомляет его о внесении доменного имени в Реестр. Провайдер хостинга в течение суток сообщает владельцу сайта о необходимости удалить интернет-страницу, а при отказе или невыполнении требований блокирует доступ к странице в течение суток. После окончательного включения записи в Реестр IP доступ ограничивается еще и оператором связи. Таким образом, с момента вынесения решения и до момента реальной блокировки оператором связи проходит три дня, а с момента поступления обращения от четырех до пяти. Несмотря на относительную динамичность принятия решений, данный порядок представляется недостаточно оперативным для использования в сети «Интернет», в которой распространение информации происходит намного быстрее. Обжалование решения в включении в Реестр данных о ресурсе, содержащем информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено, может быть обжаловано владельцем сайта, провайдером хостинга или оператором связи в суд в течение трех месяцев со дня принятия такого решения.

Иной порядок ограничения доступа установлен ст. 15.3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» для информации, распространяемой с нарушением закона. Он относится к информации, содержащей призывы к массовым беспорядкам, осуществлению экстремистской деятельности, участию в массовых (публичных) мероприятиях, проводимых с нарушением установленного

порядка, представляющейся для законодателя наиболее опасной. На основании уведомления, исходящего от федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, организаций или граждан, Генеральный прокурор Российской Федерации или его заместители направляют требование в Роскомнадзор о принятии мер по ограничению доступа к информационным ресурсам, распространяющим информацию. В данной процедуре обозначены иные сроки, а также иные действия Роскомнадзора, а именно незамедлительное уведомление оператора связи о принятии мер по ограничению доступа. Что законодатель имел в виду, употребляя термин «незамедлительно», остается неизвестным, однако исходя из смысла нормы этот срок не должен превышать одних суток. Из нормы прямо не следует, однако, исходя из систематического и логического толкования, Роскомнадзор одновременно определяет провайдера хостинга и информирует его о нарушении порядка распространения информации, а также фиксирует дату и время уведомления.

В данном порядке ограничение доступа к информации происходит значительно быстрее. После поступления требования оператор связи незамедлительно ограничивает доступ к ресурсу, а остальные действия, а именно уведомление владельца сайта о необходимости удалить правонарушающую информацию и его ответные действия, происходят уже после блокировки. С данного этапа сроки становятся более точными. Для уведомления владельца сайта устанавливается стандартный срок в одни сутки.

Последствия вмешательства со стороны государства в двух представленных порядках значительно отличаются. Если в случае с информацией, распространение которой в России запрещено, возобновление доступа к ресурсу при своевременном удалении неправомерных данных осуществляется автоматически, то в отношении информации, распространяемой с нарушением закона доступ возобновляется только после уведомления заинтересованным лицом Роскомнадзора и последующей проверки. Восстановление доступа также происходит посредствам

незамедлительного уведомления оператора связи, который незамедлительно восстанавливает доступ. Отсутствие точных сроков во втором случае и их наличие в первом необъяснимо.

Таким образом, можно сделать вывод о причинах установления различных процедур для ограничения доступа к данным упомянутым информации. Основной из них является важность защищаемых общественных отношений. Во втором случае под угрозой находится общественная безопасность и основы конституционного строя, а отсутствие оперативного воздействия может повлечь значительные негативные последствия как для отдельных индивидов, так и для общества в целом.

Необходимо заострить внимание на пробелах и недочетах существующей системы реагирования. Сроки, установленные для внесудебного разбирательства, безусловно являются меньшими в сравнении со сроками судебного разбирательства, однако с учетом специфики информационной сети «Интернет» они достаточно велики. Более того, установление порядка ограничения доступа к информации, распространяемой с нарушением закона представляется в некоторых случаях чрезмерным вмешательством государства в жизнь граждан, так как посредствам данной процедуры со стороны государства может осуществляться определенного рода цензура, блокировка «неугодных», оппозиционных и иных ресурсов. Особенно вызывает опасения расплывчатая формулировка сроков установления и снятия ограничений. Ввиду отсутствия четких указаний блокировка может устанавливаться за несколько часов, а сниматься в течение нескольких дней. Подобные неточности в формулировках, а также отсутствие критериев незамедлительности порождает множество дискуссий и споров.

А.В. Овсянникова

Актуальные вопросы судебной системы РФ в рамках реализации принципа федерализма

На современном этапе правового развития многие институты права претерпевали свои неизбежные изменения, однако их состав и основа оставались неизменными. С момента существования теории разделения властей изобретенную французским теоретиком права Монтескьё[1] (Baron de La Brède et de Montesquieu 1689–1755) существуют три ветви власти – законодательная, исполнительная и судебная.

Правопорядок, сформировавшийся в Российской Федерации, несколько кардинально трансформировался в рамках судебной системы. В частности, во время правления Петра I, Екатерины II и Александра II, революционных событий с 1917 – 1918 гг., периоды советской эпохи и формирования РСФРС (позднее Российской Федерацией) как базового института осуществления и отправления правосудия.

Будучи правопреемницей Союза Советских Социалистических Республик Российская Федерация базируется на положениях Конституции, принятой в 1993 году, которая содержит нормы-принципы, определяющие основные организационные и функциональные начала судебной системы. В том числе, российский правопорядок расширяет механизмы и способы осуществления государственной власти, включив в правовое регулирование общественных отношений судебную юстицию при административно-территориальном деление – Федерации.

Настоящая статья выявляет тенденций формирования судебной власти в Российской Федерации, которые предопределены историческим развитием.

Источником реформирования судебной системы в начале 1990 годов стало Постановление Верховного Суда РСФСР от 24.10.1991 № 1801–1

[1] См.: *Монтескье Ш.Л.* О духе законов// Пер. М.М. Розеноер. СПб., 1901. С.21.

«О Концепции судебной реформы в РСФСР»[1]. Оно призвало главными задачами судебной реформы в Российской Федерации: утверждение судебной власти в государственном механизме как самостоятельной влиятельной силы, независимой в своей деятельности от властей законодательной и исполнительной; защиту и неуклонное соблюдение основных прав и свобод человека, конституционных прав граждан в судопроизводстве; закрепление в соответствующих законодательных актах демократических принципов организации и деятельности правоохранительных органов; достижение уровня материально-технического обеспечения судов, органов юстиции, а также материального, бытового и социального обеспечения работников правоохранительных органов, соответствующего возлагаемой на эти органы и их работников ответственности; обеспечение достоверности и повышение доступности информации о деятельности правоохранительных органов, судебно-правовой статистики.

В качестве приоритетных направлений судебной реформы были отнесены следующие положения:

1) создание федеральной судебной системы;

2) признание права каждого лица на разбирательство его дела судом присяжных в случаях, установленных законом;

3) расширение возможностей обжалования в суд неправомерных действий должностных лиц, установление судебного контроля за законностью применения мер пресечения и других мер процессуального принуждения;

4) организацию судопроизводства на принципах состязательности, равноправия сторон, презумпции невиновности подсудимого; дифференциацию форм судопроизводства;

5) совершенствование системы гарантий независимости судей и подчинения их только закону, закрепление принципа их несменяемости.[2]

---

[1] Постановление Верховного Суда РСФСР от 24.10.1991 № 1801–1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР».

[2] Там же.

Кроме того, авторы концепции изначально разрабатывали идею о создании двух судебных систем – федеральной и республиканской. Однако не выдержав критики данная разработка так и осталась проектной, хотя в единую систему юстиции включили образование судов общей юрисдикции среднего уровня (краевых, областных и равных им судов)[1].

Таким образом, концепция определяла рамочных характер принципов построения судебной системы, фундаментальными из которых были единство, независимость и федерализм.

Основными нормативно-правовыми актами, определяющими функционирование судебной системы, является Конституция РФ и Федеральный Конституционный Закон Федеральный конституционный закон от 31.12.1996№ 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (далее – ФКЗ «О судебной системе РФ»).

Конституция Российской Федерации 1993 г. определяла:

новую модель судопроизводства, а именно виды судопроизводства, функциональность и исключительное нормативно-правовое регулирование судебной системы (ст. 118);

гарантии деятельности судей (ст. 120–122);

определила статус Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, который был упразднен 6 августа 2014 года[2] (ст. 125–127);

а также закрепляла право каждого на судебную защиту (ст. 46).

После принятия Конституции РФ, содержащей принципы построения правосудия как в организационном, так и в функциональном направлениях, законодатель принял целый комплекс федеральных конституционных законов, органический дополняющих взаимодействие ключевых элементов судебной

[1] *Клеандров М.И.* Современные проблемы судебной реформы в Российской Федерации. СПб., 2011. С.10.

[2] Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации».

системы.

Как уже отмечалось ранее в Концепции 1991, принцип правового государства включал признание и реализацию прав и свобод человека, которые непосредственно зависят от отправления правосудия. Многовековой опыт проиллюстрировал, что таковым не могут быть действия монополизированной власти, то есть сконцентрированной в одной структуре государственной власти. Принцип разделения властей обеспечил не только самостоятельность судебной системы, но и автономность, и независимость деятельности, реализация реабилитированных полномочий – судебного административного контроля, контроль за действиями органов исполнительной власти и полномочиями судебного нормоконтроля (конституционность действий законодательной власти).

Отметим, что при соблюдения критерия функциональности, суды устанавливаются на различных уровнях – федеральном и региональном (уровень субъектов РФ).

Федеральный уровень составляют суды общей юрисдикции, кроме мировых судей и конституционных (уставных) судов, а также все военные суды, действующие на территории Российской Федерации.

Напомним, что в ст. 118 Конституции РФ определяются следующие виды судопроизводства: конституционное, административное, гражданское и уголовное. Отличия данных видов производств возможны по следующим признакам:

1) наличие особых, относительно автономных в единой системе судов;

2) наличие специфических процессуальных норм;

3) наличие особых сфер государственной, общественной и частной жизни,

в которых действует правоотношение

Несмотря на то, что в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ не указан арбитражный вид судопроизводства, при расширительном толковании гражданского процесса можно выделить его особую форму, разрешающий споры в экономической

и хозяйственных сферах общественной жизни.

Как уже было сказано выше, до 2014 г. высшей инстанцией в административном судопроизводстве был Высший арбитражный суд РФ. С его ликвидацией функции и компетенция были переданы Верховному Суду РФ. Причиной такого радикального перестроения высших судебных инстанций послужила «неопределенность по вопросам определения судебной инстанции, компетентной в разрешении некоторых споров, привело к принятию названными инстанциями неоднозначных судебных решений, вызвало дезориентацию правоприменителей и граждан»[1]. В связи с этим, возникает основание полагать, что самостоятельность данной подсистемы была утрачена, поэтому доводы правоведов о слиянии судебных функции и на других уровнях (региональных, федерально-окружных) обосновывают принцип единства российской системы юстиции[2].

Другая актуальная проблема состоит в том, что, хотя, в Конституции предусмотрен порядок административного производства, судов административной юстиции не существует на территории РФ. В 2015 году законодатель издал акт, сочетающий кодифицированные нормы административного судопроизводства[3].

По существу, «Кодекс административного судопроизводства» формирует процессуальную базу для рассмотрения административных споров и конфликтов, но не будет ли излишне расширена спецификация судебной системы?

Решение проблемы отягощенной специализации судов, возможно при рассмотрении содержания структурных элементов судебной системы РФ. Суды общей юрисдикцией составляют центральное звено, поскольку их компетенция

---

[1] *Паршин Н.А.* Принцип единства и многообразия в контексте модернизации российской судебной системы: специфика трактовки и действия // Адвокат № 8. 2014. С. 76.

[2] В России объединят Верховный и Высший Арбитражный Суды / Ведомости: http://www.vedomosti.ru/politics/news/13377911/putin_predlozhil_obedinit_vysshij.

[3] Федеральный Закон от 08.03.2015 № 21-ФЗ «Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации».

носит универсальный характер, в то время как специальные, отраслевые, суды могут рассматривать исключительное количество дел, исходя из предмета отрасли. Кроме того, фундаментальная роль судов общей юрисдикции не должна уменьшать значимости судов специальной юрисдикции, но их существование в соответствии с принципом единства судебной системы не должно дестабилизировать построение и функционирование судебной системы.

В настоящее время в России принята Федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России» на 2013–2020 годы[1], которая предусматривает множество интересных изменений. Так, в рамках ее реализации предполагается создание мобильных подвижных офисов судей в удаленных районах страны, чтобы обеспечить доступность и прозрачность деятельности судей.

Концепция реформирования отражает несколько ключевых направлений: установление децентрализации судебной системы и формирование специализированных судов (ювенальных, административных и других); создание федеральных и республиканских судов; расширение форм участия населения в отправлении правосудия; исключение возможности произвольного изменения подсудности посредством четкого определения компетенции различных звеньев судебной системы; создание судебных округов, несовпадающий по территории с административно-территориальным и национально-государственным делением России; образование мировых судов как судов первой инстанции; создание независимой судейской корпорации; закрепление в законодательстве и обеспечение принципа несменяемости.

В настоящей работе были рассмотрены основные теоретические и практические проблемы сочетания принципа федерализма и организации, и деятельности судебной системы в РФ.

Существует несколько точек зрения относительно самостоятельности

[1] Постановление Правительства РФ от 27.12.2012 № 1406 «О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы».

и единства судебной системы: на территории существует единственная и единая судебная система с несколькими подсистемами (военных судов, арбитражных судов и прочее); единство судебной системы РФ обеспечивается благодаря её многообразию. в том числе наличию на региональных уровнях конституционных (уставных) судов РФ и мировых судей.

Принципы федерализма и единства судебной системы определены Конституций РФ и ФКЗ «О судебной системе РФ», решения Конституционного Суда разъясняют его положения и формируют конституционное толкование, необходимое для обеспечения правовой стабильности при дальнейшей трансформации судебной системы.

Единство судебной системы обеспечивается ее многообразием и расширительным толкованием статьи 118 Конституции РФ, которым обеспечивается создание специальных подсистем судов (арбитражных и военных и других). Однако, следует иметь в виду, что правовая система готова к имплементации новых институтов судебной власти, а именно административной юстиции. Тем не менее, наличие судов с универсальной компетенцией и высшей судебной инстанцией (судов общей юрисдикцией и Верховного суда РФ соответственно) ставит под сомнение выделение специализированных судов, которые могут формировать практику нарушающую принцип правовой стабильности и дестабилизирующую судебную систему в РФ.

Е.С. Леонова

Конституционный (уставный) суд как элемент системы органов государственной власти субъекта РФ

В защите прав и свобод граждан немаловажную роль играет конституционная юстиция, которая обеспечивает охрану конституционного строя и развитие Российской Федерации как правового государства. Конституционная юстиция в субъектах РФ гарантирует конституционный

принцип разделения властей, который обеспечивает сбалансированность, взаимосвязанность и исключения сосредоточения полномочий в рамках одного органа государственной власти или должностного лица[1].

Сегодня в 17 регионах России конституционные (уставные) суды уже созданы, однако развитие данного органа идет достаточно медленно: субъекты не стремятся образовывать подобные суды, а в отдельных регионах они упраздняются. Следовательно, актуальность темы обуславливается необходимостью определения места конституционного (уставного) суда субъекта РФ в системе органов государственной власти, целесообразности образования данного института и продолжения его развития, а также выявления причин упразднения данных органов в некоторых регионах Российской Федерации.

Возникновение региональных органов конституционной юстиции обосновано требованиями Конституции РФ. Если субъект имеет свою конституцию (устав) и законодательство, то в рамках конкретного региона необходима соответствующая конституционно-правовая защита и обеспечение соответствия законодательства субъекта Учредительному акту. Поэтому создание органов конституционной юстиции объясняется необходимостью удержания деятельности законодательной и исполнительной власти в пределах региональной конституции (устава) субъекта РФ.

Конституционные (уставные) суды субъектов учреждаются региональными конституциями (уставами). В ФКЗ «О судебной системе РФ» определено целевое назначение данных органов[2], однако данная норма не обязывает все подобные суды определять единообразный перечень своих

[1] Федеральный закон от 06.10.1999 N 184-ФЗ (в ред. от 09.03.2016) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Российская газета. № 206 от 19 октября 1999 г. Подп. «д» п. 1 ст. 1.

[2] Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ (в ред. От 05.02.2014) «О судебной системе Российской Федерации» // Российская газета. № 3. от 6 января 1997 г. Ч. 1 ст. 27.

полномочий[1]. Более детальная регламентация полномочий данных органов осуществляется специальным законом субъекта.

Среди основных полномочий конституционных (уставных) судов РФ можно выделить абстрактный нормоконтроль, конкретный нормоконтроль и толкование конституции (устава) субъекта для ее (его) единообразного понимания и применения.

Стоит отметить, что органы региональной конституционной юстиции могут осуществлять проверку нормативных правовых актов на соответствие конституции (уставу) субъекта РФ только по вопросам совместного ведения с Федерацией[2] или по вопросам исключительного ведения субъекта РФ[3]. Однако, как данное полномочие соотносится с компетенцией Конституционного Суда РФ, который в соответствие с Конституцией РФ вправе осуществлять проверку законов и других нормативных правовых актов по совместному ведению Федерации и субъекта РФ[4]? Конституционный Суд РФ будет осуществлять предметную проверку на соответствие Конституции РФ, а конституционный (уставный) суд на соответствие Учредительному акту субъекта. Исходя из этого конкурирующей компетенции, заявитель вправе обратиться как в орган на федеральном уровне, так и на региональном. Однако, если судебное решение будет принято на региональном уровне, Конституционный Суд может принять иное решение (если поступит обращение) по соответствующему вопросу, тем самым свойство непреодолимости решения конституционного (уставного) суда может быть преодолено.

Несомненно, региональный орган конституционной юстиции вправе обратиться при рассмотрении дела, относящегося к совместному ведению

---

[1] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 06 марта 2003 г. № 103-О // Вестник Конституционного Суда РФ. № 4. 2003 г.

[2] Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Собрание законодательства РФ. № 31. Ст. 4398. от 4 августа 2014 г. Ст. 72

[3] Конституция Российской Федерации. Ст. 73

[4] Конституция Российской Федерации. П. «б» ст. 125

Федерации и субъекта РФ с запросом на соответствие проверяемого нормативного правового акта Конституции РФ.

При конкретном нормоконтроле заявитель в любом случае может обратиться в Конституционный Суд РФ независимо от того, обращался ли он до этого в конституционный (уставный) суд субъекта или не удовлетворен его решением.

Также стоит отметить, что позиции конституционных (судов) по схожим делам могут разниться в разных субъектах, так как отсутствует единая организационная структура, которая обеспечивала бы возможность единообразной правовой основы решений[1].

Возможным решением может быть введение обязательного предварительного обращения в конституционный (уставный) суд или направление данным органом запроса в Конституционный Суд РФ, но тогда подобные органы должны быть созданы во всех субъектах. Ситуация также осложнена тем, что конституционные (уставные) суды и Конституционный Суд РФ не объединены в единую систему и не соподчинены.

Верховный Суд РФ указал, что при отсутствии в субъекте конституционного (уставного) суда суды общей юрисдикции рассматривают «дела о проверке соответствия законов субъекта РФ, нормативных правовых актов органов государственной власти субъекта, органов местного самоуправления конституции (уставу) субъекта РФ»[2]. Однако решения конституционных (уставных) судов окончательны и не могут быть пересмотрены иным судом, в то время как решения судов общей юрисдикции могут быть обжалованы в вышестоящую инстанцию.

Таким образом, недостаточная урегулированность конституционных

---

[1] *Морщакова Т.Г.* Российское правосудие в контексте судебной реформы. М., 2004. С. 125

[2] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 N 48 (в ред. от 09.02.2012) «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» // Российская газета. № 276 от 8 декабря 2007 г.

(уставных) судов субъектов РФ может являться одной из причин, по которой регионы не стремятся образовывать в системе своих органов государственной власти субъектов данный органы.

В некоторой степени отсутствие стремления региональных органов государственной власти образовывать конституционные (уставные) суды связано с политическими причинами, то есть субъект не заинтересован в изменении сложившегося баланса сил и тем более не заинтересован в появлении дополнительного контролирующего органа[1]. Более того, данные суды создаются на усмотрение субъекта, то есть у региона нет никакой обязанности создавать данные органы, что обуславливает достаточную пассивность и нейтральность субъектов в данном вопросе.

Приведем в пример упраздненный в 2014 году Уставный суд Челябинской области, который начал свою работу в 2012 году. Постановление по делу о льготах на транспортный налог для определенных категорий пенсионеров стало последним в деятельности данного органа. Соответствующие поправки в Устав и закон об упразднении были приняты сразу в трех чтениях, и можно предположить, что упразднение данного органа было вызвано не формальными причинами, которые были заявлены в качестве официальных – недостаточность бюджетных средств для финансирования, а конфликтной ситуацией между судебной и законодательной властью, так как Законодательное собрание Челябинской области было категорически не согласно с принятым решением органа конституционного нормоконтроля, и посчитала его вмешательством в дискреционные полномочия законодателя субъекта[2].

Финансовый аспект является весомым фактором, который препятствует созданию конституционных (уставных) судов субъекта и, как показывает

---

[1] *Кряжков В.А.* Региональная конституционная юстиция в Российской Федерации: состояние и пути развития // Сравнительное Конституционное Обозрение. 2007. № 3 (60). С. 158.

[2] *Савоськин А.В., Казанцев А.О.* Возможно ли упразднение конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации? // Актуальные проблемы российского права. № 6 (43). Июнь 2014 г. С. 1100.

практика, для их приостановления, а в некоторых случаях и для упразднения.

Согласно ФКЗ «О судебной системе РФ» финансирование конституционных (уставных) субъектов осуществляется из регионального бюджета[1]. Если исходить из того, что объем бюджета у всех регионов разный, а также, соответственно, уровень доходов и расходов, для некоторых субъектов образование органов конституционного нормоконтроля, возможно, является обременительным. Однако, как правило, расходы из регионального бюджета на деятельность конституционного (уставного) суда субъекта РФ являются минимальными.

Приведем два примера конституционных (уставных) судов субъекта, деятельность которых была приостановлена или упразднена.

В ноябре 2013 г. Закон о Конституционном Суде Республики Бурятия приостановил свое действие в соответствии с принятым Народным Хуралом законом[2], за исключением положения о выплате ежемесячного пожизненного содержания судьям Конституционного Суда Республики Бурятия (далее – КС РБ). В декабре 2014 г. был принят Закон, содержащий аналогичную норму[3], что фактически продляло приостановление действия Закона «О Конституционном Суде Республики Бурятия». В связи этим группа депутатов Государственной Думы обратилась в Конституционный Суд РФ о проверке

---

[1] Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации». Ч. 2 ст. 27.

[2] Закон Республики Бурятия от 14 ноября 2013 г. 92-V (в ред. от 07.08.2014) «О приостановлении действия и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Республики Бурятия» // Собрание Законодательства Республики Бурятия. № 11 (176). Ноябрь. 2013 г. П. 2 ч. 1 ст. 1.

[3] Закон Республики Бурятия от 15 декабря 2014 г. 879-V (в ред. от 17.12.2015) «О приостановлении действия и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Республики Бурятия в связи с принятием Закона Республики Бурятия «О республиканском бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов» // Приложение «Официальный вестник» к газете «Бурятия». № 1. от 13 января 2015 г. П. 2 Ч. 1 Ст. 1

конституционности нормы, которая приостанавливает действие Закона[1].

Еще до ноября 2013 г., то есть до принятия оспариваемой нормы[2], КС РБ фактически прекратил свою деятельность в связи с достижение предельного возраста пребывания в должности судьи КС РБ (65 лет) или в связи с окончанием срока полномочий судьи данного судебного органа (5 лет)[3].

Конституционный Суд РФ в Постановлении указал, что приостановление соответствующего закона не является фактом упразднения судебного органа, а свидетельствует лишь о недостаточности финансовых средств в бюджете субъекта. Конституционный Суд РФ также указал, что субъект вправе упразднить данный орган либо обеспечить его дальнейшею деятельность[4].

На данный момент Народный Хурал в первом чтении принял законопроект о внесении изменений в закон о КС РБ. В частности, предусмотрено внесение изменений в порядок назначения судей и Председателя Суда, общий состав судей сокращается с пяти до трех (вместе с Председателем), регламентируется порядок отбора кандидатур и другие процедурные моменты, а также данный проект закона предлагает устранить коррупциогенные факторы, обнаруженные в ходе антикоррупционной экспертизы, проведенной Антикоррупционной комиссией Народного Хурала Республики Бурятия[5].

В качестве другого примера приведем орган конституционного контроля Иркутской области. Стоит сказать, что данный орган был образован в 1996 году

---

[1] Закон Республики Бурятия «О приостановлении действия и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Республики Бурятия в связи с принятием Закона Республики Бурятия «О республиканском бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов». П. 2 ч. 1 ст. 1.

[2] Закон Республики Бурятия «О приостановлении действия и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Республики Бурятия». П. 2 ч. 1 ст. 1.

[3] Закон Республики Бурятия «О Конституционном Суде Республики Бурятия». Ч. 1, 3 ст. 14.

[4] Определение Конституционного Суда РФ от 03 марта 2015 г. № 421-О // http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201503240005.

[5] Проект № 5005-000122/16 от 25 января 2016 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Республики Бурятия» // http://hural-buryatia.ru/bankz.

в виде Уставной палаты области[1], заключения которой носили рекомендательный характер. Палата являлась квазисудебным органом регионального конституционного контроля, созданная в экспертно-консультативных целях. С 1998 года Уставная палата была упразднена, а Уставный суд области учрежден. Спустя два года, был принят соответствующий закон о формировании состава суда в течении трех месяцев, но данное требование не было выполнено. Впоследствии, Законодательное собрание Иркутской области приняло решение об упразднении учрежденного суда, и, преодолев вето губернатора, в 2006 году данный орган был ликвидирован[2].

С объединением Иркутской области и Усть-Ордынского Бурятского автономного округа вновь встал вопрос о создании Уставного суда. В конце 2014 года был принят соответствующий закон об образовании данного органа, но на сегодняшний момент состав суда так и не сформирован, а губернатор (был избран после принятия закона об Уставном суде) полагает, что в данном органе нет необходимости, так как может возникнуть правовая путница между регионом и муниципалитетами[3].

Конституционные (уставные) суды являются органами государственной власти субъекта, специализирующимися на обеспечении и охране конституций (уставов) субъектов. Несмотря на небольшой срок своего существования и достаточно медленного развития, данные органы показывают свою эффективность и целесообразность. Несомненно, такие факторы как недостаточное правовое регулирование, отсутствие императивной нормы и нежелание властей субъекта образовывать данные органы, финансовые аспекты

---

[1] Закон Иркутской области «Об Уставной палате» № 15-ОЗ от 15 марта 1996 года (в ред. от 13.11.1996) // Восточно-Сибирская правда. № 79 от 9 апреля 1996 г.

[2] *Минникес И.А.* Уставный суд Иркутской области: необходимость и возможность создания // Известия Иркутской государственной экономической академии. № 2. 2014 г. С. 98–99

[3] «Губернатор намерен ввести мораторий на создание Уставного суда Иркутской области» // http://www.irk.ru/news/20160119/moratorium.

существенно затормаживают становление данного института конституционной юстиции. Однако деятельность таких судов способствует возрастанию законности в рамках конкретного субъекта, а также укреплению правового государства, действию принципа федерализма и защите конституционных прав и свобод граждан.

А.П. Оганесян

Нарушение конституционных прав в связи с шумовым загрязнением в рамках практики Европейского Суда по правам человека

Конституция Российской Федерации, как основной закон государства, регулирует и закрепляет основы для разнообразных отраслей права. Не является исключением и экологическое право, которое, начав своё становление в XX в., активно развивается и является на данный момент актуальным ввиду проблем, возникающих в процессе взаимодействия человека с природой.

Основная модель поведения человека при взаимодействии с природой закрепляется в ст. 36, 42, 58, 72 Конституции РФ[1]. Во–первых, граждане должны владеть, пользоваться, распоряжаться природными ресурсами без нанесения ущерба окружающей среде и правам других лиц, а при нанесении ущерба – обязаны возместить его. Во–вторых, Конституция Российской Федерации предусматривает право на благоприятную окружающую среду, которое «является важной гарантией личности, поскольку позволяет человеку проживать в таких условиях, которые соответствуют критерию благоприятности»[2]. В–третьих, отмечается важность достоверной информации

[1] Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.

[2] *Пермиловский М.С.* Право на благоприятную окружающую среду в иерархии конституционных ценностей // Вестник Северного (Арктического) федерального университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2012. № 2. С. 1.

о состоянии окружающей среды, суть которой заключается в том, чтобы предотвратить отрицательное воздействие на человека и гражданина, а также предотвратить ряд экологических загрязнений. В–четвёртых, отмечается обязанность сохранять окружающую среду, что является вполне естественным требованием ввиду ограниченности ресурсов и постоянной преобразовательной деятельности человека.

Охрана указанных прав и контроль исполнения соответствующих обязанностей производится как на общероссийском уровне, так и на местах. Однако даже самый усиленный контроль и охрана не могут предотвратить появление различных экологических споров, возникающих при реализации экологических и конституционных прав. Каждый спор имеет свою специфику, которую можно объяснить многообразием видов экологических загрязнений.

Примером особого вида загрязнения является шумовое воздействие. Российский законодатель определяет данный вид загрязнения как «форму физического, как правило, антропогенного загрязнения, возникающего в результате увеличения интенсивности и повторяемости шума сверх природного уровня»[1]. Главными проблемами, связанными непосредственно с данным видом загрязнения, являются вопросы относительно того, каким образом можно сократить источники раздражающих шумов и соблюсти баланс интересов граждан и организаций, осуществляющих деятельность, которая в силу своих качеств не может быть полностью лишена шумового фона, и их оппонентов, которые считают, что эта деятельность негативно сказывается на жизни человека и на состоянии окружающей среды. Так как разрешение экологических проблем, в частности проблем с избыточным шумовым воздействием на человека, является одним из направлений международного сотрудничества, логичным представляется и обращение внимания на судебную практику международных судебных органов.

[1] ГОСТ 30772-2001. Межгосударственный стандарт. Ресурсосбережение. Обращение с отходами. Термины и определения (введён Постановлением Госстандарта России от 28.12.2001 № 607-ст). П. 6.11.

Более того, предполагается, что защита в рамках международного договора, на международной арене, нередко может оказаться более эффективной для восстановления нарушенных прав. Ярким примером такой ситуации является Конвенция о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция)[1], к которой апеллирует множество граждан для отстаивания прав в самых разнообразных сферах жизнедеятельности.

Рассмотрением правовых споров занимается Европейский Суд по правам человека (далее – ЕСПЧ), международный судебный орган, чья юрисдикция распространяется на государства, ратифицировавшие Конвенцию, в частности на Российскую Федерацию, которая среди стран-участников Конвенции находится на втором месте по количеству поданных жалоб, согласно статистике, представленной ЕСПЧ на конец февраля 2016 г.[2]. Соответственно, это позволяет сделать вывод о доверии граждан к данному международному судебному органу, стремлению достичь того правового результата и тех правовых последствий, которые смогли бы покрыть ущерб, причинённый в результате нарушения прав.

Основной проблемой, возникающей при обращении граждан, желающих защитить свои экологические права, нарушенные вследствие шумового воздействия, в рамках Конвенции, является отсутствие прямого указания в международном документе защиты именно экологических прав. Однако предполагается, что отсутствие указанного словосочетания не должно препятствовать охране и защите тех прав, которые не только закреплены в Конвенции, но и тесно переплетаются с экологическими правами.

---

[1] Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04 ноября 1950 года) (вместе с «Протоколом [№ 1]» (Подписан в г. Париже 20 марта 1952 года), «Протоколом № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» (Подписан в г. Страсбурге 16 сентября 1963 года), «Протоколом № 7» (Подписан в г. Страсбурге 22 ноября 1984 года)) // Собрание законодательства РФ, 08.01.2001. № 2. Ст. 163.

[2] Pending Applications Allocated to a Judicial Formation. 29/02/2016 // http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports (последняя дата обращения: 19.04.2016).

Рассматривая практику ЕСПЧ, связанную с нарушением прав в связи с шумовым воздействием, можно выявить следующие тенденции. Основной статьёй, к которой апеллируют заявители, жалуясь на шумовое воздействие, является ст. 8 Конвенции, которая гласит, что «каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции»[1]. Данная отсылка кажется вполне применимой к данному виду загрязнения в силу невозможности проживания, а также осуществления личной и семейной жизни в месте, подверженному экологическому загрязнению, в частности избыточному шумовому воздействию.

Шумовое воздействие может быть самых разнообразных видов. Например, в связи с развитием индустрии развлечений в разных странах стали приобретать популярность различного рода клубы, которые строятся непосредственно вблизи жилища граждан. Так, в деле *Морено Гомез против Испании (Moreno Gomez v. Spain),* обилие ночных клубов, расположенных вблизи дома заявительницы, делали невозможным проживание в данном районе, а также систематически нарушали сон заявительницы. Именно в этом деле ЕСПЧ постановил, что, говоря о праве на жилище, стоит иметь в виду не только физическую составляющую, то есть какую-либо определённую площадь, но и спокойную обстановку в районе, где проживают граждане[2]. В свою очередь предполагаемые нарушения не только ограничиваются физическими нарушениями, к ним относят и нефизические формы вмешательства, в частности шумы, выбросы, запахи[3].

Разнообразие источников шумового воздействия от клубов было продемонстрировано в деле *Милева и другие против Болгарии (Mileva and Others v. Bulgaria*): заявители жаловались на шум от компьютерного клуба,

[1] Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

[2] ECtHR. Moreno Gomez v. Spain. No. 4143/02. Judgment of 16 November 2004. § 53. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["moreno gomez v spain"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-67478"]} (последняя дата обращения: 19.04.2016).

[3] Там же.

клуба электронных игр, а также офиса. При этом ЕСПЧ оценивал, насколько тот или иной уровень шума выходил за грани нормы, и пришёл к выводу, что шум из квартиры, где располагался офис, и шум, исходящий из клуба электронных игр, вряд ли смогли бы превысить обычный уровень шума в многоквартирных домах[1]. Однако в отношении компьютерного клуба было установлено, что многочисленный уровень клиентов вызывал, соответственно, и высокий уровень шума как внутри здания, так и снаружи[2].

Иногда шумовое воздействие может быть более очевидным, может идти совместно с промышленным загрязнением, как, например, в деле *Дубецкая и другие против Украины (Dubetska and Others v.Ukraine)*, где имела место ситуация, когда рядом с домом заявителей находилась работающая угольная шахта. ЕСПЧ установил, что проживание в настолько загрязнённой местности явно превышало нормы безопасности и создало возможность повышенного риска для здоровья граждан[3]. Стоит предположить, что и шумовое загрязнение могло быть в данной ситуации в силу того, что процесс работы в угольной шахте непосредственно сопровождается шумом и вибрациями. В итоге стоит отметить наличие нескольких видов загрязнений.

Даже, казалось бы, неотъемлемые части современной жизни, такие как шум от трассы автомобилей, могут нарушить ст. 8 Конвенции. Среди таких случаев стоит отметить дело *Дееш против Венгрии (DEES v. Hungary)*, в котором ЕСПЧ согласился с тем, что шум, вибрация, загрязнения и запахи, вызванные нерегулируемым плотным дорожным трафиком, сделали район

---

[1] ECtHR. Mileva and Others v. Bulgaria. Nos. 43449/02 and 21475/04. Judgment of 25 November 2010. § 95. § 96 . URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["mileva v bulgaria"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-101815"]} (последняя дата обращения: 19.04.2016).

[2] Там же. § 97.

[3] ECtHR. Dubetska and Others v.Ukraine. No. 30499/03. Judgment of 10 February 2011. § 111. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["dubetska v ukraine"],"documentcollectionid2" ["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid" ["001-103273"]} "]} (последняя дата обращения: 19.04.2016).

заявителя непригодным для жизни[1]. Несмотря на то, что венгерские власти пытались ограничить и упорядочить транспортное движение, данные меры нельзя было рассмотреть как должное исполнение позитивного обязательства[2].

Однако, наряду с заявленными требованиями относительно нарушения ст. 8 Конвенции, гарантирующей защиту права на жилище, защиту частной и семейной жизни, а значит, косвенно, и той экологической обстановки, в которой эта жизнь и это жилище находятся, не стоит забывать и о балансе частных и публичных интересов. Государство-ответчик может, в свою очередь, заявить, что никакого нарушения положений международного договора не было, и ЕСПЧ может с ним согласиться в следующих случаях.

Так, действия государства могут быть оправданы интересами экономического благополучия. Развитие экономического благосостояния следует охарактеризовать как законную цель, преследуемую государством, согласно п. 2 ст. 8 Конвенции[3]. Экономическое благополучие региона может быть поддержано путём создания национальных аэропортов, как это было описано в делах *Пауэлл и Рейнер против Соединённого Королевства (Powell and Rayner v. United Kingdom)* и *Хаттон и другие против Соединённого Королевства* (*Hatton and Others v. United Kingdom)*. Суд признал, что существование крупных международных аэропортов становится необходимым в интересах экономического благосостояния, ведь они будут иметь ключевое значение для торговли, международных отношений, экономики, даже если негативные последствия шума не смогут быть полностью устранены[4].

---

[1] ECtHR. DEES v. Hungary. No. 2345/06. Judgment of 9 November 2010. § 18. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["DEES v hungary"],"documentcollectionid2" ["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid" ["001-101647"]} (последняя дата обращения: 19.04.2016).

[2] Там же. § 24.

[3] Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

[4] ECtHR. Powell and Rayner v. United Kingdom. No. 9310/81. Judgment of 21 February 1990. § 42. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Powell and Rayner v. United Kingdom"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-57622"]} (последняя дата обращения: 19.04.2016).

Получается, что между публичным интересом и частным приоритет в данных делах был отдан всё же публичному интересу, в силу того, что он составлял совокупность интересов большего количества граждан, то есть народа или нации.

Считается важным при рассмотрении требований об устранении источника шумового загрязнения учитывать принцип адекватности просьбы: то есть, суд должен обязательно рассмотреть вопрос о том, а возможно ли вообще устранение источника негативного воздействия? Насколько возможно уменьшить шумовое загрязнение? Что сделало Государство-участник Конвенции, дабы защитить интересы граждан, совершило ли какие-либо активные действия по защите охраняемого права и блага?

В описанных ранее делах можно увидеть, что вполне реальным проявлением выполнения позитивного обязательства со стороны Государства могло бы являться переселение граждан в безопасный регион, предоставление жилья в экологически более чистом и стабильном районе, применение средств для уменьшения шума, наказание лиц, превышающих норму шумового воздействия.

Однако данные меры также вызывают ряд неоднозначных вопросов, среди которых можно выделить, например, следующие. Каковы будут критерии «безопасного района», если будет иметь место переселение граждан? Вряд ли будет существовать идеально чистый с экологической точки зрения район. Следующий вопрос: что делать Государству, если шум является настолько сильным, что даже принятые средства не могут его заглушить? Неужели суд не должен учитывать попытку ответчика выполнить свои позитивные обязательства?

Таким образом, анализируя дела ЕСПЧ, можно обнаружить, что каждый отдельно взятый экологический спор вызывает множество вопросов, на которые суд должен найти ответы в процессе судебного разбирательства, анализируя обстоятельства конкретного дела. Формирование схожих разносторонних вопросов и в российской судебной практике поможет суду верно, разумно и в

соответствие с законом разрешить экологический спор, возникший в связи с нарушением конституционных прав ввиду превышенного шумового воздействия.

М.С. Минина

Судимость и ограничение права быть избранным

Традиционно международным сообществом отмечается весомая роль выборных институтов власти в развитии представительной демократии и государственном и муниципальном управлении, непосредственно базирующихся на волеизъявлении народа. Данная позиция, в частности, находит отражение в ст. 25 Международного Пакта о гражданских и политических правах, ст. 21 Всемирной декларации прав человека, замечании общего порядка № 25 Комитета по правам человека ООН, а также неоднократно подтверждался правовыми позициями Европейского Суда по правам человека. Примерами могут послужить Постановление ЕСПЧ по делам «Анчугов и Гладков против России», «Хёрст простив Соединенного Королевства», «Скоппола против Италии» и другие. Норма аналогичного содержания содержится и в Конституции Российской Федерации, которая относит избирательные права к категории базовых политических прав личности. Посредством реализации избирательных прав граждан, в том числе пассивного избирательного права, в наибольшей степени реализуются и конкретизируются общеправовые принципы демократизма, гуманизма, равноправия, справедливости и законности. Кроме того, осуществляется право граждан на непосредственное участие в управлении делами государства (ч. 1 ст. 33 Конституции РФ), потенциальная возможность быть избранным является основным способом реализации данной нормы.

Говоря об ограничении избирательных прав, следует отметить, что исторически данная мера воздействия претерпела значительные изменения. Советским уголовным законодательством долгое время предусматривалось

лишение избирательных прав как факультативная мера уголовного наказания[1], что принципиально отличается от сущности ограничений избирательных прав по причине подверженности лица уголовно-правовой санкции со всеми вытекающими последствиями в современном правопорядке – они имеют иную юридическую природу. Избирательные права не являются абсолютными: существует ряд условий, запретов и ограничений относительно их реализации. Одним из таких ограничений является ограничение пассивного избирательного права лицам, имеющим судимость, в том числе снятую или погашенную. Сущностное содержание данных ограничений вытекает из юридической природы правовых институтов судимости и пассивного избирательного права, которая влечет определенные особенности их взаимодействия, что и является предметом рассмотрения данной работы.

Судимость необходимо рассматривать в первую очередь как специфическое уголовно-правовое явление и как институт уголовного права. Данный феномен был рассмотрен еще в дореволюционной России. В современном законодательстве нормативное закрепление данный институт получил в статье 86 УК РФ, однако легальной дефиниции Кодекс не дает. В научных кругах долгое время существовало несколько подходов к понятию «судимость»: как факт осуждения, как факт отбытия наказания и как правовое состояние, возникающее в результате осуждения и отбытия наказания. Данный пробел был восполнен Конституционным Судом РФ (далее – КС), который в Постановлении от 19.03.2003 №3-П дал определение данной категории: «судимость представляет собой правовое состояние лица, обусловленное фактом осуждения и назначения ему по приговору суда наказания за совершенное преступление и влекущее при повторном совершении этим лицом преступления установленные уголовным законодательством правовые последствия». Судимость не может никоим образом рассматриваться как наказание, мера ответственности или разновидность

[1] *Постников А.Е.* Об ограничении доступа лиц, совершивших преступление, к выборным должностям // Голос из СИЗО: Пособие для граждан, находящихся в местах не столь отдаленных. М., 1999. С. 4.

испытательного срока. По мнению КС, судимость представляет собой презумпцию опасного состояния лица.

Правовые последствия судимости вытекают непосредственно из ее юридической природы, которая весьма многогранна, сложна и неоднозначна. В первую очередь судимость является уголовно-правовым институтом, значимым для реализации целей ответственности уголовно-правового характера. Также существуют общеправовые последствия судимости, и ограничение права быть избранным, как указал КС в Постановлении от 10.10.2013 №20-П, как раз является одним из них. Данное Постановление устранило большое количество неопределенностей относительно реализации пассивного избирательного права лицами, имеющими судимость за тяжкие и особо тяжкие преступления, которая была снята или погашена. При назначении судимости используется персонифицированный подход, учитываются различные обстоятельства дела, категория преступления, личность лица, совершившего преступление и т.д. Сроки судимости зависят от сроков наказания и категории совершенного преступления в соответствии со ст. 15 УК РФ, причем основным критерием классификации служит максимальный размер санкции за какое-либо преступление. Основаниями возникновения и судимости и ограничения пассивного избирательного права можно считать совершение лицом преступления и осуждение лица к наказанию. Однако суд назначает лишь уголовное наказание, но не ограничение избирательных прав, хотя, оно является «автоматическим» общеправовым последствием приговора, а, следовательно, необходима такая же дифференциация и индивидуализация, как и в случае с назначением наказания, только регулирование этого вопроса должно осуществляться не уголовно-правовыми актами, а федеральными законами иной отраслевой принадлежности, а именно конституционно-правового характера. При этом такая дифференциация должна согласовываться с категоризацией сроков судимости, указанных в УК. В исключительных случаях возможно отклонение от данной модели и установление ограничения права быть избранным на более продолжительный срок, исходя из повышенной

общественной опасности совершенного деяния.

В отношении лиц, отбывающих наказание в местах лишения свободы, в соответствии с ч. 3 ст. 32 Конституции РФ устанавливается запрет на реализацию избирательных прав, который носит временный характер, однако данной статьей не предусматривается оснований для отсутствия иных ограничений избирательных прав для указанной категории граждан в будущем – такую правовую позицию обозначил КС в Определении от 01.06.2010 №757-О-О. Данное положение служит основанием для установления ограничений в сфере реализации пассивного избирательного права в связи с наличием судимости. Согласно правовой позиции, указанной в Постановлении от 10.10.2013 №20-П ограничение пассивного избирательного права в отношении лиц, имеющих снятую или погашенную судимость, является конституционно-правовым дисквалифицирующим последствием.

Базовым в области регулирования отношений избирательного права является Федеральный закон от 12.06.2002 №67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». Он не указывает исчерпывающий перечень субъектов, гарантий, принципов или процедур в процессе реализации субъектами избирательных прав, а устанавливает рамочное регулирование, раскрывая и конкретизируя положения Конституции об избирательных правах с одной стороны, и оставляя ряд вопросов на усмотрение властных уполномоченных субъектов - с другой. В случае противоречия нормативных актов данному ФЗ действуют нормы последнего.

Согласно подп. «а» и «б» п. 3.2 ст. 4 вышеуказанного Федерального закона не имеют права быть избранными лица, осужденные к лишению свободы за тяжкие и особо тяжкие преступления, имеющие судимость на день голосования, а также лица имеющие судимость за преступления экстремистской направленности. Кроме того, подп. «а.1», «а.2» предусмотрено ограничение пассивного избирательного права для лиц, имеющих снятую или погашенную судимость за совершение тяжких и особо тяжких преступлений – данные

категории лиц лишены права быть избранным на 10 и 15 лет соответственно по истечении срока аннулирования судимости.

При этом существует ряд существенных оговорок о распространении указанных ограничений на круг субъектов, квалификация преступлений которых меняется вследствие вступления в силу нового уголовного закона, улучшающего их положение путем отнесения совершенных ими деяний к иной категории преступлений. Так, если преступление более не признается тяжким или особо тяжким, ограничение их права быть избранным прекращается, а в случае, когда уголовным законом преступление, ранее признаваемое тяжким, переквалифицируется законодателем в особо тяжкое или наоборот – в обоих случаях ограничение пассивного избирательного права составляет 10 лет после погашения или снятия судимости.

Помимо ограничений избирательных прав, на граждан, имеющих судимость, в том числе снятую или погашенную, налагает ряд дополнительных обязанностей при реализации права быть избранным. Во-первых, при сборе подписей в поддержку выдвижения кандидата сведения о судимости указываются в подписных листах или листах поддержки кандидата для выдвижения на муниципальных выборах[1]. Во-вторых, такой гражданин при регистрации в кандидаты обязан предоставлять избирательной комиссии информацию о наличии у него судимости или о дате ее погашения или снятия, в случае если она аннулирована[2]. Невыполнение данного требования является основанием для отказа в регистрации кандидата, а сокрытие данных сведений – исключение кандидата из заверенного списка. В случае выполнения установленных ФЗ требований производится регистрация кандидата, после чего информация о судимости становится общедоступной: данные сведения размещаются на информационном стенде, а также указываются в избирательных

[1] Закон от 12.06.2002 г. «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». П. 9 ст.37.

[2] Там же. П. 21 ст.33.

бюллетенях[1].

Данные положения были введены или изложены в новой редакции во исполнение решения КС Федеральным законом от 21.02.2014 №19-ФЗ «О внесении изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Помимо закона об основных гарантиях избирательных прав граждан Федеральным законом от 21.02.2014 были внесены изменения в закон о выборах Президента РФ[2] и в закон об основных принципах деятельности органов власти субъектов РФ[3], которые были дополнены положениями с аналогичным содержанием. Помимо указанных законов такие же ограничения для потенциальных кандидатов в депутаты, имеющих когда-либо судимость предусмотрены законом о выборах депутатов Государственной Думы[4].

Одна причин ограничения пассивного избирательного права лиц, осужденных за тяжкие и особо тяжкие преступления – недопустимость криминализации власти, ее дискредитации в глазах населения, что может служить основание утраты доверия. Допуск к публичной власти кандидата с криминальной биографией нарушает принцип правового государства, который наряду с принципом демократии также является базовым. Потребность публичной власти в доверии населения обуславливает необходимость предоставления кандидатом информации о наличии у него бывшей судимости и иных фактов биографии для ознакомления избирателей и формирования у них целостного представления об избираемом лице. Такая информационная открытость обеспечивает социальную поддержку, сохранение публичного правопорядка и надлежащего функционирования государственной власти. Следственно, из соображений безопасности и сохранности устойчивого развития оптимальной модели государственного управления у государства возникает

[1] Там же. П. 4 ст.61, п. 7 ст.63.

[2] Федеральный закон от 21.02.2014 №19-ФЗ «О внесении изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Ст. 2.

[3] Там же. Ст. 1.

[4] Федеральный закон от 22.02.2014 №20-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации». П. 8 ст. 4.

обязанность охранять институт выборов и прочие демократические институты от возможностей злоупотреблений, в том числе путем запрета занимать публичную должность за пределами срока отбытого наказания, в том числе и за пределами сроков судимости. Данный вывод соответствует актам, закрепляющим нормы международного права, в частности Конвенции ООН против коррупции и против транснациональной организованной преступности, а также Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию.

Относительно внесенных в законодательство изменений во исполнение Постановления КС от 10.10.13 №20-П существуют различные точки зрения. По мнению Государственной Думы РФ, ограничения пассивного избирательного права, предусмотренные федеральным законодательством, являются соразмерными и пропорциональными, соответствуют критерию разумности, а также могут быть оправданы преследуемыми конституционно-значимыми целями, например, недопущение криминализации власти и необходимостью сохранения репутационной составляющей для обеспечения доверия населения. Данные доводы служат основанием для наложения в отношении лиц, имеющих судимость за совершение тяжких и особо тяжких преступлений, ограничений права быть избранным по истечении сроков судимости – на 10 и 15 лет соответственно, что можно охарактеризовать как исключительный случай, о котором говорится в Постановлении КС №20-П. Ряд экспертов, в том числе Уполномоченный по правам человека в РФ в 2014 году В.П. Лукин, утверждают, что такие новеллы избирательного законодательства не несут в себе сущностных изменений и не отражают содержания правовых позиций, указанных КС. Вопрос разрешается исключительно с формальной точки зрения, детализируя норму, признанную КС неконституционной[1], а указанный круг субъектов фактически

[1] Сообщение Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации от 26.12.2013 о Законопроекте №368581-6 «О внесении изменений в пункт 3.2 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации».

так и остается по сути лишенным пассивного избирательного права[1].

Подводя итоги анализа приведенных в данной статье источников, можно сделать следующие выводы:

1. Ограничение права быть избранным возможно только при соответствии критериям разумности, соразмерности, необходимости и законности цели. Посредством ограничения пассивных избирательных прав должно обеспечиваться совершенствование избирательной системы и способствование ее функционированию, а не наоборот. Так, в случае с лицами, имеющими когда-либо судимость, такие ограничения могут устанавливаться с целью недопущения криминализации власти, утраты доверия избирательного корпуса, снижения социальной поддержки, с целью обеспечения реализации принципов правового государства. При этом такое ограничение должно быть дифференцировано и временно, не допускается установление универсальных положений для всех категорий лиц, имеющих судимость когда-либо без учета обстоятельств дела и личности субъекта в каждом конкретном случае.

2. Ограничение пассивного избирательного права на основании наличия у лица судимости является общеправовым последствием судимости, поэтому положения нормы уголовного законодательства, например, часть 6 статьи 86 УК РФ об аннулировании правовых последствий судимости, с момента ее снятия или погашения, на нее не распространяются. Регулирование данного вопроса осуществляется федеральными законами конституционно-правового характера, так как лишение пассивного избирательного права мера ответственности именно такого вида. При этом, к изменениям, внесенным в нормативную базу избирательного законодательства, не сложилось единого мнения в кругах экспертного сообщества.

[1] *Нунденко Л.А.* К вопросу о люстрации в законодательстве и практике ее реализации в Российской Федерации // Государственное и муниципальное право. 2015. № 9. С. 42.

М.П. Шульгина

Проблема административной ответственности юридических лиц

Институт административной ответственности представляет собой важный механизм поддержания правопорядка, восстановления социальной справедливости и предотвращения совершения новых правонарушений. Особую роль здесь играет возможность привлечения к такому виду ответственности юридических лиц. Автором будут проанализированы особенности административно-правового статуса организаций, а также затронута проблематика некоторых аспектов юридических лиц как субъектов административных правонарушений.

Административная ответственность – это особый вид юридической ответственности, который регулируется нормами административного права, содержащихся как в федеральных законах, так и законах субъектов Российской Федерации, состоящий в официальном осуждении физического или юридического лица за совершенное административное правонарушение, и применение к нему в процессуальной форме санкций правовых норм должностными лицами исполнительных органов государственной власти, коллективными органами, а также судами.

Основу административной ответственности составляют административная противоправность (фактическое основание), состав административного правонарушения (нормативное основание) и административное наказание (процессуальное основание)[1]. Как самостоятельный вид юридической ответственности административную ответственность характеризует специфичная система наказаний: от предупреждения до административного ареста для физических лиц и административного приостановления деятельности для юридических. Еще одной особенностью будет являться и то, что лицо, признанное виновным и

[1] *Серков П.П.* Административная ответственность: проблемы и пути совершенствования. Автореф. … докт. юрид. наук. М., 2010. С. 14.

подвергнутое административному наказанию, не признается судимым. С точки зрения процессуального права, применяются нормы административного процесса и судопроизводства.

Важной особенностью института административной ответственности является то, что, в отличие от уголовной, организация признается ее субъектом. Общеправовые основы административной ответственности юридических лиц получили свое закрепление в законодательстве в 2001 г. с выходом Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП). Сейчас в руках организаций могут сосредотачиваться огромные возможности и ресурсы, материальные и технические средства, которые способны оказывать значительное влияние на общественную жизнь, ее экономическую, правовую и политическую сферы. В целях поддержания деятельности юридических лиц в рамках закона государство прибегает к использованию механизмов пресечения и принуждения. Именно поэтому институт административной ответственности юридических лиц является таким значимым.

Проблематика этой правовой категории связана, в первую очередь, с сущностью самого юридического лица, которое представляет собой искусственно созданный субъект права – правовую фикцию. Такая фикция существует лишь в абстрактном, правовом пространстве и не имеет физического воплощения в материальном мире. Условно, юридические лица можно определить в качестве вторичных субъектов правовых отношений, потому что правосубъектность обуславливается волей учредителей и прохождением обусловленной законом процедуры государственной регистрации в качестве таковых. Юридические лица как субъекты права всегда кем-то создаются и всегда для определенных целей[1]. Существование юридического лица лишь в правовом пространстве как абстрактного объекта обуславливает отсутствие у него психологического отношения к совершаемым

[1] *Козлова Н.В.* Правосубъектность юридического лица. М., 2005. С. 3, 4.

им деяниям, а также интеллектуально-волевых проявлений, т.е. ключевых элементов вины. Вина, в свою очередь, является базовым компонентом субъективной стороны деяния, при отсутствии которой любой состав правонарушения просто-напросто разваливается. Это может быть серьезной проблемой на ведь конструкция юридического лица имеет ценность как механизм, делающий возможным перенесение рисков и тяжести ответственности с учредителей на само юридическое лицо[1], а не только позволяющий эффективно вести хозяйственную деятельность.

В административно-правовой сфере юридическое лицо наделено своим собственным статусом, отличным от статуса физических лиц, который предусматривает особые права и обязанности этой категории. В числе таких особенностей:

1. несовпадение комплекса административных правонарушений для юридических и физических лиц – возникновение административной ответственности только за те деяния, которые могут совершить юридические лица (например, нельзя привлечь юридическое лицо за курение в неположенном месте);

2. применение только четырех видов административных наказаний из десяти (предупреждение, административный штраф, конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения и административное приостановление деятельности) – вытекает из невозможности применения остальных видов наказания для юридических лиц и закреплено в ч.2 ст. 3.2 КоАП. Очевидно, что, например, административное выдворение невозможно физически;

3. применение наказания при реорганизации виновного юридического лица – административная ответственность переходит по правилам правопреемства;

[1] *Богданов Е.В.* Сущность и ответственность юридического лица // Государство и право. 1997. № 10. С. 99.

4. иная система мер наказания в виде более тяжких санкций – в основном касается штрафов. Максимальная сумма штрафа для граждан – шестьсот тысяч рублей, для юридических лиц – 100 млн. рублей;

5. обстоятельство, которое позволяет привлекать к ответственности виновное физическое лицо даже при назначении административного наказания юридическому лицу, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от юридическое лицо от административной ответственности – согласно ч.3 ст. 2.1 КоАП;

6. проблемы концепции вины юридического лица

Наибольший интерес тут вызывают последние три пункта. На них подробно и остановимся.

Говоря об иной системе мер наказания следует подчеркнуть, что такой значительный размер санкций больше характерен для уголовной ответственности. Очень важно не перейти эту грань, когда ты будем иметь дело с формальной административной ответственностью, но фактически – с уголовной, потому что существует опасность сохранения процедур административного порядка без надлежащего полного уголовного расследования со всеми сопутствующими процедурами.

Согласно судебной статистике, штрафы по делам об административных правонарушениях составляют 86% от всего числа наложенных штрафов, а это 36,8 млрд. рублей. Почти 90% от общей суммы наложенных штрафов по судебным постановлениям наложено на организации по делам об административных правонарушениях[1]. Ужесточая меры государственного регулирования, увеличивая санкции и минимальные размеры штрафов, государство имеет возможность и наказать организацию за совершенное правонарушение, предупредив последующее неправомерное поведение, и пополнить государственную казну.

Согласно ч. 3 ст. 2.1 КоАП назначение административного наказания

[1] Обзор судебной статистики о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2012 году. URL: http://www.cdep.ru.

организации не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает данную организацию от административной ответственности за данное правонарушение. Формально, привлекаемые физическое и юридическое лица являются отдельными субъектами права, и в соответствии с принципом справедливости, каждое лицо должно нести обусловленную ответственность за совершенные деяния. Но на практике часто случается так, что вся вина организации исчерпывается виной соответствующих управомоченных лиц, которые совершают правонарушения хоть и от имени юридического лица, но по большому счету в своих собственных личных интересах. Иногда просто невозможности отделить сугубо личный интерес учредителя организации от интереса самой организации, т.к. они полностью слиты в один корыстный интерес. Более того, такой подход полностью игнорирует и тот факт, что другие участники юридического лица могут и вовсе не иметь возможности воспрепятствовать совершению правонарушения.

На этот счет высказался Пленум Верховного Суда РФ, указавший, что «привлечение к уголовной ответственности должностного лица не должно служить основанием для освобождения юридического лица от административной ответственности, но с обязательным установлением факта виновности как должностного лица, так и юридического»[1]. Вопрос о самостоятельной воле наказываемого лица данное постановление Пленума так и не решает. Более того, критику может вызвать еще и то, что тут наличествует смешение административной и уголовной ответственности, превращая правонарушение в административно-уголовное деяние[2].

Традиционно вина понимается как психологическое отношение лица к

---

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 г. № 5 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 6

[2] *Сорокин В.Д.* КоАП РФ и классическое понимание вины как основания административной ответственности. М., 2004. С. 227.

совершаемому им противоправному деянию[1]. Но применительно к юридическим лицам такое понятие не представляется допустимым в силу того, что юридическое лицо является правовой фикцией. Ч. 2 ст. 2.1 КоАП содержит легальное определение вины юридического лица, которая понимается через возможность соблюдения таким лицом правил и норм, за нарушение которых административным законодательством предусмотрена административная ответственность, но оно не предприняло все зависящие от него меры по их соблюдению. Тем не менее, правовая наука до сих пор не выработала единообразного подхода. Рассмотрим три наиболее распространенных подхода к определению вины юридического лица:

1. Теория доминирующей воли – вина юридического лица понимается как субъективное отношение коллектива к совершенному противоправному деянию, но определяемая по преобладающей воле, формируемой органами управления этого юридического лица или уполномоченные на принятие решений от имени этого лица физическими лицами. Нечто похожее существом в налоговом законодательстве, где согласно ч. 4 ст. 110 вина организации понимается через вину ее должностных лиц;

2. Теория коллективной воли подразумевает психологическое отношение или воля абсолютно всех участников организации, не выделяя волю отдельных индивидов. Юридическое лицо отвечает за правонарушения своих органов, участников и представителей. Как справедливо указал А.В. Венедиктов, что «только в совместной деятельности коллектива работников выражается единство воли»[2];

3. Поведенческая концепция – вина понимается как объективное явление, комплекс негативных элементов, вытекающих из дезорганизации юридического лица, непринятием им необходимых мер для надлежащего

[1] *Чучаева А.И., Ныркова Н.А.* Уголовное право. Общая часть: Учебник для бакалавров . М., 2009. С. 177.

[2] Советское гражданское право. Субъекты гражданского права / под ред. С.Н. Братуся. М., 1984. С. 27.

исполнения возложенных на него обязанностей, а также требуемых усилий для предупреждения правонарушений и устранения их причин[1].

Казалось бы, теоретическую разрозненность вполне способна преодолеть прочно устоявшееся судебная практика. Но и суды пошли разными путями, решая этот вопрос. Некоторые суды определяют вину юридического лица, руководствуясь законодательно закрепленным определением вины в ч. 2 ст. 2.1 КоАП, что соответствует вышеописанной поведенческой концепции[2]. Другие же суды определяют вину юридического лица через вину его работника, трактуя его действия в качестве действий самой организации, если не будет доказано, что он вышел за рамки своих полномочий, совершая деяния[3]. Такое определение согласуется с теорией коллективной воли и находит свое отражение в одном из определений Конституционного суда[4], хоть и представляется спорным.

Таким образом, институт административной ответственности юридических лиц до сих пор имеет ряд дискуссионных вопросов. В совокупности, правоприменительная практика, законодательство и наука все еще не пришли к единому мнению относительно самостоятельной воли наказываемой организации, концепции ее вины и природы повышенного размера административных санкций для юридических лиц.

М.Ю. Ксенафонтов

Грани сопряжения административной и уголовной ответственности

Автором данной работы будут исследованы грани сопряжения (общие черты) двух правовых институтов: института административной

[1] Овчарова Е.В. Материально-правовые проблемы административной ответственности юридических лиц (к проекту КАС) // Государство и право. 1998. № 7. С. 17

[2] Решение Советского районного суда г. Уфы от 16.03.2016 по делу № 12-202/2016

[3] Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 01.08.2005 по делу № А38-429-1/111-2005

[4] Определение Конституционного суда от 21.12.2000 №244-О

ответственности и института уголовной ответственности, рассмотрены правоприменительная практика по данному вопросу и обозначены пути решения проблемы.

Главными понятиями для определения сущности уголовной и административной ответственности являются уголовное преступление и административное правонарушение. Согласно статье 14 УК РФ преступлением признается совершенное общественно опасное деяние, запрещенное УК РФ под угрозой наказания. Согласно статье 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое установлена ответственность либо КоАП РФ, либо законами субъектов.

На первый взгляд очевидно различие: административное правонарушением не является общественно опасным, в то время как административное правонарушение, согласно статье 2.2 КоАП несет за собой общественно-вредные последствия. Не менее очевидными являются и следующие отличия: юридическое лицо не может подлежать уголовной ответственности, в то время как привлечение юридического лица к административной ответственности представляется возможным, а также то, что административная ответственность может устанавливаться законами субъектов Российской Федерации, в то время как уголовная – только федеральным законодательством.

Состав как административного правонарушения, так и уголовного преступления предполагает собой наличие четырех элементов: объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона.

Объект административного правонарушения представляет собой подлежащие юридической защите общественно-правовые отношения[1]. Такие общественные отношения содержатся в названиях глав особенной части КоАП РФ. Государство в рамках административного права охраняет, помимо прочего,

[1] *Агапов А.Б.* Административная ответственность: Учебник. М., 2000. С. 15.

