

Министерство образования и науки Российской Федерации
Сибирский федеральный университет
Автономная некоммерческая правозащитная организация
«Правовой модус»

**Юридические препятствия
в реализации прав
и законных интересов:
вопросы идентификации
и преодоления**

Монография

Под редакцией В. Ю. Панченко и А. А. Петрова

Красноярск
СФУ
2016

УДК 343.412
ББК 67.400.3
Ю702

Рецензенты:

А. В. Дашин, доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Самарского юридического института ФСИН России;
В. Н. Власенко, кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой земельного и экологического права Российского государственного университета правосудия

Коллектив авторов:

В. М. Абдрашитов, С. В. Баринов, Т. А. Владыкина, А. В. Деменишин, А. В. Демин, В. Ю. Дианова, Е. Р. Зайцева, А. А. Исаева, В. А. Краснова, И. Ю. Макаrchук, А. Е. Михалева, В. Ю. Панченко, А. А. Петров, И. В. Пикулева, А. М. Сабиров, И. В. Тепляшин, А. С. Толстых, В. В. Хилюта, В. Н. Черкасов, Н. В. Шапран, Н. Ю. Шеметова, Д. С. Шинкевич, К. С. Шушпанов, Р. Р. Юлдошев

Ю702 **Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: вопросы идентификации и преодоления** : монография / В. М. Абдрашитов и др. ; под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. – Красноярск : Сиб. федер. ун-т, 2016. – 396 с.
ISBN 978-5-7638-3452-9

Монография отражает результаты продолжающегося исследования юридических препятствий в реализации прав и законных интересов субъектов права; в ней рассматриваются теоретико-правовые, методологические, отраслевые и межотраслевые вопросы обнаружения и преодоления препятствий в реализации прав и законных интересов.

Адресована научным работникам, преподавателям, студентам, аспирантам юридических вузов и факультетов и всем, кто интересуется проблемами юриспруденции.

Монография подготовлена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 14-33-01293

Электронный вариант издания см.:
<http://catalog.sfu-kras.ru>

УДК 343.412
ББК 67.400.3

ISBN 978-5-7638-3452-9

© Сибирский федеральный университет, 2016

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	5
ГЛАВА 1. Методологические и теоретические основы идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов	9
1.1. Преодоление юридических препятствий в реализации законных интересов (В. Ю. Панченко).....	9
1.2. Квалифицированное молчание правотворческого органа и идентификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (В. Ю. Панченко, А. М. Сабиров)	17
1.3. Правовой эксперимент как средство недопущения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (В. Ю. Панченко, В.А. Краснова)	26
1.4. Оценка правовых режимов как способ распознавания и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (В. Ю. Панченко, И. В. Пикулева)	34
1.5. Препятствия в формировании единой судебной политики и их преодоление путем формализации неправовых факторов, влияющих на вынесение решения (Д. С. Шинкевич)	40
1.6. Законодательная инфляция как юридическое препятствие и судебный активизм как способ ее преодоления (на примере налоговых споров) (А. В. Демин)	54
1.7. Преодоление коллизий в праве как нормативных препятствий в реализации прав и законных интересов (А. А. Петров)	68
1.8. Избирательность правоприменения как юридическое препятствие в реализации прав и законных интересов граждан: распознавание и преодоление (В. Ю. Панченко, Н. В. Шапран).....	74
1.9. Неправомерные ограничения прав человека и юридические препятствия в их реализации: распознавание и преодоление (В. Ю. Панченко, К. С. Шушпанов).....	84
1.10. Предостережение как правовое средство преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (И. Ю. Макаручук, В. Ю. Панченко).....	98
1.11. Моделирование преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (о некоторых общих подходах к использованию математических методов для оптимизации правовых систем) (В. Н. Черкасов)	113
1.12. Некоторые концептуальные основы судебно-правовой реформы Таджикистана в контексте преодоления юридических препятствий (Р. Р. Юлдошев)	120

1.13. О юридических препятствиях в реализации прав и законных интересов потерпевшего в контексте статьи 52 Конституции Российской Федерации (А. С. Толстых)	128
ГЛАВА 2. Отраслевые и межотраслевые проблемы идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов	141
2.1. Влияние теоретических аспектов конституционного принципа презумпции невиновности на решение проблем в сфере обеспечения национальной безопасности и решение проблем обеспечения и защиты прав и свобод человека Конституционным судом Российской Федерации (В. М. Абдрашитов).....	141
2.2. Юридические препятствия в обеспечении информационной безопасности личности (С. В. Баринов).....	158
2.3. Юридические препятствия в реализации права обвиняемого на рассмотрение его уголовного дела судом присяжных и пути их преодоления (Т. А. Владыкина).....	179
2.4. Юридические препятствия в реализации прав собственников недвижимого имущества (А. В. Деменишин).....	195
2.5. Идентификация и преодоление юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в сфере финансового права (В. Ю. Дианова)	205
2.6. Юридические гарантии как форма нейтрализации нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав граждан РФ (Е. Р. Зайцева).....	213
2.7. Юридические препятствия в реализации свободы совести в России: проблемы регистрации религиозных объединений (А. А. Исаева).....	226
2.8. Страховые механизмы преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (А. Е. Михалева, В. Ю. Панченко)	245
2.9. Институт представителей общественности, участвующих в управлении делами государства, как гарантия реализации прав граждан (И. В. Тепляшин)	259
2.10. Юридические препятствия признания денег и ценных бумаг предметом хищения (В. В. Хилюта).....	266
2.11. Недвижимое имущество в системе гражданского права: проблемы реализации субъективных прав участников имущественного оборота (Н. Ю. Шеметова).....	311
Авторский коллектив.....	395

Предисловие

Настоящая коллективная монография, как следует из ее названия, посвящена вопросам идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов. Она является логическим и хронологическим продолжением исследовательского проекта, объединившего коллектив практических работников и исследователей – представителей общей теории права и отраслевых юридических наук – из России, Белоруссии, Таджикистана, Украины. Основными глобальными задачами данного проекта являются многоаспектное осмысление феномена юридических препятствий в реализации прав и законных интересов как антипода, обратной стороны юридических гарантий реализации прав и законных интересов и «встраивание» соответствующего понятия в «птичий язык» теоретической и практической юриспруденции¹.

¹ С некоторыми его результатами можно ознакомиться в следующих публикациях: Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики: монография / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. 736 с.; Юридические препятствия в реализации и защите прав и законных интересов: сб. науч. тр. / сост.: В. Ю. Панченко, А. А. Петров. Красноярск: Центр информации, 2015. 342 с.; Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 10–18; Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство: теория и практика. 2013. № 9. С. 6–12; Петров А. А. Конфликт приоритетов кодифицированных актов как нормативное препятствие реализации и защите прав и законных интересов // Евразийский юридический журнал. 2014. № 8. С. 118–121; Panchenko V., Petrov A., Tolstych A. On the Essence of Legal Obstacles to Exercising and Protection of Legal Rights and Interests: the Problem Statement // Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences. 2014. Vol. 7 (7), 1190–1194; Брестер А. А. Юридические препятствия в реализации права на реабилитацию в российском уголовном процессе // Государство и право. 2015. № 9. С. 45–52; Петров А. А. Коллизии в праве как нормативные юридические препятствия в реализации прав и законных интересов // Евразийский юридический журнал. 2015. № 9 (88). С. 95–96; Панченко В. Ю. Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов как понятие и категория // Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики. Актуальные проблемы юридической науки. Материалы XI Междунар. науч.-практ. конференции. Тольятти: Изд-во Волжск.

Ответственные редакторы и авторы монографии поставили перед собой ряд исследовательских задач, ответы на которые (или как минимум попытки ответов), как они надеются, читатель найдет на страницах настоящей монографии.

В частности, это вопросы:

– установления положения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в механизме правового регулирования, в его различных стадиях;

– выявления функций понятия «юридические препятствия в реализации прав и законных интересов», его значения в понятийном аппарате юриспруденции и в реальной правовой деятельности субъектов права (познавательная и практическая ценность);

– соотношения указанного понятия с иными понятиями общей теории права (обеспечение права, охрана права, защита права, правовой режим, правотворчество, правовой статус, правосубъектность, правоотношение, реализация права, ограничение прав человека, правовое сознание, правовая культура и др.) и отраслевыми юридическими понятиями;

– описания способов, методов, приемов идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов;

– совершенствования практики распознавания, недопущения, преодоления и устранения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов;

– влияния юридических препятствий на состояние и динамику правовой жизни современного российского общества;

– содержания правовой политики в сфере преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов;

– формирования научных основ правовой политики в сфере преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, информационных, организационных и иных средств ее реализации.

Во многом в основу настоящей монографии легли идеи участников прошедших в Сибирском федеральном университете научных форумов.

ун-та им. В. Н. Татищева, 2014, Ч. I. С. 91–97; Зайцева Е. Р., Панченко В. Ю. Формирование правового пространства беспрепятственной реализации конституционных прав // Евразийский юридический журнал. 2015. № 7. С. 155–158; Демин А. В., Петров А. А. Налоговый кодекс РФ: *Primus inter pares* // Налоги и финансовое право. 2014. № 11. С. 111–116 и др.

Так, 4 июля 2014 г. в Сибирском федеральном университете прошла Всероссийская научно-практическая конференция с международным участием «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов», в рамках которой участники из разных городов России, Украины и Белоруссии смогли обсудить понятие, причины и условия возникновения, а также многообразные формы и виды юридических препятствий. Многие идеи, высказанные на этом предотпусском научном форуме, легли в основу коллективной монографии «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики»¹, посвященной введению, с одной стороны, научного сообщества читающих на русском языке юристов в мир юридических препятствий реализации прав и законных интересов и, с другой стороны, ставшей, наверное, первой попыткой описать и проанализировать этот мир.

А 3 июля 2015 г. в Сибирском федеральном университете прошла Всероссийская научно-практическая конференция с международным участием «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: технологии распознавания и преодоления», на которой были обсуждены концептуальные вопросы, связанные с идентификацией явлений правовой реальности в качестве юридических препятствий, а также различные аспекты борьбы с юридическими препятствиями в реализации прав и законных интересов.

Отметим, что существенным стимулом к изучению проблематики юридических препятствий стала финансовая поддержка в 2014–2015 гг., оказанная Российским гуманитарным научным фондом творческому коллективу ученых Сибирского федерального университета (проект № 14-33-01293 «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов»).

Заметим, что все предоставленные в настоящей монографии материалы прошли научное рецензирование. Однако ответственные редакторы абсолютно не навязывали авторам какого-либо «жесткого» понимания юридических препятствий, оставляли весьма серьезную возможность для «научного маневра», придерживаясь знаменитого принципа «пусть расцветают сто цветов...». При этом ответственные редакторы прекрасно понимают, что такой подход является достаточно рискованным, поскольку монография вполне может скатиться к унылому сборнику статей. Во всяком случае ответственные редакто-

¹ Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. 736 с.

ры в силу своих скромных сил и знаний старались этого не допустить. Насколько хорошо или плохо у них это вышло – судить читателю.

Теперь кратко о структурировании текста книги. Первый раздел монографии посвящен методологическим и теоретическим основам обнаружения и преодоления препятствий в реализации прав и законных интересов. Во втором разделе слово предоставляется ученым, исследующим отраслевые и межотраслевые проблемы идентификации препятствий в реализации прав и законных интересов и борьбы с ними.

От имени авторского коллектива ответственные редакторы монографии выражают безмерную признательность и благодарность рецензентам настоящей коллективной монографии – доктору юридических наук, профессору кафедры теории и истории государства и права Самарского юридического института ФСИН России А. В. Дашину и кандидату юридических наук, заместителю заведующего кафедрой земельного и экологического права Российского государственного университета правосудия В. Н. Власенко.

Наконец, следует сделать необходимые пояснения об использовании в книге официальной правовой информации и ее носителях. Реквизиты нормативных правовых актов и судебных актов (наименование органа, принявшего акт, дата и номер, а в необходимых случаях название акта), которые использованы в настоящей монографии, приводятся как в сносках, так и в основном тексте и в списке сокращений, как правило, без указания источника его официального опубликования, поскольку стремительное развитие электронной систематизации нормативной документации на современном этапе, по мнению авторов, делает данный реквизит излишним – читатели легко смогут найти любой акт по его виду, дате и номеру в многочисленных электронных справочно-правовых системах, таких как «Право.Ру», «Гарант», «КонсультантПлюс», «Кодекс» и др.

Если не указано иное, то нормативные правовые акты приводятся в той редакции (т. е. с учетом всех действующих изменений и дополнений), в которой они действуют по состоянию на 01 июля 2015 г.

Надеясь, что данное сочинение не оставит читателей равнодушными, и осознавая, что любой продукт человеческой деятельности нельзя назвать совершенным, ответственные редакторы ждут отзывы и критические замечания, их можно направлять на адрес электронной почты barriers0407@yandex.ru.

ГЛАВА 1

Методологические и теоретические основы идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

1.1. Преодоление юридических препятствий в реализации законных интересов

(В. Ю. Панченко)

Реализация законных интересов для удовлетворения потребностей субъектов права – процесс, по степени важности и значимости вряд ли уступающий процессу осуществления субъективных юридических прав. Д. А. Керимов отмечал, что «в праве отражается интерес не только как объективное явление, но и как явление осознанное, субъективное», причем интерес, выступая одним из компонентов воли (кроме того, включающей в себя потребности и цели с действиями на основе установки), «является творцом права, составляет ядро права, фактор его реализации»¹.

В. П. Грибанов подчеркивал, что роль интереса в праве и его связь с субъективными правами «не исчерпываются случаями, когда закон непосредственно упоминает об интересе»; «законодательство всегда предусматривает лишь такие субъективные права, которые направлены на удовлетворение основных, общих для всех членов общества, для определенных групп типических интересов. На случай же появления таких интересов, но не обеспеченных субъективным правом, закон предусматривает возможность их непосредственной правовой защиты»².

¹ См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. С. 131, 134.

² См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2011. URL: http://www.juristlib.ru/book_3762.html (дата обращения: 17.01.2015).

А. И. Экимов, исследуя вопросы соотношения права и интересов, пишет, что одна из задач законодателя состоит в том, чтобы выявить «норму интереса, которая является отражением фактических отношений, указывает на объективные закономерности развития» и тем самым получить возможность прогнозировать ход событий; по его мнению, «правильная трактовка роли интересов в становлении права имеет важное значение для решения ряда научных и практических проблем»¹.

Законные интересы рассматриваются как способ отражения и учета всего многообразия принадлежащих конкретным субъектам устремлений, которые невозможно в полной мере выразить понятием субъективного права². При этом в качестве отличительных признаков законного интереса указываются его особый характер простой правовой дозволенности, необеспеченность корреспондирующей юридической обязанностью, отсутствие в структуре правомочия требования соответствующего поведения от других лиц³.

Проблема возникновения и реализации законных интересов наглядно демонстрирует недостаточность теории позитивизма (утверждающей, что вне правовой нормы у субъекта не может быть какого-либо юридически значимого притязания на получение определенного блага) для понимания действительного смысла и целей включения исследуемой конструкции в законодательство. Механистическая юриспруденция в значительной мере искажает реальное положение дел, именно поэтому «во всех <...> случаях легализма в истории не было полного соответствия между этим учением и опосредуемой им практикой. <...> Чтобы устоять, легализм жертвует собственной логической согласованностью и чистотой, вбирая в себя теоретические конструкции, обеспечивающие одновременное решение двух задач: примирения легалистической доктрины с действительными принципами функционирования политического тела и поддержания видимости сохранения ее устоев» (толкование, позволяющее отступить от «буквы закона», аналогия закона и аналогия права, оценочные понятия и

¹ См.: Экимов А. И. Интересы и право в социалистическом обществе: монография. Л.: Издательство Ленинградского ун-та, 1984. С. 32, 33.

² См.: Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория: монография. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 89.

³ См.: Малько А. В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=147087> (дата обращения: 17.01.2015).

пр.)¹. Сущность законного интереса, несмотря на наличие оснований в рамках позитивистской доктрины², может быть выявлена с позиции иных типов правопонимания: исходя из того, что право «не навязано и не могло быть навязано никем извне, включая государство»³, что правовая норма – не сухой текст, а прежде всего результат его интерпретации в ходе правовой коммуникации⁴, то и законный интерес как понятие наполнится своим действительным смыслом.

Законный интерес, пишет В. В. Субочев, – это стремление субъекта пользоваться определенным социальным благом и в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения непротиворечащих нормам права интересов, которое в определенной степени гарантируется государством в виде юридической дозволенности, отраженной в объективном праве либо вытекающей из его общего смысла⁵.

В. В. Субочев верно отмечает, что законные интересы обладают доказательственной формой реализации, когда для воплощения последних в действительность субъекту правоотношений необходимо: а) обосновать правомерность и законность своих интересов и выдвигаемых в соответствии с ними требований; б) суметь найти защиту, которая способна исходить от компетентных органов в случае признания ими значимости и правомерности выдвигаемых субъектом притязаний, и суметь воспользоваться ею. Подобная доказательственная форма реализации законных интересов весьма непроста и имеет на своем пути множество объективных и субъективных препятствий. Кроме того, участник общественных отношений, осознав, что его притязания конкретно не зафиксированы в норме права, зачастую перестает их отстаивать, не надеясь воспользоваться желаемым благом⁶.

¹ Дробышевский С. А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск: Краснояр. гос. ун-т, 1995. С. 26–27.

² Если следовать терминологии Г. Харта, то можно отметить, что «центральное ядро бесспорного значения» в сфере действия каждого юридического правила составляют субъективные права, четко и однозначно отраженные в правовых нормах, а вот законные интересы, в свою очередь, лежат в сфере «бахромы неопределенности» или «открытой текстуры». См. подр.: Дробышевский С. А. История политических и правовых учений: основные классические идеи: учеб. пособие. М.: Норма, 2007. С. 482–483.

³ Шафиров В. М. Человекоцентристский подход к пониманию права // Право Украины. 2011. № 1. С. 102.

⁴ См.: Антонов М. В., Поляков А. В. Правовая коммуникация и современное государство // Правоведение. 2011. № 6. С. 217–218.

⁵ Субочев В. В. Законные интересы / под ред. А. В. Малько. М.: Норма, 2008. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Там же.

Второе сформулированное В. В. Субочевым условие реализации законных интересов – «суметь найти защиту», – на наш взгляд, распространяется не только на случаи, когда законный интерес нарушен (иначе нечего защищать), оно может охватывать не только защиту, но и реализацию законных интересов.

Приведем пример. В отношении всех видов публичных услуг административными регламентами устанавливается максимальный, предельный срок их исполнения. Предположим, гражданин письменно обращается за предоставлением выписки из реестра муниципального имущества (максимальный срок предоставления такой выписки – 21 день после поступления соответствующего заявления и необходимых документов¹), указав при этом на причины, по которым получение этой выписки необходимо ему в течение 5 дней, позже ее получение в силу личных обстоятельств для гражданина не имеет смысла.

В описанной ситуации мы имеем правоотношение, содержанием которого выступает субъективное юридическое право гражданина на рассмотрение его обращения в срок до 21 дня и субъективная юридическая обязанность муниципального органа такое рассмотрение осуществить и выдать выписку. Оба участника имеют и реализуют в данном случае свои правовые статусы. Однако в действительности правовое взаимодействие, обмен результатами юридически значимой деятельности может приобретать прямо противоположный характер. В одном случае, когда орган, его должностное лицо, в рамках своих полномочий рассматривает обращение и выдаст выписку в срок менее 5 дней, правовое взаимодействие приобретет характер юридического содействия осуществлению прав гражданина, в другом – фактически противодействия.

В обоих случаях гражданин реализовал свое субъективное юридическое право, но в первом случае, в отличие от второго, был осуществлен еще и законный интерес в получении выписки ранее максимального срока. Должностное лицо же в обоих случаях надлежащим образом реализовало свою субъективную юридическую обязанность, но во втором случае такая реализация пользы гражданину не принес-

¹ В качестве примера взято Постановление администрации Нижнеингашского района Красноярского края от 2 нояб. 2010 г. № 1033 (в ред. от 19 июля 2012 г.) «Об утверждении административного регламента предоставления муниципальной услуги «Осуществление в установленном порядке выдачи выписок из реестра муниципального имущества муниципального образования Нижнеингашский район Красноярского края». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

ла (нет нужды говорить, что таких примеров масса во всех сферах общественной жизни).

В первом случае, когда правоотношение (и правовое взаимодействие гражданина и органа власти) стало средством юридического содействия реализации законного интереса, оно de-facto трансформировалось по воле органа власти и инициативе гражданина в правоотношение, в котором законный интерес «как бы» (опять же фактически) «перешел» в субъективное юридическое право и был таким образом реализован. Во втором такого «перехода» не произошло, и законный интерес реализован не был. Не требует доказательств тот факт, что в первом случае эффективность правореализационного процесса для гражданина выше, чем во втором. Однако сам момент фактической «трансформации правоотношения» – перехода законного интереса в субъективное юридическое право (о котором, еще раз подчеркнем, говорить можно лишь условно, юридически действия, конечно, были совершены в рамках правоотношения, в котором право требовать выдачи справки было только по истечении 21 дня) – целиком зависел от осуществления в конкретном случае дискреционного полномочия органа власти по сокращению срока выдачи выписки, от правоприменительного усмотрения. И на вопрос о том, возникло ли право требования выдачи выписки в 5-дневный срок именно как субъективное юридическое право, следует дать отрицательный ответ, поскольку оно не предусмотрено нормой права. Однако интерес гражданина и выдвигаемое в соответствии с ним требование были обоснованы как правомерные, законные, целесообразные, справедливые и сумели найти реализацию только в данном случае.

Значительное число воздействующих на реализацию законных интересов факторов, которые к тому же нелинейно зависят друг от друга, позволяют прийти к выводу о стохастичном характере связей участников правоотношения посредством законных интересов и действий по их удовлетворению (в отличие от связей через субъективные юридические права и обязанности), большей или меньшей вероятности реализации законных интересов.

Отсюда представляется, что юридические препятствия в реализации законных интересов содержатся в самой их правовой природе.

Однако с позиций повышения гарантированности прав и свобод граждан, в соответствии с принципом юридического равенства¹

¹ Как указывает Конституционный суд Российской Федерации, из принципа юридического равенства применительно к реализации конституционного права на судебную защиту вытекает требование, в силу которого однородные по своей юридиче-

должны создаваться условия для того, чтобы в массе случаев тенденцией была реализация законных интересов, а флуктуациями – случаи их неосуществления, т. е. законные интересы должны иметь каналы реализации, а юридические препятствия в их реализации должны иметь средства и способы преодоления.

В числе таковых могут быть названы следующие.

Во-первых, это максимально возможное ограничение правоприменительно усмотрения. В приведенном примере, используя этот способ, надо императивно устанавливать сроки – не «до 21 дня», а «21 день», «10 дней», «5 дней» и т. д. с исчерпывающим перечнем оснований для применения того и иного срока без всяких исключений. Однако, как известно, исключить правоприменительно усмотрение в принципе объективно невозможно, фактически границы усмотрения остаются у правоприменителя даже при детальнейшей зарегулированности; более того, это и не всегда целесообразно, поскольку в качестве предельного основания исключение усмотрения имеет презумпцию недобросовестности правоприменителя, которая подрывает всю правоприменительную деятельность.

Во-вторых, закрепление юридической обязанности органов публичной власти принимать во внимание законные интересы участников правового взаимодействия, выносить правоприменительное решение только с учетом законных интересов. Нормы права должны, насколько это возможно, конкретизировать, какие именно законные интересы должны быть учтены, но без установления их исчерпывающих перечней.

Позитивный пример такого правового регулирования, учитывающего законные интересы, дает семейное законодательство, опери-

ской природе отношения должны регулироваться одинаковым образом; соблюдение конституционного принципа равенства, гарантирующего защиту от всех форм дискриминации при осуществлении прав и свобод, означает, помимо прочего, запрет вводить такие ограничения в правах лиц, принадлежащих к одной категории, которые не имеют объективного и разумного оправдания (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях); любая дифференциация, приводящая к различиям в правах граждан в той или иной сфере правового регулирования, должна отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, допускающим такие различия, если они объективно оправданы, обоснованы и преследуют конституционно значимые цели, для достижения которых используются лишь соразмерные правовые средства. См: Постановление Конституционного суда РФ от 25 марта 2014 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 401.3, 401.5, 401.8 и 401.17 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С. С. Агаева, А. Ш. Бакаяна и других» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 27.03.2014).

рующее, например, при установлении алиментных обязательств требованием учета «заслуживающих внимания интересов сторон» (ст. 85–88, 91, 95, 98 СК РФ).

Здесь, конечно, возможны отчасти обоснованные возражения о достаточности в системе права нормативно-регулятивных средств и неумении (нежелании) правоприменителей руководствоваться нормативными обобщениями¹, однако на основе последних нельзя привлекать недобросовестных правоприменителей к юридической ответственности, прежде всего дисциплинарной, за правоприменительные действия, совершенные без учета законных интересов. Возложение на правоприменителей юридических обязанностей учитывать законные интересы, конкретизированные в большей или меньшей степени, дает основания для конструирования соответствующих составов дисциплинарных правонарушений, аналогично нормам УК РФ, оперирующим понятием «существенное нарушение законных интересов».

Представляется, что при установлении нормативных требований учета законных интересов с определенной степенью конкретизации эффективность удовлетворения законных интересов граждан станет выше, нежели от их реализации или нереализации случайным образом, в зависимости от усмотрения правоприменителя.

В-третьих, повышение правовой культуры участников правовых взаимодействий, прежде всего наделенных публично-властными полномочиями. Для реализации законных интересов огромную роль играет уровень правовой культуры участников правового взаимодействия, поскольку нормативное регулирование, хотя бы и в максимальной степени конкретности, имеет свои пределы; облечь весь процесс правовых взаимодействий в детальные правовые формы, зарегулировать, заинструктировать его – задача невыполнимая и малоэффективная. Здесь требуют решения «профессионально-личностные проблемы, в том числе проблема значимости стиля реализации права, манер профессионального поведения. Любая юридическая деятельность включает в себя состояние подготовленности субъектов к реализации права, мотивы, отношения, подготовленность к труду как к затрате

¹ Прежде всего нормативных обобщений, принципов правового регулирования, конституционных положений о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, их признание, соблюдение и защита – обязанность государства; права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и пунктуальной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием, государственная защита прав и свобод человека и гражданина гарантируется (ст. 2, 18, 45 Конституции РФ).

усилий, готовность тратить усилия и сами эти усилия, а не «безлично-стное исполнение всеми обязанными к тому лицами установленных законом процедур»¹.

Поэтому одним из направлений преодоления юридических препятствий в реализации законных интересов выступают меры по усилению ориентации правоприменителей именно на юридическое содействие реализации прав и законных интересов, а не на «механически-нейтральное» осуществление нормативно-правовых предписаний, поскольку типы правового взаимодействия, реально преобладающие (а) во внешней по отношению к конкретному правореализационному процессу среде (усвоенный субъектами опыт участия в подобных правоотношениях, сложившаяся судебная и иная правоприменительная практика и пр.) и (б) внутри конкретного правореализационного процесса, протекающего в рамках конкретного правоотношения, содержание которого предполагается осуществить, задают условия реализации права (в виде взаимно ожидаемого юридически значимого поведения его участников), а иногда и определяют тот или иной вариант деятельности управомоченного и (или) обязанного лица: юридический или фактический отказ от реализации субъективных прав на каком-либо этапе, неисполнение или ненадлежащее исполнение юридических обязанностей и т. д. могут выступать благодатной почвой для замещения правомерных взаимодействий противоправными².

Основываясь на тезисах В. В. Субочева об элементах, необходимых для воплощения законных интересов в жизнь, правовые средства преодоления юридических препятствий в реализации законных интересов можно разделить на *собственно юридические (юридико-инструментальные)* и *юридико-психологические*. Это обосновано тем, что заинтересованному лицу важно суметь найти правовую технологию для защиты своего интереса, оказать такое воздействие на правоприменителя, чтобы тот не смог отказать в удовлетворении законного интереса лица. Для этого у субъекта нет каких-либо конкретных норм, закрепленных в законодательстве, лицо может применить любые средства для обоснования своего интереса.

¹ См.: Жалинский А. Э. Введение в специальность «Юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста: учебник. М.: Проспект, 2009. С. 31, 11.

² Это создает благодатную почву для коррупционных проявлений в поиске возможностей ускорить принятие должностным лицом соответствующего решения либо повлиять на выбор (в пределах компетенции или усмотрения должностного лица) наиболее благоприятного решения для себя или представляемых лиц.

В большинстве случаев правовые средства реализации законных интересов предоставляются через апеллирование к нормативным обобщениям, обращение к общечеловеческим принципам, нормам морали.

Юридино-инструментальным средствам присуще объективное представление ситуации через составление, предоставление официальных документов (актов совершения сделок, договоров, жалоб, исков, заявлений, служебных записок, законодательных инициатив, ходатайств и пр.), через ссылки на правовые принципы, правовые цели, правовые задачи, иные нормативные обобщения. Юридино-психологические средства во многом сводятся к применению психологических методов убеждения, к попыткам навязать свое мнение, «игре на чувствах» правоприменителя, т. е. предполагают сосредоточение на эмоциональной составляющей законного интереса, направленность на убеждение конкретного правоприменителя.

Для качественного обоснования законного интереса субъект должен учитывать множество факторов, влияющих на признание значимости и правомерности обосновываемых законных интересов: от глобальных перемен в обществе до локальных изменений в жизни конкретного лица, наблюдение и учет психологических и юридических аспектов. Все это говорит о сложности и неоднозначности правовых технологий, о том, что для каждой конкретной ситуации необходим свой уникальный набор правовых средств.

1.2. Квалифицированное молчание правотворческого органа и идентификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

(В. Ю. Панченко, А. М. Сабиров)

На сегодняшний момент понятие квалифицированного молчания правотворческого органа и понятие юридических препятствий в реализации прав и законных интересов представляют собой достаточно актуальные темы научных исследований. Это обусловлено как общетеоретическим характером понятий, так и недостаточной исследованностью связанных с ними проблем в современной теории права.

Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов – это нормативно установленные и (или) юридино-фактические условия, осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс

осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя прав и законных интересов дополнительных, нормативно незапрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, но несоразмерных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат¹.

Квалифицированное молчание правотворческого органа – это целенаправленная его позиция по тому или иному вопросу, требующему правового регулирования, когда последнее осуществляется при помощи минимального набора нормативно-регулятивных средств высокой степени обобщения (нормативных обобщений).

Использование такого юридико-технического приема количественно упрощает текст формального источника права, что, в свою очередь, позволяет соблюсти правило, упоминаемое Р. Иерингом: «чем меньше материал, тем легче и вернее пользоваться им». Однако такой юридико-технический прием «ничем не упрощает той мысли или того содержания, которое оно должно обозначать, но оно вливает его в форму, несравненно упрощающую и облегчающую пользование им»².

Наличие квалифицированного молчания по тому или иному вопросу позволяет субъектам правореализации формулировать конкретные правила на основании нормативных обобщений.

Однако всегда существует вероятность того, что субъекты правореализационной деятельности используют эти возможности в целях, не предполагаемых правотворческим органом. Более того, возможно злоупотребление такими возможностями для удовлетворения собственных интересов противоправного характера. В такой ситуации возможно возникновение юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, в большинстве случаев выражающихся в виде установления правоприменителем незаконных барьеров.

Представляется, что квалифицированное молчание при низком уровне правовой квалификации (знаний в области права) правоприменителя выступает причиной возникновения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов на основании следующего.

В случае, когда та или иная ситуация урегулирована путем использования норм права, от субъектов правореализации, по общему

¹ Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 14.

² Иеринг Р. Юридическая техника. М.: Статут. 2008. С. 9.

правилу, не требуется таких знаний в области права (уровня правовой культуры в целом), которые требуются для разрешения вопроса, урегулированного путем использования нормативных обобщений (правовых принципов, целей, задач и иных).

Это означает, что субъекты права, прежде всего правоприменители, в государственно-организованном обществе должны обладать достаточным уровнем знаний в области права, чтобы быть в состоянии, во-первых, идентифицировать квалифицированное молчание правотворческого органа и, во-вторых, сформулировать на основе нормативных обобщений предписание, отвечающее признакам законности.

Однако, с учетом фактических данных, вывод об отсутствии правоприменителей, неспособных выполнять вышеуказанные познавательные операции, является ошибочным¹.

При низком уровне профессиональной правовой культуры квалифицированное молчание правотворческого органа как юридикотехнический прием будет выступать причиной возникновения правоприменительных юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в тех или иных формах.

В связи с изложенным приобретает актуальность вопрос об идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в системе законодательства, а также при разрешении конкретных правоприменительных ситуаций. Речь идет о тех явлениях правовой действительности (критерии), обнаружив которые необходимо констатировать наличие юридического препятствия в реализации прав и законных интересов. Необходимость такой идентификации также обусловлена требованиями эффективного правового регулирования для нормального функционирования общественных отношений.

Поскольку понятия квалифицированного молчания, юридических препятствий, правовой культуры правоприменителя связаны между собой², представляется, что, констатируя наличие на правотворческом уровне квалифицированного молчания, необходимо, как правило, констатировать бóльшую вероятность возникновения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов.

¹ Доклад уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2014 г. URL: <http://www.rg.ru/2015/05/06/doklad-site-dok.html> (дата обращения: 04.05.2015).

² Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство. 2013. № 9. С. 8.

В силу этого наличие квалифицированного молчания выступает своеобразным идентификатором юридических препятствий.

Необходимо отметить, что юридические препятствия возникают в данном случае не на нормативном уровне, поскольку квалифицированное молчание представляет собой вполне определенную государственную позицию¹ и означает урегулированность общественных отношений (этим оно отличается от пробелов в праве), а на уровне правореализации.

Квалифицированное молчание в одних случаях может выступать в качестве причины возникновения юридических препятствий, в других случаях – эффективным средством их преодоления. Поэтому правоприменитель, обладающий достаточным уровнем правовой квалификации, не только не создаст юридических препятствий путем использования квалифицированного молчания, но и сможет преодолеть с его помощью уже существующие юридические препятствия в реализации прав и законных интересов.

Представляется, что алгоритм идентификации правоприменительных юридических препятствий с помощью квалифицированного молчания правотворческого органа сводится к идентификации последнего.

Представляется, что алгоритм идентификации квалифицированного молчания выглядит следующим образом.

В первую очередь, необходимо установить группу правовых нормативных актов, связанных с правоприменительной ситуацией. Необходимо, руководствуясь юридической силой правовых нормативных актов, выстроить их иерархию, расположив самый «сильный» акт во главе иерархии, самый «слабый» – в нижних звеньях иерархии.

Необходимость построения иерархии обусловлена определением места каждого нормативного обобщения в системе исследуемых источников, которое будет описано далее.

Отметим, что в эту группу следует включать и акты высших органов судебной власти, содержащие в себе обобщения практики применения той или иной нормы права, ее толкование и т. д. К таким актам надо обращаться, чтобы найти, как те или иные спорные правоприменительные ситуации (в том числе связанные с квалифицированным молчанием правотворческого органа) уже решали правоприменители.

¹ Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75.

В случае обнаружения решения такой спорной ситуации правоприменителем нельзя констатировать отсутствие квалифицированного молчания, поскольку правотворческое молчание может быть устранено только самим правотворческим органом. Правоприменитель обнаруживает те или иные выходы из спорной ситуации, связанные с молчанием, но не устраняет его. Иными словами, наличие правоприменительной практики по тому или иному вопросу для идентификации квалифицированного молчания значения не имеет.

Включению в вышеназванный перечень подлежат и акты органа конституционного контроля (в Российской Федерации – Конституционного суда Российской Федерации, конституционных и уставных судов субъектов Российской Федерации) в силу того, что такие акты по своей юридической силе приравниваются к закону¹. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 79 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» вместе со вступлением в силу постановления Конституционного суда утрачивает силу признанный этим постановлением неконституционным акт (включая закон).

Цель первой стадии заключается в том, чтобы систематизировать законодательный материал в представлениях субъекта познавательной деятельности. Такая систематизация позволит избежать ошибок познающего субъекта. Так, правоприменительная ситуация может быть урегулирована, но положения (статьи, части пункты), содержащие нормативно-регулятивные средства, ее регулирующие, могут быть изложены в законе различными способами (прямой, бланкетный, отсылочный²). В результате изучения лишь части законодательного материала у познающего субъекта может сложиться ошибочное представление об отсутствии нормативного регулирования правоприменительной ситуации, в то время как в неизученной части такое регулирование будет иметь место.

Не исключено, что нормативное регулирование (а также его правоприменительное решение) может и вовсе отсутствовать, несмотря на наличие необходимости, обусловленной как юридическими причинами (прямое указание органа конституционного контроля, вышестоящего органа), так и неюридическими (социальными, поли-

¹ Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 16.06.1998 № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2004. С. 300.

тическими, экономическими). В таком случае имеет место правотворческое бездействие, при котором правотворческий орган не осуществляет никакого правового регулирования, злонамеренно не исполняя так или иначе возложенную на него обязанность по созданию, изменению или отмене нормативных регулятивных средств.

Во вторую очередь следует определить направления политики, цели правотворческого органа, которые могут носить как правовой, так и неправовой (социальный, экономический) характер, которые последний преследует, вводя то или иное регулирование. Выражаясь словами Ш. Л. Монтескье, необходимо «уразуметь дух закона»¹.

Данные цели правотворческого органа могут касаться как правового нормативного регулирования, так и решения конкретной правоприменительной ситуации. Учитывая, что Ш. Л. Монтескье умышленно при определении «духа» закона не отделял законы гражданские и законы политические², следует согласиться с С. А. Дробышевским и Е. А. Тихонравовым в том, что информация, необходимая для установления такой цели, «может присутствовать не только в формальных источниках права, но и в других юридических актах». Кроме того, как отмечают авторы, такого рода сведения могут присутствовать и в средствах массовой информации³.

В третью очередь следует проанализировать каждый правовой нормативный акт на наличие либо отсутствие следующих критериев квалифицированного молчания.

Во-первых, наличие нормативных обобщений, а именно правовых принципов, правовых задач, правовых целей, правовых аксиом. Такие нормативные обобщения, как правовые фикции, правовые презумпции, правовые дефиниции, а также нормы права, для констатации квалифицированного молчания использоваться не могут в силу: а) своего технического назначения в правовом регулировании, б) своей конкретности, невозможности их использования для решения правоприменительной ситуации, к которой они напрямую правотворческим органом не отнесены.

Речь в данном случае не идет об общеправовых нормативных обобщениях, которые имманентны системе законодательства, например о презумпции «знания права».

¹ Монтескье Ш. Л. О духе законов. URL: http://new.philos.msu.ru/uploads/media/SHarl_Lui_Monteske_O_DUKHE_ZAKONOV.pdf (дата обращения: 04.05.2015).

² Там же.

³ Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в праве: монография. М.: Норма, 2014. С. 84.

Обнаружив принципы, цели, задачи в правовом нормативном акте, необходимо проанализировать их направленность: имеют ли они направленность на детальную регламентацию деятельности, четкое установление ее пределов либо на предоставление субъектам права определенной свободы.

В качестве примера невозможности использования второй группы нормативных обобщений для идентификации квалифицированного молчания приведем пример дефиниции понятия «потребитель» в соответствии с Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»: потребитель – гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Данная дефиниция максимально конкретна и в случае невозможности определения статуса покупателя товаров (заказчика работ, услуг) связывает границы свободы усмотрения правоприменителя с целью приобретения товаров, работ и услуг.

В качестве примера недопустимости использования квалифицированного молчания с позиций правоприменения возможно привести Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее – Закон). В данном Законе отсутствует какое-либо указание на принципы правового регулирования, правовые цели, задачи. В то же время таковые могут быть выведены из норм указанного закона, в том числе и цель законодателя максимально формализовать банковскую деятельность, включая детальную регуляцию всех ее стадий с целью обеспечения эффективной защиты прав и законных интересов заинтересованных лиц (вкладчиков и т. д.). Такая детальная регуляция будет способствовать укреплению принципа правовой определенности в банковской сфере, а также развитию экономики и профилактики правонарушений.

Ввиду отсутствия направленности нормативных обобщений на предоставление участникам оборота свободы в определении своей деятельности (включая те или иные процедуры), квалифицированное молчание как правотворческий прием в Законе реализован не был, поэтому правоприменителем в данном случае использован быть не может.

Необходимо указать, что в большинстве правоприменительных ситуаций возможно применение принципов, изложенных в Конституции Российской Федерации (далее – Конституция), касающихся вер-

ховенства прав и свобод человека и гражданина, свободы предпринимательской деятельности; эти и другие принципы, в силу прямого указания ч. 1 ст. 15 Конституции, подлежат применению напрямую. В силу изложенного, на первый взгляд, в большинстве случаев первый критерий всегда будет иметь место при разрешении конкретной правоприменительной задачи.

Однако, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции, права и свободы человека и гражданина при определенных обстоятельствах могут быть ограничены. В силу возможности такого ограничения даже при наличии в группе исследуемых правовых нормативных актов Конституции (и соответствующих принципов) невозможно автоматическое удовлетворение первого критерия идентификации квалифицированного молчания правотворческого органа. Другими словами, логика по типу «в группе правовых нормативных актов есть Конституция, в ней есть принципы, а значит, первый критерий идентификации удовлетворен» представляется неверной.

Во-вторых, выявив наличие и направленность указанных нормативных обобщений, необходимо установить, содержится ли в группе правовых нормативных актов или в конкретном правовом акте прямое указание на невозможность квалифицированного молчания, а именно наличие правил поведения, напрямую регулирующих правоприменительную ситуацию, требующую решения. Кроме этого, необходимо установить наличие запретов на расширительное толкование. В случае констатации такого запрета применение квалифицированного молчания невозможно.

Это объясняется вышеупомянутым тезисом о последовательности использования конструкции квалифицированного молчания: сначала она используется правотворческим органом, затем правоприменителем. В случае отсутствия первой стадии вторая не может иметь места.

Примером такого запрета выступает институт защиты должника-гражданина при обращении взыскания на его имущество, а именно статья 446 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК РФ), устанавливающая перечень имущества, на которое не может быть обращено взыскание по исполнительным документам. Это означает, что «при установлении механизма исполнительного производства федеральный законодатель, следуя принципам правового социального государства, призванного создавать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие человека, правомочен определить пределы обращения взыскания по исполнительным документам на

жилые помещения, находящиеся в собственности граждан-должников, с тем чтобы обеспечить их права в жилищной сфере на уровне, позволяющем реализовать естественную потребность в жилище как необходимом средстве жизнеобеспечения»¹.

Иными словами, расширительно статья 446 толковаться не может. В силу наличия запрета (выводимого не только из ГПК РФ, но из практики Конституционного суда Российской Федерации в отношении данной нормы) квалифицированное молчание в отношении ст. 446 ГПК РФ отсутствует, причем и в случае с решением конкретной правоприменительной ситуации, и в случае с самим институтом пределов имущественной ответственности должника-гражданина.

В качестве факультативного критерия идентификации квалифицированного молчания при решении правоприменительной ситуации возможно установить, мог ли правотворческий орган детально урегулировать этот вопрос (в т. ч. оценить целесообразность такого детального регулирования). Если будет установлено, что правотворческий орган мог (например, не было острой необходимости в издании правового нормативного акта) детально урегулировать этот вопрос, то такое установление должно быть очередным сигналом (маркером, критерием) наличия квалифицированного молчания как при решении конкретной правоприменительной ситуации, так и при исследовании конкретного правового нормативного акта на предмет квалифицированного молчания.

При наличии всех вышеназванных критериев хотя бы в одном правовом нормативном акте, так или иначе связанном с правоприменительной ситуацией, следует констатировать наличие квалифицированного молчания.

В случае, если квалифицированное молчание идентифицировать не удалось, то обнаруживать юридические препятствия необходимо иными способами.

В случае установления квалифицированного молчания на нормативном уровне имеет место и юридическое препятствие в реализации прав и законных интересов.

Резюмируя вышеизложенное, отметим, что квалифицированное молчание правотворческого органа может быть использовано для идентификации правоприменительных юридических препятствий в

¹ Постановление Конституционного суда РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца второй части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф. Х. Гумеровой и Ю. А. Шикинуова». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

реализации прав и законных интересов в силу наличия причинной связи. Такая причинная связь обусловлена тем, что указанные понятия опосредуются с помощью правовой культуры (в т. ч. уровня знаний в области права) правоприменителя и правотворческого органа.

Таким образом, одним из способов идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов выступает установление квалифицированного молчания правотворческого органа. Алгоритм определения таких препятствий в правовом регулировании идентичен алгоритму идентификации квалифицированного молчания правотворческого органа.

Кроме того, квалифицированное молчание правотворческого органа может быть использовано не только для юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, которые уже имеют место, но и тех препятствий, которые предположительно возникнут в будущем, т. е. потенциальных.

1.3. Правовой эксперимент как средство недопущения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

(В. Ю. Панченко, В.А. Краснова)

Социальный эксперимент может быть охарактеризован как эмпирический метод исследования, так как он необходимо предполагает наблюдение и предметно-орудийную практическую деятельность по изменению предметов материального мира. Социальный эксперимент, будучи особым методом познания, оказывает реальное воздействие на жизнь людей, способен изменять субъектно-объектные свойства человека¹.

Особой разновидностью социальных экспериментов выступают правовые эксперименты.

Под правовым экспериментом понимается организованная компетентными органами апробация предполагаемых законодательных нововведений в ограниченном масштабе для проверки эффективности, полезности и экономичности экспериментальных правовых норм и отработки оптимальных вариантов будущих правотворческих ре-

¹ См.: Логиновских Т. А. Социальный эксперимент как форма инновационной практики: монография. Екатеринбург: Изд-во Рос. гос. проф.-пед. ун-та. 2011. С. 6.

