

ВЕСТНИК
ТОМСКОГО
ГОСУДАРСТВЕННОГО
УНИВЕРСИТЕТА

ПРАВО

Tomsk State University Journal of Law

Научный журнал

2018

№ 28

Свидетельство о регистрации средства массовой информации выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзором)

ПИ № ФС77-45814 от 8 июля 2011 г.

Журнал входит в «Перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук» Высшей аттестационной комиссии

Учредитель – Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет»

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

Уткин В.А. (главный редактор, председатель редколлегии) – доктор юридических наук, профессор, директор Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, заслуженный юрист Российской Федерации; **Азаров В.А.** – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, заслуженный юрист Российской Федерации; **Лебедев В.М.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой природоресурсного, земельного и экологического права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, заслуженный юрист Российской Федерации; **Працко Г.С.** – доктор юридических наук, доктор философских наук, зам. начальника по науке Ростовского юридического института МВД России; **Рабец А.М.** – доктор юридических наук, профессор, старший научный сотрудник лаборатории социально-правовых исследований Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Юридического факультета Российской государственного социального университета, заслуженный деятель науки Российской Федерации; **Свиридов М.К.** – доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, член-корреспондент СО Академии наук высшей школы, действительный член Международной академии наук высшей школы, действительный член Академии социальных наук; **Селиверстов В.И.** – доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, заслуженный деятель науки Российской Федерации; **Старостин С.А.** – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права, административного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина; **Треушников М.К.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой гражданского процесса МГУ им. М.В. Ломоносова, заслуженный деятель науки Российской Федерации; **Шафиров В.М.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Уткин В.А. (председатель редколлегии) – доктор юридических наук, профессор, директор Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, зав. кафедрой уголовно-исполнительного права и криминологии, заслуженный юрист Российской Федерации; **Ольховик Н.В.** (зам. председателя редколлегии) – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права, зам. директора Юридического института по научной работе Национального исследовательского Томского государственного университета; **Геймбух Н.Г.** (ответственный секретарь редколлегии) – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и международного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Андреева О.И.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Барнашов А.М.** – кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой конституционного и международного права Национального исследовательского Томского государственного университета, профессор кафедры природоресурсного, земельного и экологического права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Елисеев С.А.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой уголовного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Журавлев М.М.** – кандидат юридических наук, доктор философских наук, зав. кафедрой теории и истории государства и права, административного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Князьков А.С.** – доктор юридических наук, доцент, зав. кафедрой криминалистики Национального исследовательского Томского государственного университета; **Мананкова Р.П.** – доктор юридических наук, профессор, старший научный сотрудник лаборатории социально-правовых исследований Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Осокина Г.И.** – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Савицкая И.С.** – старший преподаватель кафедры английской филологии факультета иностранных языков Национального исследовательского Томского государственного университета

СОДЕРЖАНИЕ

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА. ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Кожевников В.В. К проблеме теории юридической ответственности	5
Куликов Е.А., Суханова Е.П. Проблема соотношения светской и духовной власти в работах Н.Н. Алексеева	20

ПРОБЛЕМЫ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Ведерникова Л.В. Присвоение вверенного имущества по Советскому уголовному уложению 1918 года	36
Исаева А.А. Свобода религии в Китае и в России: современные правовые рамки и система государственных ограничений	41
Кашуба Ю.А., Хван Т.С. Переводчик как иной участник уголовно-исполнительных правоотношений	59
Писаревская Е.А. К вопросу об осуществлении судами профилактической функции в отношении несовершеннолетних подсудимых	68
Смирнова И.Г. Уголовно-процессуальная стратегия: конфликт целеполагания.....	76
Якимова Е.М. Государственный механизм защиты субъектов предпринимательской деятельности в современной России	83

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

Баришпольская Т.Ю. Применение арбитражными судами иностранного частного права: законодательное регулирование и правовые позиции Пленума Верховного Суда Российской Федерации	98
Бондаренко Н.Л. Социальная функция права собственности в контексте конституционного принципа ее неприкосновенности	106
Гончарова В.А. Нарушение прав и охраняемых законом интересов как условие возникновения права на защиту участников оспоримой сделки	115
Груздев О.С. Производный финансовый инструмент в системе гражданско-правовых договоров	125
Лебедева К.Ю. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросу применения положений пункта 4 статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации (о сносе самовольной постройки)	137
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ	149

CONTENTS

FILOSOPHY OF LAW. PROBLEMS OF LIGAL THEORY AND HISTORY

Kozhevnikov V.V. To the problem of the theory of legal responsibility	5
Kulikov E.A., Sukhanova E.P. Problem of co-relation between temporal and spiritual power in the writings of N.N. Alekseev	20

PROBLEMS OF THE PUBLIC LAW

Vedernikova L.V. Appropriation entrusted property according to the Soviet Criminal Code of 1918	36
Isaeva A.A. Freedom of religion in China and in Russia: modern legal framework and the system of state restrictions	41
Kashuba Yu.A., Khvan T.S. Translator as a participant of criminal enforcement legal relationship	59
Pisarevskaya E.A. To the question of implementation of a preventive function in relation to juvenile defendants by courts	68
Smirnova I.G. Criminal procedure strategy: conflict of the goal	76
Yakimova E.M. State mechanism of protection of subjects of entrepreneurial activity in modern Russia	83

PROBLEMS OF THE PRIVATE LAW

Barishpolskaya T.Yu. Application by arbitration courts of foreign private law: legislative regulation and legal positions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation	98
Bondarenko N.L. Social function of the property right in the context of the constitutional principle of its inviolability	106
Goncharova V.A. Violation of rights and legal interests as a condition of emergence of the right for protection of participants of a voidable bargain	115
Gruzdev O.S. Derivative financial instrument in the system of civil contracts	125
Lebedeva K.Yu. Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on application of provisions of Item 4, Article 222 of the Civil code of the Russian Federation (about demolition of unauthorized construction)	137
INFORMATION ABOUT THE AUTHORS	149

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА. ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340. 312

DOI: 10.17223/22253513/28/1

В.В. Кожевников

К ПРОБЛЕМЕ ТЕОРИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

На основе критического анализа учебника В.В. Сорокина «Теория юридической ответственности» рассматриваются общетеоретические проблемы данного феномена: позитивной юридической ответственности, соотношения негативной юридической ответственности и мер защиты. Особое внимание в статье уделяется избранному автором так называемому религиозно-нравственному подходу при рассмотрении различных вопросов юридической ответственности. Ключевые слова: учебник, юридическая ответственность, меры защиты, религиозно-нравственный подход.

Сразу заметим, что настоящая статья написана на основе критического анализа учебника профессора Алтайского государственного университета В.В. Сорокина «Теория юридической ответственности» [1], структурно состоящего из введения, 4 глав, соответственно названных следующим образом: основные категории юридической ответственности, юридическая ответственность как правовой институт, юридическая ответственность в духовно-нравственном измерении, юридическая ответственность в сфере правовой психологии; заключения, рабочей программы по этой учебной дисциплине и библиографического списка.

Если говорить в целом о представленной работе, следует отметить ее оригинальный характер, неординарный подход к решению различных проблем негативной юридической ответственности. Учебник, представляющий несомненный интерес, написан на основе не только юридической, но и философской, исторической, психологической, психиатрической и религиозной литературы. Отметим, что ученый, выходя за рамки заявленной темы учебника, рассматривает не только теоретические вопросы юридической ответственности, но и практику ее применения [Там же. С. 71–79].

Критический анализ данного учебника, предназначенный для студентов и преподавателей юридических факультетов России, как, впрочем, практически любая серьезная научная работа, имеет те основные положения, с которыми следует согласиться, так и те из них, которые вызывают сомнения.

На наш взгляд, следует поддержать ученого, который весьма негативно относится к понятию так называемой позитивной юридической ответ-

ственности. В частности, автор рассуждает о невозможности определить ее юридическую природу, отследить и зафиксировать осуществление и т.д. Полностью согласны с В.В. Сорокиным, подчеркивающим, что «проблему так называемой юридической ответственности пора закрыть как теоретически и практически несостоятельную. Позитивной юридической ответственности нет. Юридическая ответственность всегда негативна» [1. С. 45–46].

Обращаем внимание, что в литературе юридическая ответственность в классическом понимании рассматривается как негативная (ретроспективная) ответственность, несмотря на различные ее трактовки: необходимость правонарушителя претерпевать неблагоприятные последствия различного характера; возникающее из правонарушений правовое отношение между государством, его специальными органами и правонарушителем, на которого возлагается обязанность претерпевать соответствующие негативные последствия; применение к правонарушителю штрафных (карательных) санкций норм права и др.

Что же касается позитивной юридической ответственности, которая рассматривается как самостоятельное, добросовестное, активное выполнение обязанности, добровольное следование предписаниям норм права, то и к ней, заметим, проявляется самое неоднозначное отношение.

Иными словами, в позитивном смысле под юридической ответственностью понимается осознание субъектом права своего долга (особых обязанностей) перед обществом, коллективом, социальными группами. Такую ответственность субъект возлагает на себя как бы за будущие результаты своего правомерного поведения. Речь идет о дополнительных, активных (по сравнению с другими субъектами права) усилиях, нагрузках в тех или иных областях жизнедеятельности людей, которые ведут к определенным позитивным результатам. За успех взятой на себя миссии и конечные результаты индивид берет на себя указанную ответственность [2. С. 462].

Более того, в ряде случаев обосновывается мнение, что главенствующую роль и решающее значение в праве имеет именно позитивная ответственность, а ретроспективная играет подчиненную по отношению к ней роль [3. С. 62].

В другом случае позитивная (перспективная) ответственность связывается с определенным внутренним состоянием и внешней социально-правовой активностью личности, с ее отношением к возложенным, взятым на себя обязанностям; порученному делу, работе, задачам; государству, обществу, коллективу [4. С. 41]. Н.И. Матузов пишет, что ретроспективный подход к ответственности, который пока еще преобладает в литературе, выглядит односторонним и неполным, ибо при таком подходе на первый план выступает лишь карательно-предупредительный момент, но умаляется в какой-то мере социальное, морально-этическое и гражданское значение ответственности [Там же].

Д.А. Липинский предложил объединить два аспекта юридической ответственности – позитивный и негативный. По мнению автора, «юридическая ответственность едина, а ее различные формы реализации (добро-

вольная и государственно-принудительная. – В.К.) находятся в постоянной борьбе» [5. С. 10, 13, 15, 22]. Проявляя непоследовательность, в другой работе автор утверждает, что «наличие карательной функции – это специфический признак, отличающий меры юридической ответственности от мер защиты», «основанием для применения мер юридической ответственности выступают юридический факт правонарушения и акт применения права (приговор суда, постановление о привлечении к административной ответственности и т.п.)» [6. С. 15].

На наш взгляд, в необоснованную крайность впадает А.С. Бондарев, категорически заявляя, что юридическая ответственность может носить только позитивный характер, являясь ценным (позитивным) правовым свойством субъектов права [7. С. 143].

Противники же позитивной юридической ответственности, к которым относится и автор настоящей работы, выдвигают самые разнообразные аргументы, которые обуславливают их научную позицию. Так, не соглашаясь с концепцией позитивной юридической ответственности, Н.С. Малеин указывал, что четкого и однозначного определения понятия позитивной ответственности пока нет, а в имеющихся определениях допускаются подмена терминов и объединение различных категорий: «...объявление ответственностью обязанности совершить предусмотренные законом действия (долга) ведет, с одной стороны, к удвоению терминологии: одно и то же явление одновременно именуется и обязанностью, и ответственностью, и с другой – вносит неясность в терминологию: ответственностью называется и сама обязанность, и последствия ее неисполнения, при этом допускается смешение этих двух качественно разных явлений» [8. С. 131]. Р.О. Халфина писала, что «предложения о безграничном расширении понятия ответственности, о применении этого понятия в его общеупотребительном смысле нельзя считать приемлемыми» [9. С. 317]. В.В. Мальцев подчеркивает, что безграничное расширение понятия ответственности ведет к удвоению и неясности терминологии, смешению двух качественно различных явлений, к такому положению, когда позитивная ответственность утрачивает конкретность и, по существу, сливается с понятием права (осознанием права) [10. С. 155]. Н.А. Пьянов категорически заявлял, что позитивная юридическая ответственность не открывает каких-то новых горизонтов в теории юридической ответственности, а попытки отдельных исследователей выработать единое понятие юридической ответственности, которым бы охватывалась как позитивная, так и негативная ответственность, едва ли способны увенчаться успехом, поскольку позитивная, не имеющая собственно юридической специфики и ничем не отличающаяся от общесоциальной ответственность и негативная юридическая ответственность – антиподы, совершенно разные, диаметрально противоположные явления [11. С. 490–491]. Говоря о позитивной ответственности, А.С. Шабуров однозначно полагает, что «она вообще не укладывается в категориальный аппарат юридической науки, не является явлением юридическим» [12. С. 273]. В.И. Шепелев подчеркивает, что постановка во-

проса о позитивной юридической ответственности встречает серьезные возражения, главным образом, из-за отсутствия должного содержания правовых компонентов в данном виде ответственности. В частности, здесь нет элементов подотчетности, контроля, принуждения, что характерно для классической (ретроспективной) юридической ответственности [13. С. 462].

В.В. Лазарев и С.В. Липень считают, что «для того чтобы исследовать явление, называемое «перспективной (позитивной) юридической ответственностью», необходимо переработать понятийный аппарат (поскольку два совершенно различных правовых явления называются примерно одинаково!) и рассматривать все связанные с ним вопросы не вместе с юридической ответственностью, а, например, в связи с правомерным поведением» [14. С. 523–524]. Н.Н. Черногор подчеркивает, что, заявляя о реальной позитивной ответственности, ее диалектическом единстве с ответственностью за правонарушение (ретроспективной, негативной), никто не пытается обосновать подобную позицию, объяснить диалектику перехода позитивного аспекта ответственности в негативный [15. С. 105].

В одной из своих работ О.Э. Лейст, оценивая позитивную юридическую ответственность, обращал внимание на то, помимо терминологической путаницы, возникающей в результате обозначения одним и тем же термином «ответственность» столь разных явлений, как долг, обязанность и ответственность [16. С. 228–230], авторы исходят не из анализа сути права как социальной реальности, а из «семантических изысканий», сводящихся к рассмотрению «различных значений слов и терминов, опирающихся на толковые словари» [17. С. 594]. Беда не только в том, резонно замечает ученый, что «семантические изыскания заменяют и заслоняют изучение права, еще хуже, что они вступают с ним в радикальное противоречие» [Там же. С. 595]. Развивая идею двойственного – негативного и позитивного – представления о юридической ответственности, строят свою конструкцию, как представляется, на механическом перенесении соответствующей социологической и философской терминологии на юридическую понятийную систему, без учета специфических особенностей последней [18. С. 638]. Кроме того, как обоснованно заметил О.Э. Лейст, «на переименовании достаточно известных правовых явлений основано и большинство попыток развить идею правовой позитивной ответственности». В самом деле, рассуждает автор, если сторонниками этой идеи ответственность определяется как «объективно обусловленная необходимость осознанного и добровольного соблюдения правовых предписаний всеми субъектами права», «общее требование для всех субъектов права – как руководство к действию, к правильному выполнению правовых норм», если утверждается, что «правомерные юридически значимые поступки оцениваются как ответственные», то спрашивается: почему это – «ответственность, а не законность, общеобязательность права, правомерное поведение, как утверждают другие правоведы» [17. С. 597].

В другой работе ученый подчеркивал, что наиболее уязвимым звеном идеи правовой позитивной ответственности является невозможность опре-

делить ее юридические свойства и качества, чем-либо отличающиеся от известных понятий «обязанность», «правомерное поведение», «правосубъектность», «деликтоспособность», «выполнение обязательств» и др. [19. С. 367].

Многолетние призывы разработать понятие правовой позитивной ответственности, раскрыв свойственное ей юридическое содержание, не пошли далее декларативных рассуждений, и, наоборот, углубленное исследование проблем социальной ответственности с позиций правопведения неизбежно приводит к выводу о том, что ее позитивный аспект «не обладает признаками, качествами, особенностями правового явления, характеризующегося связью с государством, с правом. Признание юридического характера позитивной ответственности не только не соответствует природе явления, но и усложняет решение многих проблем в юридической науке, ибо означает ликвидацию юридической ответственности как специфического правового явления» [20. С. 15–16].

Кроме того, вызывает тревогу, что с распространением идеи правовой позитивной ответственности нередко связаны теоретические рекомендации, крайне сомнительные именно с точки зрения эффективности правовой пропаганды, воздействия на общественное правосознание. Взгляд на правовую позитивную ответственность как на «другой аспект», оборотную сторону, зеркальное отражение традиционной ответственности за правонарушение с самого начала основывался на предположениях, что источником правовой позитивной ответственности являются санкции за правонарушения, в том числе уголовно-правовые. При «двухаспектном» понимании ответственности легкость замены в термине «ответственность» одного смысла (правомерное поведение) другим (наказание или взыскание за правонарушение) породила соблазн вести пропаганду, угрожая санкциями. Теоретическим результатом этого явились рассуждения ряда сторонников указанной идеи о том, что все граждане несут уголовную ответственность безотносительно к тому, совершают они преступления или нет [21. С. 25–31].

Суммируя все возражения против категории позитивной юридической ответственности, можно сказать, что ее противники рассматривают ее как моральную ответственность, существующую наравне с правовой.

Полагаем, что вызывает большие сомнения точка зрения о признании позитивной юридической ответственности в качестве категории общей теории права, несмотря на обстоятельство, что в ряде случаев при ее характеристике авторы используют такие выражения, как «правомерное поведение», «уважение к закону», «правовой статус субъекта» и др.; определяют ее меру через субъективные права и юридические обязанности [22. С. 5–14].

Допускаем, что возможные наши оппоненты и одновременно сторонники позитивной юридической ответственности в качестве еще одного аргумента в ее защиты будут рассуждать о принципе научного плюрализма, предполагающем учет различных мнений по одной и той же общетеоретической проблеме. Соглашаясь со значимостью этого методологического принципа познания, все-таки следует учитывать, что и он имеет соответствующие границы, не допускающие нарушения. Как представляется, в

этой связи весьма точно заметил О.В. Мартышин: «Плюрализм хорош, когда он опирается на солидные культурные традиции, сочетается с серьезной борьбой идей, полемикой, нетерпимостью к непрофессионализму, псевдонаучности, желанием славы или корыстными соображениями... При таких условиях плюрализм позволяет повысить уровень научного высказывания. Если же этого нет, свобода мысли оборачивается разнузданностью, всеядностью и вседозволенностью, что ведет к падению культуры исследования» [23. С. 20].

На наш взгляд, в учебнике В.В. Сорокина имеют место некоторые положения, которые вызывают определенные сомнения.

Во-первых, те из них, которые необоснованно отождествляют меры юридической ответственности и меры защиты. К сожалению, такое положение дел имеет место, когда автор полагает, что юридическая ответственность является формой защиты общества от правонарушений [1. С. 24], при трактовке так называемой добровольной формы юридической ответственности, которая ассоциируется с возмещением причиненного вреда [Там же. С. 35], наконец, при признании компенсационной (восстановительной) функции юридической ответственности [Там же. С. 97].

Оценивая позиции сторонников восстановительной функции юридической ответственности, следует обратить внимание на то, что ими безосновательно отождествляются меры юридической ответственности и меры защиты, игнорируется то принципиальное положение, согласно которому меры защиты – это меры государственного принуждения в целях восстановления и защиты нарушенных прав (например, принудительное взыскание алиментов, изъятие у должника и передача взыскателю определенных предметов и др.). В этом случае нарушитель не испытывает лишений, как при осуществлении юридической ответственности, так как здесь цель принуждения – не наказание правонарушителя, а побуждение его к исполнению юридической обязанности, посредством которой и обеспечивается субъективное право управомоченной стороны [24. С. 344–345].

Полагаем, что В.В. Лазарев четко различает меры юридической ответственности и меры защиты (восстановительные меры), применяемые для восстановления нормального состояния правоотношений путем побуждения субъектов права к исполнению возложенных на них обязанностей. К мерам защиты автор относит признание сделки недействительной с возвращением сторон в первоначальное имущественное положение, взыскание долга, возмещение вреда, понесенного при спасении имущества общественных и государственных организаций, взыскание алиментов, восстановление на работу лиц, уволенных незаконно, удержание ошибочно выплаченных работнику сумм, взыскание налогов, отмена незаконного нормативного правового акта или правоприменительного акта. Ученый обращает внимание на то, что меры защиты применяются за правонарушения, обладающие минимальной степенью общественной опасности, а также в отдельных случаях и при отсутствии противоправных деяний (например,

возмещение вреда, понесенного при спасении имущества государственных и имущественных организаций) [14. С. 520].

Думается, что все же речь идет о проступках, хотя не только они, но и **некоторые преступления** (выделено нами. – *В.К.*) могут являться основаниями применения мер защиты.

В частности, речь идет о гражданском иске в уголовном судопроизводстве, особенности которого, по мнению В. Божьева, в известной мере обусловлены зависимостью от характера совершенного преступления [25. С. 3]. В ч. 1. ст. 44 УПК РФ устанавливается, что «гражданским истцом является физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда, при наличии полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением... Гражданский истец может предъявить гражданский иск и для имущественной компенсации морального вреда».

В настоящее время отечественные суды, разрешая гражданские иски в уголовном судопроизводстве, избирают единственный способ восстановления нарушенного преступлением материального права – взыскание убытков в денежной форме. Деятельность обвиняемого по возмещению потерпевшему причиненного ущерба в натуре, обычно осуществляемая на практике в процессе предварительного следствия, остается за границами уголовно-процессуального регулирования как не предусмотренная законом. Такое положение, определяющее «денежный» способ защиты прав и законных интересов граждан, организаций и государства, вряд ли будет способствовать восстановлению нарушенных прав потерпевших. А.П. Рыжаков, исследуя правовой статус гражданского истца в уголовном судопроизводстве, утверждает, что требование денежного эквивалента не всегда является рациональным для гражданского истца. По мнению автора, «у гражданского истца есть право предъявить требование о любой другой форме возмещения, причиненного ему непосредственно преступлением имущественного ущерба... не деньгами, а аналогичной вещью. Этот способ возмещения ущерба ограждает гражданского истца от неблагоприятных последствий инфляции, дефицита и т.п.» [26. С. 79].

Обращает внимание то обстоятельство, что и другие ученые пытаются показать различия, существующие между мерами юридической ответственности и мерами защиты, в той или иной степени внося в разработку этой общетеоретической проблемы свою лепту. Так, В.И. Червонюк считает, что меры защиты отличаются от юридической ответственности тем, что они наступают за правонарушение, обладающее часто минимальной степенью общественной опасности, или деяние, представляющее собой «правовую аномалию», не приобретающее характер правонарушения. К мерам защиты автор относит: признание сделки недействительной с возвращением сторон в первоначальное имущественное положение, перевод неисправного плательщика на предварительную оплату счетов, реальное исполнение договорных обязательств (допоставка, доукомплектование продукции) и другие в гражданском праве; отобрание детей без лишения ро-

дательских прав, взыскание алиментов – в семейном праве; принудительное лечение, взыскание денежных сумм (налогов) и другие – в административном праве; восстановление на работу незаконно уволенных – в трудовом праве и пр. [27. С. 569–570]. Думается, что в приведенных положениях автором неоправданно отождествляются меры защиты и принудительные меры медицинского характера. С.С. Алексеев, в свое время проводя разграничение мер защиты и мер юридической ответственности, с одной стороны, аргументировано писал, что, если главная функция юридической ответственности – штрафная, то функция мер защиты сводится к восстановительным задачам, однако, с другой стороны, вызывает сомнение то положение ученого, согласно которому «для мер юридической ответственности основанием является правонарушение а для мер защиты – объективно противоправное поведение, которое может быть названо “правовая аномалия”» [28. С. 280–281]. В этом отношении более убедительная точка зрения Д.А. Липинского, считающего, что меры защиты применяются «как в случае совершения правонарушения, так и при отсутствии такового» («иные юридические факты») [29. С. 15–16]. С точки зрения В.М. Ведяхина, характерной чертой юридической ответственности следует признать применение штрафных санкций, которые в каждой отрасли различны, и прежде всего по этому признаку следует отличать ответственность от мер защиты [30. С. 32–33].

В.В. Лазаревым совершенно обоснованно указывается, что меры защиты заключаются в том, что лицо принуждается к исполнению лежащей на нем обязанности, которую ранее оно должно исполнить, но не исполнило. **Дополнительных** (выделено нами. – В.К.) лишений, помимо исполнения обязанности, в этом случае для лица не наступает (например, при взыскании алиментов удерживаются суммы, которые лицо должно было выплатить добровольно), а юридическая ответственность связана с возложением на правонарушителя обязанности, не существовавшей до правонарушения. Наконец, В.В. Лазарев обращает внимание и на то, что по своей основной направленности меры юридической ответственности обращены, прежде всего, к правонарушителю, их главная функция – карательная. Меры защиты направлены не столько на правонарушителя, сколько на обеспечение, восстановление интересов управомоченного лица, их основная функция – защита соответствующих субъективных прав [14. С. 520]. Однако, при изложении в целом достаточно аргументированных положений, автор, помимо карательной (штрафной), воспитательной и превентивной, выделяет правовосстановительную функцию юридической ответственности, подчеркивая при этом, что она присуща, прежде всего, имущественной ответственности, призвана компенсировать потери потерпевшей стороны, восстановить ее права [Там же. С. 527]. Кроме того, думается, что здесь следует говорить не о функциях так называемой имущественной ответственности, а о функциях юридической ответственности вообще, как одной из основных понятий общей теории права. Интересно заметить, что в другой работе ученый эту функцию юридической ответственности не

называет, однако вместо нее предлагает иную функцию – компенсационную, направленную, прежде всего, на возмещение причиненного правонарушителем ущерба. Автор поясняет, что она имеет целью загладить вред, нанесенный правонарушителем (возврат похищенной вещи или компенсация ее стоимости, возмещение потерь от неправомерного действия другой стороны, возмещение упущенной выгоды и т.п.), чтобы потерпевшая сторона могла продолжать действовать в таких же условиях, как и до правонарушения [31. С. 382].

Заметим, что существует группа ученых, к ним принадлежит и автор настоящей статьи, которые вообще не признают наличие восстановительной функции юридической ответственности. Полагаем, что эта точка зрения является более правильной, адекватно отражающей правовую реальность. Так, Т.Б. Шубина категорично утверждает, имея в виду уголовное право, что «наказание ничего не возмещает, не имеет этой цели и по своей природе ничего не может возместить. Ущерб, причиняемый правопорядку, вообще не может быть устранен... Восстановительная функция ответственности отсутствует и в других отраслях права. Восстановительный характер присущ прежде всего мерам защиты, предусматриваемым нормам самых различных отраслей права» [32. С. 82]. Возражения оппонентов, которые ссылаются на такую цель уголовной ответственности, как восстановление социальной справедливости, нормативно закрепленную в УК РФ (ч. 2 ст. 43 УК РФ) [16. С. 153], на наш взгляд, являются несостоятельными, ибо авторы ссылаются на норму права, имеющую высокий характер декларативности.

В качестве общетеоретических положений, лежащих в основе нашей позиции, может быть, в какой-то степени повторяясь, назовем следующие. Социально-правовое назначение правосстановительных мер состоит в том, чтобы возместить ущерб, причиненный правонарушением (иными действиями) законным интересам и правам личности. Нормативной основой правосстановительных мер служат так называемые правосстановительные санкции, с помощью которых государство охраняет нормальное развитие общественных отношений в обществе путем: законодательного определения обязанности возместить причиненный имущественный вред, ущерб; отмены незаконных актов и сделок; указания на меры принуждения, принимаемые компетентными органами для реализации невыполненных обязанностей и т.д. Основное назначение этого вида санкций – защита права, принадлежащего управомоченному, восстановление его имущественных и иных интересов.

Главное в юридической ответственности – штрафное, карательное воздействие, чего лишены правосстановительные меры, направленные на восстановление правового положения, обеспечение исполнения юридической обязанности, охрану прав и законных интересов личности; поэтому на первый план при применении этих мер выдвигается не правонарушитель, а управомоченное лицо.

Соглашаясь с данными положениями, высказанными В.В. Сергиной, следует обратить внимание на то, что автор обоснованно подчеркивает,

что правосстановительная форма принуждения характерна **почти** (выделено нами. – *В.К.*) для всех отраслей права, только в одних отраслях она выражена ярче, чем в других. Приводя примеры применения правосстановительных санкций в государственном, трудовом и семейном праве, автор правильно пишет о преимущественном значении данных санкций для гражданского права, ибо здесь они наиболее приспособлены для эффективной охраны имущественных отношений, так как основной функцией гражданско-правового регулирования является компенсационная, возместительная или правосстановительная функция [33. С. 95–101].

Полагаем, что юридическая ответственность реализует карательную (штрафную), превентивную и воспитательную функции; при этом нами не признается восстановительная функция, характерная только для мер защиты.

Во-вторых, трудно согласиться с автором учебника, который, отмечая беспомощность юридической науки в обосновании юридической ответственности и мер обеспечения ее эффективности при сохранении первой атеистической направленности, предлагает использовать религиозно-нравственный подход, способный «коренным образом изменить положение в данном вопросе» [1. С. 11]. Думается, что у автора ориентация на данный методологический подход сложилась достаточно давно, ибо еще ранее ученый писал о том, что «смысл современной познавательной ситуации заключается в поиске новизны методологии, а не в выборе между известными интерпретациями права» [34. С. 8]. В этой же работе В.В. Сорокин безапелляционно заявляет, что «поскольку право создал Господь Бог, мы имеем дело со священным явлением, проявлением святого духа. Право неизменно, ибо оно вечно. Право, в отличие от законодательства государства, не зависит от субъективизма людей» [Там же. С. 208–209].

Думается, что использование религиозной философии вероучения, ярким примером которой является христианская философия, предполагает, что государство и право изучаются через призму библейских догматов. Признавая, что в сочинениях религиозных философов есть много ценного о природе и функционировании государства и права, необходимо подчеркнуть, что все это рациональное знание подчинено одной конечной цели: доказать зависимость политико-правовой действительности от воли Бога, ее включенность в общее божественное мироустройство [35. С. 31–39].

Использование автором учебника религиозно-нравственного подхода с необходимостью обусловило, что многие проблемы юридической ответственности трактуются с учетом религиозных догм. Так, рассматривая такие основные принципы юридической ответственности, как законность, справедливость и милосердие, В.В. Сорокин утверждает, что «милосердие выше справедливости, так же справедливость превышает законность... По букве закона правоприменительные решения не принимаются, иначе возникают основания для их отмены как неправовых, неправомерных. По справедливости каждого субъекта права есть за что наказать. А через милосердие предоставляется шанс на исправление образа жизни» [1. С. 104].

Без всякого сомнения, предложенный методологический подход относится к метафизической, философской, мировоззренческой позиции. В отношении последней М.И. Абдулаев и С.А. Комаров пишут, что «одни теории связывают наличие государства и права с божественной силой либо объективным разумом (объективный идеализм); вторые – с сознанием человека, его психикой, переживаниями, ощущениями, объявляют государство и право результатом согласования воли, договора людей (субъективный идеализм)» [36. С. 35]. Коллектив авторов – Т.Н. Радько, В.В. Лазарев и Л.А. Морозова – полагают, что «идеализм... видит первопричину и исходную базу развития государства и права в идеях. Объективный идеализм признает существование этих идей вне сознания людей, а субъективный идеализм находит соответствующие идеи в сознании людей» [37. С. 20].

Если внимательно проанализировать содержание анализируемого учебника, то можно утверждать, что так называемый религиозно-нравственный подход относится к объективно-субъективному идеализму, ибо в одних случаях он апеллирует к божественной воле [1. С. 142], в других – к внутреннему психическому миру человека [Там же. С. 136–196].

Представляется немаловажным обратить внимание на некоторые возражения, направленные против религиозно-нравственного подхода, православной теории в целом, высказанные О.В. Мартышиным. Суть их сводится к следующим положениям:

1. То, что получило название «православной теории права», не соответствует позиции РПЦ, нашедшей выражение в ее Основах социальной платформы, принятых в 2000 г. и полностью соответствующих принципам действующей Конституции РФ, в которых проведена четкая грань между духовной и светской властью, церковным и государственным правом.

2. Не преувеличивая оригинальность данной теории, отмечается, что ее новизна лишь в том, что она почти век не фигурировала в литературе и общественно-политической жизни в качестве национальной программы развития.

3. Вместе с социально-политической основой и значением православная теория приобретает и потенциальную опасность, так как она направлена на отрицание основных ценностей, провозглашенных действующей Конституцией РФ [23. С. 311].

Напомним, что согласно ст. 14 Конституции РФ, Российская Федерация – светское государство. Никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной (ч. 1). Статья же 28 Основного закона закрепляет, что каждому гарантируется свобода совести, свобода вероисповедания.

В заключение отметим, что, несмотря на сделанные замечания, учебник В.В. Сорокина, тем не менее, тоже следует отнести к тем работам, которые направлены на развитие общей теории юридической ответственности, как, впрочем говоря, и другие научные монографии и статьи советских и российских ученых, которые были использованы автором при написании представленной работы.

Литература

1. *Сорокин В.В.* Теория юридической ответственности : учеб. Барнаул : Изд-во Алт. гос. ун-та, 2017. 250 с.
2. *Любашин В.Я., Смоленский М.Б., Шепелев В.И.* Теория государства и права : учеб. Ростов н/Д : Феникс, 2006. 512 с.
3. *Астемиров З.А.* Понятие юридической ответственности // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 59–67.
4. *Матузов Н.И.* Социалистическая демократия как единство прав, обязанностей и ответственности // Советское государство и право. 1987. № 11. С.135–143.
5. *Литинский Д.А.* Проблемы юридической ответственности / под ред. Р.Л. Хачатурова. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2004. 387 с.
6. *Литинский Д.А., Бессолицын А.Г.* О разграничении мер защиты и мер юридической ответственности // Современное право. 2013. № 4. С. 12–16.
7. *Бондарев А.С.* Юридическая ответственность – позитивное свойство субъектов права // Правоведение. 2008. № 1. С. 133–144.
8. *Малеин Н.С.* Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М. : Юрид. лит-ра, 1985. 182 с.
9. *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. 340 с.
10. *Мальцев В.В.* Социальная ответственность личности, уголовное право и уголовная ответственность // Правоведение. 2000. № 6. С. 152–169.
11. *Пьянов Н.А.* Консультации по теории государства и права : учеб. пособие. Иркутск : Изд-во Иркут. гос. ун-та, 2010. 583 с.
12. *Шабуров А.С.* Правомерное поведение. Правонарушение. Юридическая ответственность // Теория государства и права : учеб. ; отв. ред. В.Д. Перевалов. М. : Норма, 2007. С. 259–274.
13. *Шепелев В.И.* Правовое поведение и юридическая ответственность // Любашин В.Я., Смоленский, Шепелев В.И. Теория государства и права : учеб. Ростов н/Д : Феникс, 2006. С. 438–469.
14. *Лазарев В.В., Литень С.В.* Теория государства и права : учеб. М. : Юрайт, 2010. 634 с.
15. *Черногор Н.Н.* О теоретических проблемах юридической ответственности // Журнал российского права. 2006. № 5. С. 105–109.
16. *Лейст О.Э.* Санкции и ответственность по советскому праву. М. : Изд-во МГУ, 1981. 239 с.
17. *Общая теория государства и права: академический курс* : в 2 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М. : Зерцало, 1998. 622 с.
18. *Марченко М.Н.* Проблемы общей теории государства и права : учеб. : в 2 т. Т. 2: Право. М. : Проспект, 2008. 656 с.
19. *Лейст О.Э.* Методологические проблемы юридической ответственности // Проблемы теории государства и права : учеб. / под ред. М.Н. Марченко. М., 2002. С. 626–655.
20. *Шабуров А.С.* Политические и правовые аспекты социальной ответственности личности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург : Свердлов. юрид. ин-т, 1992. 34 с.
21. *Елионский В.А.* Уголовное наказание и воспитание позитивной ответственности личности : учеб. пособие. Рязань : Рязан. ВШ МВД СССР, 1979. 84 с.
22. *Литинский Д.А., Шишкин А.Г.* Субъективное право и юридическая обязанность как меры позитивной юридической ответственности // Государство и право. 2014. № 10. С. 5–14.
23. *Мартышин О.В.* Философия права : учеб. М. : Проспект, 2017. 352 с.
24. *Винниченко О.Ю., Попов В.И.* Теория государства и права : учеб. пособие. М., 2010. 504 с.

25. *Божьев В.* Гражданский иск в уголовном процессе // Законность. 2004. № 7. С. 2–5.
26. *Рыжаков А.П.* Возмещение вреда, причиненного преступлением. М. : Дело и сервис, 1999. 128 с.
27. *Червонюк В.И.* Теория государства и права : учеб. М. : ИНФРА-М., 2006. 704 с.
28. *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2 т. М. : Юрид. лит., 1981. Т. 1. 360 с.
29. *Литинский Д.А.* Функции права и функции юридической ответственности // Правоведение. 2004. № 3. С. 144–155.
30. *Ведяхин В.М.* Меры защиты как правовая категория // Право и политика. 2005. № 5. С. 21–34.
31. *Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А.* Теория государства и права : учеб. М. : Проспект, 2012. 576 с.
32. *Шубина Т.Б.* Теоретические проблемы защиты права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара : Самар. гос. эконом. академия, 1998. 16 с.
33. *Серегина В.В.* Государственное принуждение по советскому праву. Воронеж : Изд-во Воронежского ун-та, 1991. 20 с.
34. *Сорокин В.В.* Понятие и сущность права в духовной культуре России. М. : Проспект, 2007. 456 с.
35. *Теория государства и права : учеб. / под ред. О.В. Мартышина.* М. : Норма, 2007. 496 с.
36. *Абдулаев М.И., Комаров С.А.* Проблемы теории государства и права : учеб. СПб. : Питер, 2003. 576 с.

Kozhevnikov Vladimir V., Omsk State University (Omsk, Russian Federation)

TO THE PROBLEM OF THE THEORY OF LEGAL RESPONSIBILITY

Keywords: textbook, legal responsibility, measures of protection, religious moral approach.

DOI: 10.17223/22253513/28/1

The consideration of problems of positive legal responsibility, the balance between negative legal responsibility and measures of protection, possibilities of use of religious and moral approach when examining various questions of the general theory of legal responsibility is based on the analysis of the textbook of V. V. Sorokin "The theory of legal responsibility". In particular, the present article supports the above author who is extremely negatively estimating positive legal responsibility which has no basis and states that it is impossible to define its legal nature and to distinguish it from the concepts "lawful behavior", "performance of duties" and a number of other critical remarks on this subject. The author is right, saying that it is time to eliminate the problem of so-called positive legal responsibility since it is groundless both theoretically and in practice. There is no positive legal responsibility because legal responsibility is always negative. Years-long appeals to develop the concept of positive legal responsibility, disclosing its peculiar legal content, were reduced to declarative statements, whereas, on the contrary, the in-depth study of the problems of social responsibility from the position of legal science inevitably leads to the conclusion that its positive aspect does not have signs, qualities and features of the legal phenomenon which is characterized by the relationship with the state and law. At the same time, the statements of the scientist that, with a sufficient degree of confidence, can constitute the subject of scientific discussions raise some doubts.

Firstly, it concerns the position of the scientist who unreasonably identifies measures of legal responsibility with measures of protection. We believe that, social legal purpose of restorative legal measures is to pay for damage caused by an offence (other actions) to legitimate interests and rights of the person. The statutory framework for restorative legal measures is formed by the so-called restorative legal sanctions by means of which the state protects a

normal development of public relations in a society by way of: legislative determination of the duty to pay for the harm to property, damage; cancellation of illegal acts and transactions; directions for the coercive measures taken by competent bodies for the realization of unperformed duties etc.

Secondly, the use of a religious and moral approach, which is idealistic by its nature. The author of the present article proves the statement that in this case it is an objectively subjective idealism since in his work V. V. Sorokin appeals either to the Lord or to the person and his inner, mental world. It is through the prism of this methodological approach that the author considers some problems of legal responsibility.

References

1. Sorokin, V.V. (2017) *Teoriya yuridicheskoy otvetstvennosti* [Theory of Legal Responsibility]. Barnaul: Altai State University.
2. Lyubashits, V.Ya., Smolenskiy, M.B. & Shepelev, V.I. (2006) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Rostov on Don: Feniks.
3. Astemirov, Z.A. (1979) Ponyatiye yuridicheskoy otvetstvennosti [The concept of legal liability]. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*. 6. pp. 59–67.
4. Matuzov, N.I. (1987) Sotsialisticheskaya demokratiya kak yedinstvo prav, obyazanostey i otvetstvennosti [Socialist democracy as a unity of rights, duties and liabilities]. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*. 11. pp. 135–143.
5. Lipinskiy, D.A. (2004) *Problemy yuridicheskoy otvetstvennosti* [Problems of Legal Responsibility]. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr “Press”.
6. Lipinskiy, D.A. & Bessolitsyn, A.G. (2013) On the Division of Protection and Measures of Legal Responsibility. *Sovremennoye pravo – The Modern Law*. 4. pp. 12–16. (In Russian).
7. Bondarev, A.S. (2008) Yuridicheskaya otvetstvennost' – pozitivnoye svoystvo sub'yektov prava [Legal liability is a positive feature of subjects of law]. *Pravovedeniye*. 1. pp. 133–144.
8. Malein, N.S. (1985) *Pravonarusheniye: ponyatiye, prichiny, otvetstvennost'* [Offense: concept, causes, liability]. Moscow: Yuridicheskaya literatura.
9. Khalfina, R.O. (1974) *Obshcheye ucheniye o pravootmoshenii* [General Doctrine of Legal Relations]. Moscow: Yuridicheskaya literatura.
10. Maltsev, V.V. (2000) Sotsial'naya otvetstvennost' lichnosti, ugolovnoye pravo i ugolovnaya otvetstvennost' [Social responsibility of the person, criminal law and criminal liability]. *Pravovedeniye*. 6. pp. 152–169.
11. Pyanov, N.A. (2010) *Konsul'tatsii po teorii gosudarstva i prava* [Consultations on the Theory of State and Law]. Irkutsk: Irkutsk State University.
12. Shaburov, A.S. (2007) Pravomernoye povedeniye. Pravonarusheniye. Yuridicheskaya otvetstvennost' [Lawful behaviour. Offense. Legal responsibility]. In: Perevalov, V.D. (ed.) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Norma. pp. 259–274.
13. Shepelev, V.I. (2006) Pravovoye povedeniye i yuridicheskaya otvetstvennost' [Legal behaviour and legal responsibility]. In: Lyubashits, V.Ya., Smolenskiy, M.B. & Shepelev V.I. *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Rostov on Don: Feniks. pp. 438–469.
14. Lazarev, V.V. & Lipen, S.V. (2010) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Yurayt.
15. Chernogor, N.N. (2006) O teoreticheskikh problemakh yuridicheskoy otvetstvennosti [On the theoretical problems of legal responsibility]. *Zhurnal rossiysskogo prava – Journal of Russian Law*. 5. pp. 105–109.
16. Leist, O.E. (1981) *Sanktsii i otvetstvennost' po sovetskomu pravu* [Sanctions and liability under Soviet law]. Moscow: Moscow State University.

17. Marchenko, M.N. (ed.) (1998) *Obshchaya teoriya gosudarstva i prava* [General Theory of State and Law]. Vol. 2. Moscow: Zertsalo.
18. Marchenko, M.N. (2008) *Problemy obshchey teorii gosudarstva i prava* [Problems of the General Theory of State and Law]. Vol. 2. Moscow: Prospekt.
19. Leist, O.E. (2002) Metodologicheskiye problemy yuridicheskoy otvetstvennosti [Methodological problems of legal responsibility]. In: Marchenko, M.N. (ed.) *Problemy teorii gosudarstva i prava* [Problems of the Theory of State and Law]. Moscow: Yurist. pp. 626–655.
20. Shaburov, A.S. (1992) *Politicheskiye i pravovyye aspekty sotsial'noy otvetstvennosti lichnosti* [Political and legal aspects of the social responsibility of the individual]. Abstract of Law Dr. Diss. Ekaterinburg.
21. Elionskiy, V.A. (1979) *Ugolovnoye nakazaniye i vospitaniye pozitivnoy otvetstvennosti lichnosti* [Criminal punishment and education of the positive responsibility of the individual]. Ryazan: Ryazan Higher School of the USSR Ministry of Internal Affairs.
22. Lipinskiy, D.A. & Shishkin, A.G. (2014) The subjective right and legal obligation as measures of positive legal responsibility. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 10. pp. 5–14. (In Russian).
23. Martyshin, O.V. (2017) *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Moscow: Prospekt.
24. Vinnichenko, O.Yu. & Popov, V.I. (2010) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Prospekt.
25. Bozhyev, V. (2004) Grazhdanskiy isk v ugolovnom protsesse [Civil lawsuit in the criminal trial]. *Zakonnost'*. 7. pp. 2–5.
26. Ryzhakov, A.P. (1999) *Vozmeshcheniye vreda, prichinnogo prestupleniyem* [Compensation for harm caused by a crime]. Moscow: Delo i servis.
27. Chervonyuk, V.I. (2006) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: INFRA-M.
28. Alekseyev, S.S. (1981) *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. Vol. 1. Moscow: Yuridicheskaya literatura.
29. Lipinskiy, D.A. (2004) Funktsii prava i funktsii yuridicheskoy otvetstvennosti [Functions of law and functions of legal responsibility]. *Pravovedeniye*. 3. pp. 144–155.
30. Vedyakhin, V.M. (2005) Mery zashchity kak pravovaya kategoriya [Protection measures as a legal category]. *Pravo i politika – Law and Politics*. 5. pp. 21–34.
31. Radko, T.N., Lazarev, V.V. & Morozova, L.A. (2012a) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Prospekt.
32. Shubina, T.B. (1998) *Teoreticheskiye problemy zashchity prava* [Theoretical problems of law protection]. Abstract of Law Cand. Diss. Samara.
33. Seregina, V.V. (1991) *Gosudarstvennoye prinuzhdeniye po sovetскому pravu* [State coercion under Soviet law]. Voronezh: Voronezh State University.
34. Sorokin, V.V. (2007) *Ponyatiye i sushchnost' prava v dukhovnoy kul'ture Rossii* [The concept and essence of law in Russian spiritual culture]. Moscow: Prospekt.
35. Martyshin, O.V. (ed.) (2007) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Norma.
36. Abdulayev, M.I. & Komarov, S.A. (2003) *Problemy teorii gosudarstva i prava* [Problems of the Theory of State and Law]. St. Petersburg: Piter.

УДК 340.312

DOI: 10.17223/22253513/28/2

Е.А. Куликов, Е.П. Суханова

ПРОБЛЕМА СООТНОШЕНИЯ СВЕТСКОЙ И ДУХОВНОЙ ВЛАСТИ В РАБОТАХ Н.Н. АЛЕКСЕЕВА

Предметом исследования выступают политико-правовые взгляды Н.Н. Алексеева на проблему отношения христианской мысли к государству, на соотношение христианства и идеи монархии, взгляды христианских мыслителей, представленные в первоисточниках, а также подходы к проблеме соотношения светской и духовной власти, имеющие место быть в отечественной историко-правовой литературе. Акцент делается на альтернативном характере взглядов Н.Н. Алексеева по отношению к традиционным направлениям русской правовой мысли.

Ключевые слова: евразийство, свобода вероисповедания, государство и церковь, государственный идеал, правовое государство.

На современном этапе развития российской правовой мысли вновь оживился интерес научного сообщества к евразийству как целостному социально-политическому мировоззрению, выступающему альтернативой как западническим (зародившимся и получившим развитие в политико-правовой идеологии стран Западной Европы) – либеральным и социалистическим, так и «почвенническим» (возникшим в рамках отечественной политико-правовой мысли, опиравшимся на наследие русской политико-правовой мысли) – славянофильским, «иосифлянским» и им подобным проектам. Это своего рода «третий путь» дальнейшего развития российской цивилизации, не вполне известный российскому обществу в широких кругах. Надо сказать, что в отличие от трудов И.А. Ильина, многократно переиздававшихся, в том числе в виде собрания сочинений, работы Н.Н. Алексеева издавались нерегулярно, почти не переиздавались, до сих пор не увидело свет собрание его сочинений, то же самое касается и других представителей евразийской политико-правовой мысли. Это обуславливает необходимость актуализации учения евразийства, в т.ч. и по вопросу о соотношении государства и церкви.