следующие общественные отношения: собственность, общественный порядок и общественная безопасность, порядок управления. В то же время главами УК РФ охраняются, помимо прочего, также отношения собственности, общественный порядок и общественная безопасность, порядок управления. Таким образом, *первой гранью сопряжения* административной и уголовной ответственности является схожесть охраняемых объектов.

Объективная сторона как при назначении уголовного наказания, так и при назначении административного наказания представляет собой совокупность трех элементов: действие (бездействие), последствие и причинно-следственная связь между ними. Таким образом, объективная сторона, установление которой происходит исходя из идентичных критериев, является *второй гранью сопряжения* **у**головной и административной ответственности.

Субъектом уголовном ответственности, согласно статье 19 УК РФ признается только вменяемое физическое лицо, достигшее возраста, установленного уголовным законодательством. Согласно КоАП РФ административной ответственности подлежат как физические, так и юридические лица. Возраст, по достижению которого наступает административная ответственность для физических лиц, законодателем устанавливается в 16 лет. Возраст достижения уголовной ответственности по общему правилу составляет также 16 лет, однако в отдельных случаях уголовная ответственность наступает в 14 лет.

Следует, однако отметить сходства: законодателем в обоих случаях устанавливается схожий круг специальных субъектов физических лиц, возраст субъекта уголовной и административной ответственности по общему правилу является одинаковым, невменяемость субъекта в определенных случаях устанавливается как фактор, исключающий ответственность. Однако, по мнению автора данной работы, выделение общих признаков субъекта в качестве очередной грани сопряжения двух видов исследуемых публично-правовых видов ответственности не представляется целесообразным в связи с тем, что различия между субъектами административной и уголовной ответственности в

данном случае значительно превалируют над общими чертами.

Субъективная сторона как неотъемлемый элемент состава преступления и правонарушения определяется, прежде всего, через наличие вины, то есть психического отношения лица к совершаемым им деяниям и их общественно опасным последствиям. В обоих случаях понятия вины определяются идентично: как в УК РФ, так и в КоАП РФ умышленная вина предполагает под собой «психоэмоциональную реакцию гражданина»[1]. Мотив в КоАП РФ не выделяется как квалифицирующий признак тех или иных правонарушений, что нельзя сказать об УК РФ (п «л» ч.2 ст. 105 УК РФ, п «е» ч.2 ст.112 УК РФ). Таким образом, *третьей гранью сопряжения* уголовной и административной ответственности является аналогичное установление законодателем субъективной стороны.

Таким образом, налицо немалое количество сходств административных правонарушений и уголовных преступлений. Предложенный законодателем критерий отграничения двух видов публичной ответственности как общественные последствия представляется не совсем удачным хотя бы при взгляде на некоторые виды уголовных и административных наказаний. Согласно статьям 44 УК РФ и 3.2 КоАП РФ относительно схожими видами наказаний являются лишение свободы на определенный срок и административный арест, штраф, обязательные работы, лишение права. Предполагая, что наказания является соразмерным негативным последствиям того или иного правонарушений или соразмерной реакцией государства на противоправное деяние, то наказание за административные правонарушения должно быть ниже, чем наказание за уголовные преступления. Однако, при детальном сравнении, например, штрафа по УК РФ и штрафа по КоАП РФ видится немного иное.

Исходя из настоящего законодательного регулирования административной ответственности юридических лиц, согласно статье 15.39 КоАП РФ, нарушение

[1] Там же.

требований законодательства в части обязательного контроля операций хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для оборонно-промышленного комплекса и безопасности Российской Федерации может повлечь наложение штрафа до 60 миллионов рублей на юридическое лицо. Даже если предполагая, что соразмерность была соблюдена, то встает вопрос о целесообразности включения такого неподъемного штрафа для юридических лиц как административного. Объем взыскания представляется немалым. По справедливому замечанию И.А. Подройкиной, наказание за преступление «всегда должно быть более строгим, чем за любое другое правонарушение, поэтому штраф, применяемый за преступление, по своим размерам всегда должен быть выше, чем штраф, применяемый за административной правонарушение»[1].

Исследовав теоретические критерии отграничения административной ответственности, следует обратиться к правоприменительной практике с целью чтобы понять, как-то или иное теоретически обусловленное явление будет восприниматься межгосударственными органам и по рассмотрению споров.

В 1984 году Европейским Судом по правам человека (далее – ЕСПЧ) было принято решение по делу «Озтюрк против Германии (Ozturk v. Germany)». Гражданин турецкого происхождения при привлечении к ответственности в административном порядке за въезд в припаркованное транспортное средство, повлекший ущерб в 5,000 немецких марок, не был обеспечен бесплатным переводчиком. Ставши в последствие заявителем, он ссылался на нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая в пункте «е» части 3 статьи 6 закрепляет право на бесплатного переводчика обвиняемого в совершении уголовного преступления.

По законодательству Германии преступление, которое совершил гражданин Озтюрк, не относилось к уголовным (в Германии такие деяния

[1] *Подройкина И.А*. Проблема соотношения института наказания: штраф в уголовном и административном законодательстве – проблемы соотношения. // Наука и образование: хозяйство и экономика, предпринимательство; право и управление. 2013. № 2.

назывались Ordnungswidrigeiten), следовательно, гарантия предоставления переводчика, по мнению государства-ответчика, на гражданина Озтюрк не распространялась. Однако по мнению судей ЕСПЧ «изымая что-либо из уголовных преступлений в законодательстве страны, законодатель должен предусмотреть интересы индивидов»[1], таким образом, интересы индивида в предоставлении ему переводчика не были учтены Германии.

В данном деле ЕСПЧ предложил отделять административные правонарушения от уголовных преступлений для целей Конвенции по защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция) путем трёхступенчатого последовательного теста. Первая ступень предполагает определение относится ли исследуемое явление к уголовному законодательству. Вторая ступень теста предлагает изучить «природу правонарушения (nature of offence)»[2]. Третья ступень теста предлагает определить природу и степень суровости наказания.

Правонарушение, совершенное гражданином Озтюрк, по мнению ЕСПЧ, было признано уголовным по своему характеру, несмотря на то, что во внутреннем законодательстве оно таковым не признавалось, что по мнению ЕСПЧ имеет только «относительное значение»[3].

Вышеуказанное понимание ЕСПЧ административных деликтов и преступлений – «criminal matter»[4] - в российской правовой науке получило название «уголовного права в широком смысле»[5]. ЕСПЧ данная концепция была применена в отношении дела, ответчиком в котором выступала Российская

---

[1] Постановление Европейского Суда по правам человека от 21 февраля 1984 года (жалоба N 8544/79). § 49.

[2] Постановление Европейского Суда по правам человека от 21 февраля 1984 года. § 50.

[3] Постановление Европейского Суда по правам человека от 21 февраля 1984 года. Параграф 52.

[4] И.А. Клепицкий. Преступление, административное правонарушение и наказание в России в свете Европейской конвенции о правах человека // Государство и право. 2003. № 3.

[5] Л.В. Головко. Соотношение уголовных преступление и административных правонарушений в контексте концепции criminal matter (уголовной сферы) // Международное правосудие. 2013. №1.

Федерация – дело «Менешева против Российской Федерации (Menesheva v. Russian Federation)».

Административный арест на 5 суток, которому подверглась гражданка Менешева за совершение административного правонарушения, был признан судом, относящимся к сфере уголовного права. Ссылаясь на ранее высказанные правовые позиции ЕСПЧ отметил, что лишение свободы, установленное в качестве наказания за правонарушение, как правило, «относится к сфере уголовного права, если только по своей природе, продолжительности или способу исполнения оно не причиняет значительного ущерба»[1]. Цель помещения гражданки Менешевой в изолятор временного содержания на срок в пять дней, по мнению ЕСПЧ, была «исключительно карательной»[2].

ЕСПЧ не является единственным органом, выработавшим правовые позиции по данному вопросу. Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций в Замечаниях общего порядка к статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах относительно произвольного содержания под стражей и ареста указывал, что режим лишения свободы, устанавливаемый государством, «не должен размывать границы системы уголовного правосудия, предусматривая меры, эквивалентные уголовному наказанию, при отсутствии применимых гарантий защиты».

Таким образом, законодатель, изымая те или иные преступления из уголовного права должен предусмотреть соответствующие вид и тяжесть наказания за данное правонарушение, а также предусмотреть процессуальные гарантии при рассмотрении дел об административных правонарушениях. Более того, установление наказаний как штраф или административный арест также не являются в этом смысле административными, а скорее больше относятся к сфере уголовного права.

---

[1] Постановление Европейского Суда по правам человека от 9 марта 2006 года (жалоба N 59261/00). Параграф 94.

[2] Постановление Европейского Суда по правам человека от 9 марта 2006 года. Параграф 94.

Данная проблема, однако не была бы столь популярной, если бы не была исследована задолго до принятия КоАП РФ в 2001. В 1989 году в Вене состоялся Конгресс Международной Ассоциации Уголовного Права. По итогам Конгресса был принята резолюция, в которой содержались следующие рекомендации: Во-первых, лишение или ограничение личной свободы не может устанавливаться ни как мера обеспечения административного производства, ни как административная санкция; во-вторых, размер административной санкции, в частности штрафа, не должен существенно превышать максимальный размер штрафа по уголовному законодательству; в-третьих ограничения прав в производстве по делам об административных правонарушениях должны быть соразмерны тяжести предполагаемых совершенных преступлений[1].

Таким образом, установление такого законодательного отграничения административной и уголовной ответственности позволило бы избежать немалого количества практических и теоретических проблем.

Д.Д. Коренькова

Сущность штрафа как меры наказания, сравнительная характеристика его назначения в административном, уголовном, гражданском праве

Толковый словарь русского языка под редакцией Д.Н. Ушакова определяет штраф (от нем. «strafe») как денежное взыскание, налагаемое в виде наказания[2]. Такая общая формулировка подходит для объяснения данного понятия в законодательстве многих стран, в разных отраслях права. Однако при более узком отраслевом рассмотрении можно выделить различные характеристики штрафа, которые могут отличаться в зависимости от сферы применения этой меры наказания.

Прежде чем рассматривать особенности штрафных санкций в разных

[1] Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926–2004) // Nouvelles .2009. N 21. Toulouse, 2009. P. 130–131

[2] Ушаков Д.Н. Толковый словарь русского языка. М., 2000.

отраслях права, представляется целесообразным назвать их общие черты.

Во-первых, у всех видов штрафа одинаковая история, ведь эта мера наказания появилась задолго до того, как были выделены правовые отрасли. Первое упоминание о штрафе появляется в 911 г. в договорах Олега с греками, где применение оружия любым из представителей стороны договора в отношении другой стороны каралось денежным взысканием[1]. Позже появились «урок», «головничество» − взыскания, совершавшиеся в пользу потерпевшего, затем ввели «виру», «продажу» в пользу княжеской власти. На протяжении развития системы наказаний в нашей стране штрафы не были отменены, сохранялись и в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., и в законодательстве РСФСР[2].

Во-вторых, все виды штрафов носят принудительный характер. Действия по взысканию выражены в одностороннем, юридически-обязательном порядке получить денежную сумму у лица, совершившего правонарушение.

В-третьих, любой штраф отличается индивидуальным характером применения. Это определено тем, что цель штрафа – принуждение конкретного лица, совершившего деяние, попадающее под признаки определенного правонарушения; санкция назначается только при наличии вины правонарушителя при совершении деяния[3].

В-четвертых, общим является то, что штрафы пропорциональны. Установлен фиксированный размер взыскания (во всех отраслях права разный), сумма штрафа определена и дифференцируется в зависимости от правонарушения и причиненного ущерба.

В-пятых, в РФ штрафы – очень распространенная санкция.

По статистике Судебного департамента при Верховном Суде РФ штраф занимает второе место среди мер, назначаемых осужденным судами общей

[1] *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права, Ростов н/Д, 1995. С.309

[2] *Исаев И.А.* История государства и права России М., 2004.

[3] *Максимов И.В.* Административные наказания. М., 2009. С. 284.

юрисдикции[1].

Несмотря на наличие общих признаков, штрафы в административном, уголовном, гражданском праве различны. Отличия штрафных санкций проистекают из того, что разные отрасли права регулируют неодинаковые группы общественных отношений, имеют собственный предмет и метод. Административное право связано с отношениями в сфере государственно-управленческой деятельности, возникающими в процессе реализации исполнительной власти, публичных функций. В этой отрасли преобладает императивный метод правового регулирования, отношения строятся по принципу «власть-подчинение». Уголовное право охраняет общественные отношения от посягательств посредством совершения преступных деяний, регулирует применение наказания, устанавливает основания привлечения к уголовной ответственности. Основным методом правового регулирования в уголовном праве является принуждение. Гражданское право существует в области имущественных, а также связанных с ними личные неимущественных отношений. Нормы этой отрасли основаны на юридическом равенстве сторон, свободе заключения договора, имущественной самостоятельности участников. Метод гражданского права−диспозитивный. Очевидно, что перечисленные отрасли права обладают своей спецификой, поэтому важно разобраться в тонкостях назначения мер наказания в зависимости от области применения.

Административный штраф – мера административной ответственности, которая согласно Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) предусмотрена за большинство административных правонарушений: применяетс в 766 случаях[2]. Статья 3.5 КоАП РФ определяет административный штраф как денежное взыскание, как

[1] Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей // Официальный сайт Судебного департамента при Верховном суде РФ http://www.cdep.ru.

[2] *Максимов И.В.* Указ. соч. С. 284.

правило, выраженное в рублях, в установленном размере, а также в иных предусмотренных законом формах выражения. Размер административного штрафа не может быть менее 100 рублей, а за совершение административного правонарушения в области дорожного движения - менее 500 рублей; сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме в соответствии с законодательством Российской Федерации[1]. В силу специфики рассматриваемой отрасли права штраф как мера наказания носит государственный, публично-правовой характер. Об этом свидетельствует тот факт, что штраф обусловливается административно-властным взысканием − действия государства выражены в одностороннем, принудительном порядке. Применение санкции за административное правонарушение реализуется властью исключительно на основе федерального законодательства, в интересах государственной безопасности, общественного спокойствия, ради охраны прав и свобод других лиц, предотвращения возможных нарушений[2]. Штраф в административном праве – основное административное наказание (п. 1 ст. 3.3. КоАП РФ). Это означает, что его исполнение снимает ответственность с нарушителя, а в качестве усиления воздействия правоприменитель может назначить дополнительные санкции. Однако этой ситуации есть интересный аспект: штраф не очень суровое наказание (следующее после предупреждения), но считается основной санкцией, то время как, например, административное выдворение за пределы РФ - более тяжкое наказание, его могут применить лишь в дополнение к штрафу - с точки зрения логики происходит некая несоразмерность санкций. Тем не менее, административный штраф применяют как самостоятельное наказание. Его назначают как физическим, так и юридическим лицам. В данном контексте следует упомянуть, что сумма штрафа для юридического лица как для коллективного субъекта значительно выше,

[1] Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. №195-ФЗ «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС КонсультантПлюс.

[2] *Максимов И.В.* Указ. соч. С. 283.

в силу того, что организация обладает большими ресурсами. Еще одной важной особенностью административного штрафа является процессуальный порядок его взыскания, четко урегулированный в законе. Существует как судебный, так и внесудебный порядок его наложения. Во внесудебном порядке штраф взыскивается налоговой инспекцией. В своей статье И.В. Максимов обращает внимание на спорный момент – внесудебный порядок взыскания противоречит ч. 3 ст. 35 Конституции РФ, в соответствии с которой лишение собственника имущества возможно лишь по решению суда. Кроме того, И.В. Максимов приводит пример инициирования вопроса об установлении порядка взыскания административного штрафа исключительно в судебном порядке, ссылаясь на Постановление Верховного Совета Республики Хакасия от 26.11.2003[1]. Рассуждения на эту тему представляются убедительными и указывают на относительный характер внесудебной процедуры, а при желании любое решение органа исполнительной власти можно обжаловать в суде. Исполнение постановления о наложении административного штрафа регулируется ст. 32.2 КоАП, ч. 1 которой устанавливает срок добровольной уплаты штрафа (не позднее 60 дней). И хотя процессуальный порядок его наложения понятно сформулированы в законодательстве, все же в теории существуют спорные вопросы, связанные с данной мерой наказания.

Уголовный штраф − денежное взыскание, назначаемое в пределах, предусмотренных Уголовным Кодексом (далее − УК РФ). Такое определение «штрафа» законодатель дает в 46 статье УК РФ, и в этой же статье устанавливает фиксированный размер взыскания в уголовном праве. Штраф устанавливается в размере от 5000 до 5 000 000 рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет либо исчисляется в величине, кратной стоимости предмета или сумме коммерческого подкупа, взятки или сумме незаконно перемещенных денежных средств и (или) стоимости денежных инструментов. Штраф

[1] *Максимов И.В.* Указ. соч. С. 287

в размере от 500 000 или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше трех лет может назначаться только за тяжкие или особо тяжкие преступления, предусмотренные Особенной частью[1]. Кодекс также указывает, что размер штрафа определяется судом с учетом степени тяжести совершенного преступления, имущественного положения осужденного и его семьи. Предусмотрена возможность назначения штрафа с рассрочкой выплаты определенными частями, но не более чем на пять лет. В случае уклонения от уплаты уголовного штрафа он может быть взыскан принудительно на основании исполнительного листа, выданного судом, или заменен наказанием в пределах санкции, предусмотренной соответствующей статьей Особенной части УК РФ[2]. Основанием для применения уголовного штрафа с целью наказания является только совершение преступления – деяния, запрещенного УК РФ, что следует из ч. 1 ст. 43 Кодекса. Это наказание затрагивает имущественные интересы осужденного. В уголовном праве штраф часто «комбинируется» с другими видами наказаний, может применятся как основная, так и как дополнительная санкция. При этом важно помнить, что в соответствии со ст. 19 УК РФ «уголовной ответственности подлежит только вменяемое физическое лицо, достигшее соответствующего возраста», соответственно, к юридическим лицам уголовное наказание не применяется. В целом, если исходить из специфики охраняемых данной правовой отраслью отношений, можно сделать вывод, что штраф в уголовном праве, как и любая уголовная ответственность, назначается за серьезные, опасные для общества правонарушения, поэтому и размер уголовного права достаточно высок.

В гражданском праве штраф – это вид неустойки, способ обеспечения исполнения обязательств. Согласно статье 330 Гражданского Кодекса РФ (далее – ГК РФ), неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или

---

[1] Федеральный закон от 13 июня 1996г. N 63-ФЗ «Уголовный кодекс Российской Федерации».

[2] *Комиссаров В.С.* Уголовное право России в вопросах и ответах: Учеб. пособие. М., 2014. С. 86.

договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. В зависимости от оснований установления различают законную и договорную неустойку. Договорную назначают сами стороны, а законная устанавливается законом и не зависит от воли сторон. При этом неустойка может быть и не выплачена: ч.2 ст.330 ГК РФ устанавливает, что, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, кредитор не вправе требовать ее уплаты[1]. В качестве синонима неустойки в законе употреблены термины «штраф» и «пеня», разница между ними заключается в способе исчисления и уплаты. Штраф взыскивают однократно, в твердой денежной сумме или процентах к определенной величине. А пеня начисляется по нарастанию, за каждый день просрочки с исполнением обязательства, (например, несвоевременная оплата арендных платежей)[2]. Основное назначение штрафа в гражданском праве – возмещение убытков, имущественных потерь. В данной отрасли государственное принуждение значения не имеет, штраф защищает частные интересы, собственность пострадавшей стороны.

Обзорно рассмотрев основные характеристики штрафов в административном, уголовном, гражданском праве, хочется структурировать важные особенности этих мер наказаний. Различия по основным критериям представлены в виде таблицы:

Критерий	*Административный штраф*	*Уголовный штраф*	*Неустойка*
Функции	Охранительная, регулятивная, превентивная, карательная.	Карательная, превентивная.	Обеспечительная, компенсационная.

[1] Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ «Гражданский кодекс Российской Федерации»

//СПС КонсультантПлюс.

[2] Отдельные способы обеспечения исполнения обязательств. http://www.bibliotekar.ru/grazhdanskoe- pravo-1/227.htm

Основание применения	Административное правонарушение (проступок), менее опасное, чем в уголовном праве.	Преступление - общественно опасное деяние.	Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств.
Круг лиц, к которым применяется штраф	Физические и юридические лица.	Только физические лица.	Физические и юридические лица.
Размер	Установлен законом. Ниже, чем в уголовном праве. Для физических лиц: 100 – 5000 рублей. Для юридических лиц: 100 000[1]−5 000 000, в установленных случаях до 60 000 000 рублей (ст.14.40 КоАП РФ).	Установлен законом. Размер, максимально допустимый для административного штрафа − нижний предел для уголовного. 5000 – 5 000 000 рублей.	Денежная сумма определена не только законом, но и договором. Как правило, размер неустойки зависит от ущерба. Есть возможность уменьшения штрафа по решению суда, а также увеличение, предусмотренного законом размера штрафа, по решению сторон. В ряде случаев на суммы штрафа начисляются проценты.
Самостоятельность применения	Основное наказание (применяется самостоятельно).	Может быть и дополнительным, и основным видом наказания.	Основное наказание.

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 17 января 2013г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "Маслянский хлебоприемный пункт» // СПС КонсультантПлюс.

В пользу кого устанавливается штраф	Деньги идут в пользу государства, наличие публичного интереса.	Деньги идут в пользу государства, наличие публичного интереса.	Деньги идут в собственность пострадавшей стороны, штраф направлен на защиту частных интересов
Последствия	Не влечет судимости.	Так как это уголовное наказание, влечет за собой судимость	Не влечет судимости.

А.И. Гончарова

Компетенция Администрации Президента на современном этапе её развития

Администрация Президента с первого взгляда представляется неким мифическим существом с очень могущественной головой. При обсуждении этого института возникает ряд проблем, одна из которых – является ли Администрация просто некой канцелярией Президента РФ или всё же полноправным участником политического процесса. В связи с этим представляется необходимым выяснить, какими конкретными полномочиями обладает данный институт, что входит в его компетенцию, как он влияет на политическую жизнь в России.

Стоит начать с того, что данный институт достаточно молод, что, в свою очередь, не способствует изученности этого государственного органа. Администрация Президента создается Указом Президента ещё РСФСР в 1991 г. в качестве рабочего органа, который должен был способствовать деятельности не только Президента, но и Вице-президента РСФСР и Председателя Совета Министров РСФСР[1]. В дальнейшем, с этого момента, Администрация менялась значительно, приобретая все большие права. В ней образовывались

[1] *Зуйков А.В.* Администрация Президента Российской Федерации: вчера, сегодня, завтра// Конституционное и муниципальное право. 2009. № 8. С. 21.

дополнительные структурные единицы – Управления. Однако на первых этапах это по большей части именно «рабочий кабинет» или канцелярия. В 1993 г., до принятия Конституции, Администрации Президента приписывается функция содействия в реализации конституционных полномочий Президента РФ (что интересно, до принятия самой Конституции, то есть не совсем понятно, каких именно полномочий и что именно должна делать Администрация)[1]. После этого происходили уже внутренние изменения в разветвлении структуры внутренних единиц Администрации, появление новых Управлений и должностей.

Тем не менее, Администрация Президента, которая известна на данный момент, переродилась в 2000 г., когда практически была сформирована заново. На данный момент Администрация Президента действует на основании Указа Президента РФ «Об утверждении Положения об Администрации Президента Российской Федерации» № 490 от 6 апреля 2004 г., который основан на изменениях 2000 г.

Особый интерес в рамках данной темы представляет нормативное регулирование деятельности Администрации Президента. Это, если можно так сказать, отдельная проблема. Как известно, федерального закона по деятельности Администрации Президента так и не было принято, хотя были предприняты попытки, в частности в 2006 г. в Государственную Думу был внесен законопроект, который не прошел дальше первого чтения. Обратившись к Конституции РФ, можно увидеть, что Пункт «и» ст. 83 указывает, что «Президент Российской Федерации формирует Администрацию Президента Российской Федерации». Больше ни в одной из статей Конституции Администрация Президента не упомянута. Она упоминается лишь вскользь в рамках перечисления полномочий Президента. Конституционного регулирования данного органа также не предусмотрено.

Отсутствие федерального законодательного регулирования по этому вопросу оставляет большое поле для постоянных изменений – изменения

[1] Там же.

вносятся самим Президентом, и институт подведомствен лишь ему. Встает вопрос о необходимости такового регулирования. С одной стороны, практически все федеральные органы государственной власти регулируются специальными законами, принятыми Федеральным Собранием. Следовательно, нельзя исключать из этого перечня и Администрацию. Более того, регулирование посредством федеральных законов направлено на укрепление института и защиту от постоянных необоснованных изменений статуса и компетенций.

С другой стороны, поскольку Администрация создавалась для того, чтобы оказывать помощь Президенту в его деятельности, то и регулировать данный институт должен непосредственно он. Только глава государства может добиться максимальной эффективности своего административного аппарата, поскольку именно он знает, какие функции и полномочия необходимо на нее возложить для наиболее рационального использования этого института.

И на данный момент единственным уполномоченным органом или должностным лицом, обладающим правомочием на издание нормативно-правовых актов, затрагивающих статус Администрации Президента, остается лишь Президент Российской Федерации. Президент регулирует деятельность Администрации в различных сферах Указами Президента. Основным и практически единственным Указом, который устанавливает полномочия, цели и компетенцию Администрации Президента является уже упомянутый Указ Президента РФ «Об утверждении Положения об Администрации Президента Российской Федерации» №490 от 6 апреля 2004 г.

Данный нормативный акт, по сути, является чем-то, что приоткрывает завесу тайны над деятельностью Администрации Президента. Несмотря на это, он порождает и дополнительные затруднения. В нем указаны цели деятельности Администрации, и помимо организации и способствованию деятельности Президента, говорится, что Администрация подготавливает предложения о мерах по охране суверенитета страны, ее независимости и государственной целостности, а также разрабатывает общую стратегию внешней политики и

обеспечивает реализацию полномочий Президента в этой сфере. Следовательно, по сути, Администрация может создавать те направления развития, которым будет следовать Президент и вся страна в целом.

Также говорится о непосредственных функциях, которые должен выполнять этот институт. Функции Администрации можно разбить на несколько блоков: функции по обеспечению деятельности Президента в законодательной сфере, функции по исполнению решений Президента и содействию в их принятии и непосредственные организационные функции. Наиболее интересными с политической точки зрения представляются функции в законодательной сфере. К функциям Администрации Президента в законодательной сфере можно отнести организацию подготовки законопроектов Президента для внесения их в Государственную Думу в рамках законодательной инициативы Президента, подготовку проектов заключений на законопроекты, принятые Государственной Думой, подготовку предложений о подписании Президентом федеральных законов либо их отклонении, а также подготовку, согласование и представление Президенту проектов указов, распоряжений, поручений и обращений Президента, а также аналитических докладов, справок и иных необходимых документов, и последнее – обеспечение обнародования федеральных законов, выпуск указов и распоряжений главы государства, а также иных документов подписанных Президентом. Можно сделать вывод, что Администрация Президента содействует и организовывает деятельность Президента на всех этапах реализации им законодательной инициативы и издании подзаконных нормативно-правовых актов. То есть Администрация практически обладает неким правом на участие в законодательной жизни, что выходит за рамки только «рабочего кабинета» или «канцелярии» при Президенте.

Не менее интересными представляются инструменты осуществления деятельности Администрации. Данные инструменты, по сути, представляют собой непосредственную компетенцию, полномочия, которыми обладает этот институт. Первым и самым основным инструментов в деятельности

Администрации Президента является взаимодействие практически со всеми возможными органами государственной власти, в том числе разных ветвей власти, разных уровней – от федеральных до субъектов, а также государственными органами иностранных государств и международными и иностранными организациями. Необходимо отметить, что данная компетенция сформулирована слишком широко, поскольку термин «взаимодействие» не дает конкретного представления о том, в чем оно заключается и в каких рамках Администрация может обращаться к перечисленным органам. А также Администрация уполномочена запрашивать у других органов государственной власти информацию – данное полномочие также представляется слишком широко сформулированным. Следующим полномочием является подготовка предложений Президенту по целому ряду вопросов: по реализации государственной политики в области обеспечения прав и свобод, в отношении СМИ и обеспечении граждан объективной информацией о внутренней и внешней политике РФ и т.д. То есть становится очевидным, что эти так называемые инструменты сформулированы более чем широко, тем самым и создавая возможность для всевозможных дополнительных обязанностей. К тому же, поскольку лишь Президент правомочен на регулирование деятельности Администрации, в целях обеспечения наибольшей эффективности он может наделять свой вспомогательный орган дополнительными полномочиями, которые представляются ему необходимыми.

Таким образом, подконтрольность и подотчетность лишь главе государства создает впечатление особого статуса Администрации и своего рода исключения из правил. Также «плавающие» формулировки полномочий и компетенций Администрации продолжает эту тенденцию проблематики определения правового статуса данного государственного органа. Отсутствие строгого независимого регулирования приводит к тому, что компетенция Администрации может постоянно меняться и расширяться в соответствии с нуждами главы государства. Однако совершенно точно намечается тенденция расширения компетенции данного института государственной власти и это

связано, по большей части, с личностью главы государства.

Н.М. Шкурина

Проблемы назначения и применения административной ответственности за пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений

Данная статья посвящена актуальной на сегодняшний день проблематике назначения и приведения в исполнение наказания за пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних. Для того, чтобы выяснить, в чем же заключается проблема, необходимо выявить, с какими аспектами гражданской, политической и культурной жизни общества связан рассматриваемый вопрос.

Институт сексуального самоопределения представляется частью обширных личных прав. В данной общности прав меня в первую очередь интересует право на свободное мышление и самовыражение, свободный поиск, получение и распространение информации. Но следует признать, что с данными правами тесно граничат и запреты на пропаганду, агитацию и возбуждение любой формы ненависти. Эти институты настолько взаимосвязаны, что в основном Законе государства их основополагающие начала закреплены в одной статье[1]. Так, выделяем две основных взаимосвязи рассматриваемого института.

Свобода мысли и слова, как она закреплена в ч. 1 ст. 19 Конституции РФ, это гарантированная государством возможность беспрепятственно выражать свое мнение и убеждения по самым различным вопросам общественного, государственного, иного характера посредством устного или печатного слова, на собраниях, митингах, другими средствами. Право свободно выражать свое мнение, согласно международно-правовым актам, включает в себя свободу придерживаться своего мнения и свободу искать, получать и распространять

[1] Конституция Российской Федерации. Ст. 19.

информацию и идеи любыми средствами без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей и независимо от государственных границ[1]. Конституционная свобода мысли и слова означает не только возможность беспрепятственно выражать свои мысли и убеждения, свое мнение, но и недопустимость принуждения к их выражению или отказу от них. Тем самым охраняется внутренний мир человека, гарантируется свободное развитие личности, в том числе право менять свои убеждения, но не по принуждению, а по собственному выбору в процессе познания реальности, свободных дискуссий, обсуждения различных идей[2].

Ч. 2 ст. 19 Конституции РФ касается таких форм свободы мысли и слова, как пропаганда и агитация. Это вид деятельности людей, выступающих за или против какой-либо идеи, программы, мероприятия и т.д. Агитация и пропаганда осуществляются путем проведения публичных мероприятий — собраний, дебатов, дискуссий, митингов, шествий, демонстраций. Поскольку агитация и пропаганда вызывают широкий общественный резонанс, ч. 2 рассматриваемой статьи Конституции для любого вида агитации и пропаганды запрещает возбуждение социальной, расовой, национальной, религиозной вражды и ненависти, а также пропаганду социального, расового, национального или языкового превосходства.

Теперь стоит перейти к центральному рассматриваемому институту. Смысл института сексуального самоопределения, или половой свободы, заключается в праве каждого человека самостоятельно выбирать и добровольно следовать собственным предпочтениям, не подвергаясь при этом дискриминации в любой форме и сфере жизни. Однако, в связи с устоявшимися традициями, особенностями менталитета и исторической бытностью российского народа союз, не соответствующий привычному понимаю «семьи»,

---

[1] Всеобщая декларация прав человека: принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948. Ст. 19.

[2] Конвенция о защите прав человека и основных свобод: заключена в г. Риме 04.11.1950. Ст. 10.

т.е. союз не мужчины и женщины, с давних времен видится неприемлемым с точки зрения большинства населения. Настолько неприемлемым, что даже считается преступным в исторические времена.

Здесь необходимо обратиться к исторической ретроспективе, прежде чем формировать круг проблем. Следует отметить, что институт наказания за пропаганду относительно новый, поэтому следующие сведения касаются наказания непосредственно за нетрадиционные отношения и представляются только в качестве подтверждения исторически сложившейся общественной неприязни к рассматриваемому явлению.

Впервые наказание за мужеложство появилось в 1706 г. в воинском уставе Петра I и распространялось только на солдат; их предавали сожжению, позже, в 1716 г. казнь была заменена вечной ссылкой. Далее, § 995 Уложения о наказаниях, принятого 10 августа 1832 г., предусматривал наказание за мужеложство в виде лишения всех прав состояния и ссылки в Сибирь на 4–5 лет. В 1903 г. было принято новое Уложение о наказаниях, предусматривающее в ст. 516 за мужеложство тюремное заключение сроком не менее трёх месяцев. Далее, уголовная ответственность за мужеложство устанавливалась ст. 154а УК РСФСР 1926 г. (лишение свободы на срок от 3 до 8 лет).

Как видно из представленных примеров, однополые контакты в России на протяжении веков рассматривались исключительно как негативные явления со стороны государства, что и сформировало отношение к ним, как к таковым, у всего общества. Но, как уже было отмечено, здесь речь именно о наказаниях за мужеложство, мне же интересен немного другой аспект данного вопроса.

Для завершения данной темы, следует упомянуть и современное состояние дел относительно ответственности за мужеложство. Мужеложство, как таковое, перестало быть составом преступления в России, но сохранилось как признак состава в ст. 132, 133, 134 нового УК РФ, принятого в 1996 г.

На этом следует перейти от уголовного непосредственно к административному аспекту.

В настоящее время, в век развития всевозможных коммуникаций, действительно обширной свободы слова и относительно развитого гражданского общества, достаточно остро стоит именно проблема пропаганды нетрадиционных сексуальных отношений. Данный вопрос поднимается повсеместно, как официально, так и неофициально, как на местах, так и на федеральном уровне. Тема региональных инициатив достойна отдельной статьи, поэтому сразу перейдем к федеральному законодательству.

Опуская подробности ранних инициатив, согласно которым в действующем УК предлагалось криминализовать пропаганду однополых отношений[1], перейду сразу к административному законодательству. Так, в первом чтении был принят ФЗ, вносящий изменения в ст. 5 ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»[2]. Принятый закон в том числе дополняет Кодекс об административных правонарушениях ст. 6.21, устанавливающей административную ответственность за «пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних».

Говоря непосредственно о проблематике, мне удалось сформулировать две имеющиеся проблемы назначения наказания:

1. А что есть пропаганда нетрадиционных отношений? Т.е. проблема заключается именно в легальном определении действий, рассматриваемых в качестве противоречащих законодательству. Насколько правомерно власти утверждают относительно тех или иных действий, что они являются пропагандой и агитацией? Как следствие этого, насколько справедливо

[1] Проект Федерального закона «О внесении дополнений в Уголовный Кодекс Российской Федерации, направленных на введение ответственности за пропаганду гомосексуализма». Официальный сайт А. В. Чуева // http://www.chuev.org/documents/34

[2] Федеральный закон Российской Федерации от 30 июня 2013 г. № 135-ФЗ «О внесении изменений в статью 5 Федерального закона “О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях защиты детей от информации, пропагандирующей отрицание традиционных семейных ценностей».

определяется сам факт необходимости наказания и его соразмерность совершенным действиям?

Ответ на этот вопрос отчасти можно найти в Постановлении Конституционного Суда РФ от 23.09.2014 № 24-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексеева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова». Во-первых, семья, материнство, отцовство и детство – институт, охраняемый государством, в основе которого лежат традиционные семейные ценности. И, т.к. главной функцией семьи является репродуктивность, пропаганда нетрадиционных ценностей представляется законодателем угрозой авторитету данной функции. Поэтому важнейшим критерием определения пропагандистской информации является наличие в такой информации угрозы влияния на формирование нетрадиционных сексуальных предпочтений и умаление установленных ценностей у психически и нравственно уязвимого молодого поколения. Отсутствие же такой угрозы является основанием для нераспространения данного запрета на информацию. Так, художественная, научная, литературная и иная просветительская информация не находится под угрозой запрета, пока не будет выявлен ее пропагандистский характер.

Относительно назначения и применения наказания, Постановление высказывает следующую позицию. Вина, несомненно, имеет ключевое значение при решении вопроса о возможности назначения наказания. Объективная сторона заключается в правонарушающем действии (нарушение права детей на моральное здоровье). Субъективная сторона охватывает лишь осознание цели воздействия, не принимая во внимание последствия. Важно видеть разницу между информированием и агитацией.

Можно предположить, что ключевыми являются следующие мысли Суда: «противоправным и административно наказуемым может признаваться только умышленное совершение лицом соответствующих публичных действий, непосредственно направленных на пропаганду нетрадиционных сексуальных

отношений среди несовершеннолетних, либо умышленное совершение тех же действий лицом, которое сознательно допускало, что среди получателей информации могут быть несовершеннолетние, или относилось к этому безразлично».

Стоит отметить, что в своем решении Суд однозначно определяет, что комментируемая статья подлежит ограничительному толкованию, так как законом четко регламентирован круг лиц, в отношении которых пропаганда не должна осуществляться – несовершеннолетние, т.е. не достигшие 18 лет. Так же важно учитывать характер информации, понимаемой в качестве пропаганды, ее потенциальной аудитории (целенаправленное информационное воздействие на несовершеннолетних) и места распространения.

2. Вторая проблема дополнительная, т.к. является сугубо субъективной и звучит как «проблема восприятия института ответственности обществом и государством». Заключается она в полярно противоположном отношении каждого человека к рассматриваемой взаимосвязи основных институтов: сексуального самоопределения, свободы слова и пропаганды и агитации. Как уже было сказано, данное явление весьма спорно, и видится невозможным выработка у всех людей одинакового к нему отношения, в отличие от, например, явлений, нашедших отражение в соседствующих со ст. 6.21 ст. 6.19 или 6.20.

Общественная реакция на сформировавшуюся таким образом ответственность представляет весь спектр мнений. Наибольшую реакцию вызвало даже не столько федеральное, сколько региональное законодательство Петербурга[1], негативные отзывы на которое высказали в основном представители международного сообщества: Госдеп США[2], МИД

[1] Закон Санкт-Петербурга от 7 марта 2012 г. № 108-18 «О внесении изменений в Закон Санкт-Петербурга "Об административных правонарушениях в Санкт-Петербурге».

[2] Госдеп США вступился за права геев в России // ЛентаРу. 24 ноября 2011 // https://lenta.ru/news/2011/11/24/protest.

Великобритании[1], Совет Европы[2] и Комитет по правам человека ООН[3]. В решении последнего заявляется: «Российские власти «не смогли продемонстрировать, что ограничение права на свободу выражения в отношении «пропаганды гомосексуализма» основано на разумном и объективном критерии». «Свобода слова — это одно из самых базовых прав демократического общества. Что такое пропаганда? Пропаганда — это, прежде всего, высказывание какого-то определённого мнения. Гомосексуализм существует, и об этом следует говорить открыто, а не пытаться как-то утаить эту информацию», – заявил Генеральный секретарь Совета Европы Т. Ягланд.

Негативную реакцию на сам Федеральный Закон высказали так же как международные организации (Amnesty International, Human Rights Watch, Уполномоченный правительства ФРГ по правам человека М. Лёнинг, Комитет по правам ребёнка ООН, 27 лауреатов Нобелевской премии), так и российские (Московская Хельсинкская группа, партия Яблоко, Петербургский омбудсмен А.В. Шишлов).

Конечно же, у принятого законодательства есть и сторонники, например, некоторые представители партии ЛДПР и КПРФ, Профсоюз граждан России (при поддержке Виталия Милонова).

Таким образом, в качестве вывода хотелось бы предположить, что проблема назначения и применения административной ответственности в России может быть решена только посредством четкого буквального или, как было указано в Постановлении, ограничительного толкования такого понятия как «пропаганда гомосексуализма», чтобы у в обществе не возникала потребность в толковании любого иного вида, что приводит, несомненно, к

[1] British Foreign Office «Concerned» About Proposed Anti Gay Moves in St. Petersburg // UkGayNews, 24 ноября 2011 http://ukgaynews.org.uk/Archive/11/Nov/2401.htm.

[2] Интервью с гостем радиостанции Эхо Москвы 5 января 2012 года // http://echo.msk.ru/programs/beseda/845874-echo.

[3] Russia: human rights groups hail historic decision on homosexual propaganda ban // International Commission of Jurists, 27 ноября 2012 http://www.icj.org/russia-human-rights-groups-hail-historic-decision-on-homosexual-propaganda-ban/

волнениям и общественным выступлениям с, как правило, негативным исходом. От себя хотелось бы добавить: изучая материалы по теме, беря во внимание общественную реакцию, международную практику (международное законодательство против пропаганды гомосексуализма отсутствует), мое субъективное мнение таково, что я так же задалась вопросом: «А так ли оно необходимо?». Доводы государства, приведенные в законодательстве, толкование Конституционного Суда не показались мне убедительными и достаточными для необходимости регулирования данной сферы жизни общества на государственном уровне, и я определенно считаю, что на сегодняшний день в гораздо большем регулировании нуждаются такие проблемы, как наркомания, алкоголизм, никотиновая зависимость и педофилия, которые травмируют психику детей не в сравнение больше, чем доступная им информация о гомосексуализме.

А.Г. Цыденова

Проблемы в механизме реализации права гражданина РФ на выезд из страны

Право гражданина на выезд из страны как составная часть права на свободу передвижения и свободу выбора места жительства является одним из основных прав человека. Это право, согласно Конституции Российской Федерации, относится к числу прав, ограничение которых правомерно (право на свободу передвижения не входит в закрытый перечень прав, ограничение которых невозможно). Конституцией Российской Федерации закреплено, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены – такое положение обосновывает существование ограничений на выезд для граждан страны, которые закреплены в Федеральном законе «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию». Данным законом используется только формулировка «временное ограничение» — отсутствие абсолютного ограничения, очевидно, соответствует пройденному

человечеством пути и эволюции этого права от запрета выезжать из своего населенного пункта до возможности наложения только временных ограничений, которые снимаются по прошествии закрепленного в законе времени.

Исследователи выделяют четыре этапа формирования права на свободу передвижения, деля их на основе исторических периодов[1]. Первый этап — догосударственный, когда свобода передвижения являлась обыкновением, естественной, природной необходимостью человека. На этом этапе воплощению этой потребности в жизнь человеку не мешали границы государств (государственных образований) — преградами для осуществления этого действия были только природные факторы или физиологические возможности человека. Второй этап совпадает с периодом существования раннефеодальных государств, когда такое право являлось скорее правовым обычаем. Третий этап приходится на конец XVIII в.: на этом отрезке времени свобода передвижения признавалась естественным правом с точки зрения концепции естественных прав и свобод. Четвертый этап, приходящийся на XX в., характеризуется юридическим закреплением рассматриваемого права на самом высоком уровне — надгосударственном, всеобщим признанием за человеком такого права и подробной регламентацией связанных с этим правом процедур (именно потому, что такое право не может считаться абсолютным, необходимо установление ограничений — при этом закрепляется, что подобные ограничения могут быть установлены только законом). На этом этапе принимается ряд международных документов, в которых закрепляется свобода передвижения. Во Всеобщей декларации прав человека, одном из основополагающих документов в этой сфере, закрепляющей исследуемый институт, содержится такое положение: «1. Каждый человек имеет право свободно передвигаться <…> 2. Каждый человек имеет право покидать любую

[1] Алешкова И.А. Право на свободу передвижения: историко-правовая ретроспектива // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 4. С. 34

страну, включая свою собственную, и возвращаться в свою страну»[1]. В принятом Генеральной Ассамблеей ООН Международном пакте о гражданских и политических правах положения Всеобщей декларации прав человека дублируются, но прибавляется норма о том, что упомянутое выше право «не может быть объектом никаких ограничений, кроме установленных законом»[2]. В Конституции Российской Федерации прописаны основания ограничения свободы передвижения граждан — это может быть произведено только федеральным законом 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»[3].

Последний на сегодняшний день этап развития права на свободу передвижения, пятый, ограничивают XXI в[4]. Постепенное стирание границ между государствами, упрощение паспортно-визового контроля (отмена визового режима с рядом стран позволяет гражданам Российской Федерации посетить эти страны без прохождения процедуры получения специального документа) и само существование транснациональных корпораций говорит о том, что развитие рассматриваемого права движется в сторону снижения контроля государства над личностью и конкретно над возможностью человека выбирать место жительства.

Исследователи обращают внимание на перспективы развития данного института, указывая на то, что шестой ступенью в эволюции права на свободу передвижения является дальнейшее развитие права и совершенствование законодательства в данной сфере, при этом некоторые из них категорично

---

[1] «Всеобщая декларация прав человека» (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948). Ст. 13.

[2] Международный пакт о гражданских и политических правах (принят Генеральной Ассамблеей ООН 16.12.1966). Ст. 12.

[3] Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 г. (в ред. от 30.12.2014 г.). Ст. 55.

[4] *Могильный В.Ф.* История возникновения и развития права на свободу передвижения // Юристъ-Правоведъ. 2007. № 6. С. 53.

заявляют: «без дальнейшего развития такого фундаментального права, как свобода передвижения и всемирной поддержки этого развития со стороны общества у современной цивилизации заведомо нет будущего»[1].

Для реализации права на свободу передвижения и, соответственно, права на выезд из страны, гражданину Российской Федерации необходимо получить специальный документ, подтверждающий его право на пересечение границы и одновременно являющийся удостоверением личности за пределами Российской Федерации, и именно на этапе получения паспорта государственными органами (после подписания Президентом Указа от 05.04.2016 «О совершенствовании государственного управления в сфере контроля за оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров и в сфере миграции» эту процедуру осуществляет МВД, получившее функции ФМС) проводится процедура проверки на предмет наличия у гражданина ограничения на выезд из страны. Процесс проверки на предмет наличия ограничения можно проследить на примере наличия допуска к государственной тайне: гражданин подает анкету-заявление в паспортно-визовый отдел органа внутренних дел, этот документ направляется органом внутренних дел в орган Федеральной службы безопасности для согласования, где проводится проверка (при необходимости такая проверка проводится так же и в иных ведомствах). После проверки указанный орган (ФСБ) возвращает заявление в орган внутренних дел с отметкой о согласовании выдачи паспорта *или* сообщает о наличии ограничения у гражданина по причине его осведомленности в государственной тайне — в таком случае указывается орган, принявший на себя ответственность за ограничение. Однако норма об ограничении в связи с осведомленностью в государственной тайне не носит императивный характер, так как организация, в которой работает гражданин (принявшая ответственность за ограничение) может ходатайствовать о выдаче гражданину паспорта, о чем сообщает в

[1] *Кудрявцева А.В.* Становление права на свободу передвижения // Ученые записки Орловского государственного университета. Серия гуманитарные и социальные науки. 2012. № 1. С. 426.

органы внутренних дел (или в ФСБ) с указанием на отсутствии возражений в выдаче паспорта — в таком случае оснований для отказа в выдаче паспорта нет, и он подлежит выдаче.

Основаниями для ограничения права на выезд, установленными законом, являются:

1. Наличие допуска к совершенно секретным сведениям или сведениям особой важности, отнесенным законом к государственной тайне (при этом законом РСФСР ограничения были установлены для всех лиц, имеющих допуск к государственной тайне – без подразделения на стадии, ситуация изменилась в связи с вступлением России в Совет Европы). Срок определяется трудовым договором, но не может превышать пяти лет со дня последнего ознакомления со сведениями особой важности или совершенно секретными сведениями — до истечения срока ограничения, установленного трудовым договором. Существует возможность увеличения этого срока, но в общей сложности он не должен превышать десять лет со дня последнего ознакомления в случае, если имеется заключение Межведомственной комиссии по защите государственной тайны о том, что сведения, с которыми гражданин был осведомлен на день подачи заявления о выезде, сохраняют соответствующую степень секретности.

Проблема данного ограничения, на которую указывала Парламентская ассамблея Совета Европы, состоит в том, что данное ограничение является чрезмерным и нарушает права человека. При этом ограничение выезда для лиц, ознакомленных с государственной тайной, на сегодняшний момент с учетом развития технологий (один из широко известных примеров утечки информации без пересечения границы – проект «Wikileaks»), по мнению критиков данного положения, не имеет особого смысла и можно говорить о том, что норма устарела и ограничение не соразмерно достигаемому результату в деле сохранения государственных секретов. Существует также мнение, что из полномочий Межведомственной комиссии следует изъять полномочия по продлению срока запрета на выезд как чрезмерные.

2. Призвание на военную службу или направление на альтернативную

гражданскую службу — до окончания службы. В этом случае паспорт передается на хранение в государственный орган, осуществивший выдачу, до истечения срока временного ограничения.

В отношении граждан, проходящих военную службу по контракту, предусмотрено специальное регулирование, согласно с которым выезд за пределы Российской Федерации для таких лиц возможен только с разрешения командования, оформленного в соответствии с установленным Правительством порядком.

3. Задержание по подозрению в совершении преступления или привлечение в качестве обвиняемого до вынесения решения по делу или вступление в законную силу приговора суда.

4. Осуждение за преступление — до отбытия наказания или до освобождения от наказания.

5. Уклонение от обязательств, наложенных на гражданина судом — до исполнения обязательств или до достижения согласия между сторонами. Данное положение регулируется Федеральным законом «Об исполнительном производстве»: «при неисполнении должником в установленный срок без уважительных причин требований, содержащихся в исполнительном документе, сумма задолженности по которому превышает десять тысяч рублей, судебный пристав-исполнитель вправе вынести постановление о временном ограничении на выезд должника из Российской Федерации»[1], если же исполнительный документ выдан не на основании судебного акта, то взыскатель или судебный пристав «вправе обратиться в суд с заявлением об установлении для должника временного ограничения на выезд». Такое ограничение устанавливается на срок не более шести месяцев, однако существует возможность продления на основании постановления судебного пристава. Данная мера позволяет принудить должника к исполнению обязательства и носит принудительный характер.

[1] Федеральный закон Российской Федерации от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ (ред. от 30.03.2016 г.) «Об исполнительном производстве». Ст. 67.

Критика данного положения состоит в том, что по закону ограничения могут накладываться не судом, а судебными приставами. Внесенный в сентябре 2015 года в Государственную Думу законопроект о внесении поправок в Закон «Об исполнительном производстве» содержит положение о том, что правом на внесение гражданина в «черный список» невыездных должен обладать только суд. По мнению авторов законопроекта, возможность судебного пристава-исполнителя объективно оценить целесообразность ограничения прав и свобод должника с целью соразмерной защиты прав взыскателя достаточно сомнительна, суды же при решении данного вопроса будут подходить к этой проблеме более серьезно. Такая позиция может быть выгодна для имеющих задолженности граждан, однако, как показывает практика, именно существование этого ограничения способствует выплате задолженности, так как мотивирует должников исполнить обязательства (следует указать, что данный законопроект был отклонен 01.12.2015 г.).

По данному положению в феврале 2016 года был также внесен законопроект о внесении изменений в вышеупомянутый Закон, в котором содержалось предложение дополнить его таким положением: «временное ограничение на выезд должника не может применятся в случае, если должник добросовестно и без нарушений исполняет наложенные на него судом обязательства».

Анализ приведенных положений позволяет сделать вывод о том, что данное ограничение следует видоизменить ввиду существования очевидных проблем в регулировании и, как и в положении об ограничении на основании наличия доступа к государственной тайне, возникают вопросы относительно его соразмерности получаемому результату.

6. Сообщение заведомо ложных сведений при оформлении документов для выезда из Российской Федерации — до решения вопроса в срок не более одного месяца органом, оформляющим документы.

7. Прохождение государственной службы в Федеральной службе безопасности — до окончания срока контракта (трудового договора).

8. Признание банкротом — до вынесения арбитражным судом определения о завершении или прекращении производства по делу, в том числе в результате утверждения арбитражным судом мирового соглашения.

Отказ в праве на выезд из Российской Федерации может быть обжалован гражданином в суд.

Суммируя вышесказанное, можно заключить, что государственное регулирование вопроса о наложении ограничений на конституционное право гражданина в каком-то смысле отвечает положениям международного права и мировой практике, однако существуют проблемы, разрешение которых необходимо произвести, при этом некоторые ограничения, по мнению международного сообщества, исключить из перечня ограничений необходимо как можно быстрее (к примеру, при вступлении РФ в Совет Европы Парламентская Ассамблея Совета указала на то, что исключение из перечня ограничений запрета на выезд для имеющих доступ к государственной тайне является условием вступления РФ в Совет Европы, используя при этом такую формулировку: «необходимо немедленно прекратить практику ограничений на зарубежные поездки людей, владеющих государственными секретами, оставив лишь те ограничения, которые являются общепринятыми в государствах-членах Совета Европы», однако проблема так и не была решена законодателем).

Е.И. Ефимова

Национально-культурная автономия как инструмент национальной политики в Российской Федерации

Российская Федерация – одно из самых многонациональных государств мира, отличающееся большим этнокультурным многообразием. Согласно данным переписи населения 2010 г., в России проживают представители более

200 национальностей (этнических групп).[1] Важность этого факта отображена в преамбуле к Конституции РФ, где заявлено, что принятие Основного закона происходит по воле многонационального народа РФ, соединенного общей судьбой на своей земле.[2] Причем около 80 % населения России составляют русские, но, так же наше государство населяют татары (около 4 %), украинцы (1,5 %), башкиры (1,4 %), чуваши (1,2 %) и другие народности. К особенностям населения РФ относится так же неравномерность расселения на огромной территории - более чем 17 млн. км^2. Плотность населения резко сокращается с запада на восток и с юга на север. Так, например, население Европейской части России (23 % территории) составляет более 100 млн. человек, в то время как Азиатскую часть (77 % территории) населяет всего около 40 млн. человек. Все эти факты говорят об особенностях национального состава нашего государства и его расселения, которые требуют грамотной национальной политики с целью недопущения ущемления прав национальных меньшинств, поддержки их самобытности, культуры. Актуальность темы не вызывает сомнений в связи с тем, что национальный вопрос являлся и является в России как в полиэтническом государстве одним из самых насущных. Цель работы – выявить степень эффективности национально-культурной автономии как средства решения национального вопроса в РФ.

Концепция национально-культурной автономии начала разрабатываться в XIX в. в работах австрийских ученых О. Бауэра и К. Реннера. На практике идея реализовалась в XX и XXI вв., в том числе, и в России. Чтобы говорить об эффективности или ее отсутствии при реализации данного правового института, необходимо прояснить сам термин. Он был закреплен в Федеральном законе от 17 июня 1996 г. N 74-ФЗ «О национально-культурной автономии», где сказано, что «национально-культурная автономия – это форма

[1] Доклады «Об итогах Всероссийской переписи населения 2010 года» // http://www.gks.ru/free_doc/new_site/perepis2010/croc/perepis_itogi1612.htm.

[2] Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. Преамбула.

национально-культурного самоопределения, представляющая собой объединение граждан Российской Федерации, относящих себя к определенной этнической общности, находящейся в ситуации национального меньшинства на соответствующей территории, на основе их добровольной самоорганизации в целях самостоятельного решения вопросов сохранения самобытности, развития языка, образования, национальной культуры, укрепления единства российской нации, гармонизации межэтнических отношений, содействия межрелигиозному диалогу, а также осуществления деятельности, направленной на социальную и культурную адаптацию и интеграцию мигрантов»[1]. Закон определяет национально-культурную автономию как общественное объединение, а именно – как общественную организацию.

Для выяснения роли национально-культурной автономии как средства национальной политики РФ необходимо очертить круг проблем, который возникает в национальной среде нашего государства и которые позволяет решить национально-культурная автономия. Итак, в состав РФ входит 85 субъектов федерации. В теории государства и права выделяется несколько принципов административного деления государства, основными являются территориальный и национально – территориальный. Суть территориального принципа заключается в том, что государство делится на субъекты по географическим признакам. Национально-территориальный принцип подразумевает под собой деление государства на основе объединения на определенной территории какой-либо нации. РФ построена по т.н. смешанному принципу, т.е. она сочетает и территориальный (края, области, города федерального значения), и национально-территориальный принцип (республики, автономные округа, автономная область) деления на субъекты.

Титульные народы, т.е. народы, которые определяют официальное наименование образованных по национальному признаку субъектов, составляют большинство только в 10 из 22 республик (Республика Ингушетия,

[1] Федеральный закон от 17 июня 1996 г. № 74-ФЗ «О национально-культурной автономии». Ст. 1.

Кабардино-Балкарская республика, Республика Калмыкия, Карачаево-Черкесская республика, Республика Саха (Якутия), Республика Северная Осетия – Алания, Республика Татарстан, Республика Тыва, Чеченская Республика, Чувашская Республика – Чувашия), а в Еврейской автономной области проживает лишь 1 % евреев.

Таким образом, получается, что не все нации, проживающие в России, имеют закрепленную за ними территорию; многие нации живут разрозненно, и возникает проблема сохранения их самобытности и культуры. И в этом смысле национальный принцип построения федерации был бы плюсом для народов, т.к. это позволяло бы им сохранять свою культуру и передавать ее из поколения в поколение, взаимодействие и развитие культурных традиций происходило бы эффективнее, нежели при территориальном принципе образования субъектов. Но в то же время разделение государства на субъекты по национальному принципу ведет к сепаратистским настроениям, к противопоставлению одного народа другому или всему государству. Такие народы могут требовать от федерального правительства особых льгот и субсидий для развития своего национального хозяйства, культуры.

Поэтому многонациональность субъектов РФ является своеобразной системой сдержек и противовесов, при которой ни одна народность не имеет преимущественных прав в установлении собственных обычаев или в предоставлении льгот со стороны государства.

Возникает потребность сохранения, развития и использования национального языка, сохранения и развития культуры этносов России. В этом смысле национально-культурная автономия является действенным методом, т.к. позволяет народам, которые находятся в состоянии меньшинства в каком-либо субъекте, объединяться со своими единомышленниками по всей России. Национально-культурная автономия не представляет собой право на национальное самоопределение (о чем указано в ФЗ), т.е. объединение граждан в рамках национально-культурной автономии не подразумевает собой отделение от РФ и создание собственного государства. Автономия является

проявлением внутреннего самоопределения народов - выбора определённой формы самоопределения внутри государства без стремления к отделению. Национально-культурная автономия – это объединение не в политическом, а в культурном смысле. Происходит снятие межкультурных противоречий, реализуется право на культурное самоопределение нации. Одно из свойств национально-культурной автономии – надтерриториальность: национально-культурная автономия находится вне зависимости от федеративного устройства государства. Статус национально-культурных автономий не меняется при изменении статуса субъектов (при изменении границ, укрупнении или разделении).

Идея учреждения национально-культурных автономий особенно значима в связи с реформами по объединению регионов, когда часть автономных округов, в которых проживали представители определенного этноса, входили в состав области или края либо объединялись с ними и создавали новый субъект. В результате часть народов РФ теряли закрепление за собой своей исторической территории и в некотором смысле их права были умалены. Но национально-культурные автономии позволяют избежать такой тенденции.

В настоящее время создано более 500 национально-культурных автономий разного уровня: в Республике Адыгее, Республике Башкортостан, Удмуртской Республике, Чувашской Республике, Республике Хакасия, Республике Коми, Республике Мордовия, Татарстане, Тюменской области. Объединяющиеся нации могут как иметь свою историческую территорию (Татарстан), а могут не иметь (национальные объединения немцев, корейцев).

Нормативной базой реализации культурных прав национально-культурных автономия служит не только указанный ФЗ и Конституция РФ, но также Закон «О языках народов Российской Федерации», Закон «О СМИ», Федеральный закон от 26 мая 1996 г. N 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации».

Существуют некоторые проблемы реализации национально-культурной автономии в рамках национальной политики РФ. Недостаточное количество

исследований по теме вызвано отрицательным отношением к национально-культурным автономиям в Советской России, поэтому научные идеи не получали развития. Также стоит отметить недостаток нормативно-правовых актов, регулирующих основы деятельности автономий и недостаточность взаимодействия с органами государственной власти. Деятельность созданного при Правительстве РФ, при Министерстве регионального развития, Консультативного Совета по делам национально-культурных автономий пока нельзя назвать продуктивной.

Подводя итог, стоит сказать, что идея национально-культурной автономии является разумной и ее реализация может быть более эффективной при увеличении нормативной базы и при более тесном сотрудничестве с государственными органами.

А.А. Климкина

Особенности правового регулирования зависимых некоммерческих организаций (иностранных агентов) в Российской Федерации и за рубежом

20 июля 2012 года Федеральным законом от 20 июля 2012 г. N 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента» были внесены изменения в Федеральный закон РФ от 19 мая 1995 года N 82-ФЗ «Об общественных объединениях» и Федеральный закон РФ от 12 января 1996 года N 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее – Федеральный закон РФ «О НКО»). Данные изменения ввели в законодательство понятие иностранного агента и наметили правовое регулирование таких организаций.

Данная тема является достаточно актуальной в силу ведущихся споров о нововведениях, а также в связи с расширением в геометрической прогрессии реестра некоммерческих организаций (далее – НКО), выполняющих функции иностранных агентов. Так, в 2012-2013 году Реестр почти не содержал в себе

записей об иностранных агентах, но уже в 1 квартале 2015 года показатель достигает отметки 20, а на настоящий момент в Реестре содержатся 126 организаций[1].

Иностранным агентом является российская НКО, которая получает финансированию в любом виде из-за границы и участвует в политической деятельности на территории России[2]. Таким образом, необходимо наличие двух признаков одновременно для признания организации иностранным агентом.

К источникам финансирования могут относиться: иностранные государства, их государственные органы, международные и иностранные организации, иностранные граждане, лица без гражданства либо уполномоченные ими лица и (или) российские юридические лица, получающие денежные средства и иное имущество от указанных источников (за исключением открытых акционерных обществ с государственным участием и их дочерних обществ)[3].

На данный момент в Реестре НКО, выполняющих функции иностранных агентов, содержатся организации, получающие финансирование от США, ряда стран Европейского союза (Германия, Великобритания, Норвегия, Бельгия, Нидерланды и другие), Швейцария, Австралия, ряда международных организаций, активным финансированием занимается и Американский национальный фонд развития демократии, Государственный департамент США[4].

Возвращаясь к признаку иностранных агентов «занятие политической деятельностью», необходимо отметить, что под политической деятельностью в данном случае понимается участие НКО на территории Российской Федерации (независимо от целей и задач, указанных в ее учредительных документах) в организации, проведении, финансировании политических акций, целью которых

---

[1] Официальный сайт Министерства юстиции Российской Федерации. http://unro.minjust.ru/NKOForeignAgent.aspx. Дата обращения 14.05.2016 г.

[2] Ч. 6 ст. 2 Федерального закона Российской Федерации от 12.01.1996 N 7-ФЗ «О некоммерческих организациях».

[3] Там же.

[4] Официальный сайт Министерства юстиции Российской Федерации: http://unro.minjust.ru/NKOForeignAgent.aspx. Дата обращения 14.052016 г.

является влияние на принятие государством решений в сфере государственной политики и (или) формирование общественного мнения в указанной цели.

Законодатель не относит к политической деятельность в таких областях как наука, культура, искусство, здравоохранение, социальная поддержка и защита граждан (в том числе и детей, матерей, инвалидов), защиты растительного и животного мира, благотворительная деятельность, а также деятельность в области содействия благотворительности и добровольчества[1]. На наш взгляд такой перечень является оправданным. Подобная деятельность не может осуществляться в интересах отдельного человека или государства, она несет в себе пользу всему человечеству.

Рассмотрев законодательно установленные признаки, при наличии которых НКО могут быть признаны организациями, выполняющими функции иностранных агентов, невозможно не обратить внимание на то, что понятие политической деятельности в законе дано достаточно размыто. Неоднозначность термина подтверждает и практика.