шений общего действия¹. Правовой эксперимент рассматривается как важный инструмент в повышении эффективности правового регулирования общественных отношений, позволяющий избежать правотворческих ошибок, которые могут привести к серьезным негативным социально-экономическим последствиям, выбрать наиболее перспективный вариант правотворческого решения, и выступает одним из средств реализации принципа научности правотворческой деятельности².

Правовые эксперименты могут быть утопическими, когда они «работают» на достижение цели, противоречащей закономерностям общественного развития, либо возлагают на правовые средства такой социально-преобразовательный потенциал, которым последние в принципе не обладают (правовой идеализм); либо реальными (реалистическими), в основе которых лежат образы будущей социальной реальности, представленной в различных формах конструктивных связей и отношений. Правовые эксперименты проводятся в различных областях социальной жизни, их целью выступает исследование инновационных процессов на практике; они максимально приближены к реальной жизни, адекватно отражают те социальные связи и отношения, явления действительности, которые необходимо исследовать и преобразовать в ходе эксперимента; их особенностью является локальность, ограниченность во времени и пространстве³.

В широком смысле под правовыми экспериментами следует понимать любые социальные (экономические, организационные и т. п.) эксперименты, которые регулируются правом (т. е. речь идет о правовой форме иных по своей природе экспериментов в обществе).

Так, в последнее десятилетие в различных регионах России были осуществлены и реализуются до сих пор многочисленные пилотные проекты, целью которых является предварительное изучение ситуации, экспериментальная проверка правильности разработанных решений по изменению хозяйственной практики и готовности к реализации и осуществлению полномасштабного реформирования в различных отраслях и сферах. Так, в Республике Татарстан в 2010 г. создан фонд финансирования капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах на базе Государственного казенного учреж-

¹ См., напр.: Правовой эксперимент и совершенствование законодательства / под ред. В. И. Никитинского и И. С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1988. С. 26.

² Ельцов В. Н. Правовой эксперимент в современной России: проблемы эффективности: дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 14.

³ См.: Логиновских Т. А. Указ. соч. С. 52–53.

дения «Главное инвестиционно-строительное управление Республики Татарстан», утвержден Порядок накопления и использования денежных средств этого фонда. Программа пилотного проекта в 2010 г. выполнена, была доказана действенность разработанного механизма¹. На сегодняшний момент результаты такого эксперимента вводятся во все регионы Российской Федерации.

В 2008 г. в трех регионах России (Кемеровской, Самарской и Калужской областях) осуществлены пилотные проекты по созданию единого кадастра недвижимости, которые позволили выстроить систему налогообложения недвижимости, а также сделали информацию о земельных участках более доступной. Новый кадастр послужил базой для формирования единого налога на недвижимость, объединившего сразу три налога: земельный налог, налог на имущество физических и на имущество юридических лиц². В настоящее время результаты данного проекта распространились на всей территории Российской Федерации.

В соответствии с поручением Президента России от 22 августа 2013 г. № Пр-2191 и поручением Губернатора Ростовской области от 25 сентября 2013 г. Правительством Ростовской области совместно с Агентством стратегических инициатив реализуется пилотный проект по сокращению прохождения разрешительных процедур в сфере земельных отношений и строительства, включая подключение к объектам коммунальной и инженерной инфраструктуры (далее – пилотный проект). Пилотный проект направлен на снижение административных барьеров и улучшение предпринимательского климата в Ростовской области. По результатам принятых в 2014 г. Правительством Ростовской области решений в целях успешного внедрения пилотного проекта на всей территории области муниципалитетам рекомендовано принять нормативные акты о создании рабочих групп по мониторингу и сопровождению пилотного проекта и опубликовать на сайтах муниципалитетов контактные данные лиц, ответственных за его реализацию³.

¹ Файзуллин И. Э. Реальная модернизация коммунального хозяйства: из опыта работы Республики Татарстан // ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера. 2012. № 6. URL: <http://www.gkh.ru/journals/4133/61206/> (дата обращения: 04.02.2015).

² Кадастр недвижимости станет инструментом налогообложения. URL: <http://www.ocenchik.ru/news/258.html> (дата обращения: 04.03.2015).

³ Инвестиционный портал Ростовской области: Пилотный проект «Сокращение прохождения разрешительных процедур в сфере земельных отношений и строительства, включая подключение к объектам коммунальной и инженерной инфраструктуры». URL: http://invest-don.com/ru/new_element_287/ (дата обращения: 04.03.2015).

В качестве примеров правового эксперимента в литературе приводят введение Единого государственного экзамена¹ и множество других. Однако возникает закономерный вопрос о том, в чем собственно правовое содержание данных видов социальных экспериментов, кроме внешней формы, правового регулирования иных по своей природе видов человеческой деятельности (экономической, образовательной и др.).

Поэтому в узком смысле – собственно правовыми экспериментами в понятийном значении этого термина – являются апробации изменений в правовой жизни, когда результат зависит именно от юридических условий, а предметом выступает правовая деятельность и ее отдельные виды, а в качестве средств используются правовые средства. Это не означает, что иные условия, имеющие не правовую природу, не оказывают влияния на изменения в правовой сфере жизни общества, однако такое влияние вторично, влияние правовой жизни на иные сферы общественных отношений оказывается более значимым, нежели обратное.

Одним из наиболее интересных правовых экспериментов новейшего периода стал эксперимент по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам. Данный правовой эксперимент являлся федеральным, основным, проективным, последовательным, решающим, среднесрочным правовым экспериментом в сфере юстиции. Во исполнение поручений Президента РФ от 25 октября 2004 г. № ПР-1730 и от 21 марта 2005 г. № ПР-464 было принято постановление Правительства РФ от 22 августа 2005 г. № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам».²

Путем правового эксперимента осуществлялось и развитие системы ювенальной юстиции, когда в ряде регионов с 1999 по 2005 г. реализовывались пилотные проекты Программы развития ООН «Поддержка осуществления правосудия по делам несовершеннолетних в Российской Федерации», «Развитие правосудия в отдельных регионах Российской Федерации»: были созданы службы социальных работников в Ростовской и Саратовской областях, в Санкт-

¹ Ельцов В. Н. Указ. соч. С. 68.

² Постановление Правительства РФ от 22 авг. 2005 г. № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 35. Ст. 3615.

Петербурге. В ряде регионов, участвовавших в эксперименте, апробирование элементов ювенальных технологий не получило дальнейшего развития в связи с окончанием финансирования проектов¹, в других выработанные и проверенные технологии работы успешно используются по сей день.

Аналогичным образом в Беларуси в порядке правового эксперимента была апробирована внесудебная медиация², в России этого сделано не было, хотя многих проблем с внедрением медиации можно было бы избежать³.

Пилотные проекты в правовой жизни общества, в основе которых лежат методы эксперимента, позволяют увидеть на локальных участках правовой жизни определенные недостатки, упущения, неточности в правовом регулировании, своевременно внести соответствующие корректировки. В ряде случаев анализ и оценка пилотных правовых проектов может показать, что в настоящий момент регион,

¹ Первые шаги ювенальной юстиции в России // URL: <http://rusrand.ru/analytics/pervye-shagi-juvenalnoj-justitsii-v-rossii> (дата обращения: 10.03.2015).

² Концепция правового эксперимента (пилотного проекта) развития внесудебной медиации как средства урегулирования правовых и иных конфликтов была разработана в начале 2011 г. Основными целями пилотного проекта являлись: апробирование на практике внесудебной медиации, определение ее эффективности и перспектив развития наряду с уже зарекомендовавшим себя судебным примирением, а также создание корпуса белорусских профессиональных медиаторов. В целом внесудебными медиаторами и рекомендуемыми лицами в рамках пилотного проекта проведено свыше 200 примирительных процедур, из которых более половины завершены примирением сторон. Главным итогом эксперимента по развитию медиации в Беларуси можно считать обретение уверенности в возможности параллельного функционирования в системе хозяйственного судопроизводства как судебных, так и внесудебных медиаторов. Внесудебные медиаторы могут дополнять судебных и, отвечая задачам хозяйственного судопроизводства, способствовать урегулированию наиболее сложных хозяйственных споров. «Медиации быть» URL: <http://union.by/event/orgstructur/e8b3184a9c62f79a.html> (дата обращения: 02.04.2015).

³ Верховный суд РФ в результате обобщения практики применения закона о медиации пришел, в частности, к выводам о том, что процессуальными препятствиями для более частого и эффективного использования института примирения в гражданском и арбитражном процессе являются короткие сроки рассмотрения дел, небольшие размеры государственной пошлины, уменьшение судами расходов на оплату услуг представителя, отсутствие института обязательной медиации, отсутствие у судей права направлять лиц, участвующих в деле, на обязательное прохождение процедуры медиации, неурегулированность процессуальным законодательством вопроса о течении процессуальных сроков на период прохождения сторонами процедуры медиации. См.: Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за период с 2013 по 2014 год (утв. Президиумом Верховного суда РФ 1 апр. 2015 г.). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

группа регионов, страна в целом просто не готовы к успешному внедрению того или иного правового регулирования в качестве общеобязательного, выявить необходимость выхода за пределы собственно правового эксперимента, ориентировать на поиск других средств – проведение организационно-экономических мероприятий, от которых зависит эффективность реализации подвергшихся эксперименту правовых положений.

В юридической литературе правовой эксперимент, как правило, рассматривается как результат правотворческой деятельности¹.

В то же время в недостаточной степени исследуются эксперименты правореализационного и правоприменительного (включая правоинтерпретационные) характера, когда нормы права как тексты формальных источников права остаются неизменными, но меняется, в рамках правоприменительного усмотрения, практика их применения – судебная, административная и иные, либо субъекты права искусственно создают правовые ситуации для выяснения того, какое правоприменительное решение будет принято в том или ином случае.

Это не случайно, поскольку правореализационные и правоприменительные эксперименты зачастую носят не целенаправленный и программируемый (отвечающий всем правилам проведения эксперимента), а фактический характер, экспериментирование в правовой жизни приобретает характер поиска оптимального решения того или иного типа ситуаций, однако не отвечает всем признакам такового прежде всего по наличию «обратной связи» и возможности сравнения результатов тех или иных решений.

Понимая под юридической практикой объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности компетентных органов (судов, других органов применения права), складывающийся в результате применения права при решении юридических дел², можно заключить, что типичным примером фактического правового экспериментирования является различие в практике применения того или иного положения нормативного акта в разных регионах, разных федеральных арбитражных округах до того момента, пока высшая судебная ин-

¹ Лазарев В. В. К вопросу о понятии и пределах эксперимента в области государства и права // Правоведение. 1966. № 1. С. 17–23; Никитинский В. И. Значение эксперимента в нормотворческой деятельности // Советское государство и право. 1967. № 6. С. 26–34; Смирнов О. В. Социально правовой эксперимент и регулирование общественных отношений // Советское государство и право. 1973. № 11. С. 21–28.

² Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 1. М.: Юридическая литература, 1981. С. 340.

станция не высказала свою правовую позицию по этому вопросу. Последнюю же в этом случае можно рассматривать, хотя и с известной долей условности, в качестве субъекта правового эксперимента, который, формируя позицию, обобщает те или иные тенденции, сложившиеся в юридической практике.

Так, суды лишили закон о лизинге его сути – обязанности полного возмещения инвестиционных затрат. В судебной практике применения гражданского законодательства, регулирующего коммерческие отношения, не так часты принципиальные повороты, ниспровергающие теоретические основы, если это не обусловлено изменением самого законодательства. Сейчас отмечается именно такой принципиальный поворот в применении законодательства при разрешении споров о лизинге. Резкое изменение арбитражной практики произошло в 2009 г., и оно не было вызвано объективными причинами, потому что законодательство не изменялось. В период кризиса суды повернулись в сторону лизингополучателей. Суды стали принимать решения о взыскании денежных средств с лизинговых компаний – кредиторов в пользу лизингополучателей – должников¹.

28 июня 2012 г. Пленум Верховного суда РФ принял Постановление «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». В пункте 2 указанного Постановления содержится не совсем определенная информация об отнесении страхования к регулированию Закона «О защите прав потребителей». Произошел буквально революционный переворот в судебной практике по гражданским спорам о взыскании страховых выплат, но в ходе практики страховые компании не брали во внимание данный пункт закона, а суды обязывали возмещать все затраты².

Неодинаково в судебной практике решалась и проблема признания права на компенсацию за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок за профессиональными участниками рынка взыскания задолженности – коллекторскими агентствами, а также вопрос об определении размера компенсации при нарушении права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебных актов в разумный срок. Размеры взыскиваемых компенсаций существенно разли-

¹ Гилянская Г. Суды лишили закон о лизинге его сути – обязанности полного возмещения инвестиционных затрат // Бухгалтерские вести. 2011. № 5. 1 февраля. URL: http://www.dp.ru/a/2011/02/03/Lizing_izmenenie_sudebno (дата обращения: 02.01.2015).

² Солдатенко В. Ю. Изменение судебной практики по ОСАГО. URL: <http://pravorub.ru/cases/20820.html/> (дата обращения: 15.03.2015).

чаются¹. Так, размер компенсации, присуждаемой судами общей юрисдикции, также колеблется между 10 000 руб. и 120 000 руб.²

Такое фактическое правовое экспериментирование было бы гораздо более эффективным в случае, если бы отвечало всем требованиям, предъявляемым к экспериментам как познавательным средствам, прежде всего наличию контрольной группы общественных отношений, не подвергавшейся изменениям и связанной с ним возможностью сравнения результатов, выявления факторов, способствующих либо препятствующих поставленным правовым целям.

Правовые эксперименты могут выступать важнейшим средством недопущения и выявления юридических препятствий в реализации конституционных прав и законных интересов в силу следующего.

Во-первых, правовые эксперименты, несмотря на свой в основном правотворческий характер, нацелены на совершенствование реализации права, оптимизацию правового регулирования.

Во-вторых, как и в любом социальном экспериментировании, для правового эксперимента необходим эталон – такая модель правового регулирования той или иной области общественных отношений, которая выражает общие свойства процессов правовой жизни и обладает качественно новой, высшей структурной организацией, более совершенной формой, максимумом практической полезности. Эталон создает противоречивую ситуацию в реальной правовой жизни³. Думается, есть все основания для признания в качестве эталона правовых экспериментов беспрепятственной реализации прав и законных интересов.

В-третьих, правовые эксперименты в плане правового воздействия на общественные отношения могут быть только регулятивного (позитивно воздействующего) свойства, предоставлять субъектам права, участвующим в них, дополнительные правовые средства и механизмы реализации прав и законных интересов, но не могут носить охранительного (негативно воздействующего) характера, поскольку в этом случае нарушается принцип юридического равенства.

В-четвертых, сама организация правовых экспериментов может служить средством выявления лежащих в основе юридических препятствий в реализации прав и законных интересов неправомерных инте-

¹ Решетникова И. В., Сирота Е. Г. Закон о компенсации: первый правоприменительный опыт. URL: <http://www.center-bereg.ru/o1195.html> (дата обращения: 02.04.2015).

² Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации за второй квартал 2011 г. (утв. Президиумом ВС РФ 28.09.2011).

³ См. об этом применительно к социальному эксперименту: Логиновских Т. А. Указ. соч. С. 29.

ресов и целей различных субъектов права, их групп, когда последние оказывают сопротивление для экспериментального, а затем и повсеместного внедрения нового правового регулирования.

Правотворческие и правоприменительные эксперименты в правовой жизни российского общества должны проводиться научно-обоснованно, системно, последовательно¹, поскольку правовой эксперимент выступает средством правовой политики, обладает всеми его признаками, относится к группе специальных средств правовой политики наряду с концепциями, программами, юридической техникой, планированием, прогнозированием, правовым мониторингом, правовой экспертизой, систематизацией законодательства и т. д., которые призваны организовать правовую жизнь общества².

1.4. Оценка правовых режимов как способ распознавания и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

(В. Ю. Панченко, И. В. Пикулева)

Прежде чем приступить к рассмотрению обозначенной проблематики оценки правовых режимов, представляется целесообразным обозначить принципиальные положения, лежащие в основе реалистического понимания теории правовых режимов.

Утвердившейся в качестве традиционной в отечественной правовой науке является трактовка правовых режимов как нормативных порядков правовой регуляции той или иной сферы общественных отношений, представляющих собой совокупность правовых средств, набор и состав которых предопределяется спецификой регулируемых

¹ По определению А. В. Малько, с которым мы солидарны, «правовая политика – это научно обоснованная, последовательная и системная деятельность государственных органов и институтов гражданского общества по созданию эффективного механизма правового регулирования, по цивилизованному использованию юридических средств в достижении таких целей, как наиболее полное обеспечение прав и свобод человека и гражданина, формирование правовой государственности и высокого уровня правовой культуры и правовой жизни общества и личности». См.: Малько А. В. Теория правовой политики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 42.

² См., напр.: Правовая политика: базовый курс / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова, А. В. Деменишина. М.: Юрид. лит., 2015. С. 47.

отношений, нуждающихся в правовой регламентации¹. Основной акцент в таком понимании расставлен на правовых средствах, представляющих собой «универсальный «строительный материал» системы права, различная комбинация которого выражает особый порядок организации конкретных общественных отношений»², программирует характер и особенности нормативного воздействия на тот или иной участок социальной жизни.

Придерживаясь такой «нормативной» трактовки правовых режимов, процесс познания закономерностей правовой жизни не выходит за пределы анализа массива формально установленных правил поведения, что не является исчерпывающим и должно эффективным для последующей оптимизации правового регулирования посредством создания режима наибольшего благоприятствования для субъектов права в реализации их прав и законных интересов. Таким образом, очевидной представляется необходимость модификации вектора развития теории правовых режимов в сторону отражения данной правовой категорией не только нормативно запрограммированной правотворческими органами, но и реальной степени обеспеченности прав и законных интересов субъектов права. Иными словами, для достижения вышеобозначенной цели акцент следует сделать на реально существующем правовом климате исследуемой области общественных отношений, сущность которого заключается в том, что он представляет собой итоговое правовое состояние (действительную правовую ситуацию) в той или иной сфере общественной жизни, возникающее как результат функционирования всех ее элементов, институтов. В этом и заключается вся суть реалистического понимания понятия правового режима, которое относится к реальной правовой деятельности, когда определенный набор абстрактных правовых возможностей и средств претворяется в жизнь, получает воплощение посредством правомерного поведения субъектов права в конкретных правовых отношениях.

Из этого вытекает следующая особенность реалистического понимания теории правовых режимов: ориентированность, главным образом, в отношении реализации прав и законных интересов субъекта

¹ См., напр.: Беляева Г. С. Правовой режим: общетеоретическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013; Косак А. В., Малько А. В. Основы теории правовых режимов // Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты: монография / А. В. Малько, И. С. Барзилова. М.: Юрлитинформ, 2012; Шамсулова Э. Ф. Правовые режимы (теоретический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. и др.

² Малько А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 2.

ми права. То есть центральным элементом правового режима выступают не комплексы нормативно-регулятивных средств, а в первую очередь характеристики правореализационного процесса с точки зрения особенностей использования правовых возможностей: простоты (сложности), доступности (недоступности), массовости (единичности) и т. д. Иными словами, права и законные интересы как объекты правовых режимов, определение меры благоприятности или неблагоприятности процесса их реализации предопределяют инструментальную ценность категории «правовой режим».

Прикладное значение теории правовых режимов в реалистическом понимании заключается в оценке определенного участка правовой жизни на предмет наличия (отсутствия) содействующих и препятствующих факторов в реализации прав и законных интересов, то есть правовой режим выступает «орудием, инструментом, средством»¹ для решения задачи оптимизации правового регулирования. Иными словами, реалистический подход к пониманию правовых режимов не ограничивается констатацией того, что нормативно-регулятивные средства приобретают значение универсальных юридических инструментов правовой политики, посредством которых предопределяется общая специфика правового режима и действие правовых норм на том или ином участке правовой жизни, а позволяет определить функциональную сторону работы механизмов правовой регуляции общественных отношений – именно поэтому инструментально ценной является разработка методики оценки правовых режимов, отражающей действительный правовой климат.

Комплексный анализ и оценивание предоставляют возможность непосредственного отслеживания реальных условий и средств реализации того или иного права, совокупность которых позволяет выявить состояние реальной возможности или невозможности пользования правами, что свидетельствует о том или ином виде правового режима (благоприятном или неблагоприятном).

Так, первым этапом оценочной деятельности является фиксация как исходных состояний тех или иных участков правовой жизни, так и состояний, возникших в результате воздействия на них с помощью политико-правовых средств. Отражение правовым режимом и «должного», и «сущего» позволяет выявить реальные изменения в юридической практике под воздействием изменений в нормативно-правовом

¹ Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1998. С. 345.

регулировании. Уже на данном этапе неизбежно столкновение, обнаружение юридических препятствий в правореализационной деятельности субъектов права.

Прежде всего, планируя комплексный анализ соответствующей сферы общественных отношений, следует изучить нормативную составляющую реализации той или иной правовой возможности с целью выявления нормативных препятствий¹, законодательных изъянов (пробелов, коллизий, нарушений, неточностей, иными словами, нормативных препятствий в реализации прав и законных интересов). Следуя нормативному пониманию теории правовых режимов, исследование благоприятности или неблагоприятности правового регулирования ограничилось бы данным начальным этапом. Однако для реалистического восприятия правовых режимов полученные результаты являются промежуточным итогом в изучении реального климата реализации права или законного интереса. Иными словами, здесь имеется в виду формирование представления об идеальных моделях максимально нормативно-благоприятного (режим наибольшего благоприятствования) и нормативно-неблагоприятного правовых режимов. Однако, как уже отмечалось выше, при всей своей значимости анализ нормативных правовых актов и иных формальных источников права позволяет определить лишь наличие или отсутствие предоставленных государством (или сконструированных самими субъектами права в пределах их правотворческих полномочий) наборов правовых средств, характер направленности правового регулирования в зависимости от того, какие средства доминируют в структуре правового режима, а следовательно, и степень жесткости юридического регулирования, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности², не предоставляя возможности для выявления реальных различий в действии норм права в регионах. Такой анализ – необходимое, но недостаточное условие для познания правовых режимов.

Некоторое своеобразие имеет и методика сбора информации, фиксирующая «метод или сочетание методов, используемых для сбора и сопоставления информации, необходимой для расчета количест-

¹ См. подр. о нормативных препятствиях в реализации прав и законных интересов: Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство: теория и практика. 2013. № 9. С. 8–10.

² См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Собр. соч. Т. 2. С. 383.

венных показателей», по той причине, что оценке подлежит и область «сущего», что предполагает изучение субъективного восприятия каждого реализующего свои права и законные интересы условий и иных заслуживающих внимания обстоятельств правореализационного процесса. По этой же причине определенной спецификой отличаются и источники фактических данных, под которыми необходимо понимать средства передачи и хранения информации, фиксирующие исходные данные, подлежащие измерению и оценке: реалистический подход при оценке правовых режимов предполагает анализ прежде всего тех источников фактических данных, которые позволяли бы понимать реальное положение дел в той или иной области, а не информацию, содержащуюся в нормативных правовых актах и иных формальных источниках права. Такими источниками выступают публикации в СМИ, печатные издания, Интернет, специальная литература, жалобы, сообщения и пр.

Отдельного внимания заслуживает процесс выработки универсальной системы критериев, индикаторов и показателей¹, в результате использования которой становится возможным определить реальную степень обеспеченности прав и законных интересов субъектов права и меру благоприятности (неблагоприятности) для удовлетворения этих интересов, тем самым отмечая общие тенденции развития реальной правовой деятельности, юридической практики. Критерий представляет собой наиболее общую характеристику того или иного аспекта реализации права, предопределяющую предметную сферу вопроса. Индикаторы – это узкие тематические параметры какого-либо аспекта реализации права или законного интереса, сформулированные в форме закрытых вопросов, формирующие своей наиболее однородной совокупностью укрупненный блок критерия. Показатель выражает точное, конкретное значение того или иного параметра (индикатора), с помощью которого и становится возможным измерить правовой режим в количественном выражении. При этом критерии и индикаторы, по которым определяется правовой режим, должны позволять выявить не только формальные особенности правового регулирования соответствующей сферы общественных отношений, но и объективно

¹ См., напр.: Автономов А. С., Гаврилова И. Н. Критерии оценки прав человека для уполномоченных по правам человека: методические рекомендации по мониторингу прав человека на доступ к суду, на митинг и на доступ к образованию. М.: Юрист, 2011; Кондрашев А. А., Пикулева И. В. Правовые режимы конституционного права на бесплатную юридическую помощь: подходы к пониманию и методика оценки // Евразийский юридический журнал. 2014. № 10. С. 119–129.

существующие, практические условия реализации права, которые могут быть выражены в фактическом содействии или воспрепятствовании реализации прав и законных интересов субъектов права.

Разрешения требуют и такие практические задачи, как разработка единой шкалы оценки благоприятности и неблагоприятности, формы отчета для полученных результатов, применимой для различных правовых возможностей, и пр.

Таким образом, оценка правовых режимов представляет собой процесс сопоставления реально имеющихся данных правовой действительности для составления представления относительно действительной благоприятности правового климата определенного участка правовой жизни и подведения некоего итога, имеющего модальный характер.

Регулярная оценка состояний правовых режимов реализации тех или иных прав, свобод и законных интересов¹ (которая, в отличие от мониторинга, всегда сопровождается выводами, направленными на совершенствование правового регулирования) позволяет установить тенденции и закономерности изменения юридически значимого поведения при изменении в системе нормативно-регулятивных средств и корректировать последнюю в направлении наибольшего благоприятствования реализации прав и законных интересов. Соответствуя современным задачам и потребностям правового регулирования, теория правовых режимов в реалистическом понимании содействует модернизации и совершенствованию правового регулирования в интересах личности, гражданского общества и правового государства.

Конечным результатом оценочной деятельности является моделирование режима наибольшего благоприятствования реализации того или иного права и выработка конкретных рекомендаций и требований к деятельности различных субъектов (законодателя, правоприменителя, общественных организаций и т. д.) для стимулирования правовой активности субъектов, устранения препятствий, использования доступных и разумных правовых процедур, иными словами, обеспечения максимального содействия в реализации прав и законных интересов. Так, в частности, методики оценки правовых режимов могут использоваться органами публичной власти, правозащитными орга-

¹ Динамический аспект функционирования правовой системы государства и всего комплекса институтов, участвующих в правовой жизни общества, достижении целей правовой политики, переопределяет возможность трансформации по мере изменения условий и средств реализации прав и законных интересов, правовых процедур и проч. из одного вида в другой – из неблагоприятного в благоприятный и наоборот.

низациями в целях обнаружения конкретных путей решения право-реализационных проблем для оценки состояний обеспеченности различных прав и свобод человека и гражданина, формирования право-творческих инициатив, осуществления на их основе проектно-нормативных работ и т. д.

Обозначенная проблема оптимизации правового регулирования, рассматриваемая через призму правового режима, предстает прежде всего как проблема преодоления препятствий; на пути наиболее полного удовлетворения интересов субъектов права могут появляться разнообразные препятствующие, затрудняющие правореализационный процесс факторы, которые снижают эффект юридических инструментов, увеличивают затраты в различных сферах социальной деятельности¹. Теория правовых режимов в реалистическом понимании и методика их оценки направлена на преодоление, устранение и предупреждение юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, независимо от их «среды обитания» (нормативные или деятельность), специфики и проч. Всестороннее познание условий и средств процесса реализации прав и законных интересов посредством оценивающей деятельности в рамках правовых режимов позволяет изобличить факторы, осложняющие процесс осуществления правовых возможностей субъектами права, и преодолеть их посредством внесения изменений и коррективов в правовую форму.

1.5. Препятствия в формировании единой судебной политики и их преодоление путем формализации неправовых факторов, влияющих на вынесение решения

(Д. С. Шинкевич)

Вынесение судебного решения всегда осуществляется уполномоченным субъектом – судьей. Данное лицо наделяется особой компетенцией в силу того, что является представителем судебной ветви государственной власти. Кроме того, это лицо – человек, и более удачных вариантов пока придумано не было, хотя некоторые альтернативы и обсуждались.

¹ Малько А. В. Оптимизация правового регулирования как проблема преодоления препятствий // Правоведение. 1993. № 3. С. 58.

В апреле 2015 г. в своем выступлении¹ в Российском государственном университете правосудия в г. Москве профессор Тартуского университета Р. Х. Наритс затронул вопрос, который уже не раз обсуждался на юридических форумах, – он заговорил о футуристической перспективе замены судей роботами. Вкратце осветив технические сложности такого процесса, он перешел к тем возможным сбоям в системе, которые эти перемены могут за собой повлечь. И его вывод был однозначным – функции судьи должен выполнять человек.

Безусловно, можно попытаться загрузить весь нормативный массив в механическую коробку, создать более-менее отлаженный алгоритм правоприменения² и запрограммировать машину на его осуществление. И у этого даже будут свои плюсы – экономия человеческого ресурса, времени, финансовых затрат на содержание судейского корпуса и пр. В конце концов, подобное совершенствование отвечало бы и динамике прогресса: так мануфактуры сменились фабриками, так человечество обнаружило неведомые ему ранее преимущества разделения труда в процессе производства, так стало использовать конвейер. И во всех случаях обновления в итоге пошли человечеству на пользу, сколько бы недоверия они ни вызывали на первых порах. Почему же в сфере судейского правоприменения должно быть иначе? Причин для иного исхода несколько.

Судья выполняет совершенно особую работу, практикует совершенно особое искусство – тонкое, если не ювелирное. И каждый представитель этой профессии является носителем определенных ценностей, что позволяет ему осуществлять правоприменение достойно, вершить правосудие справедливо. Что же придет на смену этим ценностям в конструкции робота? Даже если предположить, что Айзек Азимов был прав и заменить эти ценности можно, отфиксировав в конструкции машины три знаменитых закона робототехники³

¹ Название представленного доклада звучало следующим образом: «О значении принципов права в модернизации правовых систем».

² У многих практикующих юристов предложение о замене судей роботами даже не вызовет особого сопротивления: согласно широко распространенному мнению, судьи в РФ и так руководствуются одной лишь нормой закона, не беря в расчет иные факторы. А потому никаких существенных изменений, по мнению этих юристов, в правоприменении с заменой людей роботами не произойдет. Однако, это совсем не так – каждый современный судья невольно руководствуется в своей деятельности рядом неправовых, но весомых импульсов. Вопрос о том, почему так происходит, будет рассмотрен более подробно чуть позже.

³ Первый закон робототехники: «Робот не может причинить вред человеку или своим бездействием допустить, чтобы человеку был причинен вред». Второй закон робототехники: «Робот должен повиноваться всем приказам, которые дает человек, кроме

(или даже больше, приняв во внимание специфику судебной деятельности) и тем самым содержательно заполнив «разум» робота, у нас все равно возникнут сомнения относительно того, удастся ли каким-нибудь образом обеспечить соблюдение этих законов¹ на том уровне, на котором это происходило с судьей-человеком. К примеру, первый из этих законов гласит: «Робот не может причинить вред человеку или своим бездействием допустить, чтобы человеку был причинен вред»². Разумеется, это положение применимо и к судьям – их правоприменительная деятельность направлена на то, чтобы приносить субъектам пользу там, где никто другой сделать этого не способен, и уж никак не ставит своей целью (и не допускает в качестве средства достижения иных целей) нанесение вреда людям. Но как этот закон робототехники будет проявлять себя на практике? Он настолько абстрактен, настолько неопределен, что его применение должно быть поставлено под большой вопрос. По сути, он звучит как «непричинение вреда», сводится к тому, что недопустимо причинять людям зло и неудобства. Но такая формулировка звучит еще более неопределенно, чем действующие в современных правовых системах принципы – верховенства права, добросовестности, разумности, справедливости, которые и так часто подвергаются критике по причине высокого уровня абстракции. И даже если предположить, что технологии будут развиваться необычайно стремительно и каким-то образом кому-либо удастся сконструировать нечто механическое и при этом способное действовать согласно категориям нравственным и моральным³, мы все равно придем к тому, что такая машина через некоторое время столкнется с неизбежностью своего отставания от прогресса: возник-

тех случаев, когда эти приказы противоречат Первому закону». Третий закон робототехники: «Робот должен заботиться о своей безопасности в той мере, в которой это не противоречит Первому и Второму законам» См. подр.: Азимов А. Я, робот, Конец вечности. URL: <https://www.artlebedev.ru/everything/deich/Deich-Azimov.pdf> (дата обращения: 10.05.2015).

¹ Каждый человек является носителем определенных ценностей, которыми он руководствуется в своей деятельности. Эти идеалы и образы формируют его как личность, а потому и действовать в отрыве от них он не может. Поведение *инстинктивно* (на подсознательном уровне) соотносится с его ценностно-ориентационным блоком. Существующие в его сознании абстрактные образы конкретизируются применительно к окружающей действительности, и субъект начинает вести себя по определенной модели. Как создать подобный механизм в искусственно созданной системе – большой вопрос.

² См.: Азимов А. Указ. соч.

³ К примеру, конкретизировав эти абстрактные положения внедрением огромного количества алгоритмов действия судьи в частных ситуациях.

нут ситуации, в которых она не будет знать, как действовать, возникнут обстоятельства¹, квалифицировать которые в соответствии с текущими источниками права будет невозможно, и т. д.². И выбор, сделанный роботом, может оказаться с позиций тех же нравственных категорий, которые когда-то легли в его основу, чудовищным, аморальным³. И чего будет такое правоприменение стоить? И насколько в таком случае будет оправданна экономия ресурсов, времени и денежных средств?

Очевидно, что цели правоприменения в большей степени достигаются в том виде, в котором это происходит сейчас, в нашем веке. И человек, осуществляющий полномочия судьи, не должен стать историзмом – омнибусом, уступившим место конке. На данный момент именно человек из всех имеющихся вариантов является самым удачным концептом, способным осуществлять правоприменение.

Но то, что этот вариант самый лучший, еще не значит, что, выбирая его, нам не придется пренебречь некоторыми вещами. В частности, именно человечность позволяет судьям принимать справедливые решения, но именно человечность закладывает в судей потенциальную возможность следовать иным линиям аргументации («человеческим» линиям – свойственным самым обыкновенным членам социума). Именно в эту «человеческую» часть правового субъекта по-

¹ В качестве примера возникновения пробела в праве в результате опережающего законодательства развития общественных отношений Е. Ю. Тихонравов называет изобретение самолетов и развитие гражданской авиации (см.: Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в законодательстве: вопросы теории и истории: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 45). Здесь тоже изначально не существовало никакого правового регулирования, т. к. не было изобретено самих самолетов. Теперь же в развитых правовых системах существуют правила, регламентирующие эксплуатацию воздушных судов.

² Недаром многие ученые пишут о том, что все урегулировать правом невозможно, да и, по сути, не нужно.

³ Проводя аналогию с уже произошедшими в истории человечества событиями, можно привести в качестве примера знаменитый спор Герберта Харта и Лона Фуллера о том, какое же законодательство подлежит применению в отношении преступников времен фашистской Германии. Сугубо позитивистский подход (как если бы судья был робот) вел именно к тому, чтобы признать действовавший в Германии и установленный нацистами закон Правом. В то же время содержательный подход требовал обращения к здравому смыслу – да как же можно назвать Правом то, что безосновательно повергло жизни многих тысяч людей в хаос? А здравый смысл всегда требует обращения к социальному контексту, к человеческой природе, человеческому восприятию действительности (см. подр.: Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали; пер. с англ. В. В. Архипова; под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136).

ступают неправовые импульсы – факторы, природа которых не является в чистом виде юридической. И именно эта часть судьям и необходима, чтобы поддерживать контакт с обществом, текущими историческими, социальными, экономическими, политическими процессами и метаморфозами, чтобы получать информацию из внешней среды, а затем после обработки доставлять ее обратно, «на выходе» существующей системы правоприменения. А потому все неправовые, внеюридические влияния, которыми неизбежно «охватывается судья»¹, являются необходимым, вынужденным выхлопом – и все, что мы можем сделать с этими факторами, это попытаться их измерить, формализовать, оценив степень их влияния на процесс вынесения решения в целом.

Соответственно, вне зависимости от того, насколько высок уровень профессионального мастерства того или иного судьи, он, так или иначе, подвержен влияниям извне. Применение тех или иных источников права сопровождается соображениями (традиционной или инновационной) *судебной политики*, которой придерживается судья². Анализируя словосочетание «судебная политика», мы сталкиваемся как минимум с двумя его неотъемлемыми составляющими: во-первых, становится очевидным, что мы имеем дело с *политикой*; во-вторых, что эта политика каким-то образом связана с *судейской (судебной) деятельностью*. Отсюда и берут свое начало теории выбора судьями различной аргументации – некоторые из них концентрируются на политическом аспекте (и пытаются рассматривать предпочтение одного обоснования решения другому в рамках исключительно политических координат), некоторые – на судебной специфике.

В иерархической системе судов США существует негласное разграничение функций между ними: те, что находятся на нижнем уровне, применяют правила судейского выбора³, сформулированные судами более высоких уровней, судами, занимающимися созданием таких правил⁴. Последние содержат в себе следующие разъяснения:

1) какие факты учитывать в процессе вынесения решения;

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998 (по изданию 1916 г.). С. 98.

² Михайлов А. Возможна ли кодификация прецедентного права? URL: <http://blog.pravo.ru/blog/theory/5633.html> (дата обращения: 07.02.2015).

³ Что это за правила, станет яснее чуть позже.

⁴ Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 131.

2) к какому результату ведет учет каждого из этих фактов какая сторона судебного разбирательства в том или ином случае победит, а какая проиграет.

Существует *Оценочная модель Сигала и Спэса*¹, утверждающая, что федеральные судьи в Штатах могут беспрепятственно творить политику: в большинстве случаев они абсолютно свободны голосовать так, как будет уместнее в соответствии с их политическими целями. Джефффри Т. Лакс с этим спорит², говоря о том, что свобода в принятии тех или иных судебных решений сама по себе не является достаточным условием для проведения созданной ими политики в жизнь – для достижения этого результата нужно как минимум, чтобы нижестоящие звенья судебной системы «подхватили» созданные ими правила и стали применять их добровольно³. Он соглашается с Джефффри А. Сигалом и Гарольдом Дж. Спэсом в том, что судьи Верховного суда США действительно свободны от каких бы то ни было соображений вышестоящих инстанций⁴, от электоральной и политической подотчетности⁵, от переживаний, связанных с тем, что вышестоящий суд в порядке апелляции по этому же делу вынесет другое решение. Но даже если голосует коллегиальный состав судей в высшей степени свободно, сути это не меняет – «финальное голосование это еще не конец игры»⁶, нужно посмотреть, как это правило воспримут нижестоящие суды, что требует временных затрат в процессе проведения специальных исследований. Выражают они эти правила в своих «мнениях», которые служат двум основным задачам: 1) обоснованию итоговой позиции по делу правовыми аргументами; 2) приданию праву формы (они разрешают и формализуют применение правовых правил другими субъектами).

Ситуация с наличием альтернативных правил судейского выбора наталкивает на определенные вопросы. Ведь если правило, сформу-

¹ Ibid.

² Ibid. P. 132.

³ Проще говоря, форма и содержание таких правил должны достигнуть такого уровня мастерства и убедительности, чтобы другие суды сами захотели их применять.

⁴ Хотя бы потому, что выше некуда.

⁵ Судьи не избираются на свои посты населением, следовательно, не несут никакой ответственности перед избирателями – не обязаны проводить чьи-либо интересы в жизнь. Отсутствие политической подотчетности выражается в независимости этой ветви власти от двух других.

⁶ Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 132. Концом оно является только для конкретного истца и ответчика, а не для глобальных устремлений проведения судебной политики.

лированное Верховным судом, обладает меньшим содержательным авторитетом, чем сформулированное каким-то другим, значит и сам Верховный суд, обеспокоенный своим положением в глазах общест-венности, может «перенять» чужое правило взамен собственного или позаимствовать из него определенные элементы. Отсюда выходит, что применение таких правил (доктрин) на нижних слоях иерархии судов влияет на сам процесс их создания и формулирования в верх-них. Вопрос только в том как.

Более детальное изучение неправовых факторов, влияющих на правоприменение, в сравнительно-правовом аспекте стало возмож-ным благодаря ряду работ американских исследователей. Следует об-ратить внимание в первую очередь на политические соображения (а потому обратиться к ряду положений политологии¹, пытаясь адапти-ровать их к праву), нравственные, социальные и проч. Профессор Ко-лумбийского Университета Джеффри Р. Лакс утверждает, что все эти неправовые влияния вполне возможно отследить и рационализиро-вать². Он исследует влияние всех этих факторов на судебский выбор между так называемыми доктринами³, которых выделяет два вида – более определенные «ясно очерченные» правила (*bright-linerules*)⁴ и более гибкие доктрины – *стандарты (standards)*⁵. Оба вида доктрин

¹ Одним из основных подходов, используемых в рамках этой работы, будет «поли-тико-доктринальный». Он является логическим продолжением дискуссии о том, что такое право – нечто фундаментальное для политики, ее основа, или же ширма для ее прикрытия (и права – самого предмета дискуссии – как такового вообще не существу-ет). Для того чтобы определить, какой из этих факторов более всего сказывается на правоприменении – политика или доктрина (т. е. непосредственно право в смысле ка-ких-либо правил), акцент предлагается сделать именно на них, немного абстрагируясь от иных неправовых характеристик (нравственных, моральных, этических и пр. в чис-том виде). См. подр.: Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 131–157.

² См. подр.: Lax J. R. Political Constraints on Legal Doctrine: How Hierarchy Shapes the Law // Journal of Politics. Vol. 74. Issue 3. 2012.

³ Под доктриной понимается некоторое правило, «правовой инструмент, состоя-щий из принятых законодателем положений и разработанных судами норм общего пра-ва» (Ларо Д. Опыт США: доктрины экономической сущности и деловой цели // Нало-говед. № 1. 2010. С. 64).

⁴ Т. е. строго определенные доктрины. Примером могут послужить правила, ус-тановившиеся в результате рассмотрения следующих дел: «Miranda v. Arizona» (1966), «Berghuis v. Thompkins» (2010), «Davis v. United States» (1994).

⁵ Т. е. более подвижные доктрины. Основная разница между ними и *bright-linerules* состоит в том, что «в “standards” инкорпорировано то фактическое обстоятель-ство, которое носит качественно другой характер – ему недостает полной ясности или конкретности, в отличие от тех обстоятельств, которые можно предсказать с высокой степенью точности, конкретности и ясности» (см. подр.: Lax J. R. Political Constraints on

разрешается и даже поощряется использовать в качестве аргументации судебного решения. Но чем судьи руководствуются, делая выбор между ними? Если удастся выявить факторы, влияющие на эту ситуацию, и хоть немного их рационализировать, значит, удастся сделать это и в более широких масштабах – масштабах судебной политики.

Джеффри Т. Лакс приводит две основные модели измерения судебной политики, от которых все иные презюмирует производными – «case space model» и «political space model»¹. «Political space» является более примитивной формой иллюстрации судейского правосознания, не учитывающей многих особенностей последнего и не приносящей ничего качественно нового в изучение ментальных предпосылок правоприменения. Однако она заслуживает внимания, так как ее постулаты легли в основание другой модели – «case space». Для удобства восприятия каждую из них предлагается отразить на одном рисунке (рис. 1).



Рис. 1. Сравнение политических идеалов и судебных решений как инструментов для исследования судебной политики²

Legal Doctrine: How Hierarchy Shapes the Law // Journal of Politics. Vol. 74. Issue 3. 2012). Например, существует стандарт уровня зрелости и ясно очерченное правило, устанавливающее необходимость учета календарного возраста для незамужних женщин в возрасте до 18 лет, планирующих сделать аборт без согласия родителей. Указанный стандарт более мягкий, и его можно применить в тех же случаях, что и названное выше ясно очерченное правило (в котором заключается более строгий правовой режим для девушек, делающих аборт), все зависит от того, какого результата судья планирует достичь, какую аргументацию привлечь.

¹ Легко догадаться, что «political space model» делает акцент на политике, рассматривает правоприменение в «политическом пространстве», а «case space model» – на судебной специфике.

² График составлен автором самостоятельно, а отложенные значения приведены в качестве примера.

Итак, вот в чем состоит суть этих моделей. Если представить модель «political space» в декартовой системе координат (см. рис. 1), то она будет иметь на каждой оси определенные политические аспекты. Значения, отмеренные по осям, будут варьироваться от 0 до 1. Это сделано для того, чтобы избежать необходимости измерять в численном выражении все то, что оказало влияние на принятие того или иного решения: например, как измерить либеральность в любой другой системе счисления, кроме двоичной? Каждый судья (разумеется, абстрактно) ставит точку в этом очерченном пространстве, и эта точка суть его политический идеал (для судьи А – x_1 , судьи В – x_2 , судьи С – x_3). Именно в соответствии с ним и принимаются те или иные решения¹. Дело не обязательно в политике в традиционном смысле, дело в идеологиях и даже тех доктринах, в унисон с которыми судья рассуждает, с теми, которые затем использует на практике. Эта модель может быть также представлена и в одномерном пространстве, тогда x_1 (политический идеал) будет находиться между, скажем, либеральностью и консервативностью, а эти критерии, в свою очередь, уже будут тяготеть к Y (yes) / N (no)² при принятии того или иного решения. Но нет смысла сужать масштаб пространства до одномерного – очевидно, что даже рассмотрение объекта в двумерном дает совсем немного сведений. Например, по x отложена «либеральность – консервативность³», а по y – «умеренность – радикальность». Предполагается, что идеал судьи (x_1) будет, к примеру, тяготеть к либерализму и умеренности. Помимо этих критериев нам выяснить ничего и не удастся – чтобы достичь этой цели, придется вводить все новые и новые оси и бесконечно увеличивать количество измерений (трехмерное, четырехмерное и т. д.), и итогом станет только чрезмерное усложнение механизма оценивания предпочтений судьи во время правоприменения при переносе основных этапов его протекания на

¹ Судья пожилого возраста, консервативен и бесповоротен в своих взглядах и суждениях – вероятность, что он проявит понимание, допустим, к реакционным выходкам современных неформальных течений, совершенным во имя идеи (что при определенных условиях стало бы проявлением либерализма), минимальна.