Деятельными участниками евразийского движения выступили Н.Н. Алексеев, Н.С. Трубецкой, Г.В. Вернадский, П.Н. Савицкий, П.П. Сувчинский, М.В. Шахматов, а также ученики и последователи «классических» евразийцев – Ю.Н. Рерих, Л.Н. Гумилёв, В.В. Кожин, А.В. Иванов, А.С. Панарин, Н.Н. Моисеев и др. Убедительные аргументы, приводимые А.В. Ивановым, не позволяют однозначно отнести к евразийцам А.Г. Дугина, труды которого далеко ушли от идеалов движения евразийства [1. С. 60–73]. Изначально симпатизировали евразийству, но затем покинули это движение Л.П. Карсавин и Г.В. Флоровский, послед-

ний, причем, в дальнейшем сделался активным противником движения. Однако то, что движение евразийства и по сегодняшней день находит своих сторонников в научной и философской среде, позволяет утверждать, что идеи евразийства живы, здравствуют и не утратили своего перспективного общественно-политического потенциала.

Видным представителем течения евразийства выступает государствовед и правовед Н.Н. Алексеев. В литературе он оценивается как главный теоретик евразийской модели государства, основанной на принципах, далеких как от марксистских, так и от либеральных или монархических идеалов [2. С. 625]. Исследование работ Н.Н. Алексеева позволяет утверждать, что он преимущественно опирается на труды христианских мыслителей, принадлежащих течению нестяжательства [3. С. 125]. Подобного рода основа, а также попытка синтетического, целостного осмысления истории государства российского и политико-правовой мысли России в ключе представлений о евразийском единстве нашей цивилизации позволяют рассматривать его государственно-правовую модель в качестве особого, альтернативного пути развития российской государственности [4. С. 116–146].

Альтернативность трактовки государственно-правовых проблем, даваемой Н.Н. Алексеевым, следует воспринимать в контексте русских революций 1905–1907 гг. и 1917 г., особенно исходя из Революции 1917 г. Эта революция, являясь переломным моментом отечественной истории, а также великой общенациональной трагедией, обнажила многие язвы и пороки социального строя Российской империи, общества и политической сферы, а также вскрыла идеологические несовершенства бытовавшего в тот период времени дискурса. В результате Гражданской войны у власти в стране оказались представители политического течения, придерживающегося марксистской версии социалистической политико-правовой мысли, сумевшие адаптировать это направление западноевропейской философии под отечественные реалии [5. С. 10]. При этом традиционная отечественная правовая мысль образовала так называемый эмигрантский сектор, во многом сохранив видение и трактовку сквозных вопросов российской политико-юридической идеологии. Речь идет об определенном качественном разделении мыслителей на «западников» и «почвенников», на сторонников реформ по западноевропейскому образцу и представителей консервативной правовой мысли, отстаивающих право России национальную самобытность в той или иной степени [6. С. 265]. И те и другие в результате Революции 1917 г. оказались вне властной системы Советской России и получили возможность проанализировать отечественный политико-правовой опыт как бы со стороны. Справедливости ради нужно отметить, что хотя такие мыслители, как И.Л. Солоневич или И.А. Ильин, и осуществили подобного рода рефлексии, но как явствует из анализа их политико-правовых работ, остались на тех же позициях, на которых основывалось дореволюционное охранительное направление отечественной мысли, методологическая установка сохранилась прежней: общая идея правильная, исполнение несовершенное, отсюда революционный взрыв, необходимо

было более глубокое охранение национально-патриотических устоев. Эту идею И.Л. Солоневич продвигает в работе «Народная монархия» [7. С. 35], у И.А. Ильина подобные идеи встречаются в религиозно-правовой работе «О сущности правосознания» [8. С. 151]. Представители либерального направления продолжали считать, что важнейшим фактором революции выступили недостаточная полнота и последовательность буржуазных реформ во второй половине XIX – начале XX в. [9. С. 386].

В рамках политико-правовой мысли Русского зарубежья существовали и направления, не относящиеся ни к западническому ни к почвенническому крылу, а имевшие самостоятельное идейно-методологическое содержание, например представители движения «сменовеховство» [Там же. С. 392]. Евразийство можно рассматривать в качестве родственного сменовеховству течения политико-правовой мысли, однако в то же время и самостоятельного, поскольку мыслители евразийского толка не воспринимали Советскую Россию как оптимальную данность, как реализованный государственный идеал, а предлагали пути преобразования этого нового государственного образования в форму организации российского общества, более адекватную тем геополитическим и социально-культурным условиям, в которых проживает российский евразийский суперэтнос (термин Л.Н. Гумилёва, активного последователя классического евразийства) [Там же. С. 45].

Евразийцы в своих трудах предлагали альтернативные проекты объяснения государственно-правовых и общесоциальных явлений и процессов, проходивших в дореволюционной России, приведших к великой революции, альтернативность их состоит в том, что происходит отказ от крайностей, от радикального взгляда «или-или» на проблему, от подмены подлинных проблем российского общества надуманными. Особо необходимо отметить фундаментальный труд одного из основателей евразийства кн. Н.С. Трубецкого «Взгляд на русскую историю не с Запада, а с Востока», в котором мыслитель продвигает тезис об определяющем влиянии на развитие российской государственности взаимодействия с народами Великой Степи, кочевниками, от которых Московское царство вынуждено было обороняться, перешло к наступательным действиям, постепенно сменяя Золотую Орду в качестве ведущей державы обширной степной зоны центра материка Евразия, и в период наивысшего развития Российской империи (2-я половина XIX в.) территориально практически совпало с империей Чингисхана [11. С. 48–53]. Применительно к проблеме соотношения светской и духовной сторон социально-политической жизни общества Н.Н. Алексеев, говорит, например, о необходимости нравственной и духовной обоснованности права, но не смешивает при этом право и мораль, право и религию [10. С. 114]. В общем, основная заслуга мыслителей евразийского направления состоит в том, на наш взгляд, что они, следуя восточной традиции, предпринимают попытку «лечения не конкретной болезни, а конкретного больного», т.е. они не применяют так называемые универсальные и общечеловеческие методы решения социальных проблем

(таких методов-то, по сути, и нет, которые бы подходили ко всем, XX век доказал мифологический характер общечеловеческих ценностей, их условность и толкование применительно к отдельно взятой ситуации), а анализируют содержание тех исторических, политических, культурных условий, в которых оказались народы, населявшие территорию Российской империи, отказываясь от предустановленных предпосылок и предрассудков в пользу объективности, всесторонности и полноты охвата проблемы (взгляд на историю России с Востока, цивилизационный подход, обращение к наследию нестяжателей в противовес иосифлянскому характеру государственной идеологии России периода империи и т.п.) и подбора оптимального и адекватного ее решения.

Н.Н. Алексеев здесь не исключение, его оригинальный подход, не утрачивший актуальности и в наши дни, проявляется во всех работах, но наиболее ярко в статьях, посвященных проблеме соотношения церкви и государства, христианской и ветхозаветной трактовке государства, а также вопросу отношения христианства к форме правления (эти статьи в литературе называют обычно «метафизическими»). Обращение Н.Н. Алексеева к наследию нестяжателей – это практически единственный случай в истории развития отечественной политико-правовой мысли дореволюционного периода. Течение нестяжателей, формулировавшее не соответствующие господствующей с XVI в. политико-правовой идеологии идеи, особенно в части соотношения государства и церкви, по понятным причинам, было непопулярно, а в дальнейшем и вовсе забыто, евразийцы в лице Н.Н. Алексеева возрождают наследие «заволжских старцев», ставшее актуальным после крушения империи, основанной преимущественно на политической идеологии оппонентов нестяжателей – иосифлянстве. Сейчас вновь поднимается вопрос о соотношении светской и духовной властей, сколько бы мы ни говорили о важной роли православия в истории России, о нравственных и духовных устоях, не нужно забывать, что в годы Революции 1917 г. и Гражданской войны острие массового террора народных низов направлено было и против священнослужителей и церкви. А это, в свою очередь, актуализирует и проблему меры взаимодействия светской и духовной властей. Определенный вариант решения этой проблемы, обоснованный ссылками на христианские догматы и исторические примеры, дает Н.Н. Алексеев.

Учению Н.Н. Алексеева, как, впрочем, и политико-правовой доктрине евразийства, посвящено немало работ. Б.В. Назмутдинов анализирует политико-правовые аспекты классического евразийства, выделяет характеристики государственного и правового идеала евразийцев, экстраполирует их на современную Россию [13. С. 121–127]. Однако почему-то ученый не затрагивает христианской трактовки государства в работах Н.Н. Алексеева, названных метафизическими, хотя они во многом носят программный характер и выступают основой для последующего труда «Русский народ и государство», о чем пишет и сам Н.Н. Алексеев. И.В. Борщ пишет о политико-правовом учении христианства в статьях Н.Н. Алексеева

[14. С. 103–113]. Подробно описывая взгляды Н.Н. Алексеева, ученый ограничивается простой их констатацией, и не проводит оценку этих взглядов. Необходимо отметить, что нам видится важной именно сама постановка вопроса об ином, нетрадиционном, нехарактерном для официальной государственной идеологии России дореволюционного периода отношении христианства к государству и к форме правления в этом государстве. Новизна нашего подхода состоит в том, что именно такой альтернативный характер восприятия и интерпретации Н.Н. Алексеевым христианской трактовки государства в статьях, получивших название в литературе «метафизические», и дальнейшее развитие высказанных в данных статьях идей в труде «Русский народ и государство» представляют научную ценность на современном этапе развития российского государства и общества для определения, в частности, меры сотрудничества государственной власти и отдельных традиционных конфессий.

Для раскрытия темы настоящей статьи нами использовались работы Н.Н. Алексеева, религиозные тексты христианского содержания (Библия, Толкование на Новый Завет блж. Феофилакта) в целях оценки позиции Н.Н. Алексеева в части христианского понимания государства, работы отдельных исследователей наследия евразийства, а также труды по истории политических и правовых учений И.А. Исаева и ряда других ученых-правоведов.

В метафизических работах Н.Н. Алексеев закладывает основные начала взвешенного понимания отечественной истории, соотношения государства и христианской религии, вообще христианской трактовки государства, отношения христианства, Библии к формам правления, в частности, к монархии, а также применяет эти начала к объяснению событий 1917 г. в России. О взвешенном понимании названных проблем свидетельствуют, в частности, обращение Н.Н. Алексеева к первоисточникам, признание права народа России на собственный исторический опыт, рассмотрение этого опыта не только в ключе взаимодействия с западной цивилизацией (европейской), но и с цивилизациями Востока – кочевыми империями, тюркскими и финноугорскими народами, их политико-правовым укладом.

Речь идет о двух статьях: «Идея земного града в христианском вероучении» и «Христианство и идея монархии», характеризующих метафизические взгляды Н.Н. Алексеева, а также о написанной на их основе весьма основательной работе «Русский народ и государство», где мыслитель рассматривает государственные идеалы широких народных масс и отдельных, маргинальных слоев населения, а также делает вывод на основе анализа этих идеалов о причинах Революции 1917 г. К сожалению, объем статьи не позволяет нам подробно рассмотреть положения последней работы Н.Н. Алексеева, ввиду чего ограничимся лишь анализом взглядов мыслителя, посвященных христианской трактовке государства.

Ключевую мысль статьи «Идея земного града в христианском вероучении» можно сформулировать следующим образом: если евангельское (а также апостольское) учение о государстве демонстрирует лояльность

к последнему, то ветхозаветное и апокалиптическое (в Откровении Иоанна Богослова, ряде пророческих книг Ветхого Завета) учение показывают обратное – демонстрирует скептическое и даже негативное отношение к государству. «Можно сказать, что политическая лояльность есть преимущественно элемент новозаветный, христианское же небезразличие к вопросам политики – элемент ветхозаветный, преимущественно развиваемый в Библии, в пророческих книгах и в апокалиптической литературе» [2. С. 21]. Дальнейшие рассуждения с опорой на текст Библии, произведенные Н.Н. Алексеевым, иллюстрируют данный тезис.

«Библейские предания изображают еврейский народ как народ, если исконно и не безгосударственный, то, во всяком случае, живущий в формах последовательно теократического строя. Им правит Егова, заместники его и пророки. Царская власть, по преданиям, не является учреждением, покоящимся на глубоких национальных основах. Она скорее имеет происхождение заимствованное и принадлежит к позднему периоду еврейской истории» [Там же. С. 23]. Далее Н.Н. Алексеев указывает, что первое упоминание о царе в священных текстах сопровождается кровавой историей братоубийства и соблазнением народа израильского возможными выгодами от единовластия. Речь идет о сыне судии Гедеона, Анимелехе. Все заканчивается тем, что единственный выживший брат Анимелеха, Иофам, в своей речи перед народом утверждает точку зрения, согласно которой поставить царство – это значит лишиться самых высоких святынь и благ, значит попасть в терния и у них искать защиты от палящего солнца, и в то же время «народ, возжаждавший царства, настолько разошелся с Богом, что он достоин возмездия – и только терния царствия могут быть наказанием ему» [Там же. С. 24]. И, в конечном счете, от учреждения царства больше всего терпит сам новоиспеченный царь – он гибнет от руки своего оруженосца, боясь позора от поражения [15. С. 241], а в Израиле восстанавливается прежний порядок.

В продолжение аргументации своей позиции Н.Н. Алексеев приводит историю «официального» учреждения царства у израильтян, когда они потребовали у судии Самуила, сыновья которого оказались недостойными, «царя как у всех прочих народов», т.е. у окружающих их язычников. Самуил же опечалился, но Бог сказал ему в утешенье, чтобы он послушал голоса народа, «ибо не тебя отвергли, а отвергли Меня, чтобы Я не царствовал над ними». Отсюда вытекает еще одно свидетельство, что установление царства есть отвержение Бога, согласно «концепции» Ветхого Завета. Конечный же приговор народу – «будете вы рабами вашего царя, и восстанете на него, и не будет Господь отвечать вам тогда» [2. С. 25]. «Безумен тот народ, который возжаждал царства, самое желание его уже есть великий грех, за которым последует тяжкая расплата» [Там же. С. 26], – пишет, завершая анализ этой истории Н.Н. Алексеев.

Системный анализ первоисточника (Ветхий Завет) позволяет согласиться с тезисом мыслителя, что кроме Давида и Соломона (да и то с большой натяжкой) можно насчитать всего трех-четырёх царей, о которых

сказано, что они делали угодное в очах Господних, остальные все творили только негодное, «подражая мерзостям народов, которых прогнал Господь». Именно в негодном поведении царей, отвративших народ израильский от путей Божьих, видели авторы книг Ветхого Завета и причину распада единого еврейского царства, последующего разгрома его частей и вавилонского пленения народа. Если же вести речь об идеальной для Ветхого Завета форме правления, то таковой, по мнению Н.Н. Алексеева, выступала теократия – непосредственное богоправление через священников, судей и пророков, где институт самостоятельной царской власти казался излишним и вредным [2. С. 27–28].

Особо же царская власть подвергается критике в пророческих книгах. Прежде всего, отмечает Н.Н. Алексеев, ветхозаветные пророки развенчивают идею царебожия и царепреклонения, показывая тварность и ничтожность царей перед величием Бога. «И возвеличивание этой тварности до пределов абсолютного считается не только делом греховным, но и жизненно нелепым <...> По воззрениям пророков, божественная воля не только разрушает троны тех, которые вообразили себя богами, но как бы существует некоторый общий закон, по которому всякая земная слава и всякое земное величие предначертаны особым, мистическим путем к развенчанию и разрушению», – пишет Н.Н. Алексеев, подытоживая оценку государственности, даваемую ветхозаветными пророками, и приводит ряд цитат из Библии, подтверждающих тезис о том, что для религиозно настроенного человека нельзя полагаться на государство, как нельзя полагаться и на человека [Там же. С. 29–31].

Эта линия во многом продолжается и возводится на новый уровень и в Новом Завете, многие положения которого прямо указывают на то, что Христос вообще призывает учеников не любить ничего мирского, хотя и жить в мире, но целью этой жизни делать проповедь Евангелия [15. С. 1120]. Однако Н.Н. Алексеев отмечает особую преемственность антигосударственного подхода с Ветхим Заветом в апокалиптической литературе. Суть этого подхода заключается в изображении государства в виде разного рода чудовищ, или же в виде истукана, сокрушенного христианской верой. Но самое главное, по мнению Н.Н. Алексеева, это то, что для апокалиптической традиции характерно развитие не теории прогресса, а теории регресса человечества, вся история государств – это история отпадения от Бога, или даже как один из эпизодов борьбы сатаны с Богом, и поражение государства как страшного зверя есть ни что иное, как последний акт борьбы Божества с демонами [2. С. 32–33].

«Если сконцентрировать взгляд на идею государства, как она представляется во всей апокалиптической литературе, – пишет Н.Н. Алексеев, – то нельзя не отметить следующие важнейшие черты, отличающие этот новый вариант направленного на государство религиозного скепсиса. 1) Нападение на государство приобретает здесь более определенный и резкий характер. Возможно, что причина этого лежит во внешних исторических событиях, во время которых написаны были все эти книги (начиная с II века до

Р.Х.). В это время как раз в окружении иудейского мира с особой силой обозначилась проповедь царебожества. И, несомненно, книги эти в значительной степени являются политической реакцией, возникшей в еврейском народе против языческого обожествления царей. Пророки, при всем их скепсисе по отношению к государству, считали еще возможным молиться за отдельных царей. В апокалипсической литературе мы не найдем уже этих молитв. Государство приобретает здесь все более и более страшный, чудовищный вид. Звериный лик государства – это любимый символ апокалипсиса... В этом смысле можно сказать, что апокалипсическую литературу прежде всего характеризует фанатический гнев против римской и вавилонской государственности. 2) У древних пророков земное государство в ряду других государств не представлялось еще членом некоторой целостной цепи. Языческие государства выступают друг подле друга, отдельно несвязанные общим историческим процессом. Иными словами, у древних пророков не было еще идеи философии истории как некоторого единства исторического развития государства. Но уже в изображении Даниила земные государства начинают выступать как бы связанными некоторыми общими судьбами. Страшные звери выходят последовательно один за другим, и в шестви их открывается общий исторический план. Не просто Бог израильский отдает то одному, то другому народу Израиль в наказание за его грехи, но народы шествуют за ним, и их страшный звериный путь есть путь мировой истории» [2. С. 31–32]. Так или иначе, но вся логика рассуждений Даниила сводится к тому, что все земные царства есть вещи рукотворные, человеком изобретенные, а потому и обреченные на сокрушение вечным царством Христа. Причем, Св. Писание христиан – Библия – не видит разницы между государствами, не выделяет каких-то особых богоизбранных государств, христианских государств, а вполне одинаково к ним ко всем относится. Н.Н. Алексеев просто имеет смелость сказать об этом, продолжая дело «заволжских» старцев, впервые в истории российской политической мысли поставивших вопрос об изначальной греховности любого государства и опасных соблазнах власти.

Довольно многое в вопросах о соотношении светской и духовной властей зависит от того, как именно мы воспринимаем первоисточник – или как свод непреложных правил, или как своего рода доктрину, мысли, мнения, которые в принципе могут быть изменены. Блестящий пример исторического подхода к христианской традиции дает И.А. Исаев, описывая определенные различия и даже противоречия, имеющие место быть между позицией Иисуса Христа, выраженной в Евангелиях, и позицией ап. Павла, содержащейся в его посланиях. Например, ученый отмечает: «В буберовской (М. Бубер. – *Е.К., Е.С.*) интерпретации “дела закона” по-разному понимались Христом, ап. Павлом и фарисеями. Иисус имел ввиду дела, в которых от исполнителя скрыт замысел Божий, фарисеи – дела, исполняемые без устремления сердца к Богу. Павел же считал, что при исполнении “дел закона” человек явно вводит себя в заблуждение, полагая, что тем самым зарабатывает оправдание и заслуги перед Богом: закон греха и смерти

вступает в противоречие с новым законом, законом жизни во Христе. Тем самым все прошлые «дела закона» оказываются вне сферы нового закона (Христа). Откровение, данное в законе, вошло туда из исторической традиции и предания и в нем раскрылось – так считают фарисеи. Иисус же считает откровением то, что было потенциальным и нераскрытым в историческом предании (откровении) и Слове, но ныне адекватно раскрывается как истина. У Павла откровение носит наиболее радикальный характер – оно стремится покончить с двусмысленностью старого откровения, данного в Слове с его двойственностью и внедренным в него «противозаконном» [16. С. 144–145].

Конечно, для верующего христианина любого ответвления этой мировой религии «Все Писание богодухновенно и полезно для научения, для обличения, для исправления, для наставления в праведности» (1Тим. 3:16), следовательно, в нем не может быть противоречий, а если мы таковые и наблюдаем, то это по слабости нашего ума. Однако это – вопрос веры, а не вопрос науки, и в решении конкретной научной задачи – определения отношения представителей религиозной традиции к феномену государства – он неприменим. Схоластическая догматика, преодолевающая такого рода противоречия в Библии путем толкования, во многом искусственного, известна и восточной, и западной церкви, но это скорее юрико-позитивистский подход, основывающийся также на догмате, имеющем экзегетическое происхождение: в законе есть ответ на любой вопрос, надо только уметь искать. Для историка же ничего страшного в том, что различные представители религиозной школы по-разному понимали некоторые вопросы вероисповедания, нет, его задача – проанализировать само это понимание и его эволюцию, выявить факты, а не утвердиться в догматах. Пример такого подхода к эволюции политико-правовых учений показывает И.А. Исаев в серии своих работ, посвященных скрытым аспектам политико-правовой мысли.

Н.Н. Алексеев, действуя как историк-правовед, вполне допускает эволюцию традиции восприятия государства и права даже в рамках Библии, он сохраняет такой контекстный подход и в дальнейшем. Мыслитель анализирует развитие оценки государства в трудах христианских мыслителей, начиная от Августина Аврелия и заканчивая протестантизмом, и приходит ко вполне обоснованному выводу, что Ветхому Завету и Апокалипсису соответствует именно доктрина царборчества [2. С. 34–44]. Далеко идущих богословских выводов Н.Н. Алексеев не делает, отдавая это на откуп читателю, но если руководствоваться первоисточником, то несложно заключить, что доктрина христианских государств в корне противоречит самому христианству: «Царство Мое не от мира сего; если бы от мира сего было Царство Мое, то служители Мои подвизались бы за Меня, чтобы Я не был предан иудеям; но ныне Царство Мое не отсюда» [15. С. 1156]. Заслуга как Н.Н. Алексеева, так и остальных евразийцев – говорить о том, о чем говорить не принято, представляя альтернативные господствующему мнению варианты ответов на исторически сложившиеся вопросы организации социально-политического бытия любого общества.

Н.Н. Алексеев, конечно же, не впервые в истории политико-правовой мысли рассматривает христианскую трактовку государства, мы об этом и не говорим. Новой, оригинальной и не характерной для отечественной политико-правовой традиции выступает расстановка мыслителем акцентов на отрицании христианством ценности государства и государственной власти, уживающемся в этом вероучении на признании за государством свойства хотя и «зла», но все же необходимого. В этом отношении позиция Н.Н. Алексева схожа с подходом его современника Н.А. Бердяева, представленным в изданной посмертно работе «Царство Духа и царство кесаря», который также делает вывод о том, что государство – это не просто необходимое зло, направленное на обеспечение минимального порядка в обществе, а зло, стремящееся к поглощению общества и человека, стремящееся стать тоталитарным и подчинить все сферы общественной жизни [17. С. 592–602]. Но, в отличие от Н.А. Бердяева, Н.Н. Алексеев больше углубляется не в религиозно-эсхатологическую проблематику, а переходит к более прикладным вопросам, следующим из которых оказывается вопрос об отношении христианства к форме правления.

Как раз как бы в продолжение рассмотренной статьи следует и другая работа Н.Н. Алексева – «Христианство и идея монархии». В истории государственно-правовых учений вследствие долгого господства «иосифлянства» устоялась точка зрения, что именно и единственно монархия обосновывается с точки зрения христианской религии как приемлемая и допустимая форма правления. Но, как выше мы уже отметили, Н.Н. Алексеев на основе Библии вполне аргументированно доказывает, что идея государства не просто чужда христианству, а что христианство враждебно идее государства, и рассматривает его, в лучшем случае, как необходимое зло. Как же тогда, с точки зрения христианства, оценивается, по мнению мыслителя, монархия?

Прежде всего, мыслитель констатирует тесную взаимосвязь монархии как формы правления и языческими верованиями разных народов, основанную на аксиоме отражения в земной жизни небесных процессов и культуре царебожества. Исторически именно в восточных деспотиях власть монарха объявлялась божественной, богоустановленной, или же сам монарх выступал как бог или как наместник бога на земле, как один из богов. И именно из традиции царебожества истекает и идея абсолютной монархии, «здесь, по мнению Н.Н. Алексева, берет начало воззрение, что истинный царь может быть и безнравственным, если он силен, всемогущ и грозен, как Демидург» [2. С. 49–51]. Такой правитель в ассириовавилонской и персидской традиции сочетает в себе и грозность, и беспредельную доброту, и определенное мессианство – «царь – спаситель народа, несущий миру новую судьбу».

Мыслитель продолжает рассуждения о том, что и представление об «отеческих и сыновних отношениях» проистекает из этого самого особого почитания царя, вовсе не изобретено русскими словосочетание «царь-батюшка», а подобного рода восприятие «характерно для всех восточных

монархий и иногда прямо применялось древними народами: фараон именовался отцом своих подданных, а последние были его детьми» [2. С. 52]. В дальнейшем, на заре эпохи эллинизма, при контактах античной цивилизации со странами востока культ царебожества, наряду с другими традициями, был воспринят и западной средиземноморской культурой, достигнув апогея в эпоху принципата и домината Римской империи. Но для христианства, отмечает Н.Н. Алексеев, это вообще не было характерно. Христос отрицает титул земного царя, вообще отвергает искушение царства, проповедуя Евангелие Царствия, но Царствия Небесного а не земного. И далее евразиец-правовед убедительно доказывает, что все учение Христа пропитано духом отречения от земных властных соблазнов [Там же. С. 53–55].

Однако Н.Н. Алексеев отрицает в христианстве и анархическое начало, отмечая, что Евангелие учит не безвластию, оно только не усматривает во власти самой по себе никакой безусловной ценности, только служение и жертва освящает, делает правомерной власть, принципиально христианство может принять и освятить ту власть, которая, применим современное выражение, не есть власть господская, но власть социального служения [Там же. С. 56]. Мыслитель далее указывает, что через проникновение в христианство языческих начал формируются представления о земном порядке как об определенной копии, отражения порядка небесного, однако в силу изначально греховной природы твари эта копия может быть и уродливой, извращенной, несовершенной, также христианство восприняло от языческой мудрости воззрение на мир как на великую монархию, однако же для христианства принципиально недопустимо было уподобление земного царя Богу [Там же. С. 56–57].

Н.Н. Алексеев делает вполне логичный вывод, согласующийся и с содержанием стихов 1–7 13-й главы Послания ап. Павла к римлянам. «Существуют государственные обязанности, исполнение которых не есть нечестие; таковые и следует исполнять, хотя бы они и были тяжелы. Но существуют требования государства, исполнение коих есть уже грех и нечестие, таковых и нельзя исполнять» [Там же. С. 58]. Примером такого требования, по мнению мыслителя, выступает требование о воздаянии кесарю божеских почестей.

Раннехристианское учение четко и принципиально отвергало все языческие представления о монархе: «одного Бога надлежит бояться» – это значит, что все предикаты царя, вытекающие из истории царебожества, отпадают как нечестивые. «Царь не страшен и не милостив – ибо таким может быть только один Бог; царь и не “батюшка”, ибо в некотором смысле только Богу принадлежит свойство быть “Отцом”. Царь, повторяем, – высшая должность, и честь царю, воздаваемая по закону, решительно отлична от отношения человека к верховному Существо или Богу» [Там же. С. 57–59].

В послании ап. Павла к римлянам говорится (гл. 13:1–7): «Всякая душа да будет покорна высшим властям, ибо нет власти не от Бога; существующие же власти от Бога установлены. Посему противящийся власти противится Божию установлению. А противящиеся сами навлекут на себя осуж-

дение. Ибо начальствующие страшны не для добрых дел, но для злых. Хочешь ли не бояться власти? Делай добро, и получишь похвалу от нее, ибо начальник есть Божий слуга, тебе на добро. Если же делаешь зло, бойся, ибо он не напрасно носит меч: он Божий слуга, отмститель в наказание делающему злое. И потому надобно повиноваться не только из страха наказания, но и по совести. Для сего вы и подати платите, ибо они Божии служители, сим самым постоянно занятые. Итак отдавайте всякому должное: кому подать, подать; кому оброк, оброк; кому страх, страх; кому честь, честь» [15. С. 1240]. Это высказывание показывает, какой власти нельзя противиться, а необходимо подчиняться. В толковании этого места делается акцент именно на том начальстве, которое наказывает за зло и поощряет за добро, и что от Бога начальство и власть вообще [18. С. 375–377].

«Если тем не менее христианская культура сохранила остатки божественного почитания кесарей, объясняется это прочностью языческих прежитков и рядом приспособлений, которые претерпело христианство, после того как стало официальной религией» [2. С. 59]. Вторую часть статьи Н.Н. Алексеев как раз и посвящает тем самым приспособлениям, исторически изменившим до неузнаваемости фундаментальное представление христианства о власти государственной. Византийский «цезарепапизм» как раз и выступил слиянием позднеримского кесарепочитания, характерного для Восточной империи, а также восточно-языческих образцов. «В то же время Московское государство было не только государством православным, но и государством восточным, и монархические традиции Востока внедрялись в него не окольным путем через Царьград, но непосредственно из азиатского мира» [Там же. С. 60]. С опорой на эти традиции и было сформировано Иосифом Волоцким и Филофеем «иосифлянское» учение о монархической власти, доведенное до апогея Иваном IV. Н.Н. Алексеев подробно и основательно рассматривает это учение в своей статье, отмечая, что в нем русской московской монархии были приданы все характерные черты восточной деспотии. Это же учение было заимствовано и монархистами рубежа XIX–XX вв., в частности Л.А. Тихомировым [19. С. 95]. «Нельзя не признать, что православный монархизм является несколько смягченным христианскими влияниями переводом древнеязыческой идеи на русский лад. По существу дела ничего специфически христианского в нем нет, но слагает его ряд свойственных всей древности настроений, которые в душе русского народа сохранились тогда, когда они уже исчезли из души народов западных» [2. С. 64].

Н.Н. Алексеев, в завершение статьи, дает парадоксальный ответ на вопрос о том, почему же монархизм считается политической формой, естественно связанной с христианством: «...по близости многих христианских народов, и в частности народа русского, к древнеязыческому миру» [Там же]. Это действительно парадокс: отсутствие содержательной взаимосвязи (взаимосвязи, опирающейся на фундамент учения, на его истоки, на его метафизическую, сверхчеловеческую, скалярную природу) с легкостью

заменяется взаимосвязью традиционной (привычной, принятой, удобной для того или иного периода времени или политической силы), а отсутствие знаний об одном из элементов системы (в данном случае – вытекающего из первоисточников отношения христианства к форме правления) в широких массах допускает само существование искаженного варианта этой системы (срастание государства и церкви, превращения церкви в элемент механизма государства, как это было в Российской империи до Революции 1917 г.) как вполне естественное. Евразийская доктрина на долгие годы стала «камнем преткновения и соблазна, предметом пререканий», Г.В. Флоровский даже ввел в оборот термин «евразийский соблазн» [21. С. 354–385]. Но если отбросить стремление сказать что-то новое любой ценой и «мессианские амбиции», что характерно, в частности, для В.В. Сорокина, позиционирующего себя представителем так называемого православного правопонимания [4. С. 167], то здравый смысл альтернативного подхода Н.Н. Алексеева становится очевидным. Заключается этот смысл в том, что в общественно-политической жизни нации необходимо соблюдать меру между духовной и светской сторонами, между государством и церковью, государством и идеологией, и эта мера должна быть обусловлена реальным состоянием народного правосознания.

Таким образом, в отличие от традиционных подходов к основным политико-правовым проблемам отечественного дискурса, Н.Н. Алексеев демонстрирует возможность переноса акцентов с несущественных и формальных вопросов (например, монархия или республика, «царство или демократия») на более существенные и содержательные (понимание государства как явления, не связанного с духовной сферой общественной жизни, важность не формы государства а его содержания, обеспечение государством реализации основных прав и свобод человека, и в частности, права на свободное духовное развитие и т.д.). Главное здесь то, что Н.Н. Алексеев показывает, что возможно и иное понимание проблемы соотношения светской и духовной властей и отношения христианства к идее монархии, не вытекающее напрямую из господствующей политико-правовой идеологии. Свообразие взглядов Н.Н. Алексеева (кстати сказать, он и не был «пожизненным» евразийцем, а примыкал к евразийству на ограниченный период времени своего творчества, и потом, после распада движения, от него отошел) вызывает и их неоднозначную оценку. То же самое можно сказать и об отношении к евразийству в целом. Однако в вопросе о соотношении светской и духовной властей, о роли религии в жизни государства и общества и о роли государства в религиозной жизни общества, не может быть крайних, радикальных ответов. Общественная жизнь как состояние непрерывного диалога, в том числе и диалога между государством и церковью, нуждается во вдумчивом и непредвзятом осмыслении, восприятии, для принятия каких-то социально значимых решений, и в этом вопросе неocenимую помощь могут оказать политико-правовые идеи евразийства.

Литература

1. Иванов А.В., Попков Ю.В., Тогашев Ю.А., Шишин М.Ю. Евразийство : ключевые идеи, ценности, политические приоритеты. Барнаул : Изд-во АГАУ 2007. 243 с.
2. Алексеев Н.Н. Русский народ и государство / сост. А. Дугин, Д. Тараторин. М. : Аграф, 2003. 635 с.
3. Преподобный Нил Сорский. Устав и послания / сост., пер., коммент., вступ. ст. Г.М. Прохорова. М. : Институт русской цивилизации, 2011. 240 с.
4. История правовых учений России : учеб. : в 3 т. Т. III: XX–XXI вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. М. : Юрлитинформ, 2014. 296 с.
5. Насыров Р.В. Россия и большевизм: к столетию Русской революции 1917 г. Барнаул : ИП Колмогоров И.А., 2017. 175 с.
6. Иванов А.В., Фотиева И.В., Шишин М.Ю. Скрижали метаистории : творцы и ступени духовно-экологической цивилизации. Барнаул : Изд-во АлтГТУ им. И.И. Ползунова; Изд-во Фонда «Алтай – 21 век», 2006. 640 с.
7. Солоневич И.Л. Народная монархия / отв. ред. О. Платонов. М. : Институт русской цивилизации, 2010. 624 с.
8. Ильин И.А. Собрание сочинений : в 10 т. сост. и коммент. Ю.Т. Лисицы. М. : Русская книга, 1994. Т. 4. 624 с.
9. Исаев И.А., Золотухина Н.М. История политических и правовых учений России : учеб. 2-изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2003. 415 с.
10. Гумилёв Л.Н. Конец и вновь начало. М. : АСТ : Астрель, 2010. 432 с.
11. Трубецкой Н.С. Наследие Чингисхана: Взгляд на русскую историю не с Запада, а с Востока. М. : Алгоритм : Эксмо, 2012. 336 с.
12. Алексеев Н.Н. Основы философии права / сост. А.П. Альбов, А.М. Величко, Д.В. Масленников, М.Б. Ревнова. СПб.: Изд-во СПб. ун-та, 1998. 218 с.
13. Назмутдинов Б.В. Законы из-за границы : Политико-правовые аспекты классического евразийства. М. : Норма, 2017. 272 с.
14. Борц И.В. Николай Алексеев как философ права. М. : Юрлитинформ, 2015. 168 с.
15. Библия. Книги Священного Писания Ветхого и Нового завета. М. : Российское библейское общество, 2001. 1500 с.
16. Исаев И.А. Избранные труды : в 4 т. М. : Проспект, 2015. Т. 1. 1072 с.
17. Бердяев Н.А. Дух и реальность. М. : АСТ : Астрель, 2011. 664 с.
18. Новый Завет с толкованием блаженного Феофилакта, архиепископа Болгарского, в трех книгах. Книга вторая. Барнаул : Азбука, 2003. 876 с.
19. Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. М. : ГУП «Облиздат», ТОО «Алир», 1998, 672 с.
20. Флоровский Г.В. Евразийский соблазн // Мир России – Евразия: Антология / сост. Л.И. Новикова, И.Н. Сиземская. М. : Высш. шк., 1995. 399 с.

Kulikov Egor A., Sukhanova Ekaterina P., Altai State University (Barnaul, Russian Federation)

PROBLEM OF CO-RELATION BETWEEN TEMPORAL AND SPIRITUAL POWER IN THE WRITINGS OF N.N. ALEKSEEV

Keywords: eurasianism, freedom of worship, state and church, state ideal, constitutional state.

DOI: 10.17223/22253513/28/2

The authors of the article analyze the works of the Eurasian jurist N.N. Alekseev that were named metaphysical ones owing to their substantial relation to the questions of interaction between state and church. Thus, the subject matter of the research covers political and legal views of N.N. Alekseev on the problem of the attitude of a Christian thought to the state,

on the co-relation between Christianity and the idea of the monarchy. Moreover, the views of Christian thinkers presented in the primary sources, the approaches to the problem of co-relation between temporal and spiritual power in national historical and legal literature are under consideration. As the research deals with the question relating to the history of political and legal doctrines, it relies on the principle of historicism, the historical and legal method and a comparative one.

The choice of sources for the work is based is stipulated by their relevancy to the subject of research and substantial interrelation with the questions of relationship of the state and church and with the doctrine of eurasianism. In particular, it is necessary to mention the works of scientists A.V. Ivanov and R.V. Nasyrov from the city of Barnaul in which they analyze various aspects of eurasianism as the political and legal doctrine as well as the problem of correlation between secular and spiritual authorities. The article points out an alternative character of the views of N.N. Alekseev in relation to the traditional directions of the Russian legal thought.

N.N. Alekseev claims that Christianity comprises the basis both of the loyal attitude to the state and law and their open rejection and states that Christianity is indifferent to the form of government. According to the authors of the article, the approach of N.N. Alekseev to the problem of co-relation between secular and spiritual authorities and to the attitude of Christianity to the form of government corresponds to the Christian dogma more than views of representatives of the so-called school of spiritual and moral foundations of law. This conclusion is supported by references to the works of Christian thinkers constituting the fundamental sources of dogma.

Alternativeness of the views of N.N. Alekseev means that he pays attention to the impossibility of using religious Christian postulates for justification of any government, and emphasizes an indifferent attitude of Christianity to the form of government. Besides the works of N.N. Alekseev, the article refers to the writings of such thinkers as L.N. Gumilyov, N.S. Trubetskoy, I.A. Ilyin and N.A. Berdyaev who considered similar problems. In conclusion, the authors propose the application of a weighed and thoughtful approach allowing supporting the balance between secular and spiritual authorities. To form such approach, political and legal views of Eurasian thinkers, and N.N. Alekseev, in particular, can give an invaluable help.

References

1. Ivanov, A.V., Popkov, Yu.V., Tyugashev, Yu.A. & Shishin, M.Yu. (2007) *Yevraziystvo: klyuchevyye idei, tsennosti, politicheskiye prioritety* [Eurasianism: key ideas, values, political priorities]. Barnaul: Altai State University.
2. Alekseyev, N.N. (2003) *Russkiy narod i gosudarstvo* [The Russian People and the State]. Moscow: Agraf.
3. The Monk Nil of Sorsky. (2011) *Ustav i poslaniya* [Charter and Messages]. Moscow: Institute of Russian Civilization.
4. Sorokin, V.V. & Vasilyev, A.A. (eds) (2014) *Istoriya pravovykh ucheniy Rossii* [History of the Russian Legal Doctrines]. Vol. 3. Moscow: Yurlitinform.
5. Nasyrov, R.V. (2017) *Rossiya i bol'shevizm: k stoletiyu russkoy revolyutsii 1917 g.* [Russia and Bolshevism: To the centenary of the Russian Revolution of 1917]. Barnaul: IP Kolmogorov I.A.
6. Ivanov, A.V., Fotiyeva, I.V. & Shishin, M.Yu. (2006) *Skrizhali metaistorii: tvortsy i stupeni dukhovno-ekologicheskoy tsivilizatsii* [Tables of Metahistory: Creators and steps of the spiritual and ecological civilization]. Barnaul: Altai State University.
7. Solonevich, I.L. (2010) *Narodnaya monarkhiya* [The People's Monarchy]. Moscow: Institute of Russian Civilization.

8. Ilin, I.A. (1994) *Sobraniye sochineniy: v 10 t.* [Collected Works: in 10 vols]. Vol. 4. Moscow: Russkaya kniga.
9. Isayev, I.A. & Zolotukhina, N.M. (2003) *Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy Rossii* [History of Russian Political and Legal Doctrines]. 2nd ed. Moscow: Yurist'.
10. Gumilev, L.N. (2010) *Konets i vnov' nachalo* [An End and a New Beginning]. Moscow: AST: ASTREL'.
11. Trubetskoy, N.S. (2012) *Naslediye Chingiskhana: Vzglyad na russkuyu istoriyu ne s Zapada, a s Vostoka* [The legacy of Genghis Khan: A glance at Russian history not from the West, but from the East]. Moscow: Algoritm: Eksmo.
12. Alekseyev, N.N. (1998) *Osnovy filosofii prava* [Fundamentals of Philosophy of Law]. St. Petersburg: St. Petersburg State University.
13. Nazmutdinov, B.V. (2017) *Zakony iz-za granitsy: Politiko-pravovyye aspekty klassicheskogo yevraziystva* [Laws from abroad: Political and legal aspects of classical Eurasianism]. Moscow: Norma.
14. Borshch, I.V. (2015) *Nikolay Alekseyev kak filosof prava* [Nikolay Alekseev as a Philosopher of Law]. Moscow: Yurlitinform.
15. *The Bible. Books of the Holy Scriptures of the Old and New Testaments.* Moscow: Rossiyskoye bibleyskoye obshchestvo. (In Russian).
16. Isayev, I.A. (2015) *Izbrannyye trudy: v 4 t.* [Selected Works: in 4 vols]. Vol. 1. Moscow: Prospekt.
17. Berdyayev, N.A. (2011) *Dukh i real'nost'* [Spirit and Reality]. Moscow: AST: Astrel'.
18. Theophylactus, Archbishop of Bulgaria. (2003) *Novyy Zavet s tolkovaniyem blazhennogo Feofilakta, arkhiyepiskopa Bolgarskogo, v trokh knigakh* [The New Testament with the interpretation of the blessed Theophylactus, Archbishop of Bulgaria, in three books]. Book 2. Barnaul: Azbuka.
19. Tikhomirov, L.A. (1998) *Monarkhicheskaya gosudarstvennost'* [Monarchical Statehood]. Moscow: Oblizdat, Alir.
20. Florovskiy, G.V. (1995) Yevraziyskiy soblazn [Eurasian temptation]. In: Novikova, L.I. & Sizemskaya, I.N. (eds) *Mir Rossii – Yevraziya* [The World of Russia – Eurasia]. Moscow: Vysshaya shkola.

ПРОБЛЕМЫ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

УДК 343.74

DOI: 10.17223/22253513/28/3

Л.В. Ведерникова

ПРИСВОЕНИЕ ВВЕРЕННОГО ИМУЩЕСТВА ПО СОВЕТСКОМУ УГОЛОВНОМУ УЛОЖЕНИЮ 1918 г.

Изучение истории законодательства, предусматривающего уголовную ответственность за присвоение или растрату вверенного имущества, показало, что в официальной историографии уголовного права создано не совсем верное представление о перечне источников уголовного права XX в. В связи с чем возникла необходимость уточнения этого вопроса.

Ключевые слова: *преемственность права, должностное присвоение имущества.*

Принято считать, что первыми источниками уголовного законодательства в советском государстве стали декреты и постановления СНК РСФСР. Однако исследователи российского уголовного законодательства зачастую обходят стороной тот факт, что в начале 1918 г. Наркомюстом РФ был принят «Свод законов русской революции. Часть пятая. Уголовное уложение» [1. С. 5] (далее по тексту – Уложение 1918 г.).

Таким образом, в официальной историографии уголовного права создано не совсем верное представление о перечне источников уголовного права того периода. До сих пор остается неизвестным обстоятельство, вступило ли Уложение 1918 г. в юридическую силу или нет, но на практике оно не применялось. Советские юристы и политики негативно высказывались относительно этого законодательного акта. Так, М.М. Исаев, пытаясь понизить статус документа, именуя его «Инструкцией местным и окружным народным судам о применении уголовных законов», отмечал, что работа является «мертворожденной» [2. С. 82]; Д.И. Курский в своих трудах назвал это попыткой «сочетать противоестественным браком пролетарскую демократию с буржуазной демократией» [3. С. 57–58]. Нарком юстиции РСФСР, соавтор Декрета о суде № 1, П.И. Стучка отмечал, что «пролетарская революция обязывает к творчеству», потому считал напрасным занятием из «обожженных листочков» старых законов «кроить» уложения русской революции вместо того, «чтобы творить действительно новые революционные законы» [4. С. 243].

Вероятно, такая оценка была дана потому, что основной состав Наркомюста занимали левые эсеры, а само Уложение 1918 г. было разработано на основе Уголовного уложения 1903 г. и призвано обеспечить преемственность в праве, что большевиками не могло не быть воспринято кри-

тически. К таким выводам приходят современные исследователи. Так, А.И. Чучаев отмечает, что «вопреки некоторым утверждениям правовой документ не утрачивает своего значения, даже если он остался “в статусе” проекта. Исключение из числа исторических источников Советского уголовного уложения из-за того, что оно не применялось на практике, приводит к искаженным представлениям по ряду наиболее принципиальных вопросов уголовной политики государства и уголовного права как отражение данной политики» [1. С. 6].

Несмотря на то что в основу Уложения 1918 г. была положена идея преемственности права, в частности Уголовного уложения 1903 г., нормы об ответственности за присвоение имущества претерпели в нем ряд изменений.

Уложение 1918 г. содержало раздел 5 «Преступления против имущественных прав», состоящий из семи глав. Глава 23 уложения именовалась «О необъявлении о находке, присвоении чужого имущества и злоупотреблении доверием» аналогично тому, как и в Уголовном уложении 1903 г. Заметим, что составы воровства, разбоя, вымогательства (гл. 24) и мошенничества (гл. 25) были по-прежнему отделены от понятия присвоения, а само по себе воровство определялось (ст. 260) как тайное или открытое похищение чужого движимого имущества, совершенное с целью его присвоения. Такая структура закона свидетельствовала о том, что присвоение имущества необходимо было понимать как преступление отличное от понятия похищения, имеющее самостоятельные признаки. А вот легального определения понятия присвоения Уложение 1918 г., в отличие от Уголовного уложения 1903 г., не содержало, не раскрывало оно и признаки «удержание вещи», «растрата». Статья 256 была сформулирована следующим образом: «...виновный в присвоении вверенного ему чужого движимого имущества наказывается...». Примечательно, что ответственность (в виде тройной суммы присвоенного) наступала и в случае совершения такого деяния «по легкомыслию».

В Уложении 1918 г. законодатель впервые в обобщенном виде сформулировал отдельно признаки «должностного присвоения», т.е. присвоения, совершенного лицом, использующим служебные полномочия в отношении вверенного имущества. При этом законодателю удалось сконструировать этот состав в одной статье нормативного акта, не прибегая к перечислению частных случаев совершения такого преступления, как это происходило в ранее принятых источниках права. Статья 257 Уложения гласила: «...обязанный по доверенности или иному законному полномочию, или по роду занятий или службы иметь попечение о чужом имуществе, виновный в присвоении вверенного ему имущества наказывается...». Обращает на себя внимание также и то, что в отличие от определения «простого» присвоения, данного в ст. 256, в ст. 257 специально не оговаривается предмет преступления. То есть законодатель, по-видимому, признавал, что при совершении «должностного присвоения» им могло быть как движимое, так и недвижимое имущество.