В 2014 году Конституционный Суд РФ (далее – КС РФ) обратил особое внимание на данную проблему, отметив, что, если деятельность НКО не выходит за пределы перечисленных областей, хотя и имеет своей целью повлиять на принимаемые государством решения, НКО не может быть признана иностранным агентом[2]. Из этого следует, что, если деятельность НКО связана с критикой уже принятых решений государственными органами, это не является поводом к признанию её иностранным агентом.

---

[1] Ч. 6 ст. 2 Федерального закона Российской Федерации «О некоммерческих организациях».

[2] Абзац 6 п. 3.2 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 08.04.2014г. №10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 6 статьи 2 и пункта 7 статьи 32 Федерального закона «О некоммерческих организациях», части 6 статьи 29 Федерального закона «Об общественных объединениях» и части 1 статьи 19.34 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, Фонда «Костромской центр поддержки общественных инициатив», граждан Л.Г. Кузьминой, С.М. Смиренского и В.П. Юкечева (далее – Постановление КС РФ).

Также, КС РФ отметил, что политические цели должны быть присущи деятельности непосредственно НКО, но не отдельных ее членов, следовательно, их участие в политических акциях в личном качестве по собственной инициативе, тем более вопреки решениям данной некоммерческой организации исключает применение норм о признании НКО иностранным агентом.

Однако, как будет проиллюстрировано далее, государственные органы игнорируют Постановление КС РФ и даже положения Федерального закона РФ «О НКО». Например, исходя из практики, поводами для признания НКО иностранными агентами могут служить: участие члена НКО в велопробеге, проведение одиночных пикетов членом НКО, проведение НКО мероприятий до вступления в силу изменений законодательства, вводящих понятие НКО, выполняющих функции иностранных агентов, намерение организации участвовать в публичных мероприятиях, участие членов организации в мероприятиях за пределами России, природоохранная деятельность, проведение закрытого круглого стола, передача литературы в библиотеку и другие[1].

В силу того, что понятие политической деятельности в законодательстве, применяемом к НКО, сформулировано самым общим образом, это дает возможность государственным органам признавать иностранными агентами фактически любые НКО, которые получают финансирование из-за границы, хотя даже и не выполняет функции иностранного лоббиста. Это оказывает серьезное давление на такие организации, подавляет гражданскую инициативу.

Таким образом, для эффективности функционирования положений законодательства, регулирующих деятельность НКО - иностранных агентов, необходимо четко закрепить критерии иностранного агента, четко определить признаки политической деятельности.

В настоящее время предпринимаются попытки реформирования Федерального закона РФ «О НКО». 20 апреля 2015 г. Государственная Дума РФ в

[1] Автономная некоммерческая организация информационных и правовых услуг «Ресурсный правозащитный центр». Иностранные агенты: мифические враги и реальные потери российского общества. СПб., 2015. С. 27–72.

первом чтении приняла поправки к закону, уточняющие сферы, в которых деятельность НКО признается политической. К таковым сферам отнесены: конституционный строй, суверенитет и территориальная целостность России, сфера обеспечения законности и правопорядка, государственной безопасности, внешняя политика и оборона страны, политическая система России и другие[1].

Важно также отметить, что признание НКО организацией, выполняющей функции иностранного агента, не влечет для НКО каких-либо запретов в осуществлении своей деятельности, а обязывает только предоставлять дополнительную отчетность по сравнению с обычными НКО.[2]

Проблема состоит в том, что термин «иностранный агент» носит в русском языке шпионский оттенок, а, следовательно, неоправданно ставит шпионское клеймо на организациях, которые таковыми не являются. Таким образом, термин «иностранный агент» следует заменить на более нейтральный, если законодатель не ставит своей целью объявление всех НКО, соответствующих признакам иностранных агентов, шпионами, действующими на территории Российской Федерации.

Интересным является проведение сравнения российского законодательного регулирования НКО - иностранных агентов с регулированием таковых за рубежом.

Часто Федеральный закон РФ «О НКО» в части регулирования иностранных агентов сопоставляется с Актом о регистрации иностранных агентов (США). Данный акт был принят еще 1938 г. против пропаганды Третьего рейха в преддверии Второй мировой войны. С тех пор в закон были внесены изменения, которые адаптировали его к нынешней реальности. Главное отличие американского акта от российского в том, что общественные организации не

[1] Проект Федерального закона № 1000884-6 «О внесении изменений в пункт 6 статьи 2 Федерального закона "О некоммерческих организациях" в части уточнения понятия политической деятельности».

[2] Ст. 29, 38 Федерального закона Российской Федерации от 19.05.1995 N 82-«Об общественных объединениях»; ст. 32 Федерального закона Российской Федерации «О некоммерческих организациях».

могут быть признаны иностранными агентами, на них Акт не распространяется[1]. Некоммерческие организации, получающие иностранное финансирование, занимающиеся политической деятельностью, не могут быть отнесены к иностранным агентам, так как по своей сути не могут заниматься представлением интересов иностранных заказчиков. Иностранными агентами могут быть признаны субъекты, представляющие интересы иностранных правительств, партий, организаций[2].

В пространстве Совета Европы с 2003 г. действует акт «Основополагающие принципы статуса неправительственных организаций в Европе». Данный акт рекомендует странам разделять регистрацию неправительственных организаций (далее - НПО) и финансирование НПО, то есть одно не должно влиять на другое. Закреплен и принцип отчетности организации перед своими членами, а контролирующие органы в законном порядке вправе проверять документацию и деятельность организаций[3].

В Европейском союзе организациям с иностранным финансированием в целом, с некоторыми исключениями и особенностями, предоставляется национальный режим. Например, в Германии Гражданское уложение не предусматривает особого режима, финансовый контроль за деятельностью НПО с иностранным финансированием осуществляется на общих основаниях.

В ряде стран де-факто запрещено какое-либо иностранное финансирование НПО. К таким странам, например, относятся Алжир, Беларусь, Иран. В Эфиопии иностранное финансирование ограничено: не допускается иностранное финансирование только некоторых мероприятий либо организаций. В Египте, Индии, Бангладеше, Израиле иностранное финансирование допускается только на основании специального разрешения государственных органов. В Узбекистане,

[1] Point D, §611, Foreign Agents Registration Act (FARA). USA. 1938.

[2] Point B. FARA.

[3] П. 36, 60, 68 Основополагающих принципов статуса неправительственных организаций в Европе (приняты Решением Комитета Министров Совета Европы 16 апреля 2003 г.).

Сьерра-Леоне иностранное финансирование должно проводиться через строго определенные финансовые учреждения и банки, подконтрольные государству. Часто используются налоговые механизмы для сдерживания иностранного финансирования (Азербайджан, Беларусь, Мексика, РФ)[1].

Подводя итоги анализа отечественного и зарубежного регулирования НКО с «иностранным присутствием» в виде зарубежного финансирования, интересно отметить, что большинство стран так или иначе защищаются от иностранного вмешательства в свою политику, используя при этом самые разные инструменты.

Проблема российского регулирования деятельности НКО - иностранных агентов в том, что соответствующие положения Закона не функционируют должным образом в силу неопределенности понятия «политическая деятельность». Также мы считаем, что термин «иностранный агент» необходимо заменить на более нейтральный, без «шпионского» оттенка. Очень важно обеспечить здоровый климат в сфере благотворительности, так как НКО являются одним из важнейших источников улучшения благосостояния страны. Подобные изменения в законодательство, как те, что были рассмотрены в данной статье, должны проводиться очень аккуратно и осознанно.

Д.А. Глуховских

Особенности правового статуса основных законов субъектов Российской Федерации

Ст. 1 Конституции Российской Федерации (далее - Конституция РФ) провозглашает Россию федеративным государством. Согласно ст. 11, государственная власть в Российской Федерации осуществляется на федеральном и на региональном уровнях. Ч. 2 ст. 5 устанавливает, что республика (государство) имеет свою конституцию и законодательство. Край, область, город федерального значения, автономная область, автономный округ

[1] Обсерватория по защите прав правозащитников. Нарушение права НПО на финансирование: от преследований до уголовного наказания. Годовой отчет 2013. С. 33–48.

имеет свой устав и законодательство.

Следует согласиться с мнением Н.А. Михалевой в том, что содержание конституционного (уставного) регулирования в субъектах Федерации в принципиальных вопросах аналогично федеральному конституционному регулированию[1].

Но в чем состоит особенность основных законов субъектов Российской Федерации как элементов конституционно-правовой системы России? Во-первых, особенность проявляется главным образом в закреплении дополнительных прав и гарантий граждан; во-вторых, в установлении системы органов государственной власти в субъекте РФ (ч. 1 ст. 77 Конституции РФ); в-третьих, в регламентации отдельных институтов государственной власти субъектов Российской Федерации; в-четвертых, в заполнении конституционного вакуума, а именно в нормативном урегулировании вопросов, которые не закреплены на федеральном уровне. Считаем, что в отличие от федеральной Конституции, которая юридически закрепляет и определяет «правила игры» на государственной арене, региональные конституции (уставы) субъектов РФ имеют больше юридическое значение, нежели политическое, поскольку конституции (уставы) субъектов РФ зависимы как юридически, так и политически от федеральной Конституции.

Вопрос о признании конституций (уставов) субъектов РФ в качестве источника конституционного права является дискуссионным. Классической мнением считается признание конституций (уставов) субъектов Российской Федерации в качестве «важнейших» источников конституционного права[2]. Противники данной концепции (М.В. Баглай, Б.М. Габричидзе, А.Н. Ким-Кимэн, А.Г. Чернявский)[3] считают, что конституции (уставы) субъектов РФ,

[1] *Михалева Н.А.* Конституции и уставы субъектов Российской Федерации. М., 2010. С. 6.

[2] *Авакьян С.А.* Конституционное право России: учебное пособие. Т. 1. М., 2014. С. 76–87.

[3] *Габричидзе Б.М., Ким-Кимэн А.Н., Чернявский А.Г.* Конституционное право: Учебник. М., 2003. С. 45–50.

«призванные обеспечить особенности национальной государственности» не содержат чего-либо принципиально национального, кроме названий законодательных органов, закрепления того или иного языка в качестве государственного, государственной символики. Смысла закрепления вышеупомянутых актов нет в виду действия федеральной Конституции на всей территории России. Более того М.В. Баглай подчеркивает, гарантированное Конституцией РФ право дополнительного установления конституционных прав и гарантий встречается крайне редко, чаще их нарушение, ограничение[1]. С данным мнением трудно согласиться. Исключение конституций (уставов) субъектов РФ из числа источников конституционного права России, как верно отметила Я.А. Зорина, приводит либо к отрицанию того, что эти нормативные правовые акты являются источниками права, либо к выводу о том, что эти акты якобы не регулируют конституционные правоотношения[2]. И как следствие – отрицание принципа федерализма, который предполагает разделение властей на два уровня (федеральный, региональный).

Конституция РФ (ч.2 ст. 5) разграничивает понятия конституции республик (государств) и уставы иных территориальных образований России. Также необходимо обратить внимание на закреплённое федеральной Конституцией понятие республики как государства.

На этот счет Конституционный суд Российской Федерации (далее – КС РФ) в Постановлении от 7 июня 2000 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» указал, что понятие «республика

[1] *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. М., 2007. С. 89–90.

[2] *Зорина Я.А.* Сущность и юридические свойства конституций (уставов) субъектов Российской Федерации как источников конституционного права // Управление общественными и экономическими системами. 2009. № 1. С. 5–17.

(государство)» не означает признание государственного суверенитета этих субъектов РФ, а лишь отражает определенные особенности их конституционно - правового статуса, связанные с факторами исторического, национального и иного характера.

Вспомним, что республики в составе России (в прошлом автономные республики в составе РСФСР) всегда признавались государствами, и принимали собственные конституции. Другие субъекты Федерации - края, области, города федерального значения, автономные области и автономные округа - в РСФСР являлись административно-территориальными единицами высшего звена и своих Основных законов не имели. Сейчас действующая Конституция РФ признает их субъектами РФ, государственными образованиями, конституционно-правовой статус которых, определяется Конституцией РФ и их собственными основными законами, именуемыми уставами.

На основе анализа данного Постановления КС РФ, очевидно, что разграничение понятий «конституции» и «уставы» сводится к историческому прошлому нынешних субъектов РФ, по юридической силе данные нормативные правовые акты равнозначны[1].

Относительно юридических свойств (признаков) конституций (уставов) субъектов РФ, то распространенной точкой зрения, с которой следует согласиться, является то, что юридические свойства, которые применимы к Конституции РФ, характерны и для основных законов субъектов РФ[2]. Естественно эти свойства проявляются или в ограниченном объеме, или со своими особенностями.

С целью отделения основных законов субъектов РФ от иных нормативных

---

[1] *Михалева Н.А.* Конституции и уставы субъектов Российской Федерации. С. 7; *Авакьян С.А.* Конституционное право России: Учеб. пособие. Т. 2. М., 2014. С. 80; *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации. С. 380.

[2] *Попова В.В.* Юридические свойства конституций республик в составе Российской Федерации // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008. № 82. С. 290–296.

правовых актов, предлагаем делить юридические свойства основных законов субъектов РФ на основополагающие (первичные) и дополнительные (вторичные). Вторичность этих признаков выражается в том, что они априори характерны, не выделяют данный нормативный правовой акт из общей массы нормативных правовых актов, либо дублируют или дополняют первичные признаки, характеризуют, но не отражают сущности данных нормативных правовых актов как источников конституционного права.

К первичным следует отнести:

1) учредительный характер конституций, уставов РФ

Данный признак проявляется главным образом в установлении субъектами собственной системы органов государственной власти (ч. 1. ст. 77 Конституции РФ), а именно а) законодательного органа субъекта РФ (наименование, порядок формирования, количество депутатов, их правовой статус, гарантии и так далее); б) исполнительного органа субъекта РФ; в) высшего должностного лица субъекта РФ (возможность замены вышеупомянутой должности институтом руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ); г) иных органов (предусмотрена возможность их создания)[1].

Об особом учредительном характере неоднократно высказывался Конституционный суд РФ, придавая учредительный характер, как федеральной Конституции, так и региональным основным законам, не связывая наличие либо отсутствие данного признака с разграничением предметов ведения[2]. Конституционный суд РФ постановил, что основные законы субъектов РФ не

[1] Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». С. 2.

[2] Постановление КС РФ от 18 июля 2003 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности положений статей 115 и 231 ГПК РСФСР, статей 26, 251 и 253 ГПК РФ, статей 1, 21 и 22 ФЗ «О прокуратуре РФ» в связи с запросами Государственного собрания–Курултая Республики Башкортостан, Государственного Совета республики Татарстан и ВС республики Татарстан».

являются разновидностью нормативных правовых актов субъектов в традиционном смысле, поэтому оспаривание норм конституций (уставов) субъектов РФ в порядке административного или гражданского судопроизводства невозможно.

2) верховенство

«Конституция (устав) субъекта Российской Федерации - это акт, имеющий высшую юридическую силу в системе правовых актов субъекта РФ, и такой силой обладает любое его положение»[1]. Верховенство основных региональных законов не безгранично. Исходя из анализа норм Конституции РФ (ч. 2 ст. 4, ч. 1 ст. 12, п. «а» ч. 1 ст. 72) оно ограничено территорией субъекта РФ, предметами совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ и предметами исключительного ведения Российской Федерации и субъекта РФ.

3) прямое действие

В силу прямой нормативной связи конституций (уставов) субъектов РФ с Конституцией РФ, данные акты также применяются, как и Конституция РФ, непосредственно, имеют общеобязательный характер исполнения. Однако юрисдикция основных законов субъектов РФ ограничивается определенной территорией.

Пленум Верховного суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» выделил случаи, когда Конституция РФ применяется судом непосредственно, т.е. без отсылки на иные правовые акты: а) когда закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения; б) когда Конституционным судом РФ выявлен пробел в

[1] Постановление КС РФ от 18 июля 2003 г. № 13-П.

правовом регулировании; в) когда пробел образовался в связи с признанием не соответствующими Конституции нормативного правового акта или его отдельных положений с учетом порядка, сроков и особенностей исполнения решения Конституционного суда РФ, если они в нем указаны. Считаем, что данные принципы применимы при разрешении споров для конституций (уставов) субъектов РФ в виду схожего конституционно-правового статуса федеральной Конституции и региональных основных законов.

4) стабильность

Конституция является, как считал Г. Кельзен, является источником действительности всех норм, она представляет основание правопорядка в обществе[1], следовательно, она должна быть стабильна. Данный акт должен быть максимально гибок и универсален в правоприменении, так как он является гарантом действующего правопорядка. Стабильность конституции, по мнению С. А. Авакьяна, представляет собой «длительность ее действия без внесения существенных изменений».[2] К сожалению, практика показывает, что основные законы субъектов РФ часто подвергаются изменениям, что негативно сказывается на развитии субъекта РФ.

5) наличие наивысшей степени правовой защиты

Данное свойство проявляется в усложнённой, по сравнению с иными правовыми актами субъекта РФ, процедуре принятия, внесения изменений, проверки на соответствие Конституции РФ, а также иным правовым актам РФ и субъектов РФ.

6) являются юридической базой текущего законодательства.

Как и Конституция РФ, конституции (уставы) субъектов РФ являются основой для законодательства в субъекте РФ, содержат базовые конституционные принципы организации государственной власти субъекта РФ, общества. Любой акт, принимаемый в субъекте РФ, издается на основании и во исполнении конституции (устава) субъекта РФ.

---

[1] Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сборник переводов. Вып. 2. М., 1998. С. 95.

[2] *Авакьян С.А.* Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997.

Вторичными признаками являются:

1) нормативность – акт издан в надлежащем порядке, с соблюдением процедуры и формы принятия нормативных актов, имеет юридическую силу, распространяется на несколько лиц, является общеобязательным для исполнения, за нарушение предписаний которого, следует ответственность.

2) легитимность – принят в предусмотренном законом порядке уполномоченным на то органом.

3) реальность – соответствует действующей правовой действительности, актуален на момент его применения.

4) встроенность в правовую систему – занимает определенное место в конституционной правовой системе РФ.

5) программность – содержит некий алгоритм реализации тех или иных мер, принципов права.

6) преемственность

Таким образом, невозможно отрицать ценность конституций (уставов) субъектов РФ, которая обусловлена тем, что в них получает отражение состояние развития юридической науки, объективируется правовая доктрина, закрепляются дополнительные гарантии прав и свобод человека и гражданина, отражаются историко-национальные особенности развития и функционирования конституционно-правового статуса субъектов РФ. Они являются частью конституционной системы Российской Федерации.

Э.Э. Алиев

Подходы к толкованию конституционных норм: оригинализм в решениях Конституционного Суда Российской Федерации

Согласно ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее – Закон), Конституционный Суд Российской Федерации (далее – Конституционный Суд, Суд, КС РФ) как орган конституционного контроля осуществляет проверку на соответствие Конституции перечисленных

в статье 3 Закона правовых актов, а также абстрактный нормоконтроль по запросам обозначенных в той же статье органов. Однако, в указанном Законе не прописаны конкретные критерии, которыми следует руководствоваться судьям для обоснования решений, в силу чего у Суда появляется возможность вырабатывать собственные подходы к толкованию по своему усмотрению, используя ту или иную аргументацию[1]. Это, в свою очередь, ставит под вопрос обоснованность решений Конституционного Суда. Возникает необходимость изучения и развития подходов толкования конституционных норм, чтобы понять, существует ли присвоение полномочий законодателя Конституционным Судом в результате свободы обоснования решений.

Несмотря на то, что этому вопросу так или иначе посвящен ряд работ российских конституционалистов[2], представляется целесообразным изучение работ американских учёных-конституционалистов. Конституция США является одним из самых старинных писанных Основных Законов, действующих до сих пор. Опыт её толкования в рамках конституционного контроля насчитывает более двухсот лет[3]. В связи с этим вполне очевидно, что изучению специфики толкования при реализации конституционного контроля Верховным Судом США было посвящено много больше работ, чем, к примеру, в России, где действующая Конституция насчитывает всего лишь 22 года. Соответственно, богатая обширными исследованиями, основываясь на столь же богатой практике, наука конституционного права США, на наш взгляд, может предоставить уже разработанный фундамент, общий для стран, в которых имеются судебные органы конституционного контроля.

В качестве основных подходов к толкованию конституционных норм в

---

[1] *Белов С.А.* Ценностное обоснование решений как проявление судебного активизма Конституционного Суда Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. С. 140.

[2] См.: *Бондарь Н.С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011; Хабриева Т.Я. Толкование конституции Российской Федерации (Теория и практика). М., 2005 и др.

[3] Marbury v. Madison, 5 U.S. (I Cranch) 137 (1803).

США можно выделить оригинализм и ноноригинализм (или концепция «живой конституции»). При этом, в данной работе будет рассмотрен только первый подход: «оригинализм» как понятие, т.е. с теоретической точки зрения, а также вопрос о том, уместно ли вести речь об оригинализме относительно решений Конституционного Суда Российской Федерации.

Само слово оригинализм (англ. originalism) образовано от английского «original», и оно может быть переведено на русский как оригинальный, первоначальный, изначальный. Предположительно, данный термин был введён в оборот Полом Брестом, профессором Стэнфордского университета, в начале 1980-х. Под этим термином он понимал такой способ толкования, при котором судебный орган, выносящий решение по конституционно-правовым вопросам должен придерживаться текста Конституции или намерений лиц, её принявших[1]. В настоящее время в американской доктрине понятие «оригинализм» рассматривается как родовое[2], поскольку на данный момент существует несколько способов конституционного толкования в рамках соответствующего общего оригиналистского подхода. При этом, основными признаками подхода в целом являются: 1) наличие согласия относительного того, *когда* был закреплён смысл (лингвистический) Конституции США, её поправок: в момент создания, принятия, в момент ратификации (штатами) Конституции, поправок к ней (отсюда и название – оригинализм -, отражающее смысл норм, закладываемый изначально), 2) конституционное толкование должно быть связано (ограничено) первоначальным смыслом норм[3].

В качестве оригиналистских концепций, которые существуют на сегодняшний день в рамках общего подхода, стоит выделить три основные концепции: 1) первоначальных намерений (original intentions), 2) первоначального смысла (original public meaning) и 3) живого оригинализма

[1] *Solum L.* What is Originalism? The evolution of contemporary originalist theory. Georgetown University Law Centre. 2011. P. 2

[2] Ibid. P. 11.

[3] Ibid. P. 2.

(living originalism). Суть первой концепции заключается в том, что суд должен выявлять намерения законодателя, тот смысл, который он вкладывал в норму, и руководствоваться им. Вторая концепция подразумевает выявление обычного, общеупотребимого смысла конституционного положения, который видел бы в интерпретируемом положении любой благоразумный гражданин времен периода принятия этого положения. В зависимости от сложности разрешаемого дела деятельность по конституционной интерпретации может включать в себя до двух частей: конституционное толкование и истолкование. Под конституционным толкованием в данном случае понимается распознание или определение буквального смысла текста Конституции, в то время как под конституционным истолкованием – дополнение буквального смысла в тех случаях, когда его не хватает для решения вопроса, или если содержание всё ещё является двусмысленным, размытым или содержит пробелы и противоречия. При этом следует руководствоваться теми принципами, которые отражены в Конституции, поскольку именно они позволят решать те или иные вопросы права в соответствии с современными общественными ценностями, а также общественными ценностями, закрепляемыми в Конституции в целом. Соответственно, в тех случаях, когда мы прибегаем к истолкованию, следует говорить о живом оригинализме. Первоначальный смысл норм используется до тех пор, пока позволяет решать вопросы права. В иных случаях должно руководствоваться поставленными законодателем целями, которые находят выражение в принципах, заложенных в Конституции.

К примеру, живой оригинализм встречается в Постановлении от 01.07.2015 N 18-П «по делу о толковании статей 96 (часть 1) и 99 (части 1, 2 и 4) Конституции Российской Федерации», касающемся допустимости переноса выборов депутатов Государственной Думы VI созыва с незначительным уменьшением срока полномочий действующей на тот момент Думы V созыва. Оценивая принципиальную допустимость изменения срока полномочий Государственной Думы, Суд в абзаце 2 п. 4 Постановления говорит о допустимости такого изменения при «соблюдении всей совокупности

закрепленных в Конституции РФ принципов и норм, равно как и учёта выраженных в ней целей и ценностей»[1]. Очевидно, что Суд здесь прибегает к использованию истолкования, взывает к учёту целей, соблюдению принципов, что является одним из определяющих признаков живого оригинализма. Также можно пойти от противного: к выводу об однократной допустимости Суд приходит, опираясь не только и не столько на простые логические суждения, простые перефразирования положений актов, общепринятый смысл этих положений, сколько на некие более общие по сравнению с конкретными нормами и положениями понятия, определяющие направления развития государства в целом. Пример живого оригинализма можно и в Постановлении от 19.04.2016 N 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 г. по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации». В нём можно обнаружить и первоначальный оригинализм[2]. Кроме того, имеется и отсылка к воле лиц, принимавших Конституцию через указание на «материалы Конституционного совещания 1993 года», т.е. речь идёт о первоначальных намерениях[3].

Анализ нескольких решений КС РФ позволил сделать вывод о том, что в целом опыт американского конституционализма может быть использован для определения возможных подходов Конституционного Суда Российской

---

[1] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 01.07.2015 N 18-П «По делу о толковании статей 96 (часть 1) и 99 (части 1, 2 и 4) Конституции Российской Федерации». – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.pravo.gov.ru, (03.07.2015).

[2] Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 N 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации». – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.pravo.gov.ru, (22.04.2016).

[3] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19.04.2016 N 12-П.

Федерации к толкованию: в аргументации Конституционного Суда можно заметить положения, которые отражают соответствующие оригиналистские концепции. В основном, это концепции первоначального смысла и живой оригинализм. При этом, стоит отметить, что отсылка к воле законодателя (концепция первоначальных намерений) напрямую используется редко. Представляется, что это может быть вызвано сравнительно недавним принятием и, следовательно, небольшим отрезком времени, в течение которого действует Конституция Российской Федерации на сегодняшний день. В связи с этим, возможно, Конституционный Суд предполагает, что воля лиц, принявших Конституцию, очевидна, чем и вызвано отсутствие прямых отсылок к воле принимавших Конституцию лиц.

Следует отметить, что дальнейший анализ решений Конституционного Суда в рамках концепций толкования конституционных норм, применяемых в США, предположительно позволит говорить о предпочтительности использования Конституционным Судом Российской Федерации тех или иных подходов. Это, в конечном счёте, могло бы позволить прогнозировать направления развития права в РФ в целом.

Н.В. Сандалова

Экономический анализ права в решениях Конституционного Суда

Экономический анализ права является сегодня одним из наиболее популярных и перспективных направлений в западной юриспруденции. Сторонники данного подхода утверждают, что внедрение экономических категорий в аргументацию правовых решений в силах обеспечить эффективное распределению ограниченных ресурсов общества, что в свою очередь окажет стимулирующее воздействие на экономическое благосостояние страны. Наибольшее распространение получило применение данной теории к правоотношениям в сфере экономической деятельности, что предполагает направление ограниченных ресурсов туда, где они могут быть использованы

наиболее эффективным образом. При этом достижение цели экономического благосостояния обеспечивается за счет того, что распределение благ правовым решением осуществляется не только и не столько в результате применения юридической аргументации, а путем оценки экономических последствий при решении той или иной правовой проблемы. Таким образом, экономический анализ права как подход, который ставит во главу угла целесообразность экономических последствий правового решения, направлен в первую очередь на стимулирование экономических процессов в обществе. В частности, развитие американского капитализма зачастую называют заслугой Верховного суда США, который в свое время сформулировал систему эффективных правовых норм, построенных на идее экономической целесообразности[1]. С этой точки зрения определение возможности применения экономических категорий в рамках российской действительности с целью совершенствования правовых основ экономики становится в условиях современной экономической нестабильности особенно актуально. В силу особого статуса Конституционного Суда, который призван наполнять конкретным содержанием основы экономического строя, закрепленного Конституцией, представляется необходимым определить объективные возможности использования в его решениях инструментария экономического анализа с целью стимулирования экономической активности в стране.

Практическое применение экономического анализа права с целью повышения эффективности правового регулирования базируется на двух методологических предпосылках. Во-первых, принятие экономически целесообразных правовых решений требует наличие широкой дискреции суда. Такая дискреция предполагает возможность субъекта обосновывать свои выводы не только юридическими аргументами, находящимися в замкнутой формальной системе законодательства, но и иными правилами социальной действительности, которые не обличены в правовую норму. Во-вторых,

[1] *Коммонс Дж. Р.* Правовые основания капитализма. М., 2011. С. 16.

применение экономических категорий способно оказать значительное влияние на движение экономических процессов только в случае, если прецедент, сформулированный в категориях экономической целесообразности, станет частью правовой системы. Иными словами, необходимо, чтобы правовое решение обладало нормативным качеством. Наличие данных предпосылок в совокупности открывает возможность для внедрения инструментария экономического анализа в правовую систему.

В странах общего права, где данных подход зародился и стал популярен, господствует доктрина правового реализма, которая как раз и строится на предпосылках, необходимых для использования аргументов экономической целесообразности. В связи с этим экономический подход в этих странах «предполагается как самоочевидная прагматическая потребность для оценки эффективности правовых установлений или нахождения аргументативных приемов обоснования судебных решений»[1]. В рамках российский правовой действительности, исходя из названных методологических предпосылок, возможность судов принять во внимание экономические аргументы справедлива настолько, насколько достоверно допущение о том, что судья в странах континентального права de facto имеет широкую дискрецию, неограниченную предписаниями автономной системы законодательства, а степень воздействия такого решения на экономику обуславливается ролью прецедентного права в России.

Для определения объективных возможностей применения экономического анализа права в решениях Конституционного Суда первоначально необходимо определить, каким образом юридически незакрепленная дискреция позволит Суду выйти за очерченные законом рамки аргументативных источников. В литературе выделяются три метода внедрения экономических категорий в

[1] *Антонов М.В.* О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 3. С. 12.

правовые решения[1]. Во-первых, это экономический анализ права как инструмент законотворчества на уровне законодателя. Применение элементов экономической целесообразности на данном этапе нормотворчества в рамках системы континентального права является наиболее оптимальным вариантом с методологической точки зрения, т.к. законодатель в отличие от судов не ограничен в мотивах принятия правового решения, среди которых может быть в том числе оценка экономических последствий. Тем не менее, как справедливо отмечал В.Л. Тамбовцев, принятие нормативно-правового акта в России является, как правило, результатом политических противоборств, а не оценкой его эффективности[2].

Во-вторых, это экономический анализ права как аналитический инструмент для критики и пересмотра законодательства и судебных решений, т.е. в качестве источника аргументации, на который прямо дается ссылка в самом решении. Возможность использования экономической оценки эффективности в данной форме закреплена за судьями в рамках системы общего права. Требования же законности и обоснованности к судебным решениям российских судов не позволяют включать в аргументацию правового решения иных доводов, кроме формально-юридических[3].

В-третьих, это экономический анализ как составная часть правовой интерпретации норм законодательства. Именно в рамках правовой интерпретации использование экономических аргументов в решениях Конституционного Суда представляется возможным с методологической точки зрения. Как известно, положения основного закона характеризуются высокой степенью абстрактности сформулированных правил, придание смысла которым невозможно без обращения к реальным социальным элементам, в том числе к

---

[1] *Кирхнер К.* Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. 2004. № 5. С. 390.

[2] *Тамбовцев В.Л.* Право и экономическая теория. М., 2005. С. 20.

[3] Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19.12.2003 № 23 «О судебном решении». П. 2, п. 3.

законам экономики. Данный факт объясняется очевидным тезисом: в основе главных юридических институтов лежит некая экономическая идея[1]. Следовательно, для выяснения смысла юридических институтов необходимо обратиться к экономическим закономерностям, которым подчиняется развитие регулируемых правом имущественных отношений. С этой точки зрения, экономический анализ права представляется как сугубо прагматичный инструмент, применение которого необходимо не только для создания новых норм права, но и для выяснения смысла существующих. Таким образом, путем интерпретации положений Конституции экономическим принципам, стоящим за этими положениями, придается нормативная сила правовой позиции Конституционного Суда.

В литературе также не раз указывалось на особые полномочия Конституционного Суда, которые открывают возможность для внедрения экономических аргументов. Как заметил Н.С. Бондарь, тот факт, что Конституционный Суд в соответствии с частью 3 статьи 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» разрешает исключительно вопросы права, «не исключает необходимости осуществления функций конституционного контроля на основе не только формально-юридических оценок проверяемого нормативного правового акта с точки зрения его соответствия букве Конституции, но в том числе с учетом требований общеправовых принципов справедливости, равенства, достоинства личности, соразмерности и пропорциональности, баланса власти и свободы, которые имеют не только нормативно-правовое, но и социальное, экономическое, политическое, социокультурное содержание»[2]. По мнению Г.А. Гаджиева, конституционные принципы, воплощая в себе дух и смысл Конституции, «позволяют адаптировать конкретные конституционные нормы к постоянно изменяющимся условиям общественной жизни. «Буква» права

[1] *Гаджиев Г.А.* Право и экономика. М., 2016. С. 46.

[2] *Бондарь Н.С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 220.

сдерживает развитие конституционного права, но его «дух» и «смысл» животворны»[1].

Таким образом, приспособление неизменных положений Конституции к все время развивающимся условиям социальной действительности посредством интерпретации «духа» Конституции становится не просто возможностью Конституционного Суда, а его одной из первостепенных задач. Социальная же действительность сегодня как никогда нуждается в эффективном правовом регулировании. Такие проблемы как недостаточность развитости экономических институтов, риски прямого государственного вмешательства - опасность агрессивного применения противоречивых или двусмысленных законов (правил) либо политически мотивированных действий не позволяют создать благоприятный инвестиционный климат[2]. Все эти проблемы так или иначе попадают в сферу правового регулирования, и конечной инстанцией их разрешения с точки зрения права является Конституционный Суд, который, имея возможность применения экономических категорий целесообразности, в состоянии так или иначе благоприятно воздействовать на движение экономических процессов.

Степень воздействия экономического анализа права в решениях Конституционного Суда на состояние экономики, как вторая предпосылка применения данного подхода, обусловливается нормативностью содержания его решений, которые «обладают признаками источников права в силу имманентно присущих этим актам юридических свойств конституционно-правового характера»[3]. Сам Конституционный Суд в своем Постановлении № 19-П от 16 июня 1998 года указал: «Решения Конституционного Суда Российской

---

[1] *Гаджиев Г.А.* Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики / Под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 47.

[2] *Субботин М.А.* Издержки незащищенности бизнеса в России // Верховенство права как фактор экономики / Под ред. Е.В. Новиковой, А.Г. Федотова, А.В. Розенцвайга, М.А. Субботина. М., 2013. С. С. 96–100.

[3] *Бондарь Н.С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. С. 217.

Федерации, в результате которых неконституционные нормативные акты утрачивают юридическую силу, имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение, не присущее правоприменительным по своей природе актам судов общей юрисдикции и арбитражных судов»[1]. Позднее, в Определении от 8 октября 1998 г. № 118-О нормативная характеристика была распространена и на правовые позиции Конституционного Суда[2]. Таким образом, применение Конституционным Судом экономических категорий при принятии решения в силу его нормативного характера будет иметь значительное влияние на повышение эффективности правового регулирования и, как результат, на решение насущных экономических проблем.

М.К. Жимкова

Юридико-технические особенности судебных решений (на примере КС РФ и ВС Великобритании)

На сегодняшний день на международном уровне не существует единых правил по подготовке судебных решений. Это связано с тем, что субъекты международного права не выражают свою волю на установления общих юридико-технических правил по оформлению судебных актов, которые будут обязательны для сторон в результате соглашения. Каждое государство вынуждено самостоятельно решать вопрос, каким образом оформлять судебные решения. Однако это не свидетельствует об отсутствии взаимосвязи содержательных и юридико-технических особенностей судебных актов разных стран. Даже в решениях судов, которые являются представителями разных

[1] Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 1998 г. №118-П.

[2] *Гриценко Е.* Пределы конституционно-судебного нормотворчества // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5 (84). С. 122.

правовых семей и обладают разными компетенциями, можно найти не только различия, но и сходства. Наглядно можно отследить специфику судебных решений разных государств на примере Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ) и Верховного Суда Соединённого Королевства (далее – ВС Великобритании).

Лорд-судья ВС Великобритании Алан Роджер отмечал, что в Великобритании нет установленных законом правил по написанию судебных решений, судьи независимы и свободны как в выборе формы, так и языка при изложении своих мнений[1]. ВС Великобритании появился сравнительно недавно в ходе конституционной реформы 2005 года в Великобритании. В августе 2009 года Судьи выделились из состава палаты лордов (где они восседали в Апелляционном комитете Палаты лордов) и превратились в лордов-судей Верховного Суда Соединённого Королевства. Это было сделано, с целью подчеркнуть независимость лордов-судей и для увеличения прозрачности между Парламентом и судами. Акт о конституционной реформе 2005 года не предусматривал правила по оформлению судебных решений, лишь упоминал о том, что Председателю ВС Великобритании следует подготовить «Правила Верховного Суда» (Supreme Court Rules), которые будут регламентировать процедуры производства в зависимости от категории дел (ст. 45)[2]. Но сами Правила не содержат подробностей по составлению решений. В основном описывается порядок оглашения судебных актов, и содержатся варианты результатов решений (предложить пересмотр дела или слушания, направить дело в суд предыдущей инстанции и т.д.)[3].

В отличие от ВС Великобритании решения КС РФ имеют регламентацию. В Федеральном конституционном законе от 21 июля 1994 г. N 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» содержатся виды решений,

---

[1] *Rodger A.* The Form and Language of Judicial Opinions / Law Quarterly Review, 2002. P. 226.

[2] The Constitutional Reform Act 2005. A. 45.

[3] The Supreme Court Rules 2009. A. 28–29.

порядок их принятия, требования, которые предъявляются при принятии решений, структура решений, порядок оформления особых мнений судьями КС РФ, а также предусмотрен порядок провозглашения и опубликования решений, их юридическая сила (ст. 71–79). КС РФ занимает особое положение в судебной системе Российской Федерации и обладает исключительными компетенциями. И.Л. Петрухин называет КС РФ единственным органом, который осуществляет конституционный нормоконтроль в стране и не является главой особой отрасли судебной юрисдикции[1]. Конституционные суды субъектов проверяют свои законы на соответствие своим Конституциям, но КС РФ не является инстанционно вышестоящим по отношению к ним. Это единственный орган, который осуществляет проверку актов на соответствие Конституции. В случае несоответствия нормативного акта Конституции РФ полностью или частично государственные органы и должностные лица должны устранить пробел, который возник в правовом регулировании[2].

На первый взгляд конституционный нормоконтроль в Великобритании вообще отсутствует в силу отсутствия писаной Конституции, но это не так. Конечно, основной компетенцией ВС Великобритании является рассмотрение апелляционных жалоб на решения судов Англии, Шотландии и Уэльса[3]. Вопрос об оспаривании нормативно-правовых актов рассматривается в общем порядке искового производства. К компетенции ВС Великобритании относится оспаривание законодательных актов в предусмотренных случаях и оспаривание нормативно-правовых актов исполнительной власти. Если лицу было отказано в иске о признании акта законодательной или исполнительной власти незаконным, то правовые последствия наступают только для сторон, участвующих в деле. Соответственно, ВС Великобритании не может отказать в

[1] Аналитический обзор научной литературы (монографического типа и научной периодики), посвященной проблемам организации и деятельности Конституционного суда Российской Федерации, конституционного судопроизводства

[2] Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации». Ст. 80.

[3] The Constitutional Reform Act 2005. A. 40.

принятии иска к рассмотрению на основании того, что нормативно-правовой акт уже рассматривался на соответствие законности[1]. КС РФ же отказывает в принятии рассмотрения обращения, если ранее выносилось постановление по данному предмету[2].

Стоит отметить, что конституционный контроль в Соединённом Королевство получил своё развитие в 1998 г. в связи с принятием Закона (статута) о правах человека. В Законе содержатся положения о том, что положения национального законодательства (статуты Парламента и административные акты) должны проверяться на соответствие Европейской конвенции по правам человека 1950 г. и протоколов к ней. До этого в Великобритании не было чёткого судебного контроля, сейчас границы обозначены более ясно. Если акт не соответствует положениям Конвенции и Протоколов, то ВС Великобритании не осуществляет контроль над действиями Парламента по устранению установленных несоответствий, а в отношении административных органов такой контроль осуществляется в установленных законом пределах[3].

Воздействие решений Верховного Суда выходит за рамки участвующих в деле сторон, формируя общество. У ВС Великобритании есть полномочие, которое позволяет определять любой вопрос для установления справедливости в рамках любого рассматриваемого им дела[4]. В решениях КС РФ содержатся правовые позиции (ratio decidendi), которые лежат в основе аргументации, и являются официальными и обязательными. Ratio decidendi – это необходимая основа решения (само правило), которая формирует правовую норму. Правовые позиции представляют собой судебную интерпретацию правовых понятий, норм, принципов, институтов и в таком качестве оказывают непосредственное

[1] *Михайлова К.А., Панова И.В.* Юридическое значение судебного акта по делу об оспаривании нормативного правового акта: российское законодательство и зарубежный опыт // Вестник ВАС РФ. 2011. № 8. С. 89.

[2] Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации». Ст. 43.

[3] *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право. М., 2011. С. 333–335.

[4] The Constitutional Reform Act 2005. A. 40.

влияние на сферу конституционно-правовой действительности. Только в отношении ratio decidendi, как части судебного решения, возможно применение принципа судебного прецедента. Ratio decidendi формирует правовую основу, которая имеет нормативный характер, и должна применяться в отношении всех аналогичных случаев, а не только в отношении сторон по данному делу. Именно правовые позиции помогают КС РФ отказывать сторонам в рассмотрении дел по аналогичным вопросам, по которым уже были вынесены решения.

Необходимо учитывать, что решения КС РФ более целостны и имеют чёткую формальную структуру. Проект окончательного решения по общему правилу составляется судьей-докладчиком. Реквизиты являются частью решения и имеют правовое значение, например, для определения даты вступления в силу решения КС РФ, важны для систематизации решений и имеют информационную функцию (по реквизитам определений можно определить их тип). Например, реквизиты Постановления КС РФ состоят из наименования суда, «№-П», наименования «По делу о проверке конституционности», даты и места принятия, подписи Председателя КС. Во вводной части указывается состав судей, стороны, другие лица, участвующие в деле, их представители, правовые оснований к рассмотрению дела. Вводная часть начинается с наименования и заканчивается словами «Конституционный Суд Российской Федерации установил».

Решения ВС Великобритании обычно состоят из индивидуальных решений нескольких судей, которые объединены в один документ. В реквизитах указываются апеллянты, ответчик, судебный состав, представители, третьи лица, принимающие участие в деле, даты проведения слушаний, дата принятия решения. Среди всех судебных мнений выделяется основное, остальные судьи либо соглашаются с ним, либо не соглашаются (agree or dissent).

После вводной части в решениях КС РФ следует описательная часть, в которой излагаются предмет оспаривания, обстоятельства дела и позиция заявителя, а также происходит указание на некоторые процедурные правила

рассмотрения дел, например, об их соединении в одном производстве. Мотивировочная, которая следует после описательной части, содержит доводы в пользу резолютивной части принятого решения и правовые позиции как центральный элемент мотивировочной части. Резолютивная часть начинается со слов «Исходя из изложенного ... Конституционный Суд Российской Федерации постановил» и заканчивается подписями судей, участвовавших в принятии решения. Состоит, как правило, из признания положения неконституционным (соответствующем конституции), предписания законодателю о внесении изменений, пересмотре решения в отношении гражданина, юридических свойствах решения, источниках опубликования.

После реквизитов ВС Великобритании указывает фактические обстоятельства дела, предмет спора. Затем обстоятельства дела оцениваются с помощью прецедентного и статутного права, излагаются решения судов предыдущих инстанций и формируется собственное решение ВС Великобритании, которое строится на основании аргументации. Судьи, которые не согласны с решением «лидирующего» судьи (leading judgement), могут изложить своё мнение, которое отклоняется от общего (dissenting judgement). Можно назвать его особым мнением, оно включается в состав решения.

Особые мнения судей КС РФ не являются частью решения, они лишь своего рода неотъемлемые «приложения» к решению, они имеют скорее доктринальный, творческий характер, нежели правовой, процессуальный акт. Судья совершенно свободен в своих аргументах, стилистике, структуре и языке мнения. Единственное требование закреплено, что судьи не должны высказывать суждения и оценки, которые не относятся непосредственно к вопросу о конституционности или неконституционности рассматриваемых положений нормативного правового акта[1].

Обычно язык и стиль решений КС РФ отличаются точностью, формализмом, нейтральностью и тяжеловесностью. Они не допускают

[1] Регламент Конституционного Суда Российской Федерации от 24 января 2011 г. § 59.

художественных средств выразительности, сокращений или неоправданных повторений. Используются общепринятые в законодательстве термины и обороты. Не встречаются фразеологизмы, историзмы, неоправданные иностранные заимствования и аббревиатуры. Язык решений КС РФ не столь строг, как язык законодателя. Зачастую используются клише, которые позволяют упростить и ускорить работу, сделать решения более унифицированными, избежать возможных разночтений и недопонимания. Тем не менее, в последнее время КС РФ в своих решениях прибегает к экспрессии, например, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. N 21-П[1].

Аргументы ВС Соединённого Королевства изложены в менее строгой форме. Судьи могут процитировать отрывок из стихотворения, романа, термины и крылатые фразы из юридической латыни. Последние, кстати, можно встретить и в решениях КС РФ. Судьи КС РФ ссылаются на национальное законодательство, решения Конституционного Суда и международные акты, практику вышестоящих судов. Британские судебные решения могут иметь отсылку законодательству других государств[2]. Во многих случаях ВС Великобритании вынужден вносить коррективы в практику в соответствии с решениями Европейского суда по правам человека и Европейского суда справедливости. Высшая судебная инстанция Соединённого Королевства

[1] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. N 21-П г. Санкт-Петербург «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней", пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы». П. 6.

[2] *Евсеев А.П.* Верховный Суд Соединённого Королевства: становление. Харьков, 2014. С. 132.

широко использует правовые обычаи и судебные прецеденты при аргументации, что неудивительно для государства, где отсутствует писаная конституция (большинство положений неписаной конституции Соединённого Королевства содержится в обычаях и прецедентах)[1].

Всё решение Верховного Суда Соединённого Королевства имеет сплошную нумерацию, даже если содержится мнение, отклоняющееся от мнения большинства. Каждый абзац нумеруется арабскими цифрами с точкой.

В решениях Конституционного Суда Российской Федерации вводная часть не нумеруется, мотивировочная и резолютивная части нумеруются отдельно. Пункты в мотивировочной части содержат подпункты и непронумерованные абзацы.

Таким образом, практика показывает, что вследствие принадлежности Конституционного Суда РФ и Верховного Суда Соединённого Королевства к разным правовым семьям и в силу обладания различными компетенциями используются отличные друг от друга способы аргументации. Язык решений судов романо-германской правовой семьи более лаконичен и строг. Напротив, многие положения, которые отсылают к позициям сторон и других судебных инстанций цитируются дословно, что не свидетельствует о лаконичности. Конечно, традиции играют более значимую роль для Верховного Суда Соединённого Королевства, чем для Конституционного Суда РФ (в силу отсутствия писаной конституции), однако, есть элементы, которые используются и в России тоже. Например, юридические конструкции римского права любят упоминать как британские, так и российские судьи.

В настоящий момент сложно представить унификацию юридико-технических правил по оформлению судебных решений, но отрицать сближение правовых семей не стоит. Наличие особенностей в судебных решениях разных государств зачастую позволяет обнаружить минусы внутри собственной системы, поэтому далеко не факт, что установление единых правил

[1] Там же. С. 134–135.

по оформлению судебных решений приведёт к решению всех проблем.

Д.Р. Алиева

Гарантии муниципальной собственности в Российской Федерации

В 2000-х гг. в Российской Федерации началась реформа местного самоуправления, в рамках которой 6 октября 2003 года был принят новый Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» № 131-ФЗ (далее – Закон «Об общих принципах организации местного самоуправления»). Данный Федеральный закон пришёл на смену закону, действовавшему с 1995 г.[1], и затронул многие вопросы организации публичной власти. Этот закон, в сравнении с ранее действовавшим, «по-новому регулирует экономическую основу местного самоуправления, гарантии, обеспечивающие имущественные права муниципального образования, а также реализацию конституционного права на судебную защиту местного самоуправления»[2]. Однако вопрос гарантий муниципальной собственности не был отдельно закреплён в новом законодательном акте, что стало одной из причин возникновения трудностей правоприменения в данной области.

Согласно Конституции Российской Федерации и основанному на её положениях Гражданскому кодексу в Российской Федерации установлено сосуществование частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности. Муниципальная собственность представляет собой вид публичной собственности наряду с государственной собственностью.

ГК РФ определяет муниципальную собственность как имущество, принадлежащее на праве собственности городским и сельским поселениям, а

[1] Федеральный закон от 28 августа 1995 года № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

[2] *Пескова А.А.* Конституционно-правовые гарантии права на судебную защиту муниципальной собственности. М., 2011. С. 3.

также другим муниципальным образованиям.[1]

Согласно ГК РФ, муниципальное имущество делится на две части: 1) имущество, находящееся в муниципальной собственности и закреплённое за муниципальными предприятиями и учреждениями во владение, пользование и распоряжение; 2) средства местного бюджета и иное муниципальное имущество, не закреплённое за муниципальными предприятиями и учреждениями, составляющие казну соответствующего муниципального образования[2].

Законом «Об общих принципах организации местного самоуправления» установлен определённый перечень объектов муниципального имущества, которые могут находиться в собственности муниципальных образований. В случае возникновения у муниципального образования права собственности на имущество, не отвечающего указанным в законе целям, это имущество подлежит изменению своего целевого назначения либо отчуждению. Это отображает целевой характер муниципальной собственности, а именно что муниципальное имущество должно использоваться только для решения вопросов местного значения, осуществления отдельных государственных полномочий и для обеспечения деятельности органов и должностных лиц местного самоуправления, работников муниципальных предприятий и учреждений. При этом важным является то, что муниципальное имущество должно использоваться для эффективного осуществления местного самоуправления, то есть для удовлетворения публичных интересов на местном уровне[3], что, в свою очередь, также обусловлено публичной природой и социальным назначением муниципальной собственности.

Регулирование вопросов владения, пользования и распоряжения муниципальной собственностью берёт своё начало из Конституции РФ, которая

---

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016). П. 1 ст. 215.

[2] Там же. П. 3 ст. 215.

[3] *Пескова А.А.* Конституционно-правовые гарантии… С. 78–79.

относит их к основам местного самоуправления (ст. 130).

ГК РФ определяет в качестве первичного субъекта права муниципальной собственности муниципальные образования, которые, в свою очередь, «персонифицируют юридическую личность местных сообществ жителей»[1]. Таким образом, местное население выступает основным собственником муниципального имущества. Однако «органы местного самоуправления могут быть определены как публичные собственники, т.е. как органы, которые не только осуществляют полномочия от имени первичного собственника, но и формулируют его интересы, отождествляют своё волевое усмотрение с усмотрением населения»[2]. Из этого следует вывод, что в пределах своей компетенции органы местного самоуправления осуществляют все полномочия собственников, свободно владея, пользуясь и распоряжаясь муниципальным имуществом. Они вправе передавать муниципальное имущество во временное или в постоянное пользование физическим и юридическим лицам, органам государственной власти Российской Федерации и субъектов Федерации, органам местного самоуправления иных муниципальных образований, отчуждать, совершать иные сделки в соответствии с федеральными законами.

Подходя непосредственно к гарантиям муниципальной собственности, следует начать с того, что в статье 8 Конституции РФ закреплено положение о том, что муниципальная собственность в Российской Федерации признаётся и защищается государством наравне с частной, государственной и иными формами собственности. В советском законодательстве приоритет отдавался государственной форме собственности, которая обеспечивалась особенными гарантиями защиты, в сравнении с иными формами собственности. Однако в действующем гражданском законодательстве никакие особые способы защиты права государственной и муниципальной собственности не предусмотрены. Законодатель в п. 4 ст. 212 ГК РФ, основываясь на принципах, установленных

[1] *Кузнецова Н.Н.* Муниципальное право Российской Федерации: Учеб. пособие. Липецк, 2011. С. 76.

[2] Там же.

Конституцией Российской Федерации, устанавливает, что "права всех собственников защищаются равным образом", что, в свою очередь является одной из основных конституционных гарантий муниципальной собственности.

Ст. 12 Конституции РФ устанавливается принцип самостоятельности местного самоуправления в пределах своих полномочий, а также гарантируется обеспечение данной самостоятельности. По смыслу данной статьи в её взаимосвязи с ч. 1 ст. 132, органы местного самоуправления в пределах своей компетенции самостоятельно осуществляют управление муниципальной собственностью. Более детально данная позиция выражена в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2007 г. № 828-О-П[1]. Предметом рассмотрения дела в рамках конституционного судопроизводства стало обращение главы администрации одного из муниципальных образований, в котором он обжаловал положения закона, согласно которым возможна безвозмездная передача имущества из федеральной собственности в собственность муниципальную. При этом решение по данному вопросу принимается федеральным органом исполнительной власти. Возникает вопрос: возможна ли подобная передача без согласия органов местного самоуправления? Ведь принятие на баланс данного имущества влечёт за собой дополнительные расходы, связанные с его эксплуатацией. Конституционный Суд РФ определил, что принятие данного рода решений в одностороннем порядке невозможно. Необходимо соблюдение баланса межу волеизъявлением органов местного самоуправления и органами

[1] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2007 г. № 828-О-П по жалобе главы администрации муниципального района «Читинский район» Читинской области на нарушение конституционных прав отдельными положениями части 11 статьи 154 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов "О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" и "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации"».

федеральной власти.[1] Тем самым гарантируется разграничение между федеральной и муниципальной собственностью и обеспечивается самостоятельность органов местного самоуправления в принятии вопросов местного значения. Данная позиция соответствует нормам Европейской хартии местного самоуправления, которая предусматривает, что «органы местного самоуправления в пределах, установленных законом, обладают полной свободой действий для осуществления собственных инициатив по любому вопросу, который не исключен из их компетенции и не отнесен к компетенции другого органа власти».

Самостоятельность органов местного самоуправления в отношении управления имуществом муниципальных образований проявляется, прежде всего, в их полномочии по распоряжению этим имуществом. В целях реализации своего права на пополнение местного бюджета за счёт управления муниципальной собственностью, органы местного самоуправления сдают земельные участки и иные объекты публичной собственности в аренду или отчуждают их посредством приватизации, так как наличие муниципальной собственности и возможности самостоятельного управления ею является основой экономической самостоятельности муниципальных образований. Однако в случае неэффективного использования, неиспользования или использования не по назначению представители муниципалитетов вправе изъять собственность, досрочно прекратив договор аренды, в целях обеспечения её защиты.

Федеральным законом «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в

[1] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2007 г. № 828-О-П.

отдельные законодательные акты Российской Федерации»[1] предоставляются достаточно широкие полномочия субъектам малого и среднего предпринимательства при реализации их преимущественного права на приватизацию арендуемого имущества, а именно возможность приватизации данного имущества в упрощённом порядке. Также законодатель обязывает уполномоченные органы обеспечить данное право субъектов малого и среднего предпринимательства и гарантирует судебную защиту данного права в случае его нарушения. В результате правоприменительной практики возникают некоторые споры относительно того, не ограничивается ли тем самым самостоятельность органов местного самоуправления в регулировании вопросов управления муниципальной собственностью. Конституционный Суд РФ определил, что ограничение прав муниципалитетов возможно лишь для обеспечения иных социально-важных ценностей. При этом данное ограничение должно быть оправданным, то есть приватизация имущества должна осуществляться за разумную компенсацию. Более того, преимущественное право выкупа объектов муниципальной собственности субъектами предпринимательства возможно лишь в отношении того имущество, которое не является необходимым для реализации задач местного значения.[2] Таким образом, Конституционный Суд РФ подчеркнул, что права органов местного самоуправления, являющихся первичным собственником муниципального

[1] Федеральный закон от 22 июля .2008 г. № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред. от 29.06.2015).

[2] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2010 г. № 22-П по делу о проверке конституционности части 8 статьи 4 и частей 2, 3 и 4 статьи 9 Федерального закона «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с жалобой администрации города Благовещенска.

имущества, не могут быть ограничены при отсутствии на то весомых оснований, так как они обеспечивают рациональное управление муниципальным имуществом, защищая его от посягательства иных субъектов правоотношений.

Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества2 предусматривает исчерпывающий перечень способов приватизации, а также определяет перечень участков, которые не подлежат отчуждению. Данные охранительные нормы, содержащиеся в законе, также являются правовыми гарантиями защиты муниципальной собственности.

По общему правилу защита публичной собственности осуществляется в судебном порядке. Данный принцип вытекает из положений ст. 133 Конституции РФ. «В защиту прав государства и муниципальных образований как собственников имущества вправе обратиться Правительство РФ, уполномоченный орган исполнительной власти, специализированное государственное учреждение, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, органы прокуратуры. Эти лица освобождаются от уплаты государственной пошлины в судах в случае представления интересов государства и муниципальных образований, в случае защиты государственных интересов»[1].

Более того, надзор за соблюдением законодательства в процессе управления и распоряжения государственным и муниципальным имуществом осуществляется органами прокуратуры. «Прокуроры проводят проверки соблюдения законодательства органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, оспаривают противоречащий закону правовой акт, вносят представления об устранении нарушений закона, участвуют в рассмотрении дел судами»[2].

---

[1] *Синдеева И.Ю., Воробьёва И.О., Черникова Е.В.* Способы защиты права государственной и муниципальной собственности // URL: http://www.consultant.ru. С. 4.

[2] Там же.

Таким образом, несмотря на то, что ни в одном законодательном акте в Российской Федерации не приведён перечень гарантий и способов защиты муниципальной собственности, исходя из анализа правового материала, очевидно, что права муниципальных властей в отношении самостоятельного управления муниципальной собственностью защищаются, что обеспечивает её равенство, в сравнении с иными формами собственности. Однако отсутствие единого комплексного подхода к вопросу гарантий муниципальной собственности порождает некоторые противоречия в ходе правоприменения, но, во многом благодаря правовым позициям Конституционного Суда Российской Федерации, данные противоречия разрешаются, обеспечивая защиту интересов органов местного самоуправления и создание необходимых условий для рационального использования муниципального имущества.

РАЗДЕЛ II
УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ

А.А. Возженикова

Совершение умышленного преступления сотрудником органов внутренних дел как отягчающее обстоятельство

В результате принятия ряда нововведений в УК РФ в 2010 г.[1] расширился перечень отягчающих наказание обстоятельств. В частности, был добавлен пункт – совершение умышленного преступления сотрудником органов внутренних дел как отягчающее обстоятельство, что вызвало множество дискуссий как в научном сообществе, так и в процессе правоприменительной практики. Целью данной работы является изучение феномена совершения умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел, как отягчающего обстоятельства, его значения и функций. Кроме того работа посвящена изучению причин побудивших законодателя на установление данного отягчающего обстоятельства, а так же на особенности квалификации и применении данного обстоятельства в качестве отягчающего.

Актуальность подобной темы обусловлена тем, что рассматриваемое совершение преступления сотрудником органа внутренних дел введено в перечень отягчающих обстоятельств сравнительно недавно. Для лучшего понимания и видения проблематики данного отягчающего обстоятельства следует обратить внимание не только на формулировку и толкование данной нормы, но и на ряд обстоятельств сопутствующих ее принятию, а в последствии и применению. Кроме того, судебная практика нередко допускает разночтения в толковании данной нормы. Анализируя Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2011 г. № 1623-О-О в качестве первоисточника, можно выявить критерии, которыми руководствовался законодатель при установлении данной норы, а так же разъяснить ряд

[1] ФЗ от 22 июля 2010 года № 155-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации».

противоречий между рассматриваемым отягчающим обстоятельством и принципами, закрепленных в Конституции Российской Федерации касательно равенства всех перед законом и системности уголовного законодательства.

УК РФ не содержит прямо закреплённой дефиниции обстоятельств, отягчающих наказание, однако ее можно вывести из общих принципов применения, а также доктрины уголовного права. Так, обстоятельства, отягчающие уголовное наказание – это данные, относящиеся к преступлению и (или) к личности виновного, которые значительно усиливают наказание ввиду их существенного влияния на общественную опасность преступления и личности виновного [1]. Данное определение выделяет значение не только объективной стороны преступления, но и субъективной – факторов внутреннего характера человека, обусловленные мотивационной и целеполагающей деятельностью человека (эмоциональное состояние виновного к таким факторам не относится). Одна из проблем, связанных с данным феноменом, заключается в том, что доктрина и судебная практика используют термин «отягчающие обстоятельства» как при характеристике перечисленных в ст. 63 УК РФ, так и при характеристике квалифицирующих признаков определённого состава преступления, что приводит к правовым коллизиям, поскольку это два разных правовых института, имеющих разное влияние на вид и размер наказания. В первом случае, при наличии отягчающих наказание оснований, суд назначает наказание в пределах санкции статьи без квалифицирующих признаков, а в случае с конструированием состава с привлечением квалифицирующих признаков, устанавливается более высокая санкция, образуя основание повышенной уголовной ответственности виновного.

Необходимо отметить, что долгое время перечень отягчающих наказание обстоятельств носил открытый характер, что влекло за собой неоднородность судебной практики, а также возможность судебных органов принятия несправедливых решений, нарушения принципа равенства граждан перед

[1] *Кругликов Л.Л.* Смягчающие и отягчающие ответственность обстоятельства в уголовном праве. Воронеж, 1985.

законом и судом. С принятием Основ уголовного законодательства в 1958 г. было закреплено положение, которое запрещало признавать судам в качестве отягчающих обстоятельств не включенные в закрепленный перечень[1] . До сегодняшнего дня, положение о недопустимости расширительного толкования перечня ст. 63 не закреплено в УК РФ, однако указание на это содержит п. 28 Постановление пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. № 58[2] . Пройдя длинный путь развития, даже современное законодательство касаемо данного феномена постоянно совершенствуется. В качестве основного примера – расширение и добавление в перечень отягчающих обстоятельств пункта «о» ст. 63 УК РФ совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел. [3]

Некоторые свойства личности в определенной ситуации влияют на правовое регулирование отношений в которых участвует данное лицо. Сотрудники органов внутренних дел имеют особое место в уголовно – правовом регулировании в связи со спецификой их статуса. Законодательство устанавливает, что сотрудником органов внутренних дел является гражданин, который взял на себя обязательства по прохождению федеральной государственной службы в органах внутренних дел в должности рядового или начальствующего состава и которому в установленном порядке присвоено специальное звание[4] . Смысл данной дефиниции, однако, не передает функциональную специфику статуса сотрудников органов внутренних дел,

---

[1] *Горбунова Л.В.* Обстоятельства, отягчающие наказание, по уголовному законодательству России и зарубежных стран. Дисс. … канд. юрид. наук. Самара, 2003.

[2] Предусмотренный статьей 63 УК РФ перечень обстоятельств, отягчающих наказание, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. С учетом этого, обстоятельства, отягчающие наказание, в приговоре должны быть указаны таким образом, как они предусмотрены в уголовном законе.

[3] ФЗ от 22 июля 2010 года № 155-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации».

[4] Ст. 10 ФЗ от 30.11.2011 №342-ФЗ (ред. от 05.10.2015) «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016).

отсутствие которой не позволяет выявить его особенности обуславливающие необходимость специального уголовно – правового регулирования. Задачи, выполняемые сотрудниками органов внутренних дел, коррелируют с задачами МВД Российской Федерации, которые включают: обеспечение защиты жизни, здоровья, прав и свобод россиян, иностранных граждан, лиц без гражданства, противодействие преступности, охрана общественного порядка и собственности, обеспечение общественной безопасности[1]. При этом, МВД России осуществляет свою деятельность непосредственно и (или) через органы внутренних дел и органы управления внутренними войсками[2]. Таким образом органы внутренних дел призваны осуществлять специальные задачи и функции, через действия своих органов и сотрудников в частности, которые обладают широкими властными полномочиями.