² Y (yes) – правило (доктрина и пр.) подлежит применению, N (no) – не подлежит.

³ Либеральность и консервативность, как факторы, способные повлиять на правоприменение, могут выражаться, например, в субъективной склонности судей признавать за женщинами право на аборт или не признавать (см. решение по делу *Roe v. Wade*), за однополыми партнерами – возможности вступления в брак и воспитания детей или невозможности подобных действий.

бумагу¹. Именно потому наиболее адекватно и интересно отражающей воздействие неправовых влияний на правоприменение является другая модель – «case space»².

Она отличается от «political space», хотя и имеет с ней много общего. Здесь, в частности, на осях отражаются показатели, которые к политике уже не сводятся. Здесь за x_1 , x_2 , x_3 (см. рис. 1) и проч. принимаются уже существующие судебные дела³, и те факты и обстоятельства, имевшие место в них, выборочно учитываются судьей на этой системе координат по интересующим исследователя критериям. Р. Лакс пишет, что мы можем разумно объяснить предпочтение одной доктрины другой⁴, делая это в рамках так называемого «доктринального инструментализма» – небезынтересного течения, предметом которого охватывается все судебское правотворчество-правоприменение: оно как бы сглаживает противоречия между утверждающими, что существует чистое, не подвергающееся никаким влияниям право (стратегисты [strategists]), и теми, кто уверен, что любое правоприменение преследует политические цели⁵ (аттitudиналисты [attitudinalists]). В рамках «доктринального инструментализма» утверждается, что результатом правоприменения всегда будет какое-либо влияние на политику (само пространство «case space» суть судебская политика), и что достигаться оно будет «правовыми» инструментами, «доктринальными»⁶.

¹ Следовательно, нужно менять не сами критерии, но объекты, оцениваемые с помощью этих критериев. Закономерности судебного правоприменения (как объект) также будут исследоваться при разумной смене предметов отображения в системе координат. Потому и логичнее обратиться к моделям «case-space», где центр исследования – не политические идеалы, а судебные дела, которые как бы имплицитно содержат в себе характеристики по всем этим критериям (т. е. судебная политика как следствие правоприменения, воплощенная в правилах, – «rules and dispositions»).

² Берет свое начало в работах профессора Нью-Йоркского Университета Льюиса Корнхаузера.

³ «Со времен римского права правоположение признавалось, если оно подтверждалось несколькими судебными решениями» (Богдановская И. Ю., Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. № 2. 2010. С. 76).

⁴ См. подр.: Lax J. R. Political Constraints on Legal Doctrine: How Hierarchy Shapes the Law // Journal of Politics. Vol. 74. Issue 3. 2012.

⁵ «Все то, чем занимались юристы, судьи, профессора годами, изучая, практикуя и строя теории, бесполезно... любое исследование права – иллюзия» (см. Friedman B. Taking law seriously // New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 21. 2006. P. 266).

⁶ Т. е. суть такова: право – инструмент судебной политики, влияющей, в свою очередь, на политику в целом.

Существует четыре ключевых момента¹, на которых исследователям следует сосредоточить свое внимание, конструируя модели определения судебной политики.

Прежде всего, модели должны учитывать *структуру судебской власти* – взаимозависимости и связи внутри нее. Анализ этой структуры имплицитно учитывается в модели «case space». «Case space» делает акцент на значении судебных дел как средств судебной политики². Но, безусловно, построение последней не сводится к правилам поведения, зафиксированным в различных судебных делах. Когда апелляционные инстанции проводят судебную политику в жизнь, они стараются сделать это в своих мнениях, которые устанавливают новые или измененные юридические правила для решения текущих и будущих дел³. Собственно, само наименование «case space» носит область всех возможных дел, которые могут возникнуть в пространстве между осью x (Dimension 1) и осью y (Dimension 2). Более наглядно это видно на рис. 2.

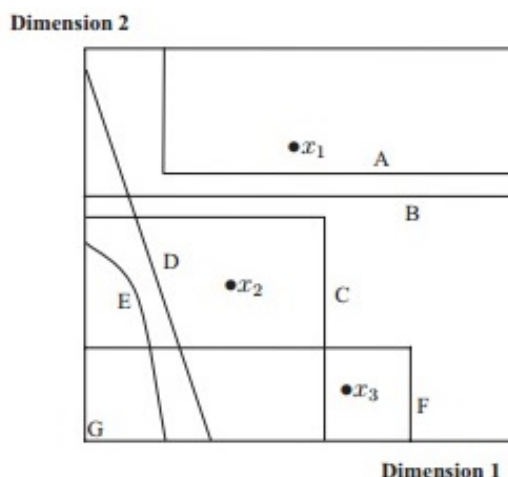


Рис. 2. Модель «case space»⁴

Само правило (A, B, ...) делит пространство «case space» на победителей и проигравших по этим делам. Различными судьями в их судебной практике это разделение на победителей и проигравших проводится по-своему – и это следствие того обстоятельства, что различные судьи предпочитают различные правила. Если же развивается

¹ Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 133.

² Ibid. P. 133.

³ Ibid. P. 131.

⁴ Ibid. P. 133.

право, если изменяются правила, используемые в процессе рассмотрения дела, значит, будет меняться и само разделение на проигравших и победителей¹ (чтобы лучше это понять, нужно обратиться к рис. 2). Поведение судьи может отвечать правовым и профессиональным требованиям и в то же время соответствовать политическим соображениям, определяющим мотивы, воздействующие на сознание судей.

Вторым приоритетом при исследовании доктрин и политики (и их взаимовлияния) должно стать эмпирическое исследование *структуры судейского выбора*, т. е. того формализованного в строгом виде правила, которое судья в своей голове сформулировал. Это необходимо для проведения правовой квалификации фактической ситуации, ее оценки на соответствие этому правилу. Для этого подлежат учету собственные предпочтения судей, а также уже сформулированные другими судами правила. Все это подразумевает получение как можно большего количества данных о том, как судьи предпочитают делить «case space».

Третьим приоритетом является теоретическое и эмпирическое исследование *коллегиальности* и *иерархичности (судов)*. Здесь речь идет о том, что решение, принимаемое судьями коллегиально, не является единственным продуктом рассмотрения дела. Помимо вынесенного вердикта, есть нечто вроде нашего «особенного мнения» – есть судьи, несогласившиеся с мнением большинства² и достаточно убедительно мотивировавшие свое собственное, есть те, кто пришел в итоге к мнению большинства (допустим, обвинить подсудимого в содеянном), но руководствовался совсем иными соображениями. И этот «раскол в коллегиальности» является действительным препятствием в осуществлении правосудия, а также предметом отдельных исследова-

¹ Природа применяемого правила (права) меняется – теперь его содержание охватывает иные аспекты, нежели в начале. Значит, и сама функция, отображающая это правило, наглядно изменится. А если оставить точки (которые суть судебные дела) неподвижными, а линии (правила) подкорректировать, то совсем не обязательно, что точки все еще будут находиться под этими линиями (подпадать под влияние этих правил).

² «Что представляет собой большинство и кто в него входит? О чем они думают, и почему они стали именно такими, и неужели они никогда не переменятся <...> И может ли один человек быть правым, когда весь мир уверен в своей правоте?» (Брэдбери Р., Марсианские хроники. М.: Правда, 1987. 47 с.) Задаваясь аналогичными вопросами, мы подтверждаем актуальность данного, третьего, приоритета для исследования судейской политики. Мало видеть результат коллективного рассмотрения дела – нужно сосредоточиться на «кухне» его подготовки, на том, как оно формировалось, какие возражения встречало, какими импульсами создавалось. Только так можно пролить свет на ментальные предпосылки судейского правоприменения.

ний¹, о которых речь пойдет чуть позже. Иерархичность же подразумевает связи между различными звеньями судебной системы, благодаря существованию которых один суд должен уважать позиции другого по тому или иному вопросу и не имеет права им перечить. Под позициями подразумевается все попури из используемых судьями правил применительно к какому-либо схожему делу с аналогичными обстоятельствами².

И четвертый приоритет – исследователям следует больше фокусироваться на том, *как судьи используют ту или иную доктрину, чтобы достигнуть политических целей*. Т. е. какими бы ухищрениями вышестоящие суды ни пытались манипулировать нижестоящими, формулируя изысканные аргументы, своими решениями и правилами, по мнению Дж Т. Лакса, они оперируют в качестве инструментов для достижения политических целей.

Уделяя внимание всем вышеприведенным приоритетам, исследователь может отразить судебные дела в системе координат. И вот как это работает (см. рис. 2).

Это образец модели «case-space» в двухмерном пространстве³, ограниченном определенными пределами. Каждая точка в этом пространстве представляет собой потенциально зафиксированное дело (взамен политических представлений-идеалов в модели «political-space»). По оси y дело x_1 – точка экстремума-максимум и x_3 – точка экстремума-минимум. По оси x x_3 – точка экстремума-максимум и x_2 – точка экстремума-минимум. Также дано 7 озаглавленных правил. Судебное дело решается с результатом ДА⁴, если оно находится в поле или ниже правила, и с результатом НЕТ⁵, если находится выше (значение выходит за рамки максимума, установленного правилом) области, охватываемой правилом. Тогда все 7 отображенных правил укажут на то, что по делу x_1 будет принято решение НЕТ. По делу x_2 будет принято решение ДА при использовании правил А, В, F. Пра-

¹ См., напр.: Landa D., Lax J. R. Disagreements on collegial courts: a Case-space approach // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2007. P. 305–329.

² Весь судейский инструментарий, включающий правила, формулы, тесты, облекаемые в форму «ясно очерченных правил» [bright-linerules], стандартов [standards], «тестов баланса» [balancingtests] и проч. (Шлаг П. Эстетики американского права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб.: Издат. дом СПбГУ, 2011. С. 35).

³ См. подр.: Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. – Vol. 14. 2011. – P. 131–157.

⁴ Y (yes) – правило применяется.

⁵ N (no) – правило не подлежит применению.

вилом G проводится основание, границы судебных дел. Правила А, В, С, F устанавливают ограничения по каждой оси. Правила D и E соединяют обе оси. Правила С и F – связывающие звенья для достижения результата ДА; судебное дело должно лежать в тех границах, которые установлены по осям x , y . Если результат ДА – результат, соответствующий наиболее консервативным взглядам, то правило А – самое консервативное и правило G – менее консервативное среди всех иных. Но не для всех правил от В до F эта закономерность применима напрямую (например, мы можем сказать, что правило D более консервативно, чем правило E). Мало просто отразить эти дела в системе координат – для достижения практических целей нужно выявить некоторые закономерности, понять, как в подобных ситуациях судебная система функционирует. Это можно сделать графически: достаточно соединить точки в хронологической последовательности (в том порядке, в котором дела возникали и рассматривались). Полученная функция будет монотонной¹ в случае, если судья неуклонно мыслил в одном и том же направлении при разрешении сходных дел на протяжении сколько-нибудь длительного отрезка времени.

Подводя итоги рассмотрению внеюридических факторов, влияющих на правоприменение, следует выделить следующие основополагающие моменты. Воздействие этих факторов на судебское мышление и последующее вынесение конкретного решения проявляется, в частности, в квалификации фактов дела как отвечающих признакам того или иного правила, доктрины. Более того, все указанные влияния и воздействия факторов можно в определенной степени рационализировать с помощью моделей «case space» и «political space», отразив их на координатной плоскости, формализовав процесс квалификации, представив его в качестве функции, которая может быть монотонной или нет, возрастать или убывать, и т. д. Характеристика этой функции способна отразить правоприменительные закономерности в той или иной сфере, отразить фактическое применение нормативной базы, а также все иные воздействия на этот процесс. Кроме того, она способна указать на неоднозначность и противоречивость процесса применения права, исходя из строго формализованных заключений, являющихся последствием привлечения инструментария точных наук. Для борьбы с отсутствием единообразия в судебной практике данные неправовые факторы должны исследоваться более

¹ Landa D., Lax J. R. Disagreements on collegial courts: a Case-space approach // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2007. P. 310–311.

подробно и детально, что предопределяет решение многих проблем, стоящих перед отечественной правовой системой (в частности, продвижение в решении вопроса о том, как на самом деле судьи принимают решения). Использование моделей «case space» и «political space» в России становится особенно актуальным в условиях размещения в открытом доступе огромного массива судебных постановлений по конкретным делам (Банк решений арбитражных судов, ГАС «Правосудие»). Более того, одно из основных направлений дальнейшего исследования указанной тематики должно коснуться прикладного конструирования моделей правоприменительных закономерностей с учетом особенностей российской правовой системы.

1.6. Законодательная инфляция как юридическое препятствие и судебный активизм как способ ее преодоления (на примере налоговых споров)

(А. В. Демин)

Законодательную инфляцию можно определить как непрерывную интенсификацию законотворческой деятельности, которая включает два взаимосвязанных направления: во-первых, устойчивое *наращивание* нормативных массивов (т. е. принятие новых правовых норм, нормативных правовых актов) и, во-вторых, перманентную *новеллизацию*, т. е. регулярные правки действующего законодательства. Термин «инфляция» в данном случае заимствован из физических и экономических научных дисциплин и дословно означает «разбухание», «распухание», «резкое (подчас скачкообразное) разрастание чего-либо».

Законодательная инфляция – характерная примета времени. Объективной предпосылкой этого явления выступают радикальное усложнение, перманентное развитие, нестабильность и непредсказуемость современных общественных отношений, а также появление новых и масштабные трансформации уже сложившихся объектов правовой регламентации (это прежде всего связано с продуцированием новых идей и технологий). В условиях кризиса, который переживает российская экономика и общественно-политическая жизнь, эти тенденции многократно усиливаются. Такое состояние объекта правового регулирования детерминирует, с одной стороны, рост объема законодательства (законов и подзаконных актов), а с другой стороны –

привычные законодательные механизмы не успевают за ускоряющимися изменениями социальной среды, поскольку возможности законодателя предвидеть и смоделировать «перспективную реальность» существенно ограничены. В конечном итоге *зоны неопределенности* в праве постоянно расширяются, а наши попытки справиться с ними посредством одних лишь законотворческих решений напоминают латание дыр, но не решение проблемы.

Вполне очевидно рассматривать законодательную инфляцию в качестве препятствия в праве. Прежде всего она подрывает такой важный конституционный принцип, как стабильность действующего правопорядка. Непрерывная и не всегда обоснованная активизация законотворчества приводит к усложнению всей системы правового регулирования, что негативно сказывается на восприятии смысла и содержания новых и изменившихся правовых норм их адресатами. Последним становится все труднее соотносить свое поведение с неустойчивой практикой законодателя. Даже специалистам с юридическим образованием весьма непросто отслеживать и переосмысливать постоянные изменения в нормативных актах. Как следствие, реализация субъективных прав и обязанностей граждан оказывается под угрозой, нарастает правовой нигилизм, девальвируется законодательный процесс, который в глазах окружающих принимает зачастую карикатурное выражение (вспомним приклеившееся к Государственной думе язвительное прозвище «взбесившийся принтер»).

В контексте рассматриваемой проблематики возникает закономерный вопрос: не слишком ли многого мы требуем от законодателя, не слишком ли большие надежды на него возлагаем? Требование урегулировать «всё и вся» объективно невыполнимо. Абсолютно определенное, беспробельное и непротиворечивое законодательство – недостижимый идеал, а не повестка дня. Возможности законодателя спрогнозировать долговременное развитие объекта регулирования и охватить его точной нормативной моделью отнюдь не безграничны. Давление на законодателя порождает законотворческую инфляцию, при этом *зоны неопределенности* не исчезают, но, напротив, умножаются, а на месте одного устраненного пробела немедленно возникают два новых. Попытки снизить неопределенность в праве лишь экстенсивным наращиванием и детализацией нормативных массивов успеха не приносят, поскольку законодательные новеллы не успевают за ускоряющимися трансформациями в объекте правового регулирования и не способны исчерпывающе охватить все нюансы конкретных правоотношений.

В силу своего общего характера нормы статутного права всегда рассчитаны на некий «усредненный» тип жизненной ситуации и не предназначены выражать специфику бесконечного многообразия социальных взаимодействий. Будучи искусственно сконструированной (надстроечной) системой отображения реальности, право – лишь приблизительная модель этой реальности, т. е. право лишь в самых общих чертах, но не «дословно», воспроизводит образы реальных общественных отношений. Реальная жизнь намного богаче любой нормативной системы, поэтому невозможно (более того – не нужно) пытаться исчерпывающе охватить все жизненные ситуации, требующие правового урегулирования. Уже римские юристы понимали: *non possumus omnes articuli singillatim aut legibus comprehendere* – нельзя объять законами все отдельные случаи. Пусть нормативная модель прямо закреплена в законодательстве – нельзя заранее учесть каждый нюанс, который может проявиться в процессе ее реализации на практике.

Полагаем, стратегическим направлением эволюции законодательства является активная *деформализация* и *децентрализация* правовой регламентации, сопровождаемая плюрализацией источников права и вовлечением в процесс правообразования широкого круга субъектов – судов, правоприменяющих органов, международных организаций, частных лиц, их союзов и ассоциаций. Требуется отказаться от излишней «плотности» и детализации законодательства, больше доверять правоприменителю, активнее включать в процессы правообразования массовых субъектов правового общения. Нормативный массив не должен экстенсивно, лавинообразно расширяться, его должно быть меньше. Законодатель должен сосредоточиться лишь на самых важных, крупных, публично значимых вопросах, оставляя судам и иным участникам правоотношений право самим регулировать (конкретизировать, развивать) многочисленные аспекты общественно значимых социальных взаимодействий.

Заметим, что норма права не остается *статичной*, т. е. она способна совершенствоваться без прямого вмешательства законодателя. В каждой действующей норме как типовой модели уже изначально заложен мощный потенциал для *саморазвития*. Относительно определенные элементы, используемые при формулировании некоторых норм, многократно увеличивают этот потенциал. Подобно морскому кораблю, который, будучи спущен на воду, в процессе эксплуатации обрастает многочисленными наростами из ракушек, водорослей и прилипал, каждая вновь принятая норма постепенно «обрастает» складывающимися на практике правовыми положениями, конкретизиру-

щими, модифицирующими и дополняющими ее содержание. Кроме того, в результате процессов толкования и конкретизации нередко изменяются смысл и внутреннее содержание действующей нормы, происходит ее адаптация к требованиям реальности.

Поэтому в каждой норме следует различать *текстуальную форму* (идеальная словесная оболочка нормы, закрепленная в тексте источника права) и *актуальное содержание* (реальная нормативная модель, формулируемая в результате практической интерпретации, конкретизации и применения текстуальной нормы на практике). Первая носит статичный (стабильный) характер в том смысле, что остается неизменной вплоть до изменения ее законодателем, второе – выражает мобильность правового регулирования, поскольку смысл и содержание действующей нормы может перманентно изменяться в процессе ее фактического применения. Ведь социальные взаимодействия как объект правового воздействия непрерывно развиваются.

Чем дольше временной интервал действия нормы, тем значительнее может быть расхождение между ее текстуальной формой и актуальным содержанием. В результате *многолетней адаптации* к изменяющейся правовой среде смысл и содержание норм трансформируются практикой их применения, поэтому, даже оставаясь неизменными по форме, они претерпевают существенные (подчас радикальные) изменения по своей сути. Применение нормы статутного права в конкретно-исторических условиях возможно лишь с учетом ее «обновленного» содержания, адаптированного практической юриспруденцией к развивающимся общественным отношениям. Тем самым после официальной легализации в законодательстве и введения в действие норма начинает *самостоятельное существование* в океане повседневного правоприменения. Участники правоотношений в конкретных условиях должны «раскодировать» актуальную информацию, заложенную в тот или иной фрагмент нормативного текста. Для этого применяются широко известные методы юридической интерпретации, конкретизации и правообразования, а также аналогия закона и права.

Итак, перманентное законотворчество и экстенсивное наращивание нормативных массивов статутного права, которые мы регулярно наблюдаем, не способны устранить правовую неопределенность и лишь девальвируют законодательный процесс, придавая ему поистине карикатурное измерение. Законодателя нужно разгрузить, переместив часть функций по правообразованию на уровень реализации права (правоприменения). Неизбежное присутствие в законодательстве «зон

неопределенности» актуализирует поиск и совершенствование правовых средств и технологий, которые способны сформировать критерии правомерного и добросовестного поведения в тех случаях, когда регламентация на уровне законов остается неясной, противоречивой либо вовсе отсутствует. Одним из направлений преодоления законодательной инфляции выступает, на наш взгляд, так называемый судебный активизм (судебное правотворчество).

Судебный активизм – это модернизация судами действующего статутного права (законов и подзаконных актов), обусловленная оперативным реагированием на текущие конкретно-исторические изменения объекта правового регулирования и необходимостью гибкого приспособления общих нормативных моделей к конкретным обстоятельствам.

В процессе судебной деятельности происходит как уточнение и развитие смысла и содержания правовой нормы в пределах формально неизменной текстуальной оболочки, так и дополнение законодательства совершенно *новыми положениями* (правовыми позициями, прецедентами, нормами судебного права), непосредственно регламентирующими фактическое поведение субъектов права. При этом судебный активизм имеет свои плюсы и минусы. С одной стороны, «формальное» правоприменение и буквальное толкование правовых норм стимулирует определенность и предсказуемость в праве, но оно же подчас приводит к неэффективности и вопиющей несправедливости. Задача судьи при осуществлении предоставленной ему дискреции – найти *разумный баланс* (компромисс) между стабильностью в праве и необходимостью его прогрессивного развития.

К юридическим технологиям, позволяющим судам развивать и обновлять действующее законодательство, можно отнести, в частности, следующие:

- 1) конкретизация правовых норм;
- 2) расширительное и ограничительное толкование;
- 3) восполнение пробелов путем аналогии;
- 4) судебные доктрины;
- 5) обращение к принципам права и правовым ценностям (в абсолютном выражении – к идее справедливости), т. е. к так называемому духу законов.

Во всех этих случаях речь идет об отказе от буквального толкования правовых норм в пользу *телеологического толкования*. Разумеется, суды нередко основывают свои выводы и на аргументах, лежащих за пределами правовой системы (политические цели, экономиче-

ская целесообразность, нравственная интуиция и проч.), но крайне редко в этом «признаются», пытаясь сослаться на правовые основы при формулировании своих решений.

Проиллюстрируем применение технологий судебного активизма примерами из судебной практики последних лет, связанных с разрешением налоговых споров.

Конкретизация. Речь идет о детализации *общей нормативной модели* применительно к отдельным ситуациям, которые законодатель не предвидел, либо предвидел, но целенаправленно делегировал их детализацию на уровень правоприменения. В последнем случае речь идет об использовании в процессах правообразования *относительно определенных элементов* (принципов, оценочных понятий, судебных доктрин, договорных форм, дискреционных, бланкетных и диспозитивных норм, открытых перечней, авторитетных рекомендаций, рамочных законов, квалифицированного молчания закона, расчетного и вмененного налогообложения и проч.). Использование подобного инструментария позволяет сделать право более гибким, динамичным, «подвижным» и адекватным изменяющимся реалиям повседневной жизни.

Конкретизацию как прием судебного активизма рассмотрим на следующем примере. Согласно п. 10 ст. 89 НК РФ повторная выездная налоговая проверка может проводиться налоговым органом, ранее проводившим проверку, в случае представления налогоплательщиком уточненной налоговой декларации, в которой указана сумма налога в размере, меньшем ранее заявленного; в рамках этой повторной ВНП проверяется период, за который представлена уточненная налоговая декларация. На практике стали возникать вопросы о предмете такой повторной проверки, так как налоговые органы стали необоснованно его расширять, проверяя не только те сведения, которые скорректировал налогоплательщик в уточненной декларации, но и все остальные аспекты уточненной декларации. Спорную ситуацию разрешил Президиум ВАС РФ, который в *Постановлении от 16.03.2010 № 8163/09* уточнил содержание п. 10 ст. 89 НК РФ следующим образом: «Предметом повторной выездной налоговой проверки, назначенной ввиду представления обществом после проведения налоговой проверки уточненной декларации, в которой уменьшена сумма ранее исчисленного налога на прибыль, являются только те сведения уточненной декларации, изменение которых повлекло уменьшение суммы ранее исчисленного налога. При этом в ходе проверки, проводимой на основании абзаца шестого пункта 10 статьи 89 Кодекса, не могут быть

повторно проверены данные, которые не изменялись налогоплательщиком либо не связаны с указанной корректировкой». Как видим, по мнению суда, налоговый орган может проверять только те сведения уточненной декларации (показатели конкретных строк налоговой декларации), изменение которых повлекло уменьшение суммы ранее исчисленного налога.

Иногда судебной конкретизации подвергается не отдельная норма права, но целая группа норм, регламентирующая правовой институт или процедуру. Например, в *Определении СКЭС ВС РФ от 03.02.2015 № 309-КГ14-219* конкретизирована процедура допроса в рамках налогового контроля. При этом суд сформулировал правовую позицию, развивающую налоговое законодательство в этой области: «Проведение допроса не в помещении, а на улице не свидетельствует о недопустимости этих показаний в качестве доказательств по делу».

Расширенное толкование. И арбитражные суды, и суды общей юрисдикции активно прибегают к расширенному толкованию при разрешении налоговых споров. В частности, правила «тонкой капитализации» (переквалификация процентов по заемным обязательствам в дивиденды при наличии контролируемой задолженности), следуя буквальному прочтению п. 2 ст. 269 НК РФ, распространяются только на отношения между материнской (заимодавец) и дочерней (заемщик) компаниями. Однако суды распространили действие указанной нормы на «сестринские» компании, между которыми отсутствует отношение подчиненности и подконтрольности (владение акциями или долями в уставном капитале), но которые подконтрольны единому центру – общей материнской компании (т. е. входят в международный холдинг). В настоящее время такое расширительное понимание правил «тонкой капитализации» можно считать вполне устоявшимся (см. *Постановления ФАС МО от 27.02.2012 № А40-1164/11-99-7, от 24.09.2013 № А40-88761/12-99-495; ФАС ДО от 13.02.2014 № А04-1595/2013; ФАС СЗО от 06.06.2014 № А52-4072/20125*).

Другой пример. Сначала в *Постановлении Президиума ВАС РФ от 31.01.2012 № 12207/11*, а затем – в *Определении ВС РФ от 25.09.2014 № 305-ЭС14-1234* понятие «недоимка» было расширено за счет включения в него сумм налогов, излишне возмещенных налогоплательщикам. Суть первого дела заключалась в следующем: по итогам ВМП инспекция вынесла решение, в котором налогоплательщику предлагалось уплатить НДС, который ранее был неправомерно возмещен по результатам камеральной проверки. Получение обществом незаконного возмещения данного налога, указал суд, непосредствен-

но связано с исчислением сумм налога к уплате и является следствием неправомерного применения налоговых вычетов. Таким образом, необоснованно изъятые из бюджета суммы НДС формируют задолженность налогоплательщика перед бюджетной системой, которая по своему налогово-правовому режиму может быть приравнена к недоимке. Правовые последствия такого «расширительного» толкования понятия недоимки очевидны: на суммы излишне возмещенных налогов должны начисляться пени, а взыскание осуществляется по стандартной процедуре, начинающейся с направления требования об уплате налога (гл. 10 НК РФ).

Следующий пример связан с расширительным толкованием п. 2 ст. 45 НК РФ о взыскании недоимки в системе «материнская» – «дочерняя» компания. Как следует из *Постановления АС МО от 31.10.2014 № А40-28598/2013*, по результатам ВМП налогоплательщику – ЗАО «Королевская вода» – была начислена недоимка и налоговые санкции. Последние не были уплачены ввиду того, что ЗАО фактически перевело свою финансово-хозяйственную деятельность, контрактные обязательства и часть активов на вновь созданное юридическое лицо – ООО «Королевская вода». Налоговая инспекция пыталась взыскать эти суммы с последней на основании п. 2 ст. 45 НК РФ. Действовавшая на момент судебного разбирательства редакция п. 2 ст. 45 допускала взыскание налога лишь в системе «дочерняя (зависимое) – материнская (преобладающая, участвующая) компания» при поступлении выручки за реализацию одной компании на счета другой. Суд установил, что ООО «Королевская вода» не является по отношению к ЗАО «Королевская вода» ни основным (преобладающим, участвующим), ни зависимым (дочерним) обществом (предприятием). Однако были установлены признаки взаимозависимости указанных обществ, что послужило основанием для взыскания налоговой задолженности, числящейся за одной компанией, непосредственно с другой компании. Тем самым суд распространил действие подп. 2 п. 2 ст. 45 НК РФ на взаимозависимые компании еще до вступления в силу изменений п. 2 ст. 45 НК РФ, в ред. ФЗ от 28.06.2013 № 134-ФЗ.

Нужно подчеркнуть, что приведенные выше судебные решения оказали прямое воздействие на законодательную практику. В НК РФ довольно оперативно появились соответствующие новеллы. Так, Федеральным законом от 23.07.2013 № 248-ФЗ п. 8 ст. 101 НК РФ был дополнен новым абзацем, вступившим в силу с 24 августа 2013 г.: «В случае обнаружения в ходе налоговой проверки суммы налога, излишне возмещенной на основании решения налогового органа, в ре-

шении о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения либо в решении об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения указанная сумма признается недоимкой по налогу со дня фактического получения налогоплательщиком средств (в случае возврата суммы налога) или со дня принятия решения о зачете суммы налога, заявленной к возмещению (в случае зачета суммы налога)». Аналогично и судебное решение в отношении ЗАО «Королевская вода» послужило сигналом для законодателя: Федеральным законом от 28.06.2013 № 134-ФЗ были внесены изменения в подп. 2 п. 2 ст. 45 НК РФ, согласно которым положения данного подпункта также применяются, если налоговым органом будет установлено, что перечисление выручки за реализуемые товары (работы, услуги), передача денежных средств, иного имущества производятся организациям, признанным судом *иным образом зависимыми* с налогоплательщиком, за которым числится недоимка. Как мы видим, правовые позиции, выработанные в рамках судебного активизма, служат своеобразным ориентиром и «спусковым крючком» для законодателя, задача которого – регулярное приведение текстуальной формы правовых норм в соответствие с их актуальным содержанием, а также включение в законодательство новых правоположений, доказавших свою жизнеспособность на практике и прошедших успешную апробацию в судах.

Применение аналогии. Российская правовая наука традиционно настороженно относится к возможности применения метода аналогии в отраслях публичного права, и налоговое право исключением здесь не является. При принятии НК РФ законодатель обошел молчанием возможность применения аналогии, создав «питательную почву» для дискуссий и непоследовательности в применении этого института на практике. Но, несмотря на отдельные ссылки на невозможность применения аналогии к налоговым правоотношениям, российские суды всех уровней прибегали, прибегают и, очевидно, будут прибегать к аналогии закона (права) для разрешения налоговых споров.

В качестве примера рассмотрим *Апелляционное определение Ярославского областного суда от 19.08.2014 № 33-4725/2014*. Центральный вопрос, который разрешался судом в рамках указанного дела, заключался в возможности уменьшения размера пеней, начисленных налогоплательщику. Как установил суд, налоговое законодательство не содержит положений о возможности снижения начисленных налоговым органом пеней ввиду их несоразмерности недоимки, что

свидетельствует о наличии пробела в налоговом законодательстве. Далее суд констатировал: «Пеня – средство обеспечения исполнения обязательств как гражданско-правовых, так и налоговых. Ее назначение – стимулировать своевременное исполнение обязательства, в частности уплату налога (таможенного платежа), а также побуждать к минимальной просрочке уплаты налога. Отношения по уплате пени являются сходными между собой, поэтому к отношениям по уплате пени за несвоевременное внесение налогов может применяться по аналогии закона ст. 333 ГК РФ, позволяющая снизить размер взыскиваемой неустойки (в нашем случае – пени)». Как видим, в данном случае использована не просто аналогия закона как таковая, но так называемая *межотраслевая аналогия* в отношении однородных норм различных отраслей права (гражданское право – налоговое право), что само по себе является довольно смелым решением

Справедливости ради заметим, что по рассмотренному вопросу в судебной практике встречаются и прямо противоположные решения. Так, Арбитражный суд Дальневосточного округа в *Постановлении от 25.09.2014 № Ф03-3327/2014 по делу № А73-13701/2013* пришел к другому выводу: «Из положений ст. 2, 75 НК РФ, п. 3 ст. 2 ГК РФ следует, что к налоговым правоотношениям гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством. Порядок начисления пеней за несвоевременную уплату налогов, а также за несвоевременное перечисление сумм НДС налоговым агентом регулируется нормами НК РФ (п. 1, 2, 7 ст. 75 НК РФ), в связи с чем положения ст. 333 ГК РФ применению не подлежат».

Судебные доктрины. Специфика судебных доктрин заключается в отсутствии их *формальной легализации*, так как до сих пор их появление, интерпретация и развитие происходит не в рамках действующего законодательства, но исключительно посредством судебного нормотворчества. В настоящее время суды применяют судебные доктрины «обоснованности налоговой выгоды», «деловой цели», «сделки по шагам», «реальности затрат», «приоритета экономической сущности сделки над ее формой». В последние годы активно развивается доктрина «срывания корпоративной вуали», которая позволяет устранять недобросовестное использование статуса юридического лица. Срывая «корпоративную вуаль», суд может проигнорировать правовую конструкцию юридического лица и, например, исходить из того, что права и обязанности в действительности возникли у того физического (юридического) лица, которое *фактически* руководило рассматриваемым юридическим лицом.

Наглядный пример доктрины «срывания корпоративной вуали» дает резонансное *Решение АС Москвы от 04.12.2014 № А40-138879/2014 по делу «Орифлэйм»*. В рамках этого дела суд рассмотрел вопрос: является ли российское общество *в действительности* (т. е. не по формальным юридическим признакам, но *де-факто*) самостоятельным юридическим лицом либо оно фактически выступает постоянным представительством иностранной компании. Суд решил, что налоговый орган доказал получение ООО «ОрифлэймКосметикс» (Россия) необоснованной налоговой выгоды путем увеличения расходов на суммы лицензионных платежей, поскольку российское общество фактически являлось постоянным представительством иностранной компании «ОрифлэймКосметикс С.А.» (Люксембург), в связи с чем заключение лицензионных договоров и выплата роялти является, по мнению суда, способом неуплаты на территории Российской Федерации установленных налогов, а также способом неправомерного предъявления к вычету сумм НДС.

Обращение к правовым принципам и правовым ценностям. Прежде всего речь идет о справедливости как универсальном принципе права (хотя она прямо не названа в НК РФ как нормативный принцип).

Проиллюстрируем эту технологию на примере *Постановления Президиума ВАС РФ от 18.03.2014 № 18290/13*. При выплате дивидендов иностранной компании налоговый агент (российская компания) правильно исчислил и задекларировал сумму налога на доходы иностранной компании, но перечислил ее не в полном размере. После обнаружения ошибки он (с нарушением установленного срока) доплатил недостающую сумму. В ходе КНП налоговый агент представил уточненную декларацию в связи с допущенной в первичном расчете ошибкой в указании кода страны – получателя дохода. Несмотря на предпринятые действия, он был привлечен к ответственности по ст. 123 НК РФ за несвоевременное перечисление налога. Налоговый агент ссылался на п. 4 ст. 81 НК, согласно которому к условиям освобождения от налоговой ответственности относятся: предоставление уточненной налоговой декларации до момента, когда налогоплательщик узнал об обнаружении налоговым органом факта неотражения или неполноты отражения сведений в налоговой декларации, а также ошибок, приводящих к занижению подлежащей уплате суммы налогов, либо о назначении ВМП; уплата недостающей суммы налога и пеней до указанного момента. Налоговики полагали, что в п. 4 ст. 81 речь идет о ситуации, когда в первичной декларации была занижена

сумма налога, а затем налогоплательщик скорректировал ее в уточненной декларации и доплатил недоимку. В нашем же случае сумма налога в первичной декларации занижена не была, в уточненной декларации была исправлена лишь техническая ошибка. Следовательно, по мнению налоговых органов, рассматриваемая ситуация не охватывается п. 4 ст. 81 НК РФ и не может служить основанием освобождения от ответственности. Однако суд пришел к иному выводу, решив, что буквальное толкование Закона в рассматриваемом деле нарушает принципы справедливости и равенства, поскольку налоговые агенты, допустившие искажение сведений, повлекшее неуплату налога, оказываются в более выгодном положении по сравнению с налоговыми агентами, представившими достоверную информацию об удержанных и перечисленных суммах налога, однако нарушившими срок их перечисления в бюджет. В данном случае правонарушение налицо, и налоговый агент этого не отрицает. Вместе с тем последний верно исчислил и задекларировал налог, а также – быстро погасил недоимку. То обстоятельство, что налоговый агент не искажил налоговую отчетность и до представления первичного отчета полностью уплатил налог (пусть и с небольшим пропуском установленного срока), свидетельствует о добросовестном поведении участника налоговых правоотношений, что должно влечь его освобождение от ответственности. Как видим, обратившись к принципам справедливости и равенства, суд фактически провозгласил *добросовестное поведение* нарушителя в качестве нового и самостоятельного основания освобождения от налоговой ответственности! Безусловно, это очень смелое решение.

Далее мы проследим общую тенденцию отхода судов от буквального толкования налоговых норм в сторону телеологического толкования на примере транспортного налога. Как известно, объектом налогообложения здесь признаются транспортные средства, зарегистрированные в установленном порядке (п. 1 ст. 358 НК РФ), а налогоплательщиками – лица, на которые они зарегистрированы (ст. 357 НК РФ). Толкуя буквально эти положения Закона, фискальные органы и суды традиционно исходили из того, что обязанность по уплате транспортного налога ставится в зависимость именно от регистрации транспортного средства, а не от его *фактического наличия* у налогоплательщика. Получается, что обязанность уплачивать транспортный налог признается даже в том случае, если транспортное средство *физически не существует* (например, сгорело или полностью износилось и утилизировано), но документы о снятии его с учета еще не оформлены.

Итак, именно наличие или отсутствие государственной регистрации признается судами единственным законным основанием для уплаты или неуплаты транспортного налога. В этом контексте «классическим» является *Постановление Президиума ВАС РФ от 15.12.2011 № 12223/10*, в котором разъясняется, что списание транспортного средства с баланса без снятия его с учета не освобождает налогоплательщика, на которого зарегистрировано это транспортное средство, от обязанности по исчислению и уплате транспортного налога. Пока автомобиль не снят с учета, надо платить налог. То, что он уже фактически не существует, – значения не имеет. В рамках такого формального подхода суды нижестоящих инстанций долгие годы придерживались следующей неопровержимой презумпции: факт государственной регистрации предполагает фактическое наличие транспортного средства у его владельца (см. *Постановления ФАС СЗО от 03.09.2007 № А56-50465/2006; ФАС УО от 27.10.2008 № Ф09-7763/08-СЗ, от 04.09.2008 № Ф09-6258/08-СЗ; от 18.10.2007 № Ф09-8501/07-СЗ* и др.).

Однако дальнейшая практика администрирования транспортного налога выявила существенные недостатки «формального» подхода. В частности, у налогоплательщиков появилась возможность уклоняться от уплаты налога, сознательно не регистрируя транспортное средство. Такая ситуация порождает явную несправедливость по отношению к налогоплательщикам, которые добросовестно регистрируют ТС и платят налоги в бюджет. Реакцией на такое положение послужило *Постановление Президиума ВАС РФ от 07.06.2012 № 14341/11*, суть которого в следующем. АО «Дальневосточные ресурсы» эксплуатировала спецтехнику (вездеходы, тракторы, бульдозеры, экскаваторы, автопогрузчики, тягачи, буровая установка) только в границах горного отвода, без ее государственной регистрации. Как указал суд, уклонение общества от совершения действий по государственной регистрации транспортных средств не освобождает его от уплаты транспортного налога. Как мы видим, здесь судом оценивается не факт наличия (отсутствия) транспортного средства или факт его регистрации, но действия налогоплательщика с точки зрения их добросовестности. Это решение ознаменовало собой существенный «разворот» судов в сторону *телеологического толкования* правового режима транспортного налога.

Наиболее ярко «новый» подход проявился в *Определении ВС РФ от 17.02.2015 № 306-КГ14-5609, А55-23180/2013*. Налоговики доначислили транспортный налог по уничтоженному, но не снятому с

учета самолету. Суд признал это решение неправомерным, указав следующее: «В случае, когда налоговое законодательство связывает момент возникновения обязанности по уплате налога либо прекращения такой обязанности с действиями налогоплательщика, и на последнего возлагается обязанность, в том числе по обращению в компетентные органы с заявлением о постановке или снятии с регистрационного учета объекта налогообложения, то есть регистрация носит заявительный характер, риски наступления неблагоприятных последствий несовершения таких действий лежат именно на налогоплательщике. В данном случае существовало объективное препятствие для исключения воздушного судна из реестра воздушных судов, поскольку совершение данных действий невозможно без представления акта списания гражданского воздушного судна, составляемого по результатам осмотра, дефектации, разбора и его утилизации. Между тем до момента завершения расследования уголовного дела по факту данного авиационного происшествия Отделом по расследованию особо важных дел Московского межрегионального следственного управления на транспорте Следственного комитета РФ проведение налогоплательщиком всех поименованных действий не представлялось возможным. Таким образом, налогоплательщик действовал добросовестно, он предпринял все возможные действия по снятию транспортного средства с учета, но по не зависящим от него обстоятельствам это сделать не удалось. Доначислять налог в данной ситуации несправедливо и более того, подрывает основы правопорядка – ведь добросовестные и недобросовестные лица уравнивались бы между собой с точки зрения налоговых последствий. В конце концов суд пришел к выводу: «В силу п. 3 ст. 3 НК РФ налоги и сборы должны иметь экономическое обоснование, а учитывая тот факт, что воздушное судно – самолет ТУ-154М государственный и регистрационный знаки RA-85744 серийный (заводской) номер 92A927 – полностью уничтожено 04.12.2010, что свидетельствует об отсутствии характеристик, соответствующих объекту налогообложения транспортным налогом в силу положений ст. 38 и 358 НК РФ».

В заключение сделаем вывод о необходимости более эффективного противодействия законодательной инфляции, которую нужно рассматривать в качестве безусловного препятствия в праве. Одним из направлений такого противодействия выступает судебный активизм, позволяющий творчески развивать систему правовых норм, оперативно приспособившая их к текущим изменениям повседневной жизни.

1.7. Преодоление коллизий в праве как нормативных препятствий в реализации прав и законных интересов

(А. А. Петров)

В общей теории права распространено понимание коллизий в праве как конфликта моделей поведения, закрепленных в двух (или более) нормах права.

В учебной и научной литературе содержание конфликтного отношения между объектами коллизии в праве определяются как «расхождение по содержанию норм», «несогласованность норм», «одновременное действие различных норм по одному и тому же вопросу», «различие по содержанию»¹, «антиномия норм права»², «столкновение норм права»³, «противоречие и различие норм права»⁴, «...регулирующих одно и то же общественное отношение, на одной территории, распространяющееся на одних и тех же субъектов права и применительно к конкретной жизненной ситуации»⁵.

Проще говоря, при коллизии в праве содержание предписаний или дозволений двух (или более) норм права таково, что реализация одного правила влечет невозможность реализации в той же ситуации другого в его неизменном виде.

Поэтому правоприменители в тех правовых системах, которые основаны на дедуктивном способе вынесения решений по праву (от абстрактной нормы – к индивидуализированному властному предписанию) и провозглашают идеал внутренней согласованности позитивного права, вынуждены каким-либо образом опознавать ситуации,

¹ Данные определения принадлежат, соответственно, Н. Г. Александрову, М. Д. Шаргородскому, А. В. Мицкевичу, А. Ф. Черданцеву (цит. по: Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 20).

² Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Правоведение. 1991. № 3. С. 21.

³ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2. М., 1973. С. 137.

⁴ Н. А. Власенко в этой связи пишет: «В одних случаях коллизия норм носит противоречивый характер, т. е. решения, содержащиеся в норме, взаимоисключают друг друга, являются полярными. Однако коллизия может выступать и как различие. Если в первом случае речь идет о взаимоисключении, полярности, то во втором – о несогласованности предписаний норм права. Сила столкновения между коллидирующими нормами предопределяется содержанием самих норм» (Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве... С. 21–22).

⁵ Толстик В. А. Иерархия источников российского права: монография. Н. Новгород, 2002. С. 31.

требующие интеллектуально-волевых усилий по преодолению¹ раскогласованности юридических норм (так называемые коллизионные ситуации). Столкнувшись с коллизионной ситуацией, официальное лицо может пойти тремя путями:

на основании коллизионных норм установить приоритетное юридическое правило и применить его, проигнорировав другое (другие);

своим решением «примирить» конфликтующие правила, сняв тем самым коллизионную проблему;

отказаться совершать какие-либо действия для преодоления коллизии в праве.

Рассмотрим три указанных стратегии с позиций преодоления коллизий в праве, являющихся юридическими препятствиями в реализации прав и законных интересов граждан.

Заметим, что не любая правовая коллизия ведет к возникновению нормативных юридических препятствий в реализации прав и законных интересов. Раскогласованность юридических правил рассматривается как препятствие в реализации прав и законных интересов в нескольких случаях.