Исключением из этого правила явилось упоминание отдельно о присвоении опекуном «чужого движимого имущества, состоящего в его опекун-

ском заведывании». Следует отметить, что вызывает определенные сомнения необходимость формулирования этого запрета в отдельной статье Уложения (ст. 258). Более того, эта статья была посвящена ответственности не за присвоение, а за злоупотребление служебными полномочиями и его частному случаю – «злоупотребление учиненное опекуном во вред опекаемому». Возможно, причина такого законодательного решения кроется в стремлении отнестись к особой опасности такого преступного посягательства, поскольку санкция за подобного рода деяние содержала наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет (ответственность за «должностное присвоение» – не свыше пяти месяцев).

Уложение 1918 г. устанавливало также и запрет на присвоение «найденного клада», а также «найденного или забытого чужого имущества или пригильного скота, хозяин коих во время учинения присвоения был виновному известен» (ст. 255). Принципиальным отличием от ранее действовавшего уголовного закона явилось то, что «удержание, с целью обращения в свою собственность, или умышленная растрата найденного или забытого неизвестно кому принадлежащего имущества, неизвестно кому принадлежащего пригильного скота» (ст. 254) больше присвоением не именовалось. Таким образом, присвоением назывались лишь противоправные действия в отношении клада, забытых вещей, пригильного скота, известно кому принадлежащих. По-видимому, законодатель в Уложении 1918 г., в отличие от Уголовного уложения 1903 г., стремился показать, что термин «присвоение» можно употреблять лишь в случае невозвращения вещей, хозяин которых известен виновному, а также клада. Это, несомненно, сближало состав присвоения с похищением имущества, поскольку становилось понятно, что должен быть конкретный потерпевший от такого преступления. Что же касается невозвращения неизвестно кому принадлежащих вещей, то здесь законодатель допускает термины «удержание», «растрата», но исключает при этом термин «присвоение», что указывает и на то, что данные термины стали признаваться законодателем как неравнозначные. Само же по себе невозвращение найденного, связанное с «удержанием» или «растратой», законодатель, как представляется, рассматривает как частный, пусть и более опасный, случай «необъявления о находке» (ст. 253), не имеющий какого-либо отношения к собственно «присвоению вверенного имущества».

Таким образом, Уложение 1918 г. впервые в обобщенном виде сформулировало признаки присвоения вверенного имущества, совершенного лицом с использованием своего служебного положения, «вывело» из понятия «присвоение» противоправные действия в отношении неизвестно кому принадлежащих вещей, равно как и термины «удержание», «растрата» и приблизило его к понятию «похищение». Но, как было сказано выше, этот законодательный акт не был воспринят новой государственной властью; уголовное законодательство 1918–1922 гг. было представлено отдельными декретами, постановлениями, положениями, посвященными относительно-частным вопросам, требующим уголовно-правового регулиро-

вания. Уголовный кодекс 1922 г. также оставил без внимания те подходы к определению признаков присвоения вверенного имущества, которые были изложены в Уложении 1918 г. Первый советский Уголовный кодекс широко их определил, используя в описании объективной стороны преступления термины «растрата», «удержание вещи». Признаки «должностного присвоения», напротив, ограничил предметом преступления – деньги или иные ценности. Таким образом, идеи политически неугодного Уложения 1918 г. не были реализованы в законодательной практике 20-х гг.

Литература

1. *Советское уголовное уложение* (научный комментарий, текст, сравнительные таблицы) / Ю.В. Грачева, С.В. Маликов, А.И. Чучаев ; под ред. А.И. Чучаева. М. : Проспект, 2015. 303 с.
2. *Общая часть* Уголовного права РСФСР. Л. : Тоспориздат, 1925. 207 с.
3. *Курский Д.И.* Избранные статьи и речи. М. : Юрид. изд-во Министерства Юстиции СССР, 1948. 200 с.
4. *Стучка П.И.* Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига : Латв. гос. изд-во, 1964. 748 с.

Vedernikova Lyudmila V., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation)

Appropriation entrusted property according to the Soviet Criminal Code of 1918

Keywords: continuity of right, official appropriation of property.

DOI: 10.17223/22253513/28/3

The study of history of legislation providing for criminal liability for appropriation or embezzlement of entrusted property shows that there is no true picture of the list of criminal law sources of the XX century in the official historiography of criminal law. Thus, it is necessary to clarify this question. Decrees and resolutions of the Council of People's Commissars of RSFSR are considered the first sources of criminal legislation in the Soviet state. However, the researchers of Russian criminal legislation often shun the fact that at the beginning of 1918 the People's Commissariat of Justice adopted "The corpus of laws of the Russian revolution. Part five. Criminal Code". "It is still unknown whether the Code of 1918 came into legal force, but it was not put into practice. Soviet lawyers and politicians spoke about that legislative act negatively. Probably, such an assessment was given because left Socialists- Revolutionaries composed the membership of the People's Commissariat of Justice, and the Code of 1918 was developed on the basis of the Criminal Code of 1903 and was meant to provide continuity in law and the Bolsheviks could not do otherwise but apprehended it critically. However, despite the fact that the Criminal Code of 1918 (and Criminal Code of 1903 in particular) was based on the idea of continuity of law, the norms on responsibility for appropriation of property underwent a number of changes. For the first time the Code formulated general characteristics of appropriation of entrusted property made by the person using his official position, "brought" out of the concept "appropriation" illegal actions in the relation to unknown belongings, as well as the terms "deduction", "embezzlement" and brought it closer to the concept "stealing".

Nevertheless, that legislative act was not appreciated by a new government; the criminal legislation of 1918-1922 was submitted by separate decrees, resolutions and provisions devoted to the relative and private questions demanding criminal and legal regulation. The Criminal Code of 1922 also disregarded those approaches to definition of signs of appropriation of entrusted property that were stated in the Code of 1918. The first Soviet Criminal Code widely defined them, having used the terms "embezzlement", "retention of a thing" in the descrip-

tion of the objective aspect of crime. On the contrary, the characteristics of an "official appropriation" were limited by a crime subject - money or other values. Thus, the ideas of politically objectionable Code of 1918 were not realized in legislative practice of 1920s-era.

References

1. Chuchayev, A.I. (ed.) (2015) *Sovetskoye ugovnoye ulozheniye (nauchnyy kommentariy, tekst, sravnitel'nyye tablitsy)* [Soviet criminal code (commentary, text, comparative tables)]. Moscow: Prospekt.
2. Isaev, M.M. (ed.) (1925) *Obshchaya chast' Ugolvnogo prava RSFSR* [General Part of the Criminal Law of the RSFSR]. Leningrad: Tosporizdat.
3. Kurskiy, D.I. (1948) *Izbrannyye stat'i i rechi* [Selected articles and speeches]. Moscow: Ministry of Justice of the USSR.
4. Stuchka, P. (1964) *Izbrannyye proizvedeniya po marksistsko-leninskoy teorii prava* [Selected works on the Marxist-Leninist theory of law]. Riga: Latviyskoe gosudarstvennoe izdatelstvo.

УДК 343.74

DOI: 10.17223/22253513/28/4

А.А. Исаева

СВОБОДА РЕЛИГИИ В КИТАЕ И РОССИИ: СОВРЕМЕННЫЕ ПРАВОВЫЕ РАМКИ И СИСТЕМА ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ

Выделяются современные направления государственной политики в религиозной сфере Китая и России. В качестве одной из особенностей выделены государственные ограничения деятельности иностранных миссионеров и зарубежных религиозных организаций в Китае. Проводится критический анализ изменений российского законодательства, регулирующего статус религиозных объединений, и даются рекомендации по его совершенствованию.

Ключевые слова: светское государство, религиозные организации, конфессиональная политика, государственные ограничения, свобода совести.

Китай – страна с древней религиозной историей. Становление и развитие пяти основных религий, практикуемых сейчас в Китае, можно проследить на протяжении веков [1. С. 455, 462–464]. Даосизм, возникший в Китае, зародился как религия около 25–220 гг. н.э. в период династии Хань [2]. Буддизм пришел в страну из Индии в I в. и получил широкое распространение в Китае. Христианство появилось в Китае в VII в. н.э., а затем исчезло на сотни лет, пока вновь не возродилось к концу правления династии Мин в XVI веке. Появление ислама можно связать с миссией 651 г. н.э. Некоторые исследователи также считают, что конфуцианство следует рассматривать как своего рода религию [3].

В дополнение к вышеперечисленным религиям, в Китае также представлены некоторые религиозные меньшинства, которые известны в этой стране в течение уже более 400 лет. Некоторые из них имеют своих последователей и за пределами Китая (например, вера бахаи [4], мормоны, иудаизм [5], манихейство [6], зороастризм). Также есть последователи этнических китайских верований, такие как поклонение Небесам, религия Белого камня, Донгбаизм и Бон.

Согласно Конституции 1982 г. (ред. от 2004 г.), Китайская Народная Республика (КНР) провозглашается светской страной. Однако, как представлено выше, общество этой страны имеет весьма давние религиозные традиции. С одной стороны, там представлены разные религиозные верования, количество последователей которых только увеличивается. С другой стороны, государство осуществляет всесторонний контроль над реализацией свободы совести во всех ее формах, как единолично, так и сообща с другими, в том числе путем создания и деятельности религиозных организаций. Вводится целая система ограничений, которая не допускает свобод-

ное отправление культа и деятельность иностранных миссионеров и религиозных организаций, даже признанных религий.

Настоящая статья посвящена рассмотрению правовых рамок и государственных ограничений, касающиеся свободы религии, отправления культа и деятельности иностранных религиозных организаций в Китае. Исходя из анализа национальных законов и правил, можно заключить, что религиозная политика Китая направлена на недопущение свободной деятельности религиозных организаций новых и непризнанных верований.

Анализ законодательства и правоприменительной практики КНР может быть полезен для совершенствования российской правовой системы. Схожие китайским цели нормативного регулирования религиозной сферы ставятся и в современной России. При принятии Федерального закона РФ от 26.10.1997 № 125-ФЗ (ред. от 06.07.2016) «О свободе совести и о религиозных объединениях» [7] (далее Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях») 19 сентября 1997 г. на заседании Государственной Думы Российской Федерации председатель Думского комитета по делам общественных и религиозных организаций (и один из авторов указанного федерального закона) В. Зоркальцев выступил с заявлением перед голосованием по законопроекту, в котором указал на суть закона. «Она состоит в том, что закон создает барьер на пути религиозной экспансии в Россию, препятствует развитию тоталитарных сект, ограничивает действие иностранных миссионеров и при всем этом создает условия для деятельности наших традиционных религий и конфессий» [8]. В Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» неоднократно вносились изменения. В 2016 г. была внесена поправка, и в законе появилась новая глава III.1, регулирующая вопросы миссионерской деятельности в России. Однако цель нововведений не изменилась. Докладывая на заседании Совета Федерации о законопроекте [9], В.А. Озеров отмечал, что разработчики документа старались «поставить заслон для тех религиозных организаций, которые приезжают к нам в Россию и пытаются обратить наших граждан в свою веру» [10]. Исходя из этого, представляется, что анализ правовых рамок реализации свободы совести в Китае и использование положительного опыта этой страны позволят всесторонне рассмотреть вопросы реализации свободы совести и исключить из российского законодательства те положения, которые не преследуют демократических и обоснованных целей защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

Историки часто делят историю Китая на следующие большие периоды: древние династии (приблизительно 2205 г. до н.э. до 221 г. до н.э.); Имперская эра и появление современного Китая (221 г. до н.э. – 1911 г.); Республика Китай (1911–1949 гг.); и КНР (1949 г. – настоящее время) [11].

После создания КНР Коммунистическая партия Китая (КПК), которая контролировала правительство и определяла официальную позицию по

всем вопросам, приняла марксистско-ленинский подход по отношению к месту и роли религии. По словам Э. Колоднера, изучающего религию в Китае, марксистско-ленинская позиция заключается в том, чтобы рассматривать религию как продукт истории. Утверждается, что религия исчезнет «только тогда, когда социально-экономические и культурные условия улучшатся настолько, что люди больше не будут нуждаться в этом «опиуме»» [12. С. 465–467]. Э. Колоднер утверждал, что доминирование на государственном уровне марксистско-ленинской идеологии в Китае сыграет роль препятствия на пути свободы религии в стране, так как здесь в основе государственности лежат традиционные конфуцианские идеи, специфическая культура и взгляды [Там же. С. 463–464]. Также обращается внимание на то, что Китай можно рассматривать как традиционное общество с коллективной ответственностью человека как его члена. Здесь, в отличие от стран Западной Европы, нет акцента на личности и правах человека. Отмечается, что эта культурная особенность противоречит идее индивидуальной личной свободы, в том числе реализации свободы религии в той или иной форме [Там же. С. 466].

Однако когда была сформирована КНР, в Китае к установленным религиям относились терпимо, чтобы сохранить некоторые аспекты социального статус-кво. Китайское правительство признало пять традиционных религий – буддизм, даосизм, ислам, католицизм и протестантизм – и установило систему контроля над их институтами.

Некоторые религиозные и духовные группы сегодня запрещены законом. Сохраняется правительственный запрет на культ богини Гуаньинь, культ Фалуньгу и Чжун Гун (или упражнения дисциплины цигун). В качестве незаконной оценивается, например, деятельность «подпольной» церкви «Христианская церковь уезда Наньлэ» (англ. *Nanle County Christian Church*).

В свою очередь, пяти официально санкционированным религиям правительство предоставляет защиту через пять отдельных организаций: Ассоциацию буддистов Китая, Китайскую даосскую ассоциацию, Исламскую ассоциацию Китая, Протестантское Три-Сам Патриотическое Движение и Китайскую патриотическую католическую ассоциацию. Например, ст. 30 Постановления о религиозных вопросах, обнародованного Государственным советом 7 июля 2004 г., вступившего в силу 1 марта 2005 г. (ред. от 2017 г.) [13], предусматривает защиту прав религиозных организаций законно владеющих землей и использующих ее для религиозной деятельности. Однако, согласно положениям ст. 36 Конституции 1982 г. (ред. от 2004 г.), эта защита распространяется только на «нормальную религиозную деятельность», которая подлежит государственному контролю. Ранее оно осуществлялось через Государственное управление по делам религии КНР (англ. *State Council's Religious Affairs Bureau, SARA*). Однако в силу того, что в Китае была одобрена реформа Государственного совета, функции Государственного управления по делам религии были переданы Патриотическому единому фронту китайского народа (англ. *United Front Work*

Department, UFWD) (далее Единый фронт), что ставит религиозные организации под прямой партийный контроль. Понимание «нормальной религиозной деятельности» может быть раскрыто через анализ ст. 12 Постановления о религиозных вопросах, которая гласит, что коллективная религиозная деятельность граждан проводится в зарегистрированных местах (буддийских монастырях, даосских храмах, мечетях, церквях и других стационарных помещениях для религиозной деятельности), организованных работниками мест религиозной деятельности или религиозными организациями. Религиозной деятельностью руководят и проводят соответствующие мероприятия религиозные работники или другие лица, которые соответствующим образом определены согласно предписаниям той или иной религии. А сам процесс религиозной деятельности должен соответствовать религиозным доктринам и канонам. Как отмечает П. Поттер, свобода религиозных убеждений в этой стране является условной и должна соответствовать не только закону и соответствующему нормативному регулированию, но также подчиняться политике и указаниям правящей партии [14. С. 317, 325].

Начиная с принятия Китаем политики «Открытых дверей» в 1978 г., страна стала более открытой, терпимой к расширяющимся гражданским различиям и спорам, а также к уменьшению обязательной коллективной ортодоксальности [15. С. 1–34]. Даже там, где официально необходимо соблюдать ортодоксальность, де-факто существует некоторая терпимость к отличающейся от требуемой практике. Примером может служить рост движения «домашних церквей», где китайские христиане, которые предпочитают поклоняться за пределами контролируемых государством религиозных движений, начали встречаться в незарегистрированных местах на дому. И их число только увеличивается. Этот религиозный феномен допускается в определенной степени, но не поощряется. В то же время в Китае широкое распространение получили разнообразные новые религиозные движения. Большинство из них традиционные, остальные или совершенно новые для этой страны, или уже были известны до коммунистической революции в 1949 г. Однако эти религии хотя и получили распространение в Китае, но официально не признаются.

В настоящее время относительно количества верующих в Китае есть самые разные оценки. Согласно официальным данным Государственного управления по делам религий, насчитывается более 100 млн верующих [16], и, как представляется, это число быстро растет. В Китае также насчитывается более 300 тыс. священнослужителей, более 3 тыс. религиозных организаций и более 85 тыс. мест для религиозной деятельности. Однако многие эксперты считают, что официальные оценки недостаточно точны и не дают представления об общем количестве религиозных людей. По оценкам правительства Соединенных Штатов Америки, в стране насчитывается 657 млн верующих, в том числе 250 млн буддистов, 70 млн христиан, 25 млн мусульман, 301 млн представителей традиционных религий и 10 млн последователей других конфессий, включая даосизм (по данным на

июль 2010 г.) [17]. Согласно данным Еврейской виртуальной библиотеки за 2014 г., еврейское население страны составляет 2 500 человек. Голубая книга религий 2014 г., подготовленная Институтом мировых религий при Китайской академии общественных наук, исследовательским учреждением, находящимся непосредственно в Государственном совете, указывает, что число протестантов составляет от 23 до 40 млн человек [17].

Правительство Китая предпринимает попытки избежать социальной напряженности на религиозной основе. В 2017 г. были приняты широко обсуждаемые общественностью и представителями религиозных структур с 2016 г. изменения [18] в Постановлении от 30 ноября 2004 г. № 426 (ред. от 2017 г.) «О религиозных вопросах», вступающие в силу 1 февраля 2018 г. Новые положения делают акцент на религиозной и социальной гармонии, призывая к взаимному уважению между верующими и неверующими, а также между последователями различных религий (абз. 3 ст. 2 Положения). Оговаривается недопустимость провоцирования организациями и отдельными лицами конфликтов между религиями, внутри одной религии, между верующими и неверующими (абз. 4 ст. 4). Хотя есть мнение, что изменения в основном направлены на сдерживание роста исламского экстремизма и не будут в значительной степени влиять на христиан [19].

В Китае правовое положение религии и соответствующих организаций определяется актами различных органов и правительственных учреждений. Коммунистическая партия Китая диктует основные принципы такого регулирования и частично реализует установленную политику в соответствии с законами и административными правилами. В то же время Политическое бюро Центрального комитета выступает в роли центра, ответственного за реализацию утвержденной КПК политики. Отдел работы Патриотического единого фронта китайского народа формулирует и обеспечивает соблюдение политики в отношении религии в соответствии с общими директивами КПК. Специальным правительственным органом теперь является Единый фронт, который контролирует выполнение государственной политики, а департаменты общественной безопасности служат для обеспечения соблюдения требований в отношении религии.

Источниками правового регулирования статуса религии в Китае являются: Конституция 1982 г. (ред. от 2004 г.); законы, обнародованные Всекитайским собранием народных представителей или его Постоянным комитетом; административные регламенты, обнародованные Государственным советом, и правила различных министерств. Также Китай подписал Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. 5 октября 1998 г. Поэтому у страны есть международные обязательства по уважению и защите свободы религии.

Основополагающим актом является Конституция КНР (ред. от 2004 г.), которая защищает как свободу религии (ст. 36 Конституции КНР), так и устанавливает равенство политических прав граждан республики независимо от их отношения к религии (ст. 34 Конституции КНР). Статья 36

Конституции 1982 г. предусматривает, что «граждане Китайской Народной Республики имеют свободу вероисповедания.

Никакие государственные органы, общественные организации и отдельные лица не могут принудить граждан исповедовать или не исповедовать религию, не могут дискриминировать граждан за исповедание или неисповедание религии. Государство охраняет нормальное отправление религиозной деятельности. Никто не может использовать религию для нарушения общественного порядка, нанесения вреда здоровью граждан и в ущерб государственной системе образования. Религиозные организации и религиозные дела свободны от иностранного контроля» [20].

Защита свободы религии закреплена и в других законах. Статья 11 Закона КНР «О региональной национальной автономии» 1984 г. (ред. от 2001 г.) обеспечивает защиту свободы религии каждой этнической группы. Органы самоуправления этнических автономных районов гарантируют свободу религиозных убеждений граждан всех этнических групп. Ни один государственный орган, общественная организация или физическое лицо не могут заставить граждан исповедовать религию или нет, а также должны не допускать дискриминации в отношении верующих и нерелигиозных граждан. Государство защищает обычную религиозную деятельность. Никто не может использовать религию для нарушения общественного порядка, подрыва здоровья граждан и воспрепятствования деятельности государственной системы образования [21]. Соответствующие нормы содержатся, например, в Общих положениях гражданского права КНР 1986 г.; Законе КНР «Об образовании» 1995 г.; Законе КНР «О труде» 1995 г.; Законе КНР «Об обязательном образовании» 1986 г.; Законе КНР «О выборах во Всекитайское собрание народных представителей и в местные собрания народных представителей различных ступеней» 1979 г.; Законе КНР «Об организации комитетов сельского населения» 1998 г.; Законе КНР «О рекламе» 1995 г. и т.д. Эти акты защищают имущество религиозных организаций, закрепляют отделение религии от школы, устанавливают равные права на образование граждан с различным религиозным верованиями, гарантируют уважение обычаев и религиозных убеждений каждой этнической группы, закрепляют равные трудовые права вне зависимости от исповедуемой религии и защищают принцип недискриминации в отношении любой религии в рекламе. Также существуют два важных акта, которые особенно важны для иностранных религиозных организаций. Это Постановление Государственного совета КНР о религиозных вопросах 2004 г. (ред. от 2017 г.) и Правила того же органа по осуществлению «Положений об управлении религиозной деятельностью иностранцев в рамках территории Китайской Народной Республики» 2000 г.

Правовое регулирование в сфере свободы совести в Китае обладает рядом черт, основной из которых является подконтрольный характер религии. Правительство пытается управлять почти всеми аспектами религиозной деятельности с целью сохранения контроля над религиозными институтами и их сотруddниками.

Помимо этого основополагающего начала можно выделить несколько принципов политики Китая в отношении религии.

Во-первых, религию нельзя использовать в качестве инструмента для нарушения общественного порядка в стране (статья 36 Конституции КНР 1982 г. (ред. от 2004 г.)). Китайское правительство с подозрением относится к возможности установления иностранного господства в религиозной сфере среди населения страны из-за негативного исторического опыта XIX в. Лю Пэн отмечает, что социалистическая идеология Китая основана на противодействии империализму, в том числе в культурной и религиозной сферах. В Белой книге «Положение о свободе религии в Китае», выпущенной Государственным советом КНР 16 октября 1997 г., Правительство выразило свою озабоченность по поводу иностранных связей религиозных институтов. Указано, что политика самостоятельного управления религией является историческим выбором китайских верующих, сделанным в процессе длительной борьбы китайского народа с иностранными колонизаторами и империалистами, развязавшими агрессивные войны против Китая с целью поработить китайский народ. Лю Пэн также заявил, что Римско-католическая церковь и Протестантская церковь использовались в качестве инструментов западных империалистов и колонистов для вторжения в Китай. В Белой книге приводятся несколько примеров негативного влияния иностранных религиозных организаций и их миссионеров. В частности, контрабанда опиума некоторыми иностранными миссионерами; их помощь Альянсу восьми государств во время вторжения в 1900 г. объединенных войск Российской империи, США, Германской империи, Великобритании, Франции, Японской империи, Австро-Венгрии и Италии; участие в заговоре и разработке неравного Заключительного протокола, подписанного Китаем и указанными державами по завершении Международной освободительной экспедиции. Также отмечено несколько случаев с участием иностранных миссионеров, которые уклонились от китайского правосудия из-за их экстерриториальных юрисдикционных привилегий.

Во-вторых, правительство Китая управляет созданием, изменением статуса и лишением регистрации религиозных организаций. Это делается для обеспечения условий, когда религиозная деятельность не представляет угрозы общественному порядку и стабильности.

Согласно ст. 6 Постановления о религиозных вопросах 2004 г. (ред. от 2017 г.), религиозные организации рассматриваются как своего рода некоммерческие объединения и, следовательно, подпадают под действие Положения о регистрации и управлении социальными организациями от 25 октября 1998 г. Как правило, Министерство гражданской администрации КНР или местные органы власти соответствующей компетенции занимаются регистрацией религиозных организаций. Несмотря на то что формально учредители вправе довольно свободно ходатайствовать о регистрации, на практике процедура чрезвычайно сложна.

Регистрация любой религиозной организации требует одобрения со стороны государства, сейчас – Патриотического единого фронта китайско-

го народа, или на местном уровне – органом власти провинций, автономных районов и муниципалитетов соответствующей компетенции. Ранее на практике Государственное управление по делам религии КНР обычно не давало соответствующего одобрения. Это означало, что регистрация становилась маловероятной, если не невозможной. Пять признанных религиозных организаций являются исключениями, так как их представители являются членами Национального комитета Китайской народной политической консультативной конференции (англ. *National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference*, «CPPCC»). Согласно китайскому законодательству, любая ассоциация, если она является членом этой конференции, может требовать регистрации.

Одним из следствий этого является то, что религиозные меньшинства не могут зарегистрироваться в качестве религиозной организации для свободного отправления культа в Китае.

Согласно Закону КНР от 29 апреля 1999 г. «Об административном пересмотре», административное решение, в том числе решение об отказе на заявку о регистрации учреждения, подлежит рассмотрению соответствующим административным органом и, в соответствии с Законом КНР от 1 октября 1990 г. «Об административных процедурах», может быть оспорен в суде. Несмотря на эту возможность, до сих пор отказы в регистрации не оспаривались.

В тех случаях, когда предполагается, что религиозная организация будет осуществлять образовательную деятельность, заявление о регистрации должно быть подано национальной религиозной организацией в отдел по делам религии Государственного совета КНР. А если планируемая деятельность ограничивается территорией одной провинции, то документы подаются в провинциальный отдел по делам религии, если религиозный орган является лишь провинциальным.

В Российской Федерации, также как и в Китае, весьма детально урегулированы процедуры создания, изменения статуса и лишения регистрации религиозных организаций. Однако в нашей стране лица, желающие создать религиозную организацию, особенно одной из малоизвестных и новых религий, сталкиваются со значительными трудностями и необоснованными отказами в регистрации. Так, примером может послужить случай, который был рассмотрен Европейским Судом по правам человека (далее Суд). В деле «Саентологическая Церковь города Санкт-Петербурга и другие против Российской Федерации» [22] заявитель – группа граждан РФ, образованная в целях совместного изучения саентологии, обжаловала шестикратный отказ в регистрации их в качестве юридического лица в форме религиозной организации. При этом группа предоставила в уполномоченный орган вместе с заявлением о государственной регистрации документ, подтверждающий ее существование в течение как минимум 15 лет, а именно справку от 16 февраля 2002 г. Муниципального совета. Ее предоставление до изменений Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» 2015 г. являлось необходимым условием для

государственной регистрации религиозной организации. Российские власти последовательно отказали в регистрации, каждый раз указывая новые основания. Суд пришел к выводу, что ни одно из оснований отказа в регистрации не было основано на доступной и предсказуемой интерпретации национального законодательства. Поэтому единогласно был сделан вывод о том, что имело место нарушение ст. 9 Конвенции, интерпретированной в свете ст. 11 Конвенции, в связи с отказом в государственной регистрации религиозной организации (в шестой раз).

Из данного примера следует, что на законодательном уровне в России, хотя и с существенными ограничениями предоставляется возможность для государственной регистрации религиозных организаций, но на практике, даже при соблюдении всех условий, возможна ситуация, когда фактически реализовать соответствующее право невозможно из-за позиции российских властей, а зачастую предвзятого отношения к тому или иному вероисповеданию. В итоге организацию в Петербурге зарегистрировать так и не удалось, а Саентологическая церковь Москвы по решению Московского городского суда была ликвидирована. Суд в ноябре 2015 г. удовлетворил соответствующий иск Министерства юстиции РФ.

Таким образом, правовые ограничения в регистрации религиозных организаций России и Китая носят схожий характер. При формальном равенстве в доступе к государственной регистрации той или иной религиозной организации, на практике новые религиозные течения сталкиваются с трудностями в получении статуса юридического лица.

В-третьих, правительство Китая осуществляет надзор за местами, в рамках которых осуществляется религиозная деятельность. Строительство любого храма, церкви, монастыря или мечети подлежит утверждению отделом по вопросам религии народного правительства Китая на уровне округа (ст. 21 Постановления о религиозных вопросах 2004 г. (ред. от 2017 г.)). Контрольные процедуры начинаются с момента подготовки к созданию такого места. Разрешение на строительство необходимо получить до того, как начнется какая бы то ни была деятельность по возведению религиозного объекта. Отдел по вопросам религии народного правительства Китая вправе контролировать и проверять ход строительства, для того, чтобы все действия, проводимые на площадке, соответствовали законам и правилам КНР (ст. 27 Постановления о религиозных вопросах 2004 г. (ред. от 2017 г.)).

Однако в этой сфере вводятся свои ограничения. Так, репрессивные меры в отношении религии проявляются в практике снятия крестов с церквей, и разрушения самих церковных зданий органами государственной власти Китая. С точки зрения китайских чиновников, распространение религии носит чрезмерный и бессмысленный характер. В марте 2013 г. правительство Чжэцзян начало трехлетнюю кампанию «Три исправления и один снос», направленную на ликвидацию предположительно незаконно построенных храмов. Исполнительная Комиссия Конгресса США по вопросам Китая в своем заявлении 6 июня 2014 г. отметила, что эта про-

грамма противоречит международным нормам и китайским правилам, регулирующим религиозную сферу [23]. Американская христианская неправительственная организация «Китайская помощь» (англ. *China Aid*) задокументировала принудительный снос более 20 протестантских и католических церквей и удаление более 1 000 крестов за последние годы в провинции Чжэцзян [24].

В России нет системы специализированного контроля над местами, где осуществляется религиозная деятельность, как нет и специализированной системы предварительной регистрации таких объектов. Они вводятся в эксплуатацию на основе общих норм градостроительного и земельного права. Однако как следует из практики и докладов Уполномоченного по правам человека в РФ [25], верующие зачастую сталкиваются с трудностями при возведении религиозных объектов. Проблемы со строительством храмов чаще всего возникали у православных и мусульман, а решения властей по вопросу о возведении конкретных объектов зачастую складываются на основе мнения общественности. В случае с православными объектами трудности обусловлены неудачным выбором места строительства, что ущемляет интересы местных жителей. Например, в Москве 13 января 2018 г. состоялся митинг православных активистов в защиту строительства храма в Академическом районе. Местные жители и муниципальные депутаты, с одной стороны, выступили против строительства, указывая, что в районе уже действует один храм. С другой стороны, сами органы власти становятся инициаторами применения санкций в области строительства религиозных объектов. Так, Управление Федеральной службы судебных приставов по Свердловской области весь год добивалось сноса буддийского монастыря «Шад Тчуп Линг» под Качканаром, расположенного в санитарной зоне горно-обогатительного комбината. В то же время православную часовню, которую признали незаконной постройкой, чиновники потребовали не снести, а лишь оформить право собственности на нее. Соответствующий иск Комитет имущественных отношений Санкт-Петербурга подал в 2016 г. к Городской многопрофильной больнице № 2, которая в 2013 г. построила часовню на своей территории без разрешения властей.

Кроме того, Федеральным законом «О свободе совести и о религиозных объединениях» в ст. 16 определяется перечень мест, где богослужения, другие религиозные обряды и церемонии совершаются беспрепятственно. Это, например, культовые помещения, здания и сооружения, а также земельные участки, на которых расположены такие здания и сооружения и т.д.

В-четвертых, правительство Китая управляет персоналом религиозных организаций. Согласно гл. 5 Постановления о религиозных вопросах 2004 г. (ред. от 2017 г.), о любом назначении на должность или освобождении от должности в религиозной организации, а также о вакантности главного религиозного поста сообщается в Отдел по религиозным вопросам не ниже уровня округа.

В качестве положительной тенденции можно отметить, что согласно изменениям в Постановлении о религиозных вопросах 2004 г. (ред. от

2017 г.), вступающим в силу 1 февраля 2018 г., служители культа получили право на социальное обеспечение. Статья 39 устанавливает, что преподаватели религиозных учреждений имеют право на социальное обеспечение, а религиозные организации, религиозные учреждения и места религиозной деятельности в соответствии с установленными положениями оформляют социальное страхование религиозного персонала.

Таким образом, посредством прямого управления через специализированный государственный орган правительство осуществляет контроль за созданием религиозных объектов и деятельностью религиозных организаций с целью исключить их неправомерную деятельность. Подобные обстоятельства можно рассматривать как государственные ограничения свободы совести и свободы вероисповедания в стране и вмешательство во внутренние дела религиозных организаций.

История Китая и опыт деятельности иностранных держав в этой стране на протяжении XIX в., которые были отмечены угнетением, эксплуатацией и издевательствами, глубоко окрасил отношение китайского правительства к деятельности иностранцев и зарубежных организаций в современном Китае. После создания независимого суверенного КНР, правительство начало управлять религиозной сферой и деятельностью многих иностранных религиозных организаций.

В 2000 г. Государственное управление по делам религий КНР издало «Правила по реализации Положений о регулировании религиозной деятельности иностранных граждан на территории Китайской Народной Республики» (далее Правила). Это регулирование включает в себя ряд аспектов. Согласно указанным Правилам, иностранные религиозные деятели могут участвовать в богослужениях, проповедовать и излагать свои Священные Писания в законно зарегистрированных местах для религиозной деятельности (храмах, церквях, монастырях или мечетях). Однако это возможно только после того, как их пригласят китайские религиозные организации, которые признаны на уровне провинции, автономного района или муниципалитета, находящегося под прямым управлением центрального правительства (ст. 5, 6 Правил). Иностранцы, которые не признаются в качестве религиозного персонала, должны получить приглашение на уровне провинций, автономных районов или муниципалитетов, находящихся под прямым управлением центрального правительства, до того, как они смогут проповедовать и излагать Священные Писания на зарегистрированных местах.

На практике это означает, что любая иностранная религиозная организация, которая хочет вести религиозную деятельность в Китае, должна вступать в прочные взаимоотношения с контактной китайской религиозной организацией. Власти считают, что эти отношения считаются дружескими связями, формой культурного и академического обмена. Более того, с точки зрения государства, любая дружеская контактная деятельность между любыми религиозными организациями, за исключением тех, которые принадлежат к пяти официально признанным религиям (буддизм, дао-

сизм, христианство, ислам, католицизм), должна быть одобрена этим органом. С этой целью китайская контактная организация подает заявку в уполномоченный орган по делам религий КНР, которым теперь является Единый фронт. Если иностранная религиозная организация является легальной, не имеет никаких негативных показателей в своей родной стране и оценивается как дружественная к Китаю, то уполномоченный орган может предоставить разрешение. Хотя условия для разрешения являются разумными, сам факт существования разрешительной процедуры свидетельствует об определенном уровне государственного контроля за соответствующей деятельностью.

В России такого контроля не предусмотрено. Трудовая деятельность работников религиозных организаций регулируется по-разному. С одной стороны, в отношении нерелигиозного персонала действуют нормы российского законодательства о труде. Но даже в этом случае ст. 343 Трудового кодекса РФ оговаривает, что права и обязанности сторон трудового договора определяются с учетом особенностей, установленных внутренними установлениями религиозной организации, которые не должны противоречить Конституции РФ, Трудовому кодексу и иным федеральным законам. С другой стороны, религиозные организации вправе устанавливать в соответствии со своими внутренними установлениями условия деятельности священнослужителей и религиозного персонала, а также требования к ним, в том числе в части религиозного образования (ст. 24 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях»).

Важным аспектом деятельности религиозных организаций являются производство и распространение религиозных материалов и литературы. Иностранным религиозным организациям запрещается ввозить в Китай или импортировать их религиозные печатные материалы, аудиовизуальные продукты или другие предметы, если их количество превышает то, которое может считаться достаточным для разумного личного использования или если их содержание может создать угрозу национальной безопасности Китая и общественному интересу (ст. 12 Правил). Это означает, что иностранные миссионеры и другие воцерковленные люди не могут свободно распространять буклеты или брошюры в любой точке Китая, и что любая публикация, сделанная иностранной религиозной организацией, будет подвергаться цензуре.

Китайцы, выезжающие за рубеж для обучения или проведения обучения, должны квалифицироваться как религиозный персонал. К этой же категории должны относиться и те, кто высылает приглашения иностранцам приехать в Китай для обучения в религиозных учреждениях. Более того, всем им необходимо получить разрешение от национальных органов религиозных организаций, затем подать заявку в Единый фронт, который вправе ее утвердить и зарегистрировать. Преподавательская работа иностранцев в китайском религиозном учреждении осуществляется в соответствии с Мерами 1998 г. «Об использовании религиозными учреждениями иностранных специалистов».

Религии, религиозные идеи и учения зачастую распространяются благодаря деятельности миссионеров, вовлекающих новых последователей в свою веру. Однако китайское правительство приняло меры контроля и ограничения, особенно в отношении иностранных миссионеров. Так, следующие действия им могут быть запрещены:

(1) набор религиозного персонала из числа китайских граждан; (2) проповедовать и излагать Священные Писания в местах для осуществления религиозной деятельности без разрешения; (3) проповедовать и излагать Священные Писания или проводить религиозные мероприятия в местах, находящихся за пределами законно зарегистрированных мест для религиозной деятельности; (4) производство или продажа религиозных книг и журналов, религиозных аудиовизуальных продуктов, религиозных электронных товаров или других религиозных предметов; (5) распространение материалов религиозной пропаганды; (6) другие миссионерские действия (ст. 17 Правил).

Таким образом, хотя иностранная религиозная деятельность может быть разрешена, если она представлена как культурный или академический обмен, при условии, что она не рассматривается как представляющая угрозу для стабильности в Китае. В любом случае, иностранная религиозная деятельность подвержена значительному контролю со стороны государства.

В современном Китае, где весьма сильны ограничения религии, быстро растет число верующих. Религиозность оказывается на подъеме во многих секторах общества, заставляя китайских политических лидеров защищать свободу совести и свободу вероисповедания, а также переосмыслить роль религии, которая вносит свой вклад в строительство гармоничного общества [26]. Весьма вероятно, что этот религиозный подъем в настроениях китайского общества и расширение деятельности религиозных организаций создадут большое количество проблем китайскому правительству, в силу проводимой политики строгого управления всеми формами реализации свободы совести в стране. Как часть большой религиозной семьи всего мира, иностранные религиозные организации будут все больше взаимодействовать с китайскими верующими и религиозными организациями. Как китайское правительство, так и иностранные религиозные организации должны рассматривать и оценивать фактически складывающуюся ситуацию и попытаться найти способ рационального взаимодействия.

Китай – это огромная страна, основанная на принципе централизации, с самым большим населением в мире, а также давней историей. Принцип централизации определяет основные черты многих китайских законов. Чтобы поддерживать уровень контроля, который считается необходимым для обеспечения хорошей управляемости в обществе, иногда устанавливаются нормы, носящие репрессивный характер. Однако в качестве мер по совершенствованию сложившейся нормативной правовой основы деятельности религиозных организаций можно предложить следующие: расширение начал самоуправления и саморегулирования религиозными институ-

тами, поощрение законной благотворительной деятельности, совершенствование подготовки религиозных специалистов и повышение качества преподавателей и сотрудников религиозных институтов, исключение случаев коммерческого использования мест, предназначенных для религиозной деятельности, улучшение организации исламского хаджа, расширение возможностей для активного участия в международном религиозном обмене.

И Россия, и Китай строят свои взаимоотношения с религиозными институтами на основе светских принципов. Однако реализуемая модель государственно-церковных отношений в этих странах различна. К. Дурхам выделяет виды светских государств – *secularity* и *secularism*. Первый вид, реализуемый, например, в США, предполагает, что церковь и государство не противопоставляются друг другу, а оба института находятся на службе у человека. Второй вид, реализуемый, например, во Франции, основывается на идеологической позиции, направленной на продвижение светского порядка как самоцели. Религия вытесняется из публичной сферы и ограничивается частной жизнью людей [27. С. 359–389]. И если Россия больше тяготеет к построению кооперационной модели государственно-церковных отношений и созданию государства типа *secularity*, то китайское государство все четче можно определить как *secularism*.

Для поддержания стабильности и единства поликонфессиональных государств, таких как Россия и Китай, реализация свободы совести и свободы вероисповедания в различных ее формах может сопровождаться ограничениями. Однако они не должны носить произвольный и чрезмерный характер. Все ограничения должны быть предусмотрены законом, быть необходимыми в обществе и иметь законную цель (а именно устанавливаться в интересах национальной безопасности и общественного порядка, для предотвращения беспорядков и преступлений, охраны здоровья и свобод других лиц).

В противном случае, нельзя говорить о строительстве подлинно правового государства, как это провозглашается в ст. 1 Конституции РФ и ст. 5 Конституции КНР, что в итоге приведет к разрушению государственности и дестабилизации гражданского мира. Поэтому с учетом китайского опыта в России необходимы системные изменения действующего законодательства в сфере реализации свободы совести и статуса религиозных объединений. Совершенствованию подлежит легальная классификация коллективных форм отправления культа, важно создать равные возможности для деятельности религиозных объединений любой религии, исключить дифференцированный подход к представителям отдельных, особенно новых для России религий, и не допускать прямого и косвенного финансирования отдельных организаций. Особого внимания требует система образования, в рамках которого нужно запретить элементы воцерковления. Такие меры необходимы для формирования подлинно светского и стабильного в своем развитии государства.

Литература

1. Васильев Л.С. Культы, религии, традиции в Китае. М. : Восточная литература, 2001.
2. Цзянь В., Горобец Л.А. Даосизм в современном Китае. СПб. : Петербургское востоковедение, 2005. 156 с.
3. Dillon M. Religious minorities and China. London : Minority Rights Group International, 2001. 32 p.
4. Hassall G. Baha'i Country Notes: China. History of the Baha'i community in China. URL: https://bahai-library.com/hassall_notes_china (дата обращения: 15.03.2018).
5. Xin X. The Jews of Kaifeng China: History, Culture and Religion. Jersey City, NJ: KTAV Publishing House, 2003. 197 p.
6. Lieu, Samuel N.C. Manichaeism in Central Asia and China. Leiden; New York; Köln; Brill : Brill Academic Publ., 1998. 258 p.
7. О свободе совести и о религиозных объединениях: Федеральный закон РФ от 26.10.1997 № 125-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 29.09.1997. № 39. Ст. 4465.
8. The European Court of Human Rights. Judgment of 1 October 2009. Kimlya and Others v. Russia, Applications nos. 76836/01, 32782/03. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94565> (дата обращения 15.03.2018).
9. Законопроект № 1039149-6 «О внесении изменений в Федеральный закон “О противодействии терроризму” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности». URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=1039149-6&02> (дата обращения: 15.03.2018).
10. Стенограмма 396 заседания Совета Федерации. URL: <http://www.council.gov.ru/activity/meetings/69433/transcript/> (дата обращения: 15.03.2018).
11. Worden Robert L., Matles Savada A., Ronald Dolan E. China: a country study. Washington, D.C. : Federal Research Division, Library of Congress, 1988. 788 p.
12. Kolodner E. Religious Rights in China: A Comparison of International Human Rights Law and Chinese Domestic Legislation // Human Rights Quarterly. 1994. № 3. P. 407–430.
13. 宗教事务条例. URL: http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-09/07/content_5223282.htm (дата обращения: 15.03.2018).
14. Pitman Potter B. Belief in Control: Regulation of Religion in China // The China Quarterly. 2003. № 174. P. 317–337.
15. Wye V., Xiong P. The Relationship Between Mediation and Judicial Proceedings in China // Asian Journal of Comparative Law. 2011. Vol. 6.
16. 中国宗教概况. 国家宗教事务局. URL: <http://www.sara.gov.cn/old/zwgk/17839.htm> (дата обращения 15.03.2018).
17. China. International Religious Freedom Report for 2016. U.S. Department of State. URL: <https://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper> (дата обращения: 15.03.2018).
18. 中华人民共和国国务院令 第686号. URL: http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-09/07/content_5223282.htm (дата обращения: 15.03.2018).
19. China passes new religious regulations 'to prevent extremism'. URL: <https://www.worldwatchmonitor.org/2017/09/china-passes-new-religious-regulations-prevent-extremism/> (дата обращения: 15.03.2018).
20. Конституция КНР 1982 года (ред. от 2004 года). Chinalaw.Center. URL: http://http://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2004_russian/ (дата обращения: 15.03.2018).

21. 中华人民共和国民族区域自治法, принятый 31 мая 1984 года, вступивший в силу 1 октября 1984 года. URL: <http://www.china.org.cn/english/government/207138.htm> (дата обращения: 15.03.2018).

22. *The European Court of Human Rights. Judgment of 2 October 2014. Church of Scientology of St Petersburg and Others v. Russia, Application no. 47191/06.* URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146703> (дата обращения: 15.03.2018).

23. *The United States' Congressional-Executive Commission on China. Zhejiang Government Launches Demolition Campaign, Targets Christian Churches.* URL: <http://www.cecc.gov/publications/commission-analysis/zhejiang-government-launches-demolition-campaign-targets-christian> (дата обращения: 15.03.2018).

24. *Cross burns as officials attempt to remove it.* URL: <http://www.chinaaid.org/2017/09/cross-burns-as-officials-attempt-to.html> (дата обращения: 15.03.2018).

25. Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2016 год // Российская газета. 2017. № 7270 (104).

26. *National Human Rights Action Plan of China (2016-2020).* URL: http://english.gov.cn/archive/publications/2016/09/29/content_281475454482622.htm (дата обращения: 15.03.2018).

27. *W. Cole Durham, Jr. Religious Freedom in a Worldwide Setting: Comparative Reflections* // Pontificia Accademia delle scienze sociali. Plenary Session (17th: 2011: Vatican City).

Isaeva Anastasia A., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation)

FREEDOM OF RELIGION IN CHINA AND IN RUSSIA: MODERN LEGAL FRAMEWORK AND THE SYSTEM OF STATE RESTRICTIONS

Keywords: secular state, religious organizations, confessional policy, state restrictions, freedom of worship.

DOI: 10.17223/22253513/28/4

According to the Constitution of 1982 (amended in 2004), People's Republic of China (PRC) is proclaimed a secular country. However, the society in this state has very long religious traditions. There are different religious beliefs there with an increasing number of followers. This makes the bodies of public power contact with various religious institutes.

Having analyzed national laws and rules, it is possible to conclude that a religious policy of China is aimed at the prevention of free activity of religious organizations of new and unrecognized beliefs. The similar purposes of legal regulation were established in Russia at adoption of the Federal law Russian Federation of 26.10.1997 No. 125-FZ (an edition of 06.07.2016) "About freedom of worship and about religious associations" and its subsequent changes that enables us to take into account a positive experience of China.

Legal regulation in the sphere of freedom of worship in China has a number of features and a controlled character of religion is the main of them. Besides this fundamental beginning, it is possible to point out several principles of Chinese policy in the sphere under consideration. Religion cannot be used as the tool for a disorderly conduct in the country. Moreover, the government of the PRC can create, change the status and un-register religious organizations; it exercises supervision of places within which religious activity is carried out. It is necessary to get a construction license before any activities for construction of a religious object begin. Moreover, the government of China operates personnel of the religious organizations. Any information about the appointment to the post or dismissal in the religious organization, as well as about the vacancy of the main religious post is reported to a public authority.

Taking into account a negative experience of activity of foreign powers in China throughout the 19th century noted by oppression, operation and mockeries, the Chinese government is suspicious about the activity of foreign missionaries and foreign organizations in the country.

Any foreign religious organization, which wants to conduct religious activity in the PRC, has to enter strong relationship with the contact Chinese religious organization.

Russia and China build their relationship with religious institutes on the basis of secular principles. However, in each country restrictions for realization of freedom of worship and freedom of worship are set. Often they have an arbitrary and excessive character. This complicates the construction of a truly constitutional state as it is proclaimed in Article 1 of the Constitution of the Russian Federation and Article 5 of the Constitution of the People's Republic of China and will result in the destruction of statehood and destabilization of the civil world.