Из системного толкования норм, закрепляющих полномочия полиции во взаимосвязи с Положением о Министерстве внутренних дел Российской Федерации, следует, что наиболее значимые для защиты личности, общества и государства полномочия МВД осуществляются именно сотрудниками полиции, но это не означает, что из всех органов внутренних дел, только сотрудники полиции обладают особым статусом[3]. Зачастую к выполнению возложенных на полицию обязанностей привлекаются иные сотрудники органов внутренних дел (в частности, сотрудники органов юстиции). Каждый сотрудник органов внутренних дел при поступлении на службу принимает присягу и дает клятву. Необходимо учитывать, что особый статус также влияет и на объект преступления – кроме основного непосредственного объекта, ущерб будет причинен и отношениям, связанным с деятельностью органов внутренних дел. Кроме того, обладая широким кругом полномочий, учитывая прохождение

[1] Положение о Министерстве внутренних дел Российской Федерации (утв. Указом Президента РФ от 01.03.2011 №248 (ред. от 05.04.2016). П. 3.

[2] Там же. П. 6.

[3] *Ларин В.Ю.* «Уголовно - правовой статус сотрудника органов внутренних дел» // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 2 (40).

специальной подготовки, сотрудники органов внутренних дел обладают разнообразными средствами совершения и сокрытия преступлений, что повышает общественную опасность как содеянного, так и отдельно личности виновного. Таким образом, рассмотрев существующую законодательную базу, можно убедится в том, что сотрудники органов внутренних дел обладают специфическими правами и обязанностями, обусловленные важностью задач органов внутренних дел, которые отличают их от иных правоохранительных органов и их сотрудников. Возложенные на них функции, наличие широких властных полномочий определяет необходимость введения усиленного режима уголовной ответственности для недопущения злоупотребления этими полномочиями.

Законодатель отразил усиление ответственности сотрудников правоохранительных органов, включив в УК РФ ст. 286.1, где закрепил неисполнение приказа как отдельный состав преступления, а также, расширив перечень отягчающих обстоятельств п. «о» ч. 1 ст. 63, предусматривающим совершение умышленного преступления сотрудником органов внутренних дел[1]. Конституционный Суд РФ дал развернутую аргументацию необходимости особой уголовно – правовой ответственности сотрудников органов внутренних дел, указав, что «совершение сотрудниками органов внутренних дел, на которых возложена исключительная по своему объему и характеру… ответственность по защите жизни и здоровья граждан, противодействию преступности и охране общественного порядка, умышленного преступления свидетельствуют об их осознанном… противопоставлении себя целям полиции, что способствует формированию негативного отношения к органам внутренних дел и институтам государственной власти в целом, деформирует нравственные основания взаимодействия личности, общества и государства, подрывает

[1] ФЗ от 22 июля 2010 года № 155-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации».

уважение к закону и необходимости его безусловного соблюдения»[1].

Проблематика нововведения данного отягчающего обстоятельства, в первую очередь заключается в несоответствии п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ конституционному принципу равенства всех перед законом и судом. С одной стороны, неравенство проявляется в выделении из общей массы граждан – сотрудников органов, при применении уголовного закона, а с другой – сотрудники иных правоохранительных органов остаются в привилегированном положении по отношению к сотрудникам органов внутренних дел. При этом, сотрудники иных правоохранительных органов (Суд РФ всех инстанций, ФСБ РФ, Прокуратура РФ, Следственный комитет при Прокуратуре) однако также наделены рядом специальных полномочий и функций, не менее значимыми, чем у сотрудников органов внутренних дел, при этом неся уголовную ответственность на общих основаниях[2] . Учитывая то, что в некоторых случаях сотрудники иных правоохранительных органов обладают даже большим спектром возможностей для совершения преступлений, последнее будут иметь более высокую степень общественной опасности нежели преступления сотрудников органов внутренних дел. Законодателю следует расширить круг лиц, обладающих подобным специальным статусом, подпадающих под данное отягчающее обстоятельство. Другая проблема проявляется при определении формы вины в данном обстоятельстве. Формулировка «умышленное преступление» отсылает к ч. 1 ст. 25 УК РФ где под «преступлением, совершенным умышлено, признается деяние, совершенное с прямым или косвенным умыслом». При прямом умысле, когда лицо, охраняющее законные права и интересы других граждан, сознательно допускает и желает наступления преступных последствий, очевидны негативные последствия как в казуальном, так и в общем значении. При косвенном умысле, когда лицо не желает, но

[1] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2011 г. № 1623-О-О.

[2] *Ларин В.И.* «Совершение преступления сотрудником органов внутренних дел как отягчающее наказание обстоятельство» // Юридическая наука. 2013. № 4.

сознательно допускает эти противоправные последствия либо относится к ним безразлично, отсутствует фактор негативного воздействия на всю «систему» в целом. Косвенный умысел лишь свидетельствует о халатности данного субъекта. В связи с этим, возможно изменение формулировки «умышленного преступления», на «преступление, совершенное с прямым умыслом». Наконец, обращаясь к перечню отягчающих обстоятельств, можно обнаружить ряд сходств изучаемого обстоятельства с п. «м» ч. 1 ст. 63 «совершение преступления с использованием доверия, оказанного виновному в силу его служебного положения» (в частности, профессиональная среда как основа для совершения преступления, служебное положение, обладающее определенными привилегиями, в отношении иных лиц). Введение п. «о» обусловлено специальным характером как субъектов, так и органов к которым они принадлежат, поскольку п. «м» относится скорее к государственным и иным организациям, а также совершаются лицами, не обладающими специфическим статусом сотрудника органов внутренних дел.

Проанализировав данное нововведение, можно сказать, что выделение сотрудников органов внутренних дел в качестве особого субъекта не всегда корректно – верно в отношении к гражданам и ошибочно по отношению к иным сотрудникам правоохранительных органов. Возможно, выделение данной группы, свидетельствует о желании законодателя решить ряд проблем, связанных с функционированием органов внутренних дел, но введение дополнительной ответственности не может всесторонне решить проблемы функционирования системы. Учитывая характер косвенного умысла, есть необходимость исключения неосторожности, небрежности и легкомыслия из рассматриваемого отягчающего обстоятельства.

Подводя итог всему вышесказанному, данное нововведение хоть и не лишено ряда противоречий, но является необходимым шагом в ликвидации негативного воздействия противоправных деяний сотрудников правоохранительных органов, как лиц, обладающих особыми полномочиями и ответственностью.

В.Э. Шкаева

Проблемы применения нормы об освобождении от ответственности за налоговые преступления

Обязанность по уплате предусмотренных законом налогов и сборов, согласно ст. 57 Конституции РФ, является одной из важнейших конституционных обязанностей каждого. Тем не менее, в УК РФ понятие «налоги» фигурирует только в 4 статьях Особенной части, из которых одной (ст.183) предусмотрена ответственность за разглашение налоговой тайны (т.е. упоминание происходит лишь в перечне охраняемых законом тайн наряду, с банковской и коммерческой).В целом, статистика дел по преступлениям, традиционно называемым налоговыми, в настоящее время не очень высока[1],

Состав:	**Количество в год:**		
	2011	**2012**	**2013**
Уклонение от уплаты налогов с физического лица (ст.198 УК)	856	856	671
Уклонение от уплаты налогов/сборов с организации (ст.199 УК)	1832	1739	1734
Неисполнение обязанностей налогового агента (ст.199.1 УК)	324	283	405
Сокрытие денежных средств ЮЛ/ИП, с которых должна производиться уплата налогов (ст.199.2 УК)	355	177	196

однако это скорее следует связывать с наличием существенных проблем в механизме их расследования и разрешения, в том числе с проблемой освобождения от уголовной ответственности.

Несмотря на то, что части, содержащие нормы данного института в отношении налоговых преступлений, достаточно новы (примечания к ст. 198 и 199 появились только в 2009 г.), ранее аналогичные нормы уже вводились в УК

1 Данные приведены по материалам статистики МВД из монографии: Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и прикладной анализ – монография. В 2 ч. Ч II. – М:Юрлитинформ, 2015.

еще в 1998 г. В 2003 г. данная норма была отменена. Это событие встретило противоречивую оценку, в том числе и на самом высоком уровне – в то время как замещавшим в то время пост председателя комитета Совета Федерации по правовым и судебным вопросам А. Лысковым нововведения оценивались как «направленные на гуманизацию и дифференциацию уголовной ответственности», тогдашний депутат Государственной Думы Г. Томчин видел в данных нововведениях исключительно политические меры, направленные против фигурантов скандального дела ЮКОСа, губительные для неумышленно допустивших ошибки в налоговых документах обычных граждан[1].

Однако через 6 лет примечание вновь вернули уже в исправленном варианте – оно разделилось на две нормы (в ст. 198 и 199), распространив свое действие и на вновь введенную ст. 199.1 о неисполнении обязанностей налогового агента, зато по неизвестным причинам специальная норма перестала действовать для ст. 194 (уклонение от уплаты таможенных платежей). Также было раскрыто ранее никак не комментируемое понятие ущерба, однако данная проблема будет раскрыта ниже.

Нужно сказать о том, что в уголовно-правовой теории данная норма - как в старой, так и в новой редакции - подвергается довольно жесткой критике. Во-первых, слабо прослеживается логическое обоснование выделения специальной нормы – если мы освобождаем от ответственности за налоговые преступления, то почему аналогичные основания не распространяются, например, на случаи нарушения таможенных правил либо осуществления деятельности без государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, как предлагает Н.А. Лопашенко[2] – ведь именно в результате наличия большого количества «подпольных» предпринимателей ущерб наносится наибольший ущерб государственной казне.

---

1 http://www.pravda.ru/news/politics/26-11-2003/13350-0/

2 *Лопашенко Н.А.* Проблемы уголовной ответственности за налоговые преступления. М., 2004. С. 32.

Вопросы, которые вызывает положение данной нормы, многогранны. В научной литературе можно встретить проблематику обязательности наличия для освобождения явки с повинной[1]. На наш взгляд, предположение об обязательности такого условия не имеет под собой достаточных оснований. Конечно, логично предположение о том, что примечание является специальной нормой по отношению к норме ст. 75 УК (освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием), однако в данной норме явка с повинной является условием альтернативным, наряду с иными способами, в том числе прямо поименованным возмещением причиненного ущерба. Явка с повинной, к тому же, в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством предполагает, что до сообщения о преступлении самим преступником информации о преступлении из других источников получено не было; такая ситуация маловероятна, поскольку с учетом размера ущерба, за причинение которого наступает уголовная ответственность, такое нарушение наверняка будет изначально выявлено налоговыми органами.

Более существенной является концептуальная проблема примечания, проистекающая из самого его названия. Содержание нормы описывается как "освобождение от ответственности за впервые совершенное преступление». Такая формулировка описывает циклическую ситуацию: выходит, что если лицо было освобождено от ответственности (а не от наказания), то при последующем эпизоде уклонения от налогов будет вновь иметь место впервые совершенное преступление с возможностью освобождения от ответственностью по тому же основанию, и так – бесконечное количество раз. К данной проблеме, скорее всего, следует подходить телеологически, и со стороны законодателя требуется внести юридико-технические правки, которые бы исключили возможность повторного использования нормы одним и тем же лицом.

[1] См, напр.: *Пастухов И., Яни П.* Ответственность за налоговые преступления // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 25.

Возникают проблемы и в субъектном составе. Э. Сафин обращал внимание на то, что возможна ситуация, когда ущерб возмещается организациями, а конкретные работники (или даже бывшие работники), которые могли бы быть привлечены к уголовной ответственности, в итоге её избегают; Сафин считает, что в данном случае «имеет место подмена понятий «полное возмещение ущерба лицом, совершившим преступление» в уголовном правоотношении исполнением организацией своей обязанности налогоплательщика в налоговом правоотношении, поскольку после того, как контролирующими или правоохранительными органами выявлена неуплата налогов (страховых взносов), недоимка, пени и штрафы подлежат взысканию с организации в установленном законом порядке, независимо от волеизъявления её руководителя»[1] .

Однако основной проблемой был уже ранее затронутый вопрос того, что понимается под ущербом. В 2002 году по данному поводу высказался Конституционный Суд, определивший, что в ущерб включаются собственно недоимка и пеня[2].С этой точкой зрения соглашаются и теоретики - В.И. Тюнин, основываясь на работах О.И. Юстуса, говорит о том, что " уплата пени и налога представляет собой полное возмещение ущерба"[3]. В то же время примечание к анализируемым статьям говорит о том, что освобождение наступает, если «полностью уплачены суммы недоимки и соответствующих пеней, а также сумма штрафа в размере, определяемом в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации». С учетом наличия в УК статьи 76.1, где говорится исключительно о возмещении ущерба, налицо противоречие уже внутри самого кодекса.

---

[1] *Сафин Э.* Проблемы применения примечания к статье 198 УК РФ // Уголовное право. 2000. № 4.

[2] Определение Конституционного Суда РФ от 04.07.2002 N 202-О «По жалобе унитарного государственного предприятия <…> на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 1 статьи 122 Налогового кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2003. № 1.

[3] *Тюнин В.И.* Преступления в сфере экономической деятельности. М., 2012. С. 324.

Попробуем перейти от слов к цифрам; рассмотрим наиболее типовой для российского бизнеса случай с неуплатой налогов с организации (ст. 199), состоящей на учете по упрощенной системе налогообложения, т.е. уплачивающей налог 6%. Для упрощения рассмотрим ответственность за неуплату (2013–2015 г.г.), причем на 01.01.2016, чтобы избежать усложнений, связанных с изменением ставки рефинансирования.

При несении ответственности по общей норме статьи 199 организация уплатит штраф в размере от 100 до 300 тысяч рублей (с учетом того, что ущерб составляет не менее 2 000 000 – примечание о крупном ущербе в целях данной статьи, такой штраф явно несоразмерен) либо в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного до двух лет – в случае, если единственное лицо является конечным бенефициаром, можно взыскать весь налогооблагаемый доход который с учетом размера неуплаченного налога составит порядка 35 млн. рублей. Помимо того, на законодательном уровне не установлено препятствий для предъявления налоговыми органами гражданского иска, т.е. требования взыскания того ж самого неуплаченного налога. Однако, по сведениям служащих судов, такие случаи на практике встречаются редко[1].

При освобождении же от ответственности по нормам примечания к ст. 199 и ст. 76.1 размер взыскания существенно бы не отличался и составил бы сумму неуплаченного налога (около 2 млн. рублей) и пеню (рассчитываемую по правилам ст. 75 НК как 1/300 ставки рефинансирования, в нашем случае составляющую 8,25 – до 2016 года). Пеня увеличивает размер возмещения лишь на несколько тысяч; также взыскивается штраф в размере 40 тыс. рублей (штраф за умышленную неуплату налогов по ст.122 НК), также несопоставимый с размерами причиненного ущерба. В случае же освобождения по статье 76.1, как мы выяснили, не требуется и его уплата.

[1] http://livelawyer.ru/ugolovnyj-protsess/pravosudie/item/982-rassmotrenie-grazhdanskogo-iska-v-delakh-o-nalogovykh-prestupleniyakh

Также не будем забывать, что санкции в статьях о налоговых преступлениях альтернативны и могут повлечь наказание не только в виде штрафа, но и, например, принудительные работы на срок до двух лет либо лишение свободы на тот же срок, в связи с чем анализируемая норма сводится к возможности «откупиться».

В целом, низкая ставка пени позволяет организациям в обхода закона оптимизировать свои расходы: по сравнению со ставками по кредитам, особенно для юридических лиц, которые составляют около 20 %[1], выгоднее взять «налоговый кредит» (а в отсутствие уже упомянутого Определения Конституционного суда, выходит, что такой «кредит» можно было и вовсе взять без процентов). Разумеется, в такой форме освобождение от уголовной ответственности, тем более за преступление, ответственность за которое наступает исключительно при умышленной форме вины, не отвечает принципу соразмерности наказания.

Таким образом, мы приходим к выводу, что возвращение в уголовное законодательство нормы об освобождении от ответственности за налоговые преступления является ничем иным, как попыткой законодателя уголовно-правовыми методами принудить налогоплательщиков к уплате налогов в бюджет, хотя бы и на более позднем этапе. Однако в связи с тем, что применение данной нормы вызывает значительное количество вопросов и даже в новой редакции провоцирует злоупотребления, при этом выбиваясь из контекста прочих норм об экономических преступлениях, необходимость ее наличия в УК ставится под большое сомнение.

[1] Информация по кредитованию юридических лиц в Санкт-Петербурге, 19.04.2016, с сайта banki.ru

К.О. Фомина

Институт освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности

Совершение лицом преступления влечёт его привлечение к уголовной ответственности. Однако в гл. 11 УК РФ, а также в некоторых статьях других глав предусмотрены случаи, когда виновный освобождается от такой ответственности. К числу указанных случаев относится и истечение сроков давности.

Впервые институт освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности появляется в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Ст. 160 данного уголовно-правового акта называет его среди других оснований освобождения от ответственности за преступления, таких как смерть преступника и примирение с обиженным. Другие упоминания давности содержатся в ст. 22 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г.[1], а также в ст. 68 Уголовного уложения 1903 г.[2]. При этом вследствие неразвитости уголовного права основания освобождения от уголовной ответственности фактически были приравнены к основаниям освобождения от наказания. Освобождение от наказания, как известно, не является освобождением от ответственности, ведь оно осуществляется после вынесения обвинительного приговора, а иногда и после отбытия определённого срока наказания (в свою очередь, освобождение от ответственности означает освобождение от порицания и осуждения со стороны государства вообще).

Даже в намного более структурированном Уголовном кодексе РСФСР 1960 г. основания освобождения от ответственности и от наказания рассматриваются как одно целое. Здесь давность также не оставлена без внимания: диспозиция 48 статьи содержит сходные, по сравнению со статьёй 78

[1] Российское законодательство X–XX веков. Т. 8. Судебная реформа. М., 1984. С. 397.

[2] Там же. Т. 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. М., 1984. С. 292.

УК РФ, положения.

С принятием УК РФ 1996 г. связывается важнейшая стадия развития института освобождения от уголовной ответственности, поскольку список оснований был значительно расширен и в настоящий момент включает также и специальные основания, которые содержатся в примечаниях к статьям Особенной части.

Также стоит отметить, что в ст. 78 действующего УК законодателем чётко установлены момент начала и момент окончания исчисления срока давности. Продолжительность такого срока стала зависеть от категории преступления, а не от санкции нормы.

Вообще, под давностью в уголовном праве принято считать истечение указанных в законе сроков после совершения преступления, в силу чего привлечение виновного к уголовной ответственности исключается[1] . Исключением является совершение лицом преступления, за которое назначается пожизненное лишение свободы. В данном случае вопрос о применении сроков давности к такому лицу находится в абсолютной компетенции суда: если суд выносит постановление об освобождении от уголовной ответственности, то наказание к виновному не применяется.

Анализируя ч. 2 ст. 78 УК РФ, можно прийти к выводу, что течение сроков давности не приостанавливается, даже если лицо в последующем совершает другое преступное деяние. Таким образом, поведение лица после совершения преступления никак не связывается законодателем с решением об освобождении от уголовной ответственности.

В этом заключается одно из отличий от уголовного закона 1960 года, в статье 48 указано на прерывание давностного срока в случае совершения лицом преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет. С момента совершения нового преступления срок начинал течь заново.

---

[1] *Иванов Н. Г., Никулин С. И., Яцеленко Б. В.* Курс российского уголовного права. Общая часть. М., 2010. С. 531.

Отказ законодателя от нормы о прерывании срока давности в зависимости от постпреступного поведения привёл к тому, что в случае совершения лицом большого количества преступлений разной степени тяжести сроки давности за некоторые из деяний истекают в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства.

Совершение лицом нового преступления свидетельствует об увеличении его общественной опасности, поэтому есть мнение, что данную норму необходимо вернуть.

Необходимо помнить, что, на основании статьи 78 УК РФ, освобождение от уголовной ответственности возможно при условии, что лицо не уклонялось от суда или следствия. То есть, можно сказать, что действие данного института не предполагает совершения лицом каких-либо действий, а в уклонении от суда или следствия законодатель видит негативное постпреступное поведение.

Под уклонением лица от следствия и суда следует понимать действия преступника, направленные на то, чтобы избежать задержания и привлечения к уголовной ответственности. Если лицо не явилось с повинной в случае, когда преступление не выявлено и не раскрыто, то это не является уклонением от следствия и суда[1].

Таким образом, если лицо не было привлечено к уголовной ответственности в связи с неэффективной работой правоохранительных органов или по другим причинам в срок, то оно освобождается от уголовной ответственности. Смысл состоит в том, что по истечении соответствующего срока привлечение к ответственности не может являться целесообразным и действенным вследствие утраты общественной опасности.

Также целью института освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности является обеспечение работы органов юстиции при их перегрузке. Давностный срок демонстрирует наличие

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. №19. П. 19.

материального основания для освобождения от уголовной ответственности[1].

Истечение срока давности толкуется в соответствии с нормами материального права, то есть имеется ввиду непосредственное привлечение лица к ответственности, а не только лишь в качестве подозреваемого или обвиняемого. Так, С.Г. Келина отмечает, что привлечение к уголовной ответственности начинается с момента вынесения обвинительного приговора. Возбуждение уголовного дела, привлечение в качестве обвиняемого, избрание меры пресечения и другие действия еще не означают, что лицо, совершившее преступление, несет уголовную ответственность, это лишь меры, направленные на то, чтобы обеспечить правильное по закону разрешение уголовного дела судом. И эти меры не приостанавливают течения давности привлечения к уголовной ответственности[2].

Вероятнее всего, законодатель придерживается той же точки зрения, поскольку, в соответствии с частью 2 статьи 78 УК РФ, истечение срока давности продолжается до вступления приговора суда в законную силу.

В соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом РФ освобождение от уголовной ответственности возможно как до, так и во время судебного производства. В зависимости от этого суд может принять то или иное решение. Например, если срок истёк до начала судебного разбирательства, то судья выносит постановление о прекращении уголовного дела[3]. В такой ситуации нужно обеспечить реализацию конституционных прав граждан-участников соответствующего процесса. Для освобождения от уголовной ответственности по истечению срока давности необходимо получить согласие потерпевшего. Если у потерпевшего имеются возражения, то суд выносит обвинительный приговор с освобождением виновного от наказания.

---

[1] *Сверчков В. В.* Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности // Журнал российского права. 2000. № 2. С. 87.

[2] *Келина С. Г.* Теоретические проблемы освобождения от уголовной ответственности. М., 1975. С. 25–26.

[3] Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ. Ст. 239.

Если истечение срока давности произошло после завершения предварительного следствия, но до начала судебного разбирательства, то суд выносит решение о прекращении дела после проведения предварительного слушания в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 229 УПК РФ.

Суд прекращает дело и в том случае, если факт истечения срока давности установлен во время осуществления производства. Представляется, что в данном случае возникает коллизия правовых норм, ведь в части 8 статьи 302 УПК РФ указано, что при обнаружении оснований для освобождения от уголовной ответственности во время непосредственного разбирательства суд продолжает дело до его разрешения, а затем выносит обвинительный приговор с освобождением осуждённого от наказания. При этом в определении Конституционного Суда РФ говорится, что для прекращения уголовного дела необходимо согласие обвиняемого, поскольку у него должна быть возможность для собственной реабилитации после установления судом обстоятельств совершения деяния, общественной опасности преступления и так далее[1]. Таким образом, можно прийти к выводу о том, что при установлении факта истечения срока давности во время осуществления производства суд должен выносить решение об освобождении от наказания при отсутствии согласия подсудимого на прекращение уголовного дела.

Говоря о последствиях освобождения от уголовной ответственности, Конституционный Суд РФ определяет, что постановление о прекращении дела по не реабилитирующему основанию не является актом, устанавливающим виновность лица[2]. Для установления срока давности, как было отмечено ранее, ключевое значение имеет категория совершённого преступления. Лицо освобождается от уголовной ответственности при истечении следующих сроков с момента совершения преступления:

а) два года после совершения преступления небольшой тяжести;

б) шесть лет после совершения преступления средней тяжести;

---

[1] Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2008 г. №292-О-О.

[2] Постановление КС РФ от 28 октября 1996 г. №18-П.

в) десять лет после совершения тяжкого преступления;

г) пятнадцать лет после совершения особо тяжкого преступления.

При этом законодательно предусмотрены исключения для несовершеннолетних: сроки давности, предусмотренные ст. 78 и 83 УК РФ, при освобождении несовершеннолетних от уголовной ответственности или от отбывания наказания сокращаются наполовину. Сроки давности исчисляются со дня совершения преступления и до момента вступления приговора суда в законную силу. При этом, согласно ст. 9 УК РФ, временем совершения преступления признается время совершения общественно опасного действия (бездействия) независимо от времени наступления последствий. Таким образом, исчисление срока давности начинается с момента выполнения объективной стороны преступления.

Возникает проблема исчисления срока давности при совершении длящегося или продолжаемого преступления. В этих случаях осуществление преступного деяния не прекращается после выполнения определённой стадии. Необходимо помнить, что исчисление срока давности может быть начато только после полного прекращения длящегося преступления. Продолжаемое преступление, в отличие от длящегося, складывается из ряда тождественных преступных действий, охватываемых единым умыслом и направленных к достижению единой цели[1]. В ситуации с продолжаемым преступлением срок давности начинает течь с момента совершения последнего действия, входящего в состав такого преступления.

Существует также проблема с исчислением срока давности в отношении организаторов преступления, пособников и подстрекателей. В данном случае могут быть применены два альтернативных друг другу подхода. Первый связывает начало течения срока давности с выполнением лицом своей части преступления, вне зависимости от времени завершения деяния в целом. Соответственно, второй предполагает, что исчисление срока давности

[1] *Рарог А. И.* Уголовное право России. Общая часть. М., 2009. С. 243.

начинается с момента совершения преступления исполнителем. Совершение преступления в соучастии является объединением усилий всех соучастников в направлении достижения общего результата преступления, поэтому исчисление давностных сроков следует связывать с завершением преступления в целом[1].

В соответствии с общими правилами исчисления сроков течение указанных в ст. 78 УК РФ сроков давности следует исчислять с ноля часов суток, следующих за днем совершения общественно опасного деяния, и до 24 часов последних суток давностного срока[2]. При этом не всегда возможно установление конкретной даты совершения преступления. В этом случае указывается месяц осуществления преступного деяния, а срок давности начинает течь с первого числа указанного месяца.

Нормами международного права предусмотрено, что давность не применяется к военным преступлениям, а также к преступлениям, совершённым против человечества[3]. Поэтому ч. 5 ст. 78 УК РФ установлено, что к лицам, совершившим преступления, предусмотренные ст. 205, 205.1, 205.3, 205.4, 205.5, ч. 3 4 ст. 206, ч. 4 ст. 211, ст. 353, 356, 357, 358 УК РФ, а равно совершившим сопряженные с осуществлением террористической деятельности преступления, предусмотренные ст. 277, 278, 279 и 360 УК РФ, сроки давности не применяются.

Таким образом, как уже было указано выше, давность применяется в связи со снижением общественной опасности преступления, нецелесообразности применения наказания после истечения соответствующих сроков, а также в связи с трудностями по обеспечению объективности доказательной базы.

---

[1] *Букалерова Л. И., Шельменкова Я. Ю.* К вопросу об освобождении уголовной ответственности в связи с истечением срока давности // Административное и муниципальное право. 2013. № 9. С. 914.

[2] *Рарог А. И.* Уголовное право России. Общая часть. С. 243.

[3] Международные акты о правах человека. Сборник документов. М., 1999. С. 501.

В.Н. Петров

Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, как обстоятельство, исключающее преступность деяния.

Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, является одним из наиболее древних и значимых в уголовном праве. Пример своеобразного обстоятельства, исключающего уголовную ответственность, можно найти в одном из древнейших памятников русского права – Русской Правде.

Обстоятельства, исключающие преступность деяния, регулируются и во многих последующих актах отечественного уголовного законодательства. Например, в Соборном Уложении 1649 г. царя Алексея Михайловича.

Дальнейшее развитие институт получил в законодательстве Петра I[1] и в первом уголовном кодексе в истории России – Уложении о наказаниях уголовных и исправительных[2], и во всем советском уголовном законодательстве.

Рассматриваемый институт причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, как обстоятельства, исключающего преступность деяния, появился в российском правовом поле сравнительно недавно, а именно с 1 января 1997 г., со дня вступления в силу действующего Уголовного кодекса Российской Федерации.

Необходимо сравнить представленный в российском уголовном законе институт причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, с аналогичными ему институтами зарубежных стран.

---

[1] Артикул воинский // Российское законодательство X–XX вв. Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма. Отв. ред. А.Г. Маньков. М., 1986. Арт. 156.

[2] Уложение о наказаниях уголовных и исправительных // Российское законодательство X–XX вв.. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века. Отв. ред. А.Г. Маньков. М., 1988. Ст. 101.

Представляется целесообразным для данного сравнения использовать уголовное законодательство ряда стран бывшего СССР, так как Российская Федерация и избранные для сравнения страны когда-то имели абсолютно идентичное уголовное законодательство, в том числе это касается и обстоятельств, исключающих преступность деяния, среди которых в общесоюзном уголовном законодательстве[1] отсутствовало законодательное закрепление института причинение вреда при задержании лица совершившего преступление, а система обстоятельств, исключающих преступность деяния, включала только необходимую оборону и крайнюю необходимость. Следует рассмотреть, как в странах бывшего Советского Союза решили для себя проблему отсутствия уголовной нормы, исключающей уголовную ответственность граждан, задерживающих преступников.

На сегодняшний день институт причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, наличествует во всех уголовных кодексах стран бывшего СССР. Интересную тенденцию отмечает А.В. Савинов касательно наименований данных обстоятельств[2]. Так, в уголовных законах Республики Беларусь[3], Республики Таджикистан[4], Азербайджанской[5] и Кыргызской Республик[6] присутствует аналогичное российскому законодательству нормативное регулирование. В уголовном законодательстве остальных стран постсоветского пространства присутствуют такие определения как «Причинение вреда при задержании лица, совершившего посягательство» в 33 статье УК Республики Казахстан[7]; «Причинение вреда при задержании лица,

[1] Закон СССР от 25.12.1958 (ред. от 08.04.1989) «Об утверждении Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик»

[2] *Савинов А.В.* Понятие и признаки причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление // СПС «КонсультантПлюс». 2013. С. 3.

[3] Уголовный кодекс Республики Беларусь. Минск, 2012. Ст. 35.

[4] Уголовный кодекс Республики Таджикистан. СПб., 2001. Ст. 41.

[5] Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. СПб., 2001. Ст. 37.

[6] Уголовный кодекс Кыргызской Республики. СПб., 2002. Ст. 38.

[7] Уголовный кодекс Республики Казахстан. СПб., 2003. Ст. 33.

совершившего общественно опасное деяние» в 39 статье УК Республики Узбекистан[1]; «Задержание лица, совершившего преступление» в 38 статье УК Украины[2] и статье 29 УК Грузии[3]; «Задержание лица, совершившего преступное деяние» в статье 29 УК Литовской Республики[4]; «Задержание преступника» в статье 13.1 УК Эстонской республики[5] и статье 37 УК Республики Молдова[6]; «Задержание с причинением лицу вреда» в статье 31 УК Латвийской республики[7].

Законодательство Республики Узбекистан содержит прогрессивную формулировку «лицо, совершившее общественно опасное деяние»[8], тем самым распространяя действие данного института на лиц, не подлежащих уголовной ответственности по каким-либо основаниям. Кроме того, в данной статье кроме самого деяния и обстановки задержания содержится указание на необходимость оценки личности задерживаемого и его действий по уклонению от задержания при решении вопроса о соответствии средств и методов. Практически идентичной является как статья, посвященная рассматриваемому институту, так и указание на необходимость учета дополнительных критериев в УК Республики Таджикистан.

Уголовный кодекс Республики Кыргызстан практически полностью копирует ст. 38 УК РФ, за исключением указания на условие невозможности задержания преступника иным, ненасильственным способом. Отметим, что

---

[1] Уголовный кодекс Республики Узбекистан. СПб., 2001. Ст. 39.

[2] Уголовный кодекс Украины. Харьков, 2010. Ст. 38.

[3] Уголовный кодекс Грузии / науч. ред. З.К. Бигвава; пер. с груз. И. Мериджанашвили. СПб., 2002. Ст. 29.

[4] Уголовный кодекс Литовской Республики / науч. ред. В. Павилонис; пер. с лит. В.П. Казанскене. СПб., 2003. Ст. 29.

[5] Уголовный кодекс Эстонской Республики / науч. ред. В. В. Запевалов. СПб., 2001. Ст. 13.1.

[6] Уголовный кодекс Республики Молдова. СПб., 2003. Ст. 37.

[7] Уголовный кодекс Латвийской Республики. СПб., 2001. Ст. 31.

[8] Уголовный кодекс Республики Узбекистан. Ст. 39.

данное условие отсутствует и в законодательстве Армении, Грузии, Молдавии и Украины.

Уголовные кодексы Латвийской Республики и Литовской Республики содержат формулировку «лицо, совершившее преступное деяние»[1] вместо более распространённой, но, возможно, менее верной, о чем будет сказано далее, формулировки «лицо, совершившее преступление». Более того, такая формулировка однозначно распространяет своё действие на лиц, которые не могут являться субъектами преступления.

Таким образом, на сегодняшний день проблема отсутствия уголовной нормы, исключающей уголовную ответственность граждан, задерживающих преступников, так или иначе решена во всех странах бывшего СССР. Представляется, что не все государства одинаково удачно сделали это. В большинстве рассмотренных стран содержание уголовной правовой нормы, заключающей в себе институт задержания лица, совершившего преступление, в целом приближено по своему смыслу к ст. 38 УК РФ.

Правом задерживать преступников и, следовательно, причинять им определенный вред, обладают все граждане – как представители власти, для которых это, как правило, является обязанностью, так и пострадавшие от преступления, его очевидцы, а равно лица, которым стало достоверно известно о его совершении.

В науке уголовного права существует мнение, согласно которому законодателю необходимо распространить возможность правомерного причинения вреда при задержании не только к лицам, совершившим преступления, но и к лицам, совершившим общественно опасные деяния, когда отсутствуют основания для привлечения задерживаемых к уголовной ответственности[2]. Это мнение представляется вполне обоснованным, поскольку не всегда существует объективная возможность оценить возраст лица,

[1] Уголовный кодекс Латвийской Республики. Ст. 31.

[2] *Милюков С.Ф.* Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа. СПб., 2000. С. 132.

совершившего общественно опасное деяние. Более того, опрометчиво требовать от граждан юридических знаний в квалификации преступлений, обуславливающей возможность привлечения лиц к уголовной ответственности в зависимости от тех или иных возрастных границ. Также не всегда в момент совершения преступления или сразу после него, объективной оценке поддается психическое состояние лица, совершившего общественно опасное деяние.

Формулируя цели задержания лица в ст. 38 УК законодатель использует соединительный союз «и», что является свидетельством их равнозначности. Представляется, что в каждом конкретном случае задержания стоит стремиться к одновременной реализации обеих целей. При этом стоит считать обоснованной позицию Л.Н. Смирнова, согласно которой доставление лица, совершившего преступление, является обязательной целью, а пресечение возможности совершения новых преступлений носит лишь факультативный характер[1].

Дискуссионным остается вопрос правомерности причинения смерти лицу при его задержании. Очевидно, что убийство лица, совершившего преступление, не отвечает принципу гуманизма, лежащему в основе действующего уголовного законодательства. Более того, лишение преступника жизни явно исключает выполнение цели его задержания, а именно доставление органам власти. Необходимо отметить отсутствие в законе прямого запрета лишать жизни преступника при его задержании. Интересной представляется позиция Ю.В. Баулина, который справедливо отмечает, что «если закон устанавливает ответственность за убийство в случае превышения пределов, необходимых для задержания преступника, то очевидно, что лишение жизни преступника без превышения указанных пределов правомерно»[2]. С точки зрения Т.Г. Шавгулидзе убийство преступника делает абсолютно невозможным

[1] *Смирнова Л.Н.* Теория и практика задержания лица, совершившего преступление, с причинением ему вреда: Автореф. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. С. 17.

[2] *Баулин Ю.В.* Право граждан на задержание преступника. Харьков, 1986. С. 368.

выполнение цели его задержания – доставление в органы власти, следовательно, лишение жизни при задержании недопустимо[1].

Представляется некорректным считать преступление основанием для задержания, а также данную законодателем формулировку «лицо, совершившее преступление». Исходя из смысла части 1 статьи 49 Конституции РФ только после вступления в законную силу обвинительного приговора суда подсудимый признаётся преступником, а деяние, им совершенное – преступлением. С целью избежать коллизии между федеральным законодательством и одной из важнейших конституционно-правовых норм, нормы содержащей в себе презумпцию невиновности, наиболее логичным решением представляется изменить действующий закон. Возможным решением представляется сформулировать в ст. 38 УК РФ «задержание лица, в отношении которого есть достаточные основания полагать, что оно совершило преступление».

Обстоятельства, исключающее преступность деяния, известны отечественному законодательству на протяжении более тысячи лет. Институт правомерного причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, является относительно новым, что не умаляет его важности.

Сравнение института задержания лица, совершившего преступление, с аналогичными институтами стран бывшего СССР, ранее находившихся в равных условиях отсутствия в законодательстве нормы, посвященной правомерному задержанию, показало, что данные нормы на сегодняшний день наличествуют в правовых системах всех рассмотренных стран. Содержание уголовных норм, содержащих исследуемый институт, в некоторых странах отстаёт в своем развитии, в нескольких является незначительно более развитым, что восполняет своим толкованием Верховный Суд, а в большинстве стран практически копирует содержание ст. 38 УК РФ.

Институт причинения вреда, при задержании лица совершившего преступление, предлагается модернизировать в целях невозможности его

[1] *Шавгулидзе Т.Г.* Необходимая оборона. Тбилиси, 1960. С. 143.

многозначного толкования. Целесообразным представляется не просто принимать акты, содержащие толкования исследуемого института, а внести изменения в основной и единственный источник уголовного права – Уголовный кодекс РФ. В частности, предлагается формулировку «задержание лица, совершившего преступление» и тождественные ей заменить на «задержание лица, в отношении которого есть достаточные основания полагать, что оно совершило преступление».

Ж. Степанян

Институт уголовной ответственности за незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров: de rigore juris

Уголовная ответственность за незаконный оборот устанавливается статьями 228–234.1 Уголовного кодекса Российской Федерации. Приобретая наркотические средства, психотропные вещества и их аналоги индивид становится участником незаконного оборота. Логическое толкование ст. 228 указывает на обратное: приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка наркотического средства, психотропного вещества или их аналога (далее – наркотических средств <...>) в небольших размерах без цели сбыта по букве уголовного закона ненаказуемо. Главной целью законодателя на рубеже XXI в. стало привлечение к ответственности лиц, которые занимаются непосредственно сбытом запрещенных веществ, а также лиц, изготавливающих наркотические средства с дальнейшей целью сбыта.

Проблема доказательства принадлежности наркотических средств <...> определённому лицу должна была быть одной из самых дискуссионных, но она не нашла должного отражения в современной правовой доктрине. Красной нитью по всем делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, проходит аргумент, заключающийся в том, что наркотические средства не принадлежат подозреваемому и были подброшены ему иными лицами.

Примечательным в данной ситуации является, что на практике «упаковка», содержащая запрещённое вещество исследуется только на количество и состав средства. Острие уголовной ответственности не даёт подозреваемому никаких шансов доказать свою невиновность. Решение Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда по делу №22-131/2015 подтверждает вышеизложенный тезис. Подсудимый «изначально отрицал, что изъятый у него «пакетик» с наркотиками принадлежит ему. Более того, он просил провести дактилоскопическую экспертизу, однако на данные его законные требования никто из сотрудников полиции не отреагировал»[1]. Согласно ст. 198 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации «подозреваемый вправе ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту»[2]. Судебная коллегия оставила решение районного суда без изменений (отказав в удовлетворении апелляционной жалобы). Гражданин понес уголовное наказание в виде лишения свободы сроком на 3 года 6 месяцев. Следовательно, в преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, отсутствует презумпция невиновности, которая является основополагающим принципом всего уголовного законодательства Российской Федерации. Вопрос принадлежности наркотических средств нельзя рассматривать однополярно, иначе это станет «зелёным светом» для лиц, желающих избежать уголовной ответственности.

Составы некоторых преступлений, регламентирующие незаконный оборот предполагают наличие определённого количества наркотических средств: значительное, крупное, особо крупное. Размер наркотического средства или психотропного вещества играет основополагающую роль, так как

[1] Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда от 17.02.2015 г. по уголовному делу №22-131/2015. //https://rospravosudie.com/court-lipeckij-oblastnoj-sud-lipeckaya-oblast-s/act-504867565.

[2] Уголовный процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ. Ст. 198.

в зависимости от количества вещества наступает или административная, или уголовная ответственность. Ст. 1 УК РФ гласит: «Уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего кодекса. Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий кодекс». Ч. 3 ст. 55 Конституции РФ провозглашает фундаментальный принцип: «Права и свободы гражданина могут быть ограничены только федеральным законом». Èo ìpso, уголовная ответственность, связанная непосредственно с количеством обнаруженного вещества, может наступать только на основании федерального закона.

Переходя непосредственно к судебной практике, размеры соответствующих веществ долгие годы «рекомендовались» Постоянным комитетом по контролю наркотиков при Министерстве здравоохранения РФ, который не является не только законодательным, но даже государственным органом. «Изначально ПККН был создан при Министерстве здравоохранения Российской Федерации»[1]. Одной из его задач была разработка и выдача заключений об отнесении к небольшим и крупным размерам количеств наркотических средств. В 1998 г. ПККН издаёт «Сводную таблицу заключений по контролю наркотиков об отнесении к небольшим, крупным и особо крупным размерам количеств наркотических средств, психотропных и сильнодействующих веществ, обнаруженных в незаконном хранении или обороте». Однако большинство актов являясь «сугубо внутриколлегиальными, широко не публиковались, хотя использовались как судами, так и органами по надзору и контролю. В связи со сложившейся ситуацией, Верховный Суд РФ в Постановления Пленума № 9 от 27 мая 1998г. «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» был вынужден дать следующее разъяснение: «Имея в виду, что законом не установлены критерии отнесения находящихся в незаконном обороте наркотических средств или

[1] Положение о Постоянном комитете по контролю наркотиков при Министерстве здравоохранения СССР от 10. 01.1991.

психотропных веществ к небольшому, крупному, особо крупному размеру, этот вопрос должен решаться судом в каждом конкретном случае исходя из их количества, свойств, степени воздействия на организм человека, других обстоятельств дела и с учетом рекомендаций»[1]. Актам ПККН благополучно был присуждён рекомендательный характер, что, по крайней мере, должно было загладить трещины в механизме уголовно – правовой ответственности. Ситуация изменилась, но не в пользу законодателя. Во-первых, судам предоставили возможность выносить противоположные по смыслу приговоры при аналогичных обстоятельствах. Во-вторых, суды, естественно, не перестали руководствоваться таблицами и списками ПККН и стали выносить решения, ссылаясь на нормативно-правовые акты, имеющие рекомендательный характер. В большинстве случаев, на суде не могли объяснить почему, изъятое у них вещество признают «значительным, крупным или особо крупным» размером даже те, кто, полностью признавал себя виновным в предъявленном ему обвинении по ст. 228 УК РФ.

Новая редакция Уголовного кодекса, в частности примечание к статье 228 устанавливает, что «крупный и особо крупный размеры наркотических средств и психотропных веществ утверждаются Правительством Российской Федерации»[2]. Правительством РФ в соответствии с Федеральным законом 18-ФЗ от 01.03.2012г. принято постановление № 1002 от 01 октября 2012 года «Об утверждении значительного, крупного и особо крупного размеров наркотических средств и психотропных веществ, а также значительного, крупного и особо крупного размеров для растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, для целей статей 228,

[1] Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 9 от 27.05.1998 г. «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» . П. 13.

[2] Уголовный Кодекс Российской Федерации. Прим 2 к ст. 228.

228.1, 229 и 229.1 Уголовного кодекса Российской Федерации»[1]. Конституционный суд выразил свою позицию по вопросу, связанному с ограничением прав и свобод посредством подзаконных актов: «В Перечне лишь называются подлежащие контролю наркотические средства и психотропные вещества и их прекурсоры, которые распределены по четырем спискам в зависимости от применяемых мер контроля (запрещенные, ограниченные в обороте, те, в отношении которых допускается исключение некоторых мер контроля при их обращении, и прекурсоры, оборот которых ограничен и в отношении которых устанавливаются меры контроля), а потому его нельзя рассматривать как нормативный правовой акт, расширяющий основания привлечения к уголовной ответственности либо нарушающий принцип уголовно-правового регулирования только законом»[2] . Представляющей интерес для научного сообщества является ситуация, когда у лица обнаружено «следовое» количество наркотического средства (к примеру, в шприце или на каком –либо предмете). Что нужно делать правоохранительным органам в данной ситуации, если эксперты дали заключение о том, что количество наркотического средства, находится за пределами обнаружения аналитическими методами, то есть является незначительным. Понесёт ли лицо, у которого обнаружены такое количество наркотических средств <...>, уголовную ответственность?

Из буквы и духа существующего уголовного закона не следует

[1] Постановление Правительства Российской Федерации от 01.10.2012 г. № 1002 «Об утверждении значительного, крупного и особо крупного размеров наркотических средств и психотропных веществ, а также значительного, крупного и особо крупного размеров для растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, для целей статей 228, 228.1, 229 и 229.1 Уголовного кодекса Российской Федерации».

[2] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 08.02.2007 г. № 290-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Малютина Андрея Мартемьяновича на нарушение его конституционных прав положением списка I Перечня наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации».

дифференциации ответственности посредников в сбыте наркотических средств <...>. Посредником, к примеру может быть «лицо, однократно либо периодически приобретающие наркотики за деньги и по просьбе потребителей»[1]. В 2011 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации рассмотрела уголовное дело по надзорной жалобе осужденного Ураева Р. Т. на приговор Кировского районного суда г. Омска. Из материалов дела следует, что Ураев по просьбе У. и на деньги последнего приобретал наркотическое средство (героин). Таким образом, исследованные в судебном заседании доказательства свидетельствуют о том, что в момент, когда к Ураеву обращался к У., он, Ураев, не имел наркотическое средство, которое мог бы продать (передать) У. При этом купленный Ураевым за деньги У. героин принадлежал последнему, который и взял свое имущество как владелец. При таких вытекающих из материалов уголовного дела обстоятельствах следует признать, что Ураев, покупая героин по просьбе У. и на его деньги, оказывал помощь последнему в приобретении наркотических средств, а не сбывал их и не покушался на их сбыт. Кировский районный суд (следуя букве закона) квалифицировал преступные действия Ураева в соответствии со ст. 30 ч. 3, 228-1 ч. 1 УК РФ. Тем не менее Верховный суд РФ нашёл, что судебное решение по делу подлежит изменению ввиду неправильного применения уголовного закона, а действия Ураева - переквалификации со ст. 30 ч. 3 и ст. 228-1 ч. 2 п. «б» УК РФ на ст. 33 ч. 5 и ст. 228 ч. 1 УК РФ, как пособничество в приобретении наркотических средств в крупном размере. Этот случай не является единичным, судебная практика в данной области очень разнообразна. Суд не учитывает в чьих интересах (сбытчика или приобретателя) действует посредник, следовательно сложилась практика некорректного применения отдельных статей Уголовного кодекса.

В вопросе о незаконном обороте наркотических средств и психотропных

[1] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации № 10 от 2012 г. «Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ». П. 5.

веществ зачастую не регламентируется ответственность юридического лица как субъекта преступления. При наличии соответствующего разрешения (лицензии) юридическое лицо может стать полноценным участником легитимного оборота наркотических средств, то есть приобретать и «использовать при осуществлении собственного производства прекурсоры, внесенные в Таблицу I и Таблицу II Списка IV, в количествах, не превышающих их производственные нужды, которые определяются в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции нормативно-правового регулирования в сфере промышленного комплекса»[1].

Парадоксальным представляется отсутствие в диспозициях статей, регламентирующих уголовную ответственность за незаконный оборот наркотических средств <...>, упоминания о юридических лицах. Кроме того, данные статьи явно имеют направленность на физических лиц. Это значит, что юридические лица не несут уголовную ответственность за данные деяния. В соответствии с Федеральным Законом «О наркотических средствах и психотропных веществах» «в случаях непринятия юридическими лицами, занятыми деятельностью в сфере торговли (услуг), мер, указанных в обязательном для исполнения предписании органа по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, в связи с незаконным оборотом наркотических средств или психотропных веществ в помещениях юридических лиц либо иным неоднократным нарушением законодательства Российской Федерации об обороте наркотических средств или психотропных веществ в помещениях указанных юридических лиц эти юридические лица по решению суда могут быть ликвидированы»[2]. На основе сложившиеся судебной практики, ликвидация производится на основании ст. 61 ГК, то есть без перехода прав обязанностей в порядке правопреемства другим лицам. Складывается довольно интересная практика: ответственность за преступление

[1] Федеральный закон от 08.01. 1998 № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах». П. 9 ст. 30.

[2] Там же. П. 1 ст 51.

устанавливается на основании статьи из гражданского кодекса. А процесс выявления правонарушения контрольно – надзорными органами происходит в рамках административных правоотношений. «Требование о ликвидации юридического лица может быть предъявлено в суд государственным органом или органом местного самоуправления, которому право на предъявление такого требования предоставлено законом»[1] .

Уголовная ответственность юридических лиц в Российской Федерации отсутствует, что безусловно является пробелом в уголовном законодательстве не только в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов.

Р. Х. Батчаева

Проблема уголовной ответственности за мошенничество в сфере предпринимательской деятельности

Постоянное развитие экономических отношений, в основе которых лежит имущество и право собственности, создает необходимость в совершенствовании не только регулирования этих отношений, но и обеспечения их защиты. Однако, сложный гражданско-правовой характер отношений в сфере бизнеса создает проблему для четкого определения признаков состава преступлений в этой сфере и их разграничения с правонарушениями, не попадающими под действие уголовного закона. Особенно эта тема актуальна для России, страны, опыт функционирования которой в условиях современной рыночной экономики насчитывает чуть более двадцати пяти лет.

Одним из видов преступлений, посягающих на имущественные права, и, в частности, право собственности – конституционное право человека[2], является мошенничество. Наряду с развитием технологий и экономических отношений,

[1] Там же.

[2] Конституция Российской Федерации. Ст. 35

фантазия преступников не стоит на месте, и практика осуществления махинаций регулярно пополняется новыми способами и распространяется на новые сферы деятельности. В их число вошла и предпринимательская деятельность, сопряженная с заключением сделок, где имущественные права неразрывно связаны с обязательственными.

Мошенничество в сфере предпринимательства было выделено законодателем в качестве отдельного вида мошенничества в 2012 году[1]. по инициативе Уполномоченного по защите прав предпринимателей при Президенте Российской Федерации Бориса Титова[2]. Соответствующая норма была закреплена в ст. 159.4 главы 21 раздела VIII Уголовного Кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ). Состав данного преступного деяния, наряду со статьями 159.1-159.6 УК РФ, являлся специальным по отношению к общему составу мошенничества, закрепленному в ст. 159 УК РФ[3]. Чтобы детально охарактеризовать этот вид преступления необходимо обратиться к ряду других статей УК РФ, а также к нормам Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Так, понятие «мошенничество» раскрывается в ст. 159 УК РФ, определение и признаки предпринимательской деятельности – в п. 1 ст. 2 ГК РФ[4]. Кроме того, анализируемую норму нельзя применять в отрыве от п. 1 примечаний к ст. 158 УК РФ, которое дает общее определение хищения. Отличительными признаками мошенничества от простого хищения являются способы его совершения: *обман* и *злоупотребление правом*. Их конкретизация дана в пунктах 2, 3 Постановлении Пленума Верховного Суда Российской

[1] Федеральный закон от 29.11.2012 № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»

[2] www.bfm.ru/news/201272

[3] Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.12.2015).

[4] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016).

Федерации от 27.12.2007 № 51[1]. Следовательно, данная норма до утраты своей силы носила смешанный, отсылочно-бланкетный характер.

Вопрос о субъекте данного преступления был также решен Верховным Судом РФ в результате обобщения практики, а также в п. 3 ст. 20 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Так, в круг лиц, которые могли быть привлечены к уголовной ответственности за его совершение, входят индивидуальные предприниматели, участники (акционеры), члены органов управления коммерческой организации и их представители, осуществляющие соответствующие полномочия по управлению своим имуществом, организацией в процессе осуществления предпринимательской деятельности.[2]

Объективная сторона мошенничества в сфере предпринимательской деятельности состоит в комплексном деянии: действии при заключении сделки и получении материальной выгоды в счет взятых на себя обязательств и бездействии, выраженном в неисполнении данных договорных обязательств. Субъективная сторона характеризуется исключительно прямым преднамеренным умыслом преступника, сопряженным с обязательным элементом - корыстной целью. Мотив в данном случае играет факультативную роль.

Состав преступления материальный. В случае если речь идет о праве на чужое имущество, то окончание преступления будет совпадать с моментом юридического закрепления права на имущество за преступником, осуществляющим предпринимательскую деятельность, или соответствующими третьими лицами, то есть с момента регистрации права собственности, заключения договора, вступления в силу судебного решения и т.д.

---

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате».

[2] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога». П. 8.

Внесение в УК РФ статей 159.1-159.6, вызвала большое количество споров относительно справедливости и соразмерности санкций, предусмотренных за эти преступления, в особенности это касается ст. 159.4 УК РФ. По мнению многих юристов, это нововведение нарушает не только основные принципы уголовного права, предусматривающие равенство всех перед законом и судом независимо от «имущественного и должностного положения и других обстоятельств» (ст. 4 УК РФ), принцип справедливого назначения наказания в зависимости от характера, степени общественной опасности преступления и личности лица, совершившего его, но и посягает на конституционные нормы, составляющие «фундамент» российского законодательства. Глава 2 «Право и свободы человека и гражданина» Конституции Российской Федерации помимо охраняемого законом права каждого иметь в собственности имущество, а также свободно владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ст. 35), устанавливает всеобщее равенство перед законом и судом (ст. 19)[1]. Однако соотношение размера и видов наказания, предусмотренных статьями 159 и 159.4 УК РФ, ставят эти фундаментальные нормы под сомнение. Несоразмерность санкций особенно заметна при определении наказания в виде лишения свободы, предусмотренного ч. 3 ст. 159.4 УК РФ в соотношении с общей нормой – ч. 4 ст. 159 УК РФ. Так, за мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств, совершенное в крупном размере (а именно, на сумму более 6 млн. рублей), максимальный срок лишения свободы не превышает 5 лет, что относит его к категории преступлений средней тяжести, в то время как за аналогичный размер ущерба, но составляющий сумму от 1 миллиона рублей, квалифицируемого по общей норме о мошенничестве, этот срок составляет до 10 лет со штрафом в размере 1 млн. рублей, а соответственно, данное преступление уже относится к категории тяжких преступлений. Более того, в случае со специальной нормой штраф в

[1] *Карапетян Ю.* Законодатель недостаточно внимательно смотрел, когда принимал закон // Право.ру. 2014.

размере 1,5 млн. рублей является не дополнительным, как в санкции общей нормы, а самостоятельным наказанием.

Неудивительно, что долго такая норма существовать не могла, и 11 декабря 2014 года Конституционный Суд Российской Федерации (далее – Конституционный Суд РФ) вынес Постановление № 32-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 159.4 УК РФ в связи с запросом Салехардского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа» (далее – Постановление), в котором признал ст. 159.4 УК РФ несоответствующей статьям 19, 46 и 55 Конституции РФ в той мере, в какой явное несоответствие ущерба, причиненного данными преступлениями, предусмотренному за него наказанию, напрямую создает необоснованные привилегии для предпринимателей не только при назначении наказания, но при применении иных соответствующих институтов уголовного наказания[1], а также обязал законодателя в течение шести месяцев со дня провозглашения данного Постановления устранить выявленные нарушения, в противном случае, данная статья утратит силу[2].

Аргументируя свой вывод, Конституционный Суд РФ в п. 4.2. Постановления указал на то, что в противовес установленной им правовой позиции в отношении граждан (потребителей) как наиболее слабых субъектов гражданско-правовых отношений во взаимоотношении с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, требующих повышенную защиту, ст. 159.4 УК РФ в отличие от ст. 159 УК РФ не предусматривает в качестве квалифицирующего признака причинение значительного ущерба гражданину, а также в статье отсутствуют и иные квалифицирующие признаки мошенничества, такие как совершение данного преступления группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, лицом с использованием своего служебного положения, предусмотренные общей ст. 159 УК РФ.

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 11.12.2014 № 32-П. П. 4.3.

[2] Постановление Конституционного Суда РФ от 11.12.2014 № 32-П.

Однако не все судьи Конституционного Суда РФ согласились с вынесенным Постановлением. К.В. Арановский изложил по данному делу особое мнение. В нем он говорит о том, что признание обжалованной нормы неконституционной в связи с несоразмерностью общественной опасности является спорным, так как нет объективного мерила степени этой опасности, и в каждом случае ее определение судом будет зависеть от совокупности конкретных обстоятельств дела и состава преступления. По мнению К.В. Арановского, не совсем верным является и вывод о том, что отнесение положения ч. 3 ст. 159.4 УК РФ к категории преступлений средней тяжести нарушает принцип равноправия,. Во-первых, тот факт, что субъект данного преступления является предпринимателем, еще не означает его привилегированное положение: он как официально зарегистрированный участник экономической деятельности, заключивший договор, в отличие от «бывалых» мошенников, действующих скрыто, уже находится под государственным контролем, а следовательно, его правонарушения легче доказать. Нередко это обстоятельство используется недобросовестными предпринимателями и коррумпированными представителями правоохранительных органов в качестве способа устранения конкурентов. Также судья отмечает, что совершение таких преступлений может свидетельствовать не о преступной предрасположенности предпринимателя, а об упущениях правопорядка, о ситуации, когда легче и выгоднее нарушить закон, а не добросовестно соблюдать его. Смягчение уголовной ответственности в данном случае является мерой «улучшения делового климата», а не ограничением чьих-либо прав, поэтому и говорить о нарушении положений ст. 55 Конституции РФ нельзя. Более того, повышенная вероятность следственно-судебной ошибки в ходе доказывания мошенничества, совершенного якобы с заранее возникшим прямым умыслом, по его мнению, должна компенсироваться сдержанностью установления наказания.

Как бы там ни было, в связи с поставленным Конституционным Судом РФ условием произвести необходимые изменения норм УК РФ для устранения неконституционных аспектов предпринимательского мошенничества до июня 2015 года, в феврале 2015 года МВД опубликовало на официальном сайте предложение об исключении ст. 159.4 из УК РФ[1], и так как никаких мер по ликвидации нарушений в уголовном законодательстве предпринято не было, 12 июня 2015 года ст. 159.4 УК РФ утратила свою силу.

Глава Комитета Государственной Думы Российской Федерации по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству П.В. Крашенинников и член Комитета Р.М. Марданшин высказались за необходимость сохранения данной статьи с учетом замечаний Конституционного Суда РФ. В мае 2015 года в Государственную Думу РФ был внесен соответствующий законопроект. Согласно нему в УК РФ предполагается внести следующие изменения: сократить максимальный срок лишения свободы по ч. 3 ст. 159 с шести лет до пяти, в свою очередь в ч. 3 ст. 159.4 данную предельный размер данной санкции продлить с пяти лет до шести; в качестве объектов преступления по ст. 159.4 УК признать индивидуальных предпринимателей, организации или государство. В качестве обоснования необходимости сохранения данной статьи со столь незначительными изменениями, инициаторы поправок ссылаются на правовой характер нашего государства основанного на принципах верховенства права, законности, предполагающих правовую определенность и стабильность, а также на позицию самого Конституционного Суда РФ необходимости поддержания принципа доверия граждан закону и действиям государства, их взаимному уважению. Полная же отмена закона, введенного в действие всего пару лет назад, может подорвать значимость данных принципов, и, по сути,

[1] *Куликов В.* Отправят бизнес-классом // Российская газета. 2015. Федеральный выпуск № 6659 (88).

будет свидетельствовать о некомпетентности федерального законодательного органа власти[1].

В сущности, положения указанного законопроекта предполагают, попросту возвести мошенничество по ст. 159.4 к категории тяжких преступлений, а категорию ст. 159 понизить до преступления средней тяжести. Также из числа пострадавших от бизнес-мошенничества сопряженного с умышленным неисполнением договорных обязательств исключаются обычные граждане, причинение вреда которым будет квалифицироваться по ст. 159 УК РФ. Но внесение данных изменений лишь формально исполнит положения Постановления Конституционного Суда РФ, реального же решения проблемы они не дадут. А оно необходимо!

Но проблема здесь состоит и в том, что при поиске ее разрешения, законодателю сложно ссылаться на исторический опыт или практику зарубежных стран. В первом случае это связано с тем, что практически на протяжении всего XX в. в государстве была установлена административно-командная система экономического управления[2], и вряд ли в современных экономических условиях опыт прошлых лет будет эффективен. Что же касается мировой практики, то тут нам не на что опираться. В.Д. Зорькин, критикуя как ясно из контекста, ст. 159.4 УК РФ, отметил: «Я со всей ответственностью заявляю – ни в одной цивилизованной стране мира нет такой статьи»[3]. Даже Уголовном кодексе Германии, пример реформирования норм о мошенничестве которого и был перенят российским законодателем, нет статьи, выделяющей в качестве специально признака состава данного преступления субъекта –

[1] Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» по состоянию на 15.05.2015.

[2] *Попов Г.Х.* С точки зрения экономиста // Наука и жизнь. 1987. № 4.

[3] *Карапетян Ю.* Законодатель недостаточно внимательно смотрел, когда принимал закон // Право.ру. 2014.

предпринимателя[1]. Следовательно, сторонники сохранения в УК РФ статьи о предпринимательском мошенничестве должны исходить из собственного опыта и искать решение проблемы самостоятельно, уделяя внимание не только формальному регулированию этого вопроса, но и применению норм на практике.

Что же касается аргументов, изложенных в особом мнении судьи К.В. Арановского, то с ними, несмотря на определенную долю достоверности, тоже можно поспорить. Да, предприниматели находятся в условиях постоянного риска, но в этом сущность данной деятельности и лицу, решившему заниматься ею, не могут быть предоставлены привилегии только по указанной причине, тем более, если это касается ответственности за преднамеренное преступление.

Если столь заметное привилегированное положение в ранее установленной ст. 159.4 УК РФ было обусловлено целью прекратить репрессивное воздействие на бизнес со стороны правоохранительных органов, то уменьшение размера наказания вряд ли сможет устранить данный недостаток. Более эффективной мерой в данной случае видится установление более строгих требований к процессу доказывания субъективной стороны совершенного предпринимателем преступления в виде реального умысла и повышение компетентности сотрудников правоохранительных органов. Хотя и сроки лишения свободы по данному преступлению должны быть действительно разумными, ведь по специфике ущерба, причиненного в его результате будет более рациональным дать возможность злоумышленнику скорее восстановить нарушенное имущественное право потерпевших лиц в полном объеме, а не просто держать его за решеткой.

[1] *Серебренникова А.В.* К вопросу об ответственности за мошенничество по Уголовному кодексу Российской Федерации и Уголовному кодексу Германии: точки соприкосновения // Пробелы в законодательстве. 2013. № 6.

Д. А. Алексеева

Правовое положение лица, осужденного к пожизненному заключению

Темой статьи является правовое положение лица, осужденного к пожизненному заключению. По моему мнению этот вопрос как никогда актуален в наше время, так как сегодня по многочисленным сообщениям в телепередачах, из средств массовой информации до нас все больше и больше доходит сведений о громких делах, имеющих место в международном суде по правам человека или в нашей родной стране, связанных как раз с несоблюдением прав людей, отбывающих пожизненное наказание. Действительно, нельзя не заметить, что в отношении именно этой группы лиц присутствуют самые вопиющие нарушения прав. Возможно, это связано с недостаточно четкой регламентацией в законодательстве их правового статуса, а также способов и приёмов его защиты от посягательств третьих лиц и, в том числе, государства отбывания наказания. Чтобы более подробно и тщательно осветить эту тему, необходимо проанализировать сами основы упомянутого правового статуса, его особенностях и регламентации в законодательстве, а также реализации в жизни.