Во-первых, юридическое препятствие в реализации прав и законных интересов возникает, когда для правоприменителя неочевиден выбор одного из коллидирующих юридических правил на основе действующего позитивного права, например в ситуациях противоречивости самих коллизионных норм, либо при отсутствии правил разрешения коллизий в праве. Во-вторых, препятствие обнаруживается, когда разрешение коллизии в праве на основании применения коллизионных норм приводит к реализации менее благоприятного режима удовлетворения потребностей субъектов права, например, когда более приемлемые условия реализации и защиты прав и законных интересов закрепляются в норме, нижестоящей в иерархии, либо общей, либо ранее принятой, и, по общим правилам преодоления коллизий (*lex*

¹ Следует согласиться с высказанным в специальной литературе мнением о том, что формами (видами) разрешения коллизий в праве служат субъективное, ситуационное и одномоментное преодоление и объективное, окончательное для конкретной коллизии ее устранение (см., напр.: Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 29–35; Агашев Д. В. Коллизии в праве социального обеспечения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. С. 18).

superior derogate legi inferiori; lex specialis derogate legi general; lex posterior derogat legi priori), не могут быть применены¹.

Поэтому стратегия выбора и применения одной из коллидирующих норм и, следовательно, полного игнорирования других для преодоления коллизий в праве как нормативных препятствий вряд ли будет успешна.

Напротив, стратегия «примирения» коллидирующих правовых норм, ориентирующая правоприменителя на маскировку рассогласованности правовых дозволений, обязываний и запретов, может использоваться для преодоления коллизий в праве как нормативных препятствий в праве. Ее несомненное достоинство – в направленности на поддержание важного для профессионального правосознания юристов в России и континентальной Европе мифа о разумной устроенности и непротиворечивости рукотворного (и поэтому обреченного на несовершенство) позитивного права. Эта стратегия позволяет правоприменителю подходить к коллизионной ситуации достаточно гибко, оперативно реагировать на специфику конкретного казуса, с которым он столкнулся, более взвешенно балансировать интересы сторон юридического конфликта. Но важно помнить и об основном ее пороке – субъективизме, порождающем, к примеру, невозможность для внешних наблюдателей и заинтересованных лиц более-менее достоверно предсказать, какое решение все же примет официальное лицо, столкнувшееся с коллизионной ситуацией.

В рамках данной стратегии возможны вариации.

Во-первых, умозаключение об отсутствии в конкретном случае коллизии в праве может никак не аргументироваться для внешних наблюдателей и участников спора. В тексте судебного постановления, например, читаем: «Доводы налогового органа, касающиеся наличия коллизии норм п. 10 ст. 101 Налогового кодекса РФ и п. 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и необходимости применения в данном случае положений Налогового кодекса РФ, суд апелляционной инстанции признает несостоятельными, поскольку при рассмотренных выше обстоятельствах суд не усматривает наличие коллизий норм в указанных Законах»². Почему суд колли-

¹ См. подр.: Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М., 2015. С. 89–121, 224–239.

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28 августа 2008 г. № 09АП-9987/2008-АК (Дело № А40-21110/08-33-63). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

зии не усматривает, для внешнего наблюдателя, не погруженного в нюансы данного конкретного спора, остается загадкой. Такой вариант менее предпочтителен, поскольку оставляет широкое поле для домыслов и пересудов, понижает степень правовой определенности правоприменительного акта и сразу нацеливает субъектов правовых коммуникаций на его непринятие.

Во-вторых, ненахождение коллизии может основываться на как бы совместном применении конфликтующих правил, маскирующем реальный приоритет одного из них. Американский правовед Л. Фуллер так иллюстрировал данный прием: «...некогда в каноническом праве существовали два принципа. Согласно одному любое обещание, сделанное под присягой, является обязательным. Другой же гласил: обещание ростовщiku не налагает никаких обязательств. Когда при рассмотрении конкретного дела суд сталкивался с обещанием ростовщiku под присягой, сначала лицу, давшему обещание, приказывалось исполнить последнее. Затем человек, в отношении кого обещание оказывалось выполненным, немедленно принуждался возвратить полученное прежнему владельцу»¹. По мнению Фуллера в этой ситуации суд посредством принудительной реализации контракта «драматизирует» юридическую норму об обязательности для людей обещаний под присягой, а затем «путем аннулирования собственного постановления напоминает лицу, кому было дано обещание, о том, какой ущерб причинило ему предпринятое мошенничество»².

В-третьих, правоприменитель может осуществить такое официальное толкование конфликтующих норм, которое будет «сглаживать противоречия» между ними путем взаимного приспособления текстуальных формулировок нормативных высказываний³. Видимо, генетически такой метод восходит к средневековой схоластической традиции согласования противоречивых правил путем отыскания общего принципа, в рамки которого «укладывались» бы оба таких правила⁴. Данной логикой, по всей видимости, руководствовался Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа, преодолевая юридические препятствия в реализации прав налогоплательщика, вызванные внутренней несогласованностью муниципального нормативного правового акта в

¹ Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. С. 84.

² Там же. С. 84.

³ Там же. С. 87.

⁴ Об этом феномене см., напр.: Царьков И. И. О правовых принципах в средневековой юриспруденции // Правоведение. 2003. № 2. С. 197–207.

налоговой сфере Мирнинского района Якутии, вводящего единый налог на вмененный доход для отдельных видов деятельности¹.

Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа установил, что согласно одному предписанию указанного акта деятельность по предоставлению во временное владение (в пользование) мест для стоянки автотранспортных средств в перечень видов деятельности, подпадающих под обложение единым налогом на вмененный доход для отдельных видов деятельности, не входила. Однако для данного вида деятельности в другом предписании этого же акта были установлены конкретные значения корректирующего коэффициента К2, применяемого лишь для тех видов предпринимательской деятельности, что подпадали под действие данного специального налогового режима. Обнаружив несогласованность между нормами одного и того же НПА, трибунал обратился к основным началам законодательства о налогах и сборах, в частности к установленной в п. 7 ст. 3 Налогового кодекса РФ презумпции, согласно которой все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика, и признал, что единый налог на вмененный доход распространяется и на деятельность по сдаче в аренду гаражного помещения². Тем самым препятствие в реализации прав налогоплательщика было преодолено.

В-четвертых, различные правоприменительные органы, сталкивающиеся с коллизионной ситуацией и не уполномоченные ее окончательно разрешить, могут попытаться своими согласованными действиями и скоординированным толкованием «примирить» антиномию юридических регуляторов. К примеру, в современной России законодатель, наделив органы Пенсионного фонда РФ правом обращения взыскания на имущество при отсутствии информации об имеющихся счетах плательщика пенсионных взносов, не установил соответствующий механизм реализации данного права в исполнительном производстве, породив тем самым коллизию³, являющуюся еще и препят-

¹ Положение о налогах и сборах муниципального образования «Мирнинский район» Республики Саха (Якутия) // Приложение № 1 к Решению Совета от 26.11.2008 // СПС «КонсультантПлюс: региональное законодательство».

² Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 17.10.2012 по делу № А58-634/2013 // СПС «Право.Ру».

³ Имеется в виду коллизия между п. 5 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» и ст. 20, ч. 14 ст. 19 Федерального закона от 24.07.2009 № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования».

ствием в реализации прав и законных интересов Пенсионного фонда РФ. Федеральная служба судебных приставов и Пенсионный фонд РФ придумали, как минимизировать отрицательные последствия такой несогласованности норм: между ними было заключено соглашение о взаимодействии¹, по которому «при направлении постановлений территориальных органов Пенсионного фонда РФ, вынесенных в связи с отсутствием информации о счетах плательщика страховых взносов, к постановлениям территориальных органов Пенсионного фонда РФ прилагается справка об отсутствии информации о счетах плательщика страховых взносов, составленная территориальными органами Пенсионного фонда РФ на основании полученных из регистрирующего органа выписок из Единого государственного реестра юридических лиц и Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, а также полученных сведений от банков и плательщиков страховых взносов в установленном порядке»².

Третья стратегия – уклонение от принятия решения при обнаружении антиномии норм. Здесь правоприменитель либо просто констатирует свое бессилие перед лицом юридической коллизии, а значит, и профнепригодность, либо перекладывает разрешение коллизионной ситуации на кого-либо другого.

Думается, такой подход может быть оправдан лишь в тех случаях, когда нормы позитивного права прямо обязывают официальных лиц в случае обнаружения несогласованности юридических правил не принимать решения по спору, а обращаться к иным властным субъектам, наделенным специальной компетенцией. К примеру, ч. 3 ст. 15 Кодекса административного судопроизводства РФ содержит императивную норму, обязывающую суд, когда тот придет к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом административном деле, Конституции РФ, приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный суд РФ с запросом о проверке конституционности данного закона. Во всех других случаях уклонение правоприменителя от разрешения коллизии в праве путем ее преодоления является недопустимым.

¹ Письмо Пенсионного фонда РФ от 01.02.2011 № КА-30-24/850 // СПС «Право.Ру».

² Заметим, что суды отнеслись к подобному инструменту внесения ясности в правовое регулирование довольно лояльно. См., напр.: Постановление ФАС Поволжского округа от 27.02.2013 по делу № А65-16073/2012 // СПС «КонсультантПлюс: судебная практика».

1.8. Избирательность правоприменения как юридическое препятствие в реализации прав и законных интересов граждан: распознавание и преодоление (В. Ю. Панченко, Н. В. Шапран)

Применение права есть властная организационная деятельность компетентных, то есть специально на это уполномоченных, органов и должностных лиц по рассмотрению и разрешению юридических дел путем издания индивидуальных правовых предписаний на основе и во исполнение действующего законодательства¹.

Характерные особенности применения права состоят в том, что оно является властно-императивной формой реализации права; носит процессуально-процедурный характер; включает ряд последовательных стадий; имеет под собой соответствующие юридические основания; связано с вынесением правоприменительных актов; является разовым и индивидуально-определенным действием, касающимся персонифицированных субъектов; направлено на урегулирование конкретных ситуаций; предполагает профессиональную юридическую деятельность; осуществляется компетентными, уполномоченными на то органами и должностными лицами².

Одним из юридических препятствий в надлежащей реализации прав и законных интересов является избирательное применение нормативно-регулятивных средств, иными словами – избирательность правоприменения.

Термин «избирательность» имеет значение «выборность»³. В отношении к правоприменению избирательность означает выборочное, ситуативное применение или неприменение норм, подлежащих применению в конкретном юридическом деле. Необходимо подчеркнуть, что при избирательном правоприменении нарушается один из ключевых принципов права – принцип равенства граждан перед законом и судом. Этот принцип является лакмусовой бумажкой, позволяющей выявить, был ли процесс правоприменения осуществлен в строгом соответствии с законом и устоявшейся юридической практикой по

¹ См.: Вопленко Н. Н. Реализация права: учеб. пособие. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2001. С. 21.

² См.: Там же; Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2004. С. 332.

³ Толковый словарь русского языка онлайн под редакцией Т. Ф. Ефремовой. URL: <http://www.slovoedia.com/15/200/1515043.html> (дата обращения: 09.10.2014).

подобным случаям или же имело место необоснованное, надуманное основание или вольная трактовка нормы вопреки ее смыслу в системе действующего правового регулирования, что позволило в конечном итоге принять решение, которое удовлетворило неправовые интересы субъекта или же удовлетворило законные интересы одного, оставив без удовлетворения интересы другого при идентичных обстоятельствах.

Приведем примеры, иллюстрирующие нашу формулировку.

Ситуация 1. Смоделируем ситуацию, что два «одинаковых» студента (имеется в виду одинаковые оценки, отсутствие академической задолженности, активное участие в общественной жизни вуза, научная деятельность и прочее) обращаются в деканат своего института с просьбой продлить им сессию по одинаковым причинам (например, с целью участия в конференции – для наглядности, оба студента хотят участвовать в одной и той же конференции). Причем эту просьбу одному студенту удовлетворяют, а другому отказывают. Как оценивать такую практику, которая позволяет в идентичных ситуациях принимать противоположные решения? Чем руководствовался деканат, когда принимал эти самые решения?

Ситуация 2. Парковка на газоне¹. Рядом с домом мало парковочных мест, а автолюбителей много. Выход нашли, что называется, методом исключения – стали ставить автомобили на газон. Сотрудник полиции, увидев, как один гражданин паркуется на этот самый газон, составляет в отношении него протокол об административном правонарушении. Причем его абсолютно не волнует тот факт, что рядом стоят еще несколько машин. После того как этот незадачливый водитель убирает свое транспортное средство, на его место паркуется солидный мужчина на джипе. Он выходит из автомобиля и идет в сторону своего дома мимо преспокойно стоящего сотрудника полиции, который почему-то в отношении данного водителя не захотел составлять протокол. Ситуация идентичная, но нарушитель, как оказалось, только один.

Ситуация 3. Хулиганство по КоАП и по УК РФ². Всем известный случай, когда за хулиганство в храме Христа Спасителя участницы группы Pussy Riot были приговорены по ч. 2 ст. 213 УК РФ к реальному лишению свободы. Известен также случай, когда гражданин сбросил на пол Дары волхвов в храме Христа Спасителя. Однако его

¹ Подр. см.: URL: <http://ppt.ru/news/54945> (дата обращения 02.05.2015).

² См., напр.: URL: <http://pravorub.ru/articles/39048.html> (дата обращения 02.05.2015).

привлекли к административной ответственности. Чем между собой отличаются ст. 20.1 КоАП и ст. 213 УК РФ? Только мотивом. Почему в отношении девушек этот мотив был установлен, в то время как в действиях молодого человека он не был найден.

Примеров избирательности правоприменения масса, причем на самых разных уровнях правовой жизни – от локального до федерального. Так, известны случаи вольных трактовок закона при отказе политическим партиям в регистрации, например, из-за описок, опечаток, отсутствия титульного листа¹ и т. д.

Под избирательностью правоприменения, как представляется, следует понимать негативную государственно-общественно-лично вредную переменную (встречающуюся в одних случаях и отсутствующую в других) характеристику властной организационной деятельности компетентных органов и должностных лиц по рассмотрению и разрешению индивидуальных юридических дел путем издания индивидуальных правовых предписаний, совершенную в противоречие с принципом равенства граждан перед законом и судом, как правило, в целях удовлетворения каких-либо интересов правоприменителя (личных, служебных и т. д.), расходящихся с интересами правоприменения в целом.

В ст. 2 Конституции РФ определено, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью; признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Ст. 1 Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» также закрепляет обязанность государств обеспечивать каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в Конвенции. Таким образом, на Российской Федерации лежит позитивная и негативная обязанности в обеспечении прав и свобод человека и гражданина – содействовать реализации и воздерживаться от нарушений прав и свобод человека.

Без воплощения правовых предписаний в жизнь нормы права мертвы, иначе говоря, они теряют свое социальное назначение². Социальное же назначение норм права – регулирование общественных отношений. В том случае, когда чиновники позволяют себе применять право избирательно, имеет место грубое попираание прав, свобод

¹ URL: http://www.gazeta.ru/politics/2012/10/03_a_4798569.shtml (дата обращения 02.05.2015).

² См.: Теория государства и права: курс лекций. 2-е изд. / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М.: Юристъ, 2000. С. 453 (авт. главы – Ф. А. Григорьев, А. Д. Черкасов).

и законных интересов граждан. Последние не могут реализовать свое право, поскольку существует юридическое препятствие.

Под юридическим препятствием в реализации прав, свобод и законных интересов следует понимать нормативно установленные и (или) юридико-фактические условия, осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя прав и законных интересов дополнительных, нормативно незапрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, но несоразмерных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат¹.

Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов характеризуются такими чертами, как «юридичность», т. е. существование в правовой жизни; способствование удовлетворению неохранных правом интересов; негативный характер правового воздействия, поскольку они мешают процессу удовлетворения интересов субъектов права и затрудняют достижение обеспечиваемых правом полезных целей; результат правовой деятельности; осложнение или блокирование процесса реализации прав и законных интересов; существование в виде правовых актов субъектов права; требуют усилий для преодоления или являются непреодолимыми².

Избирательность правоприменения – явление, существующее в правовой жизни, которое способствует удовлетворению неохранных правом интересов (хотя они и облакаются в правовую форму, они не перестают от этого быть неправовыми). Безусловно, избирательное правоприменение оказывает негативное влияние на всю правовую систему, поскольку с помощью этого «инструмента» добросовестные субъекты права с их законными интересами оттесняются субъектами недобросовестными, что затрудняет или делает невозможным в принципе достижение обеспечиваемых правом полезных целей.

Представляется, что избирательность правоприменения в каждом конкретном случае носит преодолимый характер, поскольку существует возможность обжаловать решение в вышестоящую инстанцию, которая может вынести справедливое решение, разобравшись в

¹ См. подр.: Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 14 и сл.

² См.: Там же.

проблеме. Однако наиболее изощренные, творческие, нестандартные схемы решения правовых проблем будут носить «околоправовой» характер, балансируя между формальным соблюдением норм и принципов права и не лежащих в правовом поле истинных интересов и намерений субъектов права. В такой ситуации даже вышестоящей инстанции зачастую трудно разгадать подобные замыслы, а посему велика вероятность, что такое формально отвечающее требованиям закона решение устоит и в этой инстанции.

Итак, избирательность правоприменения представляет собой негативное явление в правовой жизни, способствующее удовлетворению неохранных правом интересов, которое затрудняет достижение обеспечиваемых правом полезных целей, то есть является юридическим препятствием в реализации прав, свобод и законных интересов граждан.

Вернемся к примеру с девушками из группы Pussy Riot и женщиной, сбросившим на пол Дары волхвов в храме Христа Спасителя. Почему в одной ситуации фигуранты дела получили реальные сроки, а в другой имело место лишь административное правонарушение? Факт нарушения принципа равенства не вызывает сомнения. Так же, как и не вызывает сомнений негативный характер правового воздействия составление протокола об административном правонарушении лишь в отношении конкретного водителя, припарковавшегося на газон, хотя при этом остальные нарушители не получили даже устного замечания.

Более того, во втором случае в качестве последствия такой избирательности можно назвать нарушение принципа правовой определенности в целом и неотвратимости наказания в частности. Одно дело, если бы субъект четко осознавал, что, если он поставил свой автомобиль на газон, то будет привлечен к ответственности вне зависимости от того, на каком автомобиле приехал, какую должность занимает, есть у него влиятельные родственники или нет. Раз уж поставил – будь добр заплатить штраф. А если дело будет обстоять так, как было в рассмотренном нами примере, доверие к власти и к праву вообще будет подорвано.

В свете изложенного представляется, что избирательность правоприменения является юридическим препятствием в реализации прав и законных интересов граждан, поскольку соответствует признакам, указанным выше.

Особенностью рассматриваемого нами феномена служит его всеобъемлющий характер – избирательность возможна на любой ста-

дии правоприменения. В современной юридической литературе существует тенденция рассмотрения правоприменительного процесса через призму трех основных стадий: установление фактических обстоятельств дела; выбор правовой нормы и ее анализ; принятие правоприменительного решения и его документальное оформление¹.

На первой стадии правоприменитель может «упустить» какой-либо факт/совокупность фактов, что, безусловно, отразится на квалификации конкретного правоотношения. Следует согласиться с С. С. Алексеевым в том, что «надлежащее (правильное) применение юридических норм обеспечивается тогда, когда юридическое познание осуществляется в строгом соответствии с принципом объективной истины. Непосредственным выражением этого принципа <...> является обязанность правоприменительных органов <...> принять все необходимые и доступные меры для всестороннего, полного и объективного установления всех обстоятельств дела, прав и обязанностей субъектов, правового значения фактов»².

На второй стадии может иметь место выбор нормы, не подлежащей применению или же неверное толкование нормы права. В условиях избыточного правового регулирования, когда одни и те же общественные отношения могут регулироваться различными, а порой даже противоречивыми нормами права, правоприменителю необходимо отыскать единственно верную норму и правильно истолковать ее. На данном этапе возможны следующие варианты избирательности: 1) выбор той нормы, которая не подлежит применению; 2) выбор нормы, подлежащей применению, с ее неверным толкованием. В обоих вариантах решение, принимаемое по делу, не будет соответствовать критерию законности, обоснованности, а следовательно, его нельзя будет назвать правовым.

На третьей стадии – как следствие из первых двух – принятие соответствующего неправового решения. Очевидно, что в большинстве случаев избирательность правоприменения будет комплексной – на всех этапах применения права. Ведь нельзя, «не упустив» какой-либо факт из виду, «подобрать» несоответствующую норму (или истолковать соответствующую не должным образом), а впоследствии принять «правильное» решение по делу. Безусловно, возможен вариант без одного из указанных звеньев – например, когда факты сами по

¹ Вопленко Н. Н. Указ. соч. С. 31.

² Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1981. С. 321–322.

себе являются достаточно противоречивыми и не требуется каких-либо дополнительных манипуляций с ними.

Что касается видов избирательного правоприменения, то нельзя ограничиваться классификацией по основанию стадии применения права. Представляется возможной классификация по следующим основаниям: в зависимости от отрасли права (избирательное правоприменение в конституционном праве, в уголовном, в гражданском, в административном и т. д.), в зависимости от субъекта правоприменения (органы судебной и несудебной власти); в зависимости от причины (избирательность при материальной, должностной или иной заинтересованности). Данный перечень, безусловно, не является закрытым, возможна классификация и по иным основаниям. Однако основным, на наш взгляд, следует считать деление в зависимости от стадии правоприменения, поскольку в данном случае речь идет о сущности рассматриваемого явления – что, как и почему применяется избирательно.

Как известно, чтобы искоренить вредное явление, следует бороться с причинами, а не со следствиями. В 2011 г. Президентом РФ были утверждены Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан¹. В данном документе констатировано, что одним из условий, способствующим распространению правового нигилизма, является избирательность в применении норм права². Таким образом, рассматриваемая нами проблема была признана в официальном правовом акте.

Следует согласиться с мнением авторов Основ в том, что обозначенная проблема является важной и что необходим комплексный подход к ее разрешению. Однако необходимо подчеркнуть, что для решения этой проблемы одного лишь правового просвещения должностных лиц недостаточно. Представляется эффективным не столько ужесточение ответственности за взяточничество, за решение дел с помощью «телефонного права» и т. п., сколько ее неотвратимость. Чтобы чиновник не хотел действовать вне правового поля, нужно стимулировать его к принятию решений, основанных на праве. По меткому выражению М. Ю. Барщевского, необходимо «добиться то-

¹ Основы государственной политики РФ в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан. URL: <http://www.kremlin.ru/news/11139> (дата обращения 09.10.2014).

² Там же.

го, чтобы положение чиновника было в обществе почетным, чтобы людей уважали за это»¹.

Проблемой также является идентификация избирательности правоприменения. Необходимо еще раз подчеркнуть, что переменный признак-индикатор, позволяющий определить избирательность правоприменения, – принцип равенства. В том случае, где имеет место его нарушение, то есть применение разных норм права при идентичных обстоятельствах или применение по отношению к одному субъекту, при этом необоснованное неприменение к другому, следует констатировать избирательность.

Избирательность правоприменения можно обнаружить и там, где у правоприменителя наличествует какой-либо интерес в принятии или непринятии конкретного решения. Представляется, что такими интересами могут выступать материальная или служебная заинтересованность должностного лица в исходе дела (речь идет о получении взятки или продвижении по карьерной лестнице за принятие нужного решения, причем вне зависимости от субъекта, обещающего выгоду, – будь то гражданин в первом случае или начальник, так называемое «телефонное право», – во втором). Однако избирательность правоприменения возможна и в случае юридической неграмотности и (или) некомпетентности должностного лица (когда такое лицо просто не обладает достаточными знаниями относительно предмета юридического дела и поэтому *невольно* не учитывает то или иное обстоятельство на стадии их установления, не применяет ту или иную норму права из-за отсутствия опыта работы в данной категории вопросов и т. п.) – в данном случае избирательность правоприменения будет *неумышленной*, поскольку налицо отсутствие признака заинтересованности, что является исключением из общего правила. Ситуация, в которой лицо исполняет приказ, например «с особой тщательностью» провести проверку или «в максимально короткий срок» выполнить те или иные служебные действия, также характеризуется наличием интереса, только у того лица, которое отдает такой приказ или распоряжение. Причем в данной ситуации, как представляется, избирательность правоприменения будет носить опосредованный характер, поскольку подчиненный лишь исполняет приказ «организатора».

Поскольку правоприменению предшествует правотворчество, следует обеспечить максимальную его эффективность. Поэтому не-

¹ URL: <http://www.echo.msk.ru/programs/personalno/1538204-echo/> (дата обращения 02.05.2015).

обходимо также обратить внимание на несовершенство юридической техники правовых актов, которая также позволяет избирательно применять право. Чтобы искоренить или свести к минимуму количество законодательно установленных возможностей избирательного правоприменения, необходимо проводить антикоррупционную экспертизу согласно Методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (утверждена постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96) с целью недопущения нахождения коррупциогенных факторов в текстах нормативных правовых актов. Обратимся к примеру с девушками из группы Pussy Riot, где, по сути, решение было вынесено на основании одной экспертизы, в результате которой был вменен мотив «вражды». Фактически, как пишет А. А. Кондрашев, составы административного и иного мелкого хулиганства – ст. 20.1 КоАП и ст. 213 УК РФ совпадают, добавляется лишь мотив¹. Оперирование законодателя такими расплывчатыми и размытыми формулировками, как «явное неуважение», «грубое нарушение», создает нормативные условия для ситуаций, в которых правоприменитель может действовать избирательно, что и имело место в рассмотренных нами примерах.

Следует заметить, что некоторые трудности могут возникнуть при соотнесении категории свободы усмотрения правоприменительного органа (так называемая *margin of appreciation*, по терминологии Европейского суда по правам человека) и избирательности правоприменения. Представляется, что правоприменитель может принять какое-либо решение в рамках свободы, предоставленной законодателем (условно, назначить наказание за убийство в виде лишения свободы на срок от 6 до 15 лет лишения свободы по ч. 1 ст. 105 УК РФ), в то время как при избирательности правоприменения существует два варианта. Первый – уже рассмотренные ранее примеры. Второй – крайне схожий, казалось бы, со свободой усмотрения – субъект принимает решение в пределах свободы усмотрения, однако злоупотребляя ей в угоду преследования каких-либо своих интересов, о которых было сказано ранее. Например, когда существует устоявшаяся практика в сходных случаях лицам, совершившим преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 105 УК РФ, назначать наказание в виде, скажем, 8,5 лет

¹ Кондрашев А. А. Современный политический режим России: ограничения базовых гражданских прав и свобод посредством законодательных новаций и правоприменительной практики // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 2. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

лишения свободы, а судья выносит приговор с наказанием в виде 7,5 лет лишения свободы. Причем постановляет считать данное наказание условным. Формально он действует во исполнение предписаний уголовного закона, но представляется, что здесь имеет место особого рода избирательность.

Одним из факторов, позволяющих искоренить избирательность правоприменения, является принятие высшими судебными инстанциями разъяснений (речь идет о постановлениях пленума Верховного суда РФ и постановлениях пленума Высшего арбитражного суда РФ – до его упразднения) и постановлений Конституционного суда РФ о признании той или иной нормы соответствующей, не противоречащей или противоречащей Конституции РФ.

Если до принятия указанных актов суды могли позволить себе некоторые «вольности» в толковании и применении норм права, то после вступления в силу указанных правовых актов суды уже ограничены в возможности применять право избирательно.

Этому также способствуют информационные письма высших судебных инстанций, содержащие обзоры судебной практики по тому или иному вопросу. Иначе говоря, единство судебной практики является правовым средством, способствующим искоренению такого негативного явления правовой действительности, как избирательность правоприменения в судебных инстанциях.

Подводя итог вышесказанному, сформулируем выводы.

Во-первых, под избирательностью правоприменения следует понимать властную организационную деятельность компетентных органов и должностных лиц по рассмотрению и разрешению индивидуальных юридических дел путем издания индивидуальных правовых предписаний, совершенную в противоречие с принципом равенства граждан перед законом и судом, как правило, в целях удовлетворения каких-либо личных интересов правоприменителя.

Во-вторых, избирательность правоприменения представляет собой юридическое препятствие в реализации прав, свобод и законных интересов граждан, поскольку существует в правовой жизни, способствует удовлетворению неохранных правом интересов, носящее негативный характер вследствие того, что оно мешает процессу удовлетворения субъектом права законных интересов и затрудняет достижение обеспечиваемых правом полезных целей.

В-третьих, избирательность правоприменения возможна на любой стадии процесса применения права: установление фактических обстоятельств дела; выбор правовой нормы и ее анализ; при-

нятие правоприменительного решения и его документальное оформление.

В-четвертых, избирательность правоприменения можно классифицировать по различным основаниям: в зависимости от стадии применения права; в зависимости от отрасли права; в зависимости от субъекта правоприменения; в зависимости от причины. Данный перечень не является закрытым.

В-пятых, индикатором наличия избирательности правоприменения является правовой принцип равенства; если имеет место его нарушение (путем применения в идентичных ситуациях разных норм права, применения в одном случае и неприменение нормы в другом или применение нормы вопреки ее смыслу в системе действующего правового регулирования), следует констатировать избирательность правоприменения.

В-шестых, чаще всего при избирательности правоприменения у правоприменителя есть какой-либо интерес в том, чтобы избирательно применить право, например финансовый или должностной.

В-седьмых, для уменьшения количества законодательно установленных возможностей применять право избирательно следует проводить антикоррупционную экспертизу как уже существующих нормативных правовых актов, так и проектов нормативных правовых актов.

В-восьмых, избирательность правоприменения в каждом отдельно взятом случае представляется преодолимой, поскольку существует возможность обжалования решения в вышестоящую инстанцию.

1.9. Неправомерные ограничения прав человека и юридические препятствия в их реализации: распознавание и преодоление

(В. Ю. Панченко, К. С. Шушпанов)

Реализация прав человека включает в себя, помимо прочего, устранение препятствий, которые возникают в процессе их осуществления¹. В то же время в процессе реализации того или иного права гражданин неизбежно сталкивается с внешними пределами такого права, именуемыми ограничениями. Ограничения прав человека воз-

¹ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 50.

никают в связи с взаимодействием таких прав с другими правами и иными юридическими явлениями (интересы, принципы и др.), служат для цели установления баланса между указанными явлениями и понимаются, несмотря на различия в формулировках, в основном как качественное и (или) количественное исключение либо сужение объема и содержания прав человека, осуществляемое государством путем правового регулирования¹.

В случае, если речь идет о правомерных ограничениях прав человека, разграничение их с юридическими препятствиями в реализации прав и законных интересов не вызывает особых затруднений.

Юридические (правовые) препятствия в реализации прав, свобод, законных интересов – это нормативно установленные и (или) юридико-фактические условия, осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя прав и законных интересов дополнительных, нормативно незапрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, но несоизмеримых, неразумных организационных, материально-технических, временных материальных и иных затрат (для устранения таких препятствий. – *В. П., К. Ш.*)².

Как следует из приведенного определения, юридические препятствия могут существовать как в форме норм права, так и в форме юридических фактов, порождающих необходимость применения правовых средств для их устранения. Как справедливо указывает А. В. Малько, «если между целью и результатом не было бы препятствий, тогда бы отпала необходимость в средствах; средства – реакция на конкретные препятствия»³.

Общим для рассматриваемых явлений является признак наличия изъятий, сужения объема возможной правовой деятельности. Однако природа такой деятельности применительно к каждому из них может отличаться. Так, если правомерные ограничения прав человека связаны с деятельностью законодательных органов власти по установле-

¹ См., напр.: Ягофарова И. Д. Основные характеристики ограничения прав и свобод человека: теоретико-правовой аспект // Академический юрид. журн. 2002. № 4. С. 6.

² Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юрид. журнал. 2013. № 3(53). С. 10.

³ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. Sarbruken, 2011. С. 207.

нию, формализации и нормативному закреплению внешних пределов ограничиваемого права, то юридические препятствия в осуществлении права, коль скоро их существование возможно в форме юридических фактов, может быть связано с действиями любого субъекта права. Указанное позволяет выделить критерий субъекта для разграничения рассматриваемых понятий.

Говоря о субъектах, налагающих ограничения либо чинящих препятствия в реализации прав и законных интересов, можно в качестве отдельного критерия выделить внешнюю форму выражения таких ограничений и препятствий. Если ограничение прав человека, как правомерное, так и неправомерное, осуществляется государством путем правового регулирования, то внешним, материальным результатом такой деятельности государства будет являться норма права, формально закреплённая в соответствующем источнике права как базовый элемент механизма правового регулирования. В процессе правового ограничения того или иного права формулируется общая модель поведения, свобода которого сужается по сравнению с максимально допустимым объемом свободы, при котором возможно существование и эффективная реализация данного права в отрыве от иных юридических явлений. В то же время юридические препятствия в реализации прав и законных интересов возникают на иных стадиях механизма правового регулирования. Они могут возникнуть на стадии определения специальных условий действия того или иного общего правила поведения и выражаться в юридическом факте. Они также могут возникать в правоотношении на этапе индивидуализации интереса носителя права. Наконец, препятствия могут возникать на стадии реализации субъективного права и внешне выражаться в акте его реализации. Следует отметить, что если правовое ограничение прав человека, как указывалось, осуществляется всегда посредством правового регулирования, то в случае с юридическими препятствиями в реализации прав и законных интересов возможны ситуации, когда такие препятствия связаны с экономическими, политическими, социальными отношениями, не регулируемые правом, но на которые право распространяет свое влияние. Таким образом, юридические препятствия в реализации прав и законных интересов относятся к сфере правового воздействия, но не ограничиваются, как ограничения, правовым регулированием.

Также в качестве особенного при разграничении рассматриваемых явлений выступает цель деятельности и ее фактический общественно-полезный результат. Если правомерные ограничения прав че-

ловека устанавливаются для баланса различных прав и законных интересов участников правовой жизни общества и, при должном юридическом профессионализме законодателя, достигают указанной общественно полезной цели, то юридические препятствия, как правило, либо изначально преследуют неправомерные цели, либо вообще не имеют таковых (в таком случае следует говорить о юридических препятствиях – «дефектах»¹). В обоих случаях результатом наличия таких препятствий выступает осложнение процесса осуществления правовых возможностей субъекта права. Следует также добавить, что в случае с неправомерными ограничениями прав человека условие общественно-полезной цели ограничения зачастую также выполняется. Те или иные ограничения чаще всего устанавливаются для целей достижения баланса между различными интересами субъектов права (чаще общества и государства), а их несоразмерность, непропорциональность, нецелесообразность и др., влекущие за собой неправомерность ограничения, чаще всего вызваны неправильной экспликацией либо неверным формальным закреплением законодателем внешних пределов ограничиваемого права, которые могут быть вызваны различными причинами – от чрезмерной пронизанности права неправомерными нормами и категориями морали, религии и проч. до недостатка профессионализма законодателя, владения им юридической техникой и т. д. Возникновение юридических препятствий в реализации прав и законных интересов также может быть следствием того, что принято называть «благими намерениями», но такая ситуация не является обычной.

Указанный выше критерий «общественной полезности» разводит понятие юридических препятствий в реализации прав человека с их правомерными ограничениями, но этот же критерий является причиной возникновения ряда трудностей при установлении их отличий от ограничений неправомерных. Так, по мнению А. В. Малько, «не является верным разграничение ограничений и иных правовых средств (например, стимулов) на законные и незаконные, соразмерные и несоразмерные, поскольку правовые средства, не соответствующие критериям законности и соразмерности, предъявленным к ним как самой сущностью правовых границ, так и нормами Конституции РФ и международных договоров, переходят в разряд препятствий, поскольку утрачивают свой общественно-полезный потенциал»².

¹ См. Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство. 2013. № 9. С. 11.

² Там же.

Из указанного положения может следовать тождество юридических препятствий в реализации прав человека с их непропорциональными ограничениями. Похожий подход встречается и у А. А. Кондрашева, по мнению которого «ограничения могут устанавливаться в форме юридических препятствий для реализации права, когда эти препятствия устанавливаются в отношении тех или иных категорий лиц и затрагивают часть правомочий, входящих в состав соответствующего права»¹.

На наш взгляд, юридические препятствия к реализации прав человека нельзя считать ни формой их пропорционального ограничения (по причинам, указанным выше), ни тождеством ограничений непропорциональных. Рассматриваемые явления имеют различную правовую природу. Данный тезис является справедливым в том случае, если под ограничениями прав человека понимать исключительно ограничения правовые (что следует из приведенного в начале главы определения). Дело в том, что само предоставление неблагоприятных условий для реализации свободы субъекта и уменьшение объема его возможностей, т. е., ограничение прав и свобод в широком понимании, может осуществляться множеством способов: как через законодательство, так и непосредственно, путем прямого ограничения субъективного права. К примеру, право на неприкосновенность частной собственности может быть ограничено как законодательно, через налогообложение, так и непосредственно, если ограничение исходит из договора или решения правоприменительного органа. Таким образом, представляется необходимым разделение ограничений прав и свобод по способу ограничения на правовые и неправовые.

Более того, как правовые, так и неправовые ограничения прав и свобод могут по-разному относиться к закону (объективному праву). Можно привести примеры незаконных правовых ограничений. В Постановлении от 31 июля 1995 г. № 10-П Конституционным судом РФ ряд положений постановления Правительства РФ от 9 декабря 1994 г. № 1360 «Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности Российской Федерации, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа» – о выдворении за пределы Чеченской Республики лиц, представляющих угрозу общественной безопасности и личной

¹ Кондрашев А. А. Ограничения конституционных прав в Российской Федерации: теоретические подходы и политико-правовая практика // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 7. С. 44.

безопасности граждан и не проживающих на территории этой республики; о лишении аккредитации журналистов, работающих в зоне вооруженного конфликта, – признаны не соответствующими требованиям ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, согласно которым подобного рода ограничения прав и свобод человека и гражданина должны устанавливаться лишь федеральным законом, а не постановлением Правительства РФ.¹

За пределами ограничений прав человека как изначально правовых находятся законные неправовые ограничения. Так, в правовой системе Англии и Уэльса существует институт гражданского задержания. Любой гражданин, явившийся свидетелем совершения или попытки совершения преступления, вправе задержать нарушителя, тем самым произведя законное неправовое ограничение его субъективного права на свободу передвижения. Таким образом, выделение правомерных и неправомерных ограничений прав и свобод человека представляется обоснованным. При рассмотрении вопроса об ограничениях прав и свобод авторы склонны рассматривать такие ограничения в узком смысле. Как правило, разрабатывая данную тему, они имеют дело лишь с той ее частью, которая укладывается в рамки правовых ограничений прав и свобод. Неправовые же ограничения, на наш взгляд, как раз переходят в разряд юридических препятствий в реализации прав и законных интересов. Таким образом, одной из функций понятия юридических препятствий в реализации прав и законных интересов является выделение неправовых (имеется в виду не связанных с созданием норм объективного права) ограничений прав и свобод как отдельного юридического явления.

Правомерное ограничение права – это такое ограничение, которое, являясь внешним пределом по отношению к ограничиваемому праву, не выходит за рамки внутренних пределов такого ограничения по отношению к самому себе. При определении таких пределов, как, на наш взгляд, справедливо предлагает А. А. Ковалев, необходимо исходить из следующих принципов:

1) принцип соразмерности ограничений их целям. Право может быть ограничено настолько, насколько это необходимо для достижения преследуемой цели;

2) принцип пропорциональности, требующий наличия причинной связи между действиями органов власти и целями, ради которых эти действия совершаются;

¹ Подр. см.: Витрук Н. В. Указ. соч. С. 48.

3) принцип необходимости предполагает, что из всех возможных средств достижения цели ограничения следует выбирать наименьшим образом воздействующее на защищаемые законом права;

4) принцип целесообразности, запрещающий всякое ограничение права за пределами целей такого ограничения¹.

Следует полагать, что несоответствие любого рассматриваемого ограничения хотя бы одному из перечисленных принципов должно означать неправомерность такого ограничения. Таким образом, неправомерное ограничение права человека – это ограничение незаконное, не имеющее или не соразмерное общественно полезной цели ограничения, либо (и) не содержащее причинной связи между действиями властных органов, формирующими ограничение, и его целями, или (и) в котором отсутствует объективная необходимость в связи с возможностью выбора иного, менее воздействующего на защищаемое законом право юридического средства.

Согласно правовой позиции Конституционного суда РФ, выраженной в Постановлении от 6 июня 2000 г. по делу о проверке конституционности положения абзаца третьего п. 2 ст. 77 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», ограничения права собственности, имущественных прав, а также свободы договора в гражданско-правовом обороте должны отвечать требованиям справедливости и быть соразмерны конституционно значимым целям защиты соответствующих прав и законных интересов и основываться на законе².

На наш взгляд, есть все основания для расширительного толкования данной позиции и применения ее для всех ограничений прав и свобод.

Таким образом, представляется необходимым разграничение ограничений прав и свобод по наличию оснований в виде ценностей, подлежащих защите при ограничении прав и свобод, на обоснованные (целесообразные, соразмерные) и необоснованные (нецелесообразные, несоразмерные).

В практике Конституционного суда Российской Федерации распространены случаи выявления законных (с точки зрения порядка

¹ Ковалев А. А. Международная защита прав человека: учеб. пособие. М., 2013. С. 563.

² Постановление Конституционного суда РФ от 6 июня 2000 г. «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего пункта 2 статьи 77 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

принятия нормативных актов) несоразмерных ограничений¹. Заслуживают внимания интересные случаи, когда ограничение может быть, наоборот, незаконным соразмерным. Таковым, на наш взгляд, является рассмотренный ранее случай с выдворением за пределы Чеченской Республики представляющих угрозу обществу вооруженных формирований и лишения аккредитации журналистов, работающих в зоне вооруженного конфликта².

Нужно отметить, что такое разграничение фактически имеет место, хоть и не выделено в отдельную классификацию. Так, в указе о введении чрезвычайного положения, в условиях которого ст. 56 Конституции РФ предусматривает возможность ограничения прав и свобод, должны быть приведены, помимо прочего, обстоятельства, послужившие основанием для введения чрезвычайного положения, и обоснование необходимости введения чрезвычайного положения³.

Конституция РФ использует для обозначения неправомерных ограничений различные термины:

– умаление прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 21, ч. 1 ст. 55, ч. 2 ст. 55 Конституции РФ);

– отрицание прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 и 2 ст. 55 Конституции РФ);

– отмена прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 55 Конституции РФ)⁴.

Поскольку все перечисленные термины обозначают выполнение различных действий, каждое из которых соответствует признакам ограничений прав человека, на наш взгляд, целесообразно считать указанные случаи формами неправомерного ограничения прав человека. Умаление предполагает установление меры свободы меньшей, чем

¹ См., напр.: Постановление Конституционного суда РФ от 16 октября 1995 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности статьи 124 Закона РСФСР от 20 ноября 1990 г. «О государственных пенсиях в РСФСР» в связи с жалобами граждан Г. Г. Ардерихина, Н. Г. Попкова, Г. А. Бобырева, Н. В. Коцюбки. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Постановление Правительства РФ от 9 декабря 1994 г. № 1360 «Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности Российской Федерации, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Конституция РФ. Постатейный комментарий авторского коллектива под рук. Л. А. Окунькова. Изд. 2-е доп. и перераб. М., БЕК, 1996. С. 56.

⁴ Рассолова Е. Ш. Ограничения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации. Конституционно-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 13.

необходимая с точки зрения основного содержания ограничиваемого права¹. Отрицание выражается в игнорировании субъективных прав, приводящем к утрате содержания права как высшей ценности. Отмена – это официальное устранение из правовой системы того или иного права путем принятия изменений в законодательство².

Н. А. Щеголева и А. С. Борисов помимо перечисленных форм неправомерного ограничения прав человека указывают также злоупотребление правом, что, на наш взгляд не является обоснованным. Злоупотребление правом представляет собой выход за пределы осуществления субъективного права как формы его реализации. Такие пределы определяются самим носителем права по его усмотрению для достижения своего интереса и поэтому характеризуют основным образом субъективные аспекты правореализации³. Как указывает И. А. Карасева, зачастую именно злоупотребление правом является причиной мнимой конкуренции основных прав человека⁴ (т. е. речь идет об экспликации мнимых внешних пределов таких прав). Наличие мнимых пределов основного права приводит к искажениям в процессе выявления и формализации (так называемые «экспликации») истинных таких пределов, приводя к различным дефектам в правовом регулировании. Таким образом, злоупотребление правом представляет собой юридический факт, осложняющий осуществление правовой возможности носителя права и требующий от него определенных действий для устранения указанных осложнений, и удовлетворяет всем признакам юридического препятствия к реализации права или законного интереса человека. Тем не менее можно предположить ситуацию, когда злоупотребление правом имело бы место со стороны законодательного органа при осуществлении правового регулирования и повлекло за собой сужение объема и (или) содержания того или иного права человека. В данном случае рассматриваемое злоупотребление правом удовлетворяет также и основным признакам ограничений прав человека (пусть, возможно, и неправомерных, если не преследовались или не достигнуты общественно полезные цели), что приводит к выводу о том, что объемы понятий юридических препят-

¹ Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / под ред. В. А. Четвернина. М., 1997. С. 31.

² Рассолова Е. Ш. Указ. соч. С. 20.

³ Малиновский А. А. Пределы субъективного права // Журнал российского права. 2005. № 11. С. 95.

⁴ Карасева И. А. Злоупотребление правом как одна из причин мнимой конкуренции конституционных ценностей // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 7. С. 13.

ствий к осуществлению и ограничений прав человека при рассмотрении их по данному критерию в отдельности являются частично пересекающимися.

Ни умаление, ни отрицание, ни отмена права как формы неправомерного ограничения права не могут быть тождественны препятствиям в реализации такого права. Поскольку понятие неправомерного ограничения права является видовым по отношению к понятию ограничения права, любое неправомерное ограничение требует соответствия признакам ограничения вообще. И если субъектом любого правового (пусть и неправомерного) ограничения является государство, осуществляющее правовое регулирование, а субъектом, чинящим препятствия в реализации права, – любой субъект права, то надлежит сделать вывод о несоответствии объемов рассматриваемых понятий. По той же причине не считаем корректным рассмотрение препятствий как формы ограничений прав человека. Понятие, по своему объему являющееся более широким по отношению к другому понятию, не может по законам формальной логики являться по отношению к нему видовым.