References

1. Vasilyev, L.S. (2001) *Kul'ty, religii, traditsii v Kitaye* [Cults, religions, traditions in China]. Moscow: Vostochnaya literatura.
2. Jian, V. & Gorobets, L.A. (2005) *Daosizm v sovremennom Kitaye* [Taoism in modern China]. St. Petersburg: Peterburgskoye vostokovedeniye.
3. Dillon, M. (2001) *Religious minorities and China*. London: Minority Rights Group International.
4. Hassall, G. (n.d.) *Baha'i Country Notes: China. History of the Baha'i community in China*. [Online] Available from: https://bahai-library.com/hassall_notes_china. (Accessed: 15th March 2018).
5. Xin, X. (2003) *The Jews of Kaifeng China: History, Culture and Religion*. Jersey City, New Jersey: KTAV Publishing House.
6. Lieu, S.N.C. (1998) *Manichaeism in Central Asia and China*. Leiden; New York; Köln: Brill: Brill Academic Pub.
7. Russian Federation. (1997) O svobode sovesti i o religioznykh ob'yedineniyakh : Federal'nyy zakon RF ot 26.10.1997 № 125-FZ [On Freedom of Conscience and on Religious Associations: Federal Law No. 125-FZ of October 26, 1997]. *Sobraniye zakonodatel'stva RF – Legislation Bulletin of the Russian Federation*. 29th September. Art. 4465.
8. The European Court of Human Rights. (2009) *Judgment of October 1, 2009. Kimiya and Others v. Russia, Applications nos. 76836/01, 32782/03*. [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94565>. (Accessed: 15th March 2018).
9. Russian Federation. (n.d.) *Draft Law No. 1039149-6 On Amendments to the Federal Law On Counteracting Terrorism and certain legislative acts of the Russian Federation with regard to the establishment of additional measures to counter terrorism and ensure public safety*. [Online] Available from: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=1039149-6&02>. (Accessed: 15th March 2018). (In Russian).
10. Federation Council. (2016) *Stenogramma 396 zasedaniya Soveta Federatsii* [Transcript of Meeting 396 of the Federation Council]. [Online] Available from: <http://www.council.gov.ru/activity/meetings/69433/transcript/>. (Accessed: 15th March 2018).
11. Worden, R.L., Savada, A.M. & Dolan, R.E. (1988) *China: a country study*. Washington, D.C.: Federal Research Division, Library of Congress.
12. Kolodner, E. (1994) Religious Rights in China: A Comparison of International Human Rights Law and Chinese Domestic Legislation. *Human Rights Quarterly*. 3. pp. 407–430.
13. China. (n.d.) *Zhōng guó zōng jiào shì wù tiáo lì*. [Online] Available from: http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-09/07/content_5223_282.htm. (Accessed: 15th March 2018).
14. Potter, P.B. (2003) Belief in Control: Regulation of Religion in China. *The China Quarterly*. 174. pp. 317–337. DOI: 10.1017/S0009443903000202
15. Waye, V. & Xiong, P. (2011) The Relationship Between Mediation and Judicial Proceedings in China. *Asian Journal of Comparative Law*. 6. DOI: 10.1017/S2194607800000466
16. China. (n.d.) *Zhōng guó zōng jiào gài kuàng. guó jiā zōng jiào shì wù jú*. [Online] Available from: <http://www.sara.gov.cn/old/zwgf/17839.htm>. (Accessed: 15th March 2018).

17. U.S. Department of State. (2016) *China. International Religious Freedom Report for 2016*. [Online] Available from: <https://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper>. (Accessed: 15th March 2018).
18. China. (n.d.) *Zhōng huá rén mín gòng hé guó guó wù yuàn líng dì686hào*. [Online] Available from: http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-09/07/content_5223282.htm. (Accessed: 15th March 2018).
19. Worldwatchmonitor.org. (2017) *China passes new religious regulations 'to prevent extremism'*. [Online] Available from: <https://www.worldwatchmonitor.org/2017/09/china-passes-new-religious-regulations-prevent-extremism/>. (Accessed: 15th March 2018).
20. Chinalaw.Center. (n.d.) *Konstitutsiya KNR 1982 goda (red. ot 2004 goda)* [Constitution of the PRC in 1982 (amended as of 2004)]. [Online] Available from: http://http://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2004_russian/. (Accessed: 15th March 2018).
21. China. (1984) *Zhōng huá rén mín gòng hé guó mǐn zú qū yù zì zhì fǎ*. [Online] Available from: <http://www.china.org.cn/english/government/207138.htm>. (Accessed: 15th March 2018).
22. The European Court of Human Rights. (2014) *Judgment of 2 October 2014. Church of Scientology of St Petersburg and Others v. Russia, Application no. 47191/06*. [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146703>. (Accessed: 15th March 2018).
23. The United States' Congressional-Executive Commission on China. (n.d.) *Zhejiang Government Launches Demolition Campaign, Targets Christian Churches*. [Online] Available from: <http://www.cecc.gov/publications/commission-analysis/zhejiang-government-launches-demolition-campaign-targets-christian>. (Accessed: 15th March 2018).
24. Chinaaid.org. (2017) *Cross burns as officials attempt to remove it*. [Online] Available from: <http://www.chinaaid.org/2017/09/cross-burns-as-officials-attempt-to.html>. (Accessed: 15th March 2018).
25. *Rossiyskaya gazeta*. (2017) *Doklad o deyatelnosti Upolnomochennogo po pravam cheloveka v Rossiyskoy Federatsii za 2016 god* [Report on the activities of the Ombudsman for Human Rights in the Russian Federation for 2016]. 7270 (104).
26. The State Council of the People's Republic of China. (2016) *National Human Rights Action Plan of China (2016–2020)*. [Online] Available from: http://english.gov.cn/archive/publications/2016/09/29/content_281475454482622.htm. (Accessed: 15th March 2018).
27. Durham, Jr. W.C. (2011) *Religious Freedom in a Worldwide Setting: Comparative Reflections. Pontificia Accademia delle scienze sociali*. Plenary Session (17th: 2011: Vatican City).

УДК 343.8

DOI: 10.17223/22253513/28/5

Ю.А. Кашуба, Т.С. Хван

ПЕРЕВОДЧИК КАК ИНОЙ УЧАСТНИК УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

В уголовно-исполнительном законодательстве предусмотрено право пользования услугами переводчика, как осужденным, так и учреждением или органом, исполняющим наказание. Рассматриваются возможные случаи привлечения переводчика как иного участника уголовно-исполнительных правоотношений. Проанализирован российский и зарубежный опыт привлечения переводчиков для участия в уголовном судопроизводстве и определены допустимые лица для использования в качестве переводчика как иного участника уголовно-исполнительных правоотношений.

Ключевые слова: осужденные, иностранцы, переводчик, право на родной язык.

Одной из задач уголовно-исполнительного законодательства являются охрана прав, свобод и законных интересов осужденных, оказание им помощи в социальной адаптации в период отбывания наказания (ч. 2 ст. 1 УИК РФ).

В наихудшем положении находятся осужденные – иностранные граждане и лица без гражданства, а иногда и осужденные – граждане РФ, не владеющие или недостаточно владеющие языком. На международном уровне уже давно к социально уязвимой категории осужденных относят осужденных – иностранных граждан и лиц без гражданства.

Право пользования родным языком закреплено в ч. 2 ст. 26 Конституции РФ. Данный конституционный принцип отражен в ч. 5 ст. 12 УИК РФ, в которой предусматривается использование осужденными – гражданами Российской Федерации государственного языка Российской Федерации либо по их желанию государственного языка субъекта Российской Федерации по месту отбывания наказания при даче объяснения, переписке, обращениях с предложениями, заявлениями и жалобами, а осужденные – иностранные граждане и лица без гражданства, в свою очередь, вправе использовать родной язык или любой другой, которым они владеют. Данная норма также предусматривает пользование услугами переводчика в необходимых случаях, как осужденным, так и учреждением или органом, исполняющим наказание.

Без реализации права пользования родным языком и выбора языка общения невозможно полное осуществление (соблюдение) таких принципов уголовно-исполнительного права, как законность, гуманизм, демократизм, равенство осужденных перед законом, дифференциация и индивидуализация исполнения наказаний и др. (ст. 8 УИК РФ).

К числу иных участников уголовно-исполнительных правоотношений, наряду с прокурором, судом, общественной организацией, родственниками, адвокатом, безусловно, относится и переводчик.

Вопрос об участии переводчика в уголовно-исполнительных правоотношениях малоизучен и разработан в научной литературе и недостаточно урегулирован в уголовно-исполнительном законодательстве. Поэтому в практической деятельности возникает немало организационно-правовых вопросов, таких как: кому необходим переводчик? в каких случаях обязательное привлечение переводчика? кто может быть переводчиком? где его взять?

В Российской Федерации применение переводчиков на стадиях предварительного расследования и судебного разбирательства уже имеет свою практику и механизм реализации такого права участниками процесса. Обратимся к соответствующему опыту. В своих работах уделяли внимание понятию и роли переводчика в уголовно-процессуальных правоотношениях такие исследователи, как Г.В. Абшилава [1], А.В. Винников [2], М.В. Зяблина [3], А.А. Камардина [4], Г.П. Саркисянц [5], С.П. Щерба [6] и др.

В уголовно-процессуальном законодательстве (ст. 18 УПК РФ) для обязательного привлечения к участию в деле переводчика предусматривается два основания, при которых участник уголовного судопроизводства не владеет языком либо участвующее в деле лицо недостаточно владеет языком, на котором должно осуществляться производство по уголовному делу. Что касается уголовно-исполнительного законодательства, то ни в одной норме не указывается на обязательное привлечение переводчика, но допускается его использование.

Таким образом, привлечение переводчика как иного участника в уголовно-исполнительных правоотношениях возможно в следующих случаях:

1) осужденным:

а) в «необходимых случаях» (ч. 5 ст. 12 УИК РФ) при даче объяснений, при переписке, при обращении с предложениями, заявлениями и жалобами к администрации учреждения или органа, исполняющего наказания, в вышестоящие органы управления учреждениями и органами, исполняющими наказания (далее – вышестоящие органы), суд, органы прокуратуры, органы государственной власти и органы местного самоуправления, к Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации, Уполномоченному при Президенте Российской Федерации по правам ребенка, Уполномоченному при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей, уполномоченному по правам человека в субъекте Российской Федерации, уполномоченному по правам ребенка в субъекте Российской Федерации, уполномоченному по защите прав предпринимателей в субъекте Российской Федерации, в общественные наблюдательные комиссии, общественные объединения, а также в соответствии с международными договорами Российской Федерации в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека (ч. 4, 5 ст. 12 УИК РФ);

б) при краткосрочных свиданиях с адвокатами и иными лицами, имеющими право на оказание юридической помощи;

2) учреждениями и органами уголовно-исполнительной системы:

а) при предоставлении информации о правах и обязанностях осужденного, о порядке и об условиях отбывания назначенного ему судом вида наказания, а также об изменениях порядка и условий отбывания наказаний (ч. 1 ст. 12 УИК РФ);

б) при ответе осужденному с переводом на язык обращения (ч. 5 ст. 12 УИК РФ);

в) при осуществлении контроля телефонных переговоров (ч. 5 ст. 92 УИК РФ), видеопереговоров (п. 86 Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений [7]), краткосрочных свиданий;

г) при цензуре получаемых и отправляемых осужденными писем, почтовых карточек и телеграмм (ч. 2 ст. 92 УИК РФ);

д) при проведении следственных действий в качестве органа дознания (ст. 40 УПК РФ, п. 8 ст. 13 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [8]).

По нашему мнению, обязательное привлечение переводчика для оказания помощи осужденному на безвозмездной основе (за счет средств федерального бюджета) следует:

1) в «необходимых случаях»;

2) при проведении следственных действий в качестве органа дознания.

Термин «необходимые случаи» содержится в ст. 12 УИК РФ, но что включает в себя данное понятие, можем только предположить исходя из норм уголовно-исполнительного законодательства. Конституционный Суд РФ уже неоднократно указывал, что правовые нормы должны соответствовать общеправовым требованиям определенности, ясности, недвусмысленности, поскольку конституционное равноправие может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями; неопределенность содержания правовой нормы, напротив, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу, а значит – к нарушению не только принципов равенства и верховенства закона, но и установленных ст. 45 и 46 (ч. 1 и 2) Конституции РФ гарантий государственной, в том числе судебной, защиты прав, свобод и законных интересов граждан (Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 25.04.1995 № 3-П, от 15.07.1999 № 11-П, от 25.02.2004 № 4-П, от 20.04.2009 № 7-П, от 06.12.2011 № 27-П, от 29.06.2012 № 16-П, от 22.04.2013 № 8-П, 16.04.2015 № 8-П и др.).

Презюмируемыми критериями отнесения случаев предоставления услуг переводчика осужденным – иностранным гражданам и лицам без гражданства к категории «необходимых» являются:

– невозможность реализации и защиты прав осужденных, не владеющих или слабо владеющих русским языком, предусмотренных ст. 12 УИК РФ, без предоставления услуг переводчика;

– нарушение порядка и условий отбывания наказаний и привлечения к дисциплинарной ответственности;

– невозможность ознакомления с информацией о правах и обязанностях осужденного, о порядке и об условиях отбывания назначенного ему судом вида наказания, а также об изменениях порядка и условий отбывания наказаний в силу незнания русского языка осужденным;

– решение вопросов в судебном порядке о дальнейшем отбывании наказания.

При осуществлении функций органа дознания учреждениями уголовно-исполнительной системы и при проведении неотложных следственных действий в отношении осужденных – иностранных граждан и лиц без гражданства, применяются нормы уголовно-процессуального законодательства, а именно в обязательном порядке привлекаются переводчики для лиц, не владеющих или недостаточно владеющих русским языком.

Немаловажным является вопрос об определении степени владения русским языком осужденными – иностранными гражданами и лицами без гражданства. По данному вопросу в научной сфере существуют различные точки зрения. Так, по мнению одних авторов, «не владеющим языком» судопроизводства считается лицо, которое не в состоянии его понимать и бегло изъясняться на нем по всем вопросам, составляющим предмет судопроизводства [9. С. 118]. Другие считают, что простого знакомства с языком недостаточно и лицо должно уметь свободно выражать свои мысли, давать объяснения и показания по всем возникающим в уголовном процессе вопросам, а также понимать смысл и содержание юридических терминов и понятий [10. С. 13]. Г.П. Саркисянц отмечает, что владение языком судопроизводства означает свободно понимать данный язык во всех его нюансах и бегло, без всяких затруднений изъясняться на нем по любым вопросам, возникающим в ходе процесса [11. С. 24].

В рамках уголовно-исполнительных правоотношений к осужденным – иностранным гражданам и лицам без гражданства, не владеющим или слабо владеющим русским языком, можно отнести:

1) иностранных граждан и лиц без гражданства, которым суд выдал либо у которых в личном деле присутствует копия приговора на иностранном языке (поскольку в ходе предварительного расследования уже установлена степень владения русским языком);

2) иностранных граждан и лиц без гражданства, не имеющих разрешения на временное проживание, вида на жительство, разрешения на работу, либо патента (так как с 01.01.2015 г. иностранный гражданин при обращении за получением разрешения на временное проживание, вида на жительство, разрешения на работу либо патента обязан подтвердить владение русским языком на основании ст. 15.1 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан»).

Закрепление в уголовно-исполнительном законодательстве безусловного права пользования услугами переводчика на практике в процессе правоприменения вызывает организационные и финансовые трудности.

Среди исследователей и специалистов нет единства мнений о том, что такое официальный перевод, как его организовывать, какие требования к нему предъявлять и кто такие переводчики [2. С. 89].

Мы, в основном поддерживаем позицию А.В. Винникова о том, что переводчик – это массовая и универсальная профессия, и речь не должна идти о совершенстве в отношении судебного перевода или любого иного. Человек просто должен понимать, что происходит, как если бы это было на его родном языке. Достаточно знание переводчиком двух языков и предмета перевода, причем необязательно на уровне специалиста в юриспруденции, так как переводчик – это в основном лингвист, а не юрист [2. С. 100].

При изучении систем исполнения наказаний в зарубежных странах не выявлено использование собственных («тюремных») переводчиков, но имеется интересная информация, касающаяся зарубежной практики организации судебного перевода. Так, например, в Германии судебным переводчиком является поверенный независимый лингвист, который знает процессуальный и уголовный закон и владеет искусством перевода. Похожее состояние дел и в Испании, где переводчиком может быть любое лицо, знающее язык, предварительно принявшее на себя обязательство об ответственности за заведомо неправильный перевод.

Во Франции судебные переводчики законодательно имеют статус судебных экспертов. Все они официально числятся в Национальном реестре судебных экспертов, к которому рекомендуется обращаться судам [11].

Особый интерес представляет опыт Великобритании, где существуют несколько реестров добровольных объединений переводчиков, которые часто выбираются для судов и полиции из Национального регистра переводчиков для общественных нужд (NRPSI), они приведены к присяге и проверены официальными инстанциями [12].

В отдельных странах (Австрия, Канада, США) судебным переводчикам необходимо получить специальный сертификат или пройти аттестацию (аккредитацию), но могут также привлекаться и внештатные специалисты, переводчики и просто владеющие языком.

Изучение уголовно-процессуальной практики некоторых зарубежных государств (Австралия, Австрия, Великобритания, Германия, Испания, США, Франция) позволяет сделать выводы о том, что при существовании института присяжных, судебных и т.п. переводчиков, многообразие и непостоянство номенклатуры употребляемых языков перевода в национальной уголовной практике обуславливают невозможность обращения системы правосудия только к ним, а также, что законы всех стран допускают привлечение в качестве переводчиков любых лиц, владеющих одновременно иным языком, которым владеет и подозреваемый (обвиняемый или подсудимый), и национальным языком судопроизводства соответствующего государства.

Следовательно, в качестве переводчика как иного участника уголовно-исполнительных правоотношений можно привлекать:

1) лиц, владеющих иным языком и способных переводить с / на иной язык и с / на русский язык;

- 2) студентов выпускных курсов факультетов иностранных языков;
- 3) квалифицированных специалистов (профессионалов).

Попытку объединить переводчиков в Единый государственный реестр для оказания судам, правоохранительным органам и иным участвующим в процессе лицам на возмездной основе услуг судебного перевода предприняла в 2015 г. инициативная группа Союза переводчиков России в составе В.В. Сдобникова, А.А. Ларина и Л.Б. Обидиной, которая подготовила и представила профессиональному переводческому сообществу проект Положения о судебном переводе [13]. Данный проект предусматривает положения о возможных видах перевода, как на досудебных, так и судебных стадиях; определяет требования к кандидатам на получение статуса присяжного переводчика, а также закрепляет порядок сдачи квалификационного экзамена. По нашему мнению, данное положение могло бы распространяться и на переводчиков в стадии исполнения приговора. Представляется, что лиц, осуществляющих перевод, можно подразделить на три категории:

- переводчик 3-й категории – студенты выпускных курсов факультетов иностранных языков (осуществляющие перевод безвозмездно в рамках прохождения ими учебной или внеучебной практики);
- переводчик 2-й категории – лица, владеющие иным языком и способные переводить, но не имеющие специального образования;
- переводчик 1-й категории – квалифицированные специалисты.

В период технологического прогресса в скором будущем появится возможность использовать для перевода инновационные технологические средства, во многом облегчающие общение и устраняющие языковой барьер, в том числе в среде осужденных, позволяющие экономить временные и финансовые затраты.

Обеспечение осужденного переводчиком является важным способом защиты его прав, само участие переводчика в уголовно-исполнительных правоотношениях имеет огромное значение для соблюдения конституционных гарантий человека. Для этого необходимо исключить неопределенность понятия «необходимые случаи», конкретизировать и регламентировать его в соответствующих статьях УИК РФ, а также урегулировать правовой статус переводчика.

Думается, что создание Единого реестра переводчиков для судебной и правоприменительной деятельности будет способствовать урегулированию их правового положения и позволит решить ряд проблем, существующих у сотрудников правоохранительных органов (в том числе уголовно-исполнительной системы), переводчиков и осужденных – иностранных граждан и лиц без гражданства.

Литература

1. *Абишлава Г.В.* О понятии и назначении переводчика в уголовном судопроизводстве : сб. материалов Итоговой (тринадцатой) Всерос. науч.-практ. конференции «По-

литические, экономические и социокультурные аспекты регионального управления на Европейском Севере». Коми республиканская академия государственной службы и управления. Сыктывкар, 2014. С. 50–54.

2. Винников А.В. О мировых закономерностях полицейского и судебного перевода // Международный научно-практический юридический журнал «Евразийская адвокатура». 2013. № 1 (2). С. 89–104.

3. Зяблина М.В. Реализация принципа языка уголовного судопроизводства // LexRussica. 2016. № 11 (120). С. 155–161.

4. Камардина А.А. Участие переводчика в стадии исполнения приговора // Вестник ОГУ. 2013. № 3 (152). С. 84–87.

5. Саркисянц Г.П. Переводчик в советском уголовном процессе. Ташкент, 1974. 90 с.

6. Щерба С.П. Переводчик в российском уголовном процессе : науч.-практ. пособие. М., 2005. 416 с.

7. Об утверждении Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений: Приказ Минюста России от 16.12.2016 № 295 // КонсультантПлюс : справ.-правовая система. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.

8. Об оперативно-розыскной деятельности: Федеральный закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ // КонсультантПлюс : справ.-правовая система. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.

9. Гриненко А.В. Конституционные основы досудебного уголовного процесса в Российской Федерации. М. : Компания Спутник+, 2000. 258 с.

10. Васильева-Кардашевская Л.Л. Конституционный принцип национального языка и его реализации в досудебных стадиях уголовного процесса : автореф. дис. ... канд.юрид. наук. М., 2002. 25 с.

11. *Bulletin officiel du Ministère de la justice* n° 85 (1erjanvier – 31 mars 2002). URL: <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dage85d.htm> (дата обращения: 18.02.2018).

12. *National Register of Public Service Interpreters*. URL: <http://www.nrpsi.co.uk/index.php> (дата обращения: 18.02.2018).

13. *Проект Положения о судебном переводчике*. URL: http://translation-school.ru/index.php/ru/archive/2015/sworntranslator#_Точ437967284 (дата обращения: 18.02.2018).

Kashuba Yury A., Khvan Tatyana S., Academy of the FPS of Russia (Ryazan, Russian Federation)

TRANSLATOR AS A PARTICIPANT OF CRIMINAL ENFORCEMENT LEGAL RELATIONSHIP

Key words: convicts, foreigners, translator, right to the native language.

DOI: 10.17223/22253513/28/5

The criminal enforcement legislation provides for the right to use translation services by both the convict and the institution or body, which is involved in the execution of punishment. Chances of involvement of the translator as other participant of criminal enforcement legal relationship are under consideration. According to the authors, the involvement of a translator to assist the convict on a pro bono basis (at the expense of the federal budget) is obligatory in "necessary cases" and in the course of investigative actions. The criteria for the category of "necessary cases" for rendering of translation services for the convicts – foreign citizens and persons without citizenship include: impossibility of realization and protection of the rights for those convicts who either do not know or have a poor knowledge of the Russian language provided for in Article 12 of the Penal Code of the Russian Federation; violation of order and conditions of serving punishments and taking disciplinary actions; impossibility to learn the information about the rights and duties of the convict, about an order and conditions of serving the sentence imposed by court, and about the changes of order and conditions of serv-

ing the punishments because of the lack of the Russian language knowledge; the solution of questions in a judicial proceeding of further sentence serving.

The question of definition of extent of knowledge of Russian by convicts – foreign citizens and persons without citizenship is important. The convicts who do not know or poorly know Russian include: foreign citizens and persons without citizenship who either have a copy of sentence in a foreign language or who have this copy in their personal record; foreign citizens and persons without citizenship who do not have a permission to a temporary residence, a residence permit, a work permit or the patent.

Providing the convict with a translator is an important way of protecting his rights, and participation of the translator in criminal enforcement legal relationship is of great importance for the observance of constitutional guarantees of the person. For this purpose, it is necessary to exclude uncertainty of the concept "necessary cases", to concretize and regulate it in the relevant articles of the Penal Code of the Russian Federation and to settle a legal status of the translator.

We believe that creation of the Unified register of translators for judicial and law-enforcement activities will promote the settlement of their legal status and will allow solving a number of problems of law enforcement officers (including a penal correction system), translators and convicts – foreign citizens and persons without citizenship.

References

1. Abshilava, G.V. (2014) O ponyatii i naznachenii perevodchika v ugovnom sudoproizvodstve [On the notion and role of an interpreter in criminal proceedings]. In: Nesterova, N.A. (ed.) *Politicheskiye, ekonomicheskiye i sotsiokul'turnyye aspekty regional'nogo upravleniya na yevropeyskom Severe* [Political, economic and socio-cultural aspects of regional governance in the European North]. Syktyvkar: Komi Republican Academy of Public Service and Management. pp. 50–54.
2. Vinnikov, A.V. (2013) O mirovykh zakonomernostyakh politseyskogo i sudebnogo perevoda [About world regularities of police and judicial translation]. *Yevraziyskaya advokatura – Eurasian advocacy*. 1(2). pp. 89–104.
3. Zyablina, M.V. (2016) Implementation of the principle of the language of criminal proceedings. *LexRussica*. 11(120). pp. 155–161. (In Russian). DOI: 10.17803/1729-5920.2016.120.11.155-161
4. Kamardina, A.A. (2013) Uchastiye perevodchika v stadii ispolneniya prigovora [Participation of the translator in the stage of sentence execution]. *Vestnik OGU – Vestnik of Orenburg State University*. 3(152). pp. 84–87.
5. Sarkisyants, G.P. (1974) *Perevodchik v sovetskom ugovnom protsesse* [Translator in the Soviet criminal trial]. Tashkent: Fan.
6. Shcherba, S.P. (2005) *Perevodchik v rossiyskom ugovnom protsesse* [Translator in the Russian criminal trial]. Moscow: Ekzamen.
7. Ministry of Justice of Russia. (2016) *Ob utverzhdenii Pravil vnutrennego rasporyadka ispravitel'nykh uchrezhdeniy: prikaz Minyusta Rossii ot 16.12.2016 № 295* [On the approval of the Internal Regulations of Correctional Institutions: Order No. 295 of the Ministry of Justice of Russia of December 16, 2016]. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_210064/.
8. Russian Federation. (1995) *Ob operativno-rozysknoy deyatel'nosti: Federal'nyy zakon ot 12.08.1995 № 144-FZ* [On the operational-search activity: Federal Law No. 144-FZ of August 12, 1995]. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_7519/.
9. Grinenko, A.V. (2000) *Konstitutsionnyye osnovy dosudebnogo ugovnogo protsessa v Rossiyskoy Federatsii* [Constitutional bases of pre-trial criminal proceedings in the Russian Federation]. Moscow: Kompaniya Sputnik+.

10. Vasilyeva-Kardashevskaya, L.L. (2002) *Konstitutsionnyy printsip natsional'nogo yazyka i yego realizatsii v dosudebnykh stadiyakh ugolovnogo protsesssa* [The constitutional principle of the national language and its implementation in the pre-trial stages of the criminal process]. Abstract of Law Cand. Diss. Moscow.

11. France. (2002) *Bulletin officiel du Ministère de la justice n° 85 (1er janvier – 31 mars 2002)* [Official Bulletin of the Ministry of Justice No. 85 (January 1 – March 31, 2002)]. [Online] Available from: <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dage85d.htm>. (Accessed: 18th February 2018).

12. Great Britain. (n.d.) *National Register of Public Service Interpreters*. [Online] Available from: <http://www.nrpsi.co.uk/index.php>. (Accessed: 18th February 2018).

13. Translation Summer School. (2015) *Proyekt Polozheniya o sudebnom perevodchike* [Draft Provision on the Judicial Interpreter]. [Online] Available from: http://translation-school.ru/index.php/ru/archive/2015/sworntranslator#_Toc437967284. (Accessed: 18th February 2018).

УДК 343.85

DOI: 10.17223/22253513/28/6

Е.А. Писаревская

К ВОПРОСУ ОБ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ СУДАМИ ПРОФИЛАКТИЧЕСКОЙ ФУНКЦИИ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ПОДСУДИМЫХ

Органы и учреждения системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних обозначены в тексте Федерального закона от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних». Субъекты профилактики правонарушений в целом названы в тексте Федерального закона от 23 июня 2016 г. № 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации». Однако остаются вопросы корректности формирования данного перечня, а именно, суды не названы в качестве субъектов профилактики.

Ключевые слова: профилактика, суд, субъект профилактики, несовершеннолетний подсудимый.

Профилактика преступности несовершеннолетних в настоящее время в Российской Федерации продолжает оставаться одним из актуальных направлений государственной политики. Между тем, как справедливо отмечается в разделе 3 Концепции развития до 2017 г. сети службы медиации в целях реализации восстановительного правосудия в отношении детей, в том числе совершивших общественно опасные деяния, но не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность в Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 30 июля 2014 г. № 1430-р, «правосудие в отношении детей остается по своей сути карательным, зачастую усугубляя положение детей, оказавшихся в трудной жизненной ситуации», «в целом мировым соглашением или иными формами примирения заканчивается менее 3 процентов судебных споров» [1]. По данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, в 2016 г. среди уголовных наказаний, назначенных по обвинительным приговорам осужденным, совершившим преступления в возрасте до 18 лет, доминировало условное осуждение к лишению свободы. К нему было осуждено 9,3 тыс. лиц, или 41,6% от всех осужденных, совершивших преступление в несовершеннолетнем возрасте. При этом число лиц, совершивших преступления в несовершеннолетнем возрасте, осужденных к реальному лишению свободы, составило в 2016 г. менее 3,9 тыс. лиц, или 17,2% от указанной категории осужденных к различным видам наказаний [2]. Изученная нами практика районных судов г. Новокузнецка Кемеровской области подтверждает общероссийскую статистику. Так, например, в 2017 г. Кузнецким районным судом г. Новокузнецка было осуждено

9 несовершеннолетних, из них 8, или 88,9%, было осуждено к лишению свободы условно, а 1, или 11,1%, – к ограничению свободы [3].

Отметим, что исследования С.А. Корягиной, К.Г. Тараленко, проведенные в начале XXI в., и более поздние работы С.Ю. Оловенцовой, Н.Ю. Скрипченко и других ученых убедительно показывали неэффективность условного осуждения. Согласимся с Л.М. Прозументовым в том, что «в такой ситуации, если не менять законодательство, возможность повторного осуждения должна рассматриваться только при наличии каких-либо исключительных обстоятельств и иметь достаточно серьезные аргументы в пользу такого выбора» [4. С. 212].

Вместе с тем, обратившись вновь к статистической информации Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, мы увидим, что уровень рецидива среди несовершеннолетних по-прежнему находится на значительном уровне. Так, в период с 2013 по 2016 г. удельный вес осужденных несовершеннолетних, имевших неснятые и непогашенные судимости на момент совершения преступления, среди всех осужденных несовершеннолетних колебался в пределах 16,5–22,5% [5].

Учитывая вышесказанное, возникает обоснованный вопрос, с чем связана подобная судебная практика? Справедливо ли называть ее исключительно карательной? Целесообразно ли в настоящее время говорить о реализации судами профилактической функции? Может ли эта функция реализовываться при применении технологий восстановительного правосудия? Каким образом эта функция соотносится с технологиями восстановительного правосудия?

Многие ученые указывали, что в конце прошлого века в России в связи с реализацией Концепции судебной реформы в деятельности судов произошел отказ от системной работы по профилактике правонарушений [6. С. 20].

Однако полагаем, что подобное утверждение не вполне справедливо. Что следует понимать под системной работой? Не вызывает сомнения, что в ходе осуществления своей основной функции – правосудия, суд вполне способен осуществлять и профилактическую функцию.

Вполне соотносятся с этим утверждением и разъяснения, содержащиеся в п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 01 февраля 2011 г. № 1 (в ред. от 29.11.2016 г.) «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних», согласно которым «судам следует повышать воспитательное значение судебных процессов по делам о преступлениях несовершеннолетних, уделяя особое внимание их профилактическому воздействию: по каждому делу устанавливать причины и условия, способствовавшие совершению несовершеннолетними преступления, не оставляя без реагирования установленные в судебном заседании недостатки и упущения в работе комиссий по делам несовершеннолетних и защите их прав, учебных заведений и общественных организаций, выносить частные определения (постановления) с указанием конкретных обстоятельств» [7].

Так, Д.А. Патов, обозначая основные направления профилактической деятельности судов в настоящее время, выделяет уголовно-процессуальные и непроцессуальные формы. К первым он относит такие формы, как: правовое и нравственное воздействие суда на участников судебного процесса; выявление судом причин преступлений и условий, способствующих его совершению; вынесение судом частных определений или постановлений. Ко вторым исследователь относит статистико-аналитическую работу и обобщение судебной практики; участие суда в правовой пропаганде среди населения; координацию деятельности суда с деятельностью других субъектов профилактики [6. С. 21]. Полагаем, что если с первыми формами можно, безусловно, согласиться, то перечень вторых вызывает определенные вопросы. Так, например, возникает вопрос, можно ли относить аналитическую работу к профилактической работе? Занимаются ли этой аналитикой все судьи без исключения? Как показало проведенное нами изучение аналитических обзоров, подготовленных в районных судах г. Новокузнецка Кемеровской области, этой работой занимаются помощники судей. Также возникает вопрос о том, что следует понимать под координацией деятельности суда с деятельностью других субъектов профилактики? Всегда ли эта координация осуществляется или о подобной работе можно говорить только применительно к деятельности определенных районных судов, экспериментально использующих ювенальные технологии в рамках действующего уголовно-процессуального законодательства в отдельных субъектах Российской Федерации.

Представляет интерес, каким образом сами судьи оценивают свою работу в данном направлении. Так, анализ Обзора судебной практики об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетних, а также судебной практики назначения наказания несовершеннолетним за 2017 г., составленного в Кузнецком районном суде г. Новокузнецка, показал, что, по мнению его составителя, при рассмотрении уголовных дел в отношении несовершеннолетних судьями соблюдаются требования УК РФ и УПК РФ, разъяснения Пленума Верховного Суда РФ от 01.02.2011 г. № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности несовершеннолетних». Также судьями учитываются положения международных правовых документов в отношении несовершеннолетних. В соответствии со ст. 428 УПК РФ в судебное заседание вызываются законные представители несовершеннолетнего подсудимого, а с учетом обязательности установления условий его жизни и воспитания (п. 2 ч. 1 ст. 421 УПК РФ) – представители учебно-воспитательных учреждений или общественных организаций по месту жительства, учебы или работы несовершеннолетнего. Согласно положениям вышеназванного постановления, суд обязан известить о времени и месте рассмотрения дела в отношении несовершеннолетнего подсудимого предприятие, учреждение и организацию, в которых учился или работал несовершеннолетний, комиссию по делам несовершеннолетних и защите их прав, а при необходимости – принять меры к

обеспечению явки в суд представителей этих организаций, учебных и трудовых коллективов. Если несовершеннолетний состоял или состоит на учете в психоневрологическом диспансере либо материалы в отношении его рассматривались комиссией по делам несовершеннолетних и защите их прав, суд должен при наличии к тому оснований решить вопрос об их явке [3]. Таким образом, речь, по сути, идет о всестороннем изучении личности подсудимого. Но идет ли речь о том, что судья в ходе судебного заседания может оказать и оказывает профилактическое воздействие на подсудимого?

Приведем пример факты «типичного» уголовного дела в отношении несовершеннолетнего. Так, несовершеннолетний С. Кузнецким районным судом г. Новокузнецка в 2017 г. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного п. «г» ч. 2 ст. 161 УК РФ, и ему было назначено наказание в виде двух лет лишения свободы, на основании ст. 73 УК РФ условно с испытательным сроком два года.

Решая вопрос о виде и размере наказания, судом были учтены характер и степень общественной опасности совершенных им деяний, данные о личности подсудимого, обстоятельства, смягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление виновного и условия жизни его семьи, уровень психического развития, особенности личности подсудимого, а также влияние на него старших по возрасту лиц. Законный представитель охарактеризовал его с положительной стороны, на учете у нарколога и психиатра несовершеннолетний С. не состоял. Вместе с тем инспектором ПДН С. был охарактеризован как скрытный, склонный к лжи и совершению противоправных деяний, поддающийся негативному влиянию окружающих. Родители у несовершеннолетнего С. авторитетом не пользовались. На профилактическом учете в ПДН несовершеннолетний С. состоял с июня 2016 г. как совершивший административное правонарушение. По месту учебы он также был охарактеризован как грубый, имеющий вредные привычки, склонный к бродяжничеству подросток, не имеющий увлечений, общающийся с учащимися, имеющими сложности с учебой и дисциплиной. Суд также принял во внимание искреннее раскаяние С., его положительную направленность, несовершеннолетний возраст подсудимого [Там же]. Отметим, что определить, в чем же все-таки состоит положительная направленность С. при такой характеристике его личности, представляется достаточно сложным. Однако мы понимаем, что в данном случае, назначая подсудимому наказание в виде условного осуждения к лишению свободы, суд в определенной мере связан действующим уголовным законодательством и сложившейся судебной практикой. Но возможно ли в этом случае говорить о том, что суд в ходе рассмотрения дела по существу проводил в отношении подсудимого С. определенную профилактическую работу? К сожалению, ответ на этот вопрос будет отрицательным. Как показали результаты анкетирования несовершеннолетних, осужденных условно к лишению свободы, подавляющее большинство из них не воспринимает данную меру в качестве наказания. С одной стороны, для них подобный приговор означает скорее «признание их заслуг

государством», их авторитет среди товарищей возрастает, с другой стороны, они чувствуют свою фактическую безнаказанность. В таком случае закономерен вопрос: происходит ли это, потому что суды не в полной мере осуществляют профилактическую функцию или из-за того, что система наказаний, которые могут быть применены к несовершеннолетним, не достаточно эффективна? Представляется, что в данном случае могут наличествовать оба названных обстоятельства.

Отметим, что многие ученые, в том числе Д.А. Патов, на протяжении ни одного десятка лет указывали на необходимость «принятия нормативно-правового акта, определяющего задачи и характер деятельности по предупреждению преступности в стране», в этом акте «должны быть определены субъекты предупредительной деятельности», «среди таких субъектов следует указать и судей» [6. С. 23]. «Долгожданный» Федеральный закон «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации» был принят 23 июня 2016 г., однако в ст. 5 данного закона суды среди субъектов профилактики не названы, да и в целом данный закон, по существу, носит декларативный характер [8]. В связи с этим представляется необходимым внести изменения в ст. 5 вышеназванного закона, предусмотрев среди субъектов профилактики федеральные суды и мировых судей субъектов Российской Федерации, рассматривающих уголовные дела в первой и апелляционной инстанциях, и обозначив их конкретные полномочия в сфере профилактики правонарушений в ст. 12–1 анализируемого закона, соотнеся данные полномочия с формами профилактического воздействия, названными в ст. 17 данного закона. В частности, профилактические полномочия вышеназванных судов могут быть определены исходя из проводимой ими работы:

- по правовому просвещению и информированию;
- выявлению причин и условий, способствующих совершению правонарушения;
- проведению профилактических бесед;
- составлению соответствующих актов процессуального реагирования;
- оказанию помощи в пределах их компетенции другим субъектам профилактики при проведении ими работы по социальной адаптации и ресоциализации.

Аналогичные изменения предлагается внести в текст Федерального закона № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» (в ред. от 07.06.2017 г.) [9], в нормах которого в настоящее время также отсутствует всякое упоминание о судах как органах, входящих в систему профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних (ст. 4 названного закона).

Кроме того, при внесении в тексты вышеуказанных законов необходимо иметь в виду, что распоряжением Правительства РФ от 22 марта 2017 г. № 520-р утверждена Концепция развития системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних на период до 2020 г., в соответствии с которой непосредственное предупреждение правонаруше-

ний и предупреждение повторных правонарушений несовершеннолетних включают в себя, в частности, формирование и развитие механизмов восстановительного правосудия [10]. Представляется, что формирование и развитие последних будут способствовать повышению эффективности профилактической работы судов.

Литература

1. *Распоряжение* Правительства РФ от 30 июля 2014 года № 1430-р «Об утверждении Концепции развития до 2017 года сети службы медиации в целях реализации восстановительного правосудия в отношении детей, в том числе совершивших общественно опасные деяния, но не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность в Российской Федерации» // Консультант Плюс : справ.-правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. Доступ из компьютер. сети НФИ КемГУ, свободный.

2. *Обзор* судебной статистики о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2016 году. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 30.04.2018).

3. *Обзор* судебной практики об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетних, а также судебной практики назначения наказания несовершеннолетним за 2017 год. URL: http://kuznetsky.kmr.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&rid=114 (дата обращения: 30.04.2018).

4. *Прозументов Л.М.* Уголовно-правовая охрана и ответственность несовершеннолетних в Российской Федерации. Томск : Издательский Дом Томского государственного университета, 2017. 308 с.

5. *Отчеты* об осужденных, совершивших преступления в несовершеннолетнем возрасте за 2013–2016 гг. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 30.04.2018).

6. *Патов Д.В.* Должны ли мировые судьи заниматься профилактикой подростковой преступности? // *Мировой судья*. 2015. № 8. С. 20–24.

7. *О судебной* практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 01 февраля 2011 года № 1 (в ред. от 29.11.2016 г.) // Консультант Плюс : справ.-правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. Доступ из компьютер. сети НФИ КемГУ.

8. *Об основах* системы профилактики правонарушений в Российской Федерации: Федеральный закон от 23 июня 2016 года № 182-ФЗ // Консультант Плюс : справ.-правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. Доступ из компьютер. сети НФИ КемГУ.

9. *Об основах* системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних: Федеральный закон от 24 июня 1999 года № 120-ФЗ (в ред. от 07.06.2017 г.) // Консультант Плюс : справ.-правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. Доступ из компьютер. сети НФИ КемГУ.

10. *Об утверждении* Концепции развития системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних на период до 2020 года: Распоряжение Правительства РФ от 22 марта 2017 года № 520-р // Консультант Плюс : справ.-правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. Доступ из компьютер. сети НФИ КемГУ.

Pisarevskaya Elena A., Novokuznetsk Institute of the Kemerovo State University (Novokuznetsk, Russian Federation)

TO THE QUESTION OF IMPLEMENTATION OF A PREVENTIVE FUNCTION IN RELATION TO JUVENILE DEFENDANTS BY COURTS

Keywords: prevention, court, subject of prevention, juvenile defendant.

DOI: 10.17223/22253513/28/6

It is pointed out in the article that prevention of crime of juveniles continues to remain one of urgent directions of state policy. According to Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation in 2016 among the criminal penalties imposed on those convicts who committed crimes under their legal age probational sentences dominated. 9,300 persons or 41, 6% of all convicts who committed crimes under the legal age were put on probation. A number of those who committed crimes under the legal age and were sentenced to real imprisonment was less than 3,900 or 17, 2% of the specified category of convicts sentenced to different types of punishment in 2016.

However, the level of recidivism among juveniles is still high. For example, during the period from 2013 to 2016 the specific weight of convicted juveniles who had expunged criminal records and outstanding convictions at the time of commission of crime among all convicted juveniles fluctuated within 16, 5-22, 5%.

Taking into account the above, some reasonable questions arise: What is similar court practice connected with? Is it fair to call it exclusively retaliatory? Is it expedient to speak about the realization of a preventive function by courts now? Many scientists specified that at the end of the last century in Russia within the realization of the Concept of judicial and legal reform the courts refused from a system work on prevention of crimes. However, in my opinion, such statement is not quite fair. While administering justice, the court is quite capable to perform a preventive function indeed. The main question covers the legal grounds for the performance of this function and efficiency of a preventive activity.

In this connection, the article proves the need to modify Article 5 of Federal Law No. 182-FZ. "About the foundations of the system of crime prevention in the Russian Federation" dated June 23, 2016. It is proposed in this article to provide for federal courts and magistrates of the subjects of the Russian Federation among the subjects of prevention, which consider criminal cases in the first and appeal instances and to designate their concrete powers in the sphere of crime prevention in Article 12-1 of the analyzed law.

It is specified in the article that preventive powers of the above-named courts can be defined proceeding from the work in many directions. For example, legal education and informing; identification of the reasons and conditions furthering the commission of crimes; preventive conversations; the drawing up of relevant acts of procedural reaction; assistance to other subjects of prevention when they carry out the work on social adaptation and social rehabilitation.

It is proposed to introduce similar changes in the text of the Federal Law No. 120-FZ "About the foundations of the system of prevention of neglect and juvenile delinquency" (amended in 07.06.2017)

References

1. Russian Federation. (2014) Order No. 1430-r of the Government of the Russian Federation of July 30, 2014, On the approval of the Concept of Development until 2017 of the network of the mediation service for the implementation of restorative justice for children, including those who committed socially dangerous acts, but not reached the age of criminal liability in the Russian Federation. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_166695/. (In Russian).

2. Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. (2016) *Obzor sudebnoy statistiki o deyatelnosti federal'nykh sudov obshchey yurisdiktsii i mirovykh sudey v 2016 godu* [Review of judicial statistics on the activities of federal courts of general jurisdiction and justices of the peace in 2016]. [Online] Available from: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>. (Accessed: 30th April 2018).

3. Novokuznetsk. (2017) *Obzor sudebnoy praktiki ob izbranii mery presecheniya v vide zaklyucheniya pod strazhu v otnoshenii nesovershennoletnikh, a takzhe sudebnoy praktiki*

naznacheniya nakazaniya nesovershennoletnim za 2017 god [Review of the judicial practice on the selection of a preventive measure in the form of detention for minors, as well as the judicial practice of appointing penalties for minors for 2017]. [Online] Available from: http://kuznecky.kmr.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&rid=114. (Accessed: 30th April 2018).

4. Prozumentov, L.M. (2017) *Ugolovno-pravovaya okhrana i otvetstvennost' nesovershenno-letnikh v Rossiyskoy Federatsii* [Criminal protection and liability of minors in the Russian Federation]. Tomsk: Tomsk State University.

5. Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. (n.d.) *Otchety ob osuzhdennykh, sovershivshikh prestupleniya v nesovershennoletnem vozraste za 2013–2016 gg.* [Reports on minor convicts for 2013–2016]. [Online] Available from: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>. (Accessed: 30th April 2018).

6. Patov, D.V. (2015) Should Justices of the Peace be engaged in teenage criminality prevention? *Mirovoy sud'ya – Magistrate judge*. 8. pp. 20–24. (In Russian).

7. Supreme Court of the Russian Federation. (2011) *On judicial practice of the application of legislation regulating the specificity of criminal liability and punishment of minors: Resolution No. 1 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of February 1, 2011 (as amended on November 29, 2016)*. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_110315/. (In Russian).

8. Russian Federation. (2016) *On the basics of the system for the prevention of delinquency in the Russian Federation: Federal Law No. 182-FZ of June 23, 2016*. [Online] Available from:

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_199976/. (In Russian).

9. Russian Federation. (1999) *On the basics of the system for the prevention of neglect and juvenile delinquency: Federal Law No. 120-FZ of June 24, 1999 (as amended on June 7, 2017)*. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23509/. (In Russian).

10. Government of the Russian Federation. (2017) *On the Approval of the Concept for the Development of the System for the Prevention of Neglect and Juvenile Delinquency until 2020: Order No. 520-p of the Government of the Russian Federation of March 22, 2017*. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_214734/. (In Russian).

УДК 343.85

DOI: 10.17223/22253513/28/7

И.Г. Смирнова

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ СТРАТЕГИЯ: КОНФЛИКТ ЦЕЛЕПОЛАГАНИЯ

Раскрываются основные подходы к пониманию и анализу назначения уголовного судопроизводства, закрепленному в ст. 6 УПК РФ. Автор предлагает рассмотреть вопрос о соотношении таких категорий, как назначение уголовного судопроизводства и уголовно-процессуальная стратегия. Полагает, что современная законодательная конструкция не отражает в полной мере тех ожиданий, которые связаны с уголовным судопроизводством на современном этапе, поскольку законодателем остались неучтенными интересы общества и государства. Более того, на данный момент законодатель не определился с приоритетной уголовно-процессуальной стратегией, что приводит к дисбалансу системы уголовного судопроизводства.

Ключевые слова: уголовный процесс, назначение уголовного судопроизводства, цель, уголовно-процессуальная стратегия, права участников уголовного судопроизводства, процессуальная экономия.

В свое время Ф. Эли писал: «Два интереса, одинаково мощные и одинаково связанные, равно требуют себе покровительства: интерес общества, который требует справедливого и быстрого наказания за преступление; интерес обвиняемого, который также является общественным интересом и который требует полной гарантии гражданских прав и прав защиты» [1. С. 583].