Пожизненное лишение свободы – вид уголовного наказания, который устанавливается за совершение особо тяжких преступлений, посягающих на жизнь, а также за совершение особо тяжких преступлений против общественной безопасности. как самостоятельный вид уголовного наказания был выделен совсем не так давно. Так, например, в Российском законодательстве он был введен лишь 21 июля 2004 г. Федеральным законом «О внесении изменений в статьи 57 и 205 Уголовного кодекса Российской Федерации», но практика его применения начала складываться уже очень давно (первое упоминание в официальном государственном документе российского государства относится к 1550 г.). Что касается других стран, таких как Греция, Испании и, в особенности, Англии, страны прецедентного права, использование судами этого вида наказания исчисляется еще намного большим сроком.

Поэтому применение этой санкции, её положение в системе других, а также содержание и дальнейшее развитие является одной из самых актуальных тем для исследования в правовой науке.

Применяя указанный вид наказания к конкретному человеку (гражданину или иностранному лицу), законодатель тем самым наделяет его особым правовым положением: заключенный, осужденный к пожизненному лишению свободы. Данное логическое и практическое следствие обязывает к установлению дополнительных норм, определяющих его содержание. Какими правами и обязанностями наделяется человек? Что имеет право делать, а что нет? Какое место он теперь занимает в социуме и на какое обращение вправе рассчитывать со стороны общества и государства? Все эти вопросы подробно регламентируются в границах как внутри самих стран, так и за их пределами.

Несмотря на то, что, оказываясь в месте лишения свободы, лицо приобретает новый правовой статус со своими специфическими правами и обязанностями, оно по – прежнему сохраняет за собой и уже присущие ему статусы, человека и гражданина, которые являются неотъемлемыми в силу закона. А это означает, что его права, гарантированные ему, соответственно, Международным пактом о гражданских и политических правах, Конституцией Российской Федерации и другими международными и национальными нормативно-правовыми актами, должны признаваться за ним в той же мере, как и за обычным гражданином. Именно об этом и говорит первый абзац ст. 2 «Всеобщей декларации прав человека», принятой резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1948 г., «каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения» .

В свете вышесказанного, правовое положение лица, осужденного к пожизненному лишению свободы своими корнями уходит как раз в институт

более глобальный и обширный – институт прав и свобод человека и гражданина. Уголовно – исполнительная система, чьи нормы составляют подавляющее большинство «кирпичиков», из которых складывается правовой статус заключенного, повторяют почти в слово в слово формулировки, фундаментальных прав, закрепленных за каждым из граждан в конкретной стране, но с некоторыми изъятиями в целях осуществления наказания и перевоспитания осужденных.

В качестве примера можно привести ч. 1 ст. 17 Конституции Российской Федерации. Характерной чертой этого высшего нормативного акта является «насыщенность общепризнанными в международном праве принципами, среди которых доминирующее место занимают основополагающие идеи в сфере прав и свобод человека и гражданина». Устанавливая подобную норму, российский законодатель подчеркивает особую важность и значимость этого института для государства, а также берет на себя обязанность установить и соблюдать его положения, закрепленные на международном уровне, внутри государства, и нести ответственность за их нарушение в отношении всех лиц без исключения, так как иного в статье не установлено, в том числе и в отношении лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы.

На сегодняшний день осужденные к пожизненному заключению, чьи права нарушались, может осуществить их защиту в судебном порядке, а также обжаловать собственный приговор как в своей стране, так и в международной инстанции, если не получит таковой в предыдущей или останется не удовлетворен её решением. Так и поступил Андрей Хорошенко, в отношении которого, по его мнению, установленные Российской Федерацией нормы Уголовно-Исполнительного Кодекса грубо нарушили его право на частную и семейную жизнь, гарантированные ему Конституцией РФ (ст. 23), а также запрет на дискриминацию, установленный ею же (ст. 19).

На международном уровне существует несколько официальных правовых документов, регламентирующих особенности правового статуса, осужденного к пожизненному сроку. Так, в соответствии со ст. 1 Декларации 1948 г., «каждый

человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения». Таким образом, в правовом статусе лица, приговоренного к пожизненному отбыванию наказания, закрепляются основные права и свободы, гарантированные каждому человеку на этой земле, включая право на жизнь, свободу во всех её смыслах и многие другие, а также подчеркивается его правовое равенство с другими членами общества. Более того, специально изданные документы в области Международного Уголовного Права, более подробно раскрывают и закрепляют указанную норму: «В обращении с заключенными следует подчеркивать не их исключение из общества, а то обстоятельство, что они продолжают оставаться его членами»[1], «Все лица, лишенные свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности»[2] , «все лица, подвергнутые задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности»[3].

Согласно Минимальным стандартным правилам обращения с заключенными Организации Объединенных Наций 1955 года, «заключение и другие меры, изолирующие правонарушителя от окружающего мира, причиняют ему страдания уже в силу того, что они отнимают у него право на самоопределение, поскольку они лишают его свободы. Поэтому, за исключением случаев, когда сегрегация представляется оправданной или когда этого требуют соображения дисциплины, тюремная система не должна

[1] П. 61 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными от 31 июля 1957 г.

[2] Ст. 10 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г.

[3] Принцип 1 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме от 9 декабря 1988 г.

усугублять страдания, вытекающие из этого положения». Установленный принцип, который коррелирует не только с правом на уважение частной жизни человека и гражданина, о и с большинством других прав заключенных, гарантированных им и неотъемлемым даже в силу их нового правового статуса, является основным, на который в качестве главного аргумента ссылается Европейский Суд при разрешении по вышеуказанному предмету. Это положение повторяется не только им от решения к решению, но и такие значимые международные инстанции Организация Объединенных Наций, Совет Европы от документа к документу, повторяют его, разве что используя синонимичные формулировки или прямо отсылая к нему.

Исходя из анализа мировых норм, регламентирующих правовой статус осужденного к пожизненному заключению, можно достаточно легко выявить позицию международного законодателя по этому вопросы - их права могут быть ограничены лишь настолько, насколько это необходимо для достижения целей наказания. Однако, соблюсти интересы обеих сторон в данной ситуации является достаточно трудно задачей, чтобы «с одной стороны, в максимальной степени обеспечить соблюдение прав осужденных, их законных интересов, а с другой — предоставить администрации исправительных учреждений необходимые правовые рычаги для эффективного достижения целей наказания»[1], но найти для неё оптимальное решение является первостепенным для правовой науки XXI века.

Вышеперечисленные установленные положения, сегодня конкретизируются и на государственном уровне, на котором, все теми же международными актами страны, обязавшиеся их соблюдать, наделяются «свободой усмотрения» при имплементации норм, в свой собственный правопорядок. Однако, в жизни достаточно сложно определить границы такого «усмотрения», в результате чего возникает множество споров и разногласий: в странах, которые проводят одинаковую политику в отношении прав человека и

[1] *Селиверстов В., Шмаров И.* Правовое регулирование исполнения наказаний в виде лишения свободы и смертной казни // Российская юстиция. 1997. № 5. С. 47.

гражданина, нормы, касающиеся правого статуса лиц, осужденных к пожизненному заключению, сильно разнятся по своей строгости. Например, в России минимальный срок, после которого приговоренный к пожизненному заключению может ходатайствовать об условно-досрочном освобождении, равен 25 годам, в то время как в Великобритании и Японии – уже через 12 лет заключенный имеет право просить о пересмотре приговора. Включая в правовую норму столь неясное словосочетание как «местные особенности», международный законодатель предоставляет не только возможность для субъективного толкования и конфигурации норм, но широкое пространство для злоупотребления ими.

Подводя итог, можно сделать вывод о том, что правовой стаутс лица, осужденного к пожизненному заключению мало чем должен отличаться от статуса обычного человека. Попадая в исправительные учреждения, люди не существуют в отрыве от общества, а остаются его частью, что означает следующее: за ними по-прежнему сохраняются все те гарантии, которые обеспечивает государство обычному своему жителю, все те же самые права и свободы, пусть и с некоторыми изъятиями, которые, однако, не должны быть слишком чрезмерными.

В. С. Матвеева

Съемка процесса совершения преступления: проблемы уголовно-правовой оценки

Реформирование уголовного законодательства, продолжающееся на протяжении последних лет, отражает стремление законодателя найти оптимальные формы уголовно-правового регулирования общественных отношений, учитывая их непрерывное развитие.

Всеобщая информатизация и внедрение передовых компьютерных технологий усиливает влияние медиа-пространства на все стороны социальной жизни: экономику, политику, культуру, образование. С помощью средств

массовой коммуникации определенные стереотипы внедряются в сознание людей, моделируют их поведение, внушают желания, пути и способы их реализации. Мировые информационно-коммуникационные сети, оказывают чрезвычайно важное влияние на жизнь людей во всем мире, учитывая, что это информационное поле формируется зачастую не средствами массовой информации, а самими участниками общественных отношений – пользователями.

Психологи утверждают, что наиболее активная часть пользователей – подростки – всё чаще в настоящее время «выкладывают» в Интернет видеозаписи, например, своих издевательств над сверстниками и находят массу откликов[1]. Таких видеороликов в различных социальных сетях десятки. Новыми школьными играми стали «хэппислэппинг» - «избиение для развлечения» и «кибербуллинг» - «травля в Интернете»[2]. Подростковые драки в последнее время поражают своей жестокостью, а съемка подобного процесса стала носить не вспомогательный характер, а все больше становится самой целью совершения преступления. Так, первостепенным мотивом становится уже не причинение вреда здоровью жертве, а получение «шокирующего материала», распространение которого, по мнению самих подростков, сделает их популярными. О таком явлении во всем мире говорят давно. В некоторых странах ученикам даже запретили использовать телефоны с камерой. А распространение видео побоев и драк – стало уголовным преступлением[3].

По мнению Уполномоченного при Президенте РФ по правам ребенка, «распространение подобных видео в Интернете и на ТВ значительно усугубляет психологическую травму жертвы, а сам факт широкого распространения подобных видео культивирует насилие среди несовершеннолетних и

[1] Российская газета: http://www.rg.ru/2012/06/01/pokolenie.html

[2] *Herring J.* Criminal Law: Text, Cases, and Materials - "Happy slapping" refers to an incident where the victim is attacked on film. The purpose of the attack being to distribute the film for entertainment.

[3] Cyberbullying Research Center – Sameer Hinduja and Justin W. Patchin URL: http://cyberbullying.org/Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf

провоцирует их на подобные съемки». В своем выступлении в ходе заседания комитета Государственной Думы по безопасности и противодействию коррупции Уполномоченный требует ужесточить ответственности за съемку видео, где подростки избивают сверстников[1].

Видеосъемка с издевательствами сама по себе причиняет тяжелые моральные страдания жертве, по большей части из-за страха, что данная видеозапись получит широкое распространение. Нередко это приводит к тяжелым негативным последствиям, вплоть до самоубийств. Соответственно, возникает вопрос о возможностях (либо их отсутствии) привлечения лица к уголовной ответственности лишь за одно производство цифровой съемки.

Обратившись к Уголовному закону, мы можем отметить, что на настоящий момент ответственность лишь за производство фото-кино-видео материала предусмотрена только одной статьей – 242.2 (Использование несовершеннолетнего в целях изготовления порнографических материалов или предметов).

Уголовное право России напрямую не запрещает такую форму поведения, как видеосъемка преступления, совершаемого другими лицами. Вместе с тем, можно ли предположить, что действия этого лица никак не влияют на характер данного преступления? А также, учитывая, что съемка причиняет жертве особые нравственные страдания, может ли она образовать признак особой жестокости в некоторых насильственных преступлениях? Вместе с тем, наличие объективной и субъективной связи **с** исполнителями позволяет поставить вопрос о возможности признания их **соучастниками**. Для разрешения данного вопроса следует обратиться к признакам соучастия.

Соучастием в преступлении признается умышленное совместное участие двух или более лиц в совершении умышленного преступления. Соучастниками преступления наряду с исполнителем считаются организатор, подстрекатель и

[1] Официальный сайт Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка // URL: http://www.rfdeti.ru/news/10819-upolnomochennyy-trebuet-uzhestochit-otvetstvennosti-za-semku-video-gde-podrostki-izbivayut-sverstnikov

пособник.

Исходя из анализа различных теоретических позиций, которые высказаны в отечественной науке уголовного права, на данный момент выделяются две группы признаков соучастия – объективные и субъективные. В первую группу признаков входят: участие двух и более лиц в совершении преступления (количественный признак) и совместность их участия в преступной деятельности (качественный признак). В группу субъективных признаков входят: единство умысла соучастников и их совместное участие в исключительно в умышленном преступлении. Особенно важной признается характеристика качественного признака, так как «совместность участия» означает: взаимную обусловленность преступных деяний; направленность деяний каждого из соучастников на совершение совместного преступления; общность преступного результата для всех участников и наличие причинной связи между поведением каждого соучастника и общим преступным результатом.

Решение вопроса о возможности привлечения лиц, снимающих совершение преступления, несомненно, зависит от характера самих действий, связи этого лица с непосредственными исполнителями и иных факторов. Для наглядности представляется возможным рассмотреть несколько гипотетических ситуаций, в которых вероятно участие таких лиц.

Допустим, лицо, увидевшее драку на улице, никак не связанное и не знакомое с участниками этой драки начинает снимать происходящее на свой мобильный телефон. В данной ситуации отсутствует признак «совместности участия», в особенности потому, что нет причинной связи между поведением каждого соучастника и общим преступным результатом, также нет и единства умысла, цели, мотива.

Рассмотрим другой пример, где такое лицо уже связано с исполнителем объективной стороны преступления: предположим, что некое лицо, записывает на видеокамеру материал, содержащий публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичного оправдания терроризма (ст.

205.2.УК). Тем самым оказывает техническое содействие непосредственному «герою» данного видеоролика, создавая возможность его дальнейшего распространения. В данной ситуации наличествует единство умысла двух и более лиц на совершение преступных действий и их совместное в нем участие. Соответственно, он становится соучастником указанного преступления, выступающим в роли пособника.

Но также возможна и ситуация, где лицо, производящее видеосъемку должно подлежать ответственности как соисполнитель. Например: случай, когда лицо, состоящее в сговоре с непосредственным исполнителем, снимает совершение такого преступления, как, допустим, изнасилование. Видеосъемка, как уже указывалось выше, причиняет нравственные страдания жертвы как сама по себе, так и может выступать средством подавления сопротивления из-за страха ее распространения. Если обратиться к понятию пытки в примечании к статье 117, то такие действия вполне подходят под это определение, так как причиняют жертве нравственные страдания, совершаются в целях наказания, понуждения к действиям против воли человека или в иных целях. Верховный Суд РФ в Постановлении Пленума по делам об убийстве в свою очередь указывает, что если к потерпевшему применялись пытки, то образуется признак особой жестокости. В таких составах, предусмотренных УК РФ как убийство (ст. 105), Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (ст. 111), умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью (ст. 112), истязание (ст. 117), изнасилование (ст. 131), насильственные действия сексуального характера (ст. 132), содержится квалифицирующий признак, как деяния совершенные с «особой жестокостью»[1] или «с применением пыток»[1]. Мы

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.01.1999 № 1 (ред. от 03.03.2015) «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» - Признак **особой жестокости** наличествует, в частности, в случаях, когда перед лишением жизни или в процессе совершения убийства к потерпевшему применялись **пытки**, истязание или совершалось **глумление** над жертвой либо когда убийство совершено способом, который заведомо для виновного связан с причинением потерпевшему особых страданий (нанесение большого количества телесных повреждений, использование мучительно действующего яда, сожжение

исходим из того, что раз лицо, производящее съемку одного из этих насильственных преступлений, фактически пытает этим жертву, оно становится соисполнителем объективной стороны преступления, несмотря на то, что он сам может непосредственно никого не избивать и не совершать насилие.

На основании вышеизложенного следует признать, что съемка совершения преступления, совершаемого другими лицами, когда отсутствуют признаки соучастия и эти действия не попадают под самостоятельный состав преступления, является прикосновенностью к этому преступлению, которая не влечет уголовно-правовую ответственность. Прикосновенность отличается от соучастия тем, что поведение виновных не находится в причинной связи с преступлением, совершенным другим лицом, и не способствует существенно наступлению преступного результата.

Таким образом, предлагается такое толкование, которое не требует каких-либо изменений уголовного закона и введения новых составов преступлений, а лишь обосновывает отнесение лица, снимающего на камеру определенные преступления, к тому или иному правовому статусу, в зависимости от характера его участия и связей с непосредственными исполнителями объективной стороны этого преступления.

А.Н. Ахметвалеева

Криминалистическая характеристика взяточничества

Взяточничество является одним из существенных препятствий на пути эффективного развития нашей страны и к построению правового государства.

заживо, длительное лишение пищи, воды и т.д.). Особая жестокость может выражаться в совершении убийства в присутствии близких потерпевшему лиц, когда виновный сознавал, что своими действиями причиняет им особые страдания.

[1] Прим. к ст. 117 УК («Истязание»). Под пыткой в настоящей статье и других статьях настоящего Кодекса понимается причинение физических или **нравственных страданий** в целях понуждения к даче показаний **или иным действиям**, противоречащим воле человека, а также в целях наказания либо **в иных целях.**

Безусловно, законодателем предпринимаются попытки по усовершенствованию механизмов противодействия такому негативному явлению, но в связи с тем, что взяточничество как одно из самых распространенных преступлений коррупционной направленности проявляется во многих сферах общественной жизни все в более изощренных формах, существуют некоторые проблемы в правоприменительной практике.

Преступления, определенные понятием «взяточничество», являются должностными преступлениями с исключительной степенью латентности и приспособляемости из-за их строгой конспирации, и представлены в настоящее время в уголовном законе такими составами, как получение взятки (ст. 290 УК РФ), дача взятки (ст. 291 УК РФ) и посредничество во взяточничестве (ст. 291.1 УК РФ).

Итак, криминалистическая характеристика преступлений содержит описание тех элементов, знание которых необходимы в расследовании криминальных событий ,в отличие от уголовно-правовой характеристики, которая предоставляет обязательные элементы состава уголовно-наказуемых деяний.

Как правило, наиболее значимыми элементами криминалистической характеристики любого преступления, а значит и взяточничества являются сведения об обстановке совершения преступления, о способе подготовки, совершения и сокрытия преступления, о предмете взятки, данные о личности вероятного взяткополучателя и взяткодателя, а также характерные следы преступления. Представляется логичным рассмотрение каждого из элементов в отдельности.

Элементы структуры обстановки совершения преступления применительно к взяточничеству включают в себя:

1. Временные и пространственно-конструктивные факторы. Чаще всего материализованные предметы взятки передаются в рабочее время и служебном кабинете должностного лица, тогда место передачи взятки характеризуется уединенностью, скрытностью от посторонних глаз. Однако они могут

осуществлять передачу и в нерабочее время дабы не допустить появления неожиданных свидетелей и посторонних лиц[1].

2. Производственно-бытовые факторы. Здесь необходимо заметить, что для взяточничества наиболее характерны бесконтрольность в решении важных служебных вопросов, бесхозяйственность, бюрократизм, волокита, наличие элементов круговой поруки в тех организациях ,в которой данное преступление совершается. Также следует выяснить процедуру принятия решений (коллегиально или единолично принимаются решения, кто и каким образом готовит рассмотрение вопросов, какова очередность их решения и прочие особенности функционирования органа или учреждения), и существование производственных, деловых, договорных и других связей с другими органами и организациями; личных и иных внеслужебных связей должностного лица[2].

3. Поведенческо-психологические факторы. Субъекты взяточничества, как правило, обладают широкой дискрецией полномочий, что вызвано неэффективным законодательным регулированием деятельности должностного лица, то есть возможность принятия решений по усмотрению должностного лица, отсутствие отчетности и контроля, в том числе и морального в виде кодексов чести и поведения должностных лиц.

Одним из самых важных элементов анализируемой структурной системы криминалистической характеристики являются данные о способе совершения преступления.

Взяточничество по способу его подготовки можно дифференцировать в зависимости от того, кто является инициатором данного преступления.

Если инициатором выступает взяткодатель, тогда типичные подготовительные меры по совершению взяточничества включают в себя: сбор информации о должностном лице, в чьих услугах он нуждается, оценка

---

[1] *Макаренко И.А., Эксархопуло А.А.* Криминалистика: Учебник для бакалавриата. М., 2014. С. 485.

[2] *Яблоков Н.П.* Криминалистика : учебник для прикладного бакалавриата. М., 2015. С. 262.

интересов потенциального взяткополучателя, поиски способов реализации знакомства. В данном случае взяткодатель как бы намекает или прямо указывает о возможном материальном вознаграждении за выполнение конкретных действий взяткополучателем.

В тех случаях, когда взяткополучатель инициирует совершение преступления, то тогда происходит так называемое замедление процесса выполнения требуемых действий, услуг просителя и взяткополучатель дает понять сам, либо через посредников, что для продолжения реализации интересов просителя необходимо денежное вознаграждение[1].

В уголовно-правовой практике различают две формы совершения взяточничества: открытую и завуалированную. Открытая форма взяточничества предполагает прямую передачу предмета взятки «из рук в руки» или через посредника. При завуалированной форме взятка маскируется под внешне законные формы (премии, прощение или оплата долга, фиктивное зачисление на должность и т.д.). Тем самым такая дача взятки является преимущественно распространенной в связи с возникающими сложностями в доказывании наличия факта взятки.

Также, как упоминалось ранее, одним из способ совершения преступления является передача взятки через посредников. Согласно ст.291.1. УК РФ посредничество во взяточничестве определяется как выполнение поручения взяткодателя или взяткополучателя о передаче предмета взятки либо способствование в реализации соглашения между ними о получении и даче взятки. Передача взятки через посредника обусловливает две важные криминалистические проблемы. Во-первых, в такой ситуации обычно взяткодатель и взяткополучатель лично незнакомы, и тогда это сказывается на возможности проведения отдельных следственных действий и на тактике производства отдельных из них. Так, это «исключает возможность

[1] *Макаренко И.А., Эксархопуло А.А.* Криминалистика. С. 485.

предъявления для опознания взяткодателя взяткополучателю (и наоборот)»[1]. Во-вторых, здесь возникает необходимость выяснения вопроса, «дошел» ли предмет взятки вообще или в его в полном размере до предполагаемого взяткополучателя, был ли он в действительности ему передан.

Способы сокрытия передачи взятки чаще всего обдумываются уже во время подготовки к ней. Стороны стремятся скрыть любую информацию, которая может служить доказательством их знакомства: уничтожаются и происходит фальсификация документов[2].

Предметом взятки обычно являются любые материальные ценности и услуги материального свойства, представляющую определенную выгоду для их получателя.

В настоящее время предмет взятки трансформируется в более сложные формы. Так, существуют случаи преднамеренного проигрыша взяткополучателю баснословных сумм в казино или на ипподромах, выплат завышенных гонораров за статьи и книги, написанные должностных лицом, но и факты передачи денежных средств с использованием обезличенного электронного оборота, имущественных прав на недвижимость и прочее.

Существенным признаком предмета взятки является ее размер. В уголовном законе закрепляется, что взятка значительная по размеру, если ее сумма превышает двадцать пять тысяч рублей, крупная взятка – превышающая сто пятьдесят тысяч рублей. Взятка в особо крупных размерах – превышающие один миллион рублей.

Для взяточничества как преступного деяния характерны следы личности человека, совершившего преступление, а также сведения о некоторых его личных социально-психологических свойствах и качествах, преступном опыте,

---

[1] *Баев О.Я., Пидусов Е.А.* Методика расследования взяточничества и коммерческого подкупа (в зависимости от следственных ситуаций): Учебно-методическое пособие. Воронеж, 2010. С. 68.

[2] *Макаренко И.А., Эксархопуло А.А.* Криминалистика. С. 485–486.

поле, возрасте, специальных знаний и т.п.

Существуют три категории лиц- субъектов взяточничества:

- взяткополучатель (ст. 290 УК РФ);

- взяткодатель (ст. 291);

- посредник во взяточничестве (ст. 291.1).

Ст. 290 УК РФ относит к категории взяткополучателей должностных лиц, иностранных должностных лиц и должностных лиц публичной международной организации. Для него характерны нигилистическое отношение к закону, элементы корысти, стяжательства, неразборчивости в средствах, желания получения легкой наживы, безответственности. Как правило, возраст взяткополучателей варьируется от 26 до 40 лет. К этому возрасту человек уже сформировался как в профессиональном, так и в жизненном планах. Необходимо отметить, что серьезное противодействие следователю в расследовании дела оказывают именно взяткополучатели в связи с наличием высшего образования, хороших интеллектуальных способностей и многочисленных связей[1].

Взяткодатель – это любое вменяемое лицо, достигшее шестнадцатилетнего возраста. Его должностное положение и профессия для квалификации значения не имеют. Однако существуют организованные группы взяткодателей, которые постоянно передают взятки должностным лицам, для занятий той или иной преступной деятельностью без вмешательства со стороны властей, например, наркобизнесом или контрабандой. Анализ уголовных дел свидетельствует о том, что чаще всего уголовное преследование в отношении взяткодателя (при наличии его добровольного заявления либо вымогательства) прекращается на основании примечания к ст. 291 УК РФ.

Также следует отметить, что важным является психическая деятельность субъектов взяточничества при их характеристике. Каждый субъект взяточничества действует с прямым умыслом, то есть планирует свою

[1] *Макаренко И.А., Эксархопуло А.А.* Криминалистика. С. 487.

деятельность в сознании с помощью интеллектуальных и волевых актов.

Приведенные выше элементы криминалистической характеристики взяточничества определяют особенности преступления, механизм его совершения, а потому и типового механизма следообразования от взяточничества. Выделяют следующие объекты, на которых возникают следы от взяточничества:

1.Документы. В них отражаются действие или бездействие (законное или незаконное) взяткополучателя, выполненное в интересах взяткодателя.

Здесь необходимо помнить «об общих положениях криминалистической методики – отсутствие необходимого следа от действия – тоже след. Следовательно , «негативным» объектом в данном случае является отсутствие необходимых документов, подтверждающих правомерность совершения субъектом действий в интересах лица»[1].

2. Предмет взятки и связанные с ним другие объекты, на которых отразились следы, свидетельствующие о происхождении этого предмета и о «переходе» его из собственности или владения взяткодателя взяткополучателю.

3. Память лиц, участвовавших в совершении этого преступления (взяткополучателя, взяткодателя, посредника), а также причастных к выполнению действий, выполненных в пользу взяткодателя по требованию или указанию взяткополучателя[2].

Таким образом, выделение важнейших элементов криминалистической характеристики на первоначальном этапе расследования взяточничества позволяет следователю выстроить криминалистические версии и определить оптимальные направления расследования. Однако не стоит забывать, что уголовное преследование взяточничества всегда сталкивается с некоторыми проблемами из-за его латентного характера.

---

[1] *Баев О.Я., Пидусов Е.А.* Методика расследования взяточничества и коммерческого подкупа. С. 70.

[2] Там же. С. 71.

М.О. Мангасарян

Проблема определения оснований применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания

Институт условно-досрочного освобождения от отбывания наказания (далее – УДО) занимает важное место среди различных видов досрочного освобождения от отбывания наказания. УДО - довольно распространённый институт уголовного законодательства и применяется сегодня ко всем осужденным, отбывающим содержание в дисциплинарной воинской части, принудительные работы или лишение свободы, в том числе и пожизненное. УДО является важнейшим стимулом исправления осужденных и их правомерного поведения.

На сегодняшний день отсутствуют четкие критерии в определении оснований УДО, вследствие чего возникают сложности при его применении. При всей своей значимости, некоторые вопросы, касающиеся УДО, не были достаточно освещены в научной литературе и в уголовном законодательстве, что не позволяет всецело систематизировать и понять природу данного института.

Несмотря на то, что институт УДО был знаком отечественному уголовному праву еще с 19 века, официальное признание он получил лишь в 1909 году в Законе «Об условно-досрочном освобождении»[1].

Данный институт неоднократно вводился и отменялся, что свидетельствовало о гуманизации или ужесточении законодательства новой власти. В период революции сфера применения института УДО значительно расширилась.1 августа 1917 года Временным правительством было принято постановлении «Об условно-досрочном освобождении»[2]. Придя к власти и отказавшись от многих институтов революционного периода, советское

[1] Закон от 22 июня 1909 г. «Об условно-досрочном освобождении».

[2] Постановление Временного правительства от 1 августа 1917 г. № 1326 «Об условно-досрочном освобождении».

правительство сохранило институт УДО. Он содержался в Декрете № 1 «О суде» 1917 года[1], в постановлении Народного Комиссариата Юстиции «О досрочном освобождении» 1918 г.[2].

Данная тенденция в сторону гуманизации в 30-х годах сменилась на ужесточение наказаний и ограничение освобождения от наказания, следствием чего стала отмена УДО 15 июня 1939 г. Указом Президиума Верховного Совета СССР [3]. Восстановление института УДО произошло лишь в 1954 г., тогда он применялся ко всем категориям осужденных[4]. В Уголовном кодексе РСФСР 1960 года были внесены значительные изменения, касающиеся категорий заключенных, к которым такое освобождение не могло применяться.

В Уголовном кодексе 1996 г. (далее – УК РФ[5]) институт УДО был включен с существенными изменениями и в ходе реформ уголовного законодательства 1996–1997 гг. сформировались действующие правовые институты, включая УДО.

Согласно ст. 79 УК РФ УДО представляет собой освобождение осуждённого от дальнейшего отбывания назначенного ему наказания в виде содержания в дисциплинарной воинской части, принудительных работ или лишения свободы, включая пожизненное, после фактического отбытия им срока, установленного законом. При этом судом должно быть признано, что лицо не нуждается в полном отбывания наказания, и возместило вред, причиненный преступлением, в установленном судом размере. Как отмечает

---

[1] Декрет СНК РСФСР от 24 октября 1917 «О Суде» № 1. Ст. 7.

[2] Постановление Народного Комиссариата Юстиции от 25 ноября 1918 г. «О досрочном освобождении (инструкция)». Ст.1.

[3] Указ Президиума Верховного Совета СССР от 15 июня 1939 г. № Вс - 30/с «Об отмене условно-досрочного освобождения для осужденных, отбывающих наказание в ИТЛ НКВД СССР». Ст. 1.

[4] Указ Президиума Верховного Совета СССР от 24 апреля 1954 года «О порядке досрочного освобождения от наказания осужденных за преступления, совершенные в возрасте до 18 лет».

[5] Здесь и далее: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ.

М.А. Богданов, «всякое наказание - это, прежде всего, правоограничение, а освобождение от наказания – восстановление в правах. Закон ограничивает условно-досрочно освобожденных в правах, возлагая на них определенные обязанности. Следовательно, освобождение от наказания является неполным»[1].

Действительно для того, чтобы лицо было освобождено от отбывания назначенного наказания, должны быть определенные основания и он должен соблюдаться после освобождения ряд условий.

Ст. 79 УК РФ устанавливает основания, сроки, которые необходимо отбыть осужденному, прежде чем в отношении него будет применено УДО. Отдельно раскрываются условия освобождения лиц, отбывающих пожизненное лишение свободы. Ст. 93 посвящена условно-досрочному освобождению несовершеннолетних и к особенностям применения института в отношении данных лиц.

С начала 2000-х гг. постоянно вносились изменения в УК, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – УПК РФ)[2], Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации (далее – УИК РФ)[3], что во многом повлияло на категории лиц, к которым применяется УДО, на условия, основания и порядок его применения.

Основания применения УДО можно разделить на два вида: материальные и формальные[4]. Первым формальным основанием является вид наказания, при отбытии которого может применяться условно-досрочное освобождение. Такими наказаниями, как уже говорилось ранее, являются: содержание в дисциплинарной воинской части, принудительные работы, лишение свободы, в

---

[1] *Богданов М.А.* Эволюция института условно-досрочного освобождения в российском законодательстве. С. 26.

[2] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ.

[3] Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 8 января 1997 г. № 1-ФЗ.

[4] *Ценова Т.Л., Малин П.М.* Реформа института условно-досрочного освобождения от отбывания наказания // Российский следователь. 2005 г. № 12. С. 25.

том числе и пожизненное. Вторым же формальным основанием применения условно-досрочного освобождения выступает фактическое отбытие лицом части срока, назначенного в приговоре. Федеральный закон от 9 марта 2001 г. изменил требования для условно-досрочного освобождения путем снижения минимального срока, который должно отбыть лицо[1]. Сроки зависят от степени тяжести преступления, за которое лицо отбывает наказание.

В ч. 3 ст. 79 УК РФ устанавливается, что за преступление небольшой или средней тяжести лицо должно фактически отбыть не менее одной трети срока наказания, за тяжкое преступление не менее одной второй, за особо тяжкое преступление - не менее двух третей. За преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетних, а также за тяжкие и определенные особо тяжкие преступления, указанные в пункте «г» части 3 статьи 79, необходимо отбыть не менее трех четвертей срока наказания, а за преступления против половой неприкосновенности лиц, не достигших четырнадцатилетнего возраста, не менее четырех пятых. При этом срок фактического отбывания наказания должен быть не менее шести месяцев (ч. 4 ст. 79). Лицо же, которое осуждено на пожизненное лишение свободы, должен фактически отбыть не менее двадцати пяти лет.

Сроки, установленные в УК, являются минимальными и на практике необходимый уровень исправления констатируется далеко не всегда к моменту фактического истечения минимального срока[2].

Как правило, при определении и применении формальных оснований УДО не возникают сложности, чего нельзя сказать об определении перечня материальных оснований и о критериях их оценки.

Материальным основанием УДО является утрата осужденным

---

[1] Федеральный закон от 9 марта 2001 г. № 25-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации и другие законодательные акты Российской Федерации». Ст. 1.

[2] *Ценова Т.Л,.Малин П.М.* Реформа института… С. 26.

общественной опасности и возможность его окончательного исправления без дальнейшего отбывания наказания. Необходимо отметить, что до сих пор не выработаны реальные критерии оценки степени исправления лиц, осужденных к лишению свободы. Требование ст. 79 УК РФ говорит о том, что процесс исправления должен достичь такой стадии, когда может быть прекращено воздействие основных средств исправления, свойственных уголовному наказанию, на осужденного и достаточно только осуществление контроля со стороны уполномоченного государственного органа. Таким образом, условно-досрочному освобождению предшествует убежденность суда в том, что осужденный достиг определенной степени исправления. Возможности окончательного исправления без полного отбывания наказания относится к оценочным критериям.

В связи с такой неопределенностью, с возникновением вопросов при применении УДО, Пленум Верховного Суда РФ обобщил судебную практику в своем постановлении от 21 апреля 2009 г. № 8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания»[1]. При этом все равно не выработались четкие критерии определения оснований применения данного института. В нем лишь отмечается, что суды не вправе отказать в УДО по основаниям не указанным в законе, таких, как наличие прежней судимости, мягкость назначенного наказания, непризнание осужденным вины, кратковременность его пребывания в одном из исправительных учреждений и другие обстоятельства. Кроме того, в Постановлении указано, что наличие или отсутствие у осужденного взыскания не может служить как препятствием, так и основанием УДО (пункт 6).

Пленум также указывает, что поскольку характер и степень общественной опасности совершенного преступления и тяжесть наступивших

[1] Здесь и далее: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 апреля 2009 г. № 8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания».

последствий служат критериями для установления сроков, указанных в ст. 79, 80 и 93 УК РФ, а также учтены судом в приговоре при назначении наказания осужденному, они не могут являться основаниями для отказа в удовлетворении ходатайства (п. 6).

Как отмечает кандидат юридических наук О.В. Макарова, либерализация и гуманизация уголовного законодательств не должна допускать дисбаланса между интересами потерпевших и правами осужденных[1]. Поэтому с недавних пор к материальным основаниям применения УДО также добавилось требование возмещения вреда (полностью или частично), причиненного преступлением, в размере, определенном решением суда[2]. Интересным представляется тот факт, что сегодня частичное или полное возмещение вреда, причиненного преступлением, является, с одной стороны, самостоятельным оснований условно-досрочного освобождения, с другой, свидетельствует об исправлении осужденного. Так в ч. 1 ст. 175 УИК РФ написано, что «… для дальнейшего исправления осужденный не нуждается в полном отбывании назначенного судом наказания, поскольку в период отбывания наказания он возместил вред (полностью или частично), причиненный преступлением…».

Обращаясь к такому основанию применения УДО, как возмещение полностью или частично вреда, причинённого преступлением, Пленум Верховного Суда указывает, что если что осуждённый применял меры для возмещения вреда, но в силу объективных причин возместил только в незначительном размере, суд не вправе отказать в УДО лишь на этом основании (п. 7).

Изучив основания УДО можно утверждать, что данный аспект является самым неопределенным в вопросе о применении института. В вопросе о применении УДО очень велик оценочный фактор и велика роль усмотрения

---

[1] *Макарова О.В.* Условно-досрочное освобождение от отбывания наказания и его применение // Журнал российского права. 2014. № 10. С. 98.

[2] Закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования прав потерпевших в уголовном судопроизводстве».

суда. Поскольку законодательство не содержит норм, которые бы четко определяли основания, критерии исправления осужденного, усложняется работа судов, вносятся излишние элементы субъективизма в их деятельность. До тех пор пока законодатель и Пленум Верховного Суда не выработают четких норм, положений определяющих данные критерии, вопрос о применение УДО будет затруднительным и УДО будет неэффективным.

М. В. Миклина

Актуальные проблемы института судимости

Данная статья посвящена наиболее актуальным проблемам института судимости. Многие исследователи обращались к данной теме, поэтому автор статьи, изучив ранее изложенные точки зрения, выделил наиболее интересные и актуальные аспекты.

Первое, на что автор хочет обратить внимание, это отсутствие законодательного закрепления формального понятия судимости. В статье 86 УК, которая посвящена судимости, не дается определение понятия, а даются лишь некоторые положения о том, с какого момента лицо считается судимым и условия погашения судимости. В связи с этим возникают вопросы о сущности данного уголовно-правового явления. Чтобы урегулировать данный пробел Конституционный Суд в Постановлении 2003 г. №3-П дал определение данного правового явления, в соответствии с которым «судимость представляет собой правовое состояние лица, обусловленное фактом осуждения и назначения ему по приговору суда наказания за совершенное преступление и влекущее при повторном совершении этим лицом преступления установленные уголовным законодательством правовые последствия; имеющаяся улица непогашенная или неснятая судимость порождает особые, складывающиеся на основе уголовно-правового регулирования публично-правовые отношения его с государством,

которые при совершении этим лицом новых преступлений служат основанием для оценки его личности и совершенных им преступлений как обладающих повышенной общественной опасностью и потому предполагают применение к нему более строгих мер уголовной ответственности.» Однако, в соответствии со ст. 1 УК РФ уголовное законодательство состоит из Уголовного кодекса. В связи в этим возникает вопрос почему данное определение не включено в специальную статью о судимости во избежание правовой неопределенности.

Во-вторых, в соответствии с п. б ч. 4 ст. 18 УК РФ при признании рецидива преступлений не признаются судимости за преступления, совершенные лицами до 18 лет. Однако, полноценная уголовная ответственность наступает с 16 лет. Автор считает, что логичнее было бы уравнять возраст учета рецидива и возраст начала уголовной ответственности, если сама судимость учитывается также с 16 лет, хоть и в сокращенных пределах.

В-третьих, некоторые авторы считают, что необходимо вернуть минимальные пределы наказания по тяжести рецидива, упраздненных Федеральным законов №162-ФЗ 2003 г. На взгляд автора, это будет способствовать необоснованному усилению уголовного наказания и не будет соответствовать принципу соразмерности наказания совершенному деянию. Достаточно установленного в ст. 68 УК минимума, остальное должно решаться судом с учетом всех обстоятельств.

В-четвертых, особенно злободневной представляется проблема соотношения судимости и уголовной регистрации. Некоторые исследователи считают, что вместе со снятием судимости лицо должно сниматься с официального учета, и напоминание о его прежней судимости не должно происходить. Подобное мнение вызывает двоякую оценку, так как судимость является своеобразным маркером, характеризующим наиболее опасных членов общества, которых нельзя допускать к участию в особо важных сферах общества. Например, ранее судимым лицам нельзя занимать должность судьи, работать в полиции, существует запрет призыв к службе в армии за неснятую

судимость. С другой стороны, происходит открытая дискриминация, которая запрещена ч. 6 ст. 86 УК, и человек исправившийся не имеет шанс на возобновление нормальной жизни, даже будучи законопослушным.

В соответствии с ч. 4 ст. 86 УК срок погашения судимости при досрочном освобождении исчисляется исходя из фактически отбытого наказания. Соответственно, норма не предполагает исключений. Однако, встает вопрос об исчислении сроков судимости для лиц, страдающих психическими расстройствами в момент реализации последствий судимости. Например, Ю.М. Ткачевский считает, что последствия судимости не могут быть применены к таким лицам, так как они не осознают ограничений, а соответственно не достигаются цели уголовного наказания. Однако сложнее стоит вопрос о лицах, совершивших новое преступление в состоянии ремиссии. Применимы ли к ним последствия судимости? Если да, то в какой мере? Как отграничить состояние ремиссии от состояния, предшествующего ей? К сожалению, на этот счет нет никакой законодательной регламентации, поэтому здесь можно руководствоваться только субъективным мнением. Автор считает, что последствия судимости должны применяться таким лицам, если врач-эксперт установил стойкую ремиссию и адекватность.

Таким образом, в институте судимости, как и в любой другой сфере уголовного права, существует немало проблем, которые необходимо разрешать, делая процесс применения наказания четким, конкретизированным и справедливым, отвечающим целям уголовного наказания.

М.Н. Афошина

Отдельные проблемы, возникающие в теории и на практике, применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания в России

Институт условно-досрочного освобождения (далее – УДО) является одним из самых распространенных видов досрочного освобождения от

отбывания наказания[1], среди таких, как замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания (ст. 80 УК РФ), освобождение от наказания в связи с изменением обстановки (ст. 80.1 УК РФ), освобождение от наказания в связи с болезнью (ст. 81 УК РФ), отсрочка отбывания наказания (ст. 82 УК РФ), отсрочка от отбывания наказания больным наркоманией (ст. 82.1 УК РФ), освобождение от отбывания наказания в связи с истечением сроков давности обвинительного приговора суда (ст. 83 УК РФ), в силу акта амнистии (ст. 84 УК РФ) или помилования (ст. 85 УК РФ).

Исторически условно-досрочное освобождение по своей правовой природе является комплексным и межотраслевым институтом, который предусмотрен статьями уголовного, уголовно-исполнительного и уголовно-процессуального законодательства, также особенности его применения раскрываются в ряде решений Конституционного Суда РФ[2] и иных судебных органов[3]. Изучение истории развития условно-досрочного освобождения и анализ законодательства говорит о его поощрительной правовой природе, ведь предоставление связывается с правомерным поведением осужденного, его отношением к труду, обучению, проводимым воспитательным мероприятиям.

Хотелось бы заметить, что уголовная юстиция в России развивается достаточно активно. Так, министр юстиции РФ сообщил, что «в законодательстве РФ могут появиться нормы, в соответствии с которыми осужденные, соблюдающие правила содержания и посещающие

Бурчихин А.Н. Предупреждение преступлений, совершаемых лицами, условно-досрочно освобожденными из мест лишения свободы. Автореф. … канд. юрид. наук. Рязань, 2012. С. 6.

[2] Определение КС РФ от 1 июля 2006 г. № 406, Определением КС РФ от 20.10.2005 г. № 388-О; Определение КС РФ от 20 февраля 2007 г. № 110-О-П; Постановление КС РФ от 26 ноября 2002 г. № 16-П и др.

[3] Надзорное определение Верховного Суда РФ от 28.09.2010 г. № 37-Д10-17; Постановление Пленума Верховного Суда от 11.01.2007 № 2; Постановление Пленума Верховного Суда от 29.10.2009 № 20 и др.

«реабилитационные программы», освобождаются досрочно автоматически»[1].

Рассматривая практику применения УДО от отбывания наказания в России, могут возникать отдельные вопросов. Данная работа будет посвящена анализу отдельных проблем теории и правоприменения УДО в России.

Начать стоит с того, ко всем ли видам наказания применим институт УДО? В УК РФ выделяются 13 видов наказания, которые могут быть как основными, так и дополнительными. Важно отметить, что УДО согласно статье 79 УК РФ применяется к лицам, отбывающим наказание в виде:

1. содержания в дисциплинарной воинской части;
2. принудительных работ;
3. лишения свободы на определенный срок;
4. пожизненного лишения свободы.

В теории уголовного права существует несколько классификаций наказания, но в этой части необходимыми для нас станут: основные, дополнительные, срочные и не связанные с установлением определенного срока. Поскольку выделены наказания, к которым можно применить УДО, а также названы их виды, то стоит постараться объяснить каковы же критерии применимости УДО на практике. Во-первых, исходя из названия «условно – досрочного освобождения», данный вид освобождения от наказания явно связывается с определенными сроками. В связи с тем, что к срочным видам наказания относятся: обязательные и исправительные работы, содержание в дисциплинарной воинской части, лишение свободы на определенный срок, а также его альтернатива в виде принудительных работ и др., соответственно, к ним, по общему правилу, институт УДО применяется без каких-либо ограничений. Что же касается наказаний, не связанных с определенным сроком (штраф, пожизненное лишение свободы[2], смертная казнь и др.), то на них

[1] Минюст предлагает радикальные изменения в системе условно-досрочного освобождения. URL: http://www.rg.ru/2010/12/16/udo-site.html (дата обращения: 10.04.2016).

[2] Пожизненное лишение свободы - альтернатива смертной казни за совершение тяжких преступлений, посягающих на жизнь человека, а также специальная разновидность

внимание будет остановлено более пристально. Так, например, штраф как наказание не связывается с определенным сроком, значит и досрочно освободиться от него нельзя. Логичен вопрос, о возможности выплаты процента из заработной платы (удержания из заработной платы) на протяжении определенного срока, а впоследствии применения к лицу УДО. Законодательное регулирование констатирует, что вопрос удержаний из заработной платы регулируется нормами трудового законодательства, а также не исключает уголовной, административной и иной ответственности. Соответственно, штраф как основное и без определенного срока наказание не предусматривает освобождения по УДО в силу своей малозначительности, поскольку осужденный остается на свободе и в силах выплатить назначенную судом сумму, тем более что это носит характер возмещения причиненного ущерба[1]. Если рассмотреть штраф как дополнительное наказание, то по ППВС РФ от 21.04.2009 №8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания» суд вправе освободить осужденного от дополнительного вида наказания или же наоборот возложить на него таковое. Полагается, что соответствующее расширение сферы применения УДО, т.е. его распространение

срочных наказаний. УК РФ исходит из принципа, что минимальная продолжительность пожизненного лишения свободы не может быть ниже максимальной продолжительности «срочного» наказания. Вопрос о том, считается ли пожизненное лишение свободы срочным или не связанным с определенным сроком видом наказания достаточно актуален, поскольку мы наблюдаем в этой связи как минимум два определенных срока: отбытие в исправительном учреждении до УДО 25 лет, а также срок жизни преступника, ведь именно с окончанием его жизни и связывается прекращение отбывания наказания.

[1] Логичен вопрос о справедливости применения штрафа за дачу взятки в кратном ей размере, в соответствии с поправками в УК РФ. Полагается, что как взяткодатель, так и взяточник осознают характер своих действий, а также то, что своими действиями они наносят ущерб не друг другу, а исключительно государству (в определенной сфере деятельности). Соответственно, такие высокие штрафы как основное наказание вполне обосновано (в рамках активной программы борьбы с коррупцией), тем более что более тяжкое наказание – лишение свободы в данном случае остается альтернативным, а вот лишение права занимать определенные должности ограничивается лишь трехлетним сроком.

как на срочные и бессрочные, а также основные и дополнительные виды наказания, является вполне логичным и обоснованным. По сути, уголовное наказание своей целью имеет восстановление социальной справедливости, лишь только затем исправление осужденного и превенцию совершения новых преступлений. Соответственно, поскольку штраф представляет собой четко определенную сумму, которой оценен ущерб, нанесенный совершенным преступлением, то для восстановления социальной справедливости он должен быть выплачен полностью. В связи с тем, что ущерб иного рода (не материальный) достаточно сложно оценим, то применяются другие виды наказания, а также и иные правила от их освобождения, то есть баланс считается восстановленным после того как к лицу, совершившему преступление было применено наказание, а в дальнейшем основной целью становится его исправление и как только оно начнет стабильно исправляться, то к нему справедливо применимо УДО.

Хотелось бы заметить, что к такому виду наказания как лишение специального права, УДО на практике применимо не было, но в феврале 2015 года в Государственную Думу РФ был внесен законопроект, предусматривающий УДО водителей от наказания в лишения водительских прав[1]. О том, что произойдет с подобным законопроектом пока неизвестно, но уже сама его идея достаточно интересна.

Более подробно в теоретической части работы стоит остановиться на применении УДО к лицам, осужденным к пожизненному лишению свободы, а также к тем, которым смертная казнь была заменена в порядке помилования на лишение свободы (в том числе пожизненное).

Несмотря на название, пожизненное лишение свободы не всегда является таковым на практике. УДО лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, как отмечается некоторыми специалистами, в контексте очевидного

[1] Водительские права могут быть возвращены по УДО. URL: http://actualcomment.ru/voditelskie-prava-mogut-byt-osvobozhdeny-po-udo.html (дата обращения: 10.04.2016).

противоречия частных интересов осужденного и потерпевшего, при наличии отдельных, публичных интересов общества, можно рассматривать как своего рода уголовно – правовой компромисс между осужденным, потерпевшим и государством[1].

Основаниями УДО от отбывания пожизненного лишения свободы являются: 1) признание судом того, что осужденный для своего исправления не нуждается в дальнейшем отбывании наказания; 2) отсутствие у осужденного злостных нарушений режима в течение предшествующих трех лет[2]; 3) фактический отбытый осужденным срок наказания не менее 25 лет лишения свободы; 4) несовершение осужденным тяжких и особо тяжких преступлений в период отбывания наказания (часть 5 статьи 79 УК РФ). Полагается, что лицо, осужденное к пожизненному лишению свободы, совершило особо тяжкое преступление или же по совокупности, и для его исправления суд назначает именно такую меру наказания, соответственно отношение к нему должно быть строже в связи с особой социальной опасностью. Трудно согласиться с правилом о необходимости отсутствия у осужденного злостных нарушений исключительно в течение трех лет до УДО, а не по общему правилу, в течение всего срока, ведь для становления на путь исправления, исправления и контроля за этим подобного срока в три года для подобного лица будет явно недостаточно. Также это несправедливо по отношению к осужденным на

---

[1] См.: *Казакова Е.Н.* Условно – досрочное освобождение от отбывания пожизненного лишения свободы: проблемы и пути их решения // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 3 (8). С. 42.

[2] Стимулы процесса исправления осужденных, если они находятся в очень отдаленной перспективе (25 лет), способны практически нивелироваться. Он утверждает, что подобные сроки, отличные от общего правила, являются для осужденного определенного рода мотивацией для соблюдения порядков пребывания в исправительном учреждении и сохраняют возможность освободиться по УДО. В связи с проводимой в стране политикой гуманизации и либерализации наказаний даже к лицам, совершившим особо тяжкие преступления и приговоренным к пожизненному лишению свободы возможно применить УДО, но лишь с соблюдением вышеназванных ограничений. См.: *Михлин А.С.* Проблемы условно-досрочного освобождения. М., 1982. С. 75.

определенный срок, поскольку им нельзя совершать злостных нарушений на протяжении всего срока отбывания наказания.

В связи с этим возникает вопрос, вправе ли осужденный, приговоренный к смертной казни, одаренный государством помилованием, рассчитывать на дальнейшее смягчение своей участи? С таким вопросом в Конституционный суд РФ обратился гражданин, осужденный к смертной казни (Приговор от 7.12.1989 г.). Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 15.11.1990 г. он был помилован, и смертная казнь ему была заменена лишением свободы на 20 лет. Отбыв 15 лет и 6 месяцев лишения свободы, он обратился в суд с ходатайством об УДО. В удовлетворении ходатайства было отказано со ссылкой на то, что УДО применяется к лицам, отбывающим наказание, назначенное непосредственно по приговору суда; поскольку ему по приговору было назначено наказание в виде смертной казни и эта мера заменена лишением свободы сроком на 20 лет в порядке помилования, на него не распространяются правила статьи 79 УК РФ (Постановление от 6.09.2005 г.).

В Определении от 11 июля 2006 г. № 406 – О[1] по данной жалобе КС РФ признал, что статья 79 УК РФ по своему конституционно-правовому смыслу не препятствует применению УДО от наказания в отношении лиц, которым назначенное по приговору суда наказание в виде смертной казни было в порядке помилования заменено на лишение свободы. КС РФ указал, что закрепленное в части 3 статьи 50 Конституции РФ право каждого осужденного за преступление обращаться с просьбой о помиловании или о смягчении наказания, будучи непосредственным выражением конституционных принципов уважения достоинства личности, гуманизма и справедливости, предполагает для каждого осужденного возможность добиваться смягчения своей участи, в том числе в судебном порядке, вплоть до полного снятия всех

[1] Определение КС РФ от 1 июля 2006 г. № 406-О «По жалобе гражданина Груздева Алексея Александровича на нарушение его конституционных прав статьей 79 УК РФ и частью 3 статьи 399 УПК РФ» // Собрание законодательства Российской Федерации. 08.01.2007. № 2. Ст. 403; Вестник Конституционного суда. 2007. № 1.

ограничений в правах и свободах.

По общему правилу осужденный, совершивший особо тяжкое преступление, может быть отпущен условно-досрочно только после отбытия в исправительном учреждении не менее двух третей назначенного судом срока, поскольку при применении к лицу пожизненного заключения мы не можем его рассчитать, то к ним применяется правило об обязанности отбытия 25 лет лишения свободы. Безусловно, суды, назначая пожизненное лишение свободы, не ограничиваются 25 годами, но по уже сложившейся практике, этого срока достаточно для исправления осужденного, становления на путь исправления, готовности для ресоциализации в обществе и использования возможности ходатайствовать об УДО. В рассматриваемом деле КС РФ пришел к выводу, что положения статьи 79 УК РФ, вопреки утверждению заявителя о том, что результатом акта помилования является применение особого вида наказания, на который эти положения не распространяются, не могут толковаться как исключающие УДО лиц, приговоренных к смертной казни, которым данный вид наказания в порядке помилования был заменен на лишение свободы. Поэтому такой осужденный может быть освобожден условно-досрочно по отбытии 16 лет и 8 месяцев. Но с подобным решением КС РФ не соглашается К.В. Михайлов, который полагает, что замена смертной казни в порядке помилования лишением свободы сроком на 25 лет уже само по себе является чрезвычайным смягчением назначенного наказания, а потому УДО должно быть исключено ранее полного отбытия этого срока[1]. Предполагаем, что лицо, приговоренное к смертной казни, но впоследствии получившее пожизненное лишение свободы имеет право на УДО ввиду ряда причин. Во-первых, отбытие более 16 лет в исправительном учреждении считается достаточным для его исправления, а также восстановления социальной справедливости. Во-вторых, в соответствии с принципами гуманизма даже такой преступник имеет право на

[1] См.: *Михайлов К.В.* Совершенствование уголовно – правовой регламентации условно – досрочного освобождения отдельных категорий осужденных // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2008. № 5. С. 26.

ходатайство об УДО и дальнейшего освобождения из мест лишения свободы. В-третьих, освобождение граждан экономически более выгодно для государства, нежели их содержание в местах лишения свободы. И, наконец, в-четвертых, государству стоит дать подобному гражданину возможность ресоциализации в обществе.

Таким образом, КС РФ исходит из того, что федеральному законодателю предоставлена достаточно широкая свобода усмотрения в вопросах регулирования института УДО. Так, он вправе не только дифференцировать порядок УДО применительно к различным категориям осужденных, но и установить запрет на возможность такого освобождения по отношению к отдельным категориям лиц.

А. В. Андреянова

Допрос, предшествующий предъявлению для опознания

Предъявление для опознания можно определить, как самостоятельное следственное действие, представляющее собой одновременно психологический акт, сущность которого заключается в отождествлении предъявляемого опознающему объекта тому объекту, образ которого зафиксировался у него в памяти. Следователь может предъявить для опознания лицо или предмет свидетелю, потерпевшему, подозреваемому или обвиняемому. Для опознания может быть предъявлен и труп[1]. Анализируя схемы психологического процесса узнавания и процессуального опознания, можно было бы сделать вывод о том, что они совпадают в общих чертах. Однако содержание процессуального опознания все же представляется отличным от обычного узнавания, так как оно определяется не только объектом, но и такими факторами, как эмоциональный

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001г. № 174-ФЗ. Ч. 1 ст. 193.

фон процесса, мотивация процесса и условия, в которых он проходит[1].

В соответствии с ч. 2 ст. 193 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации предварительный допрос опознающего об обстоятельствах, при которых он видел предъявленные для опознания лицо или предмет, а также о приметах и особенностях, по которым опознающий может их опознать, является обязательным условием предъявления для опознания.

Результаты допроса, предшествующего предъявлению для опознания, влияют на эффективность последующего процессуального опознания. На практике же возникает проблема, характеризующаяся недостаточно подробным выяснением у допрашиваемого лица необходимых для опознания идентификационных признаков объекта, подлежащего предъявлению для опознания. Из анализа материалов уголовных дел следует, что количество случаев, когда необходимые сведения о внешности опознаваемого лица выяснены в полном объеме, составило всего 28 %, а количество случаев, когда сведения о внешности опознаваемого лица выяснены лишь поверхностно – 72 %[2].

Выделяют основной и дополнительный допрос[3]. Основной допрос, в процессе которого опознающий давал показания об обстоятельствах восприятия подлежащего предъявлению для опознания объекта, а также о его отличительных чертах, может быть произведен задолго до предъявления для опознания. Дополнительный же допрос производится непосредственно перед предъявлением для опознания. Согласно проведенному Манцуровой Л.А. исследованию, основных допросов, предшествующих предъявлению для

---

[1] *Мазунин Я.М.* Особенности тактики допроса, предшествующего предъявлению для опознания // Вестник Омской юридической академии. 2013. № 2 (21). С. 95.

[2] *Иванова Л.Ф.* Тактико-психологические приемы предварительного допроса опознающего // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». 2015. Т.15. № 1. С. 31.

[3] См., напр.: *Мазунин Я.М.* Особенности тактики допроса… С. 97; *Иванова Л.Ф.* Тактико-психологические приемы предварительного допроса опознающего. С. 30.

опознания, – 89%, дополнительных – 11%[1].

Так как при проведении дополнительного допроса уже имеются показания опознающего, данные им в процессе основного допроса, то у следователя возникает возможность ознакомления опознающего лица с названными показаниями. С одной стороны, подобное действие будет способствовать оживлению в памяти важных деталей опознаваемого объекта: использованные опознающим лицом слова и выражения станут основой восстановительного процесса, итоговой целью которого является воссоздание имеющегося в памяти образа опознаваемого объекта путем перехода соответствующей информации, находящейся на уровне латентного слоя памяти в активный слой. С другой стороны, не исключается потенциальная возможность снижения уровня достоверности полученных результатов анализируемого следственного действия, так как в процесс ознакомления с уже имеющимися показаниями опознающий может невольно сконструировать новый образ, отличающийся от того, что в действительности сложился у него при восприятии опознаваемого объекта.

Формы восприятия объекта различны: визуальная, запаховая, звуковая, на ощупь или комплексная. В связи с этим при допросе выясняются соответствующие признаки опознаваемого объекта, которые сформировались в процессе его восприятия в той или иной форме. Для того, чтобы помочь допрашиваемому описать объект, особенно приметы человека, следователь может использовать средства наглядной демонстрации - рисунки, диапозитивы с изображением отдельных частей лица человека, цветовые таблицы (шкала цветов), компьютерные, композиционные портреты, что позволит преодолеть возможные затруднения при описании отдельных примет объекта[2].

---

[1] *Манцурова Л.А.* Особенности тактики допроса, предшествующему предъявлению для опознания, и использование его результатов при подготовке к опознанию. Хабаровск, 2015. С. 30.

[2] *Манцурова Л.А.* К вопросу о целесообразности производства опознания в зависимости от результата допроса опознающего лица // Адвокатская практика. 2012. № 1. С. 6.

Предложение опознающему рассказать о тех обстоятельствах, которые сопутствовали процессу восприятия опознаваемого объекта, а также предшествовали и следовали за моментом ознакомления опознающего с тем или иным предметом или человеком является одним из возможных приемов допроса перед опознанием, направленного на воссоздание в памяти опознающего лица необходимой информации. После подобного рассказа в свободной форме следователь может задать ряд вопросов, имеющих целью конкретизацию, дополнение и уточнение изложенной информации для того, чтобы максимально правильно зафиксировать переданные опознающим лицом особенности опознаваемого объекта. Очередность вопросов, раскрывающих описание отдельных признаков частей тела человека, должна соответствовать принятой в криминалистике системе описания по методу словесного портрета. Первоначально отмечаются пол, рост, примерный возраст человека. Затем – телосложение, осанка. После этого – форма, размеры и положение головы и частей лица (лба, бровей, глаз, носа, рта, подбородка, ушей), а также цвет волос, характер стрижки. Особое внимание уделяется наиболее заметным приметам лица: шрамы, родимые пятна и т. п. В протоколе отмечаются также признаки одежды: ее вид, цвет, размеры, покрой, материал, состояние, имеющиеся дефекты[1].

Важно отметить, что те выражения и термины, которые использует допрашиваемое лицо для характеристики облика опознаваемого объекта, не подлежат изменению следователем. Однако ограничение описания внешности человека такими оценочными категориями как «благородное лицо», «красивый или некрасивый», «спортивное телосложение» и т. д. не позволяют зафиксировать полное представление опознающего лица о том или ином человеке. В подобной ситуации уместным будет использование названного выше приема – постановка конкретизирующих показания допрашиваемого лица вопросов[2].

[1] *Мазунин Я.М.* Особенности тактики допроса… С. 99.

[2] Там же. С. 99

Возникающая на практике проблема описания опознающим лицом человека или предмета путем указания на те или иные признаки, характеристики, черты, с помощью которых возможно узнать этого человека или предмет в процессе предъявления для опознания, порождает две точки зрения относительно доказательственного значения результатов проводимого следственного действия. При этом названная проблема касается не только тех случаев, когда опознающее лицо не может назвать ни одного признака, характеризующего внешний облик человека (предмета), но и тех случаев, когда в ходе допроса были названы соответствующие характеристики, но само опознание произошло не только по изложенным допрашиваемым лицом чертам, но и по тем, что восстановились в памяти непосредственно в процессе предъявления для опознания. Некоторые авторы полагают, что даже положительный результат не придает смысл произведенного предъявления для опознания, а новые указанные характеристики не должны приниматься во внимание.

Так, Д.А. Бурыка и Е.В. Егорова отмечают, что в ряде случаев в процессе опознания используются определенные латентные признаки, которые не фиксируются полностью или частично на уровне сознания, в силу чего их предварительное воспроизведение на допросе не представляется возможным. Однако отсутствие у следователя реальной возможности установления действительной основы опознания объекта (по признакам, хранившимся у опознающего в памяти, но актуализировавшихся лишь в процессе узнавания, или же путем описания признаков только что увиденного человека либо предмета) исключает принятие во внимание новых признаков при оценке результатов описываемого следственного действия[1].

Я. М. Мазунин выражает иное мнение: полностью не отрицает доказательственную ценность результатов предъявления для опознания. Автор отмечает частоту встречающихся на практике случаев, когда лицо, хорошо за-

[1] *Бурыка Д.А., Егорова Е.В.* Актуальные проблемы психологии предъявления для опознания // Юридическая психология. 2012. № 4. С.10.

помнившее приметы наблюдавшегося человека, затрудняется описать его внешность. Причиной подобных затруднений Я.М. Мазунин видит в том, что для человека без навыка описание внешности другого человека – задача психологически более трудная, чем узнавание. При возникновении ситуации, при которой допрашиваемый утверждает, что может опознать наблюдавшегося ранее человека, но не может перечислить подробно его приметы, предлагается выяснить, на чем основывается выраженная допрашиваемым лицом уверенность. В качестве аргументов автор указывает на самоочевидный, непосредственный характер знания, которое лежит в основе узнавания того или иного человека (предмета), но вместе с тем не исключает возможности снижения уровня доказательственной ценности результатов такого опознания и смещения внимания на иные доказательства по делу[1].