В качестве иного критерия для разграничения рассматриваемых явлений можно выделить, исходя из самого термина неправомерного ограничения права, их неправомерность. В современной юридической науке понятие неправомерного (неправомерной деятельности, неправомерного поведения) принято рассматривать вместе с понятиями противоправного правонарушения. И, несмотря на существование точек зрения, обосновывающих необходимость разграничения неправомерного поведения и правонарушения¹, на наш взгляд, для целей данного исследования различия между указанными понятиями незначительны, тем более что их отождествление является в теории права общепринятым². Исходя из установленного ст. 21, 55 Конституции РФ запрета умаления, отрицания, отмены основных прав человека, являющихся формами их неправомерного ограничения, можно сделать вывод об объективной противоправности любого такого ограничения. В то же время в случае с препятствиями к реализации того или иного права нет оснований говорить о неизбежности умаления, отрицания либо отмены такого права. Зачастую препятствия представляют

¹ См., напр.: Харланова С. Ю. О разграничении неправомерного поведения и правонарушения // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. 2013. № 1 (12). С. 44–45.

² См., напр.: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. М., 2004. С. 405.

собой необходимость осуществления носителем права необоснованных, лишних, не связанных с природой самого права действий для осуществления такого права, что, тем не менее, не всегда является объективно противоправным. Разумеется, когда юридические препятствия чинятся вследствие, например, игнорирования исполнительным органом власти того или иного субъективного права, это образует его отрицание, так же прямо запрещенное Конституцией. Более того, в некоторых случаях учинение конкретных препятствий в реализации конкретных прав прямо запрещено законом. Так, ст. 380 ТК РФ прямо запрещает работодателю препятствовать работникам в осуществлении своего права на самозащиту трудовых прав¹. Указанное свидетельствует о том, что и по данному критерию разграничения объемы рассматриваемых понятий являются частично пересекающимися.

Различия между рассматриваемыми понятиями можно обнаружить и при исследовании способов защиты гражданина, пострадавшего от неправомерного ограничения своего права либо столкнувшегося с теми или иными препятствиями в его реализации. Так, если, как указывалось выше, любое ограничение права выражается в норме права, то единственным возможным способом защиты представляется использование установленного законом порядка оспаривания такой нормы. В соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека могут быть ограничены только федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны и безопасности государства. Таким образом, данная конституционная норма установила закрытый перечень ценностей, подлежащих защите путем ограничения прав и свобод человека. Несоответствие, по мнению правообладателя, того или иного ограничения его права указанным ценностям служит основанием для проверки конституционности нормы федерального закона, содержащей такое ограничение, в порядке, установленном Федеральным конституционным законом «О Конституционном суде Российской Федерации»². Так, содержащееся в ст. 124 Закона РСФСР от 20 ноября 1990 г. № 340-1 «О государственных пенсиях в РСФСР» (ныне утратил силу) ограничение права, связанное с приостановлением выплаты трудовых пенсий во время лишения пенсионера свободы

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

по приговору суда было признано Конституционным Судом РФ не соответствующим ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, так как для его введения не было оснований в виде тех ценностей, которые подлежат защите при ограничении прав и свобод человека и гражданина¹.

В случае же с юридическими препятствиями в реализации прав человека защита таких прав выражается в осуществлении определенных действий по устранению таких препятствий. Спектр способов защиты при этом значительно более широк. Гражданские права защищаются способами, предусмотренными гражданским законодательством, в числе которых самозащита права, признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления, неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону, присуждение к исполнению обязанности в натуре, возмещение убытков и др.². Устранение препятствий возможно также посредством деятельности независимых от государства институтов гражданского общества, оказывающих помощь гражданам: адвокатура, профсоюзы, СМИ и т. п.

Так, например, в соответствии со ст. 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате³ нотариат призван обеспечить защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путем совершения нотариусами предусмотренных законом нотариальных действий от имени Российской Федерации. Как справедливо указывает Т. Г. Калиниченко, защитой гражданских (как и любых других. – *В. П., К. Ш.*) прав является, помимо прочего, деятельность по устранению препятствий на пути их осуществления⁴. В рамках такой деятельности нотариусы осуществляют признание бесспорных прав и подтверждение бесспорных юридических фактов. Ряд норм ГК РФ предусматривает защиту нарушенного права путем совершения нотариусом исполнительной надписи. Так, в соответствии с п. 5 ст. 358 ГК РФ в случае невозвращения в установленный срок суммы кредита,

¹ См.: Постановление Конституционного суда РФ от 16 октября 1995 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности статьи 124 Закона РСФСР от 20 ноября 1990 г. «О государственных пенсиях в РСФСР» в связи с жалобами граждан Г. Г. Ардерихина, Н. Г. Попкова, Г. А. Бобырева, Н. В. Коцюбки.

² См. «Гражданский кодекс Российской Федерации» (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Ст. 12. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Т. Г. Калиниченко. Нотариальная защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц // Нотариус. 2008. № 1. С. 8.

обеспеченного залогом вещей в ломбарде, ломбард вправе продать это имущество в порядке, установленном законом о ломбардах. В ч. 3 ст. 12 Федерального закона «О ломбардах»¹ установлено, что обращение взыскания осуществляется на основании исполнительной надписи нотариуса. На аналогичной основе в соответствии с п. 3 ст. 630 ГК РФ осуществляется взыскание с арендатора задолженности по арендной плате по договору проката. Следует отметить, что нотариальная защита прав и законных интересов может осуществляться как посредством юридического подтверждения и закрепления гражданских прав в целях предупреждения их возможного нарушения в будущем (к примеру, нотариальное удостоверение договора об ипотеке), так и путем защиты уже нарушенного права (при выдаче исполнительной надписи, при предъявлении чека к платежу и удостоверении неоплаты чеков)².

Еще один пример деятельности институтов гражданского общества по устранению препятствий в реализации прав и законных интересов граждан – деятельность профессиональных союзов. Участие их в устранении юридических препятствий в реализации прав и законных интересов обусловлено правом профсоюзов на представительство и защиту социально-трудовых прав и интересов работников, предусмотренным ст. 11 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»³. Так, например, на интернет-сайте независимого профсоюза «Профсвобода» имеется информация о деятельности указанного профсоюза по представлению интересов работников. В рамках такой деятельности профсоюз обратился в защиту прав С. С. Пигарева в Сургутский районный суд с заявлением об установлении факта, имеющего юридическое значение, а именно факта принадлежности ему трудовой книжки. Указанный факт был установлен, в результате чего было устранено юридическое препятствие при оформлении документов С. С. Пигарева для получения трудовой пенсии⁴.

¹ Федеральный закон от 19.07.2007 № 196-ФЗ «О ломбардах». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Т. Г. Калиниченко. Указ. соч. С. 10.

³ Федеральный закон от 12.01.1996 № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Суд, установив несколько юридических фактов, устранил препятствия к пенсии // Независимый профсоюз «Профсвобода». URL: http://profsvoboda.do.am/news/sud_ustanoviv_neskolko_juridicheskikh_faktov_ustranil_prepjatstvija_k_pensii/2013-09-07-124

Деятельность судов напрямую связана с устранением юридических препятствий в реализации прав и законных интересов. Суды общей юрисдикции регулярно рассматривают дела по исковым заявлениям об устранении препятствий в пользовании имуществом, квартирой, земельным участком, в общении с ребенком и т. д. Приказное производство, при котором судьей единолично выносится решение об истребовании имущества от должника на основании заявления о взыскании денежных сумм, а также особое производство, как уже рассматривалось выше, также могут являться формами устранения судом юридических препятствий в реализации прав и законных интересов.

Говоря о защите нарушенного права при его незаконном ограничении либо при наличии препятствий в его реализации, стоит упомянуть и о возможных способах предотвращения таковых. Ограничение прав человека – это сложная юридическая деятельность по экспликации внешних границ ограничиваемого права и их закреплению в источниках права. Для того чтобы такая деятельность имела наибольший эффект, достигала своих общественно полезных целей, необходима прежде всего тщательная теоретическая разработка вопроса о пределах прав человека и ограничениях как их разновидности. Нужно стремиться к повышению эффективности и качества правового регулирования, профессионализма законодателя путем работы над общественным правосознанием и правовой культурой, а также над качеством высшего юридического образования. Аналогичные меры способны значительно улучшить ситуацию и с юридическими препятствиями в реализации прав человека. Дополнительными мерами, ориентированными только на сокращение юридических препятствий, а также на упрощение порядка их устранения, могут являться тщательно продуманное дополнительное финансирование развития и деятельности уполномоченных государственных и муниципальных органов, основной задачей которых является защита правопорядка – суда, прокуратуры, государственных инспекций и проч., а также государственная поддержка деятельности специализированных институтов гражданского общества.

Резюмируя сказанное, отметим, что понятия препятствий в реализации прав человека и их ограничений, в том числе неправомерных, следует рассматривать в отдельности. Основными критериями для разграничения указанных явлений служат субъект, налагающий ограничение или чинящий препятствие, внешняя форма выражения такого ограничения или препятствия, общественно полезная цель и результат препятствия или ограничения, а также противоправность. Кроме того,

по отношению как к препятствиям, так и к ограничениям, можно выделить «собственные» способы защиты неправомерно ограниченного права либо такого права, реализация которого связана с преодолением тех или иных препятствий, а также собственные меры по предотвращению возникновения данных нежелательных правовых явлений.

Сравнивая указанные явления по большинству из упомянутых критериев в отдельности, возможно соответствие рассматриваемого явления всем признакам как ограничения, так и юридического препятствия в реализации права, что говорит о том, что в рамках многих отдельных признаков объемы рассматриваемых понятий являются частично пересекающимися. В связи с этим любую конкретную правовую ситуацию при исследовании того или иного явления на предмет отнесения его либо к ограничениям прав, либо к юридическим препятствиям в их реализации необходимо оценить с точки зрения всех перечисленных выше критериев для точного выявления его правовой природы. Правильная квалификация при этом крайне важна для юридической практики, поскольку служит отправной точкой при выборе способа (способов) защиты нарушенного права или свободы человека.

1.10. Предостережение как правовое средство преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

(И. Ю. Макаруч, В. Ю. Панченко)

Правовым средствам принадлежит особая роль в преодолении юридических препятствий в реализации прав и законных интересов. При надлежащем ходе правореализационного процесса имеет место беспрепятственная реализация прав и законных интересов. В случае возникновения каких-либо затруднений возникает необходимость преодоления¹ соответствующих препятствий. Преодоление юридических препятствий невозможно без эффективного использования адекватных правовых средств. Юридические препятствия предстают на пути достижения юридически значимых результатов. Если между целью и результатом не было бы препятствий, тогда отпала бы необходимость в средствах, именно последние – реакция на конкретные препятствия. В правовых средствах потенциально заложены такие

¹ Преодолеть – означает пересилить, справиться с чем-нибудь. См.: Толковый словарь русского языка / под ред. С. И. Ожегова, Н. Ю. Шведовой. М., 1996. С. 573.

способности, которые позволяют им справляться с различного рода препятствиями, обеспечивать разрешение необходимых задач. Одной из функций правовых средств является их возможность делать существующие общественные отношения цивилизованными, предлагая вместо незаконных и стихийных правовые механизмы решения возникающих проблем, правовые способы устранения конфликтов, правовую энергию в преодолении препятствий, стоящих на пути удовлетворения интересов субъектов права¹.

Правовые средства представляют собой институциональные явления правовой действительности, воплощающие регулятивную силу права, его энергию, которым принадлежит роль ее активных центров²; правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей³. Правовые средства создают общие, гарантированные государством и обществом возможности для усиления позитивных регулятивных факторов и одновременно для устранения препятствий (негативных факторов), стоящих на пути упорядочения социальных связей⁴.

Одним из правовых средств, обладающих мощным потенциалом в преодолении юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, выступает предостережение о недопустимости нарушения закона (далее – предостережение). В Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202–1 «О прокуратуре Российской Федерации» (далее – Закон о прокуратуре) предостережение о недопустимости нарушения закона введено в 1999 году⁵ как мера прокурорского реагирования наряду с представлением, протестом и другими мерами. Положения о предостережении прокурора предметно конкретизированы Федеральным законом от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ

¹ Подробнее о значении правовых средств в преодолении юридических препятствий см.: Шундигов К. В. Цели и средства в праве (общетеоретический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 58, 65–66, 99–100.

² Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификации // Советское государство и право. 1987. № 6. С. 15.

³ Малько А. В. Новые явления в политико-правовой жизни России: вопросы теории и практики. Тольятти, 1999. С. 65.

⁴ Шундигов К. В. Цели и средства в праве (общетеоретический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 58.

⁵ Федеральный закон от 10.02.1999 № 31-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» (здесь и далее нормативные правовые акты, материалы судебной практики приводятся по СПС «КонсультантПлюс»).

«О противодействии экстремистской деятельности» (далее – Закон о противодействии экстремистской деятельности). В Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135–ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) предостережение было введено в 2011 году¹ в рамках так называемого третьего антимонопольного пакета как мера незамедлительного реагирования антимонопольного органа на действия и заявления хозяйствующих субъектов, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства². В Федеральный закон от 3 апреля 1995 г. № 40–ФЗ «О Федеральной службе безопасности» (далее – Закон о ФСБ) предостережение о недопустимости действий, создающих условия для совершения преступлений, введено в 2010 г.³.

Предостережение как правовое средство представляет собой правовой акт – документ, в свойствах которого специфически конкретизируются общие признаки правового акта⁴ и добавляются особые черты, позволяющие рассматривать его в качестве самостоятельного, во многом оригинального правового средства⁵. Рассмотрим подробно существенные и отличительные признаки предостережения как правового средства, одновременно раскрывая его потенциал в преодолении юридических препятствий.

Во-первых, предостережение – акт реагирования органов публичной власти, осуществляющих правообеспечительные функции, прежде всего контрольно-надзорные, направляемый при наличии специальных юридико-фактических оснований. Если беспрепятствен-

¹ Федеральный закон от 06.12.2011 № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² См. подр.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / отв. ред. И. Ю. Артемьев. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ Речь идет о преступлениях, дознание и предварительное следствие по которым отнесено законодательством Российской Федерации к ведению органов федеральной службы безопасности. См. Федеральный закон от 27.07.2010 № 238-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О федеральной службе безопасности» и в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

⁴ См.: Исаков Н. В., Малько А. В., Шопина О. В. Правовые акты: общетеоретический аспект исследования // Правоведение. 2002. № 3 (242). С. 16–28.

⁵ Тот факт, что предостережение объявляется индивидуально на основании правовых норм при наличии фактических и юридических оснований особыми компетентными субъектами и оформляется в установленном порядке, сближает его с актом применения права, но вместе с тем есть и отличие – отсутствие властного содержания (обязательных для исполнения предписаний, императивных требований), о котором речь пойдет ниже.

ная форма реализации права не удастся, то на помощь неудовлетворенному интересу приходит соответствующая правоприменительная деятельность¹. Правоприменительная деятельность своими правовыми средствами вклинивается в механизм реализации права и призвана при необходимости устранять препятствия в использовании субъективных прав, обеспечить использование и соблюдение юридических обязанностей². Ведущей целью правоприменения является обеспечение нормального беспрепятственного действия юридических норм, создание возможностей для беспрепятственной реализации права третьими лицами³.

Соответствующая реакция является следствием обнаружения обстоятельств негативного порядка, которые выражаются в реальной опасности нарушения прав и законных интересов.

В практике прокурорского надзора предостережение может применяться только при осуществлении надзора за исполнением законов и законностью правовых актов⁴. В соответствии со ст. 25.1 Закона о прокуратуре прокурор может объявить предостережение только при наличии сведений о готовящихся противоправных деяниях, а также при наличии сведений о готовящихся противоправных деяниях, содержащих признаки экстремистской деятельности. Несколько шире сформулированы основания объявления предостережения в ст. 6 Закона о противодействии экстремистской деятельности: здесь необходимы достаточные и предварительно подтвержденные сведения о готовящихся противоправных действиях, содержащих признаки экстремистской деятельности, и должны отсутствовать основания для привлечения к уголовной ответственности⁵. По антимонопольному зако-

¹ Малько А. В. Механизм правового регулирования: лекция // Правоведение. 1996. № 3 (214). С. 54–62.

² Сапун В. А. Теория правовых средств и механизм реализации права: дис. ... докт. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 188.

³ Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов (вопросы теории). Казань, 1975. С. 95.

⁴ Указания Генпрокуратуры РФ от 06.07.1999 № 39/7 «О применении предостережения о недопустимости нарушения закона».

⁵ Ведомственным актом Генеральной прокуратуры РФ предусмотрено универсальное требование, в соответствии с которым предостережение, исходящее от прокуратуры, может иметь место только при наличии достоверных сведений о готовящихся противоправных деяниях, могущих привести к совершению правонарушения и причинению вреда государственным или общественным интересам либо охраняемым законом правам и свободам граждан, не влекущих уголовную ответственность. Из этого следует, что в отношении предостережения, направляемого в связи с наличием сведений о готовящихся противоправных деяниях, содержащих признаки экстремистской

нодательству (ст. 25.7 Закона о защите конкуренции) основанием для направления предостережения является публичное заявление должностного лица хозяйствующего субъекта о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению антимонопольного законодательства и при этом отсутствуют основания для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Основанием для объявления предостережения органами Федеральной службы безопасности являются достаточные и в обязательном порядке предварительно подтвержденные сведения о конкретных действиях, создающих условия для совершения преступлений¹. Отсюда общим юридико-фактическим основанием для направления предостережения выступают: а) наличие нормы права, предусматривающей возможность объявления предостережения; б) наличие достоверных сведений о возможности совершения конкретным лицом конкретного противоправного деяния; в) отсутствие оснований для привлечения этого лица к юридической ответственности.

Во-вторых, предостережение – это правовое средство особой целевой направленности, оно имеет превентивный (предупредительный, профилактический) характер и охранительное назначение (функция потенциальной охраны до нарушения права). Целью предостережения является предупреждение правонарушений (ст. 25.1 Закона о проку-

деятельности, имеет место дублирующееся регулирование в Законе о прокуратуре и Законе о противодействии экстремистской деятельности. При формальном подходе (в соответствии с наименованием статей) рассматриваемое предостережение должно именоваться по-разному: предостережение о недопустимости нарушения закона (согласно Закону о прокуратуре) и предостережение о недопустимости осуществления экстремистской деятельности (согласно Закону о противодействии экстремистской деятельности). Думается, здесь требуется унификация соответствующих законодательных формулировок, так как на практике и в соответствии с Указаниями Генпрокуратуры РФ любое предостережение, исходящее от прокурора, именуется «предостережение о недопустимости нарушения закона» (см.: Указание Генпрокуратуры РФ от 06.07.1999 № 39/7 «О применении предостережения о недопустимости нарушения закона»).

¹ Проявляющих вовне (словесно, письменно или иным образом) намерения совершить определенное преступление при отсутствии признаков приготовления к преступлению или покушения на преступление; образующих приготовления к преступлениям небольшой и средней тяжести либо непосредственно направленных на совершение таких преступлений при отсутствии признаков покушения (см.: Приказ ФСБ РФ от 02.11.2010 № 544 «Об объявлении органами Федеральной службы безопасности официального предостережения о недопустимости действий, создающих условия для совершения преступлений, дознание и предварительное следствие по которым отнесено законодательством Российской Федерации к ведению органов Федеральной службы безопасности»).

ратуре, ст. 25.7 Закона о защите конкуренции, ст. 13.1 Закона о ФСБ¹) путем официального указания на необходимость изменения модели своей юридически значимой деятельности².

Предостережения, как и другие правовые средства охранительного порядка, «проводят в жизнь охранительную функцию права и вступают в действие в механизме реализации права в случаях, когда регулятивные правовые средства не обеспечивают надлежащую реализацию права и необходимо подключить к этому процессу правовые меры государственно-принудительного воздействия. На начальных стадиях правового регулирования они выполняют функции потенциальной охраны общественных отношений до нарушения права, способствуют нормальному процессу действия права на стадии правоотношений и их дальнейшей динамики»³. Так, превентивно-охранительный потенциал предостережения демонстрирует одно из судебных дел о защите чести, достоинства и деловой репутации: в соответствии с Уставом ООО «ХелиКо» предметом его деятельности, в частности, являлась деятельность по наземному обслуживанию воздушных судов, предоставление услуг по ремонту, техническому обслуживанию и переделке летательных аппаратов и их компонентов. В предостережении Уральской транспортной прокуратуры от 25.06.2011 о недопустимости нарушений закона на сайте ООО «ХелиКо» в сети Интернет была размещена информация о том, что указанное юридическое лицо является официальным дилером РНС, имеет технический центр по обслуживанию вертолетов Robinson и авиационную базу, на которой проводится обучение по трем программам подготовки пилотов R-44. Поскольку ООО «ХелиКо» не прошло про-

¹ Несмотря на то что ст. 6 Закона о противодействии экстремистской деятельности не содержит прямого указания на цель предостережения, но из системного толкования его норм можно установить, что цель предостережения в законодательстве о противодействии экстремистской деятельности – предупредить соответствующих субъектов права о недопустимости осуществления экстремистской деятельности (экстремизма).

² Отрадно заметить, что данный признак, сформулированный авторами в 2013 г. (см.: Панченко В. Ю., Макаруч И. Ю. Предостережение как правовое средство // Законность. 2013. № 6. С. 13–18), в неизменной формулировке воспринят судебной практикой. См. напр.: Определение Верховного суда РФ от 18.06.2014 № 82-КГПР14–2: «Предостережение – это правовое средство особой целевой направленности, оно имеет превентивный (предупредительный, профилактический) характер. Цель предостережения – предупреждение правонарушений путем официального указания на необходимость изменения модели своей юридически значимой деятельности».

³ Сапун В. А. Теория правовых средств и механизм реализации права: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 86.

цедуру обязательной сертификации, размещенная на сайте информация может ввести в заблуждение потребителей, воспрепятствовать возможности правильного выбора поставщика услуг в данной сфере. В связи с этим директору ООО «ХелиКо» вынесено предостережение о недопустимости нарушений воздушного законодательства и законодательства о защите прав потребителей»¹.

В качестве примера предупредительной функции рассматриваемого правового средства приведем случай из практики предоставления населению коммунальных услуг. В адрес заместителя генерального директора ОАО «Газпроммежрегионгаз Тверь» прокуратурой Московского района г. Твери было направлено предостережение о недопустимости нарушения закона, выразившегося в частичном ограничении подачи природного газа ОАО «Тверские коммунальные системы» в связи с наличием задолженности. Из текста предостережения следовало, что основанием для вынесения предостережения в адрес заместителя генерального директора ОАО «Газпроммежрегионгаз Тверь» явилось уведомление о введении частичного ограничения подачи природного газа, направленное на имя генерального директора ОАО «Тверские коммунальные системы», что установлено в ходе проведенной проверки прокуратурой Московского района. При этом, как указано в предостережении, при введении ограничения на поставку газа на 100 % будут нарушены права граждан, получающих коммунальные услуги в виде горячего водоснабжения и отопления»².

Предостережение также может предупреждать появление препятствий. Так, между ОАО «Оренбургэнергосбыт» (энергоснабжающая организация) и ООО «Алексеевское» Ташлинского района (абонент) был заключен договор об энергоснабжении с гарантирующим поставщиком. По условиям договора энергоснабжающая организация принимала обязательство подавать абоненту электрическую энергию в согласованных объемах в точках поставки, а абонент – принимать электрическую энергию и оплачивать в сроки и на условиях, предусмотренных договором. Также согласно договору абонент при наличии других потребителей энергоснабжающей организации, запитанных от сетей абонента, был не вправе вводить ограничения (отключения) электроэнергии указанным потребителям без согласования с энергоснабжающей организацией. Одним из энергопотребляющих объектов в ООО «Алексеевское» являлась автозаправочная станция от

¹ Определение ВАС РФ от 04.05.2012 № ВАС-5015/12 по делу № А60-19794/2011.

² Апелляционное определение Тверского областного суда от 10.05.2012 по делу № 33-1442.

ТП (трансформаторная подстанция), к которой подсоединена воздушная линия (ВЛ) – 0,4 кВ. Письмом от 29.03.2012 ООО «Алексеевское» обратилось в энергоснабжающую организацию с просьбой переподключить объекты энергоснабжения на другую ТП, в чем ему было отказано со ссылкой на неудовлетворительное состояние ВЛ – 0,4 кВ. На сообщение в энергоснабжающую организацию, главе Ташлинского района, прокурору Ташлинского района о намерении самостоятельного отключения ТП-207 было получено предостережение прокуратуры от 23.05.2012, в котором сообщалось об отсутствии прав у ООО «Алексеевское» препятствовать передаче электроэнергии другим потребителям и наличия законодательного ограничения права распоряжаться принадлежащим ООО «Алексеевское» имуществом – ТП-207¹.

В-третьих, предостережение имеет конкретно-информирующий и проспективный характер: 1) проспективный характер предостережения предполагает, что деяние, от которого предлагается воздержаться, еще не совершено; 2) информирующий характер проявляется в том, что предостережение содержит юридически значимую информацию: а) о фактических обстоятельствах, дающих основания предполагать возможность совершения деяния; б) наличии такой информации у компетентного органа (установленной и документированной); в) о юридической оценке деяния со стороны последнего как противоправного (при этом указание в предостережении на возможность привлечения к административной или уголовной ответственности не может признаваться нарушением прав адресата, так как при рассмотрении в судебном порядке дела об административном правонарушении, либо уголовного дела, в случае его возбуждения, компетентный орган должен доказать факт нарушения закона органом или должностным лицом, привлекаемым к ответственности²); 3) конкретный характер юридической информации, содержащейся в предостережении, выражается в том, что предостережение направляется персонально определенному субъекту права в связи с индивидуальной правовой ситуацией, указанием на недопустимость совершения конкретного деяния (конкретным способом, при конкретных обстоятельствах и т. д.)³.

¹ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.08.2013 № 18АП-6279/2013 по делу № А47-14272/2012.

² Определение Ростовского областного суда от 20.02.2012 по делу № 33-2379.

³ Этим предостережение отличается от иных средств правового информирования субъектов права со стороны контрольно-надзорных органов (обзоры практики, письма о результатах проверок и т. п.).

В-четвертых, порядок объявления (направления) предостережения имеет определенную законодательством официальную процессуальную форму, порядок объявления (направления) и ознакомления адресата. При этом у последнего возникает юридическая обязанность принять его к сведению.

В-пятых, предостережение – это правовой акт, который не имеет властного, юридически обязывающего содержания. На практике вопрос о характере содержания предостережений (например, относительно обязательности исполнения предостережений прокурора) решается неоднозначно. Судами высказывается позиция, согласно которой «решения, принимаемые прокурором при осуществлении надзора в соответствии с федеральным законом, являются обязательными для рассмотрения лицами, которым они адресованы, их исполнение не может быть поставлено в зависимость от усмотрения данных лиц. Иное означало бы отрицание смысла и юридической силы решения государственного органа Российской Федерации»¹, «предостережение прокурора о недопустимости нарушения закона относится к решениям должностного лица, которое содержит властное волеизъявление, порождающее правовые последствия»². Согласно другой позиции судебных органов «предостережение прокурора является актом прокурорского реагирования, который не влечет для лица, в отношении которого оно вынесено, правовых последствий, а имеет характер предложений о недопустимости нарушения закона»³.

Такая неопределенность вызвана тем, что законодатель при характеристике прокурорского предостережения употребил термин «требование» и включил в закон положения о возможности привлечения к ответственности за неисполнение содержания предостережения⁴.

¹ Обзор практики рассмотрения судьями Пермского края дел об административных правонарушениях за второй квартал и второе полугодие 2010 г. (утверждены президиумом Пермского краевого суда 04.03.2011).

² Апелляционное определение Ярославского областного суда от 13.08.2012 по делу № 33-4257/2012.

³ Определение Московского городского суда от 22.12.2011 по делу № 33-42919; Информационный бюллетень кассационной и надзорной практики по гражданским делам Архангельского областного суда за второй квартал 2008 г.

⁴ Так, ст. 25.1 Закона о прокуратуре предусмотрено, что в случае неисполнения требований, изложенных в предостережении, должностное лицо, которому оно было объявлено, может быть привлечено к ответственности в установленном законом порядке, аналогичная норма есть и в Законе о противодействии экстремистской деятельности. В то же время Закон о защите конкуренции и Закон о ФСБ не указывают на ответственность за неисполнение предостережений.

Но содержит ли предостережение требование, т. е. обязательное для исполнения предписание, либо предостережение есть официальное предупреждение (указание) о недопустимости совершения противоправного деяния? На наш взгляд, желание видеть в предостережении требование, властное веление – одно из проявлений тенденции универсализации, абсолютизации правового принуждения как метода обеспечения права, гипертрофированности роли принудительности в праве, в правоохранительной деятельности как законодателем, так и отдельными правоприменителями. В предостережении как средстве реагирования уполномоченных контрольно-надзорных органов проявляется и другое начало в праве, в обеспечении права – юридическое содействие правовой активности. Как пишет А. В. Малько, «всякое социальное управление с точки зрения информации есть двойственное воздействие: 1) в виде *со-действия* удовлетворению социально ценных интересов <...>; 2) в виде *противо-действия* удовлетворению интересов антиобщественных»¹. В предостережении как правовом средстве проявляются эти оба начала – если аспект правового противодействия выражается в превентивной направленности указаний, содержащихся в нем (и он является ведущим, поскольку цель и смысл предостережения – правовое сдерживание неправомерного поведения), то аспект юридического содействия в его конкретно-информирующей функции – сам способ такого сдерживания информационный, невластный. В этом аспекте предостережение можно рассматривать в качестве средства юридического содействия деятельности субъекта права, которому оно адресовано. Оно призвано изменить или подкорректировать готовность лица действовать в правовой сфере путем «негативного информирования» через указание на воздержание от совершения деяния².

Специфика правовой природы предостережения состоит в ее двойственном характере – с одной стороны предостережение объявляется публично-властными правоохранительными и контрольно-надзорными органами в официальной форме и процессуальном порядке, а с другой содержит юридическую и фактическую информацию предупредительного плана о недопустимости совершения противоправного деяния.

¹ Малько А. В. Стимулы и ограничения и праве. М., 2004. С. 37.

² О средствах юридического характера, формирующих готовность к деятельности в правовой сфере см.: Панченко В. Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории). Красноярск, 2011. С. 131–132; Сапун В. А. Социалистическое правосознание и реализация советского права. Владивосток, 1984. С. 39.

Признание же за предостережением характера требования, предписания, властного веления ведет к тому, что оно утратит свое собственное назначение (конкретно-информирующую функцию) и качество самостоятельного правового средства (предостережение будет идентичным таким средствам реагирования, как представление или предписание, обязательный характер которых сомнений не вызывает¹).

Тем не менее при судебном обжаловании вынесенных предостережений адресаты пытаются доказать, что предостережения препятствуют их предпринимательской деятельности, затрагивают права и законные интересы, являются вмешательством в оперативно-хозяйственную деятельность², но следует отметить, что случаи признания незаконными предостережений по названным причинам крайне редки³, так как, по мнению как прокурорских работников, участвующих в соответствующих судебных заседаниях, так и судей, предостережение, являясь актом прокурорского надзора, не относится к ненормативным правовым актам, поскольку носит информативный, предупредительный характер, не возлагает на лицо, которому оно объявлено, каких-либо обязанностей. Следовательно, предостережение не может нарушать прав и законных интересов заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, создавать какие-либо препятствия для осуществления юридическим лицом такой деятельности; предостережение направлено на предупреждение возможного совершения правонарушения, не влечет юридически значимых последствий⁴.

¹ См. подр.: Панченко В. Ю., Макаруч И. Ю. Представление как правовое средство // Законодательство и экономика. 2014. № 6. С. 36–47; Они же. Предписание как правовое средство // Евразийский юридический журнал, 2015. № 6. С. 133–142.

² См., напр.: Постановление ФАС Уральского округа от 18.06.2014 № Ф09-3594/14 по делу № А71-11555/2013; Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 18.05.2009 № 05АП-985/2009 по делу № А51-163/2007-28-90; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.03.2013 по делу № А06-7176/2012; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.03.2014 № 17АП-2046/2014-АК по делу № А71-11555/2013; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 22.11.2005 № Ф03-А51/05-1/3503; Определение Оренбургского областного суда от 03.07.2014 по делу № 33-4182/2014; Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 21.02.2013 по делу № 33-1076/2013; Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 09.06.2014 № 33-5331/2014, А-65; Апелляционное определение Вологодского областного суда от 21.05.2014 по делу № 33-2488/2014; Апелляционное определение Вологодского областного суда от 06.09.2013 по делу № 33-3623/2013.

³ См., напр.: Кассационное определение суда ЕАО от 14.01.2009 № 33-18/2009.

⁴ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 29.06.2005 № Ф04-4049/2005(12485-А03-26), Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от

Предостережение имеет на сегодняшний момент не непосредственные правовые последствия (кроме обязанности рассмотреть и принять к сведению), а опосредованные, возможные в будущем (так, в случае совершения деяния, на которое указано в предостережении как на недопустимое, решение вопроса о его субъективной стороне, виновности лица не должно вызывать затруднений при установлении). Однако представляется необходимым решить на законодательном уровне вопрос об усилении ответственности за совершение правонарушения, от которого предостерегал компетентный орган в виде, например, дополнения перечней отягчающих ответственность обстоятельств в УК РФ, КоАП РФ, НК РФ и другие законы, так как неисполнение предостережения адресатом свидетельствует о его противоправной ориентации, низком правокультурном уровне и, разумеется, правовом нигилизме, что в конечном итоге, как правило, приводит к правонарушению, о чем свидетельствуют материалы судебной практики¹.

18.10.2004 № Ф04-7399/2004(5502-А27-26), Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.07.2005 № Ф03-А73/05-2/2016; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 28.12.2004 № Ф03-А51/04-1/3781. Апелляционное определение Владимирского областного суда от 07.07.2015 по делу № 33-2456/2015; Апелляционное определение Иркутского областного суда от 05.02.2015 по делу № 33-740/2015; Апелляционное определение Пермского краевого суда от 20.05.2013 по делу № 33-4488; Апелляционное определение Вологодского областного суда от 24.10.2012 № 33-4362/2012.

¹ Н. обратилась в суд с иском к И., указав, что ответчик с мая 2011 г. является нанимателем двухкомнатной квартиры. Истица вселена в указанную квартиру вместе с ответчиком в соответствии с договором социального найма в качестве члена семьи нанимателя и имеет равные с ним права и обязанности. С мая 2011 г. до января 2012 г. в спорной квартире истицей совместно с ответчиком осуществлялся ремонт, закупалась мебель и бытовая техника, были перевезены вещи с прежнего места жительства. До предоставления спорной квартиры, а также во время ремонта в ней стороны проживали в квартире родителей истицы. С января 2012 г. истец, забрав все ключи от спорной квартиры, в тайне от истицы перешел жить в спорную квартиру, с истицей перестал общаться, в квартиру ее не пускает. На неоднократные просьбы последней предоставить ей ключи от спорной квартиры отвечает отказом. В апреле 2012 г. истица обращалась в ОП № 1 УМВД России по г. Калининграду. В результате проведенной проверки органами полиции ответчику было вынесено официальное предостережение и проведена профилактическая беседа о недопустимости правонарушений в быту. Ответчик не отрицал факт препятствия пользования квартирой и обещал перевести оставшиеся вещи и предоставить ключи от квартиры после окончания ремонта. При этом ответчик вводил органы полиции в заблуждение, так как ремонт в квартире закончился в октябре 2011 г. (Апелляционное определение Калининградского областного суда от 14.08.2013 по делу № 33-3538/2013.) Согласно акту обследования произведен осмотр земельного участка и установлено, что в границы формируемого земельного участка для эксплуатации многоквартирного дома входят земли общего пользования (проезд). Установлены ограждения, препятствующие проезду (проходу), то есть не выполнены предостере-

Особенностью предостережения выступает и тот факт, что как правовое явление оно «рождается» в результате правоприменительной деятельности компетентного органа (в ее ходе устанавливается наличие юридико-фактических оснований и принимается решение об объявлении предостережения), но само по себе предостережение в полной мере правоприменительным актом не является, поскольку по существу (в материально-правовом смысле) лишено властного содержания, не устанавливает конкретных прав и обязанностей (за исключением процессуальной обязанности рассмотреть и принять его к сведению), а представляет собой акт (средство) юридического содействия правовой деятельности субъекта права.

В-шестых, предостережение как правовое средство характеризуется нормативно определенным составом субъектов, от которых оно может исходить, и адресатов, которым оно может объявляться. Субъектами, уполномоченными объявлять предостережения, выступают органы публичной власти, наделенные контрольно-надзорными функциями. Предостережение прокурора о недопустимости нарушения закона применяется только в отношении должностных лиц (статья 25.1 Закона о прокуратуре), оно не может быть адресовано гражданам и (или) юридическим лицам; антимонопольный орган направляет предостережение также в адрес должностного лица хозяйствующего субъекта, решение о направлении предостережения принимается руководителем антимонопольного органа (ст. 25.7 Закона о защите конкуренции); предостережение органов Федеральной службы безопасности объявляется только физическим лицам, поскольку только их российский уголовный закон признает субъектами преступлений.

Вышеизложенное позволяет сформулировать следующую дефиницию предостережения как правового средства: это невластный, юридически не обязывающий правовой акт уполномоченных органов, объявляемый при наличии сведений о возможном нарушении закона и в целях предупреждения его совершения индивидуально определенному субъекту права в установленном процессуальном порядке (при отсутствии оснований для привлечения этого лица к юридической ответственности), содержанием которого является конкретная информация о недопустимости совершения в будущем конкретного

режения прокуратуры, направленные собственникам многоквартирного дома – ЖСК «Построй свой дом» (зафиксированные в ранее составленном акте обследования). ЖСК «Построй свой дом» самовольно занял и использует территорию (земли общего пользования) (Кассационное определение Астраханского областного суда от 16.11.2011 по делу № 33-3500/2011).

противоправного деяния. По нашему мнению, приведенные в дефиниции сущностные характеристики предостережения позиционируют его как одно из оптимальных правовых средств, позволяющих преодолевать препятствующие юридические факторы посредством правоприменительной деятельности компетентных органов, эффективно устранять или минимизировать негативное воздействие препятствий. Здесь следует отметить и экономический эффект, достигаемый в результате своевременного направления предостережения. Всем известна фраза клиницистов о том, что любую болезнь легче предупредить, чем лечить. Она в полной мере распространяема и на правовую жизнь, так как успешная превенция правонарушений позволяет экономить трудовые затраты правоприменителей, а также соответствующие бюджетные расходы¹. Но в настоящий момент российская правоохранительная и судебная система по-прежнему ориентирована не на профилактику, а на выявление правонарушений и применение соответствующих карательных мер².

Анализ теоретических проблем предостережения и соответствующего законодательства, практики применения предостережения, а

¹ В качестве примера приведем ситуацию, когда исполнение адресатом предостережения (несмотря на обращение в суд лица, в отношении правомочий которого имелись препятствия до исполнения предостережения) позволило суду не устанавливать дополнительные обстоятельства, а заинтересованному лицу привлечь судебных приставов для исполнения судебного решения об устранении препятствий в пользовании земельным участком и т. п.: ООО «Горкомхоз» обратилось в арбитражный суд с иском к ОАО «Санаторий «Анапа-Океан»» об устранении препятствий в пользовании земельным участком площадью 5099 кв. м, расположенным по адресу: город-курорт Анапа, ул. Набережная, 2. Иск обоснован наличием у общества прав на земельный участок и препятствиями, создаваемыми санаторием в его использовании. В досудебном периоде по результатам соответствующей проверки было направлено предостережение в адрес руководителя санатория, в результате чего работы по установке забора были прекращены, предостережение исполнено, а требования истца об устранении препятствий в пользовании земельным участком оставлены без удовлетворения, так как истец не предоставил доказательства неисполнения предостережения (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.03.2007 № Ф08-885/2007 по делу № А32-35683/2004-9/523).

² Поддержанию такой ситуации способствует существование т. н. «палочной», или «палочно-галочной», системы в МВД и Прокуратуре РФ. Об отсталости такого подхода, усталости населения от погони правоохранительных органов за показателями свидетельствует одна из инициатив, размещенных на сайте Российских общественных инициатив: «Следует отменить «палочную систему». Сотрудники полиции перестанут фабриковать административные правонарушения и уголовные преступления для выполнения плановых показателей раскрываемости. Сотрудники прокуратуры смогут использовать весь арсенал положенных им по закону полномочий, в том числе прекращения уголовного преследования, не опасаясь невыполнения плана». См. подр.: URL: <https://www.roi.ru/8990/> (дата обращения 06.09.2015).

также констатация незаслуженно низкой частоты внесения предостережений позволяют сформировать предложения прикладного порядка.

Во-первых, следует расширить перечень правоохранительных органов, должностных лиц и профессиональных сообществ (например, адвокатура, нотариат, саморегулируемые организации и проч.), уполномоченных направлять предостережения с целью преодоления юридических препятствий. Яркой иллюстрацией действенности и востребованности предостережения как правового средства преодоления юридических препятствий выступает пример инициативного использования в практике одной из московских коллегий адвокатов предостережения о недопустимости нарушения закона в качестве меры адвокатского реагирования: «Часть 3 ст. 7 Уголовно-процессуального кодекса РФ устанавливает: «Нарушение норм настоящего Кодекса судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем в ходе уголовного судопроизводства влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств». Казалось бы, данной нормы достаточно для вменения в обязанность суду, прокурору, следователю, органу дознания или дознавателю не допускать нарушения закона. Однако из одного уголовного дела в другое, как показало участие в их производстве, эти самые должностные лица преднамеренно нарушают закон, игнорируя все возражения, жалобы, ходатайства, заявления, подаваемые стороной защиты после нарушения примененной нормы закона. Именно безразличие к нормам закона, к заявляемым участниками процесса возражениям, жалобам, ходатайствам, заявлениям об уже состоявшемся нарушении понудило нас письменно предостерегать суд, прокурора, следователя, орган дознания или дознавателя о недопустимости нарушения закона, норму которого он начинает (собирается, намерен) применять. Такая мера адвокатского реагирования используется нами при производстве важных, решающих следственных (судебных) действий в качестве гарантии установления не только нарушения закона, но и прямого умысла в случае совершения этого действия»¹.

Во-вторых, представляется возможным включение предостережения в арсенал правовых средств, используемых при выполнении своих функций контрольными и надзорными органами, такими как Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (содействие преодолению препятствий в реа-

¹ Васяев А. А. Предостережение о недопустимости нарушения закона как мера адвокатского реагирования // Адвокат. 2012. № 6. С. 10–14.

лизации прав в области защиты прав потребителей, санитарного благополучия населения), Федеральная служба по надзору в сфере образования и науки (устранение препятствий в реализации права на образование обучающимися) и др. Например, внедрение предостережения в деятельность Федеральной службы финансово-бюджетного надзора, Федеральной налоговой службы расширит предметно-содержательную область применения предостережения как правового средства преодоления препятствий в реализации прав и законных интересов, предупреждения правонарушений, распространив ее на сферу финансово-хозяйственной деятельности (бюджетной, налоговой и т. д.), которая связана с решением сложных юридических вопросов, в том числе с проблемой административных барьеров для малого и среднего бизнеса.

В-третьих, предостережение возможно эффективно использовать в профсоюзной работе на локальном уровне правового регулирования в организациях всех форм собственности как правовое средство, способствующее преодолению юридических препятствий в реализации прав и законных интересов работников.

В завершение отметим, что развитие теоретических представлений о предостережении и его дальнейшее внедрение в правоприменительную практику позволит субъектам права располагать одним из оптимальных правовых средств преодоления юридических препятствий в реализации своих прав и законных интересов.

1.11. Моделирование преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (о некоторых общих подходах к использованию математических методов для оптимизации правовых систем)

(В. Н. Черкасов)

Прежде чем перейти к содержательной стороне вопроса, представляется необходимым высказать некоторые соображения по поводу общей ситуации применения компьютеров и математических методов в гуманитарных науках в настоящее время.

По мнению автора, складывается парадоксальная ситуация: чем больше совершенствуются сами компьютеры (и «софт», и «железо»), тем примитивнее становятся, по своей сути, задачи, решаемые с их использованием.

В «доисторические» времена, когда не было даже ввода с клавиатуры (не говоря уже о сканерах), ни отображения на мониторе, программисты того времени пытались ставить и решать нетривиальные задачи.

Со временем «машины» научились хранить огромные объемы данных, мгновенно обрабатывать их, стали очень «комфортны»¹ для пользователя, т. е. они стали намного умнее, а задачи, решаемые с их помощью – все примитивнее. Ранее и автор, и его коллеги пытались не только создавать базы данных (БД), но и автоматизировать интеллектуальную деятельность, в том числе и в сфере борьбы с преступностью².

Сейчас в основном все свелось к огромным БД, поиску в них, статобработке, обмену данными.

Попробуем рассмотреть некоторые принципиально новые подходы к применению IT-технологий в правовых исследованиях и определить класс наиболее адекватных для этих целей математических методов.

Так уж получилось, что в последнее время все светлые головы, работающие в области «информатика-право», дружно ринулись в область компьютерной преступности. Это вполне объяснимо рядом причин:

- актуально;
- модно;
- действительно интересно;
- в научной работе нет необходимости очень беспокоиться о так называемой новизне – целина непаханая, и любое толковое предложение автоматически становится реально новым.

При этом практически заброшена главная задача – **математизация и комплексная автоматизация правовой сферы**. В ней все сведено к «механизации» традиционных задач. Конечно, по мере совершенствования самих компьютеров и их систем задачи решаются все более эффективно, но, по сути, это те же задачи, что и в начале

¹ Что тоже имеет определенную негативную сторону: и пользователи, и постановщики задач отучаются *думать*.