Действительно, совершение преступления или общественно опасного деяния, с одной стороны, всегда сопряжено с ущемлением общественного интереса, связанного с необходимостью обеспечения стабильного развития общества, а также состояния защищенности жизненно важных интересов. С другой стороны, как наиболее репрессивная форма государственной деятельности уголовно-процессуальная деятельность немислима без ограничения конституционных прав личности, вовлеченной в орбиту уголовного судопроизводства.

Вместе с тем нельзя не вспомнить Н.Н. Полянского, справедливо отмечавшего двоякое практическое значение уголовного процесса: заинтересованность не только общества, но и государства в целом в наказуемости совершаемых преступлений, а также в интересе не только обвиняемого, но и всех граждан в недопущении злоупотреблений со стороны органов правосудия [2. С. 7].

Таким образом, отмечается триада ценностей и интересов, нуждающихся в охране и защите в сфере уголовного судопроизводства: интересы личности, общества и государства. В таком ракурсе особый интерес представляется ст. 6 УПК РФ, закрепляющая назначение уголовного судопроизвод-

ства. Ее анализ убедительно показывает, что законодатель в указанной триаде ценностей отдает приоритет частным интересам, а именно гарантирует защиту прав и интересов лиц, потерпевших от преступления, а также защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения прав. В научной литературе вопрос о назначении уголовного судопроизводства с завидным постоянством является предметом исследования, обсуждения, анализа и критики: процессуалисты рассматривают назначение через этимологическое, аксиологическое значение данного понятия, через соотношение с такими категориями, как цели, задачи уголовного судопроизводства [3. С. 105–132]. Однако, как представляется, есть еще один аспект, также нуждающийся в своем осмыслении. Речь идет о необходимости анализа назначения уголовного судопроизводства в контексте приоритетной уголовно-процессуальной стратегии. Иными словами, только комплексное исследование назначения, целеполагания, приемлемых и необходимых на данном этапе развития уголовно-процессуальных стратегий с учетом исторических, социальных, культурных и иных особенностей развития государства и общества позволит понять причину противоречивости действующего уголовно-процессуального закона, имеющийся эффект «спящего права» и нарушение в ряде случаев прав и свобод личности.

Итак, рассматривая вопросы стратегии, В.Т. Томин отмечал, что термин «стратегия» первоначально был неразрывно связан с войной и означает составную часть военного искусства, представляющую собой высший его уровень, определяющую способ действия войск и военачальников [4]. В свою очередь, в Толковом словаре русского языка дается следующее определение: «Стратегия – искусство планирования руководства, основанного на правильных и далеко идущих прогнозах» [5. С. 772]. Особый научно-практический интерес представляет предложенная Н.Г. Стойко классификация «механизмов правового регулирования общественных отношений»: защита прав и свобод обвиняемого; уголовное преследование; социальная поддержка обвиняемого; социальная поддержка потерпевшего; рациональность и эффективность уголовного судопроизводства; примирение [6. С. 4–5].

Если попробовать распределить данные стратегии по приоритетному интересу, представляемому каждой из вышеуказанных уголовно-процессуальных стратегий, то можно получить следующее.

Как представляется, частный интерес в большей степени реализуется в рамках таких стратегий, как защита прав и свобод обвиняемого, социальная поддержка потерпевшего. В свою очередь, общественный интерес представлен стратегией примирения. Наконец, государственные интересы выступают в качестве приоритетных, по нашему мнению, путем применения стратегий уголовного преследования, рациональности и эффективности уголовного судопроизводства.

Конечно, следует признать справедливость вывода о том, что имеющиеся уголовно-процессуальные модели (как некий архетип) следует отличать от тех конкретных национальных уголовно-процессуальных систем,

которые складываются в различных государствах [7]. Поэтому, возвращаясь к законодательной конструкции назначения уголовного судопроизводства, нельзя не обратить внимания на безусловный приоритет защиты интересов личности в сфере уголовного судопроизводства. Однако остается открытым вопрос: а какая стратегия является приоритетной для российского уголовного судопроизводства и соответствует ли она законодательной конструкции ст. 6 УПК РФ? Попробуем разобраться.

Итак, уголовно-процессуальная стратегия защиты прав и свобод обвиняемого, бесспорно, приоритетна и нормативно признана как одно из направлений назначения уголовного судопроизводства. Кроме того, многие законодательные конструкции (судебный контроль, судебное санкционирование, право на защиту на более ранних этапах уголовного преследования и т.п.) также призваны обеспечить фактическое соблюдение и защиту прав и интересов личности. Однако правовые позиции Конституционного Суда РФ позволяют утверждать, что зачастую приходится жертвовать необходимостью обеспечения прав и свобод обвиняемого в интересах другого участника уголовного судопроизводства, также имеющего в деле собственный интерес потерпевшего.

Например, в первоначальной редакции ч. 9 ст. 246 УПК РФ пересмотр итогового судебного решения о прекращении уголовного дела ввиду отказа государственного обвинителя от обвинения был возможен только в порядке возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 мая 2007 г.¹ данная норма была признана не соответствующей Конституции РФ, как не позволяющая обжаловать итоговое решение суда, вынесенное в связи с отказом прокурора от обвинения, в апелляционном, кассационном или надзорном порядках. Одна из основных причин формирования данной правовой позиции – необходимость учета интересов потерпевшего и защиты его прав. В последующем данная норма утратила свою силу как не соответствующая Конституции РФ.

В этой же связи нельзя не вспомнить первоначальную редакцию нормы, урегулированной п. 2 ч. 2 ст. 413 УПК РФ и закреплявшей в качестве новых обстоятельств для возобновления производства по уголовному делу не известные суду на момент вынесения судебного решения обстоятельства, которые исключают преступность и наказуемость деяния. Однако Федеральным законом от 26 апреля 2013 г. данная норма претерпела существенные изменения, поскольку в соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 мая 2007 г. в целях исправления судебных ошибок, искажающих суть правосудия, смысл приговора как акта правосудия, для обеспечения баланса защищаемых Конституцией РФ ценностей, а так-

¹ По делу о проверке конституционности положений ст. 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Президиума Курганского областного суда: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 мая 2007 г. № 6-П // Собрание законодательства РФ. 2007. № 22. Ст. 2686.

же в интересах потерпевшего Конституционный Суд РФ признал, что допустимы исключения из общего правила о запрете поворота к худшему. Таким образом, в настоящее время к новым обстоятельствам наряду с ранее перечисленными следует относить также обстоятельства, которые подтверждают наступление новых общественно опасных последствий как основания для предъявления лицу более тяжкого обвинения.

Возможна и обратная ситуация, когда соблюдение прав обвиняемого и защита его законных интересов невозможны без ограничения интересов потерпевшего. Так, согласно п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16 возражение потерпевшего против особого порядка проведения судебного заседания в отношении подсудимого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, не может рассматриваться в качестве безусловного основания для рассмотрения дела в общем порядке². Иными словами, несмотря на то что по таким делам производство в суде осуществляется по общим правилам рассмотрения уголовного дела при согласии лица с предъявленным обвинением (где согласие потерпевшего является одним из оснований применения сокращенного порядка (ч. 1 ст. 314 УПК РФ)), тем не менее, согласие потерпевшего на рассмотрение уголовного дела в сокращенном порядке при наличии заключенного досудебного соглашения о сотрудничестве не имеет той же силы. В таких случаях следует признать, что интересы борьбы с преступностью как яркое проявление публичного интереса имеют приоритетное значение перед учетом мнения потерпевшего. Такой подход может быть обоснован и тем, что согласно позиции Европейского Суда по правам человека участие потерпевшего в уголовном деле не следует рассматривать как его право на личную месть³.

Как указанные, так и многие иные правовые позиции судебных органов власти свидетельствуют о невозможности установления баланса интересов потерпевшего и обвиняемого: в развитии уголовно-процессуальных отношений обязательно возникнет так называемая точка бифуркации, которая предопределит дальнейшие изменения уголовно-процессуального закона и последующей практики его применения.

Более того, современный процессуальный закон не ориентирован в принципе на социальную защиту ни потерпевшего, ни обвиняемого, предусматривая только процессуальные гарантии соблюдения или законного ограничения прав данных участников уголовного судопроизводства.

Как отмечено было выше, государственному интересу в полной мере соответствует стратегия уголовного преследования, равно как и стратегия рациональности и эффективности уголовного судопроизводства. Следует

2 О практике применения судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 16 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9.

3 Дело «Перес (Perez) против Франции» (жалоба № 47287/99). URL: <http://www.echr.coe.int> (дата обращения: 12.03.2018).

согласиться с позицией К.В. Муравьева, утверждающего, что распространение ускоренных производств и в нормативном плане, и в части правоприменительной практики обусловлено интересами экономичности и целесообразности; однако это сопряжено со снижением уровня процессуальных гарантий участников процесса, а также с искажением сущности дифференцированных сокращенных форм [8. С. 5].

Развитие сокращенных форм производства как факт не вызывает ни у кого сомнений: особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (Глава 40 УПК РФ), особый порядок при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (Глава 40.1 УПК РФ), дознание в сокращенной форме (Глава 32.1 УПК РФ). Но следует выделить еще одну немаловажную тенденцию, соответствующую публичному интересу: появление «квази» особых производств, например, по делам о преступлениях, совершенных в сфере предпринимательской деятельности. На это неопровержимо указывают нормы, регулирующие наличие специфического повода возбуждения уголовного дела (ч. 1² ст. 140 УПК РФ), особый режим правового регулирования порядка признания предметов и документов вещественными доказательствами по уголовным делам о преступлениях в сфере экономики (ст. 81¹ УПК РФ), установленные ограничения на избрание меры пресечения в виде заключения под стражу (ч.1¹ ст. 108 УПК РФ), особое основание прекращения уголовного преследования по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности (ст. 28¹ УПК РФ) и особый порядок прекращения уголовного дела или уголовного преследования (Глава 51¹ УПК РФ). Данные тенденции, как представляется, способствуют развитию социального неравенства в том числе сфере уголовно-процессуального регулирования. Однако любые изменения и новации будут эффективны только при условии снижения крайне высокого уровня социального неравенства (в настоящее время это является одной из институциональных проблем, отмеченных в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.⁴

Таким образом, можно констатировать, что так или иначе в УПК РФ отражены элементы большинства из вышеперечисленных стратегий. Более того, некоторые из них являются антагонистичными. Иными словами, норма ст. 6 УПК РФ до сих пор является оценкой-предпочтением, выражающей не сущее, но должное.

Здесь уместно вспомнить введенную в научный оборот А.П. Поповым новую категорию целеполагания как рода человеческой деятельности, осуществляемой строго определенным кругом субъектов и направленной на создание структуры целей, задач и функций [9. С. 28–29].

⁴ О концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года: Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. №1662-р // Собрание законодательства РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

Как представляется, именно в этом концептуальном направлении следует осуществлять дальнейшее совершенствование уголовно-процессуального закона и корректировку практики его применения.

Литература

1. *Чельцов-Бebutov М.А.* Курс уголовно-процессуального права: очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб. : Альфа ; Равена, 1995. 846 с.
2. *Полянский Н.Н.* Уголовный процесс: Уголовный суд, его устройство и деятельность : лекции. М. : Типо-литогр. Тов-ва И.Д. Сытина, 1911. 203 с.
3. *Смирнова И.Г.* Социальная ценность российского уголовного судопроизводства : дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2012. 517 с.
4. *Томин В.Т.* Стратегия уголовного судопроизводства и некоторые ее составляющие: понятийный и терминологический инструментарий исследования. URL: <http://www.iuaj.net> (дата обращения: 12.03.2018).
5. *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М. : Азбуковник, 1999. 944 с.
6. *Стойко Н.Г.* Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и Романо-германской правовых систем : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2007. 50 с.
7. *Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головки.* М. : Статут, 2016.
8. *Муравьев К.В.* Оптимизация уголовного процесса как формы применения уголовного закона : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2017. 43 с.
9. *Попов А.П.* Целеполагание в современном отечественном уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2006. 458 с.

Smirnova Irina G., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation), East-Siberian Branch of the Russian State University of Justice (Irkutsk, Russian Federation)

CRIMINAL PROCEDURE STRATEGY: CONFLICT OF THE GOAL

Keywords: criminal process, appointment of criminal proceedings, purpose, criminal procedure strategy, rights of participants in criminal proceedings, procedural economy.

DOI: 10.17223/22253513/28/7

Using the axiomatic, axiological, historical and other methods of scientific research, the author justifies the need to analyze the purpose of criminal proceedings in the context of the priority criminal procedural strategy. In other words, only a comprehensive study of the purpose, goal-setting, acceptable and necessary at this stage of development of criminal procedural strategies, taking into account historical, social, cultural and other specifics of the development of the state and society, will enable us to understand the reason for the inconsistency of the current criminal procedure law, the effect of "sleeping law" and violation in some cases of the rights and freedoms of the individual.

Revealing the existing classification of criminal procedural strategies as mechanisms for the legal regulation of social relations, proposed by NG. Stojko, the author, through the prism of the changing criminal procedural law, as well as the expressed legal positions of the judicial authorities, proves that these strategies mostly do not fit in the designation of criminal proceedings, and also are opposed to each other.

In particular, the social support of the accused and the social support of the victim were not found in Russian criminal proceedings. In turn, the protection of the rights of the accused as a strategy undergoes restrictions in connection with the need to ensure the rights of another

participant in criminal proceedings - the victim. Similarly, the criminal prosecution strategy is inferior to the strategy of rationality and efficiency of criminal proceedings through the introduction of reduced production facilities, as well as "quasi" productions, which contributes to the development of social inequality, including in the area of criminal procedure regulation.

The author believes that any changes and innovations will be effective only if the extremely high level of social inequality is reduced (at present this is one of the institutional problems noted in the Concept of Long-Term Social and Economic Development of the Russian Federation for the period up to 2020).

Thus, it can be stated that in one way or another the CCP RF reflects the elements of most of the above listed strategies. Moreover, some of them are antagonistic. It seems that in the light of the foregoing, further improvement of the criminal procedure law and adjustment of its application practice should be implemented in such a conceptual direction as a clear identification of the goal-setting in terms of creating a structure of goals, tasks and functions in the field of criminal justice.

References

1. Cheltsov-Bebutov, M.A. (1995) *Kurs ugovolno-protsessual'nogo prava: ocherki po istorii suda i ugovolnogo protsessa v rabovladel'cheskikh, feodal'nykh i burzhuznykh gosudarstvakh* [Criminal procedure law: Essays on the history of the court and criminal process in slave-owning, feudal and bourgeois states]. St. Petersburg: Al'fa, Ravena.
2. Polyanskiy, N.N. (1911) *Ugovolnyy protsess: Ugolovnyy sud, yego ustroystvo i deyatel'-nost'* [Criminal trial: Criminal court, its structure and activity]. Moscow: I.D Sytin.
3. Smirnova, I.G. (2012) *Sotsial'naya tsennost' rossiyskogo ugovolnogo sudoproizvodstva* [The social value of Russian criminal justice]. Law Dr. Diss. Tomsk.
4. Tomin, V.T. (n.d.) *Strategiya ugovolnogo sudoproizvodstva i nekotoryye yeye sostavlyayushchiye: ponyatiynny i terminologicheskoy instrumentariy issledovaniya* [The strategy of criminal justice and some of its components: conceptual and terminological research tools]. [Online] Available from: <http://www.iaaj.net>. (Accessed: 12th March 2018).
5. Ozhegov, S.I. & Shvedova, N.Yu. (1999) *Tolkovyy slovar' russkogo yazyka* [The Explanatory Dictionary of the Russian Language]. Moscow: Azbukovnik.
6. Stoyko, N.G. (2007) *Ugovolnyy protsess zapadnykh gosudarstv i Rossii: sravnitel'noye teoretiko-pravovoye issledovaniye anglo-amerikanskoy i Romano-germanskoy pravovykh sistem* [The criminal process of Western states and Russia: a comparative theoretical and legal study of the Anglo-American and Romano-German legal systems]. Abstract of Law Dr. Diss. St. Petersburg.
7. Golovko, L.V. (ed.) (2016) *Kurs ugovolnogo protsessa* [The Course of the Criminal Process]. Moscow: Statut.
8. Muravyev, K.V. (2017) *Optimizatsiya ugovolnogo protsessa kak formy primeneniya ugovolnogo zakona* [Optimization of the criminal process as a form of application of the criminal law]. Abstract of Law Cand. Diss. Omsk.
9. Popov, A.P. (2006) *Tselepolaganiye v sovremennom otechestvennom ugovolnom sudoproizvodstve* [Goal setting in modern Russian criminal court proceedings]. Law Dr. Diss. Nizhny Novgorod.

УДК 342.5

DOI: 10.17223/22253513/28/8

Е.М. Якимова

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Национальный уровень защиты прав и свобод субъектов предпринимательской деятельности включает разветвленную систему должностных лиц и органов государственной власти, что создает условия для высокой эффективности такой защиты. Сделан вывод, что существующая система позволяет обеспечить баланс публичных и частных интересов, наличие специализированных органов по защите прав предпринимателей является позитивным, однако уровень доверия граждан к различным элементам системы отличается.

Ключевые слова: государство, защита, органы власти, права человека.

Представление о роли государственного механизма в защите прав и свобод человека и гражданина по различным направлениям, в том числе в сфере предпринимательской деятельности, достаточно подробно разработано в современной юридической науке. Биометрия диссертационных исследований последние 20 лет (с 1998 по 2017 г.), основанная на данных системы портала «Юридическая Россия» (www.law.edu.ru), показала, что было подготовлено 38 работ на соискание ученой степени доктора или кандидата юридических наук по тематике государственной защиты прав и свобод. В работах подчеркивалась важность деятельности различных органов государственной власти в процессе защиты прав и свобод, обозначались основные направления совершенствования рассматриваемой деятельности, однако вопрос о степени удовлетворенности населения правозащитной деятельностью государственной власти чаще всего оставался за рамками исследования: предложения о совершенствовании законодательства или системы управления выносились исходя из необходимости гармонизации работы самой системы, улучшения взаимодействия между различными ее элементами. В данной связи представляется необходимым исследовать государственный механизм защиты предпринимательской деятельности в современной России, в том числе с позиции его эффективности для субъектов-носителей прав и свобод, в нашем случае предпринимателей.

Право как универсальный регулятор общественных отношений способно оказать воздействие на общество через свою регуляторную и охранительную функцию, которые, с одной стороны, взаимосвязаны, поскольку отсутствие какой-либо из двух составляющих ведет к появлению феномена

«мертвого» права, с другой стороны, каждая из функций имеет собственное преломление в правовом пространстве.

Сочетание обеих функций права способствует гарантированности прав и свобод человека и гражданина. Вместе с тем представляется, что высокий уровень реализации правовых предписаний невозможен без эффективно функционирующей системы правовой охраны прав и свобод, поскольку установление какого-либо права в нормативно-правовом акте без возможности его реализации не может считаться достаточным для осуществления функций права как регулятора общественных отношений.

Понимание охранительной функции права связано с характеристикой смежных категорий, таких как «охрана права» и «защита права» [1. С. 123]. В науке вопрос о соотношении охраны и защиты не нашел однозначного решения, однако для целей настоящего исследования можно взять за основу тезис о том, что охрана как правовой феномен включает и защиту права, поскольку охрана представляет собой «установление общего правового режима, а защита – те меры, которые предпринимаются в случаях, когда гражданские права нарушены или оспорены» [2. С. 217]. Указанный подход позволяет акцентировать внимание на единстве данных терминов и функциональном различии между ними, что особенно важно при изучении какой-либо деятельности, в процессе которой реализуются права и свободы, в частности предпринимательства. Охрана права в процессе осуществления предпринимательской деятельности включает и правовые установления, защита, в свою очередь, характеризует непосредственно механизм воздействия различных субъектов на нарушителей прав и свобод предпринимателей. Правовую поддержку предпринимателям в процессе защиты их прав и свобод могут оказывать различные субъекты. Традиционной классификацией является деление субъектов по «материальным» институтам, непосредственно обеспечивающим реализацию правовых норм и гарантий в конкретных правоотношениях [3. С. 20], различных органов и учреждений, способствующих осуществлению защиты прав и свобод человека и гражданина, т.е. в том числе и органов государственной власти. При этом на субъектов предпринимательской деятельности «распространяются все предусмотренные Конституцией Российской Федерации для основных прав и свобод гарантии осуществления и правовой охраны и защиты» [4. С. 26].

Определение субъектного состава государственного механизма защиты прав и свобод, как одного из важных элементов правозащитной деятельности, связано с необходимостью их классификации. Чаще всего классификацию проводят по наличию у организации государственно-властных полномочий. По данному основанию разграничивают государственную и негосударственную защиту. Государственную защиту можно поделить на судебную и внесудебную (органы исполнительной власти, включая правоохранительные органы, органы прокуратуры, уполномоченных по правам человека: «классических» и специализированных). Отметим, что законодательные органы государственной власти в круг субъектов защиты не входят, хотя могут рассматриваться как субъекты правовой охраны прав и свобод.

Роль государственной защиты прав и свобод особенно велика по причине обладания органами публичной власти механизма принуждения, который может быть применен при обнаружении несоблюдения действующего законодательства, что повышает вероятность получения субъектом, нуждающимся в защите, правовой помощи. Вместе с тем стоит обратить внимание, что субъекты предпринимательской деятельности пользуются теми или иными инстанциями с разной интенсивностью, что обусловлено их представлениями об эффективности того или иного способа защиты прав, что наглядно демонстрируют результаты проведенного автором настоящего исследования опроса предпринимателей.

В декабре 2017 г. Байкальским государственным университетом проводилось ежегодное (опрос проводится с 2012 г.) анкетирование по вопросам реализации прав и свобод человека и гражданина, в том числе в сфере предпринимательской деятельности. Респондентами выступили руководители юридических лиц, их структурных подразделений, индивидуальные предприниматели из Иркутской, Новосибирской, Томской областей, Республик Бурятия и Саха (Якутия), Забайкальского и Красноярского края, всего 100 человек. На вопрос «Сталкивались ли Вы с нарушениями права на осуществление предпринимательской деятельности?» в 2017 г. 56% респондентов ответили, что сталкивались с грубым нарушением прав в области предпринимательства, связанных с необоснованным отказом, искусственной усложненностью или затянутостью процедур, около 29% опрошенных не сталкивались с такими проблемами, 15% затруднились с ответом. В 2016 г. утвердительно на вопрос ответили 61% респондентов, в 2012 г. – только 37%. Можно констатировать, что процент ответов, свидетельствующих о нарушении указанных прав, является весьма высоким, что говорит о проблемах с обеспечением развития экономики страны со стороны сотрудников органов государственной власти.

Респонденты обращали внимание, что самым эффективным способом защиты прав предпринимателей они видят государственный механизм защиты прав предпринимателей. Так, в 2017 г. большинство опрошенных (52%) считают обращение в суд самым качественным способом защиты прав человека и гражданина (в 2016 г. – 49%, в 2012 г. – 43 %), 19% (в 2016 г. – 18%, в 2012 г. – 19%) граждан считают самозащиту более эффективной, 2% респондентов (1% – 2016 г., 6% – в 2012 г.) полагают более удачным обращение в правоохранительные органы. На протяжении 5 лет проведения опросов практически поровну распределяются голоса за эффективность в качестве правозащитного механизма прокуратуры и Уполномоченных по правам предпринимателей: 13 и 14% в 2017 г., по 16% – в 2016 г., 16 и 14% – в 2012 г. Из полученных ответов можно сделать вывод о том, что доверие к такому достаточно новому для нашей страны институту внесудебной защиты прав и свобод предпринимателей как уполномоченный по правам предпринимателей, растет, что свидетельствует о повышающейся эффективности его деятельности и росту правового просвещения субъектов предпринимательской деятельности.

Достаточно интересным является мнение опрошенных о справедливости судебных решений: значительное число респондентов (из года в год около 50%) не верит в справедливость решений судов по искам юридических лиц или индивидуальных предпринимателей к органам публичной власти.

Таким образом, предприниматели обращаются преимущественно в органы публичной власти за защитой своих прав, возможность применения государственно-властных полномочий органами публичной власти позволяет государственному механизму защиты прав и свобод предпринимателей выступать ведущим элементом механизма защиты прав и свобод рассматриваемой категории граждан, хотя нельзя назвать данный механизм совершенным в глазах потребителей правозащитных услуг, что отражает и мнение респондентов.

Судебный механизм защиты прав и свобод субъектов предпринимательской деятельности включает судебные органы конституционного контроля, арбитражные суды, в том числе специализированный арбитражный суд – Суд по интеллектуальным правам, суды общей юрисдикции.

Конституционный Суд Российской Федерации назван в ст. 1 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» судебным органом конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющим судебную власть посредством конституционного судопроизводства. Функциональность такого определения позволяет выявить основное направление его работы и ее форму, однако важность данного органа для защиты прав и свобод человека и гражданина кроется и в общем смысле деятельности этого органа. Направленным именно на защиты прав и свобод являются положения гл. XII «Рассмотрение дел о конституционности законов по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан», однако и осуществление производства в Конституционном Суде Российской Федерации по другим категориям дел может опосредованно выступать элементом правозащитной деятельности Конституционного Суда России, поскольку те вопросы, которые, например, стали предметом рассмотрения спора о компетенции могли проистекать из правовой регламентации прав и свобод человека и гражданина.

Значение решений Конституционного Суда России в государственном правозащитном механизме сложно переоценить, поскольку Суд разъясняет положения Конституции РФ, его решения обязательны для всех органов публичной власти. Специфика закрепления конституционных принципов рыночных отношений («конституционной экономики») в их различных проявлениях – единое экономическое пространство; свобода экономической деятельности; многообразие и равенство различных форм собственности; поддержка конкуренции и ограничение монополистической деятельности – обуславливает разрозненность решений Конституционного Суда РФ, имеющих отношение к предпринимательской деятельности. «Конституционный Суд РФ неоднократно обращался к анализу соответ-

ствующих принципов... Нередко Конституционный Суд раскрывает скрытый смысл конституционных положений. Так, в Постановлении от 23 февраля 1999 г. Суд установил, что из смысла положений статьи 8 и их конкретизации в статьях 34 и 35 Конституции РФ о свободе в экономической сфере вытекает конституционное признание свободы договора как одной из гарантируемых государством свобод человека и гражданина, которая Гражданским кодексом РФ провозглашается в числе основных начал гражданского законодательства» [5. С. 17].

Конституционный Суд России нередко подчеркивает необходимость сочетания публичных и частных интересов при осуществлении предпринимательской деятельности, однако в таких отношениях, «где одновременно должны вводиться ограничения вмешательства государства, а с другой стороны, создаваться условия для активного участия частных лиц в данных правоотношениях, регулировать и находить баланс интересов всегда сложно. Поэтому часто нормы законодательства становятся предметом конституционного контроля» [Там же. С. 18]. Например, вопрос о конституционности отдельных положений Налогового кодекса РФ, имеющего большое значение для предпринимателей, достаточно часто становится предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ: за период с июля 2001 г. по февраль 2018 г., по информации справочной правовой системы Консультант Плюс (Версия Проф), Конституционный Суд России вынес 137 постановлений и определений по данному вопросу. В частности, в Постановлении от 28 ноября 2017 г. № 34-П указывается, что «взимание с налогоплательщика, осуществляющего указанный вид услуги, налога на добавленную стоимость, а также суммы пени и штрафа за предыдущие периоды в данных правоотношениях возможно только с учетом действия налогового периода по налогу на добавленную стоимость и порядка изменения налогового регулирования, ухудшающего положение налогоплательщиков. Иное не только является недопустимым отступлением от принципа правовой определенности, но и не отвечает требованиям справедливости и соразмерности, препятствует налогоплательщику в реализации права на свободное осуществление предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (статья 34, часть 1, Конституции Российской Федерации) и нарушает его право собственности, гарантированное статьей 35 (часть 1) Конституции Российской Федерации» [6].

Даже на этом отдельном примере можно увидеть, что столь большое количество споров, связанных с положениями Налогового кодекса РФ, говорит о востребованности Конституционного Суда РФ как судебного органа при защите прав предпринимателей, поскольку «благодаря оперативно-му вмешательству органом конституционной юстиции преодолевается коллизия между конституционными ценностями, такими как, например, фискальные интересы государства и имущественная неприкосновенность собственности в вопросах налогообложения и т.п.» [4. С. 20–21].

Пункт «б» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации устанавливает, что защита прав и свобод человека и граждан относится к предмету

совместного ведения Российской Федерации и ее субъекта, следовательно, вопросы защиты прав и свобод, в том числе в сфере предпринимательской деятельности, могут найти отражение в Конституции (Уставе) субъекта РФ, следовательно, Конституционные (Уставные) суды субъектов РФ могут рассматривать подобные категории дел. Анализ практики действующих в настоящее время в России Конституционных (Уставных) судов позволяет сделать вывод, что вопросы защиты прав предпринимателей непосредственно не часто становятся предметом рассмотрения: например, анализ практики Конституционного Суда Республики Татарстан показал, что в среднем в год Суд выносит одно постановление по делам, связанным с предпринимательской деятельностью (в 2010 г. – 2, в 2011 г. – 3, в 2012 г. – 0, в 2013 г. – 1, в 2014 г. – 1, в 2015 г. – 1, в 2016 г. – 0, в 2017 г. – 0). Вместе с тем многие вопросы, которые разрешаются указанными судами, имеют отношения к предпринимательской деятельности, вот почему представляется интересной практика Республики Татарстан об участии в заседании Конституционного Суда Уполномоченного при Президенте Республики Татарстан по защите прав предпринимателей, о чем указано в отчете Суда за 2017 г. Периодичность такого участия в отчете не обозначена, однако представляется целесообразным приглашать на такие заседания регионального бизнес-омбудсмана на постоянной основе или хотя бы при рассмотрении вопросов, которые входят предметно в сферу его деятельности, что повысит степень доверия предпринимателей к системе конституционного контроля в субъектах РФ.

Арбитражные суды также выступают одним из важнейших элементов механизма защиты прав предпринимателей. Данная деятельность является для таких судов особой, но не единственной, поскольку «в аспекте функционально-предметного подхода судебная защита конституционных прав граждан в арбитражном процессе представляет собой... деятельность арбитражного суда по обеспечению необходимого результата применения конституционно-правовых норм в части, касающейся регулирования политических, духовных, личных и материальных благ, составляющих интерес субъекта, обратившегося в арбитражный суд» [7. С. 121]. При этом достаточно распространенное мнение о специализированном характере судебно-арбитражной юрисдикции спорно, поскольку «АПК Российской Федерации регламентирует осуществление правосудия на особой “юрисдикционной территории”, где вполне может возникнуть любой общегражданский спор» [8. С. 12] (к примеру, дела о банкротстве физических лиц), следовательно, «характеристика арбитражных судов как специализированных ушла в прошлое» [9. С. 31].

Для субъектов предпринимательской деятельности арбитражные суды являются самыми востребованными, что обусловлено специфической подведомственностью дел по экономическим спорам и другим делам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности арбитражным судам. За счет четкой организации работы арбитражных судов, широкого внедрения различных упрощенных форм судо-

производства, системы электронного уведомления сторон, электронной подачи заявлений, арбитражные суды по оперативности работы схожи с ритмом работы предпринимателей, которые ценят оперативность и удаленные формы взаимодействия.

Относительно специализированных арбитражных судов можно отметить следующее: в настоящее время создан Суд по интеллектуальным правам, который является специализированным арбитражным судом, рассматривающим в пределах своей компетенции в качестве суда первой и кассационной инстанций дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав.

Востребованность данного суда велика. В структуре дел, рассмотренных Судом по интеллектуальным правам по первой инстанции «за первое время своей работы, 48% составляют дела о досрочном прекращении охраны товарного знака. Среди дел, связанных с защитой интеллектуальных прав (рассмотренных в качестве суда кассационной инстанции), 19% составляют дела с нарушением авторских прав, 7% – с нарушением смежных прав и около 5% дел связаны с нарушением прав на патенты, остальные – нарушения прав на товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования» [10]. Данная тенденция наблюдается и в настоящее время.

Также Судом по интеллектуальным правам проводится работа по созданию службы медиаторов при суде. «Медиация должна стать весьма эффективным механизмом разрешения спора на досудебной стадии, ведь согласно статистике в не менее чем 15% споров (в том числе в области интеллектуальных прав) стороны готовы к примирению, не вовлекаясь в судебные тяжбы» [11. С. 82].

Для правоприменительной практики в целом и защиты прав предпринимателей большое значение имеют анализ и обобщение судебной практики Судом по интеллектуальным правам, что «находит отражение в аналитических и информационных справках» [12. С. 41], а также результатах заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам. Изучение материалов за период функционирования Суда позволяет прийти к выводам, что данная площадка активно используется субъектами предпринимательской деятельности для отстаивания интересов в спорах с Роспатентом. В информационно-аналитических материалах заявители могут найти полезную информацию по организации деятельности по отстаиванию своих интересов в Суде по интеллектуальным спорам, например получить информацию о необходимой доказательственной базе по отдельным категориям дел (примером может служить Информационная справка, подготовленная по результатам обобщения судебной практики Суда по интеллектуальным правам в качестве суда кассационной инстанции с учетом практики Верховного Суда Российской Федерации, по вопросам, возникающим при оценке доказательств в делах о защите исключительных прав исполнителей и изготовителей фонограмм, утвержденная Постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 07 де-

кабря 2017 г. № СП-23/36 по результатам обсуждения с участием членов Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам) [13].

Суды общей юрисдикции в системе судов занимают особое место, поскольку рассматривают все споры, не отнесенные к компетенции других судов. Несмотря на то что споры из предпринимательской деятельности чаще всего разрешаются в арбитражных судах, защита прав и свобод субъектов предпринимательской деятельности осуществляется и судами общей юрисдикции, если спор возник не из предпринимательских отношений. Среди таких дел можно назвать споры о праве на недвижимое имущество, находящееся на территории РФ, споры, возникающие из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории РФ, споры о восстановлении прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя или ордерным ценным бумагам, а также рассмотрение заявлений граждан и организаций на неправомерные действия и решения органа государственного управления и должностного лица, считающих, что их права и свободы нарушены (если речь не идет о предпринимательской деятельности).

Принципы организации и деятельности судов общей юрисдикции нередко вызывают нарекания как в научных кругах, так и среди участников судопроизводства, поскольку судебный процесс может длиться достаточно долго, рассмотрение дела, назначенного на определенное время, может осуществляться в другое время, поскольку предыдущий процесс не закончился и т.п.. Подобные обстоятельства обусловлены и объективными причинами: большой загруженностью судов общей юрисдикции по сравнению с арбитражными судами, разнообразием категорий дел, отсутствием специализации судей, хотя формально такое разграничение осуществляется. Существующие проблемы нуждаются в решении, поскольку эффективность судебной системы должна повышаться, что позитивно отразится как на восприятии населением работы судов, так и на гармоничности самой системы.

Особое место в государственном механизме защиты прав и свобод человека и гражданина занимают органы исполнительной власти и прокуратура. Деятельность органов исполнительной власти в процессе защиты прав и свобод человека и гражданина в целом и предпринимателей в частности прежде всего связана с рассмотрением различных обращений граждан, а также проведением различных форм реализации государственно-властных полномочий органами исполнительной власти.

Специфика предложений, заявлений, жалоб позволяет сделать вывод о том, что рассмотрение жалоб как «просьбы гражданина о восстановлении или защите его нарушенных прав, свобод или законных интересов либо прав, свобод или законных интересов других лиц» [14] и заявления как «просьбы гражданина о содействии в реализации его конституционных прав и свобод или конституционных прав и свобод других лиц, либо сообщение о нарушении законов и иных нормативных правовых актов, недостатках в работе государственных органов, органов местного самоуправ-

ления и должностных лиц, либо критика деятельности указанных органов и должностных лиц» [14] можно рассматривать как элемент защиты, рассмотрение предложений следует расценивать как элемент охраны, поскольку речь не идет о нарушении какого-либо права.

Характеризуя в целом деятельность органов исполнительной власти как правоохранительного блока, так и иных органов власти с позиции удовлетворенности населения их деятельностью по защите прав предпринимателей, стоит отметить невысокий уровень доверия и низкую эффективность такой системы. Многие респонденты, которые были опрошены нами, отмечают среди нарушителей их прав именно органы исполнительной власти (включая правоохранительные органы) – в среднем около 45% (47% в 2017 г., 45% в 2016 г., 46% в 2012 г.).

Оценивая место органов исполнительной власти в государственном механизме защиты прав и свобод человека и гражданина в сфере предпринимательской деятельности в современной России, можно сделать вывод, что скорее данные органы расцениваются предпринимателями как главные нарушители прав, а не их защитники.

Исследования, проведенные Уполномоченным при Президенте РФ по защите прав предпринимателей Б.Ю. Титовым, показывают, что существуют следующие проблемы взаимодействия органов исполнительной власти с предпринимателями. Во-первых, происходит усиление давления на бизнес через увеличение количества возбужденных уголовных дел по экономическим преступлениям, при этом «до 80% уголовных дел, возбужденных правоохранительными органами по экономическим статьям, не доходят до суда (однако по ним проводятся обыски, допросы сотрудников предприятий, партнеров, изымаются документы, накладываются аресты на имущество и др.)» [15], при этом выявляется значительное число нарушения уголовного процессуального законодательства должностными лицами правоохранительных органов, при этом ответственность за данные деяния не соразмерна его тяжести. Во-вторых, «несмотря на масштабную работу по реформированию контрольно-надзорной деятельности за последние годы в части ликвидации избыточных, устаревших и дублирующих требований существенно продвинуться так и не удалось, что является основным фактором риска при переходе на риск-ориентированный подход и может свести на нет все положительные результаты реформы контрольно-надзорной деятельности» [16], что нельзя признать позитивным, поскольку органы исполнительной власти имеют инструмент давления на субъектов предпринимательской деятельности.

Несмотря на то что вопросы организации и деятельности прокуратуры закреплены в Конституции России в главе «Судебная власть и прокуратура» по функциональному признаку органы прокуратуры ближе к органам исполнительной власти, хотя имеют свою специфику, что позволяет их наряду со Счетной палатой РФ, контрольно-счетными палатами субъектов РФ отнести к контрольной власти. Отметим, что «содержание правозащитной деятельности прокуратуры Российской Федерации включает надзор-

ную и ненадзорную составляющие. Первой охватывается деятельность прокуратуры по надзору за соблюдением прав и свобод человека и гражданина установленным (поднадзорным) кругом субъектов соответствующих правоотношений. Она законодательно обусловлена и имеет четкие цель, объект, предмет, принципы, формы реализации и выражения. Вторая имеет инициативную природу, проявляется во взаимодействии с субъектами, не поднадзорными прокуратуре, в части их совместного участия в защите прав и свобод человека и гражданина в России» [17. С. 10].

В свою очередь, как показал опрос, результаты которого приведены выше, органы прокуратуры рассматриваются предпринимателями как один из ведущих звеньев механизма государственной защиты, что является следствием особого места прокуратуры в системе органов государственной власти.

Достаточно интересным с точки зрения анализа является определение роли института уполномоченных по правам человека в системе государственного механизма защиты прав предпринимателей в России. Уполномоченный по правам человека в РФ, уполномоченные по правам человека в субъектах РФ, уполномоченный при Президенте РФ по защите прав предпринимателей, уполномоченные по защите прав предпринимателей в субъектах РФ составляют «систему государственных специализированных органов по содействию правам человека и их защите» [18. С. 117]. Указанная система создана как для обеспечения базовых потребностей в защите прав и свобод, так и потребностей отдельной группы граждан (предпринимателей), причем наличие специализированного органа по защите прав предпринимателей не означает, что они лишены возможности обращения к «классическому» уполномоченному. В частности, в докладе Уполномоченного по правам человека в РФ за 2016 г. отмечается, что обращения к Уполномоченному в защиту свободы предпринимательства являются частью группы обращений, касающихся экономических прав: в 2016 г. количество таких обращений составило 0,9%, в 2015 г. – 1%, в 2014 г. – 0,4% от всех обращений к уполномоченному в защиту экономических прав и свобод [19]. Данная статистика показывает, что большая часть обращений предпринимателей направляются к специализированным уполномоченным, однако Уполномоченный по правам человека в РФ взаимодействует с Уполномоченным при Президенте РФ по защите прав предпринимателей, что дает возможность реагировать как на обращения предпринимателей, поступивших в адрес как «классического», так и специализированного уполномоченного.

Анализ докладов уполномоченных по правам человека в Красноярском крае, Республике Бурятия, Иркутской, Томской области за 2017 г. показывает, что предприниматели не используют данный институт для защиты своих прав: заявители непосредственно обращаются к специализированному уполномоченному.

Иными словами, деятельность института уполномоченных по правам человека направлена на защиту прав предпринимателей, однако наличие

специализированного института дает возможность субъектам предпринимательской деятельности использовать средства субсидиарной защиты.

Положение уполномоченных по защите прав предпринимателей в РФ и ее субъектах в системе государственной защиты прав субъектов предпринимательской деятельности можно охарактеризовать следующим образом. Становление и развитие указанного института являются тенденцией последнего времени, несмотря на то что уполномоченные являются «государственными структурами, они способствуют становлению и развитию институтов гражданского общества» [20. С. 146]. Доверие граждан к указанным структурам продолжает увеличиваться: так, по словам опрошенных аппаратом Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Иркутской области, на территории области 85% мужчин и 82% женщин знают о существовании института Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей; 75% мужчин и 64,1% женщин в г. Иркутске знают о существовании института Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Иркутской области, в регионе 32% мужчин и 36% женщин ответили положительно на данный вопрос [21]. Вывод, который сделан Уполномоченный по правам предпринимателей в Иркутской области в докладе за 2017 г., считаем применимым ко всем регионам России: дальнейшее развитие малого бизнеса в субъекте невозможно без поддержки со стороны государственных и муниципальных органов, предпринимательское сообщество рассчитывает на партнерские отношения с властью и крупным бизнесом, для самостоятельного развития предпринимательской активности собственных ресурсов региона и усилий предпринимательского сообщества недостаточно. Во многом это обусловлено проблемами российского бюджетного федерализма, поскольку «многие налоговые поступления направляются не в региональный или местный бюджет» [22. С. 1412], а в федеральный бюджет Российской Федерации.

Анализ существующего в настоящее время государственного механизма защиты прав предпринимателей в Российской Федерации показал наличие разветвленной системы органов публичной власти, задействованных в защите прав предпринимателей. Для большинства из них защита указанных субъектов носит общий характер, специально для этого действует институт уполномоченных по защите прав предпринимателей, что позволяет решать проблемы субъектов предпринимательской деятельности. Вместе с тем иные элементы государственного механизма защиты указанных субъектов не могут быть исключены из системы защиты, поскольку они выполняют базовые полномочия по защите всех прав и свобод человека и гражданина.

Литература

1. Смирнов А.П. Соотношение понятий «Охрана прав» и «Защита прав» // Вестник Томского государственного университета. 2010. № 331. С. 123–125.
2. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М. : Экзамен, 2005. 384 с.

3. Железнов Б.Л. Механизм государственной защиты основных прав и свобод // Вестник ТИСБИ. 2002. № 3. С. 19–24.

4. Гусева А.Л. Конституционно-правовой механизм защиты права на свободу предпринимательской деятельности в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 28 с.

5. Несмеянова С.Э. Роль Конституционного Суда Российской Федерации в развитии концепции «конституционной экономики» // Бизнес, менеджмент и право. 2011. № 2 (24). С. 16–20.

6. По делу о проверке конституционности пункта 8 статьи 75, подпункта 3 пункта 1 статьи 111 и подпункта 23 пункта 2 статьи 149 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой акционерного общества «Флот Новороссийского морского торгового порта» : постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 2017 г. № 34-П // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.11.2017).

7. Храмушин В.В. Теоретико-правовые основы юрисдикционной формы защиты конституционных прав граждан в арбитражном процессе // Правовая политика и правовая жизнь. 2016. № 1. С. 118–121.

8. Пономаренко В.А. О соотношении гражданского и арбитражного процессов : судопроизводственный, судоустройственный, системно-законодательный и теоретико-правовой аспекты // Юрист. 2013. № 16. С. 9–14.

9. Ярков В.В. Арбитражным судам 20 лет: достижения и перспективы // Закон. 2012. № 1. С. 30–36.

10. Носкова Е. Бренд уплыл из рук. Правовая безграмотность может привести к потере товарного знака // Российская газета. 2014. 13 мая.

11. Кулагина Ю.С. Арбитражный суд по интеллектуальным правам в Российской Федерации // Правовое регулирование деятельности хозяйствующего субъекта : материалы 13-й Междунар. науч.-практ. конф. Самара : Изд-во Самар. гос. экон. ун-та, 2014. С. 81–83.

12. Васильева Е.Н. Юрисдикционная форма защиты в области патентного права // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2017. Т. 12, № 6. С. 25–43.

13. Информационная справка, подготовленная по результатам обобщения судебной практики Суда по интеллектуальным правам в качестве суда кассационной инстанции с учетом практики Верховного Суда Российской Федерации, по вопросам, возникающим при оценке доказательств в делах о защите исключительных прав исполнителей и изготовителей фонограмм: утверждена Постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 07 декабря 2017 г. № СП-23/36 по результатам обсуждения с участием членов Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам. URL: <http://ipcmagazine.ru/official-cronicle/on-protection-of-exclusive-rights-of-performers-and-producers-of-phonograms> (дата обращения: 15.03.2018).

14. О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: Федеральный закон от 02 мая 2006 г. № 59-ФЗ // Российская газета. 2006. 05 мая.

15. Бизнес под уголовным прессом: решения (аналитический доклад Уполномоченного при Президенте России по правам предпринимателей за 2017 год). URL: <http://doklad.ombudsmanbiz.ru/2017/pdf/4.pdf> (дата обращения: 30.03.2018).

16. Административный климат в Российской Федерации (приложение к докладу Уполномоченного при Президенте России по правам предпринимателей Президенту Российской Федерации за 2017 год). URL: <http://doklad.ombudsmanbiz.ru/2017/pdf/7.pdf> (дата обращения: 30.03.2018).

17. Бойченко С.И. Правозащитная деятельность прокуратуры Российской Федерации: конституционно-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2009. 23 с.

18. Чуксина В.В. Проблема типологии национальных институтов по содействию и защите прав человека // Известия Иркутской государственной экономической академии. 2012. № 6. С. 116–121.

19. Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в РФ за 2016 год. URL: http://ombudsmanrf.org/www/upload/files/docs/appeals/doc_2016_medium.pdf (дата обращения: 03.04.2018).

20. Микова Е.Б. Финансовый уполномоченный и медиация как новые институты защиты конституционных прав граждан Российской Федерации // Известия Иркутской государственной экономической академии. 2012. № 4. С. 146.

21. Ежегодный доклад Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Иркутской области за 2017 год. URL: http://www.ombudsmanbiz-irk.ru/files/uploads/files/Доклад_бизнес-омбудсмен_2017 (дата обращения: 03.04.2018).

22. Васильева Н.В. Распределение доходов между различными уровнями публичной власти // Lex Russica. 2014. Т. XXVII, № 12. С. 1411–1419.

Yakimova Ekaterina M., Baikal State University (Irkutsk, Russian Federation)

STATE MECHANISM OF PROTECTION OF SUBJECTS OF ENTREPRENEURIAL ACTIVITY IN MODERN RUSSIA

Key words: state, protection, authorities, human rights.

DOI: 10.17223/22253513/28/8

Issues of legal protection of business entities are actively discussed in the Russian legal science. The results of such studies show the importance of both a state and non-state mechanism for the protection of rights and freedoms. The state mechanism for the protection of rights and freedoms has a large number of advantages over the non-state mechanism due to its ramification and the possibility of applying measures of state coercion. However, the mechanism in question does not fully fulfill the functions of protecting the rights and freedoms of the citizen of the citizen as a whole and entrepreneurs in particular.

Determining the level of people's satisfaction with the functioning of the state mechanism for protecting the rights and freedoms of entrepreneurs makes it possible to expand the idea of possible ways of improving state human rights activities. The study of the state mechanism for the protection of rights and freedoms from the position of determining its delineation of powers in the field of protecting entrepreneurs and the application of the method of questioning entrepreneurs permitted a comprehensive approach to the problem of identifying the essence of this mechanism. During the research, the presence of common and specialized elements of the mechanism of state human rights activity was revealed. It is proved that the appeal to the state authorities that do not specialize in protecting the rights of entrepreneurs is also in demand and is necessary as the use of the mechanism of the commissioners for the protection of the rights of entrepreneurs.