На особенности допроса, предшествующему предъявлению для опознания, влияет и вид опознаваемого объекта. Так, отличительная черта процесса опознания трупов заключается в том, что опознающему приходится сравнивать признаки внешности живого человека и трупа. Некоторые трупные явления исключают возможность опознания трупа по тем признакам, которые сохранились в памяти опознающего применительно к живому человеку. В связи с этим представляется разумным указание следователем в ходе допроса на устойчивые к подобным изменениям признаки внешности человека, описание которых допрашиваемым лицом является наиболее важным непосредственно для самой процедуры опознания.

Свои специфические черты также имеет и опознание тех или иных предметов при расследовании фальшивомонетничества. Для опознания могут предъявляться не только изготовители и сбытчики фальшивых денежных знаков, но находившиеся при них вещи, предметы, инструменты, оборудование, использованное для изготовления фальшивых денег, материальные ценности, приобретенные за счет преступной деятельности, сами

[1] *Мазунин Я.М.* Особенности тактики допроса… С. 99

поддельные деньги, полученные конкретными лицами для сбыта. Описание индивидуальных признаков, свойств, не имеющих распространения приборов, инструментов, материалов, по которым будет осуществляться опознание, требует использования специальной терминологии, которой может не владеть опознающий, а иногда и сам следователь. Поэтому для участия в допросе, предшествующем предъявлению для опознания, следует приглашать специалиста, который поможет правильно описать названия отдельных частей, составляющих инструментов или приспособлений, а также указать их назначение и основные функции[1].

Допрос, предшествующий предъявлению для опознания, находится в непосредственной взаимосвязи с самим процессом процессуального опознания, поэтому грамотный выбор приема допроса, в том числе с учетом особенностей процесса предъявления для опознания в зависимости от вида опознаваемого объекта, позволяет добиться наиболее достоверных и точных для расследования уголовного дела результатов анализируемого следственного действия.

П. В. Ивойлова

Актуальные проблемы толкования и применения бланкетных норм уголовного закона

Уголовное право обладает многолетней историей, на протяжении которой происходило непрерывное усложнение и развитие как отрасли в целом, так и в отдельных институтов, входящих в нее. Одной из важнейших задач уголовного права является защита и охрана всех социальных сфер и правоотношений, при этом каждая сфера жизнедеятельности общества характеризуются постоянной динамикой. Изменение самого уголовного права,

[1] *Шурухнов Н.Г.* Следственные действия последующего этапа расследования фальшивомонетничества: практическое значение и тактико-технологические основы // Российский следователь. 2014. № 5. С. 15.

трансформация внутреннего устройства отрасли и возникновение новых структурных элементов послужили причиной появления современных способов конструирования норм. Таким образом, при установлении некоторых уголовно-правовых запретов законодатель сталкивается с неизбежностью к отсылке на нормы других отраслей права, включающих необходимые формулировки указанных в УК частей преступного деяния. Такие нормы носят название бланкетных. Важнейшие отличительные черты бланкетных норм, заключающиеся в том, что характеристика элементов состава преступления охватывается не только УК, провоцирует определенные трудности и специфику в их толковании и применении.

Исходя из классической современной концепции, бланкетная норма, являясь важнейшим инструментом отражения межотраслевых связей, представляет собой общеобязательное правило поведения, диспозиция которого выражена в наиболее общей форме и имеет отсылку к другим нормативным правовым актам без указания на конкретную норму или статью, содержащую недостающие сведения, к определенным отраслям права, а в некоторых случаях – к «действующему законодательству»[1]. По способу изложения бланкетные нормы во многом схожи с отсылочными, но принципиальная разница в определении данных институтов, составляющая предпосылки для их разграничения, состоит именно в степени определенности упоминаемой нормы. Отсылочные нормы содержат элемент, который включает ссылку с указанием конкретной статьи того же нормативного акта или иного акта, в то время как бланкетные нормы направляют правоприменителя к другому источнику права, другому правовому регулированию.

Значительную проблему при толковании бланкетных норм представляет неоднородное понимание сущности данного института. В науке отсутствует единство представления о бланкетных нормах, постоянные споры и дискуссии между правоведами и юристами породили множество различных теорий,

[1] *Пикуров Н.И.* К вопросу о границах системы уголовного права. М., 2007.

коренным образом отличающихся друг от друга. Некоторые авторы полагают, что понятие «бланкетной нормы» отождествляется с «бланкетным» способом изложения как приемом юридической техники, другие рассматривают данный институт в качестве самостоятельного[1]. Некоторые теоретики вовсе отрицают возможность использования бланкетности при определении признаков правовой нормы, относя подобные явления к группе отсылочных норм.

Наиболее сложными представляются критерии разграничения «бланкетной нормы» и «бланкетной диспозиции», которые также тесно связаны с вопросом о толковании данного вида норм. Очевидно, что структура и характер корреляций между институтами уголовного и иных отраслей права в большинстве определяются существом образующих эти институты предписаний. В отечественной литературе доминирует позиция, согласно которой межотраслевые связи являются элементами лишь норм и институтов Особенной части УК РФ, и бланкетная диспозиция является единственным способом их отражения. Однако важно обратить внимание, что бланкетность является элементом не только детерминированных составов, уголовно-правовых предписаний об ответственности за те или иные преступные действия или бездействия, но также и институтов предписаний Общей части уголовного права, находя отражение в так называемом бланкетном признаке – то есть межотраслевых дефинициях и юридических конструкциях. Очевидно выражены связи установленных пределов действия Уголовного закона с нормами конституционного права, норм международного права, с положениями военного и т.д.

Трудности, вызванные использованием бланкетных диспозиций, связаны не только с теоретическими предпосылками, но и с практическими факторами их использования. Подобное положение возлагает на правоприменителя специальные обязанности и требования обладать определенными навыками. Прежде всего, необходимо знать все без исключения нормы, образующие в

[1] *Сельский А.В.* Бланкетные нормы в уголовном законодательстве России. М., 2010.

комплексе конкретный правовой институт, регламентирующий соответствующую сферу общественных отношений, включая изначальные вариации нормативного текста, предыдущие редакции с соотнесением временного периода их действия, а также действующие редакции. Кроме того, следует тщательно анализировать эти нормы как в отдельности, так и в их системе, рассматривать норму с точки зрения планомерного совокупного подхода. Также требуется умение выявлять на основе этого анализа те нормы, нарушение которых включает характеристики преступного деяния. Таким образом, становится очевидной необходимость специальной многопрофильной подготовки специалистов, способных правильно и четко квалифицировать сформулированные в бланкетных диспозициях уголовно наказуемые деяния, совершенные в различных урегулированных правом сферах.

Один из наиболее частых случаев нарушения законности при применении норм материального уголовного права - неправильное применение положений об обратной силе уголовного закона. Этот факт подтверждают как исследования, проводившиеся в советское время, так и современные обзоры судебной практики Верховного Суда РФ[1]. Очевидно, что бланкетная основа любой диспозиции наполняет положения уголовного закона определенным смыслом, и изменение содержания диспозиции всегда неизбежно изменяет и сам бланкетный признак, и состав преступления в целом». Очевидно, что такой признак современного законодательства, как стабильность, не означает неизменность нормативного регулирования и его перманентное действие. Стабильность подразумевает лишь создание для той или иной нормы некой перспективы и своевременное внесение изменений. Соответственно, те или иные поправки могут как незначительно, так и в корне реорганизовать установленные законом порядки. Такие действия законодателя напрямую отражаются на бланкетных нормах, ссылающих правоприменителя на измененные акты: норма может измениться вплоть до смысла, который

[1] *Михайлова И.А.* Бланкетные нормы в уголовном законе и их применение органами внутренних дел. М., 2009.

изначально в нее вкладывал законодатель. Таким образом, требуется высокая квалификация не только правоприменителя, который способен свободно апеллировать отредактированными усовершенствованными вариациями нормативных предписаний, но также и законодателя, который обязан поддерживать согласованность, синхронность и сбалансированность актов.

В качестве наиболее актуальной и сложной проблемы на современном этапе ученые выделяют появившуюся на счет усложнения социальных отношений так называемую «двойную бланкетность»[1]. Подобная конструкция связывает сразу несколько актов, ветвей правового регулирования, отсылая правоприменителя на норму, содержащую, в свою очередь, еще одну (а в некоторых случаях несколько) условных отсылок. Данный феномен может проявляться как в нисходящей бланкетности, обращенной к внутренним актам подзаконного (подчиненного) уровня, так и восходящей, обращенной к международно-правовым актам надзаконного характера[2].

Для уголовного права бланкетные нормы имеют особенное значение. Уголовный закон сконструирован в целях защиты общественного порядка, государственного строя и морали, пресечения каких-либо нарушений данных явлений. Основным способом защиты уголовное право признает установление уголовно-правовой ответственности и предписание санкций за преступные деяния. Феноменальное количество общественных отношений, нуждающихся в правовом регулировании, требуют охраны в том числе и уголовным правом. Так, УК РФ включает как бланкетные признаки, содержащиеся во всем кодексе, так и бланкетные диспозиции, характерные для Особенной части Уголовного закона, отсылающие правоприменителя на иное отраслевое регулирование. Такой прием обеспечивает наиболее полное отражение общественных связей и институтов в уголовном праве, поддерживая защиту каждого из них.

---

[1] *Воронов А.Д.* Двойная бланкетность и институт представительства. Саратов, 2004.

2 *Клебанов Л.Р.* Бланкетность уголовно-правовых норм и защита культурных ценностей. М., 2009.

Е. С. Щербак

Проблемы применения смертной казни в Российской Федерации

Смертная казнь – один из древнейших видов наказания, зародившийся еще до оформления отрасли уголовного права как такового и заключающийся в лишении жизни человека, совершившего определенные категории преступлений (как правило, особо тяжкие). Применение смертной казни - один из наиболее дискуссионных вопросов уголовного и уголовно-исполнительного права, отношение к которому менялось на протяжении многих лет. Это, на наш взгляд, обусловлено особым предметом института, а именно - жизнью человека-ценность которой в разные периоды определялась разными факторами: политическим режимом, формой правления, религией, идеологией и т.д. Как справедливо отмечает советский писатель и общественный деятель А.И. Приставкин, «проблема смертной казни - это вопрос не столько юридический и общественно-политический, сколько моральный».

Актуальность проблемы в контексте современности обусловлена гуманизацией и демократизацией всех сфер общества, начиная с вопросов социального значения и заканчивая различными отраслями права. В качестве наиболее яркого примера можно рассмотреть гл. 1 Уголовного кодекса РФ, закрепляющую принципы уголовного права, то есть руководящие начала, на которых базируется вся отрасль в целом, разработка и применение ее норм. Так, справедливость, гуманизм, законность, равенство всех перед законом- основа, на которой строится уголовное право.

По самой распространенной теории корни смертной казни уходят в древний принцип талиона «око за око, зуб за зуб», в соответствии с которым человек, убивший другого человека соответственно наказывался лишением жизни. В России первое нормативно закрепленное упоминание смертной казни в качестве меры наказания встречается в Двинской уставной грамоте 1398 г. Изначально данная мера предусматривалась только для лиц, совершивших троекратную кражу, однако впоследствии на протяжении веков круг

преступлений, за которые назначалась смертная казнь, расширялся, менялись способы ее осуществления, так например, появились квалифицированные виды: заливание горла расплавленным металлом, четвертование и другие[1].

Кардинально отношение к смертной казни как в России (тогда – СССР), так и на мировой арене стало меняться после Второй мировой войны, и происходило это под эгидой движения по борьбе за права человека. Проиллюстрирована данная тенденция появлением таких документов, как Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод относительно отмены смертной казни, Второй факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, направленный на отмену смертной казни, Протокол к Американской конвенции о правах человека об отмене смертной казни.

Касаемо Российской Федерации стоит начать с того, что в Конституции Российской Федерации (далее – Конституция РФ) право на жизнь определено в качестве высшей ценности. При этом относительно смертной казни в части второй ст. 20 отмечается, что она «впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей»[2]. Данная норма в ее связи со ст. 19 Конституции РФ очевидно направлена на обеспечение справедливого рассмотрения любых дел для всех категорий граждан и отвечает общемировой тенденции защиты прав и свобод человека. Однако именно эта норма породила противоречия в правоприменении и обусловила необходимость вмешательства Конституционного Суда в вопросы регулирования смертной казни на территории РФ.

---

[1] Левин А.В. История развития смертной казни в России // Наука и современность № 5-3 / 2010

[2]Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 г. (в ред. от 30.12.2014 г.) // Российская газета. 1993. Ст. 20.

По данному вопросу в 1999 году Конституционным Судом было вынесено Постановление от 02.02.1999 №3-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 УПК РСФСР, пунктов 1 и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года “О порядке введения в действие Закона Российской Федерации “О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О судоустройстве РСФСР”, Уголовно - процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях” в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан» (далее – Постановление). Поводом для разногласий стало, с одной стороны, вынесенное Верховным Советом РФ в 1993 г. Постановление, вводившее в действие суд присяжных сначала на территории лишь нескольких субъектов Российской Федерации, что, по мнению граждан-заявителей, нарушало положения ч. 2 ст. 20 Конституции РФ и служило «основанием для отказа гражданину, обвиняемому в преступлении, за совершение которого в качестве меры наказания уголовным законом установлена смертная казнь, в праве на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей в случаях, если такие суды на соответствующих территориях не созданы». С другой стороны, запрос Московского городского суда был обусловлен тем, что граждане ходатайствовали о рассмотрении дел с участием присяжных заседателей, но так как в Московском городском суде он еще создан не был, данное уголовное дело по определению Московского городского суда было направлено в Верховный Суд Российской Федерации для разрешения в порядке ст. 44 УПК РСФСР вопроса о направлении его в один из краевых (областных) судов, где судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей. Однако данное определение было отменено Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации с обоснованием, основанным на предписаниях первого абзаца п. 6 раздела 2 «Заключительные и переходные положения» Конституции РФ: «Впредь до введения в действие федерального закона, устанавливающего порядок рассмотрения дел судом с

участием присяжных заседателей, сохраняется прежний порядок судебного рассмотрения соответствующих дел». В связи с этим Московский городской суд обратился в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности ст. 41 и 42 УПК РСФСР и сослался на то, что они противоречат целому ряду положений Конституции Российской Федерации – а именно ст. 17 (ч. 2), 18, 20 (ч. 2), 46 (ч. 1), 47 (ч. 2), 55 (ч. 3), 56 (ч. 3) и 64.

Итогом рассмотрения соединенных в одном производстве вышеупомянутых жалоб стало введение моратория на смертную казнь, выраженного в том, что с момента вступления в силу данного Постановления и до введения в действие федерального закона, реально обеспечивающего на всей территории Российской Федерации, а не в отдельных субъектах, в любой из возможных форм организации судопроизводства каждому обвиняемому в преступлении, за совершение которого федеральным законом установлено наказание в виде смертной казни, права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, данная мера наказания назначаться не может, при этом не имеет значения, рассматривается ли дело судом с участием присяжных заседателей, судом в составе судьи и двух народных заседателей или в составе трех профессиональных судей.

К 2009 г. суды присяжных были созданы на всей территории РФ, за исключением Чеченской Республики, где они должны были начать функционировать с 1 января 2010 г., что должно было означать завершение приведения в действие механизма реализации права на рассмотрение дел, в которых в качестве исключительной меры наказания может назначаться смертная казнь, с участием присяжных заседателей. Однако с момента вынесения Постановления прошло достаточно длительное время, а именно- 10 лет, в течение которых Россия открыто выражала приверженность общемировым тенденциям защиты прав человека, в том числе к отмене смертной казни. Данный факт выражался во вступлении России в Совет Европы и подписании Протокола № 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Так Верховный Суд РФ обратился в Конституционный Суд

РФ, поскольку посчитал, что п. 5 резолютивной части Постановления в связи с данной тенденцией может вызвать противоречивую правоприменительную практику.

Проблема состояла в том, что мораторий, введенный Постановлением как временная мера, должен был трансформироваться в постоянно действующую норму с ратификацией Протокола № 6, однако ратификации не последовало, что не дает основания рассматривать его в качестве нормативного правового акта, напрямую регулирующего правоотношения в России и, следовательно, не может непосредственно отменять смертную казнь.

На основании вышесказанного Конституционный Суд РФ вынес Определение от 19.11.2009 N 1344-О-Р «О разъяснении пункта 5 резолютивной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 года N 3-П по делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, пунктов 1 и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года "О порядке введения в действие Закона Российской Федерации "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О судоустройстве РСФСР", Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» (далее – Определение).

Важнейшие разъяснения касались, во-первых, целей, преследуемых ранее изданным Постановлением, а именно- обеспечения равенства граждан перед законом и судом, независимо от места, подсудности и прочих обстоятельств на всей территории РФ. Во-вторых, обосновав то, что Постановление обладает свойствами нормативного правового акта и распространяет свое действие на неограниченный круг лиц, оно должно толковаться в системе нормативных правовых актов РФ, в которую также входят международные договоры РФ и общие принципы международного права. Так, учитывая данное обстоятельство, а также принимая во внимание, что смертная казнь в РФ не применяется достаточно долгое время (10 лет – на

момент вынесения Определения), Конституционный Суд приходит к выводу, что в связи с таким длительным действием моратория сформировались «устойчивые гарантии права человека не быть подвергнутым смертной казни и сложился конституционно-правовой режим, в рамках которого - с учетом международно-правовой тенденции и обязательств, взятых на себя Российской Федерацией, - происходит необратимый процесс, направленный на отмену смертной казни, как исключительной меры наказания, носящей временный характер («впредь до ее отмены») и допускаемой лишь в течение определенного переходного периода, т.е. на реализацию цели, закрепленной статьей 20 (часть 2) Конституции Российской Федерации, означают, что исполнение данного Постановления в части, касающейся введения суда с участием присяжных заседателей на всей территории Российской Федерации, не открывает возможность применения смертной казни, в том числе по обвинительному приговору, вынесенному на основании вердикта присяжных заседателей»[1].

Правовые позиции Конституционного суда выражены достаточно четко и конкретно и свидетельствуют о стойком неприятии смертной казни в качестве меры наказания. Однако, несмотря на кажущуюся определенность в правовом регулировании данного института, остается много неразрешенных вопросов.

Первый – вопрос справедливости. Исходя из сложившейся правоприменительной практики принцип справедливости достигается использованием альтернатив при назначении наказания, то есть заменой смертной казни длительными или пожизненными сроками, что само по себе не лишает человека жизни и, следовательно, не затрагивает ни правовую-конституционные положения о человеческой жизни как высшей ценности, ни моральную сторону данного вопроса. Однако стоит отметить, что существует и противоположная точка зрения на замену смертной казни пожизненными (длительными) сроками. Отсюда вытекает второй вопрос- *гуманности* такой замены. Данный тезис обусловлен тем, что жизнь заключенных данной

[1] Определение от 19.11.2009 N 1344-О-Р // СПС Консультант плюс.

категории становится сама по себе невыносимой пыткой. В качестве наиболее яркого примера можно привести иностранный опыт: в Италии 310 заключенных, приговорённых к пожизненному заключению, направили письмо президенту Италии, которое опубликовала газета «La Repubblica» в июне 2007 г., со следующим содержанием: «Мы устали от каждодневной маленькой смерти. Наша жизнь лишена всякого смысла, она превратилась в одну большую ошибку и стала нескончаемым мучением... мы решили умереть раз и навсегда. Мы просим вас о том, чтобы нам заменили пожизненные сроки смертной казнью» [1]. Соотношение гуманности и справедливости является сложнейшей проблемой, требующей отдельной глубокой проработки и анализа.

Третий вопрос заключается в том, что, несмотря на мораторий, установленный в определенной правовой форме в Российской Федерации, до сих пор остается неразрешенным вопрос о ратификации Протокола №6 Конвенции и защите прав человека и основных свобод, особенно учитывая то, что с момента его подписания (16.04.1997)[2] прошло 9 лет - срок достаточно долгий. Так может ли это означать, что Российская Федерация оставляет для себя пути «отхода» для применения в исключительных случаях данной меры наказания по своему усмотрению во избежание международной ответственности и оставление регулирования данного вопроса в рамках внутригосударственной компетенции?

В заключение стоит сказать, что ответы на многие вопросы можно будет получить только по прошествии определенного времени и накоплении достаточного правового опыта. Однако несмотря на существующие трудности в регулировании института смертной казни, важнейший шаг на пути к интеграции в общемировое правовое сообщество и построению правового государства был сделан.

---

[1] *Омутов И.* Казнить. Нельзя омиловать. Смертная казнь: за и против. [Электронный ресурс].- 14.02.2008.- Режим доступа: www.memo.ru

[2] Распоряжение Президента РФ от 27.02.1997 N 53-рп.

А.М. Байкалова

Право некоторых категорий граждан на рассмотрение их уголовных дел судом с участием присяжных заседателей

Право обвиняемого в совершении особо тяжкого преступления, наказанием за которое является смертная казнь, на рассмотрение уголовного дела судом с участием суда присяжных, является одним из основных прав человека и гражданина, закрепленных в п. 2 ст. 20 Конституции РФ. Институт суда присяжных имеет своей целью справедливое рассмотрение уголовных дел и вынесение правосудного решения, предотвращение судебных ошибок, обеспечение гарантии соблюдения принципов равноправия и состязательности сторон в уголовном процессе. Однако, ввиду изменений правил подсудности судов субъектов Российской Федерации, введенных в уголовно-процессуальное законодательство в 2013 г., некоторые категории граждан остались без возможности права на выбор в каком составе суда пройдет рассмотрение их дел: с участием суда присяжных или нет. Рассмотрим основные правовые позиции Конституционного суда РФ по данному вопросу и сравним аргументацию, которую он предложил.

Поправки, внесенные в ст. 31 Уголовно-процессуального кодекса РФ Федеральным законом от 23 июля 2013 г. № 217-ФЗ, принятым по инициативе Верховного суда РФ, относят к подсудности судов субъектов РФ (военных округов) дела, по которым может быть назначена смертная казнь или пожизненное лишение свободы, а остальные дела перешли к подсудности районных (гарнизонных) судов, в которых рассмотрение уголовных дел судом с участием присяжных заседателей не предусмотрено[1].

[1] Федеральный закон от 23 июля 2013 г. № 217-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и статьи 1 и 3 Федерального закона "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" по вопросам совершенствования процедуры апелляционного производства». Ст. 1.

Целью этих новелл являлось усиление роли районных судов как основного звена судов общей юрисдикции, наиболее приближенного к населению, а, главное, снижение нагрузки судов субъектов РФ, поскольку с 1 января 2013 г. была введена полная апелляция по уголовным делам, что повлекло за собой дисбаланс по загруженности районных судов и судов субъектов РФ. Вместе с тем, такой подход законодателя вызвал неоднозначную реакцию лиц, к которым оказались обращены нововведения, а именно – женщины, мужчины не достигшие совершеннолетия и старше 65 лет, поскольку к таким лицам, согласно положениям Уголовного кодекса РФ, смертная казнь и пожизненное лишение свободы применяться не могут, и таким образом, их дела должны рассматриваться районными судами, в которых участие в делопроизводстве суда присяжных не предусмотрено, уголовные дела рассматриваются единолично судьей.

В последствии, в Конституционный суд РФ за проверкой конституционности п. 1 ч. 3 ст. 31 Уголовно-процессуального кодекса РФ обратился несовершеннолетний гражданин В.А. Филимонов, обвиняемый в совершении преступлений против половой неприкосновенности несовершеннолетнего лица и сопряженного с ним убийства. Так как начало судебного рассмотрения дела В. Филимонова пришлось на момент до внесения вышеуказанных изменений в законодательство, его уголовное дело находилось на рассмотрении суда уровня субъекта РФ, однако, после внедрения новелл, этот суд передал дело по подсудности – в районный суд. Согласно позиции заявителя, такое регулирование дискриминирует несовершеннолетних лиц, лишая их права на рассмотрение их уголовных дел с участием суда присяжных, а также, по его мнению, суд придал обратную силу уголовно-процессуальному закону, ухудшающему его положение [1].

Конституционный суд РФ признал положения ст. 31 соответствующими

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 20 мая 2014 г. N 16-П "По делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В.А. Филимонова".

Конституции РФ, и, на наш взгляд, небезосновательно. Во-первых, было отмечено, что поскольку смертная казнь, согласно устоявшейся практике в Российской Федерации не применяется в связи с международными обязательствами России, то и участие присяжных заседателей в отправлении правосудия по уголовным делам не входит в обязательные условия реализации права на судебную защиту как основного и неотчуждаемого права, следовательно доступ к правосудию у заявителя не затрудняется, его права в этой части не ущемляются (так как по смыслу Конституции РФ смертная казнь может назначаться как исключительная мера наказания при предоставлении права на рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей).

Также, Конституционный суд отметил, что неприменение смертной казни к несовершеннолетним, а также применение положений о более “мягких” пределах срока наказания в отношении несовершеннолетних, обеспечивает баланс их интересов по отношению к остальным субъектам уголовного процесса, что является дополнительной гарантией их прав.

К тому же, стоит отметить и такую дополнительную гарантию, как полный апелляционный пересмотр таких уголовных дел. Дело в том, что обращаясь в апелляционную инстанцию с жалобой на решение по уголовному делу, лицо, чье дело рассматривалось без участия присяжных заседателей, во второй инстанции имеет право на пересмотр его дела тройкой профессиональных судей по правилам полной апелляции, в отличие от лиц, чьи дела по первой инстанции были рассмотрены с участием суда присяжных - с учетом положений п. 2–4 ст. 389.15 и ст. 389.27 УПК РФ, такие судебные решения рассматриваются только со стороны правильного применения норм Уголовного закона, фактические обстоятельства дела уже не устанавливаются.

Специфической причиной для выделения именно категории несовершеннолетних к лицам, чьи дела не рассматриваются судом присяжных, является также необходимость учета особенностей личности несовершеннолетних, их психического и интеллектуального развития. Такой учет не может быть обеспечен в полной мере при участии в судебном процессе

присяжных заседателей, поскольку для этого необходим узкий круг принимающих решение лиц и особенно щепетильное отношение к ситуации в целом.

Таким образом, гражданину Филимонову постановлением от 20 мая 2014 г. № 16-П было отказано в признании п. 1 ч. 3 ст. 31 УПК РФ не соответствующим Конституции РФ. Законоположение не может рассматриваться как ухудшающее положение заявителя, дискриминирующее его права по сравнению с остальными субъектами уголовно-процессуального права. Обратной силы закону придано не было, поскольку, согласно ст. 4 УПК РФ, при производстве по уголовному делу применяется уголовно-процессуальный закон, действующий во время производства определенного процессуального действия или принятия процессуального решения.

Тем не менее, Конституционный суд РФ подчеркнул, что федеральный законодатель вправе предусмотреть правила альтернативной подсудности дел против несовершеннолетних, с тем, чтобы они имели возможность ходатайствовать о рассмотрении их уголовных дел с участием присяжных заседателей, что объясняется дискрецией федерального законодателя на регулирование конституционного права на законный суд.

В связи с этим, небезынтересным представляется подход Конституционного суда РФ к регулированию права женщин на рассмотрение их дел судом с участием присяжных заседателей, выраженный в правовых позициях постановления Конституционного суда РФ от 25 февраля 2016 г. № 6-П по заявлению А.С. Лымарь[1]. Заявительница оспаривала конституционность тех же положений Уголовно-процессуального кодекса, регулирующих подсудность уголовных дел судам субъектов РФ, что и гражданин Филимонов в вышеупомянутом деле. Однако, по ее мнению, в отличие от позиции гражданина Филимонова, это законоположение противоречит принципу

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 25.02.2016 № 6-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки А.С. Лымарь».

равенства всех перед законом и судом, причем она усматривала в таком регулировании ущемление ее прав именно по гендерному признаку, то есть в отличие от мужчин старше 18 лет и младше 65 лет, у женщин отсутствует право на рассмотрение их уголовных дел судом присяжных вообще. Соответственно, и решение Конституционного суда РФ оказалось коренным образом иным, в отличие от постановления №16-П. Проанализируем аргументацию, приведенную Конституционным судом по данному делу.

На первый взгляд, она в некоторых моментах совпадает с правовыми позициями в постановлении в отношении гражданина Филимонова, например, в части того, что регулирование подсудности законодателем не может рассматриваться как ограничивающее право на законный суд ввиду запрета на применение смертной казни, ведь право на рассмотрение уголовного дела судом с участием присяжных заседателей напрямую связано с возможностью назначения такого вида наказания. Но в этом деле Конституционный Суд РФ также делает вывод о том, что подсудность уголовных дел, предусмотренная ст. 31 УПК РФ установлена не по половозрастному признаку – что подтверждается тем фактом, что из подсудности суда с участием присяжных заседателей выведены уголовные дела не только в отношении женщин, и мужчин младше 18 лет и старше 65 лет, но и лиц любого пола и возраста, заключивших досудебное соглашение о сотрудничестве или совершивших неоконченное преступление (п. 2 ст. 62 и п. 2 ст. 66 УК РФ), – а в зависимости от возможности назначения наиболее строгого вида наказания, что само по себе считается допустимым. При этом, решение вопроса о представлении обвиняемым возможности ходатайствовать о рассмотрении их уголовных дел в зависимости от гендерного признака нарушало бы право на судебную защиту, такая дифференциация признана Конституционным Судом РФ дискриминационной в отношении лиц женского пола, не отвечающим признаку юридического равенства мужчин и женщин.

Если вернуться к позиции КС РФ в деле Филимонова, на мой взгляд, Конституционный суд, признавая данное законоположение конституционным,

прежде всего основывал свое решение именно на характеристике категории лиц, к которым принадлежит заявитель, а именно – несовершеннолетние. И, по моему мнению, это абсолютно оправданный подход, который, на самом деле, служит интересам заявителя в частности, и несовершеннолетних в целом, ведь в полной мере обеспечение конфиденциальности и особой щепетильности участников процесса, наиболее полное исследование личности подсудимого возможно лишь в условиях без участия присяжных заседателей. Более того, обвиняемые зачастую убеждены в большей лояльности суда присяжных, по сравнению с профессиональными судьями, и на основе этого делают выбор в пользу рассмотрения их уголовных дел именно присяжными заседателями, при этом не задумываются о том, что оспорить такое решение по правилам полной апелляции уже не представится возможным.

В деле А. Лымарь, Конституционный суд также исходил из особенностей категории, к которой принадлежит заявительница, а именно – лица женского пола. И, на мой взгляд, в этом деле Конституционному суду надлежало разрешить вопрос аналогично решению по делу Филимонова, поскольку неслучайно женщины и несовершеннолетние наделены гарантией не назначения им пожизненного лишения свободы и смертной казни, в отличие от мужчин в возрасте от 18 до 65 лет. Поэтому, норма о подсудности в нынешней, пока еще не измененной редакции, представляется мне “балансирующей” интересы обвиняемых, чьи дела выведены из подсудности судов субъектов РФ, но, при этом, им гарантируется не назначение смертной казни и пожизненного лишения свободы.

Таким образом, Конституционный Суд РФ признал норму несоответствующей Конституции РФ, и, на сегодняшний день уже подготовлен законопроект о внесении изменений в УПК РФ. И здесь следует упомянуть еще одну деталь: если на указанный момент судебное заседание уже назначено к рассмотрению, подсудность и состав суда не подлежат изменению, в том числе по результатам рассмотрения в апелляционном, кассационном и надзорном порядке. Исключение составляет уголовное дело Алёны Лымарь, которое

подлежит пересмотру. И такой подход, хоть и предпринят в целях обеспечения стабильности правоотношений в интересах субъектов и принципа неизменности состава суда, также не представляется “вносящим равенство”, поскольку таким образом норма неконституционна, но еще остаются лица, по отношению к которым она сохраняет своей действие.

В итоге, можно сделать вывод, что, на наш взгляд, право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей не относится к числу основных прав, неотчуждаемых и принадлежащих каждому с рождения. В данном случае речь идет не об ограничении права на судебную защиту, а о дифференциации ее процессуальных форм, обусловленный обязанностью государства, поэтому, по моему мнению, норма соответствует Конституции РФ. Суд присяжных — это особая, но не единственная судебная гарантия. У женщин остается право на рассмотрение их дела тремя профессиональными судьями, а также на апелляционный пересмотр.

А. Т. Карданов

Уголовная ответственность за нарушение права на свободу совести и вероисповеданий

Ст. 148 УК РФ о нарушении права на свободу совести и вероисповеданий подверглась редакции 29 июня 2013 г. Многими это событие воспринимается как защита одной из важнейших статей Конституции РФ, а именно ст. 28 о свободе слова, вероисповеданий и т.д., а также как ужесточение ст. 5.26 КоАПа. Но насколько эти ожидания реализовались? И нужна ли была вообще криминализация оскорбления религиозных чувств верующих?

Текст предыдущей редакции (от 28.06.2013) ст. 148 УК РФ состоял из одной части, а именно “Незаконное воспрепятствование деятельности религиозных организаций или религиозных обрядов”. По содержанию предыдущая редакция была в три раза меньше настоящей. К тому же, наказание было значительно меньше (обязательные работы или исправительные на срок

до одного года либо арест на срок до трех месяцев).

Редакция ст. 148 УК РФ была осуществлена почти через год после громкого дела Толоконниковой, Алехиной и Самуцевич. Из-за яркости дела, которое получило международный резонанс, многочисленных акций протеста против заключения обвиняемых, многочисленных жалоб адвокатов обвиняемых и самих обвиняемых по поводу соразмерности обвинения по ст. 213 о хулиганстве, законодатель с целью избежать в дальнейшим подобных инцидентов и решил дополнить ст. 148, при чем основательно. Это заставляет предположить, что изменения были внесены лишь из-за одного конкретного дела.

Аргументы за наличие права на уважение религиозных чувств не были приведены инициаторами установления уголовной ответственности за оскорбление религиозных чувств в России. Депутаты Государственной Думы РФ, внесшие соответствующий законопроект, в пояснительной записке отмечают, что оскорбление религиозных чувств «нарушает традиционные и религиозные нормы, выработанные обществом на протяжении многих веков, его нравственные устои, противоречит морали, влечет тяжкие последствия и носит яркую антисоциальную направленность»[1]. Такая аргументация не представляется убедительной. Нарушение традиционных и религиозных норм и якобы антисоциальная направленность идей и мнений не являются достаточным основанием для их ограничения[2]. Ведь защита от "тирании большинства" идей, является основной целью закрепления в Конституции свободы выражения мнения. Общественная опасность деяний, запрещенных ст. 148 УК РФ, таким образом, недостаточно аргументированна; следовательно, спорно и наличие допустимой цели ограничения.

Помимо недостатков с точки зрения цели, ст. 148 крайне проблематична из-за неопределенности содержащихся в ней формулировок: для полного понимания частично раскроем содержание ч. 1 ст. 148: «Публичные действия,

[1] Пояснительная записка к проекту закона N 142303.

[2] *Кульнев А.С.* “Защита чувств верующих: Как не переступить черту?"

выражающие явное неуважение к обществу и совершенные в целях оскорбления религиозных чувств верующих».

Уже в самом начале хочется задать законодателю несколько вопросов.

Во-первых, что подразумевается под публичностью в конкретной статье? В предыдущей редакции не было ни слова про публичность. Если исходить из смысла той же ст. 213 УК РФ о хулиганстве, там публичность выражается в общественных местах, на месте которых непосредственно совершается деяние. Здесь же непонятно, будет ли являться публичным разговор с кем-то, чьи чувства вы задеваете, лицом к лицу? Или же это относится только к каким-то речам в массы, при собрании большого числа людей? А что, если ваше «агрессивное» высказывание опубликуют в каком-либо Интернет-ресурсе, значит ли это, что вы публично кого-то задели? Получается, нам самим нужно понять значение термина публичности в данной статье. Публичность по статье 148 – это проявляющаяся в любой форме общественная доступность к чьим-либо высказываниям или выражениям.

Во-вторых, по каким критериям следует определять оскорбительные выражения? Не существует закрепленного юридического понятия «оскорбление чувств верующих». То есть, должен вводиться какой-то норматив или перечень слов и выражений, которые для верующих будут являться оскорбительными? Если даже допустить, создание такого сборника, что конечно же нецелесообразно и невозможно, то разве можно упускать субъективность каждого человека? Ведь для одного определенное выражение может быть крайне оскорбительным и дерзким, а для другого наоборот являться чем-то положительным, мотивированным и лояльным. В таком случае степень оскорбительности может быть определена только в судебном порядке.

В-третьих, для меня огромную загадку составляет понятие «верующий». Как вообще кто-то объективно может доказать, что он верующий? Наличием каких-либо атрибутов религиозного характера или стабильным посещением мест, отведенных под религиозную деятельность? Как мне кажется, лицу, выдающему себя за верующего, прежде всего следует доказать в судебном

порядке свою принадлежность к какой-либо вере, используя все возможные ресурсы (свидетелей, вещественные доказательства, и даже знание религиозных устоев к которым он относится). А, что если лицо намеренно преподносит себя за так называемого «верующего» с целью злоупотребления законом, а на самом деле им и не является? И если даже воспринимать значение слова «верующий» в обыденном понимании (я уже не говорю, что, опять же, у каждого свое понимание веры) – как человека, уделяющего часть своей жизни на какую-либо религиозную деятельность, то как быть с неверующими? Исходя из логики законодателя (той же конституции) право не иметь религиозных чувств должно также защищаться законами. Но тогда нельзя будет публично пропагандировать любую религию и появится замкнутый и абсурдный круг лиц, чьи чувства были оскорблены или унижены по очереди (сначала оскорбляют верующего затем неверующего и т.д.).

В подтверждение хотелось бы отметить, что многие авторы также считают, что в ст. 148 УК термины «религиозные чувства» и «верующие» недостаточно определены, поскольку смысл этих понятий не сформулирован ни в одном нормативном правовом акте, а их бытовое понимание может значительно разниться[1].

Далее, ч. 2 ст. 148 УК РФ гласит: «Деяния, предусмотренные частью первой настоящей статьи, совершенные в местах, специально предназначенных для проведения богослужений, других религиозных обрядов и церемоний».

Снова вопрос. Что законодатель имеет ввиду под религиозным обрядом и церемонией? Где рамки дозволенного в процессе их совершения? Надо тогда ввести какой-то документ, регламентирущий процесс проведения обрядов и церемоний. Благо, в ФЗ "О свободе совести и о религиозных объединениях" хотя бы определены объекты, которые можно использовать в качестве мест для проведения указанных религиозных действ.

Кроме того, хочу уделить внимание реализации как нормы статьи 148 УК

[1] Там же.

РФ. Исходя из судебной практики , все-таки надо признать, что, кроме единичных случаев, ст. 148 самостоятельно не вменяется. Чаще всего она является одним из составов по совокупности. Почему наблюдается данная тенденция?

По-моему мнению, состав ст. 148 охватывается составами других статей УК. Если говорить о совершении общественно опасных противоправных действий по религиозным мотивам, то этот объект полностью подпадает под состав ст. 282 УК РФ. А если говорить об открытом и явном общественном неуважении к какой-либо социальной группе – этот объект присутствует в составе ст. 213 УК РФ о хулиганстве. Точно также как и субъективная сторона всех этих деяний характеризуется прямым умыслом. Специальность состава ст. 148 скорее всего выражается в высказывании каких-либо мыслей, которые осознано направлены на чувства верующих. Однако в таком случае, как уже говорилось, возникает вопрос о свободе слова.

Для наглядности: в августе 2012 г. Фонд «Общественное Мнение» провел исследование, посвященное чувствам верующих. На вопрос о том, сталкивались ли граждане в своей повседневной жизни с ситуациями, в которых их религиозные чувства были оскорблены, 84% православных респондентов ответили, что не сталкивались. Среди представителей других конфессий так же ответили 86% респондентов. Утвердительно ответили лишь 12% православных и 9% представителей других конфессий[1]. Исходя из этой статистики, получается, что даже сами граждане в большинстве своем не имели нужды в редактировании закона.

Еще одно положение пояснительной записки весьма спорное – это утверждение о том, что «большинство зарубежных стран уже используют аналогичный правовой инструментарий в целях обеспечения права граждан на свободу вероисповедания и защиты религиозных верований»[2]. С этим нельзя согласиться. Для примера, ст. 166 УК ФРГ предполагает наказание лишь в

[1] *Остроумов Р.П.* К вопросу о новой редакции статьи 148 Уголовного кодекса РФ

[2] Пояснительная записка к проекту закона № 142303.

случае, если «выражение мнения имеет такую форму, что может привести к нарушению общественного порядка». Данный запрет направлен на поддержание общественного порядка, а не на защиту религиозных чувств и относится к другой категории ограничений свободы выражения мнения. В Великобритания вообще наказание за богохульство было отменено в 2008 г. Также подобные ограничения свободы выражения мнения были признаны неконституционными Верховным Судом США. Таким образом, регулирование оскорбления религиозных чувств в зарубежных странах различно, и утверждения об использовании большинством государств ограничений, аналогичных российским, не вполне корректны (я не говорю о теократических государствах).

По сути, исходя из частоты применения, верующих принятый закон не особо защитил. Умалчивая о том, нужна ли вообще была эта дополнительная защита, закрепленная в уголовном законе. Нынешняя редакция вызывает не мало вопросов. Введение изменений в статью связано с конкретными точечными делами, то есть как мера политического характера. И несомненно нуждается в реформировании либо как минимум в пояснении формулировок со стороны законодателя. И даже, если полностью ее отменить, хуже ни для кого не будет, так как состав ст. 148 УК РФ практически полностью охватывается другими деяниями.

РАЗДЕЛ III
НОВЕЛЛЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

Г.Н. Александров

Ковенанты в кредитных договорах

Финансовые ковенанты *(financial covenants)* – условия кредитных договоров и иных финансовых сделок, выполняющие обеспечительную функцию (по концентрации имущества должника, мониторингу потенциальных ситуаций нарушения и недопущению актуализации различных рисков), а также являющиеся удобным инструментом для досрочного возврата займа[1].

Отечественная кредитная практика заимствовала институт ковенантов из англо-американского права: будучи удобным и гибким для обеих сторон механизмом мониторинга состояния должника, ковенанты стали широко применяться в зарубежных правопорядках при структурировании крупных финансовых сделок. Придерживаясь мировых тенденций, участники российского коммерческого оборота начали включать в договоры условия, тождественные зарубежным финансовым ковенантам. Большое разнообразие ковенантов, встречающихся в кредитных договорах, породило для правоприменителя известные проблемы, связанные с правовой квалификацией таких условий, их действительностью, возможностью их защиты. За последние десять лет судебная практика не раз сталкивалась с ковенантами и требованиями о досрочном возврате займов за их нарушение, что стало поводом для доктринальной разработки данного вопроса, обращения к зарубежному опыту, о чем далее и пойдет речь.

Не останавливаясь подробно на вопросе квалификации ковенантов как правового явления, сделаем лишь несколько замечаний. Англо-американское право оперирует «широким» понятием обязательства *(promise, undertaking)*,

[1] *Lloyd R.M.* Financial covenants in commercial loan documentation: uses and limitations // 58 Tenn. L. Rev. 335. Spring 1991.

которое охватывает договорные обещания должника, практически вне зависимости от степени подконтрольности исполнения воле и действиям должника (обязательством будет являться и обещание должника, предусматривающее наступление обстоятельств, которые полностью не зависят от его действий)[1]. Финансовые ковенанты как дополнительные обязательства, обеспечивающие интерес кредитора в контроле за потенциальными нарушениями[2], могут содержать условия наступления обстоятельств как подконтрольных, так и неподконтрольных должнику (обязательство совершить или воздержаться от действия, обеспечить наступление определенных обстоятельств или их предотвращение). Такие обязательства подлежат защите на общих основаниях.

Доктрина континентального гражданского права по-разному оценивает содержание понятия «обязательство». Классическая позиция стоит на интерпретации предмета обязательства исключительно как подконтрольных должнику (полностью, либо в преобладающей части) действий, способных привести к надлежащему исполнению. Наступление же неподконтрольных действиям и воле должника обстоятельств (событий), по поводу которых дано обещание, опосредуется в данном случае конструкцией потестативных условий[3]. Согласно выводам, сделанным А.Г. Карапетовым, ковенанты,

[1] Что не абсолютизирует свободную возможность сторон обязаться «по любому поводу», см. подробнее *Treitel G.H.* Law of contract / 11th ed. Sweet and Maxwell, 2003. P. 81–99.

[2] Мониторинг финансового состояния должника и снижение рисков неисполнения представляется основной целью, достижению которой служит установление ковенантов в кредитных договорах. Родовой же институт ковенантов в англо-американском праве крайне широк, охватывает разнообразные договорные условия как в отношении кредитора, так и должника, представляет собой продолжение института гарантий, его видовые проявления в определенной степени схожи с континентальными институтами юридического и фактического качества, условных сделок, негативных обязательств, модуса и др. См.: Black's Law Dictionary / 10th ed. P. 443–445.

[3] См. ст. 157, 327.1 ГК РФ, п. 52 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25. См. также: *Карапетов А.Г.* Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в

предусматривающие наступление обстоятельств в сфере полного или преобладающего контроля, по своей природе являются полноценными обязательствами, а неподконтрольные или преобладающе неподконтрольные должнику конструируются на основе потестативных условий.

Иная позиция заключается в «расширении» понятия договорного обязательства, некоторые континентальные правопорядки двигаются к признанию возможности сторон договориться и на счет обстоятельств, прямо или косвенно неподконтрольных должнику. В связи с появлением в ГК РФ неоднозначных положений о возмещении потерь[1] возможно поставить вопрос о развитии вышеуказанной идеи и в отечественном правопорядке.

Однако, в условиях отсутствия правоприменительной практики и однозначного толкования положений о возмещении потерь, а также развернутой аргументации в пользу второй позиции[2], в данный момент более предпочтительна позиция[3], основанная на дифференциации правовой природы ковенантов (в зависимости от содержания соответствующих условий договора[4]).

Крайне широкий спектр особых договорных условий, которые охватываются конструкцией ковенанта в англо-американском праве, вызывает необходимость классификации. Для целей российской правоприменительной практики наиболее востребована классификация ковенантов на позитивные –

финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. статей. Вып. 1 / Отв. ред. М.Л. Башкатов. М, 2011

[1] Ст. 406.1 ГК РФ говорит об «… обязанности стороны возместить имущественные потери другой стороны …, не связанные с нарушением обязательства…»

[2] Например, вопрос о пределах и основаниях ответственности должника за наступление обстоятельств, не зависящих от его воли.

[3] *Карапетов А.Г.* Указ. соч.

[4] Например, ковенант о поддержании определенного уровня кредитовых оборотов имеет обязательственную природу, в то время как ковенант, предусматривающий возможность досрочно потребовать возврата кредита в случае предъявления к должнику исковых требований на определенную сумму, имеет потестативную природу

предпринять определенные действия *(positive, affirmative)* и негативные – воздержаться от совершения тех или иных действий *(negative, restrictive)*.

Позитивные ковенанты, как правило, направлены на стимулирование должника к активным действиям (зарегистрировать обременение, застраховать обеспечение, поддерживать определенный уровень оборотных средств), выполняют регулятивную функцию мониторинга экономического состояния должника.

Негативные же ковенанты в большинстве своем имеют защитную направленность, формулируются часто как предпосылки для досрочного возврата суммы займа и процентов *(acceleration)*, либо применения иных защитных механизмов кредитором, позволяющих ему в большей степени контролировать риски неисправности должника[1].

В Информационном письме N 147 2011 г. ВАС РФ затронул проблематику действительности негативных ковенантов. Во-первых, закрепил общий посыл о возможности включения условий, обеспечивающих кредитору эффективный контроль за соблюдением должником принятых по договору обязанностей, что изменило вектор судебной практики[2]. Во-вторых, ВАС РФ сформулировал критерии действительности негативных ковенантов, которые активно используются судебной практикой при разрешении споров из кредитных договоров: 1) необходимость конкретизации в договоре вводимых ограничений, 2) разумное ограничение их действия в темпоральном аспекте, 3) связанность с основным обязательством (получением кредита)[3].

---

[1] *Choi A., Triantis G.* Market Conditions and contract design: variations in debt contracting // 88 N.Y.U.L. Rev. 51. April 2013.

[2] К моменту принятия Информационного письма на уровне апелляции и кассации уже сложилась судебно-арбитражная практика, поддерживающая позицию о действительности наиболее популярных ковенантов (в особенности, об обеспечении определенного уровня финансовых показателей) и допустимости реализации требований из их нарушения. В то же время, в отсутствии общепринятых критериев действительности и позиции высшей судебной инстанции, «работали» далеко не все виды ковенантов.

[3] См. п. 9 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 N 147 // СПС «Консультант Плюс». Стоит отметить, что некоторые исследователи слишком

Отечественная судебная практика благосклонно относится к ковенантам в рамках отношений B2B, не допуская их установление в B2C отношениях (обосновывая ухудшением положения потребителя-заемщика[1]). Институт ковенантов известен отечественному позитивному праву[2]. В силу принципа свободы договора стороны вправе устанавливать разнообразные ковенанты, отвечающие балансу интересов обеих сторон[3]. Начиная с 2010 г., ковенанты активно включаются участниками оборота в кредитные договоры. Согласно проведенному мониторингу отечественной судебной практики, наиболее популярны следующие ковенанты:

1. Ковенанты с обязательственной природой:

1) Запрет/ограничение на заключение договоров (по отчуждению активов, залога, займа, поручительства, кредитных договоров, договоров банковского счета в иных банках) для заемщика.

2) Поддержание в определенного уровня кредитовых оборотов заемщиком.

3) Соблюдение заемщиком определённого уровня финансовых показателей (соотношение долга/EBITDA, иных показателей).

буквально толкуют текст п. 9: «принятие заемщиком на себя такого рода обязанностей было связано с получением им имущественного блага - кредита, причем без предоставления какого-либо обеспечения» и указывают на действительность ковенантов лишь при отсутствии использования «традиционных» способов обеспечения. Данный вывод представляется неверным и опровергается судебной практикой, см, напр.: Определение ФАС Северо-Западного округа от 21.08.2012 по делу N А42-6744/2011 // СПС «Консультант-Плюс».

[1] См. п. 4 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 N 146, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.05.2010 по делу N А19-28835/09 // СПС «Консультант-Плюс».

[2] Ст. 813; 814; п. 1, 3 ст. 821 ГК РФ.

[3] См., например, Постановление ФАС Уральского округа от 07.03.2014 N Ф09-14300/13 по делу N А07-7565/2013, где кассационная инстанция отправила дело на новое рассмотрение, указав на необходимость исследования вопроса о степени ограничения прав должника и действенности обеспечения возврата кредита путем постановки должника на полное рассчетно-кассовое обслуживание в банке-кредиторе

4) Необходимость зарегистрировать, застраховать предмет обеспечения, предоставить иные гарантии после заключения договора.

5) Недопустимость реорганизации должника.

6) Недопустимость ухудшения финансового положения (в пределах контроля должника).

2. Ковенанты с потестативной природой:

1) Аналогичные п. 1-3 в прерыдущем перечне, но в отношении лиц, предоставляющих обеспечение по обязательствам заемщика.

2) Ковенант о кросс-дефолте.

3) Недопустимость инициации процедуры банкротства в отношении заемщика, либо лиц, предоставляющих обеспечение

4) Недопустимость предъявления заемщику иска на определенную сумму

5) Недопустимость смены состава участников и менеджмента юридических лиц

6) Недопустимость наложения арестов, приостановлении операций по счетам, отзыва лицензий, предъявления имущественных требований

7) Недопустимость ухудшения финансового положения (вне пределов контроля должника, например, при обвале рынка)

В англо-американском праве нарушение ковенанта *(event of default)* дает, как правило, кредитору возможность требовать досрочного возврата долга *(acceleration)*, доступны и любые другие средства защиты: как предусмотренные договором (повышение процентных ставок, необходимость предоставления дополнительных обеспечений, изменение условий предоставления следующих траншей в кредитной линии), так и общие (прекращение договора, убытки). При этом при незначительности нарушения, либо желании кредитора сохранить благоприятные деловые отношения применяется *grace period* – срок для исправления нарушений, в течении которого просрочки в исполнении обязательств штрафоваться не будут.

Вышеуказанный набор средств защиты кредитора (досрочное истребование займа с причитающимися процентами) и механизмов ответственности должника (убытки) доступен и в отечественной системе права.

Также кредитору доступен защитный инструментарий в виде института возмещения потерь и возможности установления повышенных процентных ставок[1]. В случаях нарушения ковенантов с обязательственной природой кредитор может предусмотреть неустойку[2], в ситуации нарушения негативного обязательства, при наличии к тому оснований, инициировать судебный запрет.

Некоторые отечественные исследователи отмечают, что акселерация представляет собой сугубо механизм ответственности должника за ненадлежащее исполнение ковенантов. Взяв за основу исходный посыл о дифференциации правовой природы ковенантов, стоит отвергнуть данную точку зрения, ответственность только возможна за нарушение обязанности, исполнимость же многих ковенантов находится вне пределов сферы контроля должника, поэтому применение классических мер ответственности (убытков в полном объеме, неустойки) не будет справедливым для требуемого баланса интересов обеих сторон. Во-вторых, требование о досрочном возврате само по себе не может выступать мерой ответственности, являясь лишь возможностью кредитора изменить срок договора в одностороннем порядке при наступлении определенного юридического состава (в виде тех или иных нарушений со стороны должника).

Суть ковенантов состоит в мониторинге и минимизации *действительных* рисков кредитора, при этом ковенанты направлены не только на контроль самого должника, но и *мониторинг экономической обстановки вокруг него*[3]. Интерес кредитора при установлении ковенантов заключается в установлении

---

[1] Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.02.2012 по делу N А25-1260/2011 // СПС «Консультант-Плюс».

[2] Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.02.2012 по делу N А65-16734/2011 // СПС «Консультант-Плюс».

[3] *Hahn D.* The Roles of Acceleration // 8 DePaul Bus. & Comm. L.J. 229. Spring 2010.

наиболее стойких гарантий в возврате переданных денежных средств, поэтому возможно говорить о применении ковенантов в контексте институтов предвидимого нарушения *(anticipatory breach)* и ситуации существенного негативного изменения обстоятельств *(material adverse change)*. Так, кредитор имеет возможность реализовать те или иные средства защиты в ситуации наличия действительного риска актуализации потенциального нарушения, который может быть доказан, хотя бы в данный момент времени основания для применения мер защиты отсутствуют и риск не является явным[1]. Например, проявлением этих доктрин является ковенант о кросс-дефолте, позволяющий кредитору защищаться в случае нарушения должником обязанностей по иным договорам, либо договорам с другими контрагентами[2].

Реализация защитных механизмов требует существенных к тому оснований - подрывания *roots of contract*. Нарушение ковенанта не всегда приводит к той степени существенности увеличения риска, при которой положение кредитора ухудшается[3]. Кредитор, желая предъявить требования к нарушившему ковенант должнику, должен действовать добросовестно, исключительно формальных оснований (событий нарушения) может быть недостаточно. При реализации механизмов защиты баланс интересов сторон не должен искажаться, учитывается как степень нарушения ковенанта со стороны должника, так и последствия для кредитора (не всякое нарушение значительно увеличит риски[4]). Соответствующие критерии поддерживаются и

[1] В этой связи крайне интересным представляются прецеденты Cukurova Finance International Limited and another v Alfa Telecom Turkey Limited [2013] UKPC2 и Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL and Another [2013] EWHC 1039 (Comm).

[2] Подобные ковенанты применяются и в российское практике, см., напр.: Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.05.2015 N 11АП-5155/2015 по делу N А55-22963/2014; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.08.2010 N 15АП-8234/2010 // СПС «Консультант-Плюс».

[3] См.: *Lloyd. R.M.* Ibid; *Морозов С.* Незначительность нарушения ковенанта как основание отказа в досрочном возврате кредита // Жилищное право. 2015. № 4.

[4] В деле In re Gordon Car and Truck Rental, Inc. [1985] суд применил доктрину waiver, указав на возможность кредитора к доступу информации о нарушении - *case can be read to*

отечественной судебной практикой[1]. Как правило, в англо-американском правопорядке тест на существенность нарушения для кредитора применяется для оценки требований о досрочном возврате. В случае, если существенность нарушения не была расценена судом достаточной для досрочного взыскания, но у кредитора возникли убытки, они покрываются.

Отличительная черта ковенантов выражается в крайней гибкости построения отношений между сторонами. Но данный инструмент отнюдь не панацея от любых рисков (например, процесс мониторинга отчетности или состава активов может быть крайне затруднен, не говоря уже об эффективном досрочном возврате денежных средств), защищаются ковенанты преимущественно по *liability rule*, что в отечественном правопорядке несет известные риски недокомпенсации возникших потерь и незащищенности основного интереса кредитора – в возврате средств. Поэтому стороны при структурировании сделок отдают предпочтения «традиционным» способам обеспечения (например, залогу и поручительству), используя ковенанты в качестве средства «на всякий случай»

Ковенанты, являясь удобным (хоть и не очень надежным в рамках отечественного оборота с точки зрения банковской практики) инструментом снижения рисков кредитора, используются в России при структурировании кредитных договоров. Правовая природа и, следовательно, способы защиты ковенантов дифференцированы. Преобладающая (статистически) часть ковенантов поддерживается российскими судами, но остро стоит вопрос

---

stand for the proposition that where a lender has the ability to learn of the breach of a financial covenant and fails to do so, it waives the covenant (Robert M. Lloyd, Ibid)

[1] См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.09.2014 N Ф05-10500/14 по делу N А40-79289/13 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 07.10.2014 N Ф09-6331/14 по делу N А07-23635/2013 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Федерального Арбитражного суда Московского округа от 25.11.2013 N Ф05-14525/2013 по делу N А40-20776/2013 // СПС «Консультант Плюс».

злоупотреблений со стороны кредиторов в аспекте определения существенности нарушения для возможности реализации требования о досрочном возврате кредита.

Ж.А. Жигалова

Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств, как дополнительная гарантия защиты

С 1 июня 2015 г. в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) предусмотрен новый институт ответственности за нарушение обязательств – возмещение потерь, возникших при наступлении, определенных обстоятельств при заключении соглашения. Субъектами, заключающими такие соглашения, могут быть только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность. С точки зрения российского бизнеса этот институт является полезным и важным нововведением. Он востребован при заключении «сложных» сделок компаний, когда при согласовании условий на стадии заключения сделки невозможно точно проверить все риски этой сделки.

Зародившийся в российском праве институт возмещения потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств, является схожим с институтом английского права - «indemnity» (от англ. - возмещение, выплата, компенсация). В Англии обычно, если в договоре отсутствует условие о возмещении потерь при наступлении определенных в договоре обстоятельств, сторона отказывается от заключения сделки[1].

Нельзя сказать, что данная конструкция, появившаяся в ст. 406.1 ГК РФ, является полным копированием практики английского права. На протяжении долгого времени субъекты правоотношений, осуществлявшие

[1] Юрист Компании // URL: http://service.lawyercom.ru/webinar/?webinar=20160531&token=561e0513-bcaa-11a0-4355-2d01265e8603&ttl=7888&IdSL=782329554&IdBatch=2838176&utm_medium=letter&utm_source=letternews&utm_campaign=letternews_2016.04.22_uk_webinar_w16_readers_60275 (дата обращения: 28.04.2016).

предпринимательскую деятельность, уже распределяли риски, возникающие в случае наступления определенных обстоятельств, не связанные с нарушением обязательства стороной. Но не всегда суды ставили такое соглашение в силу наравне с законодательством, они часто признавали такое соглашение недействительным на основании ст. 168 ГК РФ, считая, что, по сути, стороны заключили договор страхования, но ни одна сторона не обладала полномочиями вести страховую деятельность. Также суды обычно переквалифицировали не существовавший тогда институт возмещения потерь в другой институт - возмещение убытков (ст. 15 ГК). При возмещении потерь кредитору нужно доказать только лишь причинно-следственную связь между наступившими обстоятельствами и потерями кредитора[1]. При возмещении убытков необходимо также доказать противоправность действий должника и его вину.

Главная сущность рассматриваемого института – это договоренность покрыть потери, которые возникнут в будущем, связанные с изменением, исполнением или прекращением обязательства либо его предметом, но не связанные с нарушением обязательства, которые возникнут в будущем. Потери не должны быть связаны с возмещением убытков по ст. 393 ГК РФ. Нарушение обязательства по договору, которое привело к наступлению убытков, не будет считаться обстоятельством, требующее возмещение потерь по ст. 406.1 ГК РФ. Именно при этом толковании, данным Постановлением Пленума Верхового Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», разъясняется отличие этого институт от института заверения об обстоятельствах, также закрепленном в ГК июньскими изменениями 2015 года, в котором уже важен факт закрепления обстоятельств на момент заключения договора.

Соглашение о возмещении потерь, возникших в случае наступления

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». П. 15.

определенных в договоре обстоятельств, согласно ст. 406.1 ГК РФ может быть заключено отдельно от договора либо предусмотрено в самом договоре в виде специального условия. В соглашении должны быть прописаны все обстоятельства, в случае наступления которых, будет применяться статья 406.1 ГК РФ, в противном случае это обстоятельство не будет зачтено.

Некоторую схожесть можно найти и с институтом обеспечительного платежа (ст. 381.1 ГК РФ). Обеспечительным платежом может быть обеспечено обязательство, которое, как и в институте возмещения потерь, возникает в случае наступления определенных в договоре обстоятельств в будущем. Обеспечительный платеж обуславливается внесением одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы, из которой уже будет исчисляться размер убытков, понесенной стороной. При возмещении потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств, деньги уплачиваются после доказательства понесенных потерь у стороны обязательства. Оба института предусматривают гарантию защиты стороны обязательства от возможности наступления потерь за возникновение определенных последствий. Другая сторона гарантирует второму лицу добросовестные намерения в отношении обязательства. Отличие проявляется в том, что возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств, не носит акцессорный характер. Суды должны проверять заключенность и действительность соглашения о возмещении потерь, предусмотренного ст. 406.1 ГК РФ, подлежащего оценке судом независимо от заключенности и действительности договора, в связи с которым оно заключено, даже если оно содержится в этом договоре в виде его условия (оговорки)[1].

Заключение соглашения о возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств либо включение этого условия в базовый договор, не должно включать в себя наличие третей стороны,

[1] Там же. П. 17.

которая должна возместить потери, как, например, в договоре страхования. Обязанности возмещения потерь распределяются между сторонами. Применяется общая норма – ст. 308 ГК РФ: «Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон». Новый институт, в отличие от страхования, который имеет внешним сегмент – страховщика, не являющегося стороной сделки, свидетельствует о «внутреннем страховании» между сторонами. Риски возникновения потерь должны перераспределяться только между сторонами. Однако за ними сохраняется возможность передать права и обязанности возмещения потерь по договору цессии как юридическому лицу, так и физическому лицу[1]. Фактически Верховный Суд РФ определил возможность физического лица стать стороной по сделке, где есть требование о возмещения потерь, возникших при наступлении, определенных обстоятельств при заключении такого соглашения, но лишь при праве правопреемства. Тоже самое касается и при случае утраты лицом статуса индивидуального предпринимателя (или его выход из состава юридического лица) – у него остается обязанность выплатить понесенные потери другой стороне.

П. 1 ст. 406.1 Гражданского кодекса гласит, что «соглашением сторон должен быть определен размер возмещения потерь или порядок их определения». Однако каким образом должна быть обозначена сумма, подлежащая взысканию? В соответствии с п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда от 23 марта 2016 г. № 7: «сторона должна доказать наличие причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и ее потерями», но если при доказательстве обнаружится, что сумма, зафиксированная в соглашении значительно выше понесенных потерь или, наоборот, значительно их ниже, то как стороны должны поступить? Возникшая ситуация может привести к дальнейшим судебным спорам, но в соответствии с п. 2 ст. 406.1 ГК РФ судом может быть снижен размер возмещения потерь

[1] Там же. П. 16.