² См., напр.: Черкасов В. Н.: Использование ЭВМ для анализа и оценки оперативной обстановки в г. Минске // Бюллетень МВД БССР. 1973. № 41; ЭВМ анализирует передвижение правонарушителей в крупном городе // Бюллетень МВД БССР. 1974. № 43; О моделировании административно-правовых санкций // Труды ВНИИ МВД СССР. М., 1974. № 30 (соавтор Попов Л. Л.); Использование автоматизированного поиска связей в профилактической и следственной работе // Передовой опыт МВД СССР. Вып. 4. 1975. М.: ВНИИ МВД СССР и др.

прошлого века. Не видно принципиально новых подходов к постановке задач.

Вот и проблема «юридических препятствий» в реализации прав и законных интересов, а особенно когда речь идет о технологии их распознавания и преодоления, по мнению автора, неразрешима на чисто эмпирическом, механистическом уровне. Только системный подход и использование методов математического моделирования могут приблизить ее решение.

Вместе с тем, как уже сказано, в настоящее время использование математических моделей и методов оптимизации в гуманитарных науках постепенно снижается. Что уж говорить о юриспруденции,¹ если даже в экономике указанные модели становятся все примитивнее, математическое программирование подменяется разного рода «логистиками»² и проч.

Речь же должна идти фактически о совершенствовании управления в правовой сфере, необходимость системной информатизации которой давным-давно назрела.

Да, очень хорошо, что развиваются ведомственные сайты, что формируются инфраструктуры общественного доступа к информации (в том числе о деятельности органов государственной власти), создается единая система информационно-справочной поддержки граждан, повышается доступность государственных услуг и т. д. Это прекрасно.

Однако представляется, что главная задача – **повышение эффективности правового обеспечения государственного управления.**

Отсюда вытекает и цель создания такого рода моделей – **используя мощную информационную базу и самые передовые математические методы, оказывать помощь в нахождении путей оптимального решения указанных проблем.**

Вроде всем известен и понятен алгоритм принятия оптимального управленческого решения, основные этапы которого:

- 1) сбор информации об объекте управления;
- 2) анализ собранной информации;
- 3) прогноз поведения объекта управления до оказания управляющего воздействия;

¹ Черкасов В. Н. Моделирование в праве. Математика, IT-технологии – новые подходы применения в криминалистике // Информационная безопасность регионов. № 1. 2013.

² Черкасов В. Н. Методологические и правовые проблемы информатизации. LAP LAMBERT Academic Publishing is a trademark of: AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG, 2013. ISBN: 978-3-659-33638-6 (<http://ljubljuknigi.ru/> (дата обращения: 27.01.2015)).

- 4) постановка цели воздействия;
- 5) планирование управленческих мероприятий;
- 6) принятие конкретного управленческого решения;
- 7) организация его исполнения и доведение до объекта.

Именно такая модель должна быть *информационной базой* для применения научных методов управления, реализации указанного алгоритма в масштабе **реального времени**.

Только на этой основе возможна автоматизация самых трудоемких этапов управленческой деятельности – **сбора и анализа информации** об объекте управления и получение качественных наиболее важных **прогнозов**. Не менее важную роль она должна играть и в выработке конкретных управленческих решений. Именно на этом этапе должны в полном объеме найти применение математические методы оптимизации: линейное программирование, нелинейное, динамическое, целочисленное, сетевые графики и пр.

Примером неудачного, несистемного подхода к решению такого рода задач в государственном масштабе может служить, например, «Концепция формирования в Российской Федерации электронного правительства»¹. К сожалению, как в исходном документе, так и в последующих документах по данной проблеме² речь все-таки идет лишь об «осуществлении юридически значимых действий в электронном виде»; «высоком качестве предоставления государственных услуг в электронном виде», «обеспечении прав и основных свобод человека, в том числе права каждого человека на информацию»; «развитии сер-

¹ Концепция электронного правительства Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации (утверждена Президентом РФ от 07.02.2008 Пр-212); Концепция формирования в Российской Федерации электронного правительства до 2010 г. (утверждена распоряжением Правительства РФ от 06.05.2008 632-р); План реализации Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации до 2011 г. (утверждена Президентом РФ от 13.02.2010 Пр-357).

² Постановление Правительства РФ от 15.04.2014 № 313 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации “Информационное общество (2011–2020 годы)”»; Постановление Правительства РФ от 24.10.2011 № 861 (ред. от 16.02.2015) «О федеральных государственных информационных системах, обеспечивающих предоставление в электронной форме государственных и муниципальных услуг (осуществление функций)» (вместе с Положением о федеральной государственной информационной системе «Федеральный реестр государственных и муниципальных услуг (функций)», Правилами ведения федеральной государственной информационной системы «Федеральный реестр государственных и муниципальных услуг (функций)», Положением о федеральной государственной информационной системе «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)», Требованиями к региональным порталам государственных и муниципальных услуг (функций)).

висов на основе информационных и телекоммуникационных технологий в сферах культуры, образования и здравоохранения».

Вопрос о применении математических методов в управлении государством выпал из поля зрения разработчиков нормативных документов. Только их внедрение может помочь осуществить серьезный сдвиг в совершенствовании управления страной. (В том числе и в решении частной задачи – *преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов!*)

Между тем еще в первой половине XX века был создан специальный математический аппарат, помогающий это делать «по науке». Соответствующий раздел математики называется «математическое программирование» (МП). Слово «программирование» здесь и в аналогичных терминах (линейное программирование, динамическое программирование и т. п.) обязано отчасти историческому недоразумению, отчасти неточному переводу с английского. По-русски лучше было бы употребить слово «планирование». С программированием для компьютера математическое программирование имеет лишь то общее, что большинство возникающих на практике задач математического программирования слишком громоздки для ручного счета, решить их можно только с помощью компьютеров, предварительно составив программу.

Математическое программирование можно определить следующим образом: это математическая дисциплина, посвященная теории и методам решения задач о нахождении экстремумов функций на множествах конечномерного векторного пространства, определяемых линейными и нелинейными ограничениями (равенствами и неравенствами). МП – раздел науки об исследовании операций, охватывающий широкий класс задач управления, математическими моделями которых являются конечномерные экстремальные задачи. **Задачи МП находят применение в различных областях человеческой деятельности, где необходим выбор** одного из возможных образов действий, например, при решении многочисленных проблем управления и планирования производственных процессов, в задачах проектирования и перспективного планирования. Наименование МП связано с тем, что целью решения задач является **выбор программы действий**.

В частности, начало линейному программированию (ЛП) было положено в 1939 г. советским математиком-экономистом Л. В. Канторовичем в работе «Математические методы организации и планирования производства». Появление этой работы открыло новый этап в применении математики в экономике. В 1975 г. за эту работу он стал лауреатом Нобелевской премии по экономике.

Спустя десять лет американский математик Дж. Данциг разработал эффективный метод решения данного класса задач – симплекс-метод. Общая идея симплексного метода (метода последовательного улучшения плана) для решения задач ЛП состоит в следующем:

- 1) умение находить начальный опорный план;
- 2) наличие признака оптимальности опорного плана;
- 3) умение переходить к улучшенному опорному плану.

Формально каноническая задача ЛП выглядит следующим образом: требуется найти оптимальный план при заданных ограничениях. Для ясности: x – вектор переменных, C – вектор коэффициентов ($C^T[N] \cdot x[N]$ и задает линейный функционал). Матрица A является матрицей полного ранга, иначе говоря $\text{rang } A [M, N] = \min (M, N)$.

Нелинейное программирование (NLP, англ. Non Linear Programming) – случай математического программирования, в котором целевой функцией или ограничением является *нелинейная функция*.

Прервем на этом краткий обзор матметодов в управлении.

Зададимся вопросом: а что, собственно, мешает их внедрению и применению?

У автора возникло странное подозрение, что одной из причин этой ситуации стало просто недостаточное знание разработчиками этих отраслей математики. В те времена, когда разрабатывались АСУ (автоматизированные системы управления), матметоды были весьма востребованы. Современные «информационные системы» нацелены на «оказание услуг», т. е. удовлетворение потребностей самих управленцев (прошу прощения – менеджеров!), в основном для отчетности.

Очень хорошо прослеживается снижение уровня применения математики в экономике на примере оптимизации маршрутных задач. Достаточно сравнить матаппарат весьма «эмпиричной» науки **логистика** и **классической транспортной задачи**, и вопрос об уровне подготовки применяющих их менеджеров становится очевиден.

В свою очередь, такая ситуация становится понятной при изучении программ обучения специалистов в данной сфере.

Ни на одном **профиле** направления «**Менеджмент**»¹ нет ни одного предмета, связанного с математическими методами оптимизации². Там присутствуют: товарный менеджмент, логистика, финансовая (?) математика. Последняя в довольно серьезном объеме – 216 часов. Однако более

¹ Автор сознательно не указывает название вуза, но при необходимости может представить конкретные адреса указанных материалов.

² К сожалению, о программах *математической подготовки* юристов лучше вообще промолчать.

подробное знакомство с этим курсом оптимизма не вызывает. Даже задача обучения ставится несколько странно: «владеть математическим аппаратом для вычисления простых и сложных процентов» (?!). А конкретные задачи (для экзамена!) могут повергнуть в шок: «Задача 2. Клиент положил в банк 70 тыс. руб. под простую процентную ставку 11,5 % годовых. Какая сумма будет на счете клиента через а) 5 мес.; б) 2 года; в) 3 года, 7 мес.?»¹. Возможно, автор сильно отстал от жизни, но представляется, что это задача для 5 класса средней школы.

Вернемся к задаче построения заявленной модели. Что же касается конкретного метода для решения задачи моделирования преодоления юридических препятствий, то, по мнению автора, здесь целесообразно применить математический аппарат *теории распознавания образов*². Как показывает опыт автора, этот аппарат достаточно доступен гуманитарии и, следовательно, успешно может быть применен именно при моделировании правовых процессов³.

Именно теория распознавания образов – адекватный математический инструментальный решения этой задачи. С помощью этого аппарата разработчики и пользователи имеют возможность понять и промоделировать такие функции мозга, как способность «находить сходство», «обобщать», «создавать обобщенные понятия» и т. п.

Задача распознавания (точнее, классификации) объекта ставится следующим образом. Имеется некоторый способ кодирования объектов, принадлежащих заранее известному конечному множеству классов $C = \{C_1, \dots, C_q\}$, и некоторое конечное множество объектов (обучающее множество), про каждый из которых известно, какому классу он принадлежит. Нужно построить алгоритм, который по любому входному объекту, не обязательно принадлежащему обучающему

¹ То же самое.

² Горелик А. Л., Скрипкин В. А. Методы распознавания. М.: Высшая школа, 1984; Фу К. Структурные методы в распознавании образов. М.: Мир, 2005.

³ См.: Черкасов В. Н. Какая математика нужна гуманитарии? // Вопросы преподавания естественно-научных дисциплин для слушателей гуманитарных специальностей // Сб. докладов межвузовского науч.-практ. семинара. Саратов: СЮИ МВД РФ – ИМЦ ГУК МВД России, 2003; Терминологические проблемы преподавания информатики в юридическом вузе // Материалы XIII междунар. конференции «Информатизация и информационная безопасность правоохранительных органов». М.: Академия МВД РФ, 2004; Математика в системе юридических наук. Границы возможного // Информационная безопасность и компьютерные технологии деятельности правоохранительных органов. Вып. 7. 2008 (в соавторстве); Правоохранительная деятельность: проблемы и решения: коллективная монография. Гл. 3. Роль современных информационных технологий в повышении эффективности научной организации правоохранительной деятельности. Саратов: СЮИ МВД РФ, 2011.

множеству, решает, какому классу этот объект принадлежит, и делает это достаточно хорошо. Качество распознавания оценивается как вероятность (т. е. частота) ошибки классификации на другом конечном множестве объектов с заранее известными ответами (тестовом множестве). В нашем случае объекты – законодательные и правоприменительные ситуации, а классы – юридические препятствия (уровень препятствий в неких условных баллах).

Математическую постановку задачи можно сформулировать следующим образом.

Создается таблица исходных данных (ТИД).

ТИД состоит из $N+1$ столбцов и K строк. Столбцы представляют собой признаки объекта (множество X) и целевую функцию (целевой признак Y). Каждой строкой описывается результат одного опытного наблюдения за объектом (всего таких наблюдений K), т. е. в каждой ячейке строки фиксируется фактическое значение признака объекта. Проводя аналогию с моделью «черного ящика», можно сказать, что ТИД – это результаты экспериментов с входами «ящика».

Процесс формализации ТИД в граф-схемную конструкцию заключается в преобразовании модели данных из табличной в граф-схемную (нейросетевую). Синтез граф-схемы основан на поэтапном анализе ТИД на предмет наличия в ней схожих наблюдений, т. е. производится выделение закономерностей в распределении значений признаков объекта. Результатом каждого анализа является фрейм (характеристика наблюдения) – форма записи связей анализируемого признака. После анализа всей таблицы выделяется множество фреймов – граф-схема. После ее построения на эмпирическом материале становится возможной реализация главной цели: меняя исходные данные, мы преодолеваем юридические препятствия в реализации прав и законных интересов в зависимости от конкретных факторов законодательной и правоприменительной деятельности.

1.12. Некоторые концептуальные основы судебно-правовой реформы Таджикистана в контексте преодоления юридических препятствий

(Р. Р. Юлдошев)

По мере развития общественных отношений Таджикистан взял курс на усовершенствование законодательной базы в сфере оптимизации правового статуса личности, которая в процессе взаимодейст-

вия с государственными органами сталкивалась с различного рода юридическими препятствиями. Как считает абсолютное большинство населения, больше всего препятствий возникает в деятельности правоохранительных органов. Поэтапное реформирование правоохранительных органов требует устранения некоторых дефектов и пороков, унаследованных от старой системы управления, в том числе юридических препятствий в реализации и защите прав граждан.

Консолидация усилий в области преодоления юридических препятствий, по нашему мнению, является перспективным направлением правовых реформ, осуществляемых на настоящем этапе развития Таджикского государства. Эти перемены, в частности уход от старых методов работы, имеют как своих оппонентов, так и своих последователей, которые стараются разрушать мифы о нереальности своевременных перемен. Окончательные итоги реформ, надеемся, не заставят нас долго ждать. Как говорится, все на свои места расставит время и свидетельством тому будет истинно демократическая цивилизованная правоприменительная практика.

Попытаемся осветить ряд прогрессивных мер в контексте отечественной судебно-правовой политики, а также провести анализ указанных ниже нормативных правовых актов, которые были приняты в свете осуществляемых реформ¹. В немалой степени анализируемые документы раскрывают сущность правовой политики государства, определяют ее векторы развития и свидетельствуют об определенных достижениях в анализируемых областях.

Первая и вторая фазы судебно-правовых реформ закончились, но вместе с тем некоторые актуальные направления требуют переосмысления в научном плане. Следует оговориться, что с принятием новых законов и кодексов не решаются актуальные проблемы право-

¹ Об утверждении и принятии Программы судебно-правовой реформы в Республике Таджикистан: указ Президента Республики Таджикистан от 23.06.2007 № 271; Об утверждении и принятии Программы судебно-правовой реформы в Республике Таджикистан на 2011–2013 гг.: указ Президента Республики Таджикистан от 03.01.2011 № 976; Концепция прогнозного развития законодательства Республики Таджикистан: утверждена указом Президента Республики Таджикистан от 19.02.2011 № 1021; Государственная программа по реализации Концепции прогнозного развития законодательства Республики Таджикистан в сфере государственного устройства, правозащиты, обороны и безопасности на 2012–2015 гг.: утверждена постановлением Правительства Республики Таджикистан от 01.03.2012 № 97; Концепция уголовно-правовой политики Республики Таджикистан: утверждена постановлением Правительства Республики Таджикистан от 02 ноября 2013 г. № 492 // Национальный центр законодательства при Президенте Республики Таджикистан. URL: <http://mmk.tj> (дата обращения: 15.05.2015).

применения, которые и создают почву для появления юридических препятствий.

Так, частью 4 Программы судебно-правовой реформы в Таджикистане от 23.06.2007 за № 271 было задумано принять новый Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан, и, в частности, в последнем должны были:

а) обеспечить равенство прав участников судебного разбирательства во всех судебных инстанциях;

б) предоставить сторонам право ознакомления с материалами прекращенного дела либо отказного материала;

в) не считать признание вины в ходе следствия либо суда в качестве доказательства, подтверждающего виновность;

г) расширить права сторон в части сбора и приобщения доказательств;

д) возложить на органы дознания только проведение на начальном этапе безотлагательных действий, ограниченных временем;

е) принять эффективные меры защиты в отношении лиц, содействующих органам предварительного следствия и суда.

Вышеуказанные цели (идеи) лишь частично нашли свое воплощение в принятом УПК Таджикистана. В частности, следовало бы уточнить одно из таких положений, а именно – расширение прав сторон в части собирания и приобщения доказательств в производстве по уголовным делам. От неправильной расстановки приоритетов стороны в уголовном процессе могут быть подвергнуты ограничениям.

К сожалению, УПК Таджикистана превратился в бессистемный документ. Законодатель наделил всех участников процесса таким значимым правом, как сбор и представление доказательств, которые по своей сути составляют сердцевину всего уголовного судопроизводства. Таким образом, потерпевший (ч. 2 ст. 42), гражданский истец (ч. 4 ст. 44), подозреваемый (ч. 4 ст. 46), обвиняемый (ч. 4 ст. 47) и гражданский ответчик (ч. 3 ст. 54) имеют право представлять доказательства. Возникает вопрос: как они могут собирать доказательства, если у них отсутствуют процессуальные полномочия для реализации этих инициатив?

Законодатель в ч. 2 ст. 53 УПК прямо разрешил адвокату *собирать и представлять доказательства* и собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, а в ч. 3 ст. 86 кодекса – *только представлять доказательства* (п. 1) и *собирать сведения*, необходимые для оказания юридической помощи (п. 2). Думается, это не только техническая неточность в тексте УПК Республики Таджикистан.

Целесообразнее было бы данным субъектам (участникам) уголовного судопроизводства их право на сбор и представление доказательств заменить представлением и сбором *сведений, непосредственно подтверждающих непричастность к данному преступлению*. Данное предложение сделало бы текст УПК Республики Таджикистан более содержательным.

Концепция прогнозного развития законодательства Республики Таджикистан от 19.02.2011 содержит следующие актуальные положения:

а) в целях укрепления прокурорского надзора по точному и единообразному соблюдению законов, вытекающих из Конституции Республики Таджикистан, требуется усовершенствование Конституционного закона Республики Таджикистан «Об органах прокуратуры Республики Таджикистан»;

б) подлежит повышению роль прокуратуры в осуществлении уголовного преследования;

в) подлежит повышению роль прокуратуры по осуществлению прокурорского надзора.

При этом второе направление призвано повысить эффективность уголовного преследования как за счет повышения активности самих прокуроров, так и за счет инициирования прокурорами активной деятельности органов расследования по осуществлению уголовного преследования, а также за счет усиления роли прокуроров в рассмотрении судами уголовных дел посредством установления обязанности прокуроров поддерживать государственное обвинение в судах по всем уголовным делам.

Вместе с тем в соответствии с ч. 1-2 ст. 279 УПК Республики Таджикистан прокурор участвует в судебном заседании только по делам публичного и частно-публичного обвинения. Думается, что такая формулировка не соответствует логике УПК Республики Таджикистан и правовому статусу прокурора в уголовном судопроизводстве.

Повышение роли прокурорского надзора, скорее всего, будет осуществляться за счет интенсификации прокурорами процессуального руководства деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия в стадии возбуждения уголовного дела и в стадии предварительного расследования, а также за счет интенсификации прокурорско-надзорной деятельности по обеспечению безусловного соблюдения прав, свобод и законных интересов всех участников досудебного производства (ч. 13, п. 44 данной Концепции).

К сожалению, в Концепции, как и в ст. 36, 168, 247, 248 УПК Республики Таджикистан, не предусмотрен прокурорский надзор за соблюдением прав, свобод и законных интересов участников уголовного процесса в стадии возбуждения уголовного дела и в стадии предварительного расследования, то в определенных случаях создает лазейки для появления юридических препятствий. Данный пробел, как нам кажется, нуждается в устранении.

Дальнейшая систематизация процессуального законодательства должна осуществляться по следующим направлениям: совершенствовать принцип состязательности и равенства сторон в процессе, что предусматривает совершенствование уголовно-процессуального законодательства путем пересмотра отдельных его институтов, не изменяя общей концепции Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан. При этом представляется целесообразным: а) пересмотреть сумму залога в сторону уменьшения его минимального размера в целях расширения круга лиц, к которым он мог бы быть применен; б) обеспечить механизмы обжалования действий и решений судов в срок и в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законодательством (ч. 14, п. 48 Концепции).

Следующий концептуальный документ, нуждающийся в анализе, это Государственная программа по реализации Концепции прогнозного развития законодательства Республики Таджикистан в сфере государственного устройства, правозащиты, обороны и безопасности на 2012–2015 гг. (далее – Госпрограмма), утвержденная постановлением Правительства Республики Таджикистан от 01.03.2012 № 97.

Целью реализации данной Госпрограммы является обеспечение выполнения требований Конституции Республики Таджикистан; решение актуальных проблем системы законодательства Республики Таджикистан; определение основных направлений и способов совершенствования законодательства в соответствии с принципами независимого, демократического, правового, светского, унитарного и социального государства.

Как и Концепция прогнозного развития законодательства Республики Таджикистан, данная Госпрограмма ставит на первое место в деятельности прокуроров осуществление уголовного преследования, а затем прокурорский надзор. Госпрограмма в качестве одного из приоритетных направлений выбрала *повышение эффективности деятельности по уголовному преследованию и надзору за исполнением законов при расследовании уголовных дел* (§ 2 п. 10).

Далее в тексте Госпрограммы указывается на необходимость разработки новой программы судебной реформы в целях дальнейшего укрепления судебной власти и повышения ее роли по защите прав и свобод человека и гражданина, защите государственных интересов (§ 8 п. 17).

Следующая часть Госпрограммы направлена на оптимизацию уголовного законодательства (§ 9 п. 18). Аналогичные задачи заложены в новом документе – Концепции уголовно-правовой политики Республики Таджикистан, которая была утверждена постановлением Правительства Республики Таджикистан от 02 ноября 2013 г. № 492. Как мы полагаем, дублирование задач в разных документах не оправдано.

Размышляя о судьбе очередной Программы судебно-правовых реформ, зачастую задаюсь вопросом: а стоит ли продолжать эти реформы? Думаю, все-таки на данный вопрос стоит ответить положительно. Существуют недостатки, пробелы и противоречия, которые мешают механизмам правоохраны и правозащиты работать в полном объеме, что и требует их дальнейшей оптимизации.

По мнению разработчиков, Программа судебно-правовой реформы в Республике Таджикистан на 2015–2017 гг.¹ (далее – Проект) является продолжением судебно-правовых реформ в Таджикистане, и разработана она на основе Послания Президента Республики Таджикистан Маджлиси Оли от 23 апреля 2014 года и Национального плана Республики Таджикистан по реализации рекомендаций государств – членов Совета Организации Объединенных Наций (ООН) в связи с Универсальным периодическим обзором Республики Таджикистан по правам человека на 2013–2015 гг.

Как утверждают авторы Проекта, главной целью судебно-правовой реформы является укрепление судебной власти, демократизация судебного процесса; повышение роли суда в защите прав и свобод человека и гражданина; интересов государства, организаций и учреждений; обеспечение законности и справедливости и на их основе совершенствование структуры и деятельности правоохранительных органов Республики Таджикистан.

Проект состоит из 12 частей:

¹ Здесь и далее будут цитироваться отдельные положения Проекта Программы судебно-правовой реформы в Республике Таджикистан на 2015–2017 гг., которая официально не была размещена в каком-либо интернет-портале в целях активного публичного обсуждения.

1. О внесении изменений и дополнений в процессуальное законодательство;
2. Об ограничении рассмотрения дел по первой инстанции Верховным судом и Высшим экономическим судом;
3. Объединение квалификационных коллегий судей;
4. О введении в структуру аппаратов Верховного суда и Высшего экономического суда должности помощника судьи;
5. Исключение надзорной инстанции в суде Горно-Бадахшанской автономной области, судах областей и города Душанбе;
6. Обеспечение исполнения судебных решений и передача судебных исполнителей в ведение судебной власти;
7. Образование независимой экспертной структуры;
8. Реформы системы судебной власти в отношении несовершеннолетних;
9. Вопросы по оказанию бесплатной правовой помощи;
10. Материально-техническое обеспечение судов, социальная защита судов и работников аппарата судов;
11. Образование следственной службы при Министерстве внутренних дел Республики Таджикистан;
12. Передача Совета юстиции Республики Таджикистан в ведение судебной власти и Проекта Плана мероприятий по реализации Программы судебно-правовой реформы в Республике Таджикистан на 2015–2017 гг.

В общем, наиболее актуальные проблемы представлены в качестве основных частей Проекта, но для нашего исследования особо актуальными являются только две части Проекта – 7 и 11, которые непосредственно связаны с деятельностью правоохранительных органов.

Рассмотрение и разрешение дел, а также принятие законных и обоснованных судебных актов невозможно без проведения высококвалифицированной и независимой судебной экспертизы.

С целью проведения независимой экспертизы, устранения ведомственных интересов, осуществления единого методического надзора за качеством судебной экспертизы, организации научно-исследовательской и координационной работы с экспертными учреждениями СНГ и Евразии, подбора (определения) сотрудников по специальности, с опытом работы, повышения уровня и качества организации судебной экспертизы, а также с целью недопущения ошибок в деятельности органов дознания и следствия, в судебной практике, для за-

щиты прав и свобод человека и гражданина является целесообразным образование Центра судебных экспертиз при Министерстве юстиции или независимой государственной структуры, а также внедрение негосударственных независимых экспертиз на основании лицензии.

По мнению авторов Проекта, является целесообразным образование Центра судебных экспертиз при Министерстве юстиции или независимой государственной структуры, а также внедрение негосударственных независимых экспертиз на основании лицензии. Думается, что данное предложение не согласуется с вышеизложенным, где ставятся совсем иные цели. Центр судебных экспертиз при Министерстве юстиции не сможет устранить все или частично ведомственные интересы. Более эффективным будет создание независимой государственной структуры – Государственного комитета судебных экспертиз при Президенте или Правительстве Таджикистана с параллельным действием – производством негосударственных независимых экспертиз на основании лицензии в других организациях. В таком ракурсе, по нашему мнению, будет соблюдаться баланс интересов всех участников уголовного судопроизводства. Независимость и объективность при производстве экспертиз, особенно по отдельным категориям уголовных дел, являются истинными признаками демократичности уголовного судопроизводства.

С целью повышения уровня качества дознания и предварительного следствия и в направлении принятия законных и обоснованных судебных актов, обеспечения соблюдения прав и свобод человека необходимо следственные отделения и отделы органов внутренних дел в областях, городах и районах в вертикальном порядке передать в непосредственное подчинение Министерству внутренних дел Республики Таджикистан.

До конца эта часть нам не понятна. Что этим хотят добиться авторы-разработчики? По структуре в МВД Республики Таджикистан существует Следственное управление и Управление дознания, которые и осуществляют функцию ведомственного контроля в сфере предварительного расследования преступлений в системе органов внутренних дел.

Кажется сомнительным, что следственные отделения и отделы органов внутренних дел в областях, городах и районах в вертикальном порядке следует передать в непосредственное подчинение Министерству внутренних дел Республики Таджикистан.

Во вводной части новой Программы судебно-правовых реформ на 2015–2017 гг. утверждается, что ведется работа по разработке Уго-

ловного кодекса Республики Таджикистан. О новой редакции или о новом варианте идет речь, пока неизвестно. Упоминание о работе над новым УК Республики Таджикистан уже говорит о многом. Главное в этих стремлениях законодателей – не забыть о других родственных отраслях, которые могут пострадать в результате одностороннего совершенствования без учета положений других отраслей права, координирующих друг друга в регламентации смежных общественных правоотношений.

Как традиционно утверждают авторы Программы судебно-правовых реформ на 2015–2017 гг., главной целью судебно-правовой реформы является укрепление судебной власти, демократизация судебного процесса, повышение роли суда в защите прав и свобод человека и гражданина, интересов государства, организаций и учреждений, обеспечение законности и справедливости и на их основе совершенствование структуры и деятельности правоохранительных органов Республики Таджикистан.

Перспективным направлением, по нашему мнению, в настоящее время является окончательное определение дальнейшей судьбы судебно-правовых реформ, которые должны определить векторы развития правовой политики в сфере отечественного уголовного и уголовно-процессуального законодательства и практики их применения со стороны правоохранительных органов, направленные, в первую очередь, на качественное преодоление юридических препятствий.

1.13. О юридических препятствиях в реализации прав и законных интересов потерпевшего в контексте статьи 52 Конституции Российской Федерации

(А. С. Толстых)

Не так давно Конституция Российской Федерации отметила свое двадцатилетие. «Действующая Конституция – это не просто одно из главных правовых достижений постсоветской эпохи, – говорил В. Д. Зорькин. – Это крупное завоевание в борьбе за право, потребовавшее больших усилий и жертв от нескольких поколений российских граждан. И к этому завоеванию надо относиться бережно»¹.

¹ Зорькин В. Д. Конституционный вектор России // Российская газета. URL: <http://www.rg.ru/2013/11/19/posizia.html>.

Конституция Российской Федерации отводит особое место человеку, его правам и свободам, определяя их высшей ценностью¹, не оставляет без внимания и особую категорию лиц – потерпевших. Ст. 52 Конституции провозглашает: «Права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом. Государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба». При этом отметим, что в указанной статье не говорится только об одном виде потерпевших – потерпевших от преступлений, а есть указание и на иной вид – потерпевшие от злоупотреблений властью. «Не меньше, чем от преступлений, граждане могут пострадать от злоупотреблений властью, даже если они не являются преступными. ГК содержит нормы об ответственности за вред, причиненный государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами»². О потерпевших можно рассуждать и с позиций административного, гражданского права и т. д. Некоторые авторы полагают, что о потерпевшем следует говорить с позиций конституционного права, примером чего могут стать работы С. В. Мамичевой³ и З. А. Пиховой⁴. В целом, с точки зрения российского законодательства потерпевший – это индивидуальный или коллективный субъект права, которому причинен вред (физический, имущественный, моральный или деловой репутации) в результате правонарушения (преступления или проступка).

В силу особой совокупности признаков потерпевшего такое лицо наделяется определенным правовым статусом. Невнимание к потерпевшему, создание препятствий в реализации его прав и законных интересов приводит к несправедливости, затягиванию разрешения конфликтов, беспорядкам. А это, в свою очередь, сказывается на общем уровне правопорядка в обществе. Так, Е. А. Зайцева приходит к выводу: «Потерпевший в российском уголовном процессе является «трижды потерпевшим»: первый раз – в результате преступления,

¹ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

² Садовникова Г. Д. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). 3-е изд., испр. и доп. СПС «КонсультантПлюс».

³ Мамичева С. В. Права жертв преступлений и злоупотреблений властью и их гарантии в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1998. 36 с.

⁴ Пихова З. А. Конституционные основы защиты прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. 30 с.

второй раз – вследствие бездушия правоприменителей, третий раз – от несправедливых законов»¹.

Потерпевший вне зависимости от отраслевой принадлежности обладает некоторым объемом прав. В частности, одно из основных прав потерпевшего – это право на возмещение вреда, причиненного правонарушением, закрепленное и находящее свое развитие в ряде нормативных правовых актов:

– ст. 42 Конституции Российской Федерации: каждый имеет право... на возмещение ущерба, причиненного его здоровью или имуществу экологическим правонарушением²;

– ст. 53 Конституции Российской Федерации: каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц³;

– ч. 3 ст. 42 Уголовно-процессуального кодекса РФ: потерпевшему обеспечивается возмещение имущественного вреда, причиненного преступлением⁴;

– ч. 1 ст. 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации: вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред⁵;

– ч. 1 и 2 ст. 14 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»: вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя вследствие конструктивных, производственных, рецептурных или иных недостатков товара (работы, услуги), подлежит возмещению в полном объеме; право требовать возмещения вреда, причиненного вследствие недостатков товара (работы, услуги), признается за любым потерпевшим независимо от того, состоял он в договорных отношениях с продавцом (исполнителем) или нет⁶;

– и др.

Добровольное возмещение вреда лицом, совершившим правонарушение, поощряется законодателем, поэтому является обстоятельством

¹ Зайцева Е. А. Трижды потерпевший // Законность. 2015 № 1. С. 36.

² Конституция Российской Федерации. Там же.

³ Конституция Российской Федерации. Там же.

⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

⁶ Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 № 2300-1 (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

вом, смягчающим ответственность: административную – п. 6 ч. 1 ст. 4.2. Кодекса РФ об административных правонарушениях¹, уголовную – пункт «к» ч. 1 ст. 61 Уголовного кодекса РФ². В некоторых случаях возмещение вреда становится одним из условий освобождения от ответственности, например, ч. 1 ст. 75 Уголовного кодекса РФ «Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием», ст. 76 Уголовного кодекса РФ «Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим»³.

Надлежащее осуществление прав потерпевшим возможно только в случае беспрепятственной реализации их субъектом, иное означало бы невозможность восстановления справедливости, утраченной в ходе совершения правонарушения и причинения лицу вреда. Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов имеют место быть как в нормативных правовых актах, так и складываться в результате действия правоприменительных органов⁴.

Судебным органом конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющим судебную власть посредством конституционного судопроизводства, является Конституционный суд Российской Федерации, который разрешает дела о соответствии Конституции Российской Федерации; проверяет конституционность закона, примененного в конкретном деле, по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов, закона, подлежащего применению соответствующим судом в конкретном деле, и др.⁵ Конституционный суд Российской Федерации в своих решениях нередко констатирует наличие или отсутствие юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, в том числе обращаясь к статьям 52 и 53 Конституции Российской Федерации, уделяет внимание потерпевшему и подчеркивает его особый статус, способствует преодолению юридических препятствий.

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

³ Там же.

⁴ Панченко В. Ю., Петров А. А. О классификации и типологии юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 114.

⁵ Федеральный конституционный закон «О Конституционном суде Российской Федерации» от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

Относительно возможности применения ст. 1084 Гражданского кодекса РФ Конституционный суд в п. 2.2 Постановления от 15.07.2009 № 13-П приходит к следующему выводу: «Как правило, обязанность возместить вред является мерой гражданско-правовой ответственности, которая применяется к причинителю вреда *при наличии состава правонарушения*, включающего наступление вреда, противоправность поведения причинителя вреда, причинную связь между противоправным поведением причинителя вреда и наступлением вреда, а также вину причинителя вреда»¹. При этом обязанность причинителя вреда возместить вред является корреспондирующей праву потерпевшего на возмещение вреда.

В связи с этим, казалось бы, положения п. 2 ст. 1064 Гражданского кодекса неоспоримы: лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что *вред причинен не по его вине*. Однако жизнь заставляет усомниться и в этом положении. Так, автомобиль потерпевшего был угнан одним лицом, а затем украден у угонщика уже иным, неизвестным лицом. Суды первой, апелляционной инстанции отказывали потерпевшему в удовлетворении искового заявления о возмещении вреда в связи с тем, что было совершено два самостоятельных, последовательно совершенных преступления (угон и кража), при этом вред причинен неизвестным лицом, совершившим кражу, а, следовательно, угонщик вред возмещать не обязан. Конституционный суд РФ не согласился с подобными выводами и признал положения пунктов 1 и 2 ст. 1064 Гражданского кодекса РФ не соответствующими Конституции РФ «в той мере, в какой эти положения в их нормативном единстве – по смыслу, придаваемому им судебным толкованием, – не позволяют обеспечить возмещение виновным в угоне автомобиля лицом имущественного вреда, причиненного собственнику этого автомобиля в связи с его угоном и последующей кражей, совершенной неустановленным лицом»².

¹ Постановление Конституционного суда РФ от 15.07.2009 № 13-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 29 Закона Российской Федерации «О милиции» и статьи 1084 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Нижегородского районного суда города Нижнего Новгорода и Сормовского районного суда города Нижнего Новгорода». Доступ из системы «Гарант».

² Постановление Конституционного суда РФ от 07.04.2015 № 7-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации и пункта «а» части второй статьи 166 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В. В. Кряжева». Доступ из системы «Гарант».

В описанной ситуации речь идет о правоприменительном юридическом препятствии в реализации прав и законных интересов потерпевшего, выразившемся в неверном судебном толковании правовых норм. Конституционный суд приходит к выводу об отсутствии правотворческого препятствия: «Не содержит препятствий для признания за потерпевшим права требовать возмещения имущественного вреда от лиц, совершивших угон принадлежащего ему автомобиля, если в результате противоправных действий или бездействия этих лиц автомобилю был причинен вред, выразившийся как в его повреждении, так и в похищении неустановленным лицом, и сама по себе статья 1064 ГК Российской Федерации»¹. Действительно, собственник лишен возможности осуществлять право владения, пользования, распоряжения по своему усмотрению из-за неправомерных действий лица, поэтому последний не может освобождаться от гражданско-правовой ответственности.

Защита прав потерпевшего требует быстрых и эффективных процессуальных действий от уполномоченных субъектов, в противном случае потерпевший имеет право воспользоваться положениями Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»². Так, пациентке одной из больниц был причинен, по ее утверждению, тяжкий вред здоровью в результате медицинского вмешательства. «С 7 июня 1999 года по 29 октября 2010 года по этому уголовному делу принимались следующие процессуальные решения: 26 раз – о приостановлении предварительного расследования в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, 27 раз – о прекращении уголовного дела в связи с отсутствием события преступления, либо в связи с отсутствием в действиях врачей признаков соответствующего преступления, либо в связи с истечением сроков давности уголовного преследования, 54 раза – об отмене этих решений судом, прокурором и руководителем следственного органа и установлении в связи с этим сроков дополнительного следствия каждый раз на один месяц; при этом подследственность уголовного дела изменялась четыре раза (в одном

¹ Абзац 6 п. 3.1. Там же.

² Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» от 30.04.2010 № 68-ФЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

случае соответствующее решение было отменено)»¹. Дело было прекращено 29 октября 2010 г. в связи с истечением сроков давности уголовного преследования.

Затем пациентка обращается в суд с заявлением о компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок, которое суд возвращает в связи с тем, что заявительница не имела права на его подачу в связи с существованием такого препятствия для своевременного завершения предварительного расследования, как неустановление подозреваемых или обвиняемых. Это, в свою очередь, можно трактовать как юридическое препятствие для реализации прав потерпевшего, т. к. согласно Постановлению Пленума Верховного суда РФ от 29.06.2010 № 17 правовой статус потерпевшего не формируется, а лишь процессуально оформляется соответствующим постановлением, потерпевший устанавливается исходя из фактического положения лица². Отметим, что об этом не раз упоминал и Конституционный суд РФ в постановлениях от 06.11.2014 № 27-П³, от 11.11.2014 № 28-П⁴, от 25.06.2013 № 14-П⁵, определениях от 22.01.2004 № 119-О¹, от

¹ Постановление Конституционного суда РФ от 25.06.2013 № 14-П «По делу о проверке конституционности положений части 1 статьи 1, пункта 1 части 1, частей 6 и 7 статьи 3 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», частей первой и четвертой статьи 244.1 и пункта 1 части первой статьи 244.6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки А. Е. Поповой». Доступ из системы «Гарант».

² Постановление Пленума Верховного суда РФ от 29.06.2010 № 17 «О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве» (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

³ Постановление Конституционного суда РФ от 06.11.2014 № 27-П «По делу о проверке конституционности статьи 21 и статьи 21.1 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» в связи с жалобой гражданина О. А. Лаптева». Доступ из системы «Гарант».

⁴ Постановление Конституционного суда РФ от 11.11.2014 № 28-П «По делу о проверке конституционности положений части 1 статьи 1 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» и части третьей статьи 6.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В. В. Курочкина, А. Б. Михайлова и А. С. Русинова». Доступ из системы «Гарант».

⁵ Постановление Конституционного суда РФ от 25.06.2013 № 14-П «По делу о проверке конституционности положений части 1 статьи 1, пункта 1 части 1, частей 6 и 7 статьи 3 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», частей первой и четвертой статьи 244.1 и пункта 1 части первой статьи 244.6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки А. Е. Поповой». Доступ из системы «Гарант».

18.01.2005 № 131-О², от 17.11.2011 № 1555-О-О³ и др., в том числе в отношении потерпевшего по делу об административном правонарушении – Определение Конституционного суда РФ от 17.02.2015 № 333-О⁴.

Конституционный суд пришел к выводу, что потерпевшему может быть отказано в признании права на подачу заявления о компенсации за нарушение права на уголовное судопроизводство в разумный срок на основании неустановления подозреваемого или обвиняемого, если «в таком заявлении не приведены данные, свидетельствующие о возможном нарушении разумных сроков уголовного судопроизводства», в том числе в связи с непринятием уполномоченным лицом «должных мер, необходимых в целях своевременного осуществления досудебного производства по уголовному делу и установления подозреваемых (обвиняемых) в совершении преступления лиц, с учетом общей продолжительности судопроизводства по уголовному делу»⁵.

Хотелось бы отметить, что такое формальное препятствие для подачи заявления о компенсации за нарушение права на уголовное судопроизводство в разумный срок на основании неустановления подозреваемого или обвиняемого устранено и на уровне законодатель-

¹ Определение Конституционного суда РФ от 22.01.2004 № 119-О по жалобе гражданки Семеновы Лилии Михайловны на нарушение ее конституционных прав частью четвертой статьи 354 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Доступ из системы «Гарант».

² Определение Конституционного суда РФ от 18.01.2005 № 131-О по запросу Волгоградского гарнизонного военного суда о проверке конституционности части восьмой статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Доступ из системы «Гарант».

³ Определение Конституционного суда РФ от 17.11.2011 № 1555-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Смирновой Валентины Михайловны на нарушение ее конституционных прав положениями Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Доступ из системы «Гарант».

⁴ Определение Конституционного суда РФ от 17.02.2015 № 333-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мартыненко Дмитрия Романовича на нарушение его конституционных прав частью 1 статьи 25.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях». Доступ из системы «Гарант».

⁵ Постановление Конституционного суда РФ от 25.06.2013 № 14-П «По делу о проверке конституционности положений части 1 статьи 1, пункта 1 части 1, частей 6 и 7 статьи 3 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», частей первой и четвертой статьи 244.1 и пункта 1 части первой статьи 244.6 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки А. Е. Поповой». Доступ из системы «Гарант».

ства Федеральным законом № 273-ФЗ от 21.07.2014¹, который внес соответствующие изменения в ст. 3 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», вступившие в силу с 1 января 2015 г.

Подобным образом складывалась ситуация и с изменением законодательства в связи с Постановлением Конституционного суда РФ от 16.10.2012 № 22-П, которое подчеркнуло важность права потерпевшего на судебную защиту и признало возможным рассмотрение уголовного дела частного обвинения о преступлениях, совершенных гражданами РФ в отношении граждан РФ вне пределов Российской Федерации, мировым судьей, чья юрисдикция распространяется на территорию, на которой проживают и потерпевший, и обвиняемый². Соответствующие изменения были внесены Федеральным законом от 21.10.2013 № 271-ФЗ³.

Право потерпевшего на возмещение вреда, причиненного правонарушением, тесно связано с рядом иных вопросов: помимо возмещения вреда потерпевший заинтересован в назначении справедливого наказания правонарушителю, в должной квалификации противоправного деяния. От решения таких вопросов зависят во многих случаях конкретные *размеры* возмещения вреда⁴. В соответствии с положениями статьи 252 Уголовно-процессуального кодекса РФ судебное разбирательство проводится лишь по предъявленному обвинению, изменение обвинения допускается, если этим не ухудшается положе-

¹ Федеральный закон «О внесении изменений в статью 3 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 21.07.2014. № 273-ФЗ. (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

² Постановление Конституционного суда РФ от 16.10.2012 № 22-П «По делу о проверке конституционности положений части второй статьи 2 и части первой статьи 32 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Красноперова». Доступ из системы «Гарант».

³ Федеральный закон «О внесении изменений в статьи 32 и 152 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 21.10.2013 № 271-ФЗ. Доступ из системы «Гарант».

⁴ Постановление Конституционного суда РФ от 02.07.2013 № 16-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б. Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда». Доступ из системы «Гарант».

ние подсудимого и не нарушается его право на защиту¹. Следовательно, изменение обвинения в ухудшающую положение подсудимого сторону в судебном разбирательстве не допускается.

Возможно возвращение уголовного дела прокурору в случаях, изложенных в ст. 237 Уголовно-процессуального кодекса РФ². Часть первая указанной статьи Постановлением Конституционного суда РФ от 02.07.2013 была признана не соответствующей Конституции РФ как препятствие самостоятельному и независимому выбору судом подлежащих применению норм уголовного закона в ситуациях, когда фактические обстоятельства свидетельствуют о наличии признаков более тяжкого преступления³. Такая проблема являлась препятствием и для потерпевшего в реализации, в том числе, его права на судебную защиту, права «довести до суда позицию о доказанности обвинения, его объеме, применении уголовного закона и назначении наказания⁴», нарушением принципа равноправия сторон. Более года потребовалось федеральному законодателю для внесения в правовое регулирование изменений в целях устранения описанного препятствия: Федеральный закон от 21.07.2014 № 269-ФЗ дополнил ч. 1 ст. 237 Уголовно-процессуального кодекса РФ п. 6, предусматривающим возможность возвращения прокурору уголовного дела в случаях, когда фактические обстоятельства свидетельствуют о наличии оснований для квалификации преступления как более тяжкого⁵.