The introduction in Russia both at the federal and regional level of the institution of commissioners for the protection of the rights of entrepreneurs allows many times to improve the effectiveness of the state mechanism for the protection of business entities. Specialized commissioners in their reports and generalizations actively discuss the problems of entrepreneurship in modern Russia, which actualizes the topic of improving the effectiveness of the mechanism for protecting entrepreneurs. Important for the development of this institution seems to be an increase in the forms of interaction between the empowered to protect the rights of entrepreneurs and non-specialized state human rights bodies. A further increase in the practice of the functioning of the state mechanism for the protection of business entities will allow the accumulation of more material to analyze the effectiveness of this mechanism. The study of public opinion for the following periods will also allow to deepen knowledge about such phenomenon as the state mechanism of protection of subjects of entrepreneurial activity.

References

1. Smirnov, A.P. (2010) Protection and security of rights: correlation of concepts. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 331. pp. 123–125. (In Russian).
2. Gavrilov, E.P. (2005) *Kommentariy k Zakonu ob avtorskom prave i smezhnykh pravakh* [Commentary to the Law on Copyright and Related Rights]. Moscow: Ekzamen.
3. Zhelezov, B.L. (2002) Mekhanizm gosudarstvennoy zashchity osnovnykh prav i svobod [The mechanism of state protection of fundamental rights and freedoms]. *Vestnik TISBI*. 3. pp. 19–24.
4. Guseva, A.L. (2013) *Konstitutsionno-pravovoy mekhanizm zashchity prava na svobodu predprinimatel'skoy deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii* [Constitutional and legal mechanism for the protection of the right to freedom of business in the Russian Federation]. Abstract of Law Cand. Diss. Moscow.
5. Nesmeyanova, S.E. (2011) The role of the RF Constitutional Court in the development of the “constitutional economy” concept. *Biznes, menedzhment i pravo – Business, Management and Law*. 2(24). pp. 16–20. (In Russian).
6. Constitutional Court of the Russian Federation. (2017) On verification of constitutionality of Clause 8, Article 75, Subparagraph 3, Clause 1, Article 111 and Subparagraph 23 of Clause 2, Article 149 of the Tax Code of the Russian Federation in connection with the complaint of the joint-stock company “Flot Novorossiyskogo morskogo trgovogo porta”: Decision No. 34-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 28, 2017. [Online] Available from: <http://www.pravo.gov.ru>, (Accessed: 30th November 2017). (In Russian).
7. Khramushin, V.V. (2016) Teoretiko-pravovyye osnovy yurisdiktsionnoy formy zashchity konstitutsionnykh prav grazhdan v arbitrazhnom protsesse [Theoretical and legal bases of jurisdictional form of protection of the constitutional rights of citizens in arbitration process]. *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*. 1. pp. 118–121.
8. Ponomarenko, V.A. (2013) On correlation of civil and arbitrazh procedures: judicial-proceeding, systemic law-making and theoreticallaw aspects. *Yurist – Jurist*. 16. pp. 9–14. (In Russian).
9. Yarkov, V.V. (2012) Arbitrazhnym sudam 20 let: dostizheniya i perspektivy [Twenty years to Arbitration Courts: Achievements and Prospects]. *Zakon*. 1. pp. 30–36.
10. Noskova, E. (2014) Brend uplyl iz ruk. Pravovaya bezgramotnost' mozhet privesti k potere tovarnogo znaka [Brand swam out of hand. Legal illiteracy can lead to the loss of a trademark]. *Rossiyskaya gazeta*. 13th May. (In Russian).
11. Kulagina, Yu.S. (2014) [Arbitration court for intellectual rights in the Russian Federation]. *Pravovoye regulirovaniye deyatel'nosti khozyaystvuyushchego sub'yekta* [Legal Regulation of the Business Entity]. Proc. of the Thirteenth International Conference. Samara: Samara State Economic University. pp. 81–83. (In Russian).
12. Vasilyeva, E.N. (2017) Jurisdictional Form of Protection in the Field of Patent Law. *Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossiyskoy akademii nauk – Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 12(6). pp. 25–43. (In Russian).
13. Presidium of the Court on Intellectual Rights. (2017) Information note prepared on the basis of the generalization of the judicial practice of the Court of Intellectual Rights as a court of cassation, taking into account the practice of the Supreme Court of the Russian Federation, on issues arising in the evaluation of evidence in cases of protection of exclusive rights of performers and phonogram producers: approved by Decree No. SP-23/36 of the Presidium of the Court on Intellectual Rights of December 7, 2017, on the results of the discussion with the participation of members of the Scientific Advisory Council at the Court of Intellectual Property rights. [Online] Available from: <http://ipcmagazine.ru/official-cronicle/on-protection-of-exclusive-rights-of-performers-and-producers-of-phonograms>. (Accessed: 15th March 2018). (In Russian).

14. Russian Federation. (2006) O poryadke rassmotreniya obrashcheniy grazhdan Rossiyskoy Federatsii : Federal'nyy zakon ot 02 maya 2006 g. № 59-FZ [On the order of consideration of applications of citizens of the Russian Federation: Federal Law No. 59-FZ of May 2, 2006]. *Rossiyskaya gazeta*. 5th May.

15. Ombudsman for Human Rights of the President of Russia. (2017) *Biznes pod ugovornym pressom: resheniya (analiticheskiy doklad Upolnomochennogo pri Prezidente Rossii po pravam predprinimateley za 2017 god)* [Business under the criminal press: decisions (analytical report of the Ombudsman for Human Rights of the President of Russia for 2017)]. [Online] Available from: <http://doklad.ombudsmanbiz.ru/2017/pdf/4.pdf>. (Accessed: 30th March 2018).

16. Ombudsman for the Rights of Entrepreneurs to the President of the Russian Federation. (2017) *Administrativnyy klimat v Rossiyskoy Federatsii (prilozheniye k dokladu Upolnomochennogo pri Prezidente Rossii po pravam predprinimateley Prezidentu Rossiyskoy Federatsii za 2017 god)* [Administrative climate in the Russian Federation (Appendix to the report of the Ombudsman for the Rights of Entrepreneurs to the President of the Russian Federation for 2017)]. [Online] Available from: <http://doklad.ombudsmanbiz.ru/2017/pdf/7.pdf>. (Accessed: 30th March 2018).

17. Boychenko, S.I. (2009) *Pravozashchitnaya deyatel'nost' prokuratury Rossiyskoy Federatsii: konstitutsionno-pravovoye issledovaniye* [Human rights activities of the Prosecutor's Office of the Russian Federation: constitutional and legal research]. Abstract of Law Cand. Diss. Belgorod.

18. Chuksina, V.V. (2012) Typology of national institutions for promotion and protection of human rights. *Izvestiya Irkutskoy gosudarstvennoy ekonomicheskoy akademii – Bulletin of Baikal State University*. 6. pp. 116–121. (In Russian).

19. Ombudsmanrf.org. (2016) *Doklad o deyatel'nosti Upolnomochennogo po pravam cheloveka v RF za 2016 god* [Report on the activities of the Ombudsman for Human Rights in the Russian Federation for 2016]. [Online] Available from: http://ombudsmanrf.org/www/upload/files/docs/appeals/doc_2016_medium.pdf. (Accessed: 3rd April 2018).

20. Mikova, E.B. (2012) Financial authorized representative and mediation as new institutions to protect the constitutional rights of citizens of the Russian Federation. *Izvestiya Irkutskoy gosudarstvennoy ekonomicheskoy akademii – Bulletin of Baikal State University*. 4. pp. 146. (In Russian).

21. Ombudsman for the Protection of the Rights of Entrepreneurs in Irkutsk Region. (2017) *Yezhegodnyy doklad Upolnomochennogo po zashchite prav predprinimateley v Irkutskoy oblasti za 2017 god* [Annual report of the Ombudsman for the Protection of the Rights of Entrepreneurs in Irkutsk Region for 2017]. [Online] Available from: http://www.ombudsmanbiz-irk.ru/files/uploads/files/Doklad_biznes-ombudsmen_2017. (Accessed: 3rd April 2018).

22. Vasilyeva, N.V. (2014) Raspredeleniye dokhodov mezhdru razlichnymi urovnymi publichnoy vlasti [Distribution of income between different levels of public authority]. *Lex Russica*. 12. pp. 1411–1419.

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

УДК 341.983.42

DOI: 10.17223/22253513/28/9

Т.Ю. Баришпольская

ПРИМЕНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ИНОСТРАННОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Анализируется один из аспектов правоприменительной деятельности – установление содержания норм иностранного частного права при рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом. Предметом анализа выступают как законодательные положения, так и правовые позиции, сформулированные Пленумом Верховного Суда Российской Федерации относительно доказательственной деятельности сторон процесса по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права.

Ключевые слова: арбитражный суд, содержание иностранного частного права, правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации.

Как известно, одной из основных особенностей правоприменительной деятельности при разрешении судами, в том числе арбитражными судами, дел из частных правоотношений «с иностранным элементом» является необходимость применения коллизионных норм, позволяющих избрать компетентный правовой порядок. В свою очередь привязка коллизионной нормы может указать на подлежащее применению материальное право иностранного государства. Возможность и необходимость применения иностранного частного права предусмотрены непосредственно нормами ст. 1191 ГК РФ, ст. 14 АПК РФ и, конечно же, обусловлены действием многочисленных коллизионных норм, содержащихся в различных законодательных актах и международных договорах.

Необходимость применения судами РФ иностранного частного права создает в целом парадоксальную ситуацию, когда правоприменитель, не будучи обязанным знать иностранное право, должен его применять.

В связи с этим в российском законодательстве предусмотрены правила о порядке применения иностранного права.

В данном контексте предметом анализа выступают законодательные положения и правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации, реализация которых дает возможность установить содержание норм иностранного права и правильно их применить.

Основополагающее значение здесь имеют нормы п. 1 ст. 1191 ГК, п. 1 ст. 14 АПК, предусматривающие критерии установления содержания иностранного права: «Суд устанавливает содержание норм иностранного права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве». Очевидно, что законодатель предъявляет довольно высокие требования к деятельности суда. Чтобы им соответствовать, суд должен иметь возможность получения информации об иностранном праве. Поэтому следующим шагом законодателя не могло не стать закрепление процессуальных форм получения сведений об иностранном праве, подлежащем применению по делу.

В целом можно отметить, что закон наделяет правоприменителя довольно широким арсеналом правовых средств получения необходимой информации об иностранном праве. Как известно, все эти средства предусмотрены нормами п. 2 ст. 1191, п. 2 ст. 14 АПК.

При этом вопросы, связанные с установлением арбитражными судами содержания норм иностранного права, впервые получили подробное разъяснение в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 23 от 27 июня 2017 г. «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» (далее Постановление) [1].

Причем правовые позиции Верховного Суда сформулированы в отношении не всех, а определенных, предусмотренных законом правил получения информации об иностранном праве.

Представляется, что анализу содержания правовых позиций Верховного Суда должно предшествовать обращение к самим законодательным положениям, выступающим объектом официального судебного толкования.

Прежде всего предметом разъяснения со стороны Пленума Верховного суда выступают нормы п. 2 ст. 14 АПК РФ и п. 2 ст. 1191 ГК РФ (п. 44 Постановления).

В соответствии с нормой абз. 3 п. 2 ст. 1191 ГК «по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права может быть возложена судом на стороны».

Норма абз. 3 п. 2 ст. 14 АПК совпадает по смыслу с данной нормой ГК, но текстуально выражена несколько иначе: «...по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской и иной экономической деятельности, обязанность доказывания содержания норм иностранного права может быть возложена судом на стороны».

Однако само по себе существование этих норм в системе правил, призванных в конечном итоге служить установлению содержания норм иностранного права, представляется довольно спорным. Суть возражений фокусируется в ключевом термине «обязанность». Если бы в законе было закреплено только соответствующее право сторон, то такое управомочие следовало бы признать совершенно оправданным в контексте оказания содействия суду в установлении истины по делу.

В то же время возможность возложения на стороны предусмотренной в обеих нормах обязанности порождает ряд вопросов, только получив соответствующие ответы на которые, можно было бы обосновать существующее законодательное решение.

Прежде всего возложение на стороны обязанности по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права можно было бы признать заслуживающей поддержки и эффективной мерой, если бы у сторон были какие-то особые правовые возможности получения соответствующих сведений. Именно правовые, официальные возможности.

Конечно, следует исходить из того, что стороны по делу – это предприниматели, профессиональные участники рынка, к тому же часто осуществляющие деятельность в стране, право которой подлежит применению. Но в любом случае их возможности получения сведений об иностранном праве несравнимы с возможностями органов правосудия хотя бы потому, что здесь для сторон не предусмотрена никакая юридическая процедура. В то же время суду закон предоставляет широкие правомочия (п. 2 ст. 1191 ГК, п. 2 ст. 14 АПК), реализация которых позволяет получить необходимую и главное достоверную информацию о применимом праве.

Думается, второй аспект, связанный с возложением на стороны обязанности по доказыванию содержания норм иностранного права, заключается в анализе правовых последствий ненадлежащего исполнения этой обязанности.

В соответствии с нормами п. 3 ст. 41 АПК «лица, участвующие в деле, несут процессуальные обязанности, предусмотренные настоящим Кодексом и другими федеральными законами или возложенные на них арбитражным судом в соответствии с настоящим Кодексом».

Неисполнение процессуальных обязанностей лицами, участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные настоящим Кодексом последствия».

Так, если стороны не исполняют свои обязанности по доказыванию фактов, входящих в основание иска или обосновывающих возражения против иска, то это может повлечь отказ в удовлетворении исковых требований или, наоборот, удовлетворение иска.

Если же стороны не предоставят сведения о содержании норм применимого иностранного материального права или предоставят недостаточные сведения, то в соответствии с нормами п. 3 ст. 1191 ГК и п. 3 ст. 14 АПК это может повлечь в конечном итоге возникновение ситуации невозможности применения норм иностранного права ввиду неустановления их содержания и, соответственно, необходимость применения норм российского материального права, на основании которого дело будет разрешено по существу. Но такие последствия наступают в крайнем случае: ведь исполнение или неисполнение сторонами рассматриваемой обязанности не снимает с суда обязанности принять все предусмотренные законом меры (ст. 1191 ГК, 14 АПК) для установления содержания подлежащего применению иностранного права. На эту обязанность суда обращается особое внимание в Постановлении Пленума Верховного Суда (абз. 2 п. 44).

Также и в правовых исследованиях по данному вопросу подчеркивается, что «недоказанность» содержания норм иностранного права «не может быть причиной отказа в иске, как это имеет место при недоказанности фактических обстоятельств. Выяснить содержание норм иностранного права... в первую очередь обязан суд. Поэтому непредставление, например, истцом должной информации на этот счет не может иметь своей санкцией отказ в иске» [2. С. 77].

Пожалуй, в качестве если не санкции, то неблагоприятного последствия для стороны, не исполнившей возложенной на нее судом обязанности по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права, можно было бы рассматривать предусмотренную абз. 5 п. 44 Постановления последующую невозможность ссылаться на неустановление арбитражным судом содержания норм иностранного права, если арбитражный суд принял достаточные меры для его установления.

Но очевидно, что те же последствия (невозможность для стороны по делу ссылаться на неустановление судом содержания норм иностранного права) наступят и в случае, если сторона исполняла в процессе данную обязанность, суд также принял все предусмотренные законом меры для установления содержания норм иностранного права, однако это содержание установить не удалось. Таким образом, указанные правовые последствия могут быть и результатом безупречного в смысле исполнения правовых требований поведения субъектов процесса.

Вопрос о санкциях за неисполнение сторонами обязанности по предоставлению сведений об иностранном праве исследовался в отечественной доктрине.

Так, Ю.А. Тимохов в подтверждение вывода о наличии таких санкций ссылается на нормы ст. 125, далее ст. 128, 129 АПК, где устанавливаются такие меры как оставление искового заявления без движения, возвращение искового заявления, если истец не сошелся в исковом заявлении на нормы права (по смыслу и иностранного права) в обоснование своих требований [2. С. 70–71]. Но в АПК (ст. 125) речь идет именно о ссылке на нормы, что, видимо, не равнозначно обязанности по предоставлению сведений о содержании иностранного права или по доказыванию содержания норм иностранного права в смысле требований ст. 1191 ГК и ст. 14 АПК.

Кроме того обязанность указать в исковом заявлении на применимые нормы возникает и исполняется на ранней стадии процесса – стадии возбуждения дела. Обязанность же доказывания содержания норм иностранного права появляется независимо от вышеуказанной обязанности после возбуждения дела. К тому же она может вообще не возникнуть, если суд не сочтет необходимым возложить на стороны обязанность по предоставлению сведений о содержании иностранного права.

На основании изложенного можно прийти к выводу, что в правовых нормах соответствующая обязанность сторон не сопряжена с какими-либо санкциями. В таком случае можно ли рассматривать ее как юридическую обязанность? Также здесь следует подчеркнуть, что вряд ли необходи-

мость применения российского материального права в случае неустановления содержания иностранного материального права (п. 3 ст. 1191 ГК, п. 3 ст. 14 АПК) можно считать последствием санкционного характера.

Наконец, нормы о возможности возложения на стороны обязанности по доказыванию содержания иностранного права настолько расширяют границы состязательности судебного процесса, что вступают в противоречие с положениями процессуального законодательства о доказательствах и доказывании: каждая сторона должна не только доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений (п. 1 ст. 56, п. 1 ст. 65 АПК), но и доказывать содержание норм применимого иностранного права [2. С. 74].

Переходя к анализу и оценке разъяснений Верховного Суда относительно соответствующих законодательных положений, следует отметить, что именно существующее нормативное регулирование, как представляется, обуславливает некоторую вызывающую вопросы неоднозначность правовых позиций высшей судебной инстанции в данном вопросе.

Прежде всего заслуживают внимания разъяснения относительно могущих быть представленными сторонами источников сведений о содержании норм иностранного права.

Это, как указано в Постановлении, тексты иностранных правовых актов, ссылки на источники опубликования иностранных правовых актов (абз. 3 п. 44). Данное разъяснение сделано «в русле» законодательных положений и само по себе лишь конкретизирует их. Но в итоге получается, что суд будет руководствоваться текстами нормативных правовых актов, полученных не из официальных источников, а от сторон по делу, и эти сведения он вправе положить в основу судебного решения. Или же получение таких сведений от сторон означает поступление лишь предварительной информации с последующей обязанностью суда обратиться уже самостоятельно к официальным источникам? И законодательная формулировка, и сформулированная на ее основе правовая позиция Верховного Суда оставляют этот вопрос открытым.

К числу сведений о содержании норм иностранного права согласно позиции Верховного Суда могут относиться также «заклучения о содержании норм иностранного права, подготовленные лицами, обладающими специальными познаниями в данной области».

Особо обращается внимание на то, что «заклучение о содержании норм иностранного права, подготовленное лицом, обладающим специальными познаниями в данной области, не является экспертным заключением по смыслу статей 55, 82, 83, 86 АПК РФ, и правила о назначении экспертизы не распространяются на подобного рода заключения о содержании норм иностранного права» (абз. 4 п. 44 Постановления).

Также в данном случае, видимо, не приходится говорить и о выводах, сделанных специалистом (ст. 55.1 АПК), поскольку в соответствии с законом специалист дает консультации, а не заключения. Таким образом заключение, о котором идет речь в п. 44 Постановления, не является ни за-

ключением эксперта, ни консультацией специалиста. Тогда к какой категории доказательств (п. 2 ст. 64 АПК) его следует отнести? К письменным доказательствам? Иным документам и материалам?

Четкий ответ на этот вопрос тем более актуален, поскольку, видимо, такого рода заключения имеются в виду при формулировании правовой позиции, завершающей содержание п. 44 Постановления: «Арбитражный суд... вправе считать содержание норм иностранного права установленным, если представленное одной из сторон заключение по вопросам содержания норм иностранного права содержит необходимые и достаточные сведения и не опровергнуто при этом другой стороной путем представления сведений, свидетельствующих об ином содержании норм иностранного права».

Однако остается неясным, какова процессуальная природа указанного заключения, а также каковы критерии констатации «достаточности» сведений об иностранном праве, представленных в соответствующем заключении.

Кроме того, думается, подобная логика применима к формулированию выводов относительно устанавливаемых юридических фактов, но не содержания иностранного права. Действительно, если сторона по делу представила доказательства, подтверждающие искомые юридические факты и позволяющие сделать достоверные выводы об обстоятельствах, имеющих значение для дела, а представленные другой стороной доказательства не способны опровергнуть эти выводы, то суд вправе считать соответствующие обстоятельства установленными.

Но экстраполяцию такого подхода на установление содержания норм иностранного права вряд ли можно считать безусловно корректной: ведь если другая сторона и не представила сведений, свидетельствующих об ином содержании норм иностранного права, это не значит, что правоприменитель во всех подобных случаях получит объективно истинное знание об иностранном праве.

Исходя из вышеизложенного, следует заключить, что нормы абз. 3 п. 2 ст. 1191 ГК, абз. 3 п. 2 ст. 14 АПК ставят суд в довольно трудное положение, при котором он при вынесении решения вынужден руководствоваться сведениями о применимом праве, могущими вызывать сомнения в их достоверности. Эти нормы обуславливают и трудности при формулировании соответствующих правовых позиций Пленума Верховного Суда.

Поэтому представляется необходимым исключить как из ст. 1191 ГК, так и ст. 14 АПК норму о возложении на стороны обязанности предоставить сведения о содержании иностранного права (доказывания содержания норм иностранного права). Арбитражный суд может и должен в целях установления содержания норм иностранного права использовать широкий и представляющийся достаточным арсенал других правовых средств, предусмотренных нормами ст. 1191 ГК и ст. 14 АПК. При этом закрепление в законе права сторон содействовать суду в установлении содержания норм иностранного права представляется обоснованным.

Литература

1. *О рассмотрении* арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 23 от 27 июня 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 8. С. 15–26.

2. *Тимохов Ю.А.* Иностранное право в судебной практике. М. : Волтерс Клувер, 2004. 176 с.

Barishpolskaya Tatyana Yu., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation)

APPLICATION BY ARBITRATION COURTS OF FOREIGN PRIVATE LAW: LEGISLATIVE REGULATION AND LEGAL POSITIONS OF THE PLENUM OF THE SUPREME COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION

Keywords: arbitration court; the content of foreign private law; legal positions of the Supreme Court of the Russian Federation.

DOI: 10.17223/22253513/28/9

The subject of consideration in this article are the legislative provisions and legal positions of the Supreme Court of the Russian Federation, the implementation of which aims to establish the content of the rules of foreign private law in the arbitration courts of cases on economic disputes from legal relations with a foreign element.

As it is known, one of the main features of law enforcement in the resolution of courts, including arbitration courts, cases from private legal relations "with a foreign element" is the need to apply conflict of laws rules that allow to elect a competent law and order. In turn, the binding of the conflict-of-laws rule may point to the applicable substantive law of a foreign state. The possibility and necessity to apply foreign private law are provided directly by the provisions of article. 1191 civil code, Art. 14 of the APC and, of course, due to the action of numerous conflict of laws rules contained in various legislative acts and international treaties.

The need for the courts of the Russian Federation to apply foreign private law creates a paradoxical acceptance when the law enforcement officer, without being obliged to know foreign law, must apply it.

In this regard, the Russian legislation provides rules on the procedure for the application of foreign law. In this context, the subject of the analysis are the legislative provisions and legal positions of the Supreme Court of the Russian Federation, the implementation of which makes it possible to establish the content of the norms of foreign law and to apply them correctly.

Fundamental importance here are the rules of paragraph 1 of article 1191 of the civil code, paragraph 1 of article 14 of the APC, providing criteria for establishing the content of foreign law: "the Court establishes the content of foreign law in accordance with their official interpretation, practice and doctrine in the relevant foreign state." It is obvious that the legislator makes quite high demands on the activities of the court. In order to comply with them, the court must be able to obtain information about foreign law. Therefore, the next step of the legislator could not but be the consolidation of procedural forms of obtaining information about foreign law to be applied in the case. The first stage of the research is the analysis of legal norms providing for the possibility of court imposing on the parties (plaintiff and defendant) the obligation to provide information about the content of foreign law. The following is a discussion of the guidance provided by the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation on the relevant issues. On the basis of the arguments given in the article, conclusions and proposals aimed at improving the existing civil and arbitration procedural legislation are formulated.

References

1. The Supreme Court of the Russian Federation. (2017) On consideration by arbitration courts of cases on economic disputes arising from relations complicated by a foreign element: Resolution No. 23 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of June 27, 2017. *Byulleten' Verkhovnogo Suda Rossiyskoy Federatsii*. 8. pp. 15–26. (In Russian).
2. Timokhov, Yu.A. (2004) *Inostrannoye pravo v sudebnoy praktike* [Foreign Law in Judicial Practice]. Moscow: Walters Kluwer.

УДК 347.23

DOI: 10.17223/22253513/28/10

Н.Л. Бондаренко

СОЦИАЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ В КОНТЕКСТЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРИНЦИПА ЕЕ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ

Тенденцией современного законодательства является постоянное усиление социальной функции права частной собственности, основным содержанием которой является обращенное к собственнику требование, выражающееся формулой: «право частной собственности обязывает нести бремя общественного интереса». Общей чертой конституций большинства стран бывшего СССР является отсутствие прямого указания на социальную функцию права собственности, однако названная функция вытекает из анализа конституционных положений, а также отчетливо прослеживается в нормах специального законодательства.

Ключевые слова: конституция, собственность, право частной собственности, социальная функция права собственности, ограничение права собственности, обременение имущества.

Как неограниченное и исключительное господство лица над вещью, как право, свободное от ограничений и абсолютное по своей защите, рассматривала собственность классическая римская юриспруденция. «Собственник имеет право делать со своей вещью все, что ему прямо не запрещено», – таков был принципиальный взгляд римских юристов на право частной собственности, господствовавший на протяжении длительного периода развития права, и наиболее ярко прозвучавший в эпоху великих буржуазных революций.

Однако постепенно нараставшая в обществе популярность социальных учений привела к тому, что концепция социальной функции собственности нашла отражение в конституционном законодательстве европейских государств. К началу XX столетия отношение к абсолютному характеру права собственности претерпело существенные трансформации, собственность обязывалась служить социальным интересам общества, что нашло отражение в конституциях ряда стран, в частности, ФРГ (1949 г.), Франции (1946 г. и 1958 г.), Испании (1978 г.), Греции (1975 г.), Итальянской Республики (1947 г.), содержащих требования о необходимости использования частной собственности в интересах общего блага. Так, согласно п. 2 ст. 14 Конституции ФРГ от 23 мая 1949 г.: «(2) Собственность обязывает. Пользование ею должно одновременно служить общему благу» [1]. Конституция Испании допускает ограничение прав на частную собственность, исходя из социальной функций этих прав (п. 2 ст. 33) [2]. Однако, по мнению

М.И. Кулагина, «самым развернутым определением собственности в духе теории социальных функций отличается Конституция Итальянской Республики 1947 г., согласно ч. 2 ст. 42 которой «частная собственность признается и гарантируется законом, который определяет способы ее приобретения и границы ее действия с целью обеспечить ее социальную функцию и сделать ее доступной для всех» [3. С. 61]. Такое направление развития законодательства явилось частью общего процесса социализации собственности.

Поддерживается эта традиция и некоторыми конституциями стран постсоциалистического блока, содержащими нормы об обязанностях, порождаемых собственностью: «Субъекты права собственности и пользователи собственности должны заботиться об общем благе» (ст. 48 Конституции Хорватии) [4]; «Собственность обязывает. Запрещается злоупотребление собственностью и ее использование вопреки всеобщим интересам, охраняемым законом, или наносящее ущерб правам других лиц» (ст. 20 Конституции Словакии) [5]; «Право собственности обязывает к выполнению задач, относящихся к окружающей среде и обеспечению добрососедства, а также к выполнению других задач, которые согласно закону или обычаю возлагаются на собственника» (ст. 40 Конституции Румынии) [6]; «собственность является основой прав и обязанностей и должна служить на благо как отдельного человека, так и целой группы» (ст. 30 Конституции Македонии) [7]. На необходимость реализации собственностью социальной функции указывает и ст. 67 Конституции Словении, в соответствии с которой закон устанавливает порядок приобретения и использования собственности таким образом, чтобы обеспечивалась реализация ее хозяйственной, социальной и экологической функции [8]. Таким образом, основным содержанием социальной функции права частной собственности является обращенное к частному собственнику требование, выражающееся формулой: «право частной собственности обязывает нести бремя общественного интереса».

Что касается конституций стран, входивших в Союз ССР, то вышеописанный законодательный подход является скорее исключением, нежели правилом. Только в конституциях двух бывших союзных республик нам удалось обнаружить прямое указание на социальную функцию права собственности и вытекающие из нее обязанности собственника: «Собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу» (ст. 6 Конституции Казахстана) [9]; «Право частной собственности обязывает к соблюдению требований защиты окружающей среды и обеспечению добрососедства, а также к соблюдению других требований, которые согласно закону возлагаются на собственника» (ст. 46 Конституции Молдовы) [10].

В большинстве конституций республик бывшего СССР прямое указание на социальную функцию собственности отсутствует, но в них содержатся нормы о недопустимости использования собственности вопреки интересам общества (ст. 105 Конституции Латвийской Республики) [11]; об-

щим интересам (ст. 32 Конституции Эстонии) [12]; человеку и обществу (ст. 13 Конституции Украины) [13]; правам и свободам человека и гражданина, интересам общества и государства, достоинству личности (ст. 13 Конституции Азербайджанской Республики) [14]; окружающей среде, правам и законным интересам других лиц, обществу и государству (ст. 8 Конституции Армении) [15]; экологической среде, правам и охраняемым законом интересам граждан, юридических лиц и государства (ст. 54 Конституции Узбекистана) [16]; общественной пользе и безопасности, окружающей среде, историко-культурным ценностям, правам и защищаемым законом интересам других лиц (ст. 44 Конституции Республики Беларусь) [17].

Анализ текстов конституций позволяет выделить общую черту, присущую странам бывшего СССР: отсутствие прямого указания на социальную функцию собственности, что может быть объяснено условиями, в которых эти конституции принимались и целями, которые они преследовали. Конституция, как точно заметил С.М. Шахрай, является «инструментом правовых и социально-политических преобразований» [18], именно политические процессы в значительной степени детерминировали конституционное закрепление норм, декларирующих неприкосновенность собственности. Конституционное закрепление каких-либо ограничений права собственности в общественных интересах не соответствовало духу времени и потребностям общества, стремившегося освободиться от всеобъемлющего контроля государства и тотального господства государственной собственности. Поскольку правовую необеспеченность частной собственности М. Тэтчер полагала главным источником неудач в странах третьего мира и бывшего соцлагеря, бывшие союзные республики постарались максимально дистанцироваться от советской экономической модели. Так, законодателями ряда суверенных государств был сделан акцент на неприкосновенности, прежде всего, частной собственности: «Право частной собственности охраняется законом» – закреплено в ст. 35 Конституции Российской Федерации [19]; «Частная собственность признается и гарантируется как неотъемлемое право человека, естественный источник его благосостояния, деловой и творческой активности, гарантия его экономической и личной независимости» Конституцией Кыргызской Республики (ст. 19) [20]; Законодатель Грузии гарантирует собственность и право ее наследования и запрещает отмену всеобщего права на приобретение, отчуждение или наследование собственности (ст. 21 Конституции) [21].

Однако даже в конституциях, декларирующих неприкосновенность частной собственности и не закрепляющих социальную функцию права собственности прямо, такую функцию обнаружить можно. Так, В.Д. Зорькин, на основе анализа системной связи ст. 35 Конституции Российской Федерации с другими ее положениями, делает вывод о том, что «право собственности не имеет абсолютного характера и осуществляется под условием тех обязанностей и обременений, которые вытекают из ее функций в современном социальном государстве [22. С. 202]. Что же касается специального законодательства, то в нем социальная функция собственно-

сти прослеживается достаточно отчетливо. В гражданском законодательстве содержатся правовые нормы обязывающие собственника к определенной модели поведения путем установления различных ограничений права собственности и обременений собственности с целью недопущения поведения, противоречащего закону и иным правовым актам и нарушающего права и охраняемые законом интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ) [23], а также общественной пользе и безопасности, наносящего вред окружающей среде, историко-культурным ценностям (ст. 210 ГК Беларуси) [24].

Ограничения права собственности могут устанавливаться в интересах всех или многих лиц (общие ограничения), либо в интересах определенных лиц или отдельных видов имущества (частные ограничения). Общее требование действовать добросовестно и разумно при осуществлении права собственности вытекает из положений одноименного принципа, закрепленного в числе основных начал гражданского законодательства, которое можно рассматривать как общее ограничение права собственности (ст. 1 ГК РФ, т. 2 ГК Беларуси). Не допускается осуществление права собственности исключительно с намерением причинить вред другому лицу, иное злоупотребление правом собственности (ст. 10 ГК РФ, ст. 9 ГК Беларуси). Отдельные ограничения могут устанавливаться в зависимости от субъекта права собственности. Собственность может быть государственной и частной, однако законодательством могут устанавливаться особенности приобретения и прекращения права собственности на имущество, владения, пользования и распоряжения им в зависимости от того, находится имущество в собственности государства, гражданина или юридического лица. Специальные ограничения устанавливаются в отношении различных видов имущества: отдельные виды имущества могут находиться только в государственной собственности; осуществлять права владения, пользования и распоряжения жилыми помещениями собственник вправе в соответствии с их назначением (п. 1 ст. 288 ГК РФ, п. 1 ст. 272 ГК Беларуси); значительные ограничения устанавливаются в осуществлении правомочий по владению, пользованию и распоряжению землей и другими природными ресурсами (п. 3 ст. 209 ГК РФ, п. 3 ст. 210 ГК Беларуси). Последние из названных ограничений наиболее масштабны.

Поскольку земля является основой жизни и деятельности человека, законодатель закрепляет принцип регулирования отношений по использованию и охране земли, исходя из представлений о ней как о природном объекте, охраняемом в качестве важнейшей составной части природы, природном ресурсе, используемом в качестве средства производства в сельском и лесном хозяйстве и основы осуществления хозяйственной и иной деятельности, и одновременно как о недвижимом имуществе, об объекте права собственности и иных прав на землю (ст. 1 Земельного кодекса Российской Федерации (далее ЗК РФ) [25]. Таким образом, подчеркивается, что земля, как и другие природные ресурсы, представляет собой общее достояние. Идентифицируясь в Гражданском обороте как земель-

ный участок, земля не выделяется из природной среды и экосистемы как ее составная часть. Поэтому социальная функция права частной собственности в отношении земельной собственности проявляется наиболее отчетливо, а проблема согласования названной функции и конституционного принципа ее неприкосновенности наиболее актуальна.

Земельное законодательство устанавливает целый ряд ограничений прав собственников земельных участков, а также обременений их земельных участков. Ограничения могут устанавливаться в зависимости от места расположения участка (если земельный участок расположен в границах особо охраняемой природной территории, границах территории объекта культурного наследия либо зоны с особыми условиями использования территории); определяться требованиями охраны окружающей среды, в том числе животного и растительного мира, сохранения плодородного слоя почвы; явиться следствием резервирования земель для государственных или муниципальных нужд (ст. 56.1 ЗК РФ). Наиболее распространенным обременением земельного участка являются земельные сервитуты.

Следует отметить, что российский законодатель не проводит четкого разграничения понятий «ограничение» и «обременение» в отношении земельных участков, что касается белорусского законодателя, то он повсеместно рассматривает эти понятия как синонимические конструкции [26], что является, с нашей точки зрения, неверным. Этимологически «ограничить» – значит установить какие-то границы, пределы в осуществлении права, поэтому под ограничением права собственности следует понимать границы, установленные в осуществлении правомочий собственника по владению, пользованию и распоряжению собственностью, а также установленную законом меру его должного поведения в гражданском обороте. Обременить – значит наложить бремя несения каких-либо тягот. Эти тяготы могут выражаться в несении дополнительных расходов, в выполнении дополнительных условий либо претерпевании каких-либо неудобств. Так, по общему правилу собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, т.е. он обязан содержать имущество в надлежащем состоянии, совершать в отношении имущества действия, предписываемые санитарными, ветеринарными, противопожарными и иными нормами, и выполнять другие требования. В рамках правомочия по распоряжению имуществом собственник вправе установить обременения, выражающиеся в возникновении прав третьих лиц на принадлежащее ему имущество (прав аренды, залога, ограниченного пользования соседним земельным участком, наличия завещательного отказа) или прав требования от него совершения в их пользу каких-либо действий (прав получателя ренты требовать от собственника выплаты определенного денежного содержания). Обременения, как правило, уменьшают стоимость имущества, в отношении которого они установлены, и поэтому продажа такого имущества сопряжена с обязанностью информировать покупателя о наличии такого рода обременений. Если продавец не раскрывает существующие обременения, это дает покупателю право требовать уменьшения цены товара либо расторжения договора купли-продажи.

Кроме того, ограничения могут устанавливаться в отношении права собственности в целом или отдельных правомочий собственника. Однако во всех случаях ограничения должны устанавливаться на основании закона. Обременения же могут устанавливаться как на основании закона (присвоение недвижимому имуществу статуса историко-культурной ценности, требование обязательного страхования строений, принадлежащих гражданам, установление преимущественного права покупки доли в праве общей собственности или преимущественного права покупки акций и др.), так и на основании договора, заключенного собственником или иным управомоченным лицом. Они могут устанавливаться в интересах неограниченного числа лиц, но чаще – в интересах конкретных субъектов. Например, договор купли-продажи объекта приватизации может содержать условия о сохранении и (или) создании определенного количества рабочих мест в течение определенного срока, о сохранении в течение определенного срока профиля деятельности государственного унитарного предприятия и др., носящие, с нашей точки зрения, характер обременений. Действуя в рамках закона, стороны своим соглашением могут установить и иные обременения в отношении имущества, а также освободить собственника от некоторых обременений. Следовательно, ограничения имеют преимущественно публично-правовую природу, обременения – частноправовую, но и те и другие ставят собственника в определенные рамки и обязывают уважать общественные интересы. Однако равно необходимо уважение и защита частной собственности, поскольку, как справедливо отмечает В.Е. Чиркин, «частная собственность и связанная с нею экономическая конкуренция по крайней мере на данном этапе развития человечества (при существующем менталитете и экономических возможностях общества) неизбежны и необходимы» [27. С. 31].

Экономистами убедительно доказано, что отсутствие хорошо определенных частных прав собственности снижает стимулы к оптимальному использованию ресурсов. Извечный вопрос: «Зачем нужно сеять, если урожай снимет кто-то другой?» Если человек не имеет собственности на участок земли, он не заинтересован в том, чтобы участок сохранил плодородие долее того периода, в течение которого он будет его использовать. Таким образом, он будет стараться получить с него как можно больше при минимальных вложениях. В результате плодородие участка снизится, что окажет отрицательное воздействие на будущих владельцев.

«Никто не моет машину, взятую напрокат, кроме компании, сдающей ее напрокат» – гласит американская пословица. Частный собственник, как правило, более эффективно использует собственность, способствуя повышению производительности труда и экономическому процветанию, тем самым обеспечивая неприкосновенность частной собственности служит интересам всего общества. Необходимо учитывать также то обстоятельство, что частного собственника легче привлечь к ответственности за совершенные нарушения. Как справедливо заметил Махан Тибор, большинство сфер, где существуют экологические проблемы, являются общедо-

ступными: атмосфера, океаны, реки, большие леса и т.д., и это сферы, в которых никто не несет индивидуальной ответственности [28]. Возможность свободного пользования такими ресурсами, дороговизна или физическая невозможность установления их правовых границ приводит к их чрезмерной эксплуатации или неправильному использованию. При этом достаточно сложно привлечь кого-либо к ответственности за нарушение правил их использования, поскольку ограничения, которые обычно устанавливаются в отношении права частной собственности, в данном случае отсутствуют [29].

Любое правовое явление имеет свои границы, осуществление любого права сопровождается определенными условиями, оговорками или ограничениями, не являясь исключением и право собственности. «Святость собственности является идеологической основой, которая не сможет найти полного воплощения в условиях реального гражданского оборота» [30. С. 178]. Российский ученый С.Н. Медведев видит необходимость «в обязательной форме закрепить принцип не только социальной функции права собственности, но и социальной направленности всего российского права» с тем, чтобы обязать «собственника, особенно крупного, служить интересам общества» [31]. Вряд ли можно согласиться со столь категоричным утверждением. Нашему обществу хорошо знакома ситуация, когда понятие права собственности как субъективного права было заменено на понятие собственности как инструмента для решения социальных и политических задач. В то же время невозможно отрицать социальную функцию права собственности. Поэтому законодатель обязан принимать перманентные меры по установлению баланса интересов в отношениях собственности, поскольку постоянно существует угроза «сползания» как в сторону частных, так и публичных интересов.

Литература

1. *Основной Закон* Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. с изм. и доп. до 20 октября 1997 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=155> (дата обращения: 13.02.2018).
2. *Конституция* Испанского Королевства от 27 декабря 1978 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=149> (дата обращения: 13.02.2018).
3. *Кулагин М.И.* Предпринимательство и право: опыт Запада / предисл. и науч. ред. Е.А. Суханова. М. : Дело, 1992. 143 с.
4. *Конституция* Республики Хорватия от 22 декабря 1990 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=107> (дата обращения: 13.02.2018).
5. *Конституция* Словацкой Республики от 1 сентября 1992 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=110> (дата обращения: 13.02.2018).
6. *Конституция* Румынии от 21 ноября 1991 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=111> (дата обращения: 13.02.2018).
7. *Конституция* Республики Македония от 17 ноября 1991 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=113> (дата обращения: 13.02.2018).
8. *Конституция* Республики Словения от 23 декабря 1991 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=109> (дата обращения: 13.02.2018).

9. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (в ред. законов Республики Казахстан от 07.10.1998 г. № 284-I, 21.05.2007 г. № 254-III, 02.02.2011 г. № 403-IV, 10.03.2017 г. № 51-VI ЗПК). URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1162 (дата обращения: 13.02.2018).
10. Конституция Республики Молдова от 29 июля 1994 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249 (дата обращения: 13.02.2018).
11. Конституция Латвийской Республики от 15 февраля 1922 г. URL: <https://legalns.com/> (дата обращения: 13.02.2018).
12. Конституция Эстонской Республики от 28 июня 1992 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249 (дата обращения: 13.02.2018).
13. Конституция Украины от 28 июня 1996 г. № 254к/96-ВР. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=8689 (дата обращения: 13.02.2018).
14. Конституция Азербайджанской Республики от 12 ноября 1995 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2618 (дата обращения: 13.02.2018).
15. Конституция Республики Армения от 5 июня 1995 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249 (дата обращения: 13.02.2018).
16. Конституция Республики Узбекистан от 8 декабря 1992 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249 (дата обращения: 13.02.2018).
17. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изм. и доп., принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). URL: <http://www.pravo.by/> (дата обращения: 13.02.2018).
18. Шахрай С.М. О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М.: Наука, 2013. 919 с.
19. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. URL: <http://constitution.kremlin.ru> (дата обращения: 13.02.2018).
20. Конституция Кыргызской Республики от 5 мая 1993 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249 (дата обращения: 13.02.2018).
21. Конституция Республики Грузия от 24 августа 1995 г. URL: <https://legalns.com/> (дата обращения: 13.02.2018).
22. Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М.: НОРМА, 2010. 543 с.
23. Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.; одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г. URL: <http://www.pravo.by/> (дата обращения: 13.02.2018).
24. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г., 51-ФЗ. URL: <http://www.pravo.by/> (дата обращения: 30.01.2018).
25. Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г., № 136-ФЗ (ред. от 31.12.2017). URL: <http://www.pravo.by/> (дата обращения: 13.02.2018).
26. Кодекс о земле Республики Беларусь : принят Палатой представителей 17 июня 2008 г.; одобрен Советом Республики 28 июня 2008 г. // КонсультантПлюс : справ. правовая система. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.
27. Чиркин В.Е. Право частной собственности : конституционная эволюция // Журнал российского права. 2015. № 4. С. 25–36.
28. Tibor M. The Right to Private Property. URL: <http://www.iep.utm.edu/property/> (дата обращения: 30.01.2018).
29. Анисимов А.П., Мелихов А.И., Чикильдина А.Ю. Конституционно-правовое регулирование права частной собственности на земельные участки граждан и их объединений // Вопросы государственного и муниципального управления. 2009. № 3. С. 114–125.
30. Принципы гражданского права и их реализация / под ред. Т.П. Подшивалова, Г.С. Демидовой. М.: Проспект, 2017. 352 с.
31. Медведев С.Н. Социальная функция права собственности в Чили. URL: <file:///C:/Users/User/Downloads/sotsialnaya-funktsiya-prava-sobstvennosti-v-chili.pdf> (дата обращения: 30.01.2018).

Bondarenko Natalia L., Belarusian State University (Minsk, Republic of Belarus)

SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY RIGHT IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ITS INVIOALABILITY

Keywords: constitution, property, right to private property, social function of the property right, property right restriction, encumbrance of property.

DOI: 10.17223/22253513/28/10

The article analyzes the constitutional and legal regulation of property relations in the Russian, Belarusian and European legislation. The author concludes that the absence of direct instruction on a social function of property in the former USSR countries can be explained by the conditions in which their constitutions were adopted and by the aims which they pursued. On the contrary, in the special legislation a social function of property is traced better.

In the civil legislation there are precepts of law obliging the owner to a certain behavior model by means of establishing various restrictions of the property right and encumbrances of property for the purpose of prevention of the behavior contradicting the law and other legal acts and violating the rights and interests of other persons (Item 2, Article 209 of the Civil Code of the Russian Federation) protected by the law and to public benefit and security as well as harmful for the environment, historical and cultural values (Article 210 of the Civil Code of Belarus). Restrictions of the property right can be set for the benefit of all or many persons (general restrictions), or for the benefit of certain persons or separate types of property (private restrictions).

The general requirement to act honestly and reasonably while implementing the property right follows from provisions of the same principle established among the main beginnings of the civil legislation which can be considered as the general restriction of the property right (Article 1 of the Civil Code of the Russian Federation, Article 2 of the Civil Code of Belarus).

The article concludes that Russian legislators do not accurately differentiate the concepts "restriction" and "encumbrance" concerning the land plots. As for Belarusian legislators, they consider these concepts as synonymic ones and this is incorrect from our point of view. "To limit" etymologically, means to set some borders, limits in implementation of the right therefore it is necessary to understand the bounds established in implementation of competences of the owner on possession, use and the order of property and also the measure of his due behavior established by the law in civil circulation as restriction of the property right. To encumber means to impose a burden of execution of any hardships. So, by the general rule the owner bears a burden of maintenance of the property belonging to it, i.e. he is obliged to contain property in proper condition, to make concerning property of action, ordered by sanitary, veterinary, fire protection and other standards and to fulfill other requirements.

References

1. Federal Republic of Germany. (n.d.) *Osnovnoy Zakon Federativnoy Respubliki Germaniya ot 23 maya 1949 g. s izm. i dop. do 20 oktyabrya 1997 g.* [The Basic Law of the Federal Republic of Germany of May 23, 1949 with amendments and additions up to October 20, 1997]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=155>. (Accessed: 13th February 2018).
2. The Spanish Kingdom. (1978) *Konstitutsiya Ispanskogo Korolevstva ot 27 dekabrya 1978 g.* [Constitution of the Spanish Kingdom of December 27, 1978]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=149>. (Accessed: 13th February 2018).
3. Kulagin, M.I. (1992) *Predprinimatel'stvo i pravo: opyt Zapada* [Entrepreneurship and Law: Western Experience]. Moscow: Delo.
4. The Republic of Croatia. (1990) *Konstitutsiya Respubliki Khorvatiya ot 22 dekabrya 1990 g.* [Constitution of the Republic of Croatia of December 22, 1990]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=107>. (Accessed: 13th February 2018).

5. The Slovak Republic. (1992) *Konstitutsiya Slovatskoy Respubliki ot 1 sentyabrya 1992 g.* [The Constitution of the Slovak Republic of September 1, 1992]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=110>. (Accessed: 13th February 2018).