только в случае, если сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь, то что же тогда остается делать добросовестной стороне, понесшей потери, которые не равны сумме, прописанной в соглашении? Данный аспект не прописан ни в Гражданском кодексе, ни в недавно вышедшем Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 марта 2016 г. № 7.

На практике выработаны три пути решения данной проблемы.

Во-первых, можно подробно прописать каждую ситуацию, при возникновении которой, должник будет обязан возместить потери (необходимо указать фиксированную сумму).

Во-вторых, можно применить аналогию закона из страхования об определении размера страхового возмещения. В связи с тем, что институт возмещения обычно применим при заключении «сложных» сделок, стороны могут прибегать к оценке риска на момент заключения соглашения (аналогия со ст. 945 ГК РФ). В той части потерь кредитора, где должником будет признано превышение их стоимости, соглашение признается недействительным (аналогия со ст.951 ГК РФ).

В-третьих, А.Г. Карапетов при комментировании ст. 406.1 предложил в соглашении указывать предел суммы, подлежащей взысканию[1]. Это будет наиболее практичный вариант решения проблемы. Однако в соглашении лучше, по моему мнению, стоит определить, как «потолок» суммы взыскания, так и ее «пол». Такое урегулирование суммы взыскания позволит наиболее точно гарантировать защиту стороны, понесшей потери по такому договору. Так, уже независимый оценщик или сторона будет определять надлежащий размер потерь, если стороны урегулируют свои споры без суда, либо уже с помощью суд, а если же они выберут судебный порядок разрешения дела. Определение точного размера компенсации за потери будет иметь место лишь при признании базового (основного) договора недействительным или же в другой ситуации, когда возмещение потерь вызвано фактически потраченным временем

[1] Закон.ру // URL:https://zakon.ru/blog/2015/6/18/zavereniya_obobstoyatelstvax_i_usloviya_o_vozmeshhenii_poter_po_novomu_gk_rf (дата обращения: 24.04.2016).

(простой). Так, например, гарантия заказчика подрядчику за выполнение работ по договору строительного подряда на экологической зоне. В данном случае соглашение будет выступать как дополнительная гарантия заказчика перед подрядчиком.

Определение суммы возмещения потерь таким соглашением будет иметь для сторон плюс еще и в материальном смысле. Если при заключении договора страхования необходимо уплачивать определенную сумму (страховую премию) страховщику, то с помощью нового института стороны дополнительных потерь между сторонами вне договора не понесут. Это позволит сторонам наиболее качественно отнестись к заключению соглашения, обстоятельства которого могут, как возникнуть, так и не возникнуть. Более того, если будет зафиксирован размер взыскания, при котором у сторон точно будут отсутствовать претензии друг другу, это позволит им сократить время переговоров и разногласий в будущем.

В п. 3 ст. 406.1 ГК РФ законодатель указывает на независимость условия о возмещения потерь в договоре: «Потери, предусмотренные настоящей статьей, возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействительным, если иное не предусмотрено соглашением сторон». Он отрывает действительность от судьбы договора. Иметь значение этот пункт будет, когда договор будет признан недействительным, но у сторон не было цели злоупотребить правом (ст. 174.1–177 ГК РФ). В случае же, когда договор был заключен под заблуждением, обманом или насилием, независимость соглашения о возмещении потерь от основного договора и рассмотрения судом его отдельно от договора утрачивает свою практичность в применении. Сторона, которая ввела в заблуждение при заключении основного договора, так же и ввела в заключение при составлении соглашения о возмещении потерь. Доказывать договор и соглашение независимо друг от друга будет не выгодно. В данном случае, при применении статей 178–179 ГК РФ, наоборот, можно проследить прямую зависимость недействительности договора и соглашения. Формулировка «если иное не прописано соглашением сторон» имеет

«расплывчатый» эффект для судов, поэтому при указании обратного тому, что прописано в норме закона (или на начало это нормы, на которую делается акцент) будет приводить суд в замешательство.

Закрепление в ст. 406.1 ГК РФ, как общее правило, позволяет контрагентам рассчитывать на полную защиту со стороны государства от неправомерных действий, в частности, например, от злоупотребления правом с другой стороны правоотношения. Однако с момента появления изменений с 1 июня 2015 г. ст. 406.1 ГК РФ и до сих пор статья является предметом дискуссий о применении ее на практике. Часть вопросов была решена Верховным Судом РФ в Постановлении Пленума от 23 марта 2016 г. № 7, что смогло решить ряд правовых коллизий между представителями юридической сферы, возникающих на практике. Вопросы о размере возмещения потерь и применения п. 3 этой статьи до сих остаются нерешёнными, что говорит о необходимости изучения данного института и его законодательной корректировке.

К.В. Москалец

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров на преддоговорной стадии

Одной из важнейших новелл реформы российского гражданского законодательства стало включение в него норм о преддоговорной ответственности. Такие механизмы уже существовали в ряде стран континентального права, а также известны и правовым системам англосаксонской правовой семьи.

Эта проблематика не могла долго оставаться незамеченной и в нашей стране. Под влиянием мировых тенденций, а также ориентируясь на нужды все более развивающегося и усложняющегося оборота, соответствующие положения были включены в Концепцию развития гражданского законодательства Российской Федерации и Проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации.

В утвержденном тексте Концепции предложение о включении в ГК РФ норм о преддоговорной ответственности было сформулировано следующим образом (п. 7.7 разд. V): «В целях предотвращения недобросовестного поведения на стадии переговоров о заключении договора в ГК следует для отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, предусмотреть специальные правила о так называемой преддоговорной ответственности (culpaincontrahendo), ориентируясь на соответствующие правила ряда иностранных правопорядков».

При этом в самой Концепции не приводились аргументы в пользу того, что включение в отечественный правопорядок норм о преддоговорной ответственности должно происходить именно посредством закрепления соответствующих норм в ГК РФ, а не путем формирования и развития судебной практики, как это имеет место в некоторых иностранных юрисдикциях (например, Франция, Голландия, США). Концепция не дает оценку существующего законодательного регулирования преддоговорных отношений, возможности взыскания преддоговорных убытков на основании действующего ГК РФ, а также потенциального места этого института в системе норм гражданского права.

Вместе с тем ряд отечественных цивилистов придерживаются той точки зрения, что привлечение к преддоговорной ответственности не обязательно требует принятия закона о внесении соответствующих изменений в ГК РФ, а возможно уже на основании толкования действующего гражданского законодательства. Например, А.П. Сергеев и Т.А. Терещенко в своей статье, посвященной вопросам преддоговорной ответственности, предлагают «защищать интересы контрагента, пострадавшего от недобросовестных переговоров посредством квалификации такого деяния в качестве особого вида гражданского правонарушения - злоупотребления доверием контрагента». Авторы считают, что «применение института преддоговорной ответственности culpaincontrahehndo в качестве общего правила возможно в силу п. 3 ст. 10 ГК РФ (принцип добросовестности) и ст. 1064 (генеральный деликт)».

К.В. Гницевич также считает, что применение преддоговорной ответственности возможно уже на основании действующих гражданско-правовых норм. Он предлагает «на основании отдельных положений о преддоговорной ответственности, включенных в текст действующего ГК РФ» сформулировать «общий принцип ответственности за culpaincontrahendo, подлежащий применению на основании аналогии права».

Следует рассмотреть позиции вышеуказанных авторов. Во-первых, следует отметить, что, исходя из буквального содержания п. 2 ст. 10 ГК РФ в случае злоупотребления правом суд, арбитражный суд или третейский суд может лишь «отказать лицу в защите принадлежащего ему права». Таким образом, эта статья предоставляет для потерпевшей стороны средства пассивной (отказ суда от защиты права лица, которое допускает злоупотребление правом), но не активной (требование о возмещении убытков) защиты.

Следовательно, с формально-юридической позиции использование нормы п. 2 ст. 10 ГК РФ в контексте преддоговорной ответственности представляется затруднительным. Впрочем, поскольку сложившаяся судебная практика исходит из расширительного толкования нормы ст. 10 ГК РФ, ниже приводятся и другие аргументы.

Кроме того, представляется затруднительным использование концепции генерального деликта применительно к злоупотреблению правом вообще и к злоупотреблению «правовыми возможностями, вытекающими из принципа свободы договора». Если даже не вступать в длительные и не всегда результативные споры о природе понятия «злоупотребление правом», можно высказать следующие соображения практического характера, которые ставят под сомнение использование концепции злоупотребления правом применительно к преддоговорной ответственности.

Говоря о концепции генерального деликта, нельзя не упомянуть о том, что ее действие ограничено п. 3 ст. 1064 ГК РФ, согласно которому «вред, причиненный правомерными действиями, подлежит возмещению в случаях,

предусмотренных законом». Даже соглашаясь с тем, что злоупотребление стороной переговоров правовыми возможностями в рамках принципа свободы договора является правонарушением, приходится констатировать, что защита прав потерпевшей стороны путем взыскания преддоговорных убытков на основании п. 3 ст. 10 и ст. 1064 ГК РФ была бы возможна только при наличии прямого указания в законе (а такое указание в п. 3 ст. 10 ГК РФ отсутствует).

Те авторы, которые полагают, что конфликт между принципом свободы договора и необходимостью установления преддоговорной ответственности может быть решен посредством применения норм о злоупотреблении правом, упускают из виду ту роль, которую играет принцип свободы договора в российском гражданском праве. Указанный принцип действующим ГК РФ отнесен к числу основополагающих (п. 1 ст. 1), а в силу сложившейся практики конституционного правосудия этой норме придается даже конституционно-правовое значение. На противоположной чаше весов оказываются права и законные интересы других лиц, затронутые в результате такого «злоупотребления свободой договора». Это означает, что при разрешении данной коллизии мы столкнемся с необходимостью выбора между двумя равными или по крайней мере сопоставимыми по значению принципами (если вообще допустимо их противопоставление). Следовательно, с такой дилеммой каждый раз будут сталкиваться и судьи. Причем перекос как в одну, так и в другую сторону может иметь серьезнейшие последствия для гражданского оборота.

Коллизия между принципом свободы договора и принципом «доброй совести» нередко возникает при разрешении судебных споров в иностранных юрисдикциях. При этом суды далеко не всегда признают доминирование принципа добросовестности над принципом свободы договора (это особенно характерно для англосаксонских юрисдикций). Даже несмотря на различие в правовых системах, нельзя исключить того, что подобная логика может быть воспринята некоторыми российскими судами при разрешении конкретных дел.

Использование аналогии права также, на наш взгляд, не решает главной проблемы: принцип свободы договора настолько прочно утвердился и в доктрине гражданского права, и в правосознании законотворцев и правоприменителей, что его модификация и трансформация не могут быть осуществлены только путем толкования с использованием аналогии права. Преодоление дилеммы между необходимостью защиты прав и интересов участников преддоговорных отношений и принципом свободы договора может быть достигнуто только

путем принятия соответствующих правовых норм. Ведь не случайно законодатель предусмотрел, что изъятия из принципа свободы договора допускаются лишь в исключительных случаях - на основании закона или добровольно принятого обязательства, но никак не на основании судебного усмотрения.

1 июня 2015 г. вступила в силу ст. 434.1. ГК РФ. П. 1 этой статьи устанавливает свободу сторон в ведении переговоров, самостоятельное несение каждой из сторон расходов на ведение переговоров и невозможность быть привлеченным к какой-либо ответственности в случае, если переговоры так и не завершатся заключением договора. Эти положения в полной мере вытекают из принципа свободы договора, подразумевающего, в том числе, свободу вступать в договорные отношения. Здесь мы имеем общее правило, из которого нижеследующие пункты устанавливают определенные исключения.

Согласно п.2 ст.434.1 ГК устанавливается запрет на недобросовестные практики ведения переговоров. Стороны не должны злоупотреблять своим правом свободного ведения и выбора приемов и тактики переговоров. При этом здесь же установлен неисчерпывающий перечень случаев, в которых суду следует констатировать недобросовестность ведения переговоров.

Во-первых, ведение переговоров лишь для вида при заведомом отсутствии намерения завершить переговоры заключением договора. Нет никаких сомнений, что такое поведение является явно недобросовестным.

Во-вторых, сообщение в ходе переговоров недостоверной информации. При толковании данного положения следует не забывать о том, что речь идет о недобросовестном поведении. Поэтому сообщение ложной информации влечет ответственность по данной статье только в случае умысла или грубой неосторожности. Вряд ли можно признать недобросовестным обман, произошедший в условиях, когда сам обманщик не знал и не должен был знать о недостоверности сообщаемой информации. При этом вина обманщика предполагается, если солгавшая сторона не докажет, что она сама в момент предоставления информации считала ее правдивой и не имела оснований в ней сомневаться.

Тут надо только напомнить, что, если договор в итоге был все-таки заключен, к ответственности за предоставление ложной информации подлежит применению специальная ст. 432.1 ГК о недостоверных заверениях. Согласно п. 4 ст. 431.2 ГК в такой ситуации лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, или стороны корпоративного договора или договора об отчуждении акций или доли несут строгую, не зависящую от вины ответственность за предоставление ложных заверений (в том числе предоставленных на стадии до заключения договора).

В-третьих, умолчание о таких обстоятельствах, которые в силу характера договора должны были быть доведены до сведения другой стороны. По сути, речь должна идти о ситуациях, когда раскрытие соответствующей информации на стадии переговоров вытекало из принципа добросовестности. Например, поведение продавца судна, который сообщил потенциальному покупателю всю позитивную информацию о потенциальном объекте отчуждения, простимулировав того отправить специальных экспертов в соответствующий далекий порт для детального осмотра, но не сообщил ему, что судно имеет значительную пробоину, носит явно недобросовестный характер. С точки зрения принципа добросовестности такая важная для любого потенциального покупателя информация должна быть раскрыта в самом начале, чтобы

покупатель мог осознанно принимать решение о несении расходов на дальнейшие переговоры.

В-четвертых, внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать. Здесь мы имеем, пожалуй, самый потенциально опасный и сложный аспект этой статьи. Безусловно, сторона вольна прервать переговоры на любой их стадии, но закон исходит из того, что в некоторых обстоятельствах такое поведение может быть недобросовестным. Как следует из закона, для того, чтобы разрыв переговоров был недобросовестным, мало того, чтобы он был неожиданным и безосновательным; требуется, чтобы прекращение переговоров подрывало разумные ожидания другой стороны. В принципе любая из сторон переговоров должна быть готова к тому, что другая сторона может выйти из переговоров на любой их стадии, ничего при этом не объясняя. Соответственно, для того, чтобы неожиданное и немотивированное прерывание стороной переговоров являлось недобросовестным, требуется доказать какие-то особые обстоятельства, которые могли создать у стороны переговоров разумные ожидания того, что переговоры просто так неожиданно прерваны не будут. Самым типичным вариантом таких особых обстоятельств является ситуация, когда одна из сторон на той или иной стадии переговоров заверяет другую о серьезности своих намерениях и желании во что бы то ни стало прийти к соглашению и прилагать все усилия к нахождению компромисса. Неожиданное и не оправданное какими-то объективными причинами прерывание переговоров в такой ситуации (особенно когда переговоры зашли далеко и большинство параметров сделки уже согласовано), действительно, может быть с учетом конкретных обстоятельств признано недобросовестным.

П. 3 ст. 434.1 ГК определяет сам характер ответственности за недобросовестное ведение переговоров (преддоговорной ответственности). Такая ответственность состоит в возмещении стороной, которая проявила недобросовестность на стадии ведения переговоров, другой стороне расходов

последней на ведение переговоров. Задача этой ответственности состоит в том, чтобы вернуть жертву в то состояние, которое имело место до начала переговоров. В п. 3 ст.434.1 ГК также указывается на то, что подлежат возмещению расходы, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Это положение внутренне противоречиво, так как в случае утраты возможности заключить договор с третьим лицом из-за ведения переговоров, не приведших к положительному результату из-за недобросовестного поведения другой стороны переговоров, возникают не расходы, а упущенная выгода.

Природа преддоговорной ответственности в самом тексте ГК не прояснена. Соответственно, российской доктрине предстоит определить, является ли эта ответственность в чистом виде деликтной или носит некую особую природу. В зарубежном праве встречаются оба подхода.

Согласно п. 4 ст. 434.1 ГК информация, сообщенная в ходе ведения переговоров на условиях конфиденциальности, не может быть раскрыта получившей такую информацию стороной переговоров третьим лицам или ненадлежащим образом использована в своих целях. Если все же режим конфиденциальности будет нарушен, нарушитель должен возместить другой стороне все возникающие в связи с этим убытки, независимо от того, был ли договор в результате таких переговоров заключен или нет.

Здесь стоит только определиться в вопросе о том, когда информация, предоставляемая при переговорах, является конфиденциальной. Режим конфиденциальности должен распространяться на предоставленную в ходе переговоров информацию, когда а) такая информация предоставлена с прямо выраженным условием о конфиденциальности (например, от другой стороны получена расписка в согласии хранить информацию в тайне и не использовать ее в собственных коммерческих целях, не связанных с заключаемым договором), или б) конфиденциальность представляемой информации и риск возникновения убытков от распространения такой информации у стороны, ее предоставившей, абсолютно очевидна любому разумному лицу.

П. 5 ст. 434.1 ГК признает возможным заключение соглашения о переговорах, в котором стороны могут уточнить порядок ведения переговоров, в том числе установив распределение расходов на ведение переговоров. Вполне очевидно, что такое соглашение может также содержать условие о запрете на ведение параллельных переговоров с третьими лицами в течение установленного в таком соглашении срока ведения переговоров (т.н. условие об эксклюзивности переговоров), порядок раскрытия информации, режим конфиденциальности в отношении полученной информации и т.п. Стороны также могут зафиксировать в таком соглашении обязанность по уплате неустойки в случае нарушения установленных в таком соглашении правил ведения переговоров.

На практике такие соглашения нередко оформляются при ведении переговоров о заключении крупных инвестиционных или финансовых контрактов.

Соглашение о ведении переговоров отличается от предварительного договора тем, что оно не порождает обязательств заключить договор в будущем. Соответственно, на основании такого соглашения нельзя предъявить иск о принуждении к заключению договора.

Согласно п. 6 ст. 434.1 ГК потребитель не несет ответственности ни за недобросовестные действия на стадии переговоров, ни за нарушение режима конфиденциальности. Такая норма вызывает очевидные сомнения. Из нее в частности вытекает странный вывод о том, что гражданин-потребитель вправе цинично лгать своему потенциальному коммерческому контрагенту на стадии ведения переговоров, не неся при этом никакой ответственности (например, сообщать банку при ведении переговоров о заключении договора кредита ложную информацию о своих доходах).

Согласно п. 7 ст. 434.1 ГК правила данной статьи применяются, независимо от того, был ли заключен по итогам переговоров договор или нет. Эта норма вызывает определенные вопросы. Она вполне применима к п.4 данной статьи об ответственности за нарушение режима конфиденциальности,

на что, впрочем, прямо и указывает сам п.4. Но ее применение к ответственности за недобросовестное ведение переговоров по п.2 данной статьи вступает в явное противоречие с тем, что согласно п.3 в качестве санкции за недобросовестное ведение переговоров установлено возмещение расходов на ведение переговоров, а также расходов, связанных с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Такая мера ответственности логична только в тех случаях, когда переговоры не привели к заключению договора, и сторона хочет возместить тщетно понесенные расходы и восстановить статус-кво, имевшее место до начала переговоров. Когда же договор в итоге был заключен, возмещение понесенных на переговоры расходов выглядит абсурдно. Объяснить это противоречие достаточно трудно.

Кроме того, как уже отмечалось, в случае сообщения на стадии переговоров ложной информации при условии последующего заключения договора ответственность по ст. 434.1 ГК также исключается, уступая дорогу специальным нормам ст. 431.2 ГК об ответственности за ложные заверения, предусматривающей полное возмещение убытков.

Из смысла п. 8 ст. 434.1 ГК вытекает, что положения данной статьи об ответственности за недобросовестное поведение на преддоговорной стадии не исключают предъявления деликтного иска, если на стадии ведения переговоров будет причинен вред имуществу или личности одной из сторон. Например, если в результате банкета, организованного одной из сторон переговоров по случаю успешного заверения очередной их стадии, другая сторона отравится в результате потребления некачественного алкоголя, умышленно или по неосторожности выставленного на стол организатором банкета, жертва вправе предъявить другой стороне иск о возмещении вреда здоровью по правилам гл. 59 ГК РФ.

В данной статье не содержится указания на то, что можно считать началом таких переговоров. Однако решение этого вопроса является, пожалуй, ключевым с точки зрения возможности использования указанной нормы для регулирования отношений сторон. Именно начиная с этого момента будет

работать механизм, заложенный в п. 2–3 рассматриваемой статьи (т. е. возникнет возможность привлечения к ответственности за недобросовестное ведение переговоров). Иными словами, начало переговоров является тем юридическим фактом, который порождает соответствующие права и обязанности сторон (а именно обязанность добросовестного ведения переговоров). Его нечеткое определение позволит недобросовестному участнику переговоров избежать привлечения к преддоговорной ответственности (например, сославшись на то, что он не вступал в переговоры, а лишь наводил справки, проводил маркетинговые исследования, «обсуждал», а не вел переговоры).

В.Г. Полякевич, определяя преддоговорные отношения как обязательства suigeneris, делает вывод, что такие отношения «начинаются для каждого участника с того момента, когда данное лицо выразило в объективных действиях другому лицу (лицам) свое намерение заключать договор». Далее она указывает, что «в ходе преддоговорных контактов у сторон возникают определенные обязанности из закона, из торгового обычая, из заведенного порядка и даже из деловой этики, а в странах общего права - непосредственно из выраженного желания заключить договор».

Впрочем, в своей работе В.Г. Полякевич не поясняет, каким образом объективируется намерение (желание) стороны «заключать» договор и как можно определить, какие преддоговорные контакты сторон свидетельствуют об их намерении «заключать» договор, а какие - нет.

Другой цивилист, К.В. Гницевич, полагает, что началом преддоговорных отношений можно считать любую попытку вступления в переговоры. Однако, данная позиция создает опасность для нормального развития гражданского оборота.

Наиболее справедливым и сбалансированным решением было бы придание характера юридического факта только тем действиям сторон на преддоговорном этапе, которые ясно свидетельствуют о намерении одной или обеих сторон вести переговоры о заключении договора или совершать иные

действия, направленные на его заключение. В качестве основания для возникновения преддоговорных правоотношений можно было бы закрепить, например, заключение соглашения о намерении (либо составление соответствующего протокола) или направление соответствующего предложения о начале ведения переговоров, направление предложения делать оферты и т. п.

При прочтении предлагаемого текста ст. 434.1 складывается впечатление, что содержащаяся в ней норма рассчитана прежде всего на применение в отношении сторон будущего договора.

Действительно, первое предположение, которое можно сделать при определении субъектов преддоговорных отношений, о том, что таковыми являются лишь стороны потенциального договорного отношения. Однако такое утверждение справедливо только в случае, если мы говорим о простейшей (линейной) структуре преддоговорных контактов. На практике нередко в переговорах участвуют посредники (иногда по нескольку от каждой из сторон), представляющие интересы сторон, оказывающие экспертную и иную помощь в их скорейшем успешном завершении и выполняющие другие подобные функции. Следовательно, нормы, регулирующие преддоговорные отношения сторон, должны учитывать и участие в переговорах третьих лиц.

Как следует из текста последнего абзаца п. 2 ст. 434.1, недобросовестная сторона должна возместить расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом.

Содержание этой нормы позволяет предположить, что скорее всего в процессе ее разработки составители Проекта изменений в ГК РФ ориентировались на текст комментариев к ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА. Практическим следствием рецепирования понятия негативного интереса, использованного в Принципах УНИДРУА, становится вопрос о его соотношении с понятиями реального ущерба и упущенной выгоды, которые закреплены в ст. 15 ГК РФ.

Пытаясь ответить на этот вопрос, А.П. Сергеев и Т.А. Терещенко анализируют понятие отрицательного договорного интереса и отмечают, что последний «в зависимости от ситуации может тяготеть как к реальному ущербу, так и к упущенной выгоде». Однако, по нашему мнению, такой подход не способствует достижению необходимой определенности при применении нормы. Ведь в таком случае остается неясным: когда должна возмещаться упущенная выгода, а когда следует ограничить размер компенсируемых убытков лишь реальным ущербом?

Представляется все же, что закрепленная в ст. 434.1 формула преддоговорных убытков не изменяет общего принципа, закрепленного в ст. 15 (полное возмещение убытков) ГК РФ, а лишь конкретизирует его применительно к преддоговорным правоотношениям. При этом «расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора» (т. е. те реальные затраты, которые сторона понесла в расчете на заключение будущего договора) составляют не что иное, как реальный ущерб, а «расходы, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом» (т. е. то, что сторона могла бы получить, если бы заключила аналогичный договор с третьей стороной) могут быть охарактеризованы именно как упущенная выгода. Безусловно, такое толкование нормы ст. 434.1 не является единственно возможным, однако нельзя исключать, что практика пойдет именно по этому пути.

В то же время допускать полное возмещение убытков на преддоговорной стадии для всех случаев преддоговорной ответственности было бы не вполне справедливо. Ведь до тех пор, пока стороны не достигнут договоренности по всем существенным условиям договора (с соблюдением требуемой законом формы), неясно, будет заключен такой договор или нет. А значит, и предположение, что в качестве общего правила должны быть возмещены все убытки, которые были вызваны недобросовестным ведением переговоров, вряд ли обоснованно. В противном случае полностью стирается грань между договорной и преддоговорной ответственностью, что создает почву для

серьезных злоупотреблений и ухищрений сторон переговоров и потенциально таит серьезную опасность для нормального функционирования гражданского оборота.

Таким образом, включение норм, регулирующих преддоговорные взаимодействия сторон, – это для отечественного гражданского оборота уже давно назревшая необходимость. Такая мера должна оказать дисциплинирующее воздействие на участников преддоговорных переговоров, будет иметь упреждающее действие против возможных злоупотреблений и в конечном счете создаст эффективную основу для защиты прав и интересов граждан и юридических лиц.

Вместе с тем нельзя не отметить, что с включением в гражданское законодательство норм о преддоговорной ответственности в отечественный правопорядок по сути будет привнесен целый институт гражданского права. Учитывая отсутствие значительного опыта регулирования преддоговорных отношений, следует очень осторожно подходить к внедрению таких норм в ГК РФ. Их принятие не должно нанести вред гражданскому обороту, деловой инициативе его участников и принципу свободы договора.

Е.И. Жевкова

Применимы ли законные проценты к авансовым платежам?

В данной статье анализируется проблема применимости положений ст. 317.1 Гражданского кодекса РФ (далее - ГК РФ)[1] о процентах по денежным обязательствам (законные проценты) к предварительной оплате (авансовым платежам).

По смыслу данной статьи, начисление законных процентов будет производиться, только если, во-первых, сторонами являются **коммерческие**

[1] Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ. Часть первая (в редакции от 13 июля 2015): принят ГД ФС РФ 21 октября 1994 // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

организации (однако согласно п. 3 ст. 23 ГК РФ, положения о регулировании деятельности коммерческих организаций могут применяться и в отношении индивидуальных предпринимателей, а также исходя из п. 4 ст. 50 ГК РФ сторонами могут быть также и некоммерческие организации при осуществлении приносящей доход деятельности, в случае, если это предусмотрено уставом). Во-вторых, начисление законных процентов будет производиться только в случае, если существует **денежный долг** и само обязательство имеет **денежный характер.**

Сама природа законных процентов по ст. 317.1 ГК РФ состоит в том, что за пользование чужими денежными средствами лицо должно не только выплачивать проценты вследствие применения меры ответственности по ст. 395 ГК РФ, оно также должно платить за сам факт пользования денежными средствами в течение того периода, пока им не будет исполнено денежное обязательство, то есть в данном случае проценты по 317.1 ГК РФ будут начисляться за правомерные действия, в отличие от ст. 395 ГК РФ.

Интересно также, что в норме не указано, что она применяется только к договорным обязательствам. Вследствие этого, можно сделать вывод, что законные проценты начисляются на любой денежный долг и, соответственно, такие проценты подлежат начислению и по денежным обязательствам из причинения вреда, и из неосновательного обогащения.

Законные проценты по статье 317.1 ГК РФ применяются «по умолчанию», в силу того, что они предусмотрены ГК РФ. Таким образом, для устранения процентов, необходимо предусмотреть соответствующее условие в договоре об их неприменении. **Размер процентов** по ст. 317.1 ГК РФ устанавливается договором. Если стороны в договоре не определили размер процентов, то для подсчета применяется действовавшая в соответствующий период **ставка рефинансирования Банка России**.

Существует множество проблем, связанных с применением данной статьи. Например, применяется ли ст. 317.1 ГК РФ к договорам, заключенным до 1 июня 2015 года? Каково соотношение ст. 317.1 и 488 ГК РФ? Можно ли

применять положения ст. 317.1 ГК РФ на будущее время? Если на некоторые вопросы уже есть однозначные ответы, то другие требуют серьезных разъяснений.

Одним из основных вопросов, которым юристы задаются после введения ст. 317.1, является вопрос о применимости законных процентов к авансовым платежам.

На данный момент существует две позиции относительно применимости законных процентов к авансовым платежам. Так, одни авторы придерживаются мнения, что ст. 317.1 ГК РФ к авансам не применима, поскольку при этом не возникает денежного обязательства[1]. Такой подход строится на том, что обязательство предоставить аванс вообще нельзя рассматривать как денежное[2], так как в таком обязательстве встречным предоставлением другой стороны будет выполнение работ или, например, передача товара.

Другая позиция заключается в том, что применение процентов по денежным обязательствам к авансам допустимо. Обосновывается она тем, что по своей природе аванс аналогичен отсрочке и рассрочке, в связи с чем ст. 823 ГК РФ о коммерческом кредите ставит их в один ряд[3]. Также данную позицию авторы аргументируют также и тем, что в п. 12 совместного Постановления Пленумов Верховного суда и Высшего арбитражного суда (ВАС) РФ № 13/14 от 8 октября 1998 года[4], идет речь о том, что проценты могут начисляться в том числе на суммы аванса, предварительной оплаты, выступая как плата за пользование деньгами.

---

[1] *Карапетов А.Г.* Комментарий к ст.317.1 ГК о законных процентах // URL: http://zakon.ru/blog/2015/8/10/kommentarij_k_st3171_gk_o_zakonnyx_procentax

[2] *Новоселова Л.А.* Проценты по денежным обязательствам. М.: Статут, 2000. 176 с.

[3] *Некрестьянов Д.С.* Применение ст. 317.1 ГК РФ к авансам // URL: http://zakon.ru/blog/2015/06/05/primenenie_st3171_gk_rf_k_avansam.

[4] Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 13, Пленума ВАС РФ N 14 от 08.10.1998 (ред. от 24.03.2016) "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами" // URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_20647.

Как мне кажется, такой подход, при котором на авансовые платежи допустимо применять законные проценты, едва ли является правильным, так как в большинстве случаев при перечислении авансового платежа у лица, которое выплатило аванс возникает не право требовать денежную сумму, а право требовать исполнения в натуре, например, передачи товара или выполнения услуг.

Как уже было сказано, ст. 317.1 ГК РФ будет применяться, только если существует денежный характер обязательства. Сам по себе ГК РФ не дает определения денежного обязательства, однако если исходить из понятия, содержащегося в ст. 307 ГК РФ, то денежное обязательство - это такое обязательство, в силу которого одно лицо (должник) обязано уплатить в пользу другого лица (кредитора) деньги, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Также исходя из смысла п. 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств» (далее – Постановление Пленума ВС №7) можно сделать вывод, что не является денежным обязательством такое обязательство, которое не связано с «использованием денег в качестве средства платежа (средства погашения денежного долга)»[1]. Таким образом, получается, что обязательства, предмет которых не составляет уплату денег, не следует рассматривать в качестве денежных.

Однако можно рассмотреть следующую интересную ситуацию касательно авансового платежа. Допустим, был заключен договор подряда с условием о предварительной оплате. Впоследствии данный договор был расторгнут, например, по причине неисполнения обязательства подрядчиком. В таком

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств» // URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=195783;div=LAW;dst=100101,0;rnd=203280.36982081592550187.

случае, может ли заказчик, уплативший аванс, требовать его назад как неосновательное обогащение? На данный вопрос ответ, конечно же, может. Тогда возникает другой вопрос. Поскольку у нас в данной ситуации на лицо явно уже денежное обязательство, то можно ли начислить проценты по ст. 317.1 ГК РФ на неотработанный аванс, наряду с процентами по ст. 395 ГК РФ? Как мне кажется, в таком случае заказчик может требовать уплаты процентов по каждому из оснований, поскольку, исходя из п. 53 недавнего Постановления Пленума ВС №7, основания для начисления процентов по ст. 317.1 и 395 различны, вследствие этого возможно одновременное начисление процентов по этим статьям, поскольку проценты по ст. 395 ГК РФ начисляют как ответственность за нарушение денежного обязательства, и они соответственно являются санкцией за неправомерное поведение, тем временем как проценты по ст. 317.1 ГК РФ начисляются за пользование, а не за нарушение[1].

Таким образом, можно сделать вывод, что на авансовые платежи все же не распространяется положение ст. 317.1 ГК РФ о начислении законных процентов, поскольку возникающее после уплаты аванса обязательство не является денежным, за исключением случая, когда произошло нарушение со стороны получателя аванса, и у него возникла обязанность возвратить указанный платеж.

Тем не менее, хотелось бы отметить, что с полной уверенностью дать определенный ответ на данный вопрос все же невозможно до того момента, пока сам Верховный Суд не прольет свет на положения ст. 317.1 ГК РФ. Множество юристов надеялось, что это будет сделано в постановлении Пленума Верховного суда РФ от 24 марта 2016 г., однако в нем Верховный суд прокомментировал лишь несколько вопросов, касающихся применения указанной нормы. Примечательно, что изначально в проекте данного постановления Верховный суд действительно планировал дать разъяснения по законным процентам, однако впоследствии от этого отказались. Некоторые

[1] Там же.

считают, что это может быть намеком на то, что вскоре данную норму отменят, однако, по моему мнению, исключение разъяснений по ст. 317.1 ГК РФ может быть свидетельством как раз того, что законные проценты не есть мера ответственности.

Е.С. Калинкина, И.Д. Чугунов

Независимая гарантия как отражение современных правовых реалий

В 2015 г. российское гражданское законодательство в рамках масштабной правовой реформы претерпело существенные изменения. Данные новеллы затронули множество правовых институтов, которые оказывают значительное влияние на отношения участников гражданского оборота и непосредственное ими применяются. В данной работе мы предлагаем проанализировать такую важную тему, как обеспечение исполнения обязательств, а именно, рассмотреть институт независимой гарантии.

Известно, что банковские гарантии в период экономических перемен являлись наиболее востребованным способом обеспечения исполнения обязательств в Российской Федерации. Однако с 1 июня 2015 г. указанный институт был заменен институтом независимой гарантии[1].

Как указывалось, в пояснительной записке к проекту Федерального закона № 42-ФЗ[2], новый способ обеспечения обязательств максимально приближен к положениям Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Далее – Конвенция ООН)[3]. Таким образом, можно

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 30.12.2015), § 6 гл. 23 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Федеральный закон от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

[3] Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. Принята резолюцией 50/48 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря

говорить о том, что независимые гарантии были имплементированы в российское правовое поле на основе западного опыта, где их применение в гражданском обороте существует достаточно давно. Однако действительно ли данный институт является слепым копированием западного законодательства?

Первый вопрос, который необходимо рассмотреть в рамках исследуемой проблемы, – это понятие и форма независимой гарантии, ее концептуальные различия с банковской гарантией.

Итак, во-первых, независимая гарантия, в отличие от банковской, может быть выдана любой коммерческой организацией. Законодатель не ограничивает данный перечень только банками, иными кредитными учреждениями или страховыми организациями[1]. При этом возникает вопрос, насколько серьёзную конкуренцию коммерческие организации составят банкам. Вполне возможно, что из-за увеличения конкуренции снизится стоимость банковской гарантии, и её будет проще получить. С другой стороны, существует вероятность процветания различного рода коррупционных схем.

Помимо этого, положения о независимой гарантии применимы также и к случаям, когда обязательство гаранта заключается не в уплате денег, а в передаче акций, облигаций или вещей, определенных родовыми признаками.

Стоит упомянуть, что в новых нормах нет указания на вознаграждение гаранту, выплачиваемое за выдачу гарантии, как было ранее. Такой подход законодателя следует понимать не как отступление от принципа возмездности гарантии, а как позицию, основанную на сложившейся в данной сфере практике. Нередко принципал обеспечивает свое обязательство перед бенефициаром и гарантом посредствам залога, в результате имеет место быть не требующая обязательного закрепления процедура выплаты вознаграждения

1995 г. // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение №49 (A/50/49). С. 403–407.

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 30.12.2015) п. 3 ст. 368 // СПС «КонсультантПлюс».

гаранту и обеспечение права требования к принципалу[1]. К тому же, гарантию теперь фактически можно подарить или выдать бесплатно, например, если компании являются партнёрами. Договорились организации как-то между собой о передаче в случае чего залога – и отлично. Совсем не обязательно это прописывать в документе, особенно, если они уверены друг в друге.

В целом же механизм независимой гарантии весьма схож с банковской гарантией, однако с некоторыми корректировками, которые назрели еще в период применения исключительно банковских гарантий.

Отметим, что новыми нормами почти не урегулированы отношения между принципалом и гарантом, кроме вопроса о возмещении гаранту сумм, выплаченных им по гарантии. Новые положения концентрируют свое внимание на отношениях между гарантом и бенефициаром. Данный подход закреплен в Конвенции ООН.

Права и обязанности указанных субъектов разрозненно отражены в текстах статей Гражданского кодекса РФ, посвященных банковской гарантии. Возникновение прав и обязанностей связано уже с фактом выдачи гарантии. До указанного момента между гарантом и принципалом также складываются определенные отношения, но их правовая регламентация вовсе не предусмотрена.

Причины подобного подхода отечественного законодателя к отношениям гаранта и принципала видятся в следующем.

Во-первых, основным источником норм ГК РФ о банковской гарантии явились соответствующие нормы международного частного права, которые также не содержат подробной регламентации этих отношений[2].

Во-вторых, в юридической конструкции отношений, связанных с использованием банковской гарантии, исходя из правового назначения способов обеспечения исполнения обязательств, главными следует признать отношения

---

[1] *Мичурина Е.А.* Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения кредитных обязательств // Вестник УдмГУ. 2015. № 2–3 С.148.

[2] См.: Конвенция Организации Объединенных Наций…

между гарантом и бенефициаром, поскольку цель выдачи гарантии состоит в предоставлении обеспечения кредитору в основном обязательстве со стороны дополнительного субъекта (гаранта). Поэтому отношения между гарантом и принципалом в данной конструкции можно назвать вспомогательными (на стадии обращения с просьбой и до момента выдачи банковской гарантии) и дополнительными (на стадии исполнения гарантом обязательства, вытекающего из банковской гарантии).

Таким образом, регулирование отношений между гарантом и принципалом, так же, как и при выдаче банковской гарантии, будет осуществляться отдельным договором.

Безусловно, целью введения нового института было повышение привлекательности независимой гарантии в связи с более гибкими условиями, которые могут предложить коммерческие организации в отличие от банков. Это является важным фактором и повышает востребованность независимой гарантии при структурировании международных поставок, создании совместных предприятий и т. д. Однако такие преимущества, как бесспорная оплата обеспеченного обязательства и высокая платежеспособность гаранта все равно остается на стороне банков.

В числе нововведений помимо прочего присутствуют критерии независимости гарантии и правила о зачете, которые также позаимствованы из ст.ст. 3 и 18 Конвенции ООН. Необходимость законодательного закрепления данных положений обусловлена неоднократными обращениями судов к данным аспектам регулирования банковских гарантий в части указания на сущность имущественного интереса бенефициара[1]. Анализ судебной практики[2] позволяет прийти к выводу о том, что под имущественным интересом бенефициара

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 02.10.12 г. № 6040/12 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26.10.2015 № 09АП-41832/2015 по делу № А40-181804/2014 // Там же.

[2] Определение Верховного Суда РФ от 12.08.2015 по делу № 305-ЭС15-4441, А40-134952/12.

понимается возможность получить исполнение по гарантии максимально быстро и вне зависимости от возражений должника, в момент наступления обстоятельств, обеспеченных гарантией.

Остановимся подробнее на разборе существенных условий независимой гарантии. Отметим, что в качестве таких условий ГК РФ отмечает обеспечиваемое гарантией обязательство, сумму и срок действия гарантии, а также обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии. Такие существенные условия гарантии сформулированы на основании позиций судов относительно рассмотрения дел о недействительности банковских гарантий. В соответствии с позицией ВАС РФ[1], необходимо указание на срок выдачи гарантии и обеспечиваемое обязательство. Не раз обосновано судебным толкованием включение в качестве существенных условий положений о сроке гарантии и данных о принципале.

Рассмотрим подробнее условия о сумме и сроке независимой гарантии. Интерес представляет законодательное закрепление в ст. 368 ГК РФ возможности изменения суммы гарантии в зависимости от условий о событии или дате, периоде. Стоит отметить, что банки и ранее прибегали к подобному подходу установления гарантийных сумм, что было наиболее актуально при правоотношениях по договору поставки.

Что касается положений о сроке, то законодатель отказался от категории разумности срока рассмотрения требований по гарантии в пользу фиксированного периода в 5 дней, с возможностью его увеличения в тексте гарантии до 30 суток. Такой подход законодателя представляется вполне оправданным в связи с необходимостью более детальной регламентации институтов обеспечения обязательств, способствующей уменьшению числа конфликтных ситуаций ввиду разнящегося понимания оценочной категории, имевшей место быть ранее.

[1] Постановление Пленума ВАС РФ от 23.03.12 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» п. 2 // СПС «КонсультантПлюс».

Отдельного внимания заслуживает также рассмотрение порядка исполнения обязательства в виде платежа по гарантии. Так, гарант проверяет соответствие требования бенефициара условиям гарантии, а также оценивает по внешним признакам приложенные к нему документы, в результате чего он вправе отказаться от выполнения платежа. Основанием для отказа в выплате, как и прежде, является только несоответствие требования принципала или приложенных к нему документов условиям гарантии либо их представление по окончании срока гарантии.

Анализируя порядок исполнения обязательства по выплате платежа, следует отметить, что в ГК РФ появились основания для приостановления гарантом платежа на срок до семи дней. В соответствии с новыми положениями закона, гарант может это сделать в нескольких случаях. Во-первых, если у него есть основания полагать, что какой-либо из представленных ему документов недостоверен. Во-вторых, приостановление платежа по гарантии возможно, когда обстоятельство, на случай которого гарантия обеспечивала интересы принципала, не наступило. Также снованием для применения названной меры является недействительность основного обязательства, а также случаи, когда исполнение по этому обязательству уже принято принципалом без возражений. Следует также отметить, что если в течение срока приостановки платежа не подтвердятся обстоятельства, которые могут стать основанием для отказа в платеже по гарантии, то гарант должен исполнить требование принципала[1]. Законодательное закрепление возможности приостановления платежа по гарантии обусловлено тем, что гарант по общему правилу платит во всех случаях, а затем может предъявить иск к бенефициару о возмещении убытков, если представленные документы были недостоверны[2]. Стоит заметить, что ст. 20 Конвенции ООН в случае приостановления платежа допускает применять временные судебные меры, блокирующие выплату по гарантии (в этом и смысл приостановления). Однако ГК РФ не содержит положений, регламентирующий

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации. Ст. 375–376.

[2] Там же. Ст. 375.1.

данную процедуру, а арбитражное процессуальное законодательство позволяет установить обеспечительные меры только в рамках начавшегося процесса[1].

Подводя итоги, можно сделать вывод о том, что новеллы гражданского законодательства, регламентирующие способы обеспечения обязательств, не копируют положения иностранных актов о независимой гарантии, а отвечают требованиям существующий на сегодняшний день деловой практики. При этом положения ГК РФ, в результате изменения которых введена независимая гарантия, обрели не только новое текстуальное оформление, но и иное сущностное наполнение.

Результаты анализа правовой природы, правового регулирования и практической применимости названных способов обеспечения обязательств свидетельствуют о большей надежности банковской гарантии по сравнению с гарантией, выданной иной коммерческой организацией. На основании данных выводов, полагаем, что позиции банковских гарантий в сфере регулирования налоговых, таможенных отношений и институтов государственных закупок в ближайшей перспективе останутся незыблемыми.

А.Д. Пархоменко

К вопросу о судебных спорах и требованиях, связанных с недействительностью сделок

Институт недействительности сделок призван гармонизировать гражданский оборот, санировать обязательственные отношения от порочных договоров, гарантировать должный уровень защиты контрагентов при совершении сделок. Изменения, внесенные в 2013 г., существенно изменили действующие на тот момент положения о недействительности сделок. Прежде всего это связано с концептуальным изменением всего Гражданского Кодекса Российской Федерации, в частности, с введением принципа добросовестности,

[1] Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 01.05.2016). П. 1 Ст. 90.

эстоппеля и т.п.

Целью работы является анализ действующих положений законодательства, обзор актуальной судебной практики, указание на проблемы, возможные при применении института недействительности сделок, сравнение редакций Гражданского Кодекса.

На данный момент можно утверждать, что правила судебной защиты претерпели изменения, которые действительно можно считать новеллой в гражданском законодательстве. Конкретнее, появилась возможность предъявления иска о признании сделки ничтожной, был ограничен круг лиц, имеющих право требовать применения последствий недействительности сделки, сужены полномочия суда по применению последствий недействительности по собственной инициативе, возник вопрос о последствиях *недобросовестного* поведения стороны сделки[1].

Рассмотрим предметно каждую из них.

Иск о признании сделки ничтожной.

В новой редакции ГК РФ, в отличие от старой, появилась возможность подачи такого иска. В предыдущей редакции возможности стороны сделки ограничивались лишь предъявлением иска о применении последствий недействительности ничтожной сделки. На первый взгляд, такая норма может показаться излишней, так как ничтожная сделка является таковой и без признания судом, однако здесь прослеживается желание законодателя представить дополнительный уровень защиты стороне сделки. По сути, судебное подтверждение ничтожности носит правоустанавливающий характер и устраняет возможную неопределенность в отношениях между сторонами. Кроме того, такое судебное решение будет преюдициальным фактом ничтожности сделки, что избавит стороны от доказывания этого в дальнейших

[1] Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ. Самые значимые поправки. Подготовлено редакциями журналов «Юрист компании» и «Арбитражная практика». – М.: «Актион-Медиа». 2014. – С. 52.

судебных процессах[1]. Также здесь уместно сказать о правах и законных интересах третьих лиц, заинтересованных в ничтожности или действительности сделки, так как иск о применении последствий недействительности ничтожной сделки мог быть удовлетворен только если сделка была частично или полностью исполненной, значит, до момента начала исполнения обязательства заинтересованные лица не могли получить судебного подтверждения ничтожности сделки. Поэтому, появление возможности подачи такого иска является не пустой констатацией факта, но важным средством защиты заинтересованных лиц. Еще одним важным аспектом в этом вопросе является срок исковой давности. В предыдущих редакциях ГК РФ не была предусмотрена сама возможность подачи такого иска, однако срок исковой давности о применении последствий недействительности ничтожной сделки составлял 3 года. В новой же редакции срок исковой давности о признании недействительной ничтожной сделки составляет 3 года, причем здесь важен аспект субъекта, заявляющего требования. Если заявителем является сторона, то срок начинает течь со дня исполнения, если заявителем является иное заинтересованное, то срок начинает течь со дня, когда лицо узнало\должно было узнать о начале исполнения. Случай, когда исполнение сделки не началось, будет рассмотрен ниже.

1. Круг лиц, имеющих право требовать признания сделок ничтожными / недействительными; применения последствий недействительности оспоримой / ничтожной сделки.

Иск о признании недействительности ничтожной сделки может подать любое заинтересованное лицо (однако, в таком случае на него возлагается бремя доказывания заинтересованности), но иск о применении последствий – только стороны и лица, специально указанные в законе. Соответственно, данное положение сужает объем правомочий третьих лиц на применение последствий недействительности сделки. Понятие «охраняемый законом интерес» не

[1] Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 29.06.2015) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800.

раскрыто в ГК РФ, значит, у лиц есть полная автономность при доказывании заинтересованности, что, безусловно, благотворно сказывается на их возможностях. Верховный Суд РФ указывал на то, что удовлетворение такого иска возможно в двух случаях: право такого лица предъявить иск предусмотрено в законе; если в законе не установлен иной способ защиты права этого лица, и его защита возможна только путем применения последствий недействительности ничтожной сделки[1].
Однако, данное положение не распространяется на споры об оспоримых сделках. Здесь требования могут заявлять строго стороны и лица, указанные в законе.

В предыдущей редакции подавать иск о применении последствий недействительности ничтожной сделки могло подавать любое заинтересованное лицо, то сейчас – только стороны и лица, прямо указанные в законе. Такое изменение, на мой взгляд, проистекает из принципа недопустимости вмешательства в частные дела (ст. 1 ГК РФ), что безусловно служит во благо стабильности гражданского оборота.

2. Полномочия суда по применению последствий недействительности по собственной инициативе.

Для анализа данного положения необходимо сначала определиться с ответом на вопрос: чем является такое полномочие – правом или обязанностью? Постановление Пленума ВС РФ (номер) не дает однозначного ответа на этот вопрос. В нем Верховный Суд указал лишь на то, что суд выносит этот вопрос *на обсуждение сторон.* В этой связи возникает вопрос о целесообразности такого судебного толкования. Суть проблемы заключается в том, что при применении последствия недействительности по собственной инициативы, суд не должен учитывать мнение сторон, так как собственная инициатива – это одностороннее властное полномочие суда, которое не нуждается в дополнительном согласовании со сторонами сделки. С другой

[1] Постановление Пленума ВС РФ №25 от 23.06.2015 // URL: http://ппвс.рф/2015/postanovlenie-plenuma-vs-rf/N25-ot-23.06.2015.html.

стороны, суд обязан принимать такое решение самостоятельно и без требования стороны сделки. Так, например, ФАС Московского округа[1] в одном из своих решений указывал на ошибку суда при применении п.2. ст. 166, в частности ошибка была в том, что апелляционный суд не разрешил вопрос о последствии применения недействительности сделки по собственной инициативе. Таким образом, можно утверждать, что практика по таким делам складывалась и складывается двояко. С одной стороны, позиция Верховного суда говорит о том, что суду надлежит выносить вопрос на обсуждение сторон и что суду не следует выходить за заявленные истцом требования[2] (старая редакция ГК РФ давала основания понять, что является исключением из общего правила, сформулированного в Постановлении Пленума ВС РФ «О судебном решении). С другой, практика арбитражных судов закрепляет положение о том, что судам надлежит применять это положение ГК РФ самостоятельно, а отклонение от этого может служить основанием для отмены решения. На мой взгляд, данной проблеме необходимо придать большую определенность, так как обратная ситуация может породить споры относительно правильности применения данной статьи. Однако можно заметить и положительную динамику в решении этой проблемы, так как в старой редакции ГК РФ у суда были[3] слишком широкие полномочия по применению последствий недействительности ничтожной сделки, а в нынешней они ограничены необходимостью защиты публичных интересов и иными предусмотренными законом случаями, а также суд не вправе применять последствия

[1] Постановление ФАС Московского округа от 18.05.2010 № КГ-А40/4234-10 по делу № А40-62383/09-45-399 // URL: http://www.resheniya-sudov.ru/2010/202653.

[2] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2003 № 23 (ред. от 23.06.2015) "О судебном решении" // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_45640.

[3] ГК РФ от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ (ред. от 23.07.2013) URL//: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142.

недействительности сделки по любому основанию, если это будет угрожать основам нравственности и правопорядка[1].

3. Утрата права на возражение о недействительности сделки у недобросовестного участника гражданского оборота.

Положение о последствиях недобросовестного поведения стороны сделки являются отсылкой к общим положениям ГК РФ, которые устанавливают обязанность участников правоотношений действовать добросовестно, недопустимость заведомо недобросовестного осуществления гражданских прав, запрет на извлечение преимущества из недобросовестного поведения. В контексте недействительности сделок оно является абсолютной новеллой. Его введение означает запрет на извлечение выгоды из злоупотребления правом недобросовестным участником гражданского оборота. Недобросовестными предлагается считать действия лица, из поведения которого *явствовало* его согласие со сделкой, а также выражение намерение придерживаться ее условий. В данном пункте речь пойдет об утрате права на возражение о недействительности сделки у недобросовестного участника гражданского оборота.

Конкретнее, заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки. Лицо, которое знало или должно было знать об основаниях недействительности оспоримой сделки, после признания этой сделки недействительной не считается действовавшим добросовестно. Такие последствия безусловно позволяют защитить сторону, действующую добросовестно, а такая норма гарантирует невозможность освобождения от возмещения возможных убытков

[1] Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2015) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.03.2015) // URL: http://ппвс.рф/2015/obzor-sudebnoy-praktiki-vs-rf/N01-ot-04.03.2015.html.

стороной, недобросовестно ссылающейся на недействительность сделки (зачастую реституция является более выгодной, чем возмещение убытков или исполнение обязательства в полном объеме). Важно отметить, что п.5 ст. 166 затрагивает не только истца, но и ответчика, который может подать возражение на иск, недобросовестно ссылаясь на обстоятельства, о которых знал или должен был знать в момент совершения сделки.

Что касается третьих лиц, то вопрос о добросовестности их действий также стоит очень остро. Как было сказано выше, третьи лица могут подавать иск о признании сделки недействительной, а значит допускается и их недобросовестное поведение в процессе исполнения обязательства. Это еще один уровень защиты гражданского оборота, заключающийся в том, чтобы оградить стороны сделки от неправомерных посягательств третьего лица на признание сделки ничтожной.

На мой взгляд, целесообразно было бы ввести дополнительную санкцию за недобросовестное поведение стороны сделки, которая выражалась бы, например, в виде возмещения убытков, связанных с ее недействительностью, стороне, которая действовала добросовестно, а также компенсации морального вреда.

Подводя итог, можно утверждать, что в нынешней редакции ГК предусмотрены дополнительные аспекты судебной защиты интересов сторон и заинтересованных лиц. Ужесточились правила возражения на действительность сделки в случае, если лицо действует недобросовестно, появились новые формы исковой защиты, сузились пределы применения судами последствий признания сделки недействительной, общие положения ГК РФ стали более активно внедряться в иные главы гражданского кодекса, определился круг лиц, уполномоченных заявлять иск о признании сделки недействительной.

Е.Ф. Яхновец

Проблемы применения материального эстоппеля в российском гражданском праве

В гражданском обороте договорные отношения должны строиться, прежде всего, на определенности и добросовестности поведения участников. В связи с этим в праве следует закреплять логично построенные и согласованные нормы правового регулирования, способные приблизить отношения к идеальной модели. В частности, для такого приближения законодателем были приняты Федеральные законы от № 100-ФЗ[1] № 42-ФЗ[2], ознаменовавшие формальное закрепление в российском гражданском законодательстве правила эстоппель. Представляется необходимым рассмотреть каждую норму Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) об эстоппеле в отдельности, но прежде необходимо охарактеризовать природу данного принципа.

Понятие «эстоппель» имеет происхождение от французского слова «estoupe», которое синонимично слову «стоп» в русском языке[3]. Тем не менее, зарождение доктрины большинство ученых предписывают не французскому, а английскому праву и связывают, прежде всего, с именем лорда Эдварда Кука[4], который определил, что «estoppel» «происходит потому что собственные действия человека или его акцепт останавливают или закрывают ему рот для

[1] Федеральный закон от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

[2] Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

[3] *Coke E.* Commentaries o№ Littleto№ (19th ed, 1832). Vol. II. S. 667, at 352 P. 4; Wilke№ S. a№d Ghaly K. The Law of Waiver, Variatio№ a№d Estoppel. Third editio№. Oxford U№iversity Press I№c. №.Y., 2012. P. 81.

[4] Сэр Эдвард Кук (1552-1634), британский юрист и политический деятель, был сторонником верховенства Общего права. (Gareth H. Jo№es) // http://www.brita№№ica.com/biography/Edward-Coke).

того, чтобы он не смог утверждать или возражать против правды»[1]. На сегодняшний день доктрина применяется как «барьер, который пресекает отказ лица от определенных фактов или наоборот утверждение фактов в виду их противоречия предыдущим утверждениям, отказам…»[2]. Доктрина эстоппель детально разрабатывается и продолжает эволюционировать в прецедентном праве, что проявляется в создании все новых видов (estoppel by representation, proprietory estoppel, promissory estoppel и т.д.). Однако, как замечают ученые, механизм эстоппеля как потеря формального права лица запускается при наличии трех конститутивных признаков, по которым, в дальнейшем, мы и будем анализировать закрепленные в ГК РФ нормы. Их можно представить следующим образом:

1) совершение одним лицом предоставления (посредством заявления, молчания, поведения), выражающего его позицию (representation);

2) доверие второго лица этому предоставлению и выразившееся в каких-либо действиях или наоборот воздержание от определенных действий (reliance on the representation)

4) наличие ущерба (негативных последствий в какой-либо форме) у доверившегося представлению лица, и связанного с отказом первого субъекта от своей первоначальной позиции (т.е. в силу непоследовательного поведения первого субъекта)[3] (detrimental effect).

Теперь обратимся к закрепленным в ГК нормам.

Эстоппель и оспоримость сделки (п. 2 ст. 166 ГК РФ)

Абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ, содержит положение о том, что «сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала либо должна

[1] *Bigelow M. M.* Law of Estoppel or of I№co№testable Rights. 6th add. 1913. P. 5.

[2] Black's Law Dictionary // 4th ed. St. Paul, Mi№№., West Publishi№g Co., 1968 P. 648.

[3] *Седова Ж.И., Зайцева Н.В.* Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М., 2014. С.7; *Каламкарян Р.А., Мигачев Ю.И.* Международное право. С. 620.

была знать при проявлении ее воли». В данном случае, речь идет об оспоримых сделках, где сторона при заключении сделки знала о наличии оснований оспоримости, но в дальнейшем своим поведением показала, что она согласна с заключенной сделкой и не будет ее оспаривать. При непоследовательном поведении такой стороны, контрагент может воспользоваться эстоппелем и суд должен отказать первой в признании сделки недействительной.

Данная норма, с первого взгляда, кажется достаточно ясной, однако не до конца отвечает модели английского эстоппеля. Во-первых, в ней наличествует только один элемент - презентация лица о том, что сделка им оспариваться не будет (representation). О существовании других элементов, таких как доверие такому поведению другого лица (reliance on the representation) и наличие связанных с этих убытков (detrimental effect) в статье не сказано. Возникает вопрос, необходимо ли их наличие для возражения против требования о признании сделки недействительной в суде?

Более того не совсем ясно, почему законодатель связал знание об оспоримости именно с моментом «проявления воли», то есть с заключением оспоримой сделки? И здесь возникает логичный вопрос о возможности использования эстоппеля в том случае, если сторона только после заключения договора узнала о ее дефектности, но своим поведением создала разумное убеждение у контрагента о ее подтверждении. Считаем, что и в этом случае суд должен поддержать возражения ответчика о действительности сделки и применить норму п. 2 ст. 166 ГК РФ.

В науке п. 2 ст. 166 ГК РФ некоторые ученые называют правилом о подтверждении сделки, а не эстоппелем. В частности, Е.А. Останина замечает, что подтверждение сделки и эстоппель - взаимопересекающиеся конструкции[1]. С нашей позиции, подтверждение сделки можно рассматривать в качестве элемента (признака) наступления ситуации эстоппель - потери права. Другими словами, подтверждение сделки – это разновидность поведения стороны

[1] *Останина Е.А.* Эстоппель и подтверждение сделки. С. 39.

(representation), то есть презентация того, что она не будет в дальнейшем использовать имеющееся у нее право на оспаривание сделки. При такой презентации с учетом создания разумного убеждения у другой стороны (reasonable reliance on the representation), наличия на ее стороне негативных последствий (detrimental effect) наступит ситуация эстоппель, и лицу будет отказано в осуществлении его формального права.

Как устанавливает в своей статье Е.А. Останина концепция подтверждения сделки характерна для правовых систем континентального права (немецкое и французское) право[1], в отличие от эстоппеля, применяемого, в большинстве, в прецедентном праве. По существу, подтверждение сделки, не охватывает в себе все признаки эстоппеля, а именно разумное доверие и ущерб на стороне положившегося на презентацию контрагента. Буквально толкую абз. 2 п. 4 ст. 166 ГК РФ, можно сказать, что он представляет собой концепцию подтверждения сделки, а не эстоппеля.

Эстоппель и недействительность сделки (п. 5 ст. 166 ГК РФ)

«Заявление о недействительности сделки не будет иметь правовых последствий, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности, если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки».

Первый дискуссионный вопрос, который вызывает данная норма, заключается в том, к каким недействительным сделкам он применяется: к оспоримым или к ничтожным? Так, Я.Е. Парций полагает, что в п. 5 ст. 166 ГК РФ подразумеваются только оспоримые сделки[2]. Другая позиция содержится в

[1] Там же. С. 40–41.

[2] *Парций Я.Е.* Постатейный комментарий к Федеральному закону от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ « О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части 1 и статью 1153 части третьей Гражданского Кодекса Российской Федерации. Часть 1. // URL: http://№arodirossii.ru/?p=1745. Данной позиции придерживается и С.Д. Горохов, который считает, что «это наиболее верный вариант» несмотря на буквальное толкование нормы. См: *Горохов С.Д.* «Непоследовательное поведение контрагента. Когда это помешает ему оспорить сделку // Арбитражная практика. 2015. № 3. С.74–75.

частности, в п. 70 Постановления Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 № 25, где установлено, что «заявление о недействительности, как ничтожности, так и оспоримости сделки, и применении последствий ее недействительности не будет иметь правового значения, если лицо действует недобросовестно»[1]. Таким образом, суд констатирует, что при недобросовестности одной из сторон даже ничтожная сделка будет считаться действительной и повлечет правовые последствия, как для добросовестной, так и для недобросовестной стороны. Однако, не будет ли такая фикция (конвалидация ничтожной сделки в действительную) вторжением в отношения сторон и констатацией тех материально-правовых отношений, которых не существовало? Как рассуждает А. М. Ширвиндт отказ стороне в признании сделки ничтожной ввиду ее непоследовательного поведения не связан с таким понятием как злоупотребление правом ввиду того, что у стороны нет никакого права на такое признание, и нет никакой сделки[2]. Как считает автор «указывая на ничтожность сделки…, ответчик просто-напросто обращает внимание суда на те обстоятельства и нормы, которые суд и без того, ex officio[3] обязан был учесть при принятии решения»[4]. В конечном итоге автор приходит к выводу, что у суда существует обязанность признать сделку ничтожной в любом случае, «а наделение лица договорным требованием… в отсутствие договора идет вразрез со всей системой обязательственных отношений»[5]. Убедительная позиция ученого еще раз показывает на коллизии, возникшие при введении п. 5 ст. 166

[1] Постановления Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 № 25«О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[2] *Ширвиндт А.М.* Ссылка на ничтожность сделки как злоупотребление правом // Арбитражная практика. № 7. Июль 2015. С. 29.

[3] В силу занимаемой должности (лат.)

[4] *Ширвиндт. А.М.* Указ. соч. С. 29-30. Такая же позиция изложена в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств».

[5] *Ширвиндт. А.М.* Указ. соч. С. 36.

ГК РФ и его соотношении с другими нормами и принципами права. На наш взгляд, законодатель и судебная практика еще раз должны пересмотреть возможность конвалидации ничтожных сделок и при положительном ответе на первый вопрос, предусмотреть критерии такой конвалидации.

Большинством ученых разделяется позиция ВС РФ, представленная в Постановлении № 25 от 23.06.2015 года о том, что п. 5 ст. 166 ГК РФ не ограничивается применением только к оспоримым сделкам. В конечном итоге, согласимся с тем, что, буквально толкуя п. 5 ст. 166 ГК РФ эстоппель применяется также и к ничтожным сделкам, и ВС РФ также подтвердил такое толкование нормы и конвалидировал на практике ничтожные сделки, но как было указано выше, эта норма входит в противоречие с основными положениями о действительности сделок и создает все новые и новые коллизии в применении, что указывает на необходимость ее доработки.