Предметом рассмотрения Конституционного суда РФ становились и акты об амнистии, в частности положение о прекращении на стадии судебного разбирательства уголовных дел в отношении лиц, обвиняемых в совершении преступлений по неосторожности, за которые максимальное наказание не превышает пять лет лишения свободы, как препятствие реализации права на эффективную судебную защиту потерпевшего. С одной стороны, «государство... может отка-

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (с послед. изм.). Доступ из системы «Гарант».

² Там же.

³ Постановление Конституционного суда РФ от 02.07.2013 № 16-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б. Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда». Доступ из системы «Гарант».

⁴ Там же.

⁵ Федеральный закон «О внесении изменений в статьи 236 и 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 21.07.2014 № 269-ФЗ. Доступ из системы «Гарант».

заться от осуществления уголовного преследования»¹, с другой стороны, «оно не вправе оставить неисполненными те обязанности, которые возлагаются на него Конституцией Российской Федерации»². Снова и снова обращаясь к ст. 52 Конституции Российской Федерации, Конституционный суд в Постановлении от 24.04.2003 № 7-П подчеркивает, что подобные положения акта об амнистии не лишают права потерпевшего на судебную защиту и доступ к правосудию, права на компенсацию причиненного ущерба в порядке гражданского судопроизводства. «Потерпевшему по такому делу должна быть предоставлена возможность отстаивать свою позицию по существу рассматриваемых вопросов, что предполагает его право доказывать отсутствие оснований для прекращения дела и незаконность применения амнистии»³. В случае прекращения уголовного дела без рассмотрения по существу вследствие акта об амнистии имеет место быть правоприменительное препятствие для реализации права потерпевшего, складывающееся в результате неверного толкования положений законодательства и акта об амнистии.

Потерпевший заинтересован не только в возмещении ему вреда (п. 3 Определения Конституционного суда РФ от 16.12.2004 № 394-О⁴), он заинтересован, например, в назначении наказания правонарушителю, однако из-за судебных ошибок возможно затягивание принятия соответствующих решений. Так случилось и в ситуации, ставшей поводом для обращения гражданки с жалобой в Конституционный суд РФ. Решение суда общей юрисдикции частично удовлетворило апелляционную жалобу потерпевшей, но производство по делу прекращено в связи с истечением сроков давности привлечения к административной ответственности, что, по мнению потерпевшей, нарушило ее право на судебную защиту, а также стало причиной неравенства между потерпевшей и правонарушителем⁵. Конституцион-

¹ Постановление Конституционного суда РФ от 24.04.2003 № 7-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 8 Постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 г. «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» в связи с жалобой гражданки Л. М. Запорожец». Доступ из системы «Гарант».

² Там же.

³ Там же.

⁴ Определение Конституционного суда РФ от 16.12.2004 № 394-О «По жалобе Генерального прокурора Российской Федерации на нарушение конституционных прав граждан пунктом 3 статьи 26 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» Доступ из системы «Гарант».

⁵ Определение Конституционного суда РФ от 27.01.2011 № 112-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Климиной Юлии Александровны на на-

ный суд РФ не нашел оснований для принятия жалобы к рассмотрению в связи с тем, что прекращением производства по делу об административном правонарушении в связи с истечением срока давности виновный не освобождается от обязательства по возмещению вреда и не исключается обращение потерпевшего с целью защиты своих прав в порядке гражданского судопроизводства¹.

Суды общей юрисдикции отмечают и иные препятствия в реализации прав и законных интересов потерпевшего. Например, рассмотрение жалобы по делу об административном правонарушении в отсутствие не извещенных надлежащим образом потерпевших, что лишает их возможности пользоваться своими процессуальными правами (Решение Иркутского областного суда от 15.10.2013 по делу № 21-239/2013², Решение Пермского краевого суда от 16.05.2012 по делу № 21-251³), или же извещение потерпевших в день рассмотрения дела, при этом проживающих на значительном расстоянии от населенного пункта, в котором дело рассматривается (Решение Иркутского областного суда от 02.04.2013 по делу 7-32/2013⁴), неразъяснение прав потерпевшего, отражение потерпевшего в протоколах судебных заседаний в качестве свидетеля (Решение Новосибирского областного суда от 16.02.2010 № 7-51/2010⁵, п. 5 раздела VI Бюллетеня Судебной коллегии по гражданским делам Липецкого областного суда (третий квартал 2013 г.)⁶).

Резюмируя, отметим, что существуют разного рода юридические препятствия в реализации прав и законных интересов потерпевших: как нормативные, так и правореализационные. «На органах публичной власти лежит основная обязанность по обеспечению прав и свобод личности. И все же не только на них»⁷. Как закрепляется в пункте

рушение ее конституционных прав пунктом 6 части 1 статьи 24.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях». Доступ из системы «Гарант».

¹ Там же.

² Решение Иркутского областного суда от 15.10.2013 по делу № 21-239/2013. Доступ из системы «Гарант».

³ Решение Пермского краевого суда от 16.05.2012 по делу № 21-251. Доступ из системы «Гарант».

⁴ Решение Иркутского областного суда от 02.04.2013 по делу 7-32/2013. Доступ из системы «Гарант».

⁵ Решение Новосибирского областного суда от 16.02.2010 № 7-51/2010. Доступ из системы «Гарант».

⁶ Бюллетень Судебной коллегии по гражданским делам Липецкого областного суда (третий квартал 2013 г). Доступ из системы «Гарант».

⁷ Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. Красноярск, 2005. С. 114.

11 Постановления Пленума ВС РФ от 29.06.2010 № 17 при наличии к тому оснований, судам следует принимать меры для оказания помощи потерпевшему в собирании доказательств, таких как получение документов, истребование справок. И иные органы должны проявлять внимание к потерпевшему. И сам потерпевший должен проявлять активность и заинтересованность в деле.

«В XXI веке предстоит решить не менее глобальную задачу – гарантировать наиболее полную реализацию прав и свобод¹». Необходимы в том числе меры по совершенствованию правового статуса потерпевших. «Однако анализ положений Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 432-ФЗ приводит к выводу, что некоторые из них не только не способствуют совершенствованию прав потерпевшего, но наоборот – приносят в уголовное судопроизводство дополнительные виды ответственности потерпевшего...»². В производстве по делам об административных правонарушениях согласно приведенной выше судебной практике нередко вовсе забывают о лице, которому правонарушением причинен вред.

В заключение хотелось бы обратиться к словам Валерия Дмитриевича Зорькина из уже цитируемой статьи «Конституционный вектор России»: «И главное, что напрямую относится к нашей сегодняшней теме, недооценивают огромный, далеко не исчерпанный правовой потенциал Конституции. Уверен, что если у нас что-то и не получается с точки зрения высоких требований современного конституционализма, то главные причины надо искать вовсе не в тексте Конституции. У нас много претензий к Конституции, но Конституция имеет еще больше претензий к нам»³.

¹ Шафиров В. М. Указ. соч. С. 227.

² Зайцева Е. А. Трижды потерпевший // Законность. 2015 № 1. С. 35.

³ Зорькин В. Д. Указ. соч.

ГЛАВА 2

Отраслевые и межотраслевые проблемы идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

2.1. Влияние теоретических аспектов конституционного принципа презумпции невиновности на решение проблем в сфере обеспечения национальной безопасности и решение проблем обеспечения и защиты прав и свобод человека Конституционным судом Российской Федерации

(В. М. Абдрашитов)

На современном этапе развития общества и государства проблема обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина перестала быть вопросом каждого отдельного государства или их альянсов, отдельных международных организаций. Думается, что в период глобальных угроз терроризма, природных и антропогенных катастроф, экономических санкций и финансовых столкновений это дело всего мирового сообщества, всех цивилизованных государств, однако при обязательном соблюдении принципов современного международного права и в первую очередь принципа государственного суверенитета. Международное сотрудничество в области обеспечения глобальной безопасности и защиты прав и свобод человека движется на современном этапе развития государства и права сразу по двум направлениям. Одно из них характеризуется разработкой и принятием общих и специальных актов в области закрепления прав человека, а другое – сотрудничеством государств в области создания реального механизма защиты прав человека, контроля за их соблюдением, универсальных актов по обеспечению как глобальной, так и национальной безопасности.

Создание комплексной системы обеспечения и защиты зафиксированных в международно-правовых актах и в национальном законодательстве прав и свобод человека и системы международных органов, наделенных функциями международного контроля за деятельностью государств в сфере обеспечения прав и свобод человека, является важнейшей функцией международного гуманитарного права¹. Одной из характерных особенностей развития сотрудничества государств в области прав человека на современном этапе является создание системы международного контроля за претворением в жизнь взятых ими на себя юридических обязательств.

Его учреждение и функционирование является одним из наиболее значительных достижений в регулировании аспектов международной безопасности, а также прав человека второй половины двадцатого века², которые находят свое подтверждение в национальных актах.

Так, Конституция РФ в первой главе «Основы конституционного строя» декларирует положение о том, что «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»³. Данное положение – одна из фундаментальных основ конституционного строя РФ. Понятием «высшая ценность» не определяется никакая другая основа конституционного строя. Положение о правах и свободах вынесено в число первых, провозглашенных Конституцией, думается, далеко не случайно. Место этого института обусловлено тем, что права, свободы человека признаются высшей ценностью. Важнейшей гарантией обеспечения и защиты прав и свобод человека выступает принцип презумпции невиновности. Напомним, что принцип презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ) является одним из основополагающих для демократического устройства общества в целом, а не только для современного уголовного судопроизводства. В Конституции Российской Федерации термина «презумпция невиновности» как такового нет, однако косвенно об этой норме говорится во второй главе, которая называется «Права и свободы человека и гражданина». Так, в ст. 49 Основного закона читаем:

¹ Европейская конвенция о защите основных прав и свобод // Сборник международных документов «Права человека». Разд. 5. 1990. С. 89.

² Права человека: Сборник международных документов. Хельсинский Фонд по правам человека. Варшава, 2001. С. 308–309.

³ Конституция РФ 1993 г. Ст. 2.

1. Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда.

2. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность.

3. Неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого.

Иными словами, если вас не осудили, а виновность не доказана в предусмотренном федеральным законом порядке, не установлена вступившим в законную силу приговором суда, то вы не преступник, в отношении вас нельзя совершать никаких ограничивающих прав и свобод, тем более силовых, насильственных действий.

Напомним также, что Основной закон доминирует над всеми остальными актами, включая, Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы РФ, и если те противоречат ему, то именно их следует изменять. Впрочем, правосудие в нашей стране осуществляется в строгом соответствии с Конституцией – этот принцип отмечен в обоих кодексах и является основополагающим. К этому стоит добавить, что во «Всеобщей декларации прав человека», принятой и провозглашенной резолюцией 217А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г., указано следующее:

- каждый человек, где бы он ни находился, имеет право на признание его правосубъектности (ст. 6);

- каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты (ст. 11 ч. 1).

Рассмотрев ту форму, в которой выражен данный принцип, обратимся к анализу его содержания. За относительной простотой формулы презумпции невиновности и формулировки этого принципа в ст. 11 Декларации кроются серьезные проблемы для правоприменителей внутреннего законодательства¹. Они связаны с интерпретацией в конституциях и иных конституционных актах, с их реализацией в жизни, что можно обнаружить на противоречивых подходах понимания и использования принципа презумпции невиновности в России, выраженного в Конституции РФ в ст. 49, где, в отличие от ст. 11 Все-

¹ Зименко Б. Международное право в судебной практике России: гражданское и административное судопроизводство // Российская юстиция. № 11. 2003. С. 4.

общей декларации, акцент делается на совершенно другом аспекте. Поскольку особенность любой декларации состоит в том, что в ней изложены права, свободы и возможности людей в различных областях человеческой активности¹, во Всеобщей декларации принцип презумпции невиновности выражен в виде права на то, чтобы «**считаться невиновным**», а не так, как он выражен в Конституции РФ. Причем при всей жесткости и категоричности формы выражения презумпция невиновности в России «...работает через раз или даже от случая к случаю, а формула Всеобщей декларации работала, работает и наверняка будет работать»².

Категоричность и жесткость выражения презумпции невиновности в российском варианте полностью компенсируется завершающей частью, а именно: «...пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда» (ст. 49 п. 1 Конституции РФ).

В этой связи хотелось бы отметить как не самый удачный выход из сложной ситуации, выраженный в Конституции РФ, т. е. отсылка к федеральному закону³, так и несовершенство самого федерального закона – УПК РФ⁴, в свете выражения смысла, содержания и процедуры реализации⁵ принципа презумпции невиновности⁶. Однако вернуться к рассмотрению вопроса о принципе презумпции невиновности в рамках его выражения во Всеобщей декларации 1948 года. Выражению данного принципа предшествует положение, согласно которому «каждый имеет право на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом» (ст. 10 Всеобщей декларации), что является существенной гарантией в защите и осуществлении права на защиту в

¹ Мовчан А. П. Права человека и международные отношения. М., 1982. С. 36.

² Rawlson J. M. A Theory of Justice. N.Y., 1995. P. 207; Lotter H. C. Justice and Human Rights in the USA. N.Y., 1994. P. 280.

³ Разногласия по этим и многим другим вопросам обуславливают существование неодинаковых определений презумпции невиновности в международных актах, в Конституции РФ (ст. 49), в УПК ряда стран, в Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств – участников СНГ от 17 февраля 1996 г. (ст. 23), в основных работах ученых по данной проблематике и в толковых и юридических словарях.

⁴ Демидов В. Обеспечить положение потерпевшего реальными правами // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 20.

⁵ Казанцев Л. Право снимать копии с материалов уголовного дела принадлежит защитнику и до окончания предварительного расследования // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 25.

⁶ Сухина И. Конституционные презумпции в сфере прав и свобод человека и гражданина // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 11.

судебном порядке. Остановимся на рассмотрении самой формулы презумпции невиновности в ст. 11.

Обращает на себя внимание сразу несколько моментов, вызывающих серьезный научный интерес:

а) «...**имеет право** считаться невиновным...»,

б) «...пока **его виновность не будет установлена законным порядком** путем гласного судебного разбирательства...» и

в) «...ему обеспечиваются **все возможности для защиты**».

Рассмотрим первое положение. Оно продиктовано декларативным характером самого документа и, поскольку выход за рамки и возможности характера изложения невозможен, сразу становится понятным, почему принцип презумпции невиновности выражен именно так: «...имеет право считаться невиновным...». Потому что такое право есть у каждого человека.

Обратимся к рассмотрению второго положения. Оно непосредственно связано с формой логической передачи формулы принципа презумпции невиновности, а именно: «положение верно и справедливо, пока не установлено обратное», т. е. его неверность и несправедливость, а верность утверждения «невиновный» будет существовать до тех пор, пока не будет на основании правовых понятий судом установлена виновность лица¹, а, следовательно, это приведет к утверждению суда: «виновен» или «виновный»². Причем процесс установления виновности или невиновности лица путем надлежащего доказывания будет осуществляться только путем открытого, т. е. публичного и гласного судебного разбирательства, при котором будут выполняться все процессуальные требования, условия и даже формальности, на что указывает словосочетание «...законным путем...», полностью, как представляется, соответствующее по форме и содержанию конкретному понятию, отражающему универсальный принцип, существующий в американском доказательственном процессе «procedural due process»³ или просто «due process of law»⁴.

Немаловажным дополнением ко всему сказанному является гарантия предоставления каждому обвиняемому всех возможностей для

¹ Сухина И. Указ. соч. С. 13.

² Новицкий И. Б. Римское право. 4-е изд., стереотип. М., 1993. С. 24–25.

³ Procedural due process (англ.) – должный процедурный порядок, должный процедурный процесс, в российском варианте: «предусмотренный законом порядок».

⁴ Due process of law (англ.) – должный процесс права, законный порядок судебного разбирательства или судебного разбирательство, осуществляемое в соответствии с законодательством. См.: The Bill of Rights, amendment 5 "Rights in criminal cases" and amendment 14 "Civil rights".

защиты. Их можно определить как совокупность прав обвиняемого и его представителя (защитника) в рамках процесса, а также все иные возможности, которые предоставлены всем лицам, подозреваемым (обвиняемым) в совершении преступления, как во время процесса, так и после него¹ (т. е., иными словами, включая все то, что не запрещено законом). Это, думается, является особо важным и актуальным, поскольку презумпция невиновности действует до момента вступления в законную силу процессуального акта суда, вынесшего окончательное решение (вердикт)².

Таким образом, анализ формулы и формы выражения принципа презумпции невиновности во всеобщей Декларации прав человека 1948 г. позволяет сделать вывод о том, что данный вариант вышеуказанного принципа является наиболее удачным с точки зрения лингвистического построения и адекватно отражает содержание презумпции невиновности, основываясь на ее англо-американской модели.³ Именно эта формула, содержащаяся во Всеобщей декларации, легла в основу конституций большинства стран как базовая, генеральная линия, определяющая вектор дальнейшего развития гарантий и обеспечения прав и свобод человека и особенно права на судебную защиту (на настоящий момент насчитывается 87 конституций, принятых после 1948 г.; они содержат полный перечень фундаментальных прав, которые полностью или с небольшими изменениями воспроизводят все основные и дополнительные положения Всеобщей декларации, а другие были включены в них под ее влиянием или в их «духе». Не стала исключением и Россия, идущая медленной, но уверенной поступью к построению демократического правового государства с высокой степенью автономности и правообеспеченности каждого гражданина.

Итак, делая предварительный вывод и резюмируя все вышесказанное, можно заключить, что принцип презумпции невиновности прописан в таких международно-правовых нормативных актах, как:

- Всеобщая декларация прав человека, принятая 10 декабря 1948 г. (т. е. в главном международно-правовом документе);
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, 1950 г.;

¹ Boskini M. Justice is Justice: Law and Practice. N.Y., Cambridge, Oxford Press, 1996. P. 124.

² Rawlson J. M. A Theory of Justice. N.Y., 1995. P. 280.

³ Flinston M. H. American Constitutional Law. Mineola, N.Y., FPCS Press, Inc., 1993. P. 145.

- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, 1966 г.;
- Международный пакт о гражданских и политических правах, 1966 г.

Однако несмотря на это, в настоящий момент в области обеспечения и защиты прав и свобод человека существует уже давно назревшая, но все еще не разрешенная, являющаяся очень актуальной¹ как по своей сути, так и по содержанию необходимость сформулировать и в Конституции РФ, и в современном уголовно-процессуальном законодательстве РФ принцип презумпции невиновности (заметим для справедливости, уже закрепленный в ст. 14 УПК РФ) надлежащим образом, что, как представляется, диктуется осуществляемой в России в настоящий момент комплексной правовой и административной реформой².

Оценивая то, как дана формулировка принципа презумпции невиновности в УПК РФ, с позиций международного права вообще и международного процессуального права³ в частности, следует разрешить целый ряд вопросов, связанных с раскрытием содержания этого понятия. К их числу можно отнести:

1) является презумпция невиновности объективным правовым положением, выражающим отношение закона к вопросу о виновности лиц, в отношении которых фактически ведутся действия инкриминирующего характера, или она – субъективное мнение отдельных участников процесса по данному вопросу;

2) к кому следует относить презумпцию невиновности (к обвиняемому или к любому лицу, на которое падает подозрение в причастности к расследуемому преступлению);

3) как формулировать презумпцию невиновности: лицо «считается» или «предполагается» невиновным, либо «не считается» виновным;

4) что понимать под термином «в предусмотренном законом порядке» (считается ли лицо невиновным до вынесения органами предварительного расследования постановления о привлечении лица в ка-

¹ См.: ФЗ «О ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод» от 03.03.98 // Собрание законодательства РФ № 14, 06.04.98. Раздел 1. Ст. 1514.

² Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С. А. Пашин. М., 1992. С. 42.

³ Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод // Сборник международных документов «Права человека». М., 1990. С. 85.

честве обвиняемого, обвинительного заключения, обвинительного акта, постановления о прекращении уголовного дела или уголовного преследования по так называемым нереабилитирующим основаниям, либо до вынесения судом обвинительного приговора, либо до вступления приговора в законную силу, либо до принятия в установленном законом порядке иного решения);

5) на каких стадиях процесса действует презумпция невиновности (на всех ли стадиях, включая пересмотр приговоров, вступивших в законную силу, или ее действие прекращается после вступления приговора в законную силу);

6) как соотносится принцип презумпции невиновности и принцип обязательности исполнения приговора, вступившего в законную силу.

Разногласия по этим и многим другим вопросам обуславливают существование различных и далеко не одинаковых определений презумпции невиновности как в международных актах¹, так и в Конституции РФ (ст. 49), УПК ряда стран², Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств – участников СНГ от 17 февраля 1996 г. (ст. 23), работах многих советских и российских ученых³.

Сопоставление приведенных в указанных источниках формулировок показывает, что в одних случаях презумпция невиновности распространяется только на обвиняемого, а в других – как на обвиняемого, так и на подозреваемого, а иногда и на любое лицо, каждое лицо, привлекаемое к уголовной ответственности; в одних случаях лицо «считается» или «предполагается» невиновным, а в других – «не считается» виновным; в одних случаях обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока не доказано **обратное**, а в других случа-

¹ Хартия прав человека: Всеобщая декларация прав человека (п. 1 ст. 11); Международный пакт о гражданских и политических правах (п. 2 ст. 14); Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (п. 2 ст. 6), Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека (п. 2 ст. 6).

² См.: УПК Беларусь – УПК РБ (ст. 16); УПК Республики Узбекистан – УПК РУ (ст. 23); УПК Республики Казахстан – УПК РК (ст. 19); УПК Кыргызской Республики – УПК КР (ст. 15).

³ См.: Полянский Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 182; Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 183–184; Якуб М. Л. Демократические основы советского уголовного процесса. М., 1960. С. 114; Мотовиловкер Я. О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. Ярославль, 1978. С. 44; Савицкий В. М. Проблемы социалистического правосудия в свете Новой Конституции СССР // Проблемы правосудия и уголовного права. М., 1978. С. 10; Гуляев А. П. Комментарий к УПК РФ / под общ. ред. В. В. Мозякова. М., 2002 и др.

ях – до вынесения судом обвинительного приговора или до вступления приговора в законную силу и т. д. За такими, казалось бы, терминологическими расхождениями скрываются вопросы, которые имеют не формальное, а большое теоретическое и практическое значение. Для уяснения сущности и значения презумпции невиновности важно точно определить, кто считается невиновным – обвиняемый (подсудимый), подозреваемый или всякий гражданин. Ряд авторов, подразумевая под термином «обвиняемый» только лицо, привлеченное к уголовной ответственности в качестве обвиняемого, полагают, что в определение презумпции невиновности необходимо включить не только обвиняемого, но и подозреваемого¹. Думается, что сферу действия этого института не следует ограничивать указанием конкретной процессуальной фигуры (обвиняемый, подсудимый, подозреваемый – на эти категории лиц имеются указания в ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК РФ, ст. 16 УПК РБ, ст. 23 УПК РУ, ст. 15 УПК КР).

Представляется, что **презумпция добропорядочности каждого гражданина трансформируется в презумпцию невиновности** с момента появления в уголовном судопроизводстве лиц, невиновность которых вызывает сомнения у правоохранительных органов. Эти лица могут не выступать в качестве подозреваемого или обвиняемого. Не исключено, что они и не станут таковыми вообще.

Такого рода лица по УПК РФ называются по-разному: «лицо, в отношении которого прекращено уголовное преследование» (ст. 213 ч. 4); «лицо, привлекаемое к уголовной ответственности» (ст. 318 ч. 5 п. 4); «лицо, в отношении которого подано заявление» (ст. 319 ч. 3, 4); «лицо, сделавшее добровольное сообщение о совершенном им преступлении» (ст. 142 ч. 1); «лицо, к которому были применены принудительные меры медицинского характера» (ст. 133 ч. 2 п. 5); «лицо, подвергнутое мерам процессуального принуждения» (ст. 133 ч. 3); «свидетель, допрашиваемый об обстоятельствах, могущих быть использованными против него» (ст. 56 ч. 4 п. 1). Презумпция невиновности должна полностью распространяться и на этих лиц, т. к. понятие «обвиняемый» следует понимать в соответствии с Конвенцией по правам человека. Этот термин является более емким. Европейский суд склоняется при рассмотрении конкретных дел к выбору в пользу «содержательного», а не «формального» понятия «обвиняемый» в тексте п. 2 ст. 6. В свете и целях п. 2 ст. 6 Конвенции по правам чело-

¹ К их числу следует отнести Полянского Н. Н., Мотовиловкера Я. О.

века «обвиняемого» можно было бы определить как каждое лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, т. е. всякое лицо, невиновность которого в совершении преступления ставится под сомнение. Так этот вопрос урегулирован в МУПК (ч. 1, 2 ст. 23) и УПК РК (ч. 1, 2 ст. 19).

Необходимо также решить, что следует понимать под терминами: «установленный законом порядок», «в соответствии с требованиями уголовного судопроизводства». Формулировка этого элемента принципа презумпции невиновности в Конституции РФ (ст. 49 ч. 1), УПК РФ (ст. 14 ч. 1), УПК РБ (ст. 16 ч. 1), УПК РУ (ст. 23 ч. 1), УПК РК (ст. 19 ч. 1), УПК КР (ст. 15 ч. 1), МУПК (ст. 23 ч. 1) более конкретизирована по сравнению с Международным пактом о гражданских и политических правах и Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, где говорится просто о законном порядке признания лица виновным. На первый взгляд может показаться, что данному принципу, сформулированному в международных актах, противоречат правила Конституции РФ (ст. 49 ч. 1), УПК РФ (ст. 14 ч. 1) и других указанных выше источников, связывающие возможность признания лица виновным с обязательным проведением судебного разбирательства – стадии, где сосредоточены максимальные гарантии прав и законных интересов личности¹. Однако Европейские комиссия и суд по правам человека, толкуя термин «законный порядок» в формулировке презумпции невиновности, данной Конвенцией («Каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком» (ст. 6 ч. 2)), указали, что презумпция невиновности, воплощенная в п. 2 ст. 6, и различные права, неисчерпывающий перечень которых приводится в п. 3 ст. 6, являются составными элементами понятия справедливого судебного разбирательства по уголовным делам.² В приложении протокола № 11 к Конвенции по защите прав человека и основных свобод «Заголовки статей, подлежащие включению в текст Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» указано, что ст. 6 должна быть озаглавлена «Право на справедливое судебное разбирательство». Это

¹ Решения по делу Девеер против Бельгии, по делу Лутц против ФРГ, по делу Фенке против Франции, по делу Аллене де Рибемон против Франции, по делу Саундерс против Соединенного Королевства (См.: Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 308–310, 543, 790; Т. 2. М., 2000. С. 87, 312).

² Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 315.

означает, что решение вопроса о признании лица виновным по УПК РФ не противоречит п. 2 ст. 6 Конвенции о защите права человека и основных свобод¹. Тем более на это указано в ст. 11 Всеобщей декларации о правах человека, принятой ООН в 1948 г., где прямо отмечено, что виновность лица устанавливается путем судебного разбирательства. Практика Европейского суда по правам человека также свидетельствует о том, что лицо признается виновным независимым и беспристрастным судом при справедливом и публичном судебном разбирательстве. В этом отношении характерны решения по делам **Адольфа против Австрии, Минелли против Швейцарии**².

Возникает также вопрос, является ли презумпция невиновности объективным правовым положением, выражающим отношение закона к вопросу о виновности привлеченного к уголовной ответственности лица, или она – субъективное мнение отдельных участников процесса по данному вопросу. Сразу же надо рассеять обычно возникающие относительно презумпции невиновности недоразумения: как же обвиняемый может считаться невиновным до завершения расследования и судебного разрешения уголовного дела, когда он потому и привлечен в качестве обвиняемого, что в отношении его были собраны веские доказательства его виновности³. Презумпция невиновности вовсе не является выражением субъективного мнения того или другого субъекта уголовно-процессуальной деятельности, она является выраженным в законе объективным правовым положением⁴. Она не запрещает дознавателю, следователю, прокурору изобличать обвиняемого, доказывать его виновность. Однако этот общепризнанный принцип запрещает объявлять обвиняемого, каждое лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, виновным, поступать с ним как с преступником. Так, Европейский суд по делу **Минелли против Швейцарии** постановил: «Презумпция невиновности нарушается, если ранее виновность обвиняемого не была доказана по закону и, прежде всего, если он не имел возможности осуществить свои права на защиту...»⁵.

¹ Гуляев А. П. Комментарий к УПК РФ / под общ. ред. В. В. Мозякова. М., 2002. С. 51.

² Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 317.

³ Там же. С. 710.

⁴ Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека (Практика и комментарии). Пер. с англ. М., 1997. С. 438–444.

⁵ Заслугой М. С. Строговича является отстаивание им понимания принципа презумпции невиновности как объективного правового положения (см.: Строгович М. С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М.; Л., 1947. С. 236).

Этот суд также часто заявлял, что предварительное содержание под стражей не должно использоваться в качестве предварительного наказания (решение по делу Летелье от 26 июня 1991 г., решение по делу Томази от 27 августа 1992 г.)¹.

Презумпция невиновности как объективное правовое положение означает, что закон считает лицо, привлеченное к уголовной ответственности, невиновным, пока те, кто считает его виновным, не докажут, что он действительно виновен, и его виновность не будет установлена вступившим в законную силу решением суда. Анализ ч. 1 ст. 14 УПК РФ позволяет выделить два неразрывно связанных между собой признака:

1) признак доказанности виновности в предусмотренном настоящим Кодексом порядке;

2) признак установления виновности вступившим в законную силу приговором суда.

Может показаться, что такая формулировка данного принципа в УПК РФ по сравнению с международными актами ставит обвиняемого в менее выгодное положение, поскольку его формулировка в Международном пакте о гражданских и политических правах (ч. 2 ст. 14) и в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (п. 2 ст. 6) акцентирует только доказанность (установленность) виновности законным порядком, не связывая этот признак с конкретным решением суда о признании лица виновным. Однако и по международным актам можно сделать вывод, что вопрос о виновности решается в судебном документе, который объявляется публично (п. 1 ст. 6 Конвенции, ч. 1 ст. 14 Пакта), так как презумпция невиновности является одним из элементов справедливого судебного разбирательства.

Отмечая это, следует сказать, что Европейский суд по правам человека считает, что посягательство на презумпцию невиновности может исходить не только от судьи или от суда, но и от всех остальных органов государства², т. е. сфера применения этого принципа шире: он обязателен не только для уголовного суда.

В этой связи УПК РФ в свете Конвенции по правам человека требует от всех до вступления приговора в законную силу относится к лицу, привлеченному к уголовной ответственности, не как к виновному в уголовно-правовом смысле. До вынесения обвинительного

¹ Дженис М. и др. Указ. соч. С. 446.

² Там же. С. 699, 757.

приговора и вступления его в законную силу обвиняемый еще не считается законом виновным и поэтому к нему не могут быть применены меры уголовного наказания или, используя фразеологию судебного решения Европейского суда по делу **Лутц против ФРГ**, меры, ему равносильной¹.

В этом отношении примечательно также высказывание Европейского суда по делу **Саундерс против Соединенного Королевства**, смысл которого заключается в том, что предварительное расследование по объему гарантий прав личности отличается от судебной процедуры, установленной ст. 6 Конвенции². Поэтому лицо может быть признано виновным только в судебном порядке со всеми вытекающими уголовно-правовыми последствиями.

Принцип презумпции невиновности определяет правовой статус лица, привлеченного к уголовной ответственности, не только в уголовном процессе, но и во всех общественных отношениях, в которых он выступает в качестве субъекта. При отсутствии вступившего в законную силу обвинительного приговора суда за лицом, даже если оно содержится под стражей, сохраняются трудовые, семейные и иные права и свободы человека и гражданина. Между тем из этого признания не вытекает, что лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, до вступления судебного решения в законную силу в уголовно-процессуальном смысле считается невиновным.

При наличии обоснованного подозрения о совершении преступления данным лицом предусматривается возможность ограничения некоторых прав этого лица (например, права на свободу передвижения, на личную свободу и т. д.) в предусмотренном законом порядке. Совместимы ли такие меры с презумпцией невиновности? Цель этих правоограничений заключается не в карательном или исправительном воздействии на лицо, привлеченное к уголовной ответственности, а в создании условий для законного и обоснованного разрешения уголовного дела. Наиболее существенное, чем отличаются меры процессуального принуждения от уголовного наказания, – их условный, временный характер. Решения о мерах процессуального принуждения исполняются лишь постольку, поскольку существуют обстоятельства, которыми они вызваны, а если данные обстоятельства миновали, то они должны быть отменены. Из изложенного вытекает, что следователь, дознаватель и прокурор должны устанавливать, доказывать ви-

¹ Там же. С. 87.

² Там же. С. 545.

новность обвиняемого, но объективная доказанность его виновности в стадии предварительного расследования не прекращает действия презумпции невиновности как объективного правового положения, так как лицо, привлеченное к уголовной ответственности, по закону в уголовно-правовом смысле считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена вступившим в законную силу решением суда.

На вопрос о том, кто должен считать (признавать) виновным лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, государство или закон, следует ответить, что лицо признается виновным законом, а не государством, так как понятие «государство» обычно ассоциируется с правоохранительными органами и их должностными лицами – работниками органов дознания, следователями, прокурорами или судьями. Однако эти органы и должностные лица действуют строго в рамках, установленных законом. Вопрос о виновности положительно решается не только при вынесении таких решений, как:

- 1) привлечение лица в качестве обвиняемого;
- 2) обвинительное заключение;
- 3) обвинительный акт.

Этот вопрос положительно решается при принятии решения о прекращении уголовного дела или уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям. В связи с этим были предложения запретить освобождение от уголовной ответственности в стадии предварительного расследования и освобождать от уголовной ответственности только по приговору суда¹. Прекращение уголовного дела или уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям не означает, что презумпция невиновности после этого полностью прекращает свое действие, и лица, в отношении которых состоялись подробные решения, считаются виновными. В этих случаях имеет место лишь установление виновности лица для целей прекращения дела или преследования, а не признание его виновным в совершении преступления приговором суда².

¹ Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 2. М., 2000. С. 313.

² Савицкий В. М. Правосудие и личность // Советское государство и право, 1983, № 5. С. 59–60; Нажимов В. П. Право обвиняемого на защиту и презумпция его невиновности в советском уголовном процессе // Вопросы осуществления правосудия по уголовным делам. Вып. 10. Калининград, 1982. С. 15; Ларин А. М. Презумпция невиновности. М., 1983. С. 119; Гуляев А. П. В кн.: Комментарий к УПК РФ / под общ. ред. В. В. Мозякова. М., 2002. С. 56 и др.

Здесь уместно сослаться на дело **Лутц против ФРГ**, анализ которого позволяет сделать вывод о различном решении вопроса о виновности на разных этапах уголовного процесса до судебного разбирательства и во время судебного разбирательства. По данному делу, которое было прекращено в связи с истечением срока давности до судебного разбирательства, Европейский суд поддержал правительство ФРГ в том, что, прекращая дело до судебного разбирательства, остаются серьезные подозрения относительно г-на Лутца в совершении правонарушения, и если бы срок давности не истек, то обвиняемый, вероятнее всего, был бы признан виновным и осужден¹.

Признание лица виновным означает его осуждение судом, вынесение в отношении него обвинительного приговора как с назначением, так и без назначения наказания, наступление уголовной ответственности, претерпевание отрицательных последствий принуждения, даже и при освобождении от отбывания наказания, т. е. наступление для виновного уголовно-правовых последствий за совершенное им преступление. Установление же виновности лица не связывается законом с возможностью наступления уголовно-правовых последствий, а влечет только уголовно-процессуальные последствия. Это выражается, например, в том, что такие лица не имеют судимости, не могут именоваться совершившими преступление и т. д.

Практика Европейского суда по правам человека, в частности, предусматривает возможность прекращения дела обвинением на предварительном расследовании по малозначительным преступлениям в случае, если само лицо отказывается от своего права на судебную защиту, либо по иным основаниям, когда расследование не считает возможной передачу дела в суд, однако сам факт прекращения дела не должен повлечь для лица каких-либо последствий, косвенно указывающих на его вину. В этом отношении показательны, например, два противоположных дела. Так, по делу **Минелли против Швейцарии** при прекращении в связи с истечением срока давности на обвиняемого возложили основную часть издержек и часть расходов частных обвинителей. Европейский суд по данному делу выявил нарушение п. 2 ст. 6 Конвенции (презумпции невиновности), оценив возложенные расходы как наказание². По делу **Лутц против ФРГ** Европейский суд, ссылаясь на свое разъяснение Конвенции, что п. 2 ст. 6 не обязывает Договаривающиеся Государства возместить лицу,

¹ Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 545.

² Там же. С. 550.

обвиняемому в совершении преступления, его убытки, если уголовное преследование было прекращено¹, не выявил нарушений презумпции невиновности, так как отказ от оплаты издержек и расходов г-на Лутца не приближается к наказанию или к мере, равносильной наказанию². Именно это положение было взято за основу Конституционным судом РФ при рассмотрении дела о конституционности ст. 6 УПК РСФСР. В своем Постановлении от 28 октября 1996 г. суд отметил, что «решение о прекращении уголовного дела не подменяет собой приговор суда и, следовательно, не является актом, которым устанавливается виновность обвиняемого в том смысле, в каком это предусмотрено статьей 49 Конституции Российской Федерации».

Итак, сравнительный анализ положений нового российского УПК РФ с позиций международных норм и стандартов позволяет предложить следующую редакцию определения конституционного принципа презумпции невиновности: каждое лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, считается законом невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана в ограничиваемый срок, в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу судебным актом³, имеющим окончательное значение по делу. Более того, исходя из содержания положений п. 4 ст. 15 и ст. 46 Конституции РФ, каждому гражданину предоставлено право на судебную защиту как в рамках российской судебно-правовой системы, так и в межгосударственных судебных органах защиты прав и свобод, при условии того, что к моменту обращения в последние инстанции исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

К указанному следует добавить, что согласно ст. 1 и 7 Конвенции государство после ратификации положений ЕК принимает на себя двойное обязательство: не только исполнять запрет сторонами по делу на оговорки общего характера, но и последовательно модернизировать собственное законодательство, правоприменительную практику и принимать соответствующие исполнительные мероприятия на основе постановлений Европейского суда по правам человека. Более того, указанные государства в первую очередь должны незамедли-

¹ Там же. С. 579.

² Там же. С. 586.

³ Под судебным актом в данном контексте понимается приговор, решение апелляционной, кассационной, надзорной инстанций, суда при рассмотрении дела о возобновлении производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, которые имеют окончательное значение по делу.

тельно ликвидировать все имеющиеся нарушения прав и свобод и положения законодательных и иных актов. Таким образом, в соответствии с положениями п. 4 ст. 15, 46 Конституции РФ и ст. 1, 13, 57 ЕК, а также ФЗ «О ратификации ЕК о защите прав человека и основных свобод» от 30 марта 1998 года, на граждан РФ распространилась юрисдикция Европейского суда по правам человека, в который они получили возможность обращаться с жалобами на нарушения своих прав в силу признания РФ *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикции Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней. Думается, что далеко не лишним будет указать, что такое сближение и возникновение еще более тесных связей с европейской правовой и судебной системой, а также перенос международных принципов и норм на благодатную российскую почву уже начало давать свои определенно позитивные результаты. Конституционный суд РФ, Верховный суд РФ в своих правоприменительных актах все чаще приводят отдельные положения статей, идеи Международного пакта и Конвенции, прямо ссылаясь на международные акты, а в последние годы и непосредственно на решения Европейского суда по правам человека. Наиболее ярким примером, заслуживающим особого внимания, является постановление Конституционного суда РФ от 27 июня 2000 года по жалобе гражданина Маслова В.И., в котором Конституционный суд использовал полную трактовку ст. 6 Конвенции, данную неоднократно в ряде решений Европейского суда¹.

Также стоит отметить особо, что Европейский суд по правам человека неоднократно, последовательно и достаточно часто обращает внимание на многочисленные и постоянные ошибки, многие из которых приобретают системный характер и касаются в первую очередь ошибок российского судебно-правового механизма, судебной и исполнительной системы; на частые случаи неисполнения его постановлений. Представляется, что для качественной и эффективной защиты прав и свобод человека и гражданина в России очень важно внедрять влияние Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и непосредственно решений Европейского суда по правам че-

¹ Некоторые из них были указаны выше, а также см.: Постановление Конституционного суда РФ от 3 мая 1995 г. № 4-П по делу о проверке конституционности статей 220.1 и 220.2 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. А. Аветяна // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 19. Ст. 1764.

ловека на правозащитную деятельность российских судов различных уровней.

Помимо этого следует активно развивать и совершенствовать деятельность множества уже созданных, но недостаточно эффективно функционирующих специализированных правозащитных институтов, напрямую связанных с обеспечением, защитой и гарантированием прав, свобод и законных интересов человека и гражданина: это и уполномоченные по правам человека, и уполномоченные по правам детей, адвокатура, нотариат, третейские суды, корпоративные судебные органы, медиаторские образования и некоторые другие.

Таким образом, представляется, что чем лучше и качественнее будут обеспечиваться права и свободы граждан Российской Федерации, тем меньше будет проблем, в первую очередь, с национальной безопасностью как у нашего государства, так и у самих граждан России; они не будут искать защиты в международных судебных органах, тем самым не будут ронять престиж Российской Федерации в глазах всей международной общественности.

2.2. Юридические препятствия в обеспечении информационной безопасности личности

(С. В. Баринов)

Современное эффективное развитие России невозможно без интеграции в глобальное информационное общество. Информационное общество – это «специфическая форма социальной организации, в которой новые технологии генерирования, обработки и передачи информации стали фундаментальными источниками производительности и власти»¹.

Наблюдаемые процессы интеграции и унификации оказывают значительное влияние на информационные отношения. Под воздействием глобализации информационные потоки выходят за рамки национальных и интегрируются в мировое информационное пространство, чему в значительной степени способствует совершенствование в ходе информационной революции коммуникационных систем и способов использования космического пространства для передачи информации².

¹ Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество и культура. М.: ГУ ВШЭ, 2000. С. 29.

² См.: Чернов А. А. Становление глобального информационного общества: проблемы и перспективы. М., 2003. С. 14–15.

Хартия глобального информационного общества (Окинава, 22 июля 2000 г.) прямо утверждает, что «информационно-коммуникационные технологии (ИТ) являются одним из наиболее важных факторов, влияющих на формирование общества XXI века. Их революционное воздействие касается образа жизни людей, их образования и работы, а также взаимодействия правительства и гражданского общества».

Целью формирования и развития информационного общества в Российской Федерации является повышение качества жизни граждан, обеспечение конкурентоспособности России, развитие экономической, социально-политической, культурной и духовной сфер жизни общества, совершенствование системы государственного управления на основе использования информационных и телекоммуникационных технологий.

К числу основных задач, требующих решения для достижения поставленной цели, Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации (утв. Президентом РФ 07 февраля 2008 г. № Пр-212), в частности, относит совершенствование системы государственных гарантий конституционных прав человека и гражданина в информационной сфере.

Информационная сфера, в соответствии с Доктриной информационной безопасности Российской Федерации (утв. Президентом РФ 09.09.2000 № Пр-1895) (далее – Доктрина), представляет собой совокупность информации, информационной инфраструктуры, субъектов, осуществляющих сбор, формирование, распространение и использование информации, а также системы регулирования возникающих при этом общественных отношений.

К конституционным правам человека и гражданина в информационной сфере традиционно относят:

- право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ч. 4 ст. 29);
- запрет на сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия (ч. 1 ст. 24);
- предоставление возможности каждому ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, которую должны обеспечить органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица, если иное не предусмотрено законом (ч. 2 ст. 24);
- право на достоверную информацию о состоянии окружающей среды (ст. 42).

Статья 2 Конституции Российской Федерации устанавливает, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Следует также учитывать положения ч. 1 ст. 55 о том, что перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, в ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации содержатся положения о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. К таким международно-правовым нормам можно прежде всего отнести Всеобщую декларацию прав человека (утв. Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.), в которой впервые были отражены информационные права и свободы, и Конвенцию Совета Европы о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), которая развивает положения, закрепляющие информационные права и свободы.

Гарантии прав и свобод человека и гражданина включают условия, средства, меры, направленные на обеспечение осуществления, охрану и защиту этих прав и свобод. Одной из необходимых мер обеспечения осуществления прав и свобод человека и гражданина в информационной сфере является поддержание необходимого уровня информационной безопасности и непосредственно такой ее составляющей, как информационная безопасность личности.

В. Ю. Панченко обращает внимание на то, что правовые средства в позитивном смысле (с помощью которых удовлетворяются правомерные интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей) есть юридические гарантии нормального протекания процесса реализации прав и законных интересов, а правовые средства в негативном значении есть юридические препятствия этому процессу¹.

Юридические (правовые) препятствия он определяет как нормативно установленные и (или) юридико-фактические условия, осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя

¹ См.: Панченко В. Ю. Понятие юридических препятствий в реализации прав и законных интересов. Глава в коллективной монографии «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики» / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 100.

прав и законных интересов дополнительных, нормативно незапрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, но несоразмерных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат¹.

К юридическим препятствиям в обеспечении информационной безопасности личности следует отнести неопределенность (неясность) содержания самих норм права, регулирующих отношения в информационной сфере. Наличие препятствий-пробелов в законодательстве выражается, например, в отсутствии законодательно закрепленного определения ряда важнейших правовых категорий.

Например, настоящее время в законодательстве отсутствует понятие «безопасность».

В. Даль считал, что безопасность есть отсутствие опасности, сохранность, надежность². В словаре С. И. Ожегова безопасность – это «положение, при котором не угрожает опасность кому-чему-нибудь»³.

Можно привести в качестве примера другие определения безопасности:

Безопасность – свойство личности, общества и государства противодействовать угрозам опасности; безопасность – система мер, направленных на предотвращение опасности⁴.

Безопасность – деятельность людей, общества, государства, мирового сообщества народов по выявлению (изучению), предупреждению, ослаблению, устранению (ликвидации) и отражению опасностей и угроз, способных погубить их, лишить фундаментальных материальных и духовных ценностей, нанести неприемлемый (недопустимый объективно и субъективно) ущерб, закрыть путь для выживания и развития⁵.

Закон Российской Федерации от 5 марта 1992 г. № 2446-1 «О безопасности» определял безопасность как состояние защищен-

¹ См.: Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал № 3 (53) 2013. С. 12.

² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 1. М.: Русский язык. 1989. С. 67.

³ Ожегов С. И. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов / под. ред Н. Ю. Шведовой. 14-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1982. С. 40.

⁴ Белая книга российских спецслужб. М.: Обозреватель. 1996. С. 113.

⁵ Серебрянников В., Хлопьев А. Социальная безопасность России. М.: ИСПИ РАН. 1996. С. 16.

ности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз. Указанный закон утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности», который определяет основные принципы и содержание деятельности по обеспечению безопасности государства, общественной безопасности, экологической безопасности, безопасности личности, иных видов безопасности, предусмотренных законодательством Российской Федерации, полномочия и функции федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления в области безопасности, а также статус Совета безопасности Российской Федерации и при этом самого понятия «безопасность» не содержит.

В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года (Утв. Указом Президента РФ от 12.05.2009 № 537) (далее – Стратегия национальной безопасности) понятием «национальная безопасность» определяется состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз, которое позволяет обеспечить конституционные права, свободы, достойные качество и уровень жизни граждан, суверенитет, территориальную целостность и устойчивое развитие Российской Федерации, оборону и безопасность государства.

Однако закрепление определения «национальной безопасности» в Стратегии национальной безопасности нельзя считать полноценной заменой понятия «безопасность» в Федеральном законе. Юридический статус такого документа ниже, чем закон. Данное обстоятельство влияет на правоприменение.

Немного лучше выглядит ситуация с определением понятия «информация».

Происхождение слова «информация» относится к латинскому *informatio*, в переводе обозначающего «сведение, разъяснение, ознакомление». Значительное влияние на процесс наполнения термина «информация» дополнительным содержанием, которое отражало, прежде всего, ее коммуникативные свойства, оказывало широкое внедрение в жизнь информационных технологий и развитие кибернетики.

В словаре С. И. Ожегова «информация» определяется «как сведения об окружающем мире и протекающих в нем процессах, воспринимаемые человеком или специальными устройствами»¹.

¹ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 224.

В связи с необходимостью правового регулирования отношений в информационной сфере отечественный законодатель предпринял первую попытку дать определение понятия «информация» в Федеральном законе от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации». Под информацией указанный Закон понимал сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их предоставления. Однако, как отмечается правоведами, такое определение не содержало основных признаков информации, выражающих ее юридическую сущность¹.

Принятие Федерального закона от 7 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации) взамен прежнего, по мнению правоведов, позволило приблизить законодательство Российской Федерации к международной практике регулирования информационных технологий; унифицировать как с понятийной, так и содержательной точки зрения принципы и правила регулирования информационных отношений; заложить эффективную правовую основу создания и эксплуатации государственных и иных информационных систем; законодательно закрепить принципы использования информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе при международном информационном обмене².

Согласно положениям действующего законодательства, под информацией понимаются любые сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления. Как можно отметить, понятие «информация» в новом законе было представлено в более общем виде. Считается, что такое определение лучше охватывает юридический характер данного термина по сравнению с ранее действовавшим. В то же время вторая попытка законодателя признается вновь неудачной и высказываются справедливые опасения о том, что предложенное слишком абстрактное определение может стать результатом неточных толкований³.

¹ См.: Кузьмин В. П. Понятие и юридическая сущность информации и пути формирования информационного общества в России // Информационное право. 2009. № 2. С. 3.

² См.: Просвирнин В. Г., Просвирнин Ю. Г. Понятие и правовые основы информационных технологий // Юридические записки. 2012. № 2 (25). С. 151.

³ См.: Зейналов З. З. Проблемы определения информации как объекта информационных правоотношений // Информационное право. 2010. № 1. С. 10.

Довольно тесно с понятием «информация» связано понятие «сведения», которые понимаются как познания в какой-нибудь области, известия, сообщения, знания, представление о чем-нибудь¹. В определении, предлагаемом законодателем, информация выступает как обобщающая величина различных сведений (сообщений, данных). В таком случае определить грань перехода отдельных сведений в полноценную информацию сложно и, по-видимому, опираться следует на категорию их достаточности для возможности на их основе прийти к определенному умозаключению.

Рассмотренные выше понятия «безопасность» и «информация» являются основополагающими для определения категории «информационная безопасность», которая активно изучается правоведами.

А. А. Малюк понимает информационную безопасность как состояние рассматриваемой системы, при котором она, с одной стороны, способна противостоять дестабилизирующему воздействию внешних и внутренних информационных угроз, а с другой – ее функционирование не создает информационных угроз для элементов самой системы и внешней среды².

Т. В. Закупень отмечает, что информационная безопасность представляет собой социальное, а не чисто техническое явление. Ее нельзя отождествлять с применением специальных технических средств и методов для защиты информации от несанкционированного доступа, похищения, уничтожения и т. д.³

А. В. Еркин дает определение информационной безопасности для информационного общества – «это состояние рассматриваемой системы управления, при котором ее информационная инфраструктура не дестабилизируется под воздействием внешних и внутренних угроз; восприятие результата ее деятельности во внешнем окружении является объективным»⁴.

По мнению Л. И. Шершнева, «информационная безопасность – способность государства, общества, социальной группы, личности

¹ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 623.

² См.: Малюк А. А. Информационная безопасность: концептуальные и методологические основы защиты информации: учеб. пособие для вузов. М.: Горячая линия – Телеком, 2004.

³ Закупень Т. В. Понятие и сущность информационной безопасности и ее место в системе обеспечения национальной безопасности РФ // Информационные ресурсы России, 2009. № 4. С. 28–34.

⁴ Еркин А. В. Понятия «информация» и «информационная безопасность»: от индустриального общества к информационному // Информационное общество, 2012. № 1. С. 73.

обеспечить с определенной вероятностью достаточные и защищенные информационные ресурсы и информационные потоки для поддержания жизнедеятельности, устойчивого функционирования и развития, противостоять информационным опасностям и угрозам, негативным информационным воздействиям на индивидуальное и общественное сознание и психику людей, а также на компьютерные сети и другие технические источники информации, вырабатывать личностные и групповые навыки и умения безопасного поведения, поддерживать постоянную готовность к адекватным мерам в информационном противоборстве, кем бы оно ни было навязано»¹.

Доктрина определяет информационную безопасность Российской Федерации как состояние защищенности ее национальных интересов в информационной сфере, определяющихся совокупностью сбалансированных интересов личности, общества и государства. В приведенном определении, на наш взгляд, прослеживается четкая связь с определением «безопасности», которое содержал Закон РФ «О безопасности», и прямо выводится из него с выделением специфики регулируемых правоотношений.

Информационная безопасность Российской Федерации является одной из составляющих национальной безопасности Российской Федерации и оказывает влияние на защищенность национальных интересов Российской Федерации в различных сферах жизнедеятельности общества и государства.

Согласно Стратегии национальной безопасности, национальные интересы Российской Федерации – это совокупность внутренних и внешних потребностей государства в обеспечении защищенности и устойчивого развития личности, общества и государства.

На основе национальных интересов Российской Федерации в информационной сфере формируются стратегические и текущие задачи внутренней и внешней политики государства по обеспечению информационной безопасности.

Разделение национальных интересов в информационной сфере на такие элементы, как интересы личности, общества и государства, в Доктрине можно принимать с определенными условностями. Употребление термина «личность» в данном случае является несомненным синонимом понятия «человек», используемом в нормативно-правовых актах. Тем более что сама Доктрина утверждает, что интересы лично-

¹ Шершнев Л. И. Информационная безопасность России // Безопасность: информ. сб. 1993. № 11–12. С. 49–50.

сти в информационной сфере заключаются в реализации конституционных прав человека и гражданина на доступ к информации, на использование информации в интересах осуществления не запрещенной законом деятельности, физического, духовного и интеллектуального развития, а также в защите информации, обеспечивающей личную безопасность. Таким образом, реализация прав каждого человека в информационной сфере признается одной из составляющих информационной безопасности России. Поэтому мы считаем верным выделение А. А. Стрельцовым таких составляющих информационной безопасности России, как «информационная безопасность человека», «информационная безопасность общества» и «информационная безопасность государства»¹.

Закон РФ «О безопасности» содержал определение понятия «жизненно важные интересы», под которыми понималась совокупность потребностей, удовлетворение которых надежно обеспечивает существование и возможности прогрессивного развития личности, общества и государства. Некоторые авторы предпринимали попытки раскрыть содержание указанного понятия применительно к интересам личности в информационной сфере². Однако при всем уважении к институтам прав на поиск, получение, производство и распространение информации, на неприкосновенность частной жизни, на защиту прав на объекты интеллектуальной собственности и т. д. считаем отнесение их к «жизненно важным интересам» личности преувеличением.

По мнению С. В. Иванова, информационная безопасность личности – это «состояние высокой степени защищенности личности, при котором гарантируется реализация ее прав и свобод в информационной сфере, и максимально снижен риск негативного воздействия на неё внутренних и внешних угроз»³.

Г. Г. Гафарова и В. В. Смелянская более критичны в подходе к размерам негативного воздействия и считают, что информационная безопасность характеризуется отсутствием угрозы причинения вреда

¹ Стрельцов А. А. Обеспечение информационной безопасности России. Теоретические и методологические основы / под ред. В. А. Садовниченко и В. П. Шерстюка. М.: МНЦМО, 2002. С. 52–57.

² См., напр.: Ковалева Н. Н. Информационное право России: учеб. пособие. М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и Ко», 2007. С. 109.

³ Иванов С. В. Правовое регулирование информационной безопасности личности в Российской Федерации // Вестник Екатеринбургского института. № 1 (25). 2014. С. 50.

информации, которой владеет личность, и угрозы нанесения вреда личности информацией¹.

Если считать, что информационная безопасность – идеальная цель, на достижение которой направлены меры, предпринимаемые субъектами ее обеспечения, то подход Г. Г. Гафаровой и В. В. Смелянской следует признать более приемлемым. Введение С. В. Ивановым такого критерия информационной безопасности, как «максимальное снижение риска негативного воздействия», может быть использовано в качестве установления уровней информационной безопасности в каком-либо конкретном случае.

Нельзя считать удачным, на наш взгляд, определение понятия «информационная безопасность личности» как «состояние и условия жизнедеятельности личности, при которых реализуются ее информационные права и свободы»². Очевидно, что реализация информационных прав и свобод личности в определенной степени может происходить при негативных обстоятельствах, прямо или косвенно угрожающих ее интересам. Считаем, что в таких условиях можно вести речь только об уровне обеспечения информационной безопасности личности.

В содержании информационной безопасности личности отдельными исследователями выделяются:

- информационно-техническая безопасность, под которой понимается «защищенность информации и поддерживающей инфраструктуры от случайных или преднамеренных воздействий естественного или искусственного характера, чреватых нанесением ущерба владельцам или пользователям информации и поддерживающей инфраструктуры»³;

- информационно-идеологическая безопасность, определяемая как защищенность личности от преднамеренного или непреднамеренного информационного воздействия, имеющего результатом нарушение прав и свобод в области создания, потребления и распространения информации, пользования информационной инфраструктурой и ресурсами, противоречащими нравственным и этическим нормам, оказывающими деструктивное воздействие на личность, имеющими

¹ См.: Гафарова Г. Г., Смелянская В. В. Информационная безопасность личности // Безопасность личности: состояние и возможности обеспечения: материалы конференции 10-11 мая 2012 г. С. 57.

² Ковалева Н. Н. Указ. соч. С. 109.

³ См.: Галатенко В. А. Информационная безопасность // Открытые системы. 1996. № 1 (15). С. 38–43.

негласный (внечувственный, неосознанный) характер, внедряющими в общественное сознание антисоциальные установки¹;

- информационно-психологическая безопасность личности – «состояние защищенности ее психики от действия многообразных информационных факторов, препятствующих или затрудняющих формирование и функционирование адекватной информационно-ориентировочной основы социального поведения человека (и в целом жизнедеятельности в обществе), а также адекватной системы его субъективных (личностных, субъективно-личностных) отношений к окружающему миру и самому себе»²;

- информационно-правовая безопасность личности – «состояние защищенности права человека искать, получать, передавать, производить и распространять информацию, а также права на неприкосновенность информации о частной жизни»³.

Не останавливаясь подробно на различиях в трактовке приведенных выше элементов, отметим, что попытки их теоретического обоснования являются безусловным доказательством сложности и многоаспектности правовой категории «информационная безопасность личности».

Ближайшим по значению к «информационной безопасности личности» определением, закрепленным в законодательстве, следует считать понятие «информационная безопасность детей», которое содержит Федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» (далее – ФЗ № 436).

Согласно положениям ч. 1 ст. 54 Семейного кодекса Российской Федерации, ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия). Очевидно, что возрастным критерий для человека является относительной величиной для установления полной дееспособности, что подтверждает, например, институт эмансипации несовершеннолетних. Именно поэтому нормы, устанавливаемые в ФЗ № 436, должны являться основой для правотворчества при регулировании отношений, обеспечивающих информационную безопасность личности.

¹ См.: Ковалева Н. Н. Указ. соч. С. 110–111.

² Грачев Г. В. Информационно-психологическая безопасность личности: состояние и возможности психологической защиты. М.: Изд-во РАГС, 1998. С. 15.

³ Тамодлин А. А. Государственно-правовой механизм обеспечения информационной безопасности личности: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 7.

Согласно положениям ст. 2 ФЗ № 436, «информационная безопасность детей» представляет собой состояние защищенности, при котором отсутствует риск, связанный с причинением информацией вреда их здоровью и (или) физическому, психическому, духовному, нравственному развитию. Таким образом, законодатель также признает безопасностью не максимальное снижение риска, а его отсутствие.

На основе проведенного анализа теоретической базы можно сформулировать правовое определение понятия «информационная безопасность личности» как *состояние защищенности, при котором отсутствует риск, связанный с причинением информацией вреда здоровью и (или) физическому, психическому, духовному, нравственному развитию человека.*

Обеспечение информационной безопасности личности заключается в проведении целого комплекса мероприятий, направленных на выявление, предупреждение и устранение соответствующих угроз.

К угрозам информационной безопасности личности относятся:

- 1) угроза конфиденциальности информации, оставляемой человеком в различных сетевых коммуникациях;
- 2) угроза достоверности информации, получаемой пользователем;
- 3) угроза полноте информации, получаемой пользователем;
- 4) угроза актуальности информации, получаемой пользователем;
- 5) угроза «информационного голода»;
- 6) угроза избыточности информации¹.

Достаточно длительный процесс развития информационных отношений включает в себя такие этапы, как изобретение печатного станка Иоганном Гуттенбергом (середина XV века), телефона и радио (конец XIX – начало XX века) и персонального компьютера (конец XX века).

Считается, что изобретение ПК преобразовало способ формирования, организации и распространения информации и позволило массе людей приобщиться к профессиональным знаниям, общественному информационному богатству без помощи посредников и тем самым превратить профессиональные знания в лично значимые².

¹ См.: Бояркина Л. А., Бояркин В. В. Аспекты и угрозы информационной безопасности личности в информационном обществе // Проблемы и перспективы развития образования в России. 2010. № 2. С. 294.

² См.: Смолян Г. Л. Сетевые информационные технологии и проблемы безопасности личности // Информационное общество. 1999. Вып. 1. С. 21–25.

Специфика современного этапа информационных отношений заключается в том, что сегодня сетевые средства массовой коммуникации представляют собой новую историческую форму обеспечения взаимодействия людей, а Интернет выступает в качестве основы формирования единой электронной коммуникационной среды, социальный смысл которой состоит в возможности создания системы, находящейся над национальными культурами, цивилизациями и государствами и способной качественно изменить мир, однако расширения социальных функций системы массовой коммуникации при этом не происходит.

Наряду с позитивными свойствами Интернета как новой формы коммуникации, среди которых обеспечение возможности не только массовой, но также межличностной и групповой коммуникации, достижение нового качества общения, основанного на отсутствии границ, пространства, цензуры, полной анонимности, сочетаемых с возможностью выбора источника информации, равноправностью сторон общения и т. д., проявляются и негативные свойства трансграничных информационно-телекоммуникационных сетей¹.

Новые технологии, с одной стороны, существенно упростили сбор, обработку, хранение, передачу данных, а с другой – создали очевидные угрозы их незаконного оборота, что приводило к нарушениям прав личности².

Виртуальный мир, созданный в информационно-телекоммуникационных сетях, содержит ряд угроз безопасности личности. А. А. Мищериков, в частности, считает актуальными такие угрозы:

- во-первых, это проблема неравенства внутри общества по отношению к информационным ресурсам. В обществе происходит дифференциация на тех, кто имеет необходимые средства, чтобы технически обеспечить доступ к различной информации, и тех, кто этих средств не имеет;
- во-вторых, через Интернет распространяются информационные материалы, прямо угрожающие здоровью человека, дезориентирующие личность, в которых человек рискует потерять самоосознание в реальном мире;

¹ Пирогов А. И. Интернет и информационная безопасность личности // Вестник Московской государственной академии делового администрирования. № 1 (7). С. 46.

² См.: Дятленко В. В., Волчинская Е. К. Законодательство о защите персональных данных: проблемы и решения // Информационное право. 2006. № 1. С. 11.

- в-третьих, экстремистские и манипулятивные материалы, используемые для навязывания образа и стиля мышления, формирующих из личностей «информационных зомби»;
- в-четвертых, посетители виртуальной реальности не застрахованы также и от экономического мошенничества¹.

Сформировавшаяся новая среда общественных отношений, именуемая как «киберпространство», считается в высокой степени уязвимой для совершения разного рода преступных действий. Правоведами вполне обоснованно выделяется самостоятельный вид преступности, совершаемой с использованием компьютеров и/или через Интернет – «киберпреступность».

Киберпреступность определяется как «совокупность преступлений, совершаемых в киберпространстве с помощью или посредством компьютерных систем или компьютерных сетей, а также иных средств доступа к киберпространству, в рамках компьютерных систем или сетей и против компьютерных систем, компьютерных сетей и компьютерных данных»².

По объекту посягательства выделяются следующие группы киберпреступлений: экономические компьютерные преступления, компьютерные преступления против личных прав и неприкосновенности частной сферы, компьютерные преступления против общественных и государственных интересов³.

Самым популярным способом совершения преступных посягательств на информационную безопасность личности, совершаемых в информационно-коммуникационных сетях, является незаконное распространение информации.

Отмечая смысловую схожесть содержания понятий «распространение» и «разглашение» в русском языке, отдельные правоведы отмечают, что законодатель в ряде статей УК наравне с термином «распространение» употребляет термин «разглашение». При этом делается вывод о том, что термин «разглашение» применяется, как пра-

¹ См.: Мищериков А. А. Безопасность и свобода личности в информационном обществе: анализ проблемы // Теория и практика общественного развития. 2011, № 1. С. 41.

² Номоконов В. В., Тропина Т. Л. Киберпреступность как новая криминальная угроза // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2012. № 24. С. 48.

³ См.: Бекряшев А. К., Белозеров И. П. Теневая экономика и экономическая преступность / Электронный учебник. 2000. URL: http://www.juristlib.ru/book_3349.html.

вило, к сведениям секретного характера, а термин «распространение» – к любым сведениям (например, распространение слухов)¹.

Действительно, в ч. 1 ст. 147 УК, ст. 155 УК, ч. 2 ст. 183 УК, ч. 1 ст. 283 УК, ст. 310 УК, ч. 1 ст. 311 УК и ч. 1 ст. 320 УК упоминается схожий по смыслу с термином «распространение» термин «разглашение». Вместе с тем можно отметить, что о «разглашении» говорится в составах, устанавливающих уголовную ответственность за нарушения тайн, подробно регулируемых отдельными законодательными актами.

Так, регулированию прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации посвящена ч. 4 Гражданского кодекса РФ, а ч. 1 ст. 147 УК устанавливает ответственность за нарушение изобретательских и патентных прав.

Тайну усыновления ребенка предусматривает ст. 139 Семейного кодекса РФ, а ответственность за разглашение тайны усыновления (удочерения) устанавливает ст. 155 УК.

Ч. 2 ст. 183 УК устанавливает ответственность за незаконные разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну. Защищаемые посредством указанной нормы правоотношения регулируют сразу несколько законодательных актов: Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (коммерческая тайна), ст. 102 ч. 1 Налогового кодекса РФ (налоговая тайна), ст. 857 ч. 2 Гражданского кодекса РФ и ст. 26 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (банковская тайна).

Отношения, возникающие в связи с защитой сведений, составляющих государственную тайну, регулирует Закон РФ от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне», а ответственность за разглашение государственной тайны устанавливает ч. 1 ст. 283 УК.

Недопустимость разглашения данных предварительного расследования законодателем закреплена в ч. 1 ст. 161 УПК. Ст. 310 УК устанавливает ответственность за разглашение данных предварительного расследования.

Федеральный закон «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» от 20 апреля 1995 г. № 45-ФЗ предусматривает меры по обеспечению безопасности лиц, участвующих в отправлении правосудия. Ответственность за разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в

¹ См.: Юрченко И. А. Нарушение неприкосновенности частной жизни // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2002. № 2. С. 75–79.

отношении судьи и участников уголовного процесса, предусматривает ч. 1 ст. 311 УК. Ответственность за разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении должностного лица правоохранительного или контролирующего органа установлена в ч. 1 ст. 320 УК.

Предполагаемая отдельными исследователями полная идентичность понятий «распространение» и «разглашение»¹ также вызывает сомнения. Если рассмотреть трактовки понятия «распространить» и «разгласить», приводимые в толковых словарях русского языка², то становится очевидным, что оба понятия подразумевают расширение круга лиц, обладающих информацией. В то же время разглашение относится именно к информации конфиденциальной, ранее не известной. Разглашение является одномоментным актом. Распространение же предполагает активные действия по расширению круга лиц, имеющих доступ к информации длительный период. То есть вред от таких действий причиняется не только один раз, но и может увеличиваться постепенно, в зависимости от активности преступников.

Закон об информации под распространением информации понимает действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц. В данном определении можно признать ошибочным сужение действия нормы только неопределенным кругом лиц.

О. А. Пальчиковская предлагает понимать под распространением сведений «сообщение их виновным хотя бы одному лицу любым способом»³. По мнению Г. Н. Борзенкова, под распространением следует признавать «любую незаконную передачу указанных сведений третьим лицам»⁴.

Рассмотренные выше определения считаются нами ограниченными по характеристике самих преступных действий. Наиболее полным нам представляется определение, содержащееся в Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также де-

¹ См.: Кибальник А. Г., Клочков В. Н., Соломоненко И. Г. Уголовная ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни. Ставрополь, 2005. URL: [http://sartraccs.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/kibalnik\(25-02-08\).htm](http://sartraccs.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/kibalnik(25-02-08).htm)

² См.: Толковый словарь Ушакова онлайн. URL: <http://ushakovdictionary.ru>; Толковый словарь Ожегова онлайн. URL: <http://slovarozhegova.ru>.

³ Пальчиковская О. А. Уголовно-правовая охрана личной и семейной тайны: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 19–20.

⁴ Борзенков Г. Н. Уголовно-правовое обеспечение неприкосновенности частной жизни // Юридический мир. 1997. № 9. С. 22.

ловой репутации граждан и юридических лиц», согласно которому под распространением сведений следует понимать опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио и телевидению, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, распространение в сети Интернет, а также с использованием иных средств телекоммуникационной связи, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в той или иной, в том числе устной, форме хотя бы одному лицу¹.

Рассматривая вопросы установления преступности тех или иных деяний, нарушающих информационную безопасность личности, необходимо определить, являются ли такие действия незаконными.

Законными следует признать действия, направленные на распространение сведений, совершенные в соответствии с положениями действующего законодательства или с согласия лица, интересы которого непосредственно затрагиваются.

Примером законных действий следует считать размещение в информационно-телекоммуникационной сети Интернет на официальных сайтах федеральных государственных органов, государственных органов субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, Центрального банка Российской Федерации, государственных корпораций, Пенсионного фонда Российской Федерации, Фонда социального страхования Российской Федерации, Федерального фонда обязательного медицинского страхования, иных организаций, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов, и предоставление для опубликования средствам массовой информации в порядке, определяемом нормативными правовыми актами Российской Федерации, нормативными актами Центрального банка Российской Федерации, сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера в соответствии с положениями ч. 6 ст. 8 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции».

Информационно-телекоммуникационные системы содержат целый ряд угроз конфиденциальности персональных данных.

Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» определяет персональные данные как любую информацию, относящуюся к определенному или определяемому

¹ Постановление Пленума Верховного суда РФ от 24 февраля 2005 г. «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Российская газета. 2005. № 50. 15 марта.

на основании такой информации физическому лицу (субъекту персональных данных), в том числе его фамилия, имя, отчество, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессия, доходы, другая информация. Биометрические персональные данные (сведения, которые характеризуют физиологические особенности человека и на основе которых можно установить его личность) включают отпечатки пальцев, результаты анализа ДНК, сетчатку глаза, атавизмы, различные отклонения в развитии и др.

Как можно отметить, обе нормы закона оставляют возможность для неограниченного расширения содержания персональных данных, что может привести к произвольной трактовке или юридическим ошибкам в процессе правоприменения. Например, по мнению А. А. Сиротского, каждый дееспособный член общества имеет свой набор персональных данных, которые он должен предоставлять при участии в деловом обороте: имя, адрес места регистрации и жительства, контактный телефон, адрес электронной почты, идентификационные данные своего удостоверения личности (серия и номер паспорта) и др. В список персональных данных он также включает фотографические изображения, личные идентификационные признаки, сведения о различных персональных документах (водительское удостоверение, свидетельство о праве собственности на материальный объект, документы об образовании и др.)¹.

Доступ к некоторым ресурсам сети Интернет предполагает прохождение пользователем этапа регистрации, который включает раскрытие отдельных персональных данных. Их требование представляется не всегда обоснованным, а вопросы дальнейшей обработки и использования не прозрачны.

Специфическим предметом преступных деяний, нарушающих информационную безопасность личности, являются информационные массивы, содержащие персональные данные.

В соответствии с ч. 2 ст. 1260 Гражданского кодекса Российской Федерации, база данных – это представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть

¹ См.: Сиротский А. А. Информационная безопасность личности и защита персональных данных в современной коммуникативной среде // Технологии техносферной безопасности. 2013. № 4 (50). С. 4.

найжены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины.

Необходимость использования баз данных вызвана развитием информационных технологий и потребностями современного общества. Среди очевидных преимуществ цифровой формы представления информации называются следующие: возможность быстрого поиска необходимых сведений с использованием технологии гипертекстовых ссылок, позволяющих мгновенно переходить к интересующим разделам; легкость актуализации и предоставления неограниченному числу лиц посредством сети Интернет, что обуславливает востребованность баз данных и эффективное их применение во многих областях общественной жизни¹.

В соответствии с положениями ст. 5 ратифицированной Российской Федерацией Конвенции о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (Страсбург, 28 января 1981 г.) персональные данные, проходящие автоматическую обработку:

- а) должны быть получены и обработаны добросовестным и законным образом;
- б) должны накапливаться для точно определенных и законных целей и не использоваться в противоречии с этими целями;
- в) должны быть адекватными, относящимися к делу и не быть избыточными применительно к целям, для которых они накапливаются;
- г) должны быть точными и в случае необходимости обновляться;
- д) должны храниться в такой форме, которая позволяет идентифицировать субъектов данных не дольше, чем этого требует цель, для которой эти данные накапливаются.

Кроме того, в соответствии с положениями ст. 6 Конвенции персональные данные о национальной принадлежности, политических взглядах либо религиозных или иных убеждениях, а равно персональные данные, касающиеся здоровья или сексуальной жизни, могут подвергаться автоматической обработке только в тех случаях, когда национальное право предусматривает надлежащие гарантии. Это же правило применяется к персональным данным, касающимся судимости.

Конфиденциальность устанавливается как обязательное для соблюдения оператором или иным получившим доступ к персональным данным лицом требование не допускать их распространение без согласия субъекта персональных данных или наличия иного законного

¹ См.: Корчемкина О. А. Понятие и признаки базы данных как объекта права // Российский юридический журнал. 2012. № 1. С. 120.

основания. Тем не менее достаточно красноречиво характеризуют криминогенную ситуацию в сфере обращения персональных данных многочисленные сообщения средств массовой информации: «Похищены персональные данные 24 млн американцев»¹, «Похищены персональные данные 300 тысяч американских студентов»², «20 миллионов пользователей Южной Кореи стали жертвами утечки данных»³, «У Coca-Cola пропали компьютеры с данными о 74 тысячах сотрудников»⁴, «Call-центры AT&T продали тысячи записей с личной информацией клиентов злоумышленникам»⁵, «Киберпреступник из Пакистана получил доступ к 10 млн учетных записей сервиса Gaana»⁶.

Очень часто полученные незаконным путем персональные данные используются для совершения другого преступного деяния. Так, получив доступ к 100 тыс. учетных записей на сайте Налоговой службы США, содержащих информацию о номерах социального страхования, датах рождения и адресах, киберпреступники прошли многоступенчатый процесс аутентификации и отправили множество запросов на возмещение налогов. Таким образом злоумышленникам удалось незаконным путем перевести на свои счета около \$50 млн, прежде чем специалисты Налоговой службы обнаружили мошенническую схему⁷.

Организация по анализу безопасности данных PonemonInstitute опубликовала результаты исследования «2015 Cost of a DataBreachStudy: GlobalAnalysis», проведенного при поддержке корпорации IBM, согласно которым в 2015 году в среднем взлом баз данных обошелся компаниям в \$3,8 млн, тогда как в прошлом году этот показатель составлял \$3,5 млн⁸.

Достаточно сложно обстоят дела в рассматриваемой сфере и в России. Так, по данным издания PC Week со ссылкой на пресс-релиз аналитиков из InfoWatch, в 2013 году в России злоумышленники похитили 3,1 млн записей с конфиденциальной информацией. Отмечен рост количества инцидентов безопасности, в ходе которых произошла утечка персональных данных, в два раза⁹.

¹ <http://www.jugadorka.com/article/282-pohischeny-dannie.html>

² <http://www.ispdm.ru/news/10481/>

³ <http://www.securitylab.ru/news/449063.php>

⁴ <http://lenta.ru/news/2014/01/25/employee/>

⁵ <http://www.securitylab.ru/news/472456.php>

⁶ <http://www.securitylab.ru/news/473112.php>

⁷ <http://www.securitylab.ru/news/473064.php>

⁸ <http://www.securitylab.ru/news/473075.php>

⁹ <http://www.securitylab.ru/news/449847.php>

В своем исследовании А. И. Пирогов отмечает, что в последнее время в Интернете появилось огромное количество предложений всевозможных российских коммерческих фирм о продаже самых разнообразных баз данных, содержащих информацию, являющуюся собственностью государственных структур. Этот факт, по его мнению, свидетельствует о том, что информационные ресурсы российского государства не защищены должным образом ни в правовом, ни в техническом плане¹.

Мы также считаем, что предпринимаемые государством меры по защите баз данных, содержащих персональные данные, следует признать недостаточными. Отсутствие в законодательстве специальных норм, устанавливающих уголовную ответственность за нарушение порядка обработки и хранения информационных массивов, содержащих персональные данные, является юридическим препятствием для реализации конституционных прав и свобод граждан в информационной сфере.

Одним из способов преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов при обеспечении информационной безопасности личности является совершенствование законодательной базы.

Правовое регулирование информационной безопасности личности – это процесс целенаправленного воздействия уполномоченного субъекта, посредством норм права, на общественные отношения в сфере защиты информационных прав и свобод личности от внутренних и внешних угроз².

Правовую основу защиты интересов личности составляют информационно-правовые нормы Конституции РФ. Среди международно-правовых актов, содержащих нормы в области обеспечения информационной безопасности личности, можно выделить Всеобщую декларацию прав человека от 10 декабря 1948 г., Конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 04 ноября 1950 г., Международный пакт «О гражданских и политических правах» от 16 декабря 1966 г., Международный пакт «Об экономических, социальных и культурных правах» от 16 декабря 1966 г., Окинавскую Хартию глобального информационного общества от 22 июля 2000 г.

Особую группу международно-правовых актов, регулирующих отношения в сфере информации, составляют такие нормативно-

¹ См.: Пирогов А. И. Интернет и информационная безопасность личности // Вестник Московской государственной академии делового администрирования. № 1 (7). 2011. С. 51.

² Иванов С. В. Указ. соч. С. 55.

правовые акты, принятые государствами – участниками СНГ, как рекомендательный законодательный акт «О принципах регулирования информационных отношений в государствах – участниках Межпарламентской Ассамблеи» от 23 мая 1993 г., Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г. и Модельный информационный кодекс для государств – участников СНГ. Часть первая от 03 апреля 2008 г.

Национальное законодательство, регулирующие правоотношения в сфере информации, составляют: Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности», Федеральный закон от 07 июля 2006 г. N 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных», Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» Закон РФ от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне», Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации», Федеральный закон от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» и др.

В то же время, несмотря на многообразие нормативно-правовых актов, регулирующих правоотношения в информационной сфере, можно отметить, что вопросам обеспечения информационной безопасности личности в них уделено недостаточное внимание. Принятие отечественного кодифицированного нормативного акта, в котором мог бы присутствовать специальный раздел, включающий нормы, посвященные обеспечению таких составляющих информационной безопасности, как информационная безопасность личности, общества и государства, по нашему мнению, способствовало бы преодолению существующих юридических препятствий.

2.3. Юридические препятствия в реализации права обвиняемого на рассмотрение его уголовного дела судом присяжных и пути их преодоления

(Т. А. Владыкина)

Как известно, конкретное богаче абстрактного. Философы отмечают, что движение происходит не только от низшего к высшему, «но и от менее богатого, одностороннего и в этом смысле абстрактного

содержания к все более и более богатому, многогранному конкретно-му содержанию»¹. Юридические нормы воплощаются в жизнь через конкретные права и обязанности, обогащаются качественно различным социальным содержанием. Эта взаимосвязь представляется принципиально важной, «характеризующей ценность права»².

Согласно ч. 2 ст. 20 Конституции РФ смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей. Подчеркивая стабильность правовой системы и динамичность конституционных прав, Н. Мальцев указывает на необходимость пересмотра права обвиняемого на рассмотрение его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей как утратившего свою значимость с введением моратория на смертную казнь³. Полагаем, что в данном суждении смещены акценты взаимообусловленности исключительной меры уголовного наказания и суда присяжных как одного из видов законного состава суда в уголовном судопроизводстве.

Во-первых, анализ нормы ч. 2 ст. 20 Конституции РФ позволяет говорить о ее изначальной запрограммированности на отказ от применения в России смертной казни («впредь до ее отмены»). Во-вторых, Конституцией РФ сужены допустимые рамки использования исключительной меры наказания: она предусматривается только за особо тяжкие преступления против жизни при особых процессуальных гарантиях (доступности суда присяжных). В-третьих, подписав в связи с вступлением в Совет Европы Конвенцию о защите прав человека и основных свобод и приняв на себя обязательство подписать и ратифицировать являющийся ее составной частью Протокол № 6 о запрете смертной казни, Российская Федерация фактически исключила для себя возможность предусматривать в своем законодательстве смертную казнь за любые преступления, кроме совершенных во время войны или при неизбежной угрозе войны.

Позднее Россия подтвердила свои намерения Указом Президента РФ от 16 мая 1996 г. № 724 «О поэтапном сокращении применения смертной казни в связи с вхождением России в Совет Европы»⁴, под-

¹ Шептулин А. П. Система категорий диалектики. М., 1990. С. 319.

² Алексеев С. С. Социальная ценность социалистического права как регулятора общественных отношений // Советское государство и право. 1968. № 2. С. 17.

³ Мальцев Н. Право на жизнь как уголовно-правовая категория. М., 2008. С. 156.

⁴ СЗ РФ. 1996. № 21. Ст. 2468.

писав Протокол № 6. Дальнейшее конституционно-правовое обоснование мораторий на исполнение смертной казни получил в постановлении Конституционного суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П¹ установившем, как известно, лишь процессуальную преграду на пути применения смертной казни. В итоге с точки зрения нормативного обеспечения мораторий на исполнение смертной казни основывается на нормах Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.², предусматривающей в ст. 18, что государство, подписавшее договор под условием его ратификации, до ее совершения или официального отказа от договора обязано воздерживаться от каких бы то ни было действий, которые лишали бы договор его предмета и цели, с одной стороны, и на обязательствах России, которые закреплены в Конституции РФ (ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 2 ст. 20), – с другой.

Отпадение процессуальных препятствий (введение суда с участием присяжных на всей территории страны) вызвало новый виток обострения споров о жизнеспособности ст. 59 УК РФ. Высшая судебная инстанция конституционного контроля в Определении от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р³ исключила правовую возможность не только применения смертной казни в качестве меры наказания, но и сохранения в уголовном законе положений о ней. При этом особо подчеркивалось, что введение суда с участием присяжных заседателей на всей территории Российской Федерации не открывает возможность применения смертной казни, в том числе по обвинительному приговору, вынесенному на основании вердикта присяжных заседателей. Таким образом, были заложены системные (процессуальные и мате-

¹ Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 41 и ч. 3 ст. 42 УПК РСФСР, п. п. 1 и 2 Постановления Верховного Совета РФ от 16 июля 1993 г. «О порядке введения в действие Закона РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судоустройстве РСФСР», УПК РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан» // Вестник Конституционного суда РФ. 1999. № 3. С. 3–9.

² Международное публичное право: сб. док. Т. 1. С. 67–87.

³ Определение Конституционного суда Российской Федерации от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р «О разъяснении п. 5 резолютивной части Постановления Конституционного суда Российской Федерации от 02.02.1999 № 3-П по делу о проверке конституционности положений ст. 41 и ч. 3 ст. 42 УПК РСФСР, п. п. 1 и 2 Постановления Верховного Совета РФ от 16.07.1993 «О порядке введения в действие Закона РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судоустройстве РСФСР», УПК РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.

риально-правовые) гарантии права человека не быть подвергнутым смертной казни.

С. В. Марасанова утверждает, что Конституция Российской Федерации, провозгласив в ч. 2 ст. 20 право обвиняемого на суд присяжных, не устанавливает соответствующей ему конституционной обязанности, опуская регулирование этого вопроса на уровень отраслевого законодательства¹. На наш взгляд, позиция, занимаемая С. В. Марасановой, основана на смешении двух взаимосвязанных, но содержательно различных правовых явлений. С одной стороны, следуя своему предназначению, судебная власть реализует в государстве правозащитную функцию. Во Всеобщей декларации прав человека отмечается: «Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом». Тем самым происходит восстановление нарушенного права или свободы человека и гражданина, освобождается путь для нормального развития регулятивного материального правоотношения и реализации в этом правоотношении соответствующего права. С другой стороны, корреспондирующая праву гражданина на судебную защиту обязанность государства, как частный случай выполнения им обязанности по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина (ст. 2 Конституции РФ), включает в себя не просто создание соответствующих норм процессуального права, но и обеспечение механизма их реализации.

Прав Г. А. Гаджиев, указывающий, что, конкретизируя конституционные предписания о суде с участием присяжных заседателей как законном составе суда по уголовным делам об определенных категориях преступлений и отказываясь по другим делам от этой формы судопроизводства, федеральный законодатель не вправе при установлении перечня уголовных дел, подсудных суду с участием присяжных заседателей, нарушать требования справедливости и равенства перед законом и судом и действовать произвольным и дискриминационным образом². И добавим: создавать правовую неопределенность в вопро-

¹ Марасанова С. В. Организационные и процессуальные проблемы деятельности суда присяжных // Документ не опубликован, размещен в СПС «Консультант Плюс».

² Особое мнение судьи Конституционного суда Российской Федерации Г. А. Гаджиева по делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части второй статьи 30 и части второй статьи 325 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Р. Р. Зайнагутдинова, Р. В. Кудаева, Ф. Р. Файзулина, А. Д. Хасанова, А. И. Шаваева и запросом Свердловского областного суда // СЗ РФ. 2010. № 34. Ст. 4621.

се об отнесении тех или иных уголовных дел к подсудности суда присяжных, тем самым допуская «произвольное истолкование соответствующих норм и, следовательно, произвольное их применение в судебной практике» (постановление Конституционного суда РФ от 21 апреля 2010 г. № 10-П¹).

В соответствии с ч. 2 ст. 47 Конституции РФ обвиняемый в совершении преступления имеет право на рассмотрение его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей в случаях, предусмотренных федеральным законом. Таковым, как известно, является УПК РФ, предусмотревший в качестве одного из видов законного состава суда коллегия из федерального судьи и двенадцати присяжных заседателей (п. 2 ч. 2 ст. 30). Однако исходить из, казалось бы, аргументируемого тезиса о наличии отлаженного процессуального механизма реализации права обвиняемого на рассмотрение его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей все же не следует. Хотя следует признать, что гуманизация уголовного процесса, повышение правовой защищенности личности – магистральное направление современной уголовно-процессуальной политики Российской Федерации². Одной из форм реализации государством своих обязанностей по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина как конституционно значимых ценностей в случаях, когда они становятся объектом преступного посягательства, является публично-правовой институт уголовного преследования. В его рамках как лицам, в отношении которых осуществляется такое преследование, так и иным заинтересованным лицам, в т.ч. пострадавшим в результате преступления, гарантируется защита их прав и свобод (постановление Конституционного суда Российской Федерации от 16 мая 2007 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Президиума Курганского областного суда»³). В со-

¹ Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 21 апреля 2010 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 320, части второй статьи 327 и статьи 328 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданки Е. В. Алейниковой и общества с ограниченной ответственностью «Три К» и запросами Норильского городского суда Красноярского края и Центрального районного суда города Читы» // СЗ РФ. 2010. № 19. Ст. 2357.

² См. подр.: Александров А. И. Государственно-правовая политика в сфере уголовного судопроизводства: состояние, проблемы, решения // Российский следователь. 2008. № 15. С. 8–9.

³ СЗ РФ. 2007. № 22. Ст. 2686.

ответствии с ч. 1 ст. 16 УПК РФ обвиняемый осуществляет свое право на защиту лично либо с помощью защитника.

Европейский суд по правам человека, принимая решения от 24 мая 1991 г. по делу *Quaranta, Series A, no. 205, para 27*, от 24 ноября 1993 г. по делу *Ymbrioscia, Series A, no. 275, para 36*, указал, что право обвиняемого на получение помощи адвоката распространяется и на досудебные стадии производства. Позже эта правовая позиция была воспроизведена в судебных актах Конституционного суда Российской Федерации (см., например, постановление от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. И. Маслова»¹). Таким образом, ни в коей мере не умаляя значимости отправления правосудия по уголовным делам, нельзя забывать о важнейшей роли предварительного расследования и прежде всего предварительного следствия в уголовном процессе². Тем более что сущность и гарантии реализации права обвиняемого на защиту в ходе предварительного следствия – объект неиссякаемого научного интереса³.

В соответствии с ч. 5 ст. 217 УПК РФ по окончании ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь, в числе прочих прав (рассмотрение уголовного дела коллегией из трех судей федерального суда общей юрисдикции; применение особого порядка судебного разбирательства; проведение предварительного слушания), разъясняет обвиняемому его право ходатайствовать о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей. До сведения обвиняемого доводятся особенности разрешения дела этим судом, права обвиняемого в судебном разбирательстве и порядок обжалования судебного решения. Право на рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей возникает у обвиняемого не с момента заявления им в ходе предварительного расследования соответствующего ходатайства, а лишь с момента приня-

¹ СЗ РФ. 2000. № 27. Ст. 2882.

² Александров А. И. Проблемы организации предварительного следствия в Российской Федерации: направление реформирования // Российский следователь. 2011. № 1. С. 7–8.

³ Божьев В. П. Участие потерпевшего на предварительном следствии // Российский следователь. 2010. № 15. С. 7–8; Иванченков Ю. В. Порядок и момент допуска в уголовное дело адвоката-защитника на стадии предварительного следствия // Адвокатская практика. 2012. № 5. С. 5–6; Минибаева Д. Ф. Влияние судебной практики на совершенствование предварительного следствия по уголовным делам // Российская юстиция. 2010. № 5. С. 17–18 и др.

тия решения по данному ходатайству судом (постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2010 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части второй статьи 30 и части второй статьи 325 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Р. Р. Зайнагутдинова, Р. В. Куваева, Ф. Р. Файззулина, А. Д. Хасанова, А. И. Шаваева и запросом Свердловского областного суда»)¹.

Нормы ч. 5 ст. 217 УПК РФ взаимосвязаны с нормами с ч. 2 ст. 218 УПК РФ, согласно которой в протоколе ознакомления с материалами уголовного дела делается запись о разъяснении обвиняемому его права, особенностей рассмотрения дела, порядка обжалования судебного решения и отражается его желание воспользоваться этим правом или отказаться от него. Н. П. Ведищев справедливо обращает внимание на следственную практику, в которой встречаются случаи, когда адвокаты и их подзащитные требуют составить отдельный протокол о разъяснении права ходатайствовать о рассмотрении дела судом присяжных по окончании предварительного следствия, считая несоставление такого протокола существенным нарушением закона и основанием для отмены приговора суда². Ранее данное требование содержалось в ч. 2 ст. 424 УПК РСФСР, согласно которой ходатайство обвиняемого о рассмотрении его дела судом присяжных либо его отказ от использования права на рассмотрение его дела судом присяжных, а также другую позицию обвиняемого по данному поводу следователь обязан зафиксировать в