6. Romania. (1991) *Konstitutsiya Rumynii ot 21 noyabrya 1991 g.* [Constitution of Romania on November 21, 1991]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=111>. (Accessed: 13th February 2018).

7. The Republic of Macedonia. (1991) *Konstitutsiya Respubliki Makedoniya ot 17 noyabrya 1991 g.* [The Constitution of the Republic of Macedonia of November 17, 1991]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=113>. (Accessed: 13th February 2018).

8. The Republic of Slovenia. (1991) *Konstitutsiya Respubliki Sloveniya ot 23 dekabrya 1991 g.* [The Constitution of the Republic of Slovenia of December 23, 1991]. [Online] Available from: <http://worldconstitutions.ru/?p=109>. (Accessed: 13th February 2018).

9. The Republic of Kazakhstan. (1998) *Konstitutsiya Respubliki Kazakhstan ot 30 avgusta 1995 g. (v red. zakonov Respubliki Kazakhstan ot 07.10.1998 g. № 284-I, 21.05.2007 g. № 254-III, 02.02.2011 g. № 403-IV, 10.03.2017 g. № 51-VI ZRK)* [Constitution of the Republic of Kazakhstan of August 30, 1995 (as amended by the laws of the Republic of Kazakhstan dated by October 7, 1998, No. 284-I, May 21, 2007, No. 254-III, February 2, 2011, No. 403-IV, March 10, 2017, No. 51-VI of the SAM)]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1162. (Accessed: 13th February 2018).

10. The Republic of Moldova. (1994) *Konstitutsiya Respubliki Moldova ot 29 iyulya 1994 g.* [The Constitution of the Republic of Moldova of July 29, 1994]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249. (Accessed: 13th February 2018).

11. The Republic of Latvia. (1922) *Konstitutsiya Latviyskoy Respubliki ot 15 fevralya 1922 g.* [The Constitution of the Republic of Latvia of February 15, 1922]. [Online] Available from: <https://legaln.s.com/>. (Accessed: 13th February 2018).

12. The Republic of Estonia. (1992) *Konstitutsiya Estonskoy Respubliki ot 28 iyunya 1992 g.* [Constitution of the Republic of Estonia of June 28, 1992]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249. (Accessed: 13th February 2018).

13. Ukraine. (1996) *Konstitutsiya Ukrainy ot 28 iyunya 1996 g. № 254к/96-VR* [The Constitution of Ukraine of June 28, 1996, No. 254к/96-BP]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=8689. (Accessed: 13th February 2018).

14. The Republic of Azerbaijan. (1995) *Konstitutsiya Azerbaydzhanskoy Respubliki ot 12 noyabrya 1995 g.* [Constitution of the Republic of Azerbaijan of November 12, 1995]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2618. (Accessed: 13th February 2018).

15. The Republic of Armenia. (1995) *Konstitutsiya Respubliki Armeniya ot 5 iyunya 1995 g.* [Constitution of the Republic of Armenia of June 5, 1995]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249. (Accessed: 13th February 2018).

16. The Republic of Uzbekistan. (1992) *Konstitutsiya Respubliki Uzbekistan ot 8 dekabrya 1992 g.* [Constitution of the Republic of Uzbekistan of December 8, 1992]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249. (Accessed: 13th February 2018).

17. The Republic of Belarus. (1996) *Konstitutsiya Respubliki Belarus' 1994 goda (s izm. i dop., prinyatymi na respublikanskikh referendumakh 24 noyabrya 1996 g. i 17 oktyabrya 2004 g.)* [The Constitution of the Republic of Belarus of 1994 (amended and supplemented, adopted in the Republican referendums on November 24, 1996 and October 17, 2004)]. [Online] Available from: <http://www.pravo.by/>. (Accessed: 13th February 2018).

18. Shakhrai, S.M. (2013) *O Konstitutsii: Osnovnoy zakon kak instrument pravovykh i sotsial'no-politicheskikh preobrazovaniy* [On the Constitution: The Basic Law as an Instrument of Legal and Socio-Political Transformations]. Moscow: Nauka.

19. The Russian Federation. (1993) *Konstitutsiya Rossiyskoy Federatsii ot 12 dekabrya 1993 g.* [The Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993]. [Online] Available from: <http://constitution.kremlin.ru>. (Accessed: 13th February 2018).

20. The Kyrgyz Republic. (1993) *Konstitutsiya Kyrgyzskoy Respubliki ot 5 maya 1993 g.* [The Constitution of the Kyrgyz Republic of May 5, 1993]. [Online] Available from: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3249. (Accessed: 13th February 2018).

21. The Republic of Georgia. (1995) *Konstitutsiya Respubliki Gruzii ot 24 avgusta 1995 g.* [Constitution of the Republic of Georgia of August 24, 1995]. [Online] Available from: <https://legalns.com/>. (Accessed: 13th February 2018).

22. Zorkin, V.D. (2010) *Sovremennyy mir, pravo i Konstitutsiya* [Modern World, Law and Constitution]. Moscow: NORMA.

23. The Republic of Belarus. (1998) *Grazhdanskiy kodeks Respubliki Belarus': prinyat Palatoy predstaviteley 28 okt. 1998 g.: odobr. Sovetom Resp. 19 noyab. 1998 g.* [Civil Code of the Republic of Belarus: adopted by the House of Representatives as of October 28, 1998: approved by the Council of the Republic of November 19, 1998]. [Online] Available from: <http://www.pravo.by/>. (Accessed: 13th February 2018).

24. The Russian Federation. (1994) *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii (chast' pervaya) ot 30 noyabrya 1994 g., 51-FZ* [Civil Code of the Russian Federation (Part One) of November 30, 1994, 51-FZ]. [Online] Available from: <http://www.pravo.by/>. (Accessed: 30th January 2018).

25. The Russian Federation. (2001) *Zemel'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii ot 25 oktyabrya 2001 g., № 136-FZ (red. ot 31.12.2017)* [The Land Code of the Russian Federation of October 25, 2001, No. 136-FZ (as amended on December 31, 2017)]. [Online] Available from: <http://www.pravo.by/>. (Accessed: 13th February 2018).

26. The Republic of Belarus. (2008) *Kodeks o zemle Respubliki Belarus': prinyat Palatoy predstaviteley 17 iyunya 2008 g.: odobren Sovetom Respubliki 28 iyunya 2008 g.* [The Land Code of the Republic of Belarus: adopted by the House of Representatives on June 17, 2008: approved by the Council of the Republic on June 28, 2008]. [Online] Available from: <http://kodeksy.by/kodeks-o-zemle>.

27. Chirkin, V.E. (2015) The Right of Private Property: Constitutional Evolution. *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 4. pp. 25–36. (In Russian). DOI: 10.12737/10446

28. Tibor, M. (n.d.) *The Right to Private Property*. [Online] Available from: <http://www.iep.utm.edu/property/>. (Accessed: 30th January 2018).

29. Anisimov, A.P., Melikhov, A.I. & Chikildina, A.Yu. (2009) Constitutional-legal aspects of maintenance of the right of citizens and their associations to private ownership of land lots. *Voprosy gosudarstvennogo i munitsipal'nogo upravleniya – Public Administration Issues*. 3. pp. 114–125. (In Russian).

30. Podshivalov, T.P. & Demidova, G.S. (eds) (2017) *Printsipy grazhdanskogo prava i ikh realizatsiya* [Principles of Civil Law and Their Implementation]. Moscow: Prospekt.

31. Medvedev, S.N. (n.d.) *Sotsial'naya funktsiya prava sobstvennosti v Chili* [The social function of property rights in Chile]. [Online] Available from: <file:///C:/Users/User/Downloads/sotsialnaya-funktsiya-prava-sobstvennosti-v-chili.pdf>. / (Accessed: 30th January 2018).

УДК 347.132.6

DOI: 10.17223/22253513/28/11

В.А. Гончарова

НАРУШЕНИЕ ПРАВ И ОХРАНЯЕМЫХ ЗАКОНОМ ИНТЕРЕСОВ КАК УСЛОВИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА НА ЗАЩИТУ УЧАСТНИКОВ ОСПОРИМОЙ СДЕЛКИ

Статья посвящена определению понятия нарушения прав и охраняемых законом интересов участников оспоримой сделки как условия признания ее недействительной и (или) применения последствий ее недействительности. На основе природы оспоримых сделок делается вывод о неприменимости классического подхода в определении понятия нарушения прав и охраняемых законом интересов к трактовке нарушения как условия оспаривания сделки и необходимости его формулирования с опорой на экономический анализ права.

Ключевые слова: оспоримые сделки, недействительность сделок, нарушение субъективного гражданского права, охраняемый законом интерес, защита гражданских прав.

Согласно абз. 2, 3 п. 2 ст. 166 Гражданского кодекса РФ (далее ГК РФ) оспоримая сделка может быть признана недействительной, если она нарушает права или охраняемые законом интересы лица, оспаривающего сделку, в том числе повлекла неблагоприятные для него последствия. В случаях, когда в соответствии с законом сделка оспаривается в интересах третьих лиц, она может быть признана недействительной, если нарушает права или охраняемые законом интересы таких третьих лиц.

Введение условия оспаривания сделки в виде нарушения прав или охраняемых законом интересов явилось результатом крупномасштабного реформирования гражданского законодательства в 2013 г. Ранее, до внесения указанных изменений, для признания сделки недействительной, исходя из буквального смысла прежней редакции ст. 166 ГК РФ, необходимы и достаточны были лишь наличие доказанного основания недействительности как порока в ее структуре и относимость заявителя соответствующих требований к кругу управомоченных законом лиц. Подобная правовая регламентация, как отмечается в юридической литературе [1. С. 54], служила причиной распространенной порочной практики неограниченного оспаривания сделок лишь по формальным основаниям, что, безусловно, не шло на пользу отечественному товарообороту.

Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса РФ (далее Концепция совершенствования гражданского законодательства) содержала указания на меры, по мнению разработчиков, способные поставить точку в бесконтрольном аннулировании сделок. В общем виде данные меры нашли отражение и в Концепции развития гражданского за-

конодательства, одобренной Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г. [2. С. 20]. Так, в п. 1.7 § 1 Раздела V Концепции совершенствования гражданского законодательства, посвященного общим положениям о недействительности сделок и их современном состоянии и оценке, со ссылками на п. 1 ст. 3, п. 1 ст. 11, пп. 4 п. 2 ст. 131 ГПК РФ, п. 1 ст. 4 АПК РФ, дается пояснение о том, что под лицом, уполномоченным заявлять о недействительности сделки, следует понимать только того субъекта гражданского оборота, чьи права и охраняемые законом интересы нарушены вследствие совершения недействительной сделки. Наличие лишь формальных оснований для признания сделки недействительной не может приводить к признанию ее недействительной судом, если лицо, заявившее соответствующее требование, не доказало, в чем состоит нарушение его прав и законных интересов [3. С. 53]. Ниже, в п. 1.9 того же параграфа, отмечается, что заявление по существу преобразовательных исковых требований не может рассматриваться автономно от требования о применении последствий недействительности, поскольку именно в применении последних состоит основная цель признания сделки недействительной как способа судебной защиты гражданских прав [Там же. С. 54].

Продолжение указанные идеи получили в Пояснительной записке «К проекту Федерального закона “О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ”», где отмечается, что изменения, вносимые в ст. 166 ГК РФ в части установления факта реального нарушения оспариваемой сделкой прав и охраняемых законом интересов лиц, обращающихся за признанием такой сделки недействительной, преследуют цель «ограничения весьма многочисленных случаев безосновательного оспаривания сделок по формальным основаниям» [4].

Несмотря, на первый взгляд, на упрочнение договорных связей введенными правовыми положениями, очевидно появление ряда трудностей в их правильном и адекватном толковании и применении, о чем с очевидностью свидетельствует, в том числе, и судебная практика.

Так, в ряде судебных решений содержатся формулировки, не находящие отражения в тексте ст. 166 ГК РФ. Как видно из анализа последней, законодатель в качестве условий признания оспоримой сделки недействительной рассматривает не что иное, как **нарушение** такой сделкой прав и охраняемых законом интересов. Судебные органы в обоснование своей позиции о признании сделки недействительной со ссылкой на ст. 166 ГК РФ используют, однако, помимо собственно термина «нарушение», выражения:

– «заинтересованное в признании сделки недействительной лицо... права которого будут восстановлены в случае приведения сторон сделки в первоначальное положение» (Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.12.2016 № 12АП-12038/2016 по делу № А12-45512/2016);

– «собственный правовой интерес (юридическая заинтересованность), достойный правовой защиты... признаваемый за участниками сделки, либо за лицами, чьи права или охраняемые законом интересы прямо нарушены оспариваемой сделкой, которые будут восстановлены в результате приведения сторон сделки в первоначальное фактическое положение (ст. 12 ГК РФ)» (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.10.2016 № 9АП-31550/2016 по делу № А40-3038/16, Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 09.09.2016 № 02АП-7585/2016 по делу № А82-3353/2016, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.02.2016 № 09АП-59450/2015-АК по делу № А40-128932/2015);

– «обусловленность защиты законного имущественного интереса признанием сделки недействительной» (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 18.08.2016 № Ф08-5440/2016 по делу № А32-38727/2015, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.02.2016 № Ф08-10414/2015 по делу № А32-12472/2014);

– «материально-правовой интерес в признании сделки недействительной» (Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 20.07.2016 № 05АП-4130/2016 по делу № А51-28403/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.03.2016 № Ф05-2105/2016 по делу № А40-161397/2013);

– «экономический интерес в отношении объекта и (или) участников сделки» (Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 09.02.2016 № 02АП-10619/2015 по делу № А28-6808/2015).

В этой связи закономерно встает вопрос о корректности судебной правоприменительной подмены терминов, о содержании используемого законодателем в рамках ст. 166 ГК РФ понятия «нарушение прав и охраняемых законом интересов» и последствиях его введения в рамках общего учения о недействительности сделок в отечественной цивилистической доктрине.

Важно заметить, что речь в ст. 166 ГК РФ идет о двух различных элементах правового статуса участников гражданских правоотношений, объектах правовой защиты: о субъективных гражданских правах и охраняемых законом интересах (законных интересах)¹.

Субъективное гражданское право представляет собой ключевой элемент содержания определенного – относительного (предполагающего в качестве обязанного лица строго определенного субъекта или субъектов) или абсолютного (где обязанным не нарушать субъективное право выступает неопределенный круг лиц) – гражданского правоотношения; это принадлежащая управомоченному в целях удовлетворения его интересов мера дозволенного поведения, обеспеченная юридическими обязанностями других лиц [5. С. 356].

¹ Иногда в теории права данные понятия рассматриваются как нетождественные, для чего, думается, нет серьезных оснований: анализ законодательных актов, где данный термин находит отражение, свидетельствует об одинаковом подходе законодателя в вопросе определения содержания охраняемых законом интересов и законных интересов.

С позиции общей теории права нарушение субъективного права – это создание препятствий в его осуществлении, правовая аномалия в динамике регулятивного правоотношения, влекущая возникновение новой – охранительной – правовой связи, в рамках которой управомоченное потерпевшее лицо защищает свои нарушенные права с использованием определенных правовых средств. Традиционно в теории права нарушение субъективного права выступает одним из **последствий** правонарушения – противоправного, виновного и вредоносного деяния.

Именно в таком понимании нарушение субъективных прав рассматривается применительно к типичным гражданско-правовым охранительным обязательствам: из причинения вреда, неосновательного обогащения, неисполнения или ненадлежащего исполнения договорных обязанностей. Виновное, противоправное неисполнение обязанностями субъектами возложенных на них нормативно-правовым актом или договором обязанностей в рамках правоотношений абсолютного или относительного типа в указанных случаях влечет нарушение субъективных прав в виде умаления имущественной сферы их обладателей.

Охраняемый законом интерес (законный интерес) представляет собой опосредованную юридическими средствами и механизмами возможность, данную в равной степени каждому правоспособному субъекту отношений для осуществления законных способов удовлетворения своих потребностей, которая, однако, прямо не закреплена в субъективных правах [6. С. 108]. По верному утверждению А.В. Малько, законный интерес составляет простая правовая дозволенность, имеющая характер стремления, в которой отсутствует указание действовать строго зафиксированным в законе способом и требовать соответствующего поведения от других лиц и которая не обеспечена конкретной юридической обязанностью [7. С. 254]. Подобный подход к пониманию охраняемого законом интереса ставит под сомнение формулировку ст. 166 ГК РФ, содержащей указание на необходимость исключительно нарушения такого интереса как условия оспаривания сделки. С учетом изложенного о понятии и признаках законного интереса как стремления очевидна невозможность его нарушения. В этой связи более обоснованным является понимание нарушения применительно к интересам как «создания препятствий в их осуществлении и реализации», а не как виновного и противоправного деяния.

Совершение оспоримой сделки, нарушающей субъективные права и охраняемые законом интересы ее участников (к которым, исходя из толкования ст. 166 ГК РФ, можно отнести ее стороны, иные лица, указанные в законе, и третьи лица), не является вопреки существующему в литературе мнению [8. С. 39] противоправным и виновным деянием – правонарушением, а лишь не соответствует требованиям закона с точки зрения необходимых условий действительности, не нарушая при этом императивных правовых предписаний. Совершение действительной сделки – по смыслу законодательного регулирования – не обязанность участников гражданского оборота, а их право, последствием ненадлежащей реализации которого

выступает отрицание за такими, дефектными в части условий, сделками планируемыми сторонами юридических последствий. Недействительность и неправомерность, по справедливому утверждению О.В. Гутникова, представляют собой две различные, лишь частично¹ пересекающиеся характеристики юридических фактов [9. С. 63].

Оспоримую сделку, таким образом, нельзя квалифицировать в качестве виновного, противоправного деяния в связи с наличием в ее структуре дефекта, что при этом не исключает ее вредоносности, понимаемой, однако, не как причинение ею прямого имущественного вреда, а как создание правовой неопределенности, порожденной дефектом в структуре сделки, в динамике гражданских правоотношений (в связи с совершением такой сделки) и в принадлежности имущества тем или иным лицам (в связи с ее совершением и исполнением). Подобная трактовка нарушения связана с природой отношений из оспоримой сделки: до момента оспаривания такие правоотношения являются регулятивными и не могут в этой связи приводить к реальному нарушению прав и законных интересов.

Обоснованию указанного – широкого – понимания нарушения прав и законных интересов участников оспоримой сделки служит разработанное экономикой права понятие недействительной сделки как акта товарообмена, не подлежащего правовой защите [10–14]. Такие сделки не способствуют повышению общественной эффективности – критерию оценки общественных явлений, введенному Вильфредо Парето, поскольку не имеют в качестве сторон рационально действующих и достаточно проинформированных, равноправных субъектов, а также наносят вред благосостоянию третьих лиц. С рассмотренных позиций закрепление модели недействительных сделок, ее оснований и правовых последствий отвечает целям ограждения участников гражданских правоотношений от дефектных юридических фактов, защиты их прав и охраняемых законом интересов.

Сделка, не признанная недействительной, однако имеющая дефект в своем составе, нарушает права и законные интересы участников гражданского оборота самим своим существованием, внося неопределенность в динамику гражданских правоотношений, в принадлежность имущества конкретным лицам, тем самым создавая ситуацию нестабильности договорной практики сторон. Те лица, в порядок осуществления абсолютных или относительных прав и законных интересов которых такая оспоримая сделка вносит неопределенность, могут требовать ее аннулирования.

Нарушение субъективных прав и охраняемых законом интересов в случае совершения и (или) исполнения оспоримой сделки в этой связи может рассматриваться в качестве возникающей в результате совершения и (или) исполнения такой сделки правовой неопределенности в динамике гражданских правоотношений и принадлежности имущества, негативно влия-

¹ Исключением в этом случае являются только те оспоримые сделки, которые совершены в нарушение требований нормативно-правовых актов (ст. 168 ГК РФ) и которые, соответственно, могут квалифицироваться как правонарушения.

ющей на имущественную сферу тех или иных субъектов гражданского оборота в форме создания для них препятствий в осуществлении их прав и законных интересов, преодолеть которые возможно лишь путем признания оспоримой сделки недействительной и (или) применения последствий ее недействительности. Доказанность такого негативного влияния выступает необходимым условием удовлетворения исковых требований таких лиц о признании сделки недействительной и (или) применении последствий ее недействительности. Подобное нарушение может быть как формальным, когда оно не привело к наступлению негативных последствий, так и материальным, когда такие последствия наступили. Нарушение субъективных прав может выражаться в совершении и совершении и (или) исполнении оспоримой сделки.

Нарушение охраняемого законом интереса, как и нарушение прав, в ситуации оспоримости сделки состоит в создании правовой неопределенности в порядке его осуществления тем или иным участником гражданского оборота. В целом думается, что столь широкое определение объектов правовой защиты при совершении и (или) исполнении оспоримой сделки преследует цель максимально широко определить сферу возможного негативного влияния оспоримой сделки на участников гражданского оборота, тем самым всесторонне защитив их имущественную сферу.

Возникновение в имущественной сфере хотя бы одного из субъектов гражданского права такой правовой неопределенности, порожденной совершением и (или) исполнением оспоримой сделки, иными словами – правовой аномалии, влечет формирование особой разновидности охранительного правоотношения – правоотношения по защите прав и охраняемых законом интересов таких субъектов. По аналогии с иными видами охранительных правоотношений нарушителем в таком правоотношении будут выступать обе стороны при заявлении соответствующих требований иными лицами или в интересах третьих лиц. В случае заявления соответствующих требований стороной сделки фигура нарушителя представлена контрагентом такой стороны по сделке.

Нарушение прав и охраняемых законом интересов с учетом изложенного в рамках отечественной правовой традиции выступает не чем иным, как инструментом сдерживания бесконечного оспаривания сделок по формальному основанию наличия дефекта воли, волеизъявления, формы, содержания.

Литература

1. Дерхо Д.С. Недействительность сделок. Некоторые вопросы теории и практики // Судья. 2017. № 9. С. 54–56.
2. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 11. С. 6–100.
3. Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 4. С. 9–101.

4. Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» // КонсультантПлюс : Справ.-правовая система. Версия Проф. Электрон. дан. М., 2018. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.

5. Алексеев С.С. Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 576 с.

6. Субочев В.В. Законные интересы / под ред. А.В. Малько. М. : Норма, 2008. 496 с.

7. Общая теория государства и права: академический курс : в 3 т. Т. 3 : Государство, право, общество / отв. ред. Н.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2010. 712 с. (автор главы – Малько А.В.).

8. Голобородкина Е.В. Совершение оспоримой сделки как гражданское правонарушение : дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2014. 169 с.

9. Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве (теория и практика сравнения). 3-е изд., испр. и доп. М. : Статут, 2007. 491 с.

10. Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. / под ред.; пер. с англ. В.Л. Тамбовцева. СПб. : Экономическая школа, 2004. Т. 1. 544 с.

11. Kovacs M. Comparative Contract Law and Economics. Edward Elgar Publishing, Inc., 2011. 392 p.

12. MacKaay E. Law and Economics for Civil Law Systems. Edward Elgar Publishing, Inc., 2013. 549 p.

13. Miceli T. Economics of the Law. Oxford University Press, 1997. 247 p.

14. Polinsky M., Shavell S. Handbook of Law and Economics. 1st ed. Vol. 1. North Holland, 2007. 886 p.

Goncharova Valeria A., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation)

VIOLATION OF RIGHTS AND LEGAL INTERESTS AS A CONDITION OF EMERGENCE OF THE RIGHT FOR PROTECTION OF PARTICIPANTS OF A VOIDABLE BARGAIN

Keywords: voidable bargains, invalidity of bargains, violation of right, legal interest, protection of civil rights.

DOI: 10.17223/22253513/28/11

An important innovation of civil legislation is the fixing of violation of rights and legal interests of the participants of voidable bargain as a condition of rescission of the bargain or (and) application of the consequences of invalidity of bargains. It is noted in program documents of the reform that this condition is aimed at the restriction of a widespread practice of rescission of bargains solely on formal grounds. However, court practice shows the absence of uniform approach in the definition of the violation of rights and legal interests in spite of positive sense of amended law rules. Usually this condition of rescission of the bargain or (and) application of the consequences of invalidity of bargains is interpreted as a definite property, economical or substantive interest in the claim. Such situation is unsatisfactory and inconsistent with neither theoretical nor practical significance of the institute of invalidity of bargains and its role in securing Russian civil commerce.

A possible approach to the definition of the violation of rights and legal interests as a condition of rescission of the bargain or (and) application of the consequences of invalidity of bargains is proposed in this article. Taking into account a common economical nature of invalid bargains as commercial acts unprotected by the state and the essence of voidable bargains which are valid until their rescission, the author comes to conclusion about the need to define the concept of violation in its broad sense. It is proposed to consider the violation of rights and legal interests as a legal uncertainty in the dynamics of civil legal relations and accessory of property that results from the commission and (or) performance of an invalid bargain. Such uncertainty in the sphere in invalidity of bargains must have a negative influence on the sub-

jects of civil commerce creating obstacles in the realization of their rights and legal interests which can be overcome with rescission of the bargain or (and) application of the consequences of invalidity of bargains.

The emergence of this legal uncertainty (legal anomaly) in the sphere of any subject of civil commerce as a result of making or (and) performance of an invalid bargain entails the formation of a protective legal relationship for the protection of the rights and legal interests of such subjects. By analogy with other kinds of guarding legal relationship, the violators in this legal relation are both parties of invalid bargain in the case of the claim from other persons or for the benefit of the third party. In case of claim of one party, another party is considered a violator.

References

1. Derkho, D.S. (2017) Nedeystvitel'nost' sdelok. Nekotoryye voprosy teorii i praktiki [Invalidity of transactions. Some questions of theory and practice]. *Sud'ya*. 9. pp. 54–56.
2. Russian Federation. (2009) Kontsepsiya razvitiya grazhdanskogo zakonodatel'stva Rossiyskoy Federatsii (odobrena Sovetom pri Prezidente RF po kodifikatsii i sovershenstvovaniyu grazhdanskogo zakonodatel'stva 7 oktyabrya 2009 g.) [The concept of the development of civil legislation of the Russian Federation (approved by the Council under the President of the Russian Federation on codification and improvement of civil law on October 7, 2009)]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*. 11. pp. 6–100.
3. Russian Federation. (2009) Kontsepsiya sovershenstvovaniya obshchikh polozheniy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [The concept of improving the general provisions of the Civil Code of the Russian Federation]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*. 4. pp. 9–101.
4. Russian Federation. (2018) *Poyasnitel'naya zapiska "K proyektu Federal'nogo zakona "O vnesenii izmeneniy v chasti pervuyu, vtoruyu, tret'yu i chetvertuyu GK RF, a takzhe v otdel'nyye zakonodatel'nyye akty RF"* [Explanatory note "To the Draft Federal Law On Amendments to Parts One, Two, Three, and Four of the Civil Code of the Russian Federation, as well as to certain legislative acts of the Russian Federation"]. [Online] Available from: <http://base.garant.ru/58024598/>.
5. Alekseyev, S.S. (2008) *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. 2nd ed. Moscow: TK Velbi, Prospekt.
6. Subochev, V.V. (2008) *Zakonnyye interesy* [Legitimate Interests]. Moscow: Norma.
7. Marchenko, N.N. (ed.) (2010) *Obshchaya teoriya gosudarstva i prava* [General Theory of State and Law]. Vol. 3. 3rd ed. Moscow: Norma.
8. Goloborodkina, E.V. (2014) *Soversheniye ospornoy sdelki kak grazhdanskoye pravonarusheniye* [A disputable transaction as a civil offense]. Law Cand. Diss. Ufa.
9. Gutnikov, O.V. (2007) *Nedeystvitel'nyye sdelki v grazhdanskom prave (teoriya i praktika osparivaniya)* [Invalid transactions in civil law (theory and practice of challenging)]. 3rd ed. Moscow: Statut.
10. Pozner, R. (2004) *Ekonomicheskii analiz prava: v 2 t.* [Economic Analysis of Law: In 2 vols]. Vol. 1. Translated from English by V.L. Tambovtsev. St. Petersburg: Ekonomicheskaya shkola.
11. Kovac, M. (2011) *Comparative Contract Law and Economics*. Edward Elgar Publishing, Inc.
12. Mackaay, E. (2013) *Law and Economics for Civil Law Systems*. Edward Elgar Publishing, Inc.
13. Miceli, T. (1997) *Economics of the Law*. Oxford University Press.
14. Polinsky, M. & Shavell, S. (2007) *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. 1st ed. North Holland.

УДК 347.4

DOI: 10.17223/22253513/28/12

О.С. Груздев

ПРОИЗВОДНЫЙ ФИНАНСОВЫЙ ИНСТРУМЕНТ В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

Анализируется возможность квалификации производного финансового инструмента в качестве самостоятельного договорного типа. Исследуются выделяемые в литературе признаки деривативов: производный характер стоимости дериватива от базисного актива, направленность на хеджирование или спекуляцию, рисковость, срочность. Сделан вывод, что ни один из указанных признаков не может рассматриваться в качестве признака, квалифицирующего дериватив как самостоятельный договорной тип.

Ключевые слова: производный финансовый инструмент, договорный тип, направленность, хеджирование, производность.

В отечественной правовой литературе производные финансовые инструменты рассматриваются в качестве некоей родовой конструкции, признаки которой находят отражение в таких разновидностях, как фьючерсы, опционы, форварды и свопы [1. С. 23]. Вместе с тем комплексного правового анализа дериватива с точки зрения системы гражданско-правовых договоров не приводится. Разрешение поставленного вопроса представляется возможным посредством анализа системных признаков производных финансовых инструментов, позволяющих индивидуализировать их на фоне иных договоров, поименованных в ГК РФ.

Представляется, что анализ системы деривативов должен производиться с учетом существующих позиций относительно построения системы гражданско-правовых договоров. Среди имеющихся подходов [2. С. 65; 3. С. 66], [4. С. 42] представляется верным подход Ю.В. Романца, относящегося к числу исследователей, которые в качестве основания для построения системы договоров усматривают как юридические, так и экономические признаки [5. С. 30–31; 6. С. 40–41; 7. С. 24; 8. С. 25]. Исследователь справедливо отмечает, что научно обоснованная система договоров должна формироваться по следующим критериям: во-первых, в качестве системных признаков должны рассматриваться особенности самих общественных отношений; во-вторых, системными могут быть не любые признаки отношений, а лишь значимые для права, вне зависимости от того, являются ли они юридическими или экономическими. Ю.В. Романец выделяет следующие структурные элементы системы гражданско-правовых договоров: договорный тип, вид и подвид [8. С. 26].

Авторы, занимающиеся исследованием правовой природы деривативов, выделяют у них следующие признаки: зависимость стоимости дериватива от стоимости базисного актива (производный характер), направленность

дериватива на хеджирование и спекуляцию, рисковый характер дериватива, отсроченный характер исполнения обязательства [9. С. 22; 10. С. 26–29; 11. С. 14–17; 12. С. 1157–1166; 13. С. 18; 14. С. 10; 15. С. 181].

Производный характер стоимости дериватива от стоимости базисного актива

Практически всеми вышеуказанными исследователями отмечается, что в зависимости от роста или снижения стоимости базисного актива или изменения его показателей меняется стоимость и самого дериватива. Вместе с тем такой подход представляется в корне неверным.

Стоимость может отражать, с одной стороны, затраченные на производство некоего объекта средства и усилия (т.е. себестоимость), с другой стороны, меновые свойства такого объекта. В таком случае оценивается эквивалент, за который объект может быть реализован. С точки зрения стоимостного подхода могут быть оценены товары, ценные бумаги, валюта, т.е. объекты, участвующие в обороте, но не события, такие как неплатеж по облигациям, введение в отношении должника процедуры банкротства и иные. Последние, в частности, являются кредитными событиями и выступают в качестве базисных активов для некоторых видов кредитных деривативов. Кроме того, деривативы представляют собой договоры и сами по себе не подлежат стоимостной оценке. Оценить можно лишь объем требований, возникающих в результате наступления внешних условий.

Таким образом, в юридическом смысле некорректно говорить о существовании «стоимости дериватива», т.е. с позиции права никакой зависимости стоимости дериватива от стоимости базисного актива нет, речь идет лишь о зависимости показателей дериватива от базисного актива. Причем такая зависимость имеет различное проявление в разных видах деривативов. В одних случаях наступление события, являющегося базисным активом, влечет наступление правового эффекта в виде обязанности выкупить некий товар или ценные бумаги. В других случаях изменение показателей базисного актива влечет возникновение обязанности по уплате денежных средств. В третьих случаях никаких правовых последствий изменение показателей базисного актива не влечет, а меняется лишь экономическая характеристика отношений цены базисного актива, зафиксированной в договоре и сложившейся на рынке.

В экономическом смысле стоимость дериватива может быть представлена в следующем. Так, вне зависимости от того, является ли форвардный договор поставочным или расчетным, его стоимость определяется посредством установления разницы между показателем базисного актива, сложившегося на рынке, и тем, что зафиксирован в договоре [16. С. 176–177]. Подобным же образом определяются показатели фьючерсов и опционов с учетом особенностей, присущих данным договорам. В частности, поскольку фьючерс заключается на бирже, его стоимость может быть установлена в рамках клиринга в каждый конкретный промежуток времени,

тогда как стоимость форвардного договора определяется на дату его исполнения. В опционе, в отличие от других деривативов, право требовать исполнения предоставлено лишь одной из сторон, ввиду чего его стоимость не принимает отрицательных значений, т.е. колеблется в интервале от нуля до плюсовых значений. К тому же на рыночную стоимость опциона оказывает влияние вероятность наступления потенциального исполнения [17. С. 8; 18. С. 743].

Стоимость деривативов, исполнение по которым обусловлено двумя базисными активами, как, например, процентный, валютный, валютно-процентный свопы, определяется с учетом значений разницы двух базисных активов [16. С. 243–244]. Стоимость же кредитно-дефолтных свопов зависит не от рыночной стоимости товара, валют или ценных бумаг, а от оценки вероятности наступления кредитного события, являющегося базисным активом, и определяется путем установления размера платежей, уплачиваемых за предоставление защиты от наступления кредитного события, с учетом вероятности его наступления [Там же. С. 697–700].

Таким образом, в зависимости от колебаний показателей базисного актива стоимость производного финансового инструмента (за исключением опциона) может принимать как отрицательное, так и положительное значение. Данное сугубо экономическое свойство приобретает правовое значение лишь в расчетных деривативах, но не поставочных.

В частности, если в расчетном производном финансовом инструменте изменение показателей базисного актива оказывает непосредственное влияние на правовое положение сторон договора, распределяя между ними права и обязанности, то при поставочных деривативах, предусматривающих поставку базисного актива, изменение его показателей не оказывает никакого влияния на характер распределения прав и обязанностей, так как является лишь экономической характеристикой заключенного между сторонами договора. Так, вне зависимости от изменения показателей базисного актива одна сторона обязана его поставить, а другая – оплатить по цене, согласованной в договоре, тогда как рост или падение показателей базисного актива в расчетном деривативе будет приводить к возникновению обязанности платить то у одной стороны, то у другой.

Исключением из приведенного правила являются поставочные деривативы, базисным активом которых является не товар, валюты или ценные бумаги, подлежащие передаче, а некие события или обстоятельства. Например, поставочные дефолтные свопы, базисным активом которых является условие (например неплатеж по облигации), при наступлении которого одна сторона обязуется поставить другой стороне товар (облигации, акции) по заранее согласованной цене. В таком случае вероятность наступления условия будет влиять на размер периодического платежа, который подлежит уплате покупателем защиты по кредитно-дефолтному свопу.

Таким образом, то, что именуется производным характером стоимости дериватива от стоимости базисного актива, в действительности отражает следующее:

- 1) характер распределения прав и обязанностей сторон договора, оказывающий влияние на статус кредитора или должника в обязательстве;
- 2) соотношение стоимости базисного актива, зафиксированного в договоре, и стоимости, сложившейся на рынке, но не оказывающее влияние на характер распределения прав и обязанностей сторон договора в рамках деривативов, предусматривающих поставку базисного актива;
- 3) размер периодического платежа, уплачиваемого в рамках дериватива, базисным активом которого является условие.

Направленность производного финансового инструмента

Как отмечает Ю.В. Романец, под направленностью договора как системным признаком следует понимать конечные экономический и юридический результаты, на достижение которых направлены основные действия участников договора [8. С. 92]. Направленность договора отражает цель, которую преследуют стороны договора при его заключении. Именно по данному критерию выделяются такие договорные типы, как договоры, направленные на передачу имущества в собственность, оказание услуг, на осуществление работ, страхование и т.д. По мнению других исследователей, данный критерий следует именовать каузой (основанием) договора [19. С. 101].

В юридической литературе традиционно отмечается, что производный финансовый инструмент направлен на хеджирование рисков, под которым понимается страховка от наступления неблагоприятных последствий [20. С. 231; 21. С. 43; 22. С. 89–90; 23. С. 43–46].

К числу наиболее ярких примеров хеджирования можно отнести пример использования процентного свопа, нашедшего, наравне с опционами, широкое отражение в судебной практике по налоговым спорам [24, 25], [26], когда одно лицо – должник по договору займа, опасаясь роста плавающих процентных ставок, договаривается с другим лицом – контрагентом по процентному свопу, что контрагент будет платить плавающую процентную ставку, а первоначальное лицо (должник по договору займа) будет платить ему фиксированную ставку. В зависимости от роста или падения плавающей ставки стороны будут уплачивать разницу, рассчитанную относительно некоей номинальной суммы. Таким образом, должник по договору займа переложил риск роста плавающих процентных ставок на контрагента по процентному свопу.

Представляется, что позиция исследователей, рассматривающих хеджирование и спекуляцию в качестве направленности всех производных финансовых инструментов, является ошибочной. Так, направленность договора рассматривается в качестве обозримой хозяйственной цели сторон, которая преследуется при заключении договора. Поскольку договор есть сделка, которая в свою очередь, представляет собой волевое действие, цель договора есть направленность воли сторон, т.е. тот экономический и правовой результат, который преследуют стороны при заключении договора.

Действительно, в той терминологии, которая вкладывается в понятие «хеджирование», на первый взгляд, применительно к отдельным видам производных финансовых инструментов можно предположить, что хеджирование составляет направленность сторон при использовании деривативов. Вместе с тем в большинстве случаев эта цель не относится к числу юридически значимых.

Так, в вышеприведенном примере стороны заключили между собой процентный своп-договор, по условиям которого одна сторона платит фиксированную ставку, а другая сторона – плавающую ставку. Плательщик фиксированной ставки страхует свои риски по договору займа, связанные с ростом плавающих ставок. Плательщик плавающей ставки по процентному свопу не преследует целей страхования рисков, а заинтересован лишь в том, чтобы получить прибыль в виде разницы от ценовых колебаний.

По сути, конечная цель обеих сторон состоит лишь в том, чтобы получить разницу, сложившуюся в результате колебаний значений базисного актива. Обозримая цель каждой из сторон состоит в том, чтобы получить от контрагента платеж, обусловленный изменениями конъюнктуры рынка. В свою очередь, то, что интерес одной из сторон состоит в минимизации расходов по договору займа, а другой стороны – в получении прибыли, является лишь мотивом при заключении договора, но не самостоятельной правовой или экономической целью. В таком случае деривативы, опосредующие взаиморасчеты между сторонами, в зависимости от роста или падения значений базисных активов направлены не на хеджирование или спекуляцию, а на получение от другой стороны платежей, поставленных в зависимость от колебаний значений базисного актива.

Исключением из вышеуказанного подхода могут быть лишь опционы, в которых право требовать исполнения обусловлено внешним условием, и дефолтные свопы в тех случаях, если наступление условия (кредитное событие в кредитно-дефолтных свопах) в сделке может оказать влияние на имущественное состояние управомоченного лица. В таком случае приведенные виды деривативов действительно направлены на перераспределение рисков наступления неблагоприятных последствий, поскольку исполнение по таким деривативам всегда будет зависеть от некоего внешнего фактора, наступление которого не гарантировано. Сторона – покупатель защиты, принимая на себя обязанность вносить периодические платежи за предоставление другой стороной защиты, не имеет иной цели, кроме как обеспечить перераспределение рисков наступления последствий.

Аналогичные выводы следуют в отношении поставочных деривативов, опосредующих передачу товаров, валют, ценных бумаг. Например, стороны договариваются, что одна сторона поставит другой стороне акции по заранее согласованной цене через шесть месяцев. В таком случае, зафиксировав цену исполнения, каждая из сторон захеджировала свои риски от, соответственно, роста или падения стоимости ценных бумаг. Вместе с тем при таком подходе игнорируется, что основная цель сторон поставочного дериватива заключается в поставке имущества в обмен на деньги, что

в значительной степени сближает данную разновидность деривативов с договорами, направленными на передачу имущества в собственность.

Направленность на спекуляцию, применительно к деривативам, может быть выделена весьма условно. Спекулятивный интерес стороны просматривается лишь в том случае, если выходить за рамки правоотношений сторон дериватива, например покупатель ценных бумаг преследует цель, купив их дешевле по отношению к рынку, продать по рыночной цене. Однако и в данном случае интерес в проведении спекулятивной сделки лежит за рамками воли сторон при заключении дериватива, он представляет собой мотив.

Таким образом, спекуляция не может рассматриваться в качестве направленности сделок, являющихся производными финансовыми инструментами. Если хеджирование рассматривать как направленность на распределение рисков, то оно свойственно лишь некоторым видам опционов и дефолтных свопов. Во всех остальных случаях хеджирование следует относить к мотиву сделки. В связи с чем все деривативы могут быть классифицированы по направленности:

1) получение от контрагента платежей, поставленных в зависимость от изменения показателей базисного актива;

2) передачу имущества в собственность в обмен на деньги;

3) распределение рисков наступления неблагоприятных последствий (хеджирование);

4) заключение другого договора. Направленность воли сторон на заключение другого договора нашла свое отражение в положениях абз. 4 п. 2, абз. 3 п. 3, п. 5 указания Банка России «О видах производных финансовых инструментов» [27]. В частности, условия некоторых деривативов могут предусматривать заключение договоров купли-продажи либо договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, как, например, свопционы (опционы на заключение свопов). При этом исполнение такой обязанности, как правило, также поставлено в зависимости от некоторого условия.

Рисковый характер производных финансовых инструментов

Правовой природе рискованных сделок в юридической литературе уделяется достаточно много внимания. Представляется, что под такими сделками следует понимать, во-первых, сделки, которые не позволяют определить объем и характер исполнения на стадии ее заключения [28. С. 25, 523; 29. С. 32; 30. С. 173–174; 31. С. 11–13], а во-вторых, такие сделки относятся к числу условных [32. С. 780; 33. С. 154; 34. С. 64; 35. С. 155; 36. С. 45].

Не все виды производных финансовых инструментов могут быть отнесены к числу рискованных сделок, а лишь те, в которых права и обязанности сторон зависят от наступления согласованных сторонами условий. В таком случае к числу рискованных не будут относиться большинство видов поставочных деривативов, за исключением поставочных опционов и некоторых

дефолтных своп-договоров, предусматривающих расчет поставкой. В частности, по условиям опциона одна сторона, уплачивая другой стороне некоторую сумму денежных средств, получает право требовать от нее исполнения. Причем наличие такого права может быть поставлено под самостоятельное внешнее условие, как, например, изменение значений базисного актива выше или ниже согласованных значений. Другая же сторона по требованию управомоченной обязуется произвести исполнение на условиях, согласованных сторонами. При этом исполнение будет производиться и в том случае, если условия исполнения окажутся невыгодными для обязанной стороны. Схожие выводы могут быть сделаны в отношении дефолтных свопов.

Таким образом, деривативы, предусматривающие лишь отсроченную поставку, лишенные случайного элемента, влияющего на распределение прав и обязанностей, не могут быть отнесены к числу рисковых сделок. В то же время поставочные деривативы, исполнение которых зависит от наступления обстоятельств, носящих случайный характер, могут быть отнесены к числу рисковых сделок.

В силу своей экономической природы все производные финансовые инструменты, предусматривающие взаиморасчеты между сторонами, могут быть отнесены к числу рисковых сделок, поскольку в таких сделках предусматривается, что в зависимости от изменения значений базисного актива стороны договора уплачивают друг другу денежные средства. Иными словами, изменение значений базисного актива будет свидетельствовать об изменении правового положения сторон договора. В таком случае в каждый конкретный промежуток времени, в который одна сторона приобретает право требования от другой стороны уплаты денежных средств, такая сторона будет становиться кредитором в денежном обязательстве, а другая сторона – должником. После чего, в зависимости от изменения показателей базисного актива, статус сторон договора будет меняться (и так до истечения срока действия договора).

Отсроченный характер исполнения от момента заключения производного финансового инструмента

Деривативы также именуются срочными сделками. Отмечается, что в отличие от кассовых сделок срочные сделки всегда предполагают значительный промежуток времени между заключением сделки и ее исполнением [37. С. 51–52]. Например, в указании Банка России «О видах производных финансовых инструментов» [27] отмечается, что по условиям поставочного форвардного договора предусматривается отсрочка поставки на срок не менее трех дней с момента заключения договора.

Названное свойство применимо ко всем видам деривативов, поскольку вне зависимости от того, является ли дериватив свопом, фьючерсом, опционом или форвардом, момент его исполнения всегда отсрочен от момента заключения такого договора. Вместе с тем представляется, что данное

свойство деривативов также не может относиться к числу квалифицирующих по следующим причинам:

а) абсолютное большинство договоров, закрепленных в гражданском законодательстве, предусматривают исполнение по истечении промежутка времени от момента их заключения;

б) данный признак никаким образом не отражает особенность правовой природы дериватива;

в) позиция Банка России в части установления трехдневного срока ничем не обусловлена и представляется следствием волевого решения регулятора финансового рынка.

Итак, по результатам проведенного анализа, ни один из приведенных признаков деривативов, которые выделяются в специальных исследованиях, не может быть отнесен к числу признаков, наличие которых позволило бы говорить именно о системе деривативов, объединенных в определенное единство. Поскольку не все признаки присущи каждой разновидности дериватива, да и те, которые можно выделить, не позволяют индивидуализировать и обособить деривативы от иных договоров. Данное обстоятельство свидетельствует о том, что деривативы не имеют признаков, позволяющих отнести их к самостоятельному договорному типу, и, соответственно, их правовая квалификация должна производиться с точки зрения других договоров, известных гражданскому праву.

Литература

1. *Овсейко С.В.* Свопы: общая характеристика производного финансового инструмента // Юрист. 2012. № 24. С. 22–29.
2. *Аскназий С.И.* Очерки хозяйственного права СССР / Коммунистический университет им. Зинovieва. Л. : Рабочее изд-во «Прибой», 1926. 200 с.
3. *Гордон М.В.* Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки / Харьковский юридический институт им. Л.М. Кагановича. Кафедра гражданского права и процесса. Харьков : Изд-во Харьков. гос. ун-та им. А.М. Горького, 1954. Вып. 5. С. 65–87.
4. *Красавчиков О.А.* Система отдельных видов обязательств // Советская юстиция. 1960. № 5. С. 42–43.
5. *Брагинский М.И.* Общее учение о хозяйственных договорах. Минск : Наука и техника, 1967. 260 с.
6. *Егоров Н.Д.* Классификация обязательств по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1989. № 3. С. 40–41.
7. *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву. М. : Статут, 2000. 781 с.
8. *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, Инфра-М, 2013. 496 с.
9. *Буркова А.Ю.* Виды производных финансовых инструментов и их защита в России // Законодательство и экономика. 2010. № 6. С. 21–24.
10. *Ротко С.В.* Судьба производных финансовых инструментов, возможно, определена? // Налоги. 2010. № 16. С. 26–29.
11. *Балкаров А.Б.* Юридическая квалификация производных финансовых инструментов (деривативов или срочных сделок) // Налоги. 2011. № 5. С. 14–17.
12. *Греков М.Н.* Проблемы правовой квалификации деривативного обязательства // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1157–1166.