Вызывает неоднозначеные мнения вопрос о соотношении норм абз. 4 п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ. Прежде всего, в п. 2 говориться о стороне сделки, а в п. 5 о лице, которое может и не являться стороной в сделке, в частности быть выгодоприобретателем по ней. Можно сказать, что абз. 4 п. 2 является более специальной нормой по отношению к п. 5, так как последняя относится и к оспоримым, и к ничтожным сделкам. Также п. 5 ст. 166 в отличие от абз. 4 п. 2 ст. 166 содержит в себе отсылку ко второму конститутивному признаку эстоппеля – разумное доверие на презентацию лица (во фразе «поведение давало основание полагаться»). При этом, как было выяснено, п. 2 ст. 166 более всего схож с конструкцией подтверждения сделки, при которой единственным необходимым элементом является сама презентация подтверждения сделки. Эстоппель же должен содержать в себе три конструктивных признака, при этом два из которых присутствуют в п. 5 ст. 166 ГК РФ, при этом п. 5 ст. 166 относится и к оспоримым сделкам и содержит признак разумного доверия на презентацию, а п. 2 не содержит, что вызывает неоднозначность в соотношении данных пунктов.

А.С. Райников ставит на наш взгляд один из самых важных вопросов:

нельзя ли было ограничиться введением в законодательство только п. 5 ст. 166 ГК РФ, распространяющего свое действие как на оспоримые, так и на ничтожные сделки? Ответ можно найти в Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса РФ[1], где установлено, что подтвердить сделку можно только оспоримую, на ничтожную данная форма «конвалидации» не распространяется. У сторон, заключивших ничтожную сделку, нет такой возможности. Они могут либо заключить новую сделку без дефекта, приводящего к ничтожности либо обратится в суд, который конвалидирует ее при наличии всех условий п. 5 ст. 166 ГК РФ. Так, например, в Постановлении Арбитражного Суда Северо-Западного округа[2] суд конвалидировал заключенный между сторонами договор аренды, по которому ГУП без проведения обязательного конкура и аукциона[3] передало в аренду помещение ООО, которое пользовалось и осуществляло перечисление платежей, а в дальнейшем при просрочке заявило о ничтожности договора. В данном случае у суда есть широкая дискреция по поводу того, признавать ли ему ту или иную сделку действительной или нет, или «закрыть глаза» даже на недобросовестность одной из сторон и применить последствия недействительности ввиду только одного факта – необходимости защиты публичных интересов и в иных предусмотренных законом случаях (п. 4 ст. 166 ГК РФ).

Из всего вышесказанного, можно заключить, что п. 5 ст. 166 ГК РФ вызывает больше всего вопросов, таких как его соотношение с абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК, возможности конвалидации с его помощью ничтожных сделок, признании ничтожных сделок судом ex officio, и другие, которые, к сожалению, не имеют однозначного решения на практике.

---

[1] Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Бюллетень нотариальной практики. 2009. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Постановление Арбитражного суда Северо-западного округа от 09.09.2015 г. по делу № А56-58805/2014.

[3] Ст. 17.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Эстоппель и признание договора недействительным (п. 2 ст. 431.1 ГК РФ)

«Сторона, которая приняла от контрагента исполнение по договору, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и при этом полностью (частично) не исполнила свое обязательство, не вправе требовать признания договора недействительным».

Из буквального толкования данной нормы следует, что она применима только в предпринимательской деятельности, что вызывает вопросы. Если обратиться к п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ, где идет речь об эстоппеле в случаях оспаривания сделки, то можно сказать, что данные правила носят характер общей нормы по отношению к п. 3 ст. 431.1 ГК РФ, и в них не содержится ограничения по субъектному составу.

Более того, не совсем ясно, какие именно стороны имеются ввиду: только юридические лица и индивидуальные предприниматели, или еще и физические лица? Например, А.Г. Карапетов считает, что «применение этого правила «эстоппель» вполне оправдано и тогда, когда договор, скажем, продажи бизнеса пытается оспорить заключивший его бизнесмен-физлицо»[1]. Кроме этого, автор считает правило п. 2 ст. 431.1 ГК РФ повторяющейся модификацией п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ[2]. Нельзя не согласиться с данной позицией ввиду следующего: данное правило относится только к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, а если такая же ситуация возникает между обычными гражданами, или, когда одна сторона гражданин, а другая предприниматель, могут ли они воспользоваться общей по отношению к. п. 2 ст. 431.1 нормой – п. 2, п. 5 ст. 166 ГК РФ? Данная явная противоречивость норм в их соотношении друг с другом уже вызывает разногласия на практике[3]. В. В.

[1] *Карапетов А.Г.* B2B v. все остальное: выбирая стратегию регулирования договорных отношений // URL:https://zako№.ru/blog/2015/12/15/b2b_v_vse_ostalnoe_vybiraya_strategiyu_regulirova№iya_dogovor№yx_ot№oshe№ij.

[2] Там же.

[3] См: СПС «КонсультантПлюс»: Вопрос: В силу п. 2 ст. 431.1 ГК РФ сторона, принявшая исполнение и при этом не исполнившая свое обязательство, не вправе требовать признания договора недействительным. Это правило распространяется только на договоры,

Витрянский систематически толкуя абз. 4 п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ и п. 2 ст. 431.1 ГК РФ, разъяснил, что норма п. 2 ст. 431.1 ГК РФ имеет специальный характер по отношению к положениям ст. 166 ГК РФ, следовательно, в отношениях, где стороны не предприниматели, то есть отсутствует субъектный критерий для применения п. 2 ст. 431.1 ГК РФ, добросовестная сторона для своей защиты может воспользоваться п. п. 2 и 5 ст. 166 ГК РФ[1]. В.В. Витрянский констатирует, что отличием является то, что п. 2 ст. 431.1 ГК не применяется к ничтожным сделкам[2], они «недействительны независимо от их признания таковыми, т.е. не связаны с фактом ее оспаривания». Тогда возникает вопрос, зачем вводить правило п. 5 ст. 166 ГК РФ, которое применяется, как констатировал Пленум ВС РФ в п. 70 Постановления от 23.06.2015 г № 25, также к ничтожным сделкам, следовательно, и к ничтожным договорам, когда п. 2 ст. 431.1 ГК РФ устанавливает обратное (по словам В.В. Витрянского)?

Эстоппель при незаключенности договора (п. 3 ст. 432 ГК РФ)

Согласно п. 3 ст. 432 ГК РФ «сторона, принявшая от другой стороны полное (частичное) исполнение по договору или иным образом подтвердившая действие договора, не имеет права требовать признания такого договора незаключенным». Причем обстоятельства дела должны показывать недобросовестность ссылающейся на незаключенность договора стороны. Данная норма была введена в законодательство с принятием Федерального

сторонами которых являются лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность. Пункт 5 ст. 166 ГК РФ содержит аналогичное по смыслу положение, однако в данной норме ограничение по кругу лиц не предусмотрено. Чем обусловлено ограничение применения п. 2 ст. 431.1 ГК РФ по кругу лиц? Как соотносятся положения п. 2 ст. 431.1 и п. п. 4, 5 ст. 166? Вправе ли предприниматель требовать применения последствий недействительности по ничтожному договору, другой стороной по которому также является предприниматель, если он принял исполнение и не исполнил свое обязательство?

[1] Ответ на поставленный вопрос. СПС КонсультантПлюс».

[2] Другой позиции в частности придерживается В.А. Багаев, который считает, что она применима и к ничтожным сделкам, так как из текста нормы не вытекает иное. См.: Круглый стол «Английские договорные конструкции в российском праве» от 15 марта 2016 г. // URL: http://i№stitut.apspb.ru/kruglyj-stol-a№glijskie-dogovor№ye-ko№strukcii-v-rossijskom-prave-15-marta-2016-goda/.

закона от 08.03.2015 N 42-ФЗ, но раньше также использовалась в судебной практике[1].

Цель введения п. 3 ст. 432 ГК РФ - предотвратить недобросовестную практику контрагентов, предоставив возможность нижестоящим судам формально ссылаться на такое положение. До введения данной нормы суды не всегда принимали правильное решение в защиту добросовестной стороны, а руководствовались формальным подходом - несогласование условий договора влечет незаключенность договора, даже в случае конклюдентных действий, свидетельствующих о признании такого договора действующим. Так, например, ЗАО «Маркет» обратилось в суд с требованием к администрации г. Сочи о признании договора инвестирования в строительство объекта недвижимости незаключенным ввиду несогласования объекта договора – этажности здания, номенклатуры, площади застройки и т.д. Истец – инвестор ЗАО «Маркет» перечислил денежные средства на счет муниципальной администрации, далее было осуществлено строительство, администрация подтвердила ввод объекта в эксплуатацию, однако общество потребовало возврата денежных средств ввиду незаключенности договора. Суд первой инстанции требования удовлетворил, апелляция оставила решение суда без изменения. Президиум ВАС РФ отменил решения нижестоящих инстанций и постановил, что целью заключения договора, то есть согласования его существенных условий является создание определенности в отношениях, невозможности возникновения разногласий. Ввиду того, что истец (инвестор) перечислил денежные средства на счета муниципального образования, а администрация не возражала по поводу построенного здания, стороны являются связанными обязательством. Ссылка истца, обладавшего всей информацией об объекте, об отсутствии дефектности договора во время строительства противоречит его последующему заявлению о

[1] Например, п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 года № 165 предусматривает, что «если работы выполнены до согласования всех существенных условий договора подряда, но впоследствии сданы подрядчиком и приняты заказчиком, то к отношениям сторон подлежат применению нормы о договоре подряда».

незаключенности, что свидетельствует о его недобросовестности[1].

Данное дело показывает на существование трудностей у судов нижестоящих инстанции по вопросу ограничения недобросовестной практики отказа от существующего в действительности обязательства в сторону применения формального подхода. Введение же п. 3 ст. 432 ГК РФ является блокирующим механизмом, позволяющим приостановить недобросовестность сторон.

Эстоппель при отказе от договора (п. 5 ст. 450.1 ГК РФ)

Последовательность в поведении контрагентов должна присутствовать не только при заключении и признании недействительными заключенных договоров, но прослеживаться на протяжении существования обязательственных отношений, в частности, когда у управомоченной стороны возникает право на отказ от договора. В п. 5 ст. 450.1 ГК РФ предусмотрено, что «Если управомоченная сторона подтверждает действие договора, в частности, принимает от контрагента исполнение обязательства, то последующий отказ по тем же основаниям не допускается».

А.Г. Карапетов, комментируя данную норму, отмечает, что она, как и многие нормы об эстоппеле, закрепленные в ГК РФ, имеет дефект - широкое распространение или размытость формулировки. Конкретизируя эту проблему, А.Г. Карапетов приводит довод о том, что данное правило неразумно применять при просрочке должника. Нельзя толковать, например, молчание кредитора и его ожидание все-таки получить исполнение по договору как согласие на такую просрочку и, таким образом, отказ от своего права на одностороннее расторжение договора. Если все-таки, по истечении периода времени, исполнение не произойдет, логично, что кредитор имеет право расторгнуть договор[2]. В данном случае под поведением, по нашему мнению, необходимо считать только недвусмысленное волеизъявление на отказ от своего права, и суд

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 05.02.2013 № 12444/12 по делу № А32-24023/2011.

[2] *Карапетов А.Г.* Указ. соч.

должен проследить именно непоследовательность в поведении лица.

Можно согласиться с А.Г. Карапетовым в том, что суд должен всестороннее исследовать обстоятельства дела, поведение сторон, и только при явной и недвусмысленной противоположности в действиях отказать лицу в осуществлении его формального права. Так, в Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа[1] был сделан правильный вывод о том, что прием стороной, заявившей отказ от договора, арендных платежей, не свидетельствует о подтверждении обязательства и отказе от своего права, так как «внесение арендной платы является обязанностью арендатора до момента возврата арендованного имущества». У кредитора есть право и после получения долга отказаться от договора в разумный срок. Напротив, если кредитор своим правом не воспользуется, то это основание полагать, что сторона хочет сохранить отношения в силе, поэтому не предъявление такого требование в разумный срок лишает сторону права на отказ либо на расторжение договора[2].

При применении доктрины эстоппель возникает еще один немаловажный вопрос, касающийся действия норм во времени. Согласно ст. 422 ГК РФ предусматрено, что в случае заключения договора до вступления в силу закона, обязательного для его сторон, он будет распространяться на отношения сторон только при специальном указании об этом. Таким образом, при буквальном толковании мы должны заключить, что все вышеприведенные нормы будут действовать только на те отношения, которые возникли после вступления в силу норм об эстоппеле. Однако, в п. 6 ст. 3 ФЗ от 07.05.2013 № 100-ФЗ установлено, что «нормы об основаниях и последствиях недействительности сделок (ст. 166-176, 178-181) применяются к сделкам, совершенным после дня

[1] Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.10.2015 № Ф07-802/2015 по делу № А56-2844/2015.

[2] П. 23 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 13 от 25 января 2013 г. О внесении дополнений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды».

вступления силу настоящего Федерального закона»[1]. Возникает вопрос, относится ли п. 2, п. 5 ст. 166 ГК РФ к нормам об основаниях и последствиях недействительности сделок? На практике данный вопрос, к сожалению, не имеет однозначного решения. В частности, в деле N А79-5154/2013 от 18.11.2014 Арбитражный суд Волго-Вятского округа не признал обоснованной ссылку заявителя на п. 5 ст. 166 виду ее применения «исключительно к сделкам, совершенным после 01.09.2013»[2]. Противоположная позиция также имеет место, например, в Постановлении Шестого, в которой суд указал, что норма п. 5 ст. 166 ГК «применяется в том числе к сделкам, совершенным до дня вступления в силу ФЗ № 100-ФЗ, поскольку не является нормой об основаниях и о последствиях недействительности сделок, а конкретизирует принцип добросовестности»[3]. Данная позиция поддерживается и нами ввиду того, что п. 2, п. 5 ст. 166 ГК РФ действительно не являются основаниями недействительности сделки (они предусмотрены в иных пунктах ст. 166 ГК РФ, а также в ст. 168-179 ГК РФ), и тем более не устанавливают их последствия (последствиям посвящены, в частности статьи: 167, 174, 174.1, 180 ГК РФ). Однако в ФЗ № 100-ФЗ прямо не указывается, что данные нормы имеют обратную силу, что служит аргументом их неприменимости к возникшим ранее

[1] Данная позиция имеет место и в п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Такая же позиция изложена в Постановлении Арбитражного Суда Западно-Сибирского округа от 01.12.15. № Ф04-27087/2015 по делу № А67-5797/2014, в Постановлении Арбитражного уда Московского округа от 02.02.2016 № А05-19959/2015 по делу № А40-26188/2015, в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 03.02.2015 № Ф09-9956/14 по делу № А60-6264/2014, Решении Арбитражного суда Краснодарского края от 18.12.2015 г. по делу № А32-27315/2015.

[2] Данной позиции придерживается и ряд других ученых, см., в частности: *Холдоенко А.С.* Недействительные сделки по новым правилам: что изменится в практике корпоративных отношений? //Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2014. № 2 (117) // URL: http://www.befl.ru/press/detail.php?ID=770.

[3] Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 9.05.2015 г. по делу № А73-12783/2014; Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 14.05.2014 г. по делу № А45-10274/2013.

отношениям.

Тем не менее, надо признать, что данные нормы действительно были введены в законодательство с целью конкретизации ст. 10 ГК РФ для помощи в применения судами нижестоящих инстанций конкретных норм, ведь на практике использование ст. 10 ГК РФ осуществлялось в большинстве своем только на уровне вышестоящих судов. По нашему мнению, суды формально не могут применять п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ с обратной силой, тем не менее, недобросовестность стороны в любом случае не должна быть оставлена без внимания чему служит ст. 10 ГК РФ[1]. Другое дело обстоит с нормами об эстоппеле (п. 2 ст. 431.1, п. 3 ст. 432, п. 4 ст. 450.1) введенными ФЗ от 08.03.2015 № 42-ФЗ, по отношению к которым в ст. 2 данного закона прямо предусмотрено, что они не имеют обратной силы.

Проанализировав нормы об эстоппеле в ГК РФ необходимо отметить, что в отличие от доктрины эстоппель в английском праве, где необходимо доказать наличие трех конститутивных элементов (явная, недвусмысленная презентация своей позиции одним лицом, полагание на такую позицию другого лица, выражающаяся в неких действиях (бездействие) и наличие неких негативных последствий, которые претерпит (или уже претерпела) другая сторона, при непоследовательном поведении первой), российское законодательство не упоминает о таких последствиях (а в некоторых случаях и о создавшемся доверии другого лица).

Материальный эстоппель апеллирует (в некоторых нормах явно, в некоторых нет) таким понятием, как добросовестность, которая предполагает последовательность действий и их непротиворечивость. В связи с этим возникает вопрос: необходимо ли лицу, использующему эстоппель, доказать свое разумное и недвусмысленное доверие поведению своего контрагента и

[1] Такой же позиции придерживаются А. Луканова. См.: Исцеление недействительных сделок // Эж-Юрист. Январь 2015. № 1-2; и М. Базюк См.: Новые ограничения при оспаривании сделок. Как помешать контрагенту разрушить договор // Юрист компании. 2013. № 9.

возникшего в связи с его отказом от такого поведения ущерба в какой-либо форме, а при их отсутствии, сможет ли оно вообще использовать данный механизм защиты? Из формального толкования рассмотренных норм российского права можно и не ссылаться на негативные последствия, возникшие или могущие возникнуть при отказе контрагента от своего поведения, однако такой подход не соответствует самой концепции эстоппель в ее традиционном понимании.

Построение эстоппеля на идеях недобросовестности и запрете злоупотребления формальным правом, является более размытой системой в отличие от английской доктрины, закрепляющей конкретные три признака. При разрешение непростых дел (а именно такие и возникают в ситуации эстоппеля) подход системы Общего права, с нашей позиции, больше отвечает интересам как самих сторон при отстаивании своей позиции в судебном разбирательстве, так и интересам суда при обосновании принятия того или иного решения. Недобросовестность, непоследовательность и запрет злоупотребления своими правами как известно категории непростые, и не часто используемые в мотивировочной части решений нижестоящих судов, а применяемые, в большинстве, в решениях вышестоящих судов, что, безусловно, не является положительным явлением при осуществлении правосудия. Более того, такие категории предполагают широкое судейское усмотрение и непредсказуемость решения суда. Мотивированность позиции с помощью трех конститутивных признаков является более конкретной, а, следовательно, и основанной на более объективных фактических обстоятельствах. Именно поэтому, на наш взгляд, отступление от широкой концепции добросовестности в поведении в сторону наличия трех условий (презентации, разумного доверия, негативных последствий в результате доверия) положительно повлияет на создание единой концепции применения норм об эстоппеле. Следовательно, необходимо провести корректировку доктрины на уровне ВС РФ, который сформулирует толкование в сторону такой единой концепции и разрешит сложившееся на сегодняшний день коллизии.

Е.С. Смирнова

Институт astreinte в праве Франции и России: сравнительный анализ

Одной из новелл российского обязательственного права стало введение судебного штрафа, который предусмотрен ст. 308.3 ГК РФ, введенной Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ.

В соответствии с положениями закона, отныне суд по требованию кредитора вправе присудить в его пользу денежную сумму на случай неисполнения судебного акта об исполнении обязательства в натуре в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения.

При этом взыскание с должника судебного штрафа само по себе не освобождает должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, предусмотренной гл. 25 ГК РФ.

Судебный штраф представляет собой заимствование французского института **astreinte**, пришедшего изначально из судебной практики и считающегося альтернативным способом давления на должника[1].

Е. Годэмэ в книге «Общая теория обязательств» отмечает, что французские судьи применяли astreinte еще в XIX в. Учитывая последующую кодификацию в Законах от 05.07.72 и от 09.07.91 и последующее распространение на правопорядки многих европейских государств: Германию, Бельгию, Нидерланды, Люксембург, Италию, данный институт является удачным решением для повышения исполнимости судебных актов.

Применительно к новеллам ФЗ № 42 от 08.03.15 встает вопрос о

[1] *Di Mauro C., Coslin C.* Новые итальянские правила, регулирующие финансовые санкции, налагаемые в целях принудительного исполнения судебных решений: Сходства и различия с правовым режимом во Франции // Парижский международный судебный бюллетень. 2015 г. С. 28–29.

проработанности норм заимствованного европейского института, успешности его воплощения в российском праве. Для ответа на этот вопрос потребуется сравнить «первоначальный» французский astreinte с «производным» российским.

Характеристику французского института astreinte следует начать с его правовой природы. В соответствии со смыслом Гражданского Кодекса Французской Республики, Кодексом Исполнительного Производства он является мерой, направленной на обеспечение исполнения судебных решений через начисление определенной суммы, пропорциональной дням просрочки исполнения основного обязательства, которое указано в судебном решении. Таким образом, являясь способом преодоления сложностей исполнения, превенцией сложностей исполнения (Article L131-1 Code des procédures civiles d'exécution), он не может рассматриваться как мера ответственности в чистом виде, так как цель astreinte – угроза уменьшения имущества сделать исполнение акта для должника более выгодным, нежели его неисполнение.

Российский законодатель закрепил норму о судебном штрафе в общих положениях об обязательствах, однако в силу прямого указания в законе он считается законной неустойкой[1] и, следовательно, является обеспечительной мерой. Тем не менее, законодатель избрал именно такой способ закрепления института, что, вероятно, объясняется целями astreinte – это защита прав кредитора.

В обеих странах предвестником законодательного закрепления института астрента была судебная практика. Конечно, сравнивать вековой опыт французских судов с чуть менее чем годовым опытом российского законодателя сложно (в РФ первое упоминание судебный штраф получил в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4.04.14 г. № 22 «О некоторых вопросах присуждения

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016 // СПС Консультант Плюс.

взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта»[1]), однако сам факт роли судебных актов для формирования инициативы законодателя важен. Применительно к российскому судебному штрафу это особо примечательно, ведь разговор о введении постоянно возрастающего штрафа велся с 2007 г., с обсуждения проекта Исполнительного кодекса РФ[2], однако, судя по временным рамкам, закреплению в действующем законодательстве нормы способствовало именно Постановление № 22.

Astreinte во Франции имеет более сложную структуру: есть временный и окончательный его виды. При этом императивной является норма об их поэтапном использовании. Сначала судьей назначается временный штраф (astreinte provisoire), служащая для должника угрозой. Сумма такого штрафа может быть изменена с учетом поведения должника. Второй этап – это назначение окончательного штрафа (astreinte definitive[3]). Такое назначение служит основанием для фактического списания сумм astreinte с должника в пользу кредитора. Однако даже на этом этапе у судьи есть правомочие отменить меру полностью (но не изменить размер). Российская Федерация пошла по пути упрощения этого института. Это соответствует удобству правоприменения, идет в согласии с общеевропейской практикой заимствования данного института (именно упрощенный astreinte перешел во многие европейские правопорядки и получил закрепление в Принципах УНИДРУА).

Французский astreinte, в отличие от его немецкого аналога, представляет собой частно-правовой институт: получателем штрафа выступает кредитор по основному обязательству. Частно-правовым характером обладает и российский

---

[1] Постановление Пленума ВАС РФ от 4.04.14 г. № 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта» // СПС Консультант Плюс.

[2] Исполнительный кодекс Российской Федерации. Проект / Под ред. В.М. Шерстюка и В.В. Яркова. М., 2008. С. 63–65, 80.

[3] Code des procédures civiles d'exécution Официальный сайт законодательства Французской республики. Режим доступа: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000025024948] Дата обращения 27.04.16.

судебный штраф по ст. 308.3 ГК РФ, что представляется наиболее соответствующим природе самого гражданского права, повышает заинтересованность кредитора в заявлении подобного рода требований. Однако, учитывая процессуальную сущность astreinte, можно утверждать о сочетании в нем частного и публичного начал: публичный интерес удовлетворяется за счет обеспечения исполнения судебного акта. Значит закрепление astreinte оправдано как в частном, так и в публичном праве, поэтому представляется обоснованным и желательным дальнейшее внедрение данного института на уровне ГПК, и АПК, рассмотрение перспектив его использования в контексте подготовки Единого гражданского процессуального кодекса РФ. В этом случае как раз стоит последовать опыту Франции, закрепившей институт и в материальном, и процессуальном источнике.

Заслуживает внимания, что российский судебный штраф может быть присужден только лишь по заявлению истца, тогда как во Франции судья по своей инициативе может применить такую меру. Такое расхождение может объяснить отнесение государств к различным подсистемам в рамках континентальной правовой семьи: романское право исторически больше заимствовало у англо-саксонской системы, нежели германское, уровень свободы суда в романских странах существенно выше.

Законодателем Французской республики не предусмотрено ограничений для использования данной меры[1]: отмечается, что им может быть защищено даже вещное право (например, возврат имущества, переданного по договору аренды), что отграничивает французский astreinte от, например, итальянского, где им может защищаться только обязательство совершить или воздержаться от совершения каких-либо действий.

Буквальное толкование ст. 308.3, закрепляющей право требовать исполнения обязательства в натуре, используя судебный штраф, позволяет

[1] *Конт В.* Астрент (во французском праве) // Электронный ресурс сайт юридического института «М-Логос» Режим доступа [http://m-logos.ru/img/Spravka_astreinte_Komt.pdf]. Дата обращения 25.04.16.

сделать вывод о том, что такой мерой могут обеспечиваться только натуральные обязательства.

Тем не менее, практика российских судов не нашла однозначного ответа на вопрос о применимости судебного штрафа к денежным обязательствам: сформировались две полярно противоположные позиции.

Одни утверждают, что формулировка «исполнение обязательства в натуре» явно исключает денежные обязательства из сферы правоотношений, которые могут быть обеспечены подобной мерой[1]. В этом смысле можно рассмотреть судебный штраф как возможность взыскивать неустойку по дату исполнения акта: сначала взыскивается договорная неустойка по дату вынесения решения суда, далее начинает начисляться судебный штраф, который, кстати, может быть также приравнен к сумме договорной неустойки[2]. Тогда судебный штраф по ст. 308.3 стоит считать полным отражением процентов по ст. 395 ГК, только применительно к натуральным, а не денежным обязательствам.

Однако такая позиция исключает возможность взыскания процентов за пользование чужими денежными средствами по ст. 395 ГК РФ наряду с судебным штрафом, а такой запрет не предусмотрен в ст. 308.3. Напротив, закреплено положение о том, что судебный штраф не умаляет возможности предъявления требований по Гл. 25 ГК РФ[3], куда и входит, наряду с другими мерами ответственности, норма о процентах за пользование чужими денежными средствами.

С учетом внесенных изменений в ст. 395, п. 4, по которому «когда соглашением сторон предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, проценты не подлежат взысканию, если иное не предусмотрено законом или договором», остается

---

[1] *Берлин А.* Российский астрент // Сайт lawfirm.ru Режим доступа: [http://lawfirm.ru/comments/print.php?id=1387910]. Дата обращения 01.05.16 г.

[2] Постановление АС Восточно-Сибирского округа от 24.08.2015 № Ф02-3908/2015 по делу № А19-9572/2011 // СПС Консультант Плюс.

[3] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016 // СПС Консультант Плюс.

неясным, то ли судебный штраф, охарактеризованный законодателем как неустойка, попадает под это исключение, и тогда правоприменитель продолжает следовать традиции Постановления Пленума ВС РФ №13, Пленума ВАС РФ №14 от 08.10.1998, которым одновременное взыскание неустойки и процентов не допускалось, то ли, учитывая законный характер неустойки –судебного штрафа, она под п.4 не попадает.

Другая точка зрения трактует ст. 308.3 как применимую к денежному и натуральному обязательству. В этом случае будет оправдано применение ст. 395 наряду со ст. 308.3: будет взыскиваться законная неустойка для обеспечения исполнения акта и проценты как мера ответственности за ненадлежащее исполнение обязательства по договору. Здесь также не обойтись без проблемы: смысл п. 6 Постановления Пленума №13/14 предполагает, что неустойка российскими судами рассматривается как институт двойственной природы: обеспечительная мера и мера ответственности[1]. Постановление Пленума ВС РФ от 24.03.2016 г. № 23 подтверждает эту природу конкретно применительно к судебному штрафу, ведь само постановление посвящено ответственности.

Такой двойственной природой неустойки и обусловлен запрет ее одновременного применения с процентами по ст. 395 ГК РФ. Таким образом, соблюдался принцип недопустимости двойной ответственности в гражданском праве. Как разрешается такое противоречие, носящее с виду чисто доктринальную ценность, непонятно.

Мнение автора базируется на буквальном толковании положений статьи 308.3 ГК РФ и заключается в несовпадении природы обязательств, которые могут быть обеспечены судебным штрафом в России и astreinte во Франции.

Несмотря н противоречия в применимости к денежным обязательствам и соотношении с процентами по ст. 395 ГК РФ, и французский, и российский законодатель оказались едины в соотношении этой меры с возмещением

[1] *Нестолий В., Седых М.* Проценты или астрент? // Юрист. 2012. № 48; *Медвецкая И.* Институт l’astreinte в российской судебной практике // Разрешение споров. 2014. № 8. С. 48–51.

убытков. Astreinte, как и судебный штраф, не препятствует взысканию убытков в обоих правопорядках.

Заявление требований о применении такой меры возможно в обоих правопорядках как на стадии подачи искового заявления, так и в форме ходатайства на стадии рассмотрения дела либо уже в исполнительном производстве.

Кроме этого, институты сближает их вспомогательный характер: они не являются основными требованиями[1], зависят от итогов рассмотрения дела по существу. Следовательно, не подлежит уплате госпошлина на сумму заявленных в качестве штрафа по 308.3 ГК РФ сумм.

Некоторое практическое расхождение есть в двух странах по вопросу определения сумм: официальное юридическое определение французского astreinte звучит как постоянно возрастающая пеня, поэтому сумм определяется по прогрессивной шкале императивно. В российском праве специальных требований к сумме судебного штрафа не предусмотрено, поэтому суд может определить его как в твердой форме[2], так и в сумме в процентах или в сумме, начисляемой в зависимости от срока просрочки по прогрессивной шкале[3].

Таким образом, отвечая на вопрос о характере заимствования института astreinte, можно утверждать, что это не «слепое копирование западного опыта», а осмысленное законодателем воплощение эффективного и нужного российскому правоприменителю средство повышения исполнимости судебных актов и обеспечения прав кредитора[4]. Однако отдельные вопросы, касающиеся этой меры, нуждаются в дальнейшей проработке и разъяснении, что можно списать на недостаток юридической техники. Несмотря на это, правовой

---

[1] Именно такую ошибку совершил АС Московского округа в Постановлении от 02.07.2015 № Ф05-8192/2015 по делу № А40-45519/14 // СПС Консультант Плюс.

[2] См., напр.: Постановление АС Восточно-Сибирского округа от 24.08.2015 № Ф02-3908/2015 по делу № А19-9572/2011// СПС Консультант Плюс.

[3] См., напр.: Решение АС Ставропольского края от 19.01.15 г. по делу № А63-9751/2014 // СПС Консультант Плюс.

[4] Астрент в российском праве. Комментарии экспертов // Закон. 2014. № 4. С. 34–47.

институт активно вживается в практику, используется судами различных уровней.

Т.А. Вагапов

Потестативные условия договора: проблемы применения в подрядных отношениях

Одной из значительных новелл ГК РФ[1], введенных Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»[2] является легализация так называемых потестативных условий договора, то есть условий, наступление которых зависит от воли одной из сторон договора.

До введения данной нормы в ГК РФ, судебная практика в отношении признания потестативных условий в договорах сильно разнилась.[3] Данное положение в полной мере относится и к подрядным отношениям.

Нижестоящие суды в большинстве своем не признавали таких условий и практически всегда признавали такие условия в договорах незаконными. Высшие судебные инстанции, напротив, весьма позитивно относились к таким условиям.

Данное положение нашло свое закрепление в ст. 327.1 ГК РФ, согласно которой: «Исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несовершением одной из сторон обязательства

---

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // СПС КонсультантПлюс

[2] Федеральный закон от 08.03.2015 N 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" // СПС КонсультантПлюс

[3] Карапетов А.Г. "Условные обязательства: комментарий к ст.327.1 новой редакции ГК". 2015г. [Электронный ресурс] // Закон.ру (интернет сайт) URL: https://zakon.ru/blog/2015/9/14/uslovnye_obyazatelstva_kommentarij_k_st3271_novoj_redakcii_gk

определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон».

После вступления в силу ст. 327.1 ГК РФ судебная практика окончательно признала потестативные и смешанные условия в п.52 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 года №25[1], в котором указано следующее: «По смыслу пункта 3 статьи 157 ГК РФ не запрещено заключение сделки под отменительным или отлагательным условием, наступление которого зависит в том числе и от поведения стороны сделки».

Однако необходимо осуществить определенную оговорку. Законодатель не использует для обозначения условий, наступление которых зависит от воли одной из сторон, термин «потестативные». Данный термин имеет место в иностранных правопорядках и носит скорее доктринальный характер.[2] Далее стоит отметить, что такие условия могут быть как «чисто потестативными», например, «если захочу» или «если смогу» и «просто потестативными» (смешанными).

Отечественные юристы также весьма положительно оценивают данное правовое явление, в частности А.Г. Карапетов[3] и В.А. Белов[4]. Правовой эффект от применения состоит в том, что под условие теперь можно ставить отдельные, интересующие стороны права и обязанности, например: обязанность должника представить отчет или иные сведения, представляющие интерес для кредитора;

---

[1] Постановление Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 года №25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса РФ» // СПС КонсультантПлюс

[2] *Агеев А.В.* Проблемы регулирования потестативных условий // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

[3] *Карапетов А.Г.* Реформа ГК РФ в части норм договорного права после второго чтения: комментарий к основным положениям. 2015 г. [Электронный ресурс] // Закон.ру (интернет сайт) URL: https://zakon.ru/blog/2015/2/23/reforma_gk_rf_v_chasti_norm_dogovornogo_prava_posle_vtorogo_chteniya_kommentarij_k_osnovnym_polozhen.

[4] *Белов В.А.* Двадцать пятое Постановление Пленума: толкование или…законодательство? // СПС КонсультантПлюс

обязанность осуществление доплаты по требованию должника; вступление в процесс на стороне контрагента при предъявлении к нему исков и прочие. Однако положительное влияние потестативных условий на гражданский оборот возможно лишь при соблюдении законодателем ряда условий при введении такой нормы.

Вышесказанное показывает, что некоторое время данный вопрос не был урегулирован и не могло быть единой судебной практики.

Итак, что касается непосредственного применения данного положения на практике, то все на данный момент все не так однозначно. Ученые юристы обращают внимание на то, что в нынешней редакции норма пробельная по своей сути[1]. Это означает, что на практике возможны определенные трудности при ее применении.

Проиллюстрируем вышеназванное утверждение на примере двусторонних договоров, в которых под условие ставится встречное предоставление за уже полученное ранее исполнение и это условие зависит не от кредитора, а от должника, от взаимодействия должника с третьими лицами, иных внешних обстоятельств.

Обратимся к гл. 37 ГК РФ о договоре подряда. До введения рассматриваемой нормы, в случаях, когда должник привязывал оплату к поступлению денежных средств от, например, генподрядчика или из федерального бюджета, нарушалась императивная норма ст. 702 ГК РФ, согласно которой должник по договору подряда обязан произвести оплату после сдачи работ. Суды такие условия не признавали и иски кредиторов по таким договорам удовлетворяли. Для примера обратимся к Постановлению Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21 декабря 2015г. по делу № А56-4794/2015[2]. По результатам оценки некоторых положений договора суд пришел к выводу, что условия договора об оплате работ за счет средств

[1] *Карапетов А.Г.* Указ. соч.

[2] Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21 декабря 2015г. N А56-4794/2015 // СПС КонсультантПлюс

федерального бюджета (субсидий) по мере их поступления и средств от приносящей доход деятельности, и в части приостановления оплаты работ в случае несвоевременного выделения финансирования, неправомерно.

Таким образом практика складывалась в сторону непризнания таких условий в договорах.

Однако, за редкими исключениями, бывали и обратные случаи. Например, Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2007 г. № 5060/07[1], в котором было признано не противоречащим ст. 190 ГК РФ установление в договоре подряда срока выполнения работ как некоего периода времени, начинающего течь с момента выполнения договора со стороны заказчика, поможет изменить складывающуюся практику еще до принятия поправок к Гражданскому кодексу.

В настоящее время такие условия возможны. Но с другой стороны норма ст. 702 ГК РФ может быть признана специальной и имеющей большую юридическую силу.

Представляется, что выход из подобной неопределенности можно произвести с помощью введения в ст. 327.1 ГК РФ разумных сроков и это целесообразно по целому ряду причин.

Отсутствие в рассматриваемой статье указания на необходимость определения сроков порождает риск «вечной неопределенности», то есть ситуации, когда условие может наступить через большой промежуток времени после заключения договора. Опираясь на вышеназванный пример, можно утверждать, что такие условия не только нарушают императивную норму подряда, но и дестабилизирует нормальный гражданский оборот в принципе, а также идут в разрез со ст. 1 и 10 ГК РФ.

А.Г. Карапетов указывает различные способы снятия неопределенности в

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2007 г. № 5060/07 // СПС КонсультантПлюс

сроках[1]. Остановимся на тех, которые представляют интерес в свете рассматриваемой проблематики. Во-первых, согласование сторонами договора срока, в течение которого наступление такого условия может ожидаться и договоренность о том, что встречное исполнение на уже полученное исполнение должно быть произведено в любом случае по прошествии такого срока. Во-вторых, это прямое вмешательство права в договорные отношения сторон. Представляется, что признание договора недействительным из-за отсутствия в нем указания на сроки наступления исполнения является слишком жестким решением. Таким образом, проблему можно решить закреплением разумных сроков по закону, которые имеют силу в случае, если стороны не произвели такого действия самостоятельно.

Применительно к договору подряда, эта конструкция могла бы действовать следующим образом. Если под условие ставится выплата заказчиком или генподрядчиком денежных средств, то, во-первых, сдача выполненной работы ставится в прямую зависимость от оплаты должником произведенной работы. Во-вторых, стороны могут установить сроки, в течение которых такие действия должны быть произведены. И, в случае, если сторонами не было достигнуто соглашения о таких сроках, то должна применяется норма о разумных сроках.

На сегодняшний день такая норма отсутствует. Возможным решением представляется введение императивной нормы о таких сроках для стабилизации гражданского оборота.

Д.В. Чибинов

Обеспечительный платеж в системе российского гражданского права. Общие комментарии

Обеспечительный платеж существовал в российской предпринимательской

[1] *Карапетов А.Г.* Условные обязательства: комментарий к ст.327.1 новой редакции ГК". 2015г. // Закон.ру (интернет сайт) URL: https://zakon.ru/blog/2015/9/14/uslovnye_obyazatelstva_kommentarij_k_st3271_novoj_redakcii_gk.

практике долгие годы[1] (в частности, авторы отмечают, что наибольшее распространение обеспечительный платеж приобрел в арендных отношениях[2]), но только в 2015 году Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» был введен пар. 8 гл. 23 ГК РФ (ст.ст. 381.1-381.2 ГК РФ), который знаменовал закрепление рассматриваемого обеспечительного инструмента на законодательном уровне. В данной статье планируется рассмотреть классический формат обеспечительного платежа с использованием денежных средств по ст.381.1 ГК РФ, а также проблемы, вытекающие из неточного регулирования законодателя. Автор будет фокусироваться лишь на наиболее спорных вопросах, высказываю свою точку зрения по проблематике.

Законодатель указал в п. 1 ст. 381.1 ГК РФ, что денежное обязательство по соглашению сторон может быть обеспечено внесением одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы (обеспечительный платеж). Буквальное восприятие положений п. 1 ст. 381.1 ГК РФ позволяет прийти к выводу, что с помощью такого инструмента могут быть обеспечены любые денежные обязательства как регулятивные, так и охранительные, ведь законодатель использует широкий по объему термин «денежное обязательство». Более того, нет никаких препятствий для обеспечения обязательств не только договорных, но и внедоговорных.

Далее закон конкретизирует, что обеспечительным платежом может быть обеспечено обязательство, которое возникнет в будущем. Под будущим обязательством следует понимать такие обязательства, которые еще не возникли. Применительно к регулятивным обязательствам под будущими следует понимать обязательства из еще не заключенных договоров, а применительно к охранительным – обязательства, которые возникнут при

[1] См., например, Постановление ФАС Московского округа от 15.06.2011 года №КГ-А40/5516-11; Определение ВАС РФ от 15.12.2010 № ВАС-16196/10 и другие.

[2] *Костоваров А.С.* Обеспечительный платеж может быть универсальным способом обеспечения исполнения обязательств // Арбитражная практика. 2012. №1. С.32.

нарушении договора или причинении вреда. Те обязательства, которые уже существуют, но их исполнение отсрочено во времени, не относятся к будущим обязательствам, а ГК РФ называет их просто «обязательствами».

При этом А.Г. Карапетов указывает, что данное законодательное положение должно толковаться ограничительно не как устанавливающее одну из возможностей, а как указание на квалифицирующий признак обеспечительного платежа, то есть обеспечительный платеж может обеспечиваться только обязательства, которые могут возникнуть в будущем. Иное толкование стирает грань между обеспечительным платежом и авансом, который вносится применительно к уже существующим обязательствам (автор далее будет обосновывать, что обеспечительный платеж и аванс – юридически разные явления, однако в некоторых случаях их экономический эффект полностью совпадает). От обычного аванса обеспечительный платеж отличается тем, что он вносится не за товар, работы или услуги, а на покрытие возможных дополнительных или просто непредопределенных денежных обязательств одной из сторон договора[1].

Более того, при обеспечении существующего, в том числе и отсроченного, обязательства внесения обеспечительного платежа не имеет экономического смысла: если у лица есть деньги, которые он готов немедленно передать в виде обеспечения, это означает, что долг по их уплате может быть исполнен немедленно. На этот вывод наталкивает, в частности, и предписания п. 1 ст. 381.1 ГК РФ, которые приводят примеры тех обязательств, которые могут быть обеспечены обеспечительным платежом (убытки, неустойка, платежи по деривативным договорам) и возникновение которых не предопределено.

Таким образом, обеспечиваемое обязательство должно иметь

[1] *Карапетов А.Г.* Обеспечительный платеж: комментарий к статьям 381.1–381.2 новой редакции ГК // Доступ: https://zakon.ru/blog/2015/9/7/obespechitelnyj_platezh_kommentarij_k_statyam_38113812_novoj_redakcii_gk; *Он же*. Эскроу и обеспечительный платеж как новые способы обеспечения обязательств по Проекту реформы ГК РФ // https://zakon.ru/blog/2013/12/2/eskrou_i_obespechitelnyj_platezh_kak_novye_sposoby_obespecheniya_obyazatelstv_po_proektu_reformy_gk.

вероятностный характер возникновения, ибо только в таком случае оно может быть обеспечено обеспечительным платежом. Более того, можно указать не только на вероятностный характер возникновения обязательства, но и на условный характер возникновения прав и обязанностей из такого обязательства расширяя вышезаявленную позицию А.Г. Карапетова. В действительности, при применении правил об условных сделках по ст. 157 ГК РФ также наличествует вероятностный характер, что предопределяет возможность использования механизма обеспечительного платежа.

Возможность использования обеспечительного платежа в регулятивных отношениях не позволяет полноценно включить данный инструмент в понятие обеспечения. В п. 1 ст. 381.1 ГК РФ, описывающем механизм действия данного института, используется термин «при наступлении обстоятельств, предусмотренных договором». Во всех других способах обеспечения закон говорит только о факте нарушения основного обязательства: неисполнение или ненадлежащее исполнение основного обязательства. Применительно к обеспечительному платежу используется иная модель, расширяющая сферу применения данного института и выводящая его за рамки традиционных обеспечений. Ведь в действительности нельзя сказать, что оплата через механизм обеспечительного платежа по основному обязательству, возникшему через исполнение обязанностей по предварительному договору, обеспечением, потому что нет никакого нарушения договора и не создается, соответственно, дополнительный резерв для возмещения потерь кредитора от нарушения[1]. По сути, несмотря на проведенное разграничение между обеспечительным платежом и авансом, в вышеописанной ситуации рассматриваемый инструмент экономически совпадает с авансом, потому что он по сути является предварительной оплатой в условиях вероятностного характера возникновения обязательства или прав и обязанностей из него.

Обобщая вышесказанное, можно сказать, что обеспечительный платеж не

[1] *Рассказова Н.Ю.* Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Університетські наукові записки. 2006. № 3–4. С. 125.

всегда базируется на обеспечительной каузе и может обеспечивать регулятивные отношения, хотя *de lege fere№da* так быть не должно и такое решение законодателя вызывает множество особенностей регулирования, часть из которых будет отмечена ниже.

В качестве обеспечения по ст.381.1 ГК РФ уплачивается определенная денежная сумма (при безналичном порядке расчетов - денежные средства). Поскольку предметом выступают денежные суммы, то при передаче их должником в качестве обеспечительного платежа они смешиваются с денежными суммами кредитора, то есть поступают ему в собственность без обособления на отдельном счете. Это обстоятельство позволяет отграничить обеспечительный платеж от залога, в котором должник сохраняет права собственности на предмет обеспечения[1]. При этом необходимо обратить внимание, что из положений ст.381.1 ГК РФ следует вывод, что предмет основного обязательства должен совпадать с предметом обеспечительного платежа (например, деньги против денег).

Закон описывает механику обеспечительного платежа следующим образом. При наступлении обстоятельств, предусмотренных договором, сумма обеспечительного платежа засчитывается в счет исполнения обеспеченного обязательства. Напротив, в случае ненаступления этих обстоятельств или прекращения обеспеченного обязательства обеспечительный платеж по общему правилу подлежит возврату (ст.381.1 ГК РФ).

Получается, что должник по обязательству в целях его обеспечения передаёт своему кредитору в собственность определенное число заменимых вещей, чаще всего денег, а кредитор обязуется вернуть должнику такое же число вещей того же рода после исполнения должником основного обязательства. В случае нарушения основного обязательства (или наступления иного обстоятельства, поименованного в договоре) обеспечительный должник

[1] *Новиков К.А.* Обеспечительный платеж как способ обеспечения исполнения обязательств // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 1. С. 145–149.

утрачивает право требовать от кредитора возврата переданных ему заменимых вещей или денежных сумм, а последний – приобретает право рассматривать их поступившими в счёт удовлетворения требований по обеспеченному обязательству, а обязанность по возврату этих денежных средств прекращается[1].

Применительно к разграничению договора займа и обеспечительного платежа следует указать следующее. Авторы отмечают, что обеспечительный платеж и договор займа являются разными договорами, а отличие их находится в основной каузе: обеспечительная (или кауза предоставления) и кауза кредитования[2]. Действительно, отличие между данными конструкциями можно провести именно по основной каузе.

При этом встает вопрос, насколько наличие обеспечительной каузы исключает влияние каузы кредитования, ведь сам факт существования обеспечительной составляющей не умаляет того обстоятельства, что кредитору передаются денежные средства в собственность с возникновением последующей обязанности их возвратить. Представляется нет никаких препятствий для того, что использовать конструкцию договора с двойной каузой, и использовать проценты за пользование денежными средствами, переданными в качестве обеспечительного платежа. Однако согласно диспозитивному правилу п. 4 ст. 381.1 ГК РФ на сумму обеспечительного платежа не начисляются проценты за пользование денежными средствами**.** Законодатель решил сделать общим правилом безвозмездность пользования обеспечительным платежам, хотя общий тренд регулятивного использования чужих денежных сумм как раз обратный (ст. 317.1, 809, ГК РФ). Более того, применительно к охранительным обязательствам можно еще обосновать отсутствие начисления процентов как общего правила ссылкой на обеспечительную каузу, но применительно к обеспечению регулятивных отношений, которые экономически являются авансированием с учетом положений ст. 823 ГК РФ, такое решение не выглядит логичным.

[1] Там же; *Карапетов А.Г.* Обеспечительный платеж.

[2] *Новиков К.А.* Обеспечительный платеж…

Новиков К.А. считает, что в случае изменения данного диспозитивного правила обеспечительный платеж превращается в займ с целью обеспечения – смешанный договор займа и обеспечительного платежа[1]. Однако такое решение несколько нелогично ввиду того, что договор займа может быть и безвозмездным (ст. 809 ГК РФ), однако не возникает мысли о смешанности договора займа и обеспечительного платежа в ситуации безвозмездного пользования. Почему же появление возмездности должно менять ситуацию, ведь кауза договора займа необязательно предполагает возмездное пользование денежными средствами? Следовательно, процентность/беспроцентность пользования обеспечительным платежом не дает основании для его квалификации как смешанного договора.

Обеспечительный платежа по буквальному тексту п. 1 ст. 381.1 ГК РФ вносится всегда лицом, которое занимает позицию должника в основном обязательстве. Однако такое правило, по мнению К.А. Новикова, должно толковаться расширительно в пользу предоставление возможности третьему лицу вносить обеспечительный платеж[2].

Представляется, что правовая природа данного платежа несколько меняется при участии третьего лица, и для его понимая следует проанализировать предписания абз. 2 п. 1 ст. 381.1 ГК РФ, который указывает, что при наступлении обстоятельств, предусмотренных договором, сумма обеспечительного платежа засчитывается в счет исполнения соответствующего обязательства. Буквальный текст данного пункта наталкивает на вывод, что зачет встречных обязанностей происходит автоматически, однако системное толкование со ст. 410 ГК РФ (которая должна быть применима к соответствующим отношениям[3]) ведет к тому, что для зачета достаточно

---

[1] Там же.

[2] Там же.

[3] *Витрянский В.В.* Применяются ли к правоотношениям по обеспечительному платежу положения ст. 410 ГК РФ о зачете? // СПС «КонсультантПлюс»; *Карапетов А.Г.* Обеспечительный платеж.

заявления одной стороны. Применение правил о зачете достаточно удачно вписывается в правила об обеспечительном платеже: лицо, обязанное вернуть обеспечительный платеж, обладает встречным однородным требованием, срок исполнения по которому наступил, не указан либо определен моментом востребования. Также обосновано и распространение правил о недопустимости зачета (ст. 411 ГК РФ).

В этой связи (поскольку зачет не автоматический) можно сказать, что внесение обеспечительного платежа третьим лицом в случае, когда он устанавливается на случай возникновения охранительного обязательства, является заключением договора поручительства с условием об обеспечительном платеже. При это поручитель несет солидарную ответственность (п. 1 ст. 363 ГК РФ) в части внесенного обеспечительного платежа (ст. 361 ГК РФ). В этой связи к третьему лицу, уплатившему обеспечительный платеж, при возникновении охранительного обязательства, переходят права кредитора по этому обязательству в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора (ст. 365 ГК РФ).

Внесение обеспечительного платежа третьим лицом в случае, когда он устанавливается на случай возникновения регулятивного обязательства, является частным случаем ст. 313 ГК РФ, а именно возложением исполнения должником на третье лицо. Ведь получается такая ситуация, когда в счет оплаты (экономическое авансирование) по обязательствам, которые возникнут в будущем, третье лицо вносит денежную сумму с разрешения должника (при отсутствии разрешения – по правилам ст. 313 ГК РФ). При этом применяется п. 5 ст. 313 ГК РФ, в соответствии с которым к третьему лицу, исполнившему обязательство должника, переходят права кредитора по обязательству в соответствии со ст. 387 ГК РФ.

Применительно к вышезаявленной проблематике применения правил о зачете к обеспечительному платежу заслуживает внимания тезис А.Г. Карапетова: «по смыслу ст. 381.1 ГК РФ правом на такой зачет обладает только кредитор по обеспеченному обеспечительным платежом обязательству. Лицо,

внесшее такой платеж, не вправе инициировать такой зачет и освободиться от исполнения данного обязательства, сославшись на наличие у кредитора обеспечительного платежа. При этом ничто не блокирует право сторон договориться в договоре о том, что правом на зачет обладает также и лицо, внесшее обеспечительный платеж»[1]. Можно понять логику данного тезиса, ведь обеспечения служат интересам кредитора и нацелены на создание для него дополнительного источника покрытия, и в этой связи понуждать его использовать обеспечительный механизм достаточно странно. С другой же стороны обеспечительный платеж по многим пунктам выбивается из стройной логики обеспечительных обязательств, и представляется, что экономические интересы должника также должны учитываться. Должник, предоставляя обеспечительный платеж, страхует себя (в экономическом смысле) от потенциальных убытков при нарушении договора или же (если использовать регулятивную модель) авансирует платеж по будущему обязательству (или правам и обязанностям из него). Предоставляя возможность только кредитору использовать зачет разрушает эти экономические ожидания должника, что вряд ли можно признать справедливым балансом интересов.

Вышесказанное позволяет сделать следующие выводы.

Обобщая вышесказанное, следует отметить, что неточность законодателя, позволяющая использовать обеспечительный платеж к регулятивным обязательствам и всесторонне поддержанная практикой, создает определенные сложности и алогичности в регулировании, потому что то, что справедливо для обеспечения охранительного обязательства, далеко не всегда такого для регулятивных.

Обеспечительным платежом могут обеспечиваться будущие обязательства или существующие обязательства, когда возникновение прав и обязанностей из них поставлено под условие. Иное толкование не позволяет отграничить обеспечительный платеж от аванса (в юридическом смысле). Таким образом,

[1] Карапетов А.Г. Обеспечительный платеж.

обязательство или права и обязанности из него должны носить вероятностный характер.

Законодатель выбрал модель безвозмездного обеспечительного платежа, тем самым нарушив общую логику возмездности любого пользования чужими денежными средствами.

К обеспечительному платежу применяются правила о зачете, который происходит только по заявлению стороны. При этом право совершить такое заявление должно быть предоставлено обоим сторонам. В случае если третье лицо вносит обеспечительный платеж за должника, то в зависимости от обеспечиваемого обязательства (охранительное или регулятивное), применяются правила о поручительстве или правила ст. 313 ГК РФ.

Н.А. Сидоров

Институт независимой гарантии в российском праве

В данной статье предполагается осветить и прокомментировать положения ст. 368 ГК. В этой статье содержатся общие положения о независимой гарантии: дано понятие гарантии, установлены требования к ее форме, перечислены существенные условия гарантии. Эта статья изложена полностью в новой редакции Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ, которым также внесено значительное число изменений и положения комментируемого параграфа. Хотелось обратить внимание на само название этого юридического инструмента. В предыдущей редакции говорилось о банковской, а не о независимой гарантии. Как отмечалось в пояснительной записке к проекту Федерального закона № 47538-6, новое регулирование независимой гарантии максимально приближено к тексту Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, заключенной в Нью-Йорке 11 декабря 1995 г.

Хотелось бы обратить внимание, что комментируемая статья в прежней редакции лишь определяла понятие банковской гарантии. Так, устанавливалось, что в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или

страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

В новой редакции в рамках определения понятия независимой гарантии указано, что по независимой гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. При этом непосредственно установлено, что требование об определенной денежной сумме считается соблюденным, если условия независимой гарантии позволяют установить подлежащую выплате денежную сумму на момент исполнения обязательства гарантом. Для целей Конвенции ООН о независимых гарантиях согласно п. 1 ее ст. 2 обязательство означает независимое обязательство, под которым в международной практике понимается независимая гарантия или резервный аккредитив и которое выдается банком или другим учреждением или лицом (гарантом/эмитентом), уплатить бенефициару определенную или определимую сумму по простому требованию или по требованию с представлением других документов в соответствии с любыми документарными условиями обязательства, указывающих или из которых следует, что платеж причитается по причине неисполнения какого-либо обязательства или наступления иного обстоятельства, или в уплату за заемные или авансированные денежные средства, или как платеж в погашение любой срочной задолженности принципала/приказодателя или иного лица.

В данной статье устанавливаются требования к форме независимой гарантии. Так, установлено, что независимая гарантия выдается в письменной форме. При этом сделана непосредственная отсылка к п. 2 ст. 434 комментируемого раздела, предусматривающему, что договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа,

подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в т.ч. электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Особое внимание следует обратить на тот факт, что также данное положение устанавливает, что форма выданной независимой гарантии должна позволять достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гаранта с бенефициаром.

Так же в первоначальной редакции комментируемой статьи лишь упоминалось, что банковская гарантия представляет собой письменное обязательство. В то же время в п. 3 Постановления Пленума ВАС России от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» давались соответствующие разъяснения: рассматривая вопрос о соблюдении стороной, выдавшей банковскую гарантию, требования закона о письменной форме обязательства гаранта, судам необходимо учитывать следующее. ГК РФ не запрещает совершение односторонней сделки путем направления должником кредитору по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку (ст. 156, п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 434 Кодекса); следовательно, требования комментируемой статьи о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ); кроме того, суды должны учитывать, что даже несоблюдение простой письменной формы банковской гарантии не влечет ее недействительности; заинтересованные лица вправе приводить письменные и другие доказательства, подтверждающие сделку и ее условия (п. 1 ст. 162 ГК РФ).

Перечисленные нововведения в закреплены Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ соответственно тому, как в п. 2 ст. 7 Конвенции ООН о независимых гарантиях установлено, что обязательство может быть выдано в любой форме, которая позволяет обеспечить полную регистрацию текста обязательства и произвести удостоверение подлинности его источника при помощи общепризнанных средств или процедуры, согласованной между гарантом/эмитентом и бенефициаром.

Следует обратить особое внимание, на то, что комментируемая статья перечисляет лица, которые могут выдавать независимые гарантии, - это бани или иные кредитные организации, а также другие коммерческие организации. Исходя из части второй данного пункта независимые гарантии могут выдавать и иные лица, но к обязательствам таких лиц применяются правила о договоре поручительства. Соответственно, независимые гарантии, выдаваемые лицами, не являющимися коммерческими организациями, по существу представляют собой поручительства.

Данные положения являются нововведениями Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ, обусловленными следующим подходом, обозначенным в п. 3.3.1 разд. V Концепции развития гражданского законодательства России: комментируемая статья допускает возможность выдачи гарантии только банками, иными кредитными учреждениями или страховыми организациями; на момент принятия ГК РФ подобное ограничение являлось обоснованным; в настоящее время сохранение такого рода ограничений, препятствующих выдаче независимых гарантийных обязательств от имени иных, не указанных в ГК РФ субъектов, неоправданно сужает сферу использования данного инструмента, создает затруднения в международной торговой практике. Там же говорилось о необходимости изменить используемое в ГК РФ наименование этого способа обеспечения исполнения обязательств на «независимую гарантию».

Следует указать на тот, факт, что положения, которые должны быть указаны в независимой гарантии. В частности, это: дата выдачи гарантии; принципал; бенефициар; гарант; основное обязательство, исполнение по которому

обеспечивается гарантией; денежная сумма, подлежащая выплате, или порядок ее определения; срок действия гарантии; обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии. При этом во второй части данного пункта предусмотрено, что в независимой гарантии может содержаться условие об уменьшении или увеличении суммы гарантии при наступлении определенного срока или определенного события. Особое внимание хотелось бы обратить на положения части первой пункта четвёртого комментируемой статьи, которые представляют собой существенные условия независимой гарантии (о существенных условиях договора см. ст. 432 Кодекса и комментарий к ней), т.е. условия, без указания которых независимая гарантия не может считаться выданной. Положения данного пункта представляют собой нововведения Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ, обусловленные следующим подходом, обозначенным в п. 3.3.4 разд. V Концепции развития гражданского законодательства России: положения ГК РФ о банковской гарантии не содержат правил о существенных условиях гарантии, что на практике вызывает серьезные затруднения; в связи с этим необходимо дополнить ГК РФ нормой, определяющей существенные условия гарантии, к которым целесообразно отнести: указание принципала; указание бенефициара или порядка его определения; ссылку на основную сделку, по которой выдана гарантия; максимальную сумму, на которую выдана гарантия; дату истечения срока действия гарантии или событие, по наступлении которого действие гарантии прекращается; условия платежа.

В заключение хотелось бы отметить, что пункт пятый комментируемой статьи содержит нововведение Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ, распространяющее сферу действия правил комментируемого параграфа на случаи, когда обязательство лица, предоставившего обеспечение, состоит в передаче акций, облигаций или вещей, определенных родовыми признаками. Но при этом предусмотрено, что правила комментируемого параграфа в указанных случаях применяются постольку, поскольку иное не вытекает из существа отношений.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Александров Глеб Николаевич – студент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, glaleksand@gmail.com.

Алексеева Дарья Аркадьевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), daalekseeva_2@edu.hse.ru.

Алиев Эльман Эльхан оглы – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), elman_al@mail.ru.

Алиева Диана Расуловна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), a_d_r_09_12_95@mail.ru.

Андреянова Анна Вадимовна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), annaandreyanova5@gmail.com.

Арестова Ксения Андреевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), kseare@yandex.ru.

Афошина Маргарита Николаевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), afoshina.margo@mail.ru.

Ахметвалеева Алина Назиповна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), akhmetvaleeva.alina@gmail.com.

Байкалова Анна Михайловна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), anya.baikalova17@gmail.com.

Батчаева Радмила Халидовна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), rkhbatchaeva@yandex.ru.

Белоиванова Мария Андреевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), beloivanova00@mail.ru.

Вагапов Тимур Алуевич – студент юридического факультета Северо-Западного филиала

Российского государственного университета правосудия, hardgamer1995@gmail.com.

Возженикова Анна Андреевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), vozhenikovaa@gmail.com.

Глуховских Дарья Эдуардовна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), glouhovskih_d@mail.ru.

Голубенкова Арсения Алексеевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), arsenya_@mail.ru.

Гончарова Александра Игоревна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), goncharova.a.i16@gmail.com.

Ефимова Елена Игоревна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург).

Жевкова Екатерина Игоревна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), zhevkova@gmail.com.

Жигалова Жанна Андреевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), zhanna-zhigalova@yandex.ru.

Жимкова Мария Константиновна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), marinycik@gmail.com.

Ивойлова Полина Валерьевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), polina0271@gmail.com.

Калинкина Елена Сергеевна – студентка факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва).

Карданов Александр Тимурович – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), password-remind@mail.ru.

Климкина Алина Александровна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), alina.a.klimkina@gmail.com.

Коренькова Дарья Дмитриевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), dar-korenkova@yandex.ru

Ксенафонтов Максим Юрьевич – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), deffort@yandex.ru.

Леонова Екатерина Сергеевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), ekaterina199511@mail.ru.

Лепехина Олеся Игоревна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), erbe81@gmail.com.

Летов Никита Андреевич – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), www.one.desire@ya.ru.

Мангасарян Мари Овиковна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), m.mari-157505@mail.ru.

Матвеева Виктория Сергеевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), vikamtv@mail.ru.

Миклина Мария Владиславовна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), mikli@vplicei.net.

Минина Мария Сергеевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), msmininaa@gmail.com.

Москалец Кристина Владимировна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург),, moskalets.k@gmail.com.

Овсянникова Анна Викторовна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), ovsova1995@mail.ru.

Оганесян Астхик Паргевовна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург),

oganesyan.astkhik95@yandex.ru.

Паращенко Мария Андреевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), mpara95@mail.ru.

Пархоменко Андрей Дмитриевич – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), And2.95@mail.ru.

Петров Владислав Николаевич – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), vladislav.n.petrov@gmail.com.

Сандалова Наталия Валерьевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), nvsandalova13@gmail.com.

Сидоров Николай Андреевич – студент юридического факультета Санкт-Петербургского института (филиала) Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России), nikolai-sidorov@bk.ru.

Смирнова Евгения Сергеевна – студентка юридического факультета Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия, Khamelion_Green@mail.ru.

Степанян Жаклина – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), evroline00@mail.ru.

Фомина Ксения Олеговна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), neko_1996@mail.ru.

Фоминых Никита Сергеевич – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), fominykhns@gmail.com.

Чибинов Дмитрий Владиславович – студент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, chibinov@inbox.ru.

Чугунов Иван Дмитриевич – студент факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва), ichug2012@mail.ru.

Щербак Елена Сергеевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), elena96vorkuta@ya.ru.

Шкаева Владлена Эдуардовна – студентка юридического факультета Национального

исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), vladlena.shkaeva@teamgroup.ru.

Шкурина Наталья Матвеевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), n.m.shkurina@gmail.com.

Шульгина Маргарита Павловна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), mpshulg@gmail.com.

Цыденова Анастасия Гомбоевна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), nastyatsydenova@gmail.com.

Яхновец Елизавета Федоровна – студентка юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), elizabeth626451@rambler.ru.