13. Жуков Д.А. Правовое регулирование срочных сделок на фондовом рынке : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 25 с.
14. Туктаров Ю.Е. Синтетическая секьюритизация // Секьюритизация и право / Жан Жоб де Вриз Роббе, Поль Али ; пер. с англ. М. : Волтерс Клувер, 2008. 600 с.
15. Селивановский А.С. Правовое регулирование рынка ценных бумаг. М. : Издательский дом Высшей школы экономики, 2014. 580 с.
16. Халл Дж.К. Опционы, фьючерсы и другие производные финансовые инструменты. Москва ; Санкт-Петербург ; Киев : Вильямс, 2014. 1070 с.
17. Овечкин Р.М., Финогеев А.Г. Модели и методы оценки стоимости и подразумеваемой волатильности // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Технические науки. 2013. № 3 (27). С. 5–15.
18. Фабоци Ф. Финансовые инструменты. М. : Эксмо, 2010. 864 с.
19. Кашанин А.В. Кауза гражданско-правового договора, как выражение его сущности // Журнал российского права. 2001. № 4. С. 93–104.
20. Белов В.А. Понятие и виды торговых договоров. Курс лекций : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2017. 502 с.
21. Буркова А.Ю. Трудности перехода на централизованный клиринг // Право и экономика. 2017. № 2. С. 41–44.
22. Бартош В. Хеджирование и сделки на разницу цены базового актива // Хозяйство и право. 2012. № 9. С. 85–93.
23. Долганин А.А. К вопросу о понятии хеджирования в российской правовой доктрине // Гражданское право. 2016. № 6. С. 43–46.
24. Постановление Президиума ВАС РФ от 26.06.2012 № 15740/11 по делу № А28-10038/2010-281/33 // Консультант Плюс : Справ.-правовая система. Судебная практика. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.
25. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 16.06.2008 по делу № А43-11550/2005-35-399 // Консультант Плюс : Справ.-правовая система. Судебная практика. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.
26. Постановление ФАС Московского округа от 19.05.2010 № КА-А40/2599-10 по делу № А40-77534/09-142-442 // Консультант Плюс : Справ.-правовая система. Судебная практика. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.
27. О видах производных финансовых инструментов: Указание Банка России от 16.02.2015 № 3565-У // Консультант Плюс : Справ.-правовая система. Версия Проф. Электрон. дан. М., 2015. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.
28. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М. : Статут, 2003. 622 с.
29. Годэмэ Э. Общая теория обязательств. М. : Юрид. изд-во Мин. юстиции СССР, 1948. 511 с.
30. Виншейд Б. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. 593 с.
31. Мадагаева Т.Ф. Правовая природа рискованного договора // Юрист. 2012. № 18. С. 11–13.
32. Гамбаров Ю.Г. Гражданское право. Общая часть / под ред. В.А. Томсинова. М. : Зерцало, 2003. 816 с.
33. Grimm Д.Д. Лекции по догме римского права. М. : Зерцало, 2003. 496 с.
34. Нерсесов Н.О. Понятие добровольного представительства в гражданском праве // Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М. : Типолит. И.И. Смирнова, 1998. 191 с.
35. Синайский В.И. Русское гражданское право. М. : Статут, 2002. 638 с.
36. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М. : Госюриздат, 1954. 247 с.
37. Авиллина И.В., Козырь О.М. Биржа: правовые основы организации и деятельности. М. : Экономика и право, 1991. 93 с.

Gruzdev Oles S., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation)

DERIVATIVE FINANCIAL INSTRUMENT IN THE SYSTEM OF CIVIL CONTRACTS

Keywords: derivative financial instrument, contractual type, orientation, hedging, derivative-ness.

DOI: 10.17223/22253513/28/12

The subject to be analyzed in the present article is the possibility of qualification of a derivative financial instrument as a separate contractual type. The objectives of the research are examination of the existing approaches and the analysis of the characteristics of derivatives. The derivatives can differ from other financial instruments since they have the derived character of value from a basic asset, orientation at hedging or speculation; risk-taking and urgency.

In the course of the analysis the author comes to conclusion that any of the specified characteristics cannot be considered as the sign qualifying the derivative as an independent contractual type. Thus, a derived nature of value has legal sense only for non-deliverable and some deliverable derivative instruments, because of its influence on the allocation of rights and obligations of the parties to a contract. In the majority of deliverable derivatives this sign has no legal character since does not exert impact on the rights and obligations of the parties of the contract. Hedging can be considered as an orientation only in relation to default swaps or options in which the subjective right of the authorized person is put into dependence on a condition and this condition can cause negative consequences for the property status of the entitled party.

Otherwise, the derivative is aimed at making profit due to change of basic asset's indexes. Speculation represents a motive for the sake of which the parties can conclude the derivative, but it is not an independent legal purpose. Non-deliverable and conditional deliverable derivatives are aleatory but most of deliverable derivatives are not, because the parties know the type of their performance by the contract's conclusion. The maturity of contracts can't be the qualifying attribute since most of defined contracts also have this characteristic. A risk-related character of derivatives is shown only in non-deliverable derivative instruments and in those deliverable derivatives, the performance of which depends on a condition. Deliverable derivatives are, as a rule, deprived of a risk-related character since the volume and the parties know the nature of performance at the stage of the conclusion of such contract. An urgent character, being found in all types of derivatives, cannot act as the individualizing characteristic because it can be equally found in many contracts, which are named in the civil code.

The author comes to conclusion, that existing attributes either belong only to some derivatives or do not ascertain these financial instruments among other contractual constructions. Furthermore, some derivatives are similar to those enshrined in national civil legislation e.g. a wagering contract, contract of sale or barter.

References

1. Ovseyko, S.V. (2012) Svopy: obshchaya kharakteristika proizvodnogo finansovogo instrumenta [Swaps: a general characteristic of a derivative financial instrument]. *Yurist – Jurist*. 24. pp. 22–29.
2. Asknazyi, S.I. (1926) *Ocherki khozyaystvennogo prava SSSR* [Essays on the Economic Law of the USSR]. Leningrad: Priboy.
3. Gordon, M.V. (1954) Sistema dogovorov v sovetskom grazhdanskom prave [The system of treaties in Soviet civil law]. *Uchenyye zapiski. Khar'kovskiy yuridicheskii institut im. L.M. Kaganovicha*. 5. pp. 65–87.
4. Krasavchikov, O.A. (1960) Sistema otdel'nykh vidov obyazatel'stv [The system of certain types of obligations]. *Sovetskaya yustitsiya*. 5. pp. 42–43.

5. Braginskiy, M.I. (1967) *Obshcheye ucheniye o khozyaystvennykh dogovorakh* [General doctrine of economic contracts]. Minsk: Nauka i tekhnika.
6. Egorov, N.D. (1989) Klassifikatsiya obyazatel'stv po sovetскому grazhdanskomu pravu [Classification of obligations under Soviet civil law]. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*. 3. pp. 40–41.
7. Ioffe, O.S. (2000) *Izbrannyye trudy po grazhdanskomu pravu* [Selected Works on Civil Law]. Moscow: Statut.
8. Romanets, Yu.V. (2013) *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii* [The System of Contracts in the Russian Civil Law]. 2nd ed. Moscow: Norma, Infra-M.
9. Burkova, A.Yu. (2010) Vidy proizvodnykh finansovykh instrumentov i ikh zashchita v Rossii [Types of derivatives and their protection in Russia]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*. 6. pp. 21–24.
10. Rotko, S.V. (2010) Sud'ba proizvodnykh finansovykh instrumentov, vozmozhno, opredelena? [The fate of derivative financial instruments may have been determined?]. *Nalogi – Taxes*. 16. pp. 26–29.
11. Balkarov, A.B. (2011) Yuridicheskaya kvalifikatsiya proizvodnykh finansovykh instrumentov (derivativov ili srochnykh sdelok) [Legal qualification of derivative financial instruments (derivatives or futures deals)]. *Nalogi – Taxes*. 5. pp. 14–17.
12. Grekov, M.N. (2014) Problemy pravovoy kvalifikatsii derivativnogo obyazatel'stva [Problems of legal qualification of the derivative obligation]. *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava – Actual Problems of Russian Law*. 6. pp. 1157–1166. DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.11530
13. Zhukov, D.A. (2007) *Pravovoye regulirovaniye srochnykh sdelok na fondovom rynke* [Legal regulation of futures transactions in the stock market]. Abstract of Law Cand. Diss. Moscow.
14. Tuktarov, Yu.E. (2008) Sinteticheskaya sek'yurizatsiya [Synthetic Securitization]. In: Robbe, J.J.de V. & Ali, P. *Sek'yurizatsiya i pravo* [Securitisation of Derivatives and Alternative Asset Classes]. Translated from English by O. Ivanov, A. Kazakov, M. Shakhunyan. Moscow: Walters Kluwer.
15. Selivanovskiy, A.S. (2014) *Pravovoye regulirovaniye rynka tsennykh bumag* [Legal Regulation of the Securities Market]. Moscow: HSE.
16. Hull, J.K. (2014) *Optiony, fyuchersy i drugie proizvodnyye finansovyye instrumenty* [Options, Futures, and Other Derivatives]. Translated from English by D. Klyushin. Moscow; St. Petersburg; Kyiv: Vil'yams.
17. Ovechkin, R.M. & Finogeyev, A.G. (2013) Models and methods of option value assessment and the implied volatility. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Povolzhskiy region. Tekhnicheskkiye nauki – University proceedings. Volga Region. Technical Sciences*. 3(27). pp. 5–15. (In Russian).
18. Fabozzi, F. (ed.) (2010) *Finansovyye instrumenty* [The Handbook of Financial Instruments]. Translated from English by E. Vostrikova, D. Kovalevsky, M. Orlov. Moscow: Eksmo.
19. Kashanin, A.V. (2001) Cause of civil law contract as an expression of its essence. *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 4. pp. 93–104. (In Russian).
20. Belov, V.A. (2017) *Ponyatiye i vidy torgovykh dogovorov* [The Concept and Types of Trade Agreements]. Moscow: Yurayt.
21. Burkova, A.Yu. (2017) Trudnosti perekhoda na tsentralizovannyi kliring [Difficulties of transition to centralized clearing]. *Pravo i ekonomika*. 2. pp. 41–44.
22. Bartosh, V. (2012) Khedzhirovaniye i sdelki na raznitsu tseny bazovogo aktiva [Hedging and transactions for the difference in the price of the underlying asset]. *Khozyaystvo i pravo – Business and Law*. 9. pp. 85–93.
23. Dolganin, A.A. (2016) Revisiting the Hedging in the Russian Legal Doctrine. *Grazhdanskoye pravo – Civil Law*. 6. pp. 43–46. (In Russian).

24. The Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. (2013) *Postanovleniye Prezidiuma VAS RF ot 26.06.2012 № 15740/11 po delu № A28-10038/2010-281/33* [Decree No. 15740/11 of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of June 26, 2012, in case No. A28-10038 / 2010-281 / 33]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=293533#09991590718611856>.
25. The Federal Arbitration Court of Volgo-Vyatsky District. (2008) *Postanovleniye FAS Volgo-Vyatskogo okruga ot 16.06.2008 po delu № A43-11550/2005-35-399* [Decree of the FAS of the Volga-Vyatka okrug of June 16, 2008, in case No. A43-11550 / 2005-35-399]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AVV;n=28274#0028855868518551375>.
26. The Federal Arbitration Court of Moscow District. (2010) *Postanovleniye FAS Moskovskogo okruga ot 19.05.2010 № KA-A40/2599-10 po delu № A40-77534/09-142-442* [Decree of the Federal Arbitration Court of the Moscow District of May 19, 2010, No. KA-A40 / 2599-10 in case No. A40-77534 / 09-142-442]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AMS;n=128127#0921701173730888>.
27. The Bank of Russia. (2015) *O vidakh proizvodnykh finansovykh instrumentov: Ukazaniye Banka Rossii ot 16.02.2015 № 3565-U* [On the types of derivative financial instruments: Instruction № 3565-U of the Bank of Russia of February 16, 2015]. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_177289/.
28. Pobedonostsev, K.P. (2003) *Kurs grazhdanskogo prava* [The Course of Civil Law]. Part 3. Moscow: Statut.
29. Godame, E. (1948) *Obshchaya teoriya obyazatel'stv* [General Theory of Obligations]. Translated from French by I.B. Novitsky. Moscow: Ministry of Justice of the USSR.
30. Winscheid, B. (1875) *Ob obyazatel'stvakh po rimskomu pravu* [About obligations under the Roman law]. Translated from German. St. Petersburg: A. Dumashevsky.
31. Madagayeva, T.F. (2012) Legal Nature of Risky Contract. *Yurist – Jurist*. 18. pp. 11–13. (In Russian).
32. Gambarov, Yu.G. (2003) *Grazhdanskoye pravo. Obshchaya chast'* [Civil law. General Part]. Moscow: Zertsalo.
33. Grimm, D.D. (2003) *Leksii po dogme rimskogo prava* [Lectures on the Dogma of Roman law]. Moscow: Zertsalo.
34. Nersesov, N.O. (1998) *Izbrannyye trudy po predstavitel'stvu i tsennym bumagam v grazhdanskom prave* [Selected Works on Representation and Securities in Civil Law]. Moscow: I.I. Smirnov.
35. Sinayskiy, V.I. (1954) *Russkoye grazhdanskoye pravo* [Russian Civil Law]. Moscow: Statut.
36. Novitskiy, I.B. (1954) *Sdelki. Iskovaya davnost'* [Transactions. Limitation of Actions]. Moscow: Gosyurizdat.
37. Avilina, I.V. & Kozyr, O.M. (1991) *Birzha: pravovyye osnovy organizatsii i deyatel'nosti* [Exchange House: Legal basis for organization and activities]. Moscow: Ekonomika i pravo.

УДК 347.1

DOI: 10.17223/22253513/28/13

К.Ю. Лебедева

**ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ВОПРОСУ ПРИМЕНЕНИЯ
ПОЛОЖЕНИЙ П. 4 СТ. 222 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
(О СНОСЕ САМОВОЛЬНОЙ ПОСТРОЙКИ)**

Статья посвящена изучению толкования положений п. 4 ст. 222 Гражданского кодекса Российской Федерации Конституционным Судом Российской Федерации на примере исследования рекомендаций и позиций, высказанных по итогам рассмотрения конкретного запроса депутатов Государственной Думы Российской Федерации.

Ключевые слова: Гражданский кодекс Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации, снос самовольной постройки.

Результатом реформы первой части Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) стало, в том числе, изменение положений ст. 222, включающее введение в данную статью Федеральным законом от 13.07.2015 № 258-ФЗ «О внесении изменений в статью 222 части первой ГК РФ и Федеральный закон «О введении в действие части первой ГК РФ»¹ пункта четвертого в следующей редакции:

«Органы местного самоуправления городского округа (муниципального района в случае, если самовольная постройка расположена на межселенной территории) вправе принять решение о сносе самовольной постройки в случае создания или возведения ее на земельном участке, не предоставленном в установленном порядке для этих целей, если этот земельный участок расположен в зоне с особыми условиями использования территорий (за исключением зоны охраны объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации) или на территории общего пользования либо в полосе отвода инженерных сетей федерального, регионального или местного значения.

В течение семи дней со дня принятия решения о сносе самовольной постройки орган местного самоуправления, принявший такое решение,

¹ Документ опубликован на официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 13.07.2015, в изданиях: «Российская газета», № 154, 16.07.2015 и «Собрание законодательства РФ», 20.07.2015, № 29 (часть I), ст. 4384, начал действовать с 01.09.2015.

направляет лицу, осуществившему самовольную постройку, копию данного решения, содержащего срок для сноса самовольной постройки, который устанавливается с учетом характера самовольной постройки, но не может составлять более чем 12 месяцев.

В случае, если лицо, осуществившее самовольную постройку, не было выявлено, орган местного самоуправления, принявший решение о сносе самовольной постройки, в течение семи дней со дня принятия такого решения обязан:

- обеспечить опубликование в порядке, установленном уставом городского округа (муниципального района в случае, если самовольная постройка расположена на межселенной территории) для официального опубликования (обнародования) муниципальных правовых актов, сообщения о планируемом сносе самовольной постройки;
- обеспечить размещение на официальном сайте уполномоченного органа местного самоуправления в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» сообщения о планируемом сносе самовольной постройки;
- обеспечить размещение на информационном щите в границах земельного участка, на котором создана самовольная постройка, сообщения о планируемом сносе самовольной постройки.

В случае если лицо, осуществившее самовольную постройку, не было выявлено, снос самовольной постройки может быть организован органом, принявшим соответствующее решение, не ранее чем по истечении двух месяцев после дня размещения на официальном сайте уполномоченного органа местного самоуправления в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» сообщения о планируемом сносе такой постройки».

Проанализировав характер содержащихся в п. 4 ст. 222 ГК РФ правил, можно сделать вывод, что данная норма регламентирует процесс принятия решения об административном сносе самовольной постройки (об определении понятия «самовольная постройка» из последних публикаций см., например, [1]).

В научной литературе верно отмечено, что указанный пункт статьи 222 ГК РФ, по сути, регулирует две ситуации:

- когда лицо, осуществившее постройку, известно и ему направляется решение о сносе постройки¹ и
- когда лицо, осуществившее самовольную постройку, не выявлено (см. о различиях правовых последствий в указанных ситуациях [2]).

В настоящее время осмысливаются процессуальные аспекты признания прав либо сноса самовольных построек (см., например: [3–7] и др.), однако ниже рассмотрено толкование судебным органом конституционного контроля материальной нормы сноса самовольных построек в административном порядке.

¹ Тогда данное лицо подобное решение обязано исполнить, если исходить из того, что оно принято уполномоченным лицом.

Поскольку упомянутая статья в измененной редакции с процитированным четвертым пунктом еще не получила разъяснений Верховного Суда Российской Федерации (ВС РФ), а имеющиеся разъяснения высших судебных инстанций, касающиеся порядка применения ст. 222 ГК РФ, приняты до внесения в нее исследуемого пункта¹, выявить порядок применения и смысл трактовок п. 4 статьи ГК РФ о самовольной постройке в настоящее время представляется возможным лишь на основании анализа судебного акта – определения Конституционного Суда Российской Федерации 27 сентября 2016 г. № 1748-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы Российской Федерации о проверке конституционности пункта 4 статьи 222 ГК РФ», ссылки на которое имеются в других, более поздних актах Конституционного Суда РФ².

Арбитражные суды различных уровней активно применяют позиции (разъяснения) Конституционного Суда РФ, изложенные в определении, являющемся предметом рассмотрения в настоящей публикации, при разрешении рассматриваемых ими различных споров: о признании незаконными действий уполномоченных органов по обеспечению сноса здания, о признании недействительными ненормативных актов, распоряжений различного рода, касающихся объектов самовольного строительства, и других требований, касающихся самовольных построек, включая их снос³.

¹ См.: Обзор судебной практики по делам, связанным с самовольным строительством, утвержденный Президиумом ВС РФ 19 марта 2014 г.; п. 22–31 о спорах, связанных с самовольной постройкой, совместного постановления Пленума ВС РФ № 10 и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ) № 22 от 29 апреля 2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»; Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами ст. 222 ГК РФ, утвержденный информационным письмом Президиумом ВАС РФ от 9 декабря 2010 г. № 143.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 07.11.2017 № 26-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца первого ч. 2 ст. 2, абзаца третьего ч. 1 и ч. 3 ст. 2–1 Закона Республики Крым “Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым” в связи с жалобами обществ с ограниченной ответственностью “Дайвинг-Центр “Соляриус”, “Промхолдинг” и “Формат-ИТ”, а также определения от 10.11.2016 № 2372-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мурадовой Н.В. на нарушение ее конституционных прав пунктом 4 ст. 222 ГК РФ»; от 28.09.2017 № 1824-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью “ПОЛЮС-РБ” на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 4 ст. 222 ГК РФ, а также пунктом 4 ч. 1 ст. 128, частью 1 ст. 208 и ч. 1 ст. 210 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации»; от 25.05.2017 № 966-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Савиной М.В. на нарушение ее конституционных прав положениями пункта 4 ст. 222 ГК РФ, пунктом 4 ч. 1 ст. 128, частью 1 статьи 208 и ч. 1 ст. 210 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации».

³ См., например, постановления: АС Московского округа от 07.09.2017 № Ф05-12248/2017 по делу № А40-254041/16; АС Северо-Кавказского округа – от 04.05.2017 № Ф08-2330/2017 по делу № А32-12170/2016, от 28.01.2017 № Ф08-9817/2016 по делу

При этом вносить изменения и дополнения в совместное постановление Пленумов высших судебных инстанций, касающееся правоотношений о собственности от 29.04.2010 № 10/22, как предлагается некоторыми авторами [8], не представляется возможным в связи с отсутствием органа, принимавшего участие в разработке и принятии данного постановления. В настоящее время (после упразднения ВАС РФ) данное постановление можно лишь отменить полностью, заменив другим актом, изданным уполномоченным органом (ВС РФ, ставшим правопреемником ВАС РФ) либо частично¹.

Депутаты Государственной Думы РФ в запросе, поданном в Конституционный Суд РФ, полагают, что п. 4 ст. 222 ГК РФ противоречит ст. 10, 19 (ч. 1), 35 (ч. 3), 46 (ч. 1 и 2), 54 (ч. 1) и 118 (ч. 1) Конституции Российской Федерации, поскольку вследствие неопределенности содержащихся в нем положений, порождающей на практике их неоднозначное толкование и возможность произвольного применения, предоставляет органам местного самоуправления право решать вопрос о праве собственности во внесудебном порядке – посредством принятия решения о сносе постройки, возведенной до вступления оспариваемых законоположений в силу, а также в отношении постройки, в сносе которой ранее было отказано решением суда или право собственности на которую было зарегистрировано уполномоченным государственным органом в установленном законом порядке.

Конституционный Суд РФ исходит из того, что согласно ст. 35 Конституции РФ право частной собственности охраняется законом (ч. 1) и никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда (ч. 3), и закрепленные в указанной статье Конституции РФ гарантии права собственности предоставляются лишь в отношении права, возникшего на законных основаниях².

Далее Конституционным Судом РФ подчеркивается значение государственной регистрации прав на недвижимое имущество как формального

№ А32-10862/2016; АС Центрального округа – от 01.08.2017 № Ф10-2921/2017 по делу № А83-5116/15, от 16.11.2016 № Ф10-4591/2016 по делу № А35-11264/2015; 2ААС – от 04.10.2017 № 02АП-6802/2017 по делу № А28-10847/2016, от 11.04.2017 № 02АП-1491/2017 по делу № А28-14113/2016; 9ААС – от 08.09.2017 № 09АП-34133/2017 по делу № А40-216221/16, от 02.06.2017 № 09АП-18460/2017 по делу № А40-254041/2016; 10 ААС – от 01.11.2017 № 10АП-12669/2017 по делу № А41-11837/17, от 22.02.2017 № 10АП-14741/2016 по делу № А41-22191/16; 12ААС от 29.11.2016 № 12АП-11160/2016 по делу № А57-5902/2016; 15ААС – от 25.10.2017 № 15АП-11728/2017, 15АП-11877/2017 по делу № А32-25368/2016, от 20.04.2017 № 15АП-1863/2017 по делу № А32-13678/2016; 21ААС от 16.11.2017 № 21АП-900/2017 по делу № А83-3122/2017 и другие акты).

¹ Как сделано в отношении абзаца первого п. 38 указанного совместного постановления от 29.04.2010 Постановлением Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ».

² На что указано Конституционным Судом РФ в Постановлении от 11.03.1998 № 8-П; определениях от 25.03.2004 № 85-О, от 13.10.2009 № 1276-О-О, от 29.09.2011 № 1071-О-О, от 20.11.2014 № 2590-О, от 28.01.2016 № 141-О и др.

условия обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав, возникающих из имущественных отношений, объектом которых является недвижимое имущество.

Далее дана оценка законодательному закреплению необходимости государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество: она свидетельствует о признании со стороны государства публично-правового интереса в установлении принадлежности недвижимого имущества конкретному лицу, чем обеспечивается защита прав других лиц, стабильность гражданского оборота и предсказуемость его развития¹.

В то же время Конституционный Суд РФ подчеркивает², что государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним, производимая соответствующим учреждением, будучи юридическим актом признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с ГК РФ³, *не может подменять собой основание*⁴ возникновения, изменения и прекращения права.

ГК РФ, составляющий в числе прочих нормативных правовых актов правовую основу государственной регистрации прав на недвижимое имущество⁵, устанавливая в числе прочего правовой режим таких объектов, как здания, сооружения и другие строения, возведенные, созданные в нарушение правил земельного законодательства либо градостроительных норм, закрепляет в качестве *способа легализации* этих объектов в гражданском обороте *признание права собственности* на них в *судебном порядке*⁶, что является допустимым законом основанием для осуществления последующей государственной регистрации прав на соответствующие объекты.

Так, согласно ст. 222 ГК РФ, здание, сооружение или другое строение, возведенные, созданные на земельном участке, не предоставленном в установленном порядке, или на земельном участке, разрешенное использование которого не допускает строительства на нем данного объекта, либо возведенные, созданные без получения на это необходимых разрешений или с нарушением градостроительных и строительных норм и правил, при-

¹ Об этом указано Конституционным Судом РФ в Постановлении от 26.05.2011 № 10-П, определениях от 05.07.2001 № 132-О и № 154-О, от 20.11.2008 № 1052-О-О, от 22.03.2011 № 412-О-О и др.

² С целью проведения четкого разграничения основания возникновения права и акта государственной регистрации права как формального его признания со стороны государства.

³ В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (в ред. от 03.07.2016 с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017).

⁴ Выделено здесь и далее курсивом и полужирным шрифтом мной в целях акцентирования внимания на ключевых постулатах излагаемых Конституционным Судом РФ положений. – *К.Л.*

⁵ Согласно п. 1 ст. 3 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

⁶ А в предусмотренных законом случаях – в ином установленном законом порядке.

знается самовольной постройкой (п. 1); лицо, осуществившее такую постройку, не приобретает на нее право собственности и не вправе ей распоряжаться – продавать, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки, кроме случаев, предусмотренных п. 3 и 4 данной статьи (п. 2).

Соответственно, абз. 1 п. 3 ст. 222 ГК РФ допускает возможность признания судом, а в предусмотренных законом случаях в ином, установленном законом порядке, права собственности на самовольную постройку за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, на котором создана постройка.

Данное законоположение, как отметил Конституционный Суд РФ¹ с учетом разъяснений, содержащихся в Обзоре судебной практики по делам, связанным с самовольным строительством², согласно которым право собственности на самовольное строение может быть признано и в случае возведения его без необходимых разрешений на земельном участке, который предоставлен гражданину по договору аренды для строительства соответствующего объекта недвижимости, если строение создано без существенных нарушений градостроительных и строительных норм и правил и если сохранение этого строения не нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц, не создает угрозу жизни и здоровью граждан, – направлено на защиту прав граждан, а также на обеспечение баланса публичных и частных интересов и тем самым на реализацию ст. 17 (ч. 3) и 55 (ч. 3) Конституции РФ.

Что касается создания или возведения самовольной постройки *на земельном участке, не предоставленном* в установленном порядке для этих целей, если этот земельный участок расположен в зоне с особыми условиями использования территорий³ или на территории общего пользования либо в полосе отвода инженерных сетей федерального, регионального или местного значения, то в этих случаях органы местного самоуправления городского округа⁴ *вправе принять решение о сносе* самовольной постройки.

При этом закрепляющий данное право органов местного самоуправления п. 4 ст. 222 ГК РФ *одновременно* обязывает их в течение семи дней со дня принятия решения направить лицу, осуществившему самовольную постройку, копию данного решения, содержащего срок для сноса самовольной постройки, который устанавливается с учетом характера самовольной постройки, но не может составлять более чем 12 месяцев.

Следовательно, лицо, осуществившее самовольную постройку, – поскольку оно ставится в известность о принятом решении, – может прибег-

¹ В определениях от 29.01.2015 № 101-О и от 24.03.2015 № 658-О.

² Утвержден Президиумом ВС РФ 19.03.2014.

³ За исключением зоны охраны объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации.

⁴ Или муниципального района – в случае, если самовольная постройка расположена на межселенной территории.

нуть к *гарантированному ему способу судебной защиты путем оспаривания* принятого органом местного самоуправления решения.

При этом, по смыслу п. 4 ст. 222 ГК РФ, *срок сноса*, указываемый в решении о сносе самовольной постройки, *не может быть произвольным*, а устанавливается с учетом характера самовольной постройки (но *не может составлять более чем 12 месяцев*) и должен предоставлять заинтересованному лицу время для обращения в суд, который, в свою очередь, согласно ч. 1 и 2 ст. 85 и ст. 223 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, вправе приостановить действие оспариваемого решения в части, относящейся к административному истцу, или приостановить совершение в отношении административного истца оспариваемого действия.

В тот же срок органы местного самоуправления обязаны *обеспечить опубликование* в установленном порядке *сообщения о планируемом сносе* самовольной постройки и размещение данной информации на официальном сайте уполномоченного органа местного самоуправления в информационно-телекоммуникационной сети Интернет и на информационном щите в границах земельного участка, на котором создана самовольная постройка, в случае если лицо, осуществившее самовольную постройку, не было выявлено; в этом случае снос самовольной постройки может быть организован органом местного самоуправления, принявшим соответствующее решение, не ранее чем по истечении двух месяцев после дня размещения сообщения о планируемом сносе такой постройки в информационно-телекоммуникационной сети Интернет.

Далее Конституционным Судом РФ дается оценка приведенных положений п. 4 ст. 222 ГК РФ: они *создают дополнительные гарантии информирования лица*, осуществившего самовольную постройку, позволяющие ему прибегнуть к средствам судебной защиты, а указание на двухмесячный срок *дополнительно подтверждает волеизъявление* федерального законодателя на то, что снос не должен следовать *незамедлительно за принятием решения* о нем, имея в виду возможность его оспаривания.

Таким образом, п. 4 ст. 222 ГК РФ закрепляет *механизм принятия органами местного самоуправления решений о сносе* зданий, строений или других сооружений, возведенных на земельных участках, не предоставленных в установленном порядке для этих целей, т.е. объектов, являющихся, согласно п. 1 той же статьи, самовольными постройками, притом что земельные участки, на которых они возведены, расположены в зоне с особыми условиями использования территорий¹ либо на территории общего пользования, либо в полосе отвода инженерных сетей, и тем самым существенным образом ухудшающих комфортную среду для проживания граждан, подвергающих опасности их жизнь и здоровье, создающих препятствия для надлежащего функционирования объектов, представляющих повышенную опасность, а также *механизм самостоятельной реализации ор-*

¹ За исключением зоны охраны объектов культурного наследия (памятников истории и культуры).

ганами местного самоуправления указанных решений в отношении таких построек, если лицо, осуществившее самовольную постройку, не было выявлено.

При отсутствии какого-либо из условий, указанных в п. 1 и абзаце первом п. 4 ст. 222 ГК РФ, решение о сносе в отношении зданий, строений или других сооружений органами местного самоуправления принято быть не может.

При этом само по себе существование государственной регистрации права на объекты недвижимости, которые в соответствии с п. 1 ст. 222 ГК РФ относятся к самовольным постройкам, не исключает возможности принятия уполномоченным органом решения об их сносе – при том, что лицу, чье право зарегистрировано в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество, гарантирована возможность обжалования принятого решения в суде.

В судебной практике сложился единообразный подход, свидетельствующий о допустимости принятия судом решения о сносе самовольной постройки при наличии государственной регистрации права собственности на нее. Такой подход закреплен в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22, согласно которому в случае, когда недвижимое имущество, право на которое зарегистрировано, имеет признаки самовольной постройки, наличие такой регистрации не исключает возможности предъявления требования о его сносе. В мотивировочной части решения суда об удовлетворении такого иска должны быть указаны основания, по которым суд признал имущество самовольной постройкой. Решение суда об удовлетворении иска о сносе самовольной постройки в данном случае служит основанием для внесения записи в ЕГРП о прекращении права собственности ответчика на самовольную постройку.

Далее Конституционный Суд РФ определяет сферу применения обновленной статьи о самовольной постройке: порядок принятия решения о сносе самовольных построек, указанный в п. 4 ст. 222 ГК РФ, применяется, по смыслу содержащихся в нем положений, и к тем постройкам, которые были возведены до вступления в силу Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 258-ФЗ.

По мнению судебного органа конституционного контроля, данное регулирование не может расцениваться как противоречащее Конституции РФ, поскольку не является изменением ранее установленного неблагоприятного последствия возведения самовольной постройки и до вступления указанного Федерального закона в силу влекло ее снос, а дата возведения самовольной постройки не меняет его природы как правонарушения.

Исходя из действующего гражданско-правового регулирования, разрешение вопроса об отнесении постройки¹ к категории самовольных порождает возможность наступления юридических последствий, различных по своему характеру и содержанию. Соответственно, в случае спора призна-

¹ Здания, строения или другого сооружения.

ние постройки самовольной и проверка правомерности ее сноса осуществляется судом, в том числе в процедуре оспаривания решения о сносе самовольной постройки или в процедуре оспаривания действий по ее сносу.

При рассмотрении исковых требований органов местного самоуправления, настаивающих на необходимости сноса самовольных построек, суды, с учетом характера указанных требований, рассматривают, в том числе, *вопросы наличия нарушений* градостроительного и земельного законодательства при возведении спорного объекта и – при отказе в удовлетворении иска – обеспечивают защиту прав владельца спорного объекта, признавая де-факто его действия правомерными или не выходящими за рамки незначительных формальных нарушений, не влияющих на права третьих лиц и не создающих угрозу для жизни и здоровья граждан. При этом судебные постановления, которыми было отказано в удовлетворении исковых требований органов местного самоуправления, касаются лишь законности и обоснованности таких требований.

Принятие же органом местного самоуправления решения о сносе постройки по мотивам и доводам, которые были ранее отклонены судом, означает, по сути, *преодоление требования об обязательной силе судебного решения*¹. Такие решения органов местного самоуправления *не могут быть признаны согласующимися с конституционным правом* на судебную защиту, в качестве неотъемлемого элемента которого – как по буквальному смыслу закрепляющей его ст. 46 Конституции РФ, так и по смыслу, вытекающему из взаимосвязи этой статьи с другими положениями гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина» Конституции РФ, а также общепризнанными принципами и нормами международного права, – предполагается обязательность судебных решений.

Этим, однако, *не исключается возможность принятия решений о сносе самовольных построек, основанных на новых фактических обстоятельствах*, которые ранее не были предметом исследования в судах, например:

– в случае, если после вынесения судебного постановления об отказе в удовлетворении искового требования о сносе самовольной постройки последняя была *реконструирована* и на ее основе *создан новый объект*, который *не отвечает требованиям безопасности*, или

– если судом в ходе рассмотрения дела не оценивалось наличие либо отсутствие перечисленных в п. 4 ст. 222 ГК РФ специфических оснований для сноса самовольной постройки.

На основании изложенного Конституционным Судом РФ сделан вывод, что п. 4 ст. 222 ГК РФ – как по своему буквальному смыслу, так и в системном единстве с положениями действующего гражданско-правового регулирова-

¹ И противоречат ч. 1 ст. 6 ФКЗ от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе РФ», согласно которой судебные постановления, вступившие в законную силу, являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации.

ния и с учетом правовых позиций Конституционного Суда РФ, изложенных в иных указанных выше актах, – **не может рассматриваться как нарушающий чьи-либо конституционные права** в аспекте, указанном в запросе депутатов Государственной Думы РФ, и противоречащий Конституции РФ, в том числе ст. 10, 19 (ч. 1), 35 (ч. 3), 46 (ч. 1 и 2), 54 (ч. 1) и 118 (ч. 1).

По итогам изучения и осмысления определения Конституционного Суда РФ от 27 сентября 2016 г., ключевые выдержки из которого приведены выше, можно сделать, по крайней мере, три вывода о толковании п. 4 ст. 222 ГК РФ, имеющих принципиальный характер.

Во-первых, если суд отказал в удовлетворении требований о сносе самовольной постройки, орган местного самоуправления, с одной стороны, *не вправе принять решение о ее сносе по мотивам и доводам, которые отклонены* (отвергнуты) судом. С другой стороны, в такой ситуации¹ уполномоченный орган может принять решение о сносе самовольной постройки *только с учетом новых фактических обстоятельств*, которые не являлись предметом исследования в рассмотренном процессе и, кроме того, возведенный *объект претерпел существенные изменения*, которые не отвечают требованиям безопасности, однако судом такие изменения *не оценивались*.

Во-вторых, наличие государственной регистрации права на самовольную постройку *само по себе не препятствует* принятию уполномоченным органом решения о ее сносе.

В-третьих, предусмотренный п. 4 ст. 222 ГК РФ порядок принятия уполномоченным органом решения о сносе самовольных построек применяется и к тем постройкам, которые *возведены до 01.09.2015*.

В заключение хотелось бы отметить, что введение в традиционно цивилистическую статью о самовольных постройках положений об административном порядке их сноса сложно признать нормой, порождающей «законный произвол», как указывается некоторыми авторами [9], поскольку необходимость установления подобного порядка юридически, экономически и технически обоснована, обусловлена спецификой активно развивающихся отношений в сфере возведения самовольных построек и отвечает принципу согласования частных и публичных интересов в гражданском праве, нахождения устойчивого баланса между ними, а потребность во введении такого порядка следует признать достаточно давно созревшей.

Литература

1. Чиконова Л.В. Некоторые проблемы применения дефиниции «самовольная постройка» // Имущественные отношения в РФ. 2017. № 2.

2. Демкина А. Самовольная постройка: легализация или снос? // ЭЖ-Юрист. 2017. № 10.

¹ Когда судом вынесено решение об отказе в удовлетворении требования о сносе самовольной постройки.

3. Денисов М. Процессуальные аспекты сноса самовольных построек в городе Москве, или Как «защищают» владельцев «самостроя» московские суды // *Zakon.ru*: первая социальная сеть для юристов. URL: https://zakon.ru/blog/2016/10/06/processualnye_aspekty_snosa_samovolnyh_postroek_v_gorode_moskve_ili_kak_zaschischayut_vladelcev_samo (дата обращения: 06.10.2016).

4. Мухаметзянова Л.М. Процессуальные особенности подготовки гражданских дел о самовольных постройках к судебному разбирательству // *Юридический мир*. 2016. № 7.

5. Мухаметзянова Л.М. Прокурор как субъект, имеющий право на предъявление в суд исковых требований по искам о сносе самовольных построек // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2016. № 8.

6. Преснецова Т.Г. Некоторые особенности рассмотрения судами споров о правах на самовольную постройку // *Арбитражные споры*. 2017. № 1.

7. Тетюев С.В. О распределении судебных расходов по делам о признании права собственности на самовольные постройки // *Судья*. 2015. № 3.

8. Мотлохова Е.А. Особенности правового режима самовольных построек в российском гражданском праве // *Имущественные отношения в РФ*. 2015. № 10.

9. Касьянов А. Законный произвол. Порядок сноса самовольных построек // *ЭЖ-Юрист*. 2016. № 9.

Lebedeva Ksenia Yu., Department of generalization of court practice of The Commercial court of the Tomsk region (Tomsk, Russian Federation)

LEGAL POSITIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION ON APPLICATION OF PROVISIONS OF ITEM 4, ARTICLE 222 OF THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION (ABOUT DEMOLITION OF UNAUTHORIZED CONSTRUCTION)

Key words: Civil Code of the Russian Federation; Constitutional Court of the Russian Federation; demolition of unauthorized construction

DOI: 10.17223/22253513/28/13

The article deals with the studying of interpretation of provisions of Item 4, Article 222 of the Civil Code of the Russian Federation (CC of RF) by the Constitutional Court of the Russian Federation on the example of a research of the recommendations and positions on the results of consideration of concrete inquiries of deputies of the State Duma.

Following the results of studying and understanding of the ruling of the Constitutional Court dated September 27, 2016 it is possible to draw, at least, three basic conclusions about the interpretation of Item 4, Article 222 of CC of RF. Firstly, if the court refused to satisfy the requirements about the demolition of an unauthorized construction, the local government has no right to make the decision on its demolition based on the arguments which were previously rejected by court.

On the other hand, in such a situation an authorized body can make the decision on demolition of an unauthorized construction only taking into account new actual circumstances which were not an object of research in the trial and, besides, the built object underwent essential changes which do not meet safety requirements, however, the court did not estimate these changes.

Secondly, the existence of state registration of the right for an unauthorized construction does not impede the decision of an authorized body to demolish it. Thirdly, the order of adoption by authorized body of the decision on demolition of unauthorized constructions provided by Item, Article 222 of CC of RF is applied also to those constructions which were built before 01.09.2015.

In conclusion it would be desirable to mention that introduction of provisions about administrative order of demolition of unauthorized constructions into a traditionally civil article can hardly be recognized as a norm generating "a lawful arbitrariness" since the need to estab-

lish a similar order is substantiated legally, economically and technically and is stipulated by the specifics of actively developing relations in the sphere of building of unauthorized constructions. It supports the principle of coordination of private and public interests in civil law, finding of a steady balance between them, and it is necessary to recognize the need for introduction of such order a long time ago.

References

1. Chikonova, L.V. (2017) Nekotoryye problemy primeneniya definitsii “samovol'naya postroyka” [Some problems of the application of the definition of “unauthorized construction”]. *Imushchestvennyye otnosheniya v RF – Property Relations in the Russian Federation*. 2.
2. Demkina, A. (2017) Samovol'naya postroyka: legalizatsiya ili snos? [Unauthorized construction: legalization or demolition?]. *EZH-Yurist*. 10.
3. Denisov, M. (2016) *Protsessual'nyye aspekty snosa samovol'nykh postroyek v gorode Mo-skve, ili kak “zashchishchayut” vladel'tsev “samostroya” moskovskiye sudy* [Procedural aspects of the demolition of unauthorized buildings in Moscow, or how Moscow courts “protect” the owners of “self-construction”]. [Online] Available from: https://zakon.ru/blog/2016/10/06/processualnye_aspekty_snosa_samovolnyh_postroek_v_gorode_moskve_ili_kak_zaschischayut_vladelcev_samo. (Accessed: 6th October 2016).
4. Mukhametzyanova, L.M. (2016a) Procedural Features of Preparation of Civil Cases on Unauthorized Structures to Judicial Trial. *Yuridicheskiy mir – Juridical World*. 7. pp. 61–64. (In Russian).
5. Mukhametzyanova, L.M. (2016b) Prosecutor as a Subject Having the Right to File Claims before the Court on Lawsuits on Demolishing Unauthorized Constructions. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess – Arbitrazh and Civil Procedure*. 8. pp. 13–17. (In Russian).
6. Presnetsova, T.G. (2017) Nekotoryye osobennosti rassmotreniya sudami sporov o pravakh na samovol'nuyu postroyku [Some peculiarities of consideration by courts of disputes about the rights to unauthorized construction]. *Arbitrazhnyye spory*. 1.
7. Tetyuyev, S.V. (2015) O raspredelenii sudebnykh raskhodov po delam o priznanii prava sobstvennosti na samovol'nyye postroyki [On the distribution of court costs in cases of recognition of ownership of unauthorized buildings]. *Sud'ya*. 3.
8. Motlokhova, E.A. (2015) Osobennosti pravovogo rezhima samovol'nykh postroyek v rossiyskom grazhdanskom prave [Features of the legal regime of unauthorized buildings in the Russian civil law]. *Imushchestvennyye otnosheniya v RF – Property Relations in the Russian Federation*. 10.
9. Kasyanov, A. (2016) Zakonnyy proizvod. Poryadok snosa samovol'nykh postroyek [Legal arbitrariness. The order of demolition of unauthorized buildings]. *EZH-Yurist*. 9.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

ВЕДЕРНИКОВА Людмила Викторовна – ассистент кафедры уголовного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета.

E-mail: vedernikova2007@mail.ru

ИСАЕВА Анастасия Александровна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и международного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета.

E-mail: tess@mail2000.ru

КАШУБА Юрий Анатольевич – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовно-исполнительного права федерального казенного образовательного учреждения высшего образования «Академия права и управления Федеральной службы исполнения наказаний» (Рязань).

E-mail: koshianatol@yandex.ru

ХВАН Татьяна Сергеевна – адъюнкт факультета подготовки научно-педагогических кадров федерального казенного образовательного учреждения высшего образования «Академия права и управления Федеральной службы исполнения наказаний» (Рязань).

E-mail: khvan_t_s@mail.ru

ПИСАРЕВСКАЯ Елена Анатольевна – доцент, кандидат юридических наук, зав. кафедрой уголовного права и процесса Новокузнецкого института (филиала) федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Кемеровский государственный университет».

E-mail: liorev@mail.ru

СМИРНОВА Ирина Георгиевна – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (Томск); профессор кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики Восточно-Сибирского филиала «Российский государственный университет правосудия» (Иркутск).

E-mail: smirnova-ig@mail.ru

ЯКИМОВА Екатерина Михайловна – кандидат юридических наук, доцент кафедры правового обеспечения национальной безопасности федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Байкальский государственный университет (Иркутск).

E-mail: yakimova_katerin@mail.ru

БАРИШПОЛЬСКАЯ Татьяна Юльевна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Национального исследовательского Томского государственного университета.

E-mail: tbari@mail.ru

БОНДАРЕНКО Наталья Леонидовна – доктор юридических наук, профессор кафедры финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности Белорусского государственного университета (Минск).
E-mail: 2iu@tut.by

ГОНЧАРОВА Валерия Андреевна – аспирант кафедры гражданского права Национального исследовательского Томского государственного университета.
E-mail: leran@sibmail.com

ГРУЗДЕВ Олесь Сергеевич – аспирант кафедры гражданского права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета.
E-mail: monopolist1@mail.ru

ЛЕБЕДЕВА Ксения Юрьевна – кандидат юридических наук, ведущий специалист отдела обобщения судебной практики Арбитражного суда Томской области (Томск).
E-mail: kslmoon@inbox.ru

КОЖЕВНИКОВ Владимир Валентинович – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского.
E-mail: kta6973@rambler.ru

КУЛИКОВ Егор Алексеевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии Алтайского государственного университета (Барнаул).
E-mail: kulikoveg@yandex.ru

СУХАНОВА Екатерина Павловна – преподаватель кафедры уголовного права и криминологии Алтайского государственного университета (Барнаул).
E-mail: ektsukhanova@mail.ru

ОТ РЕДАКЦИИ

Научный журнал «Вестник Томского государственного университета. Право» был выделен в самостоятельное периодическое издание из общенаучного журнала «Вестник Томского государственного университета» в 2011 г.

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере массовых коммуникаций, связи и охраны культурного наследия (свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-45814 от 08.07.2011 г.), ему присвоен международный стандартный номер сериального издания (ISSN 2225–3513).

Журнал включен в «Перечень российских рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора наук, на соискание ученой степени кандидата наук» Высшей аттестационной комиссии. «Вестник ТГУ. Право» выходит ежеквартально и распространяется по подписке, его подписной индекс – 46014 в объединенном каталоге «Пресса России». Полнотекстовые версии вышедших номеров публикуются на сайте журнала: <http://vestnik.tsu.ru/law>.

Все статьи, поступающие в редакцию журнала, подлежат обязательному рецензированию; рукописи не возвращаются. Публикации в журнале осуществляются на некоммерческой основе. С требованиями по оформлению материалов можно ознакомиться на сайте журнала: <http://vestnik.tsu.ru/law>.

Адрес редакции: 634050, г. Томск, пр. Ленина, 36, Томский государственный университет (ТГУ), Юридический институт.

Телефон: 8 (382-2) 52-98-68, 8 (382-2) 78-35-81

Факс: 8 (382-2) 52-98-68

Ответственный секретарь редакции журнала – Н.Г. Геймбух.

Научный журнал

**ВЕСТНИК
ТОМСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА.
ПРАВО**

Tomsk State University Journal of Law

2018. № 28

Редактор Ю.П. Готфрид
Редактор-переводчик В.А. Скок
Оригинал-макет А.И. Лелююр
Дизайн обложки Л.Д. Кривцова

Подписано в печать 14.06.2018 г. Формат 70×100¹/₁₆.
Печ. л. 9,5; усл. печ. л. 12,3. Цена свободная.
Тираж 500 экз. Заказ № 3080.

Дата выхода в свет 29.06.2018 г.

Адрес издателя и редакции: 634050, г. Томск, пр. Ленина, 36
Томский государственный университет

Журнал отпечатан на оборудовании Издательского Дома
Томского государственного университета,
634050, г. Томск, пр. Ленина, 36, тел. 8(382-2) 52-98-49
<http://publish.tsu.ru>; e-mail; rio.tsu@mail.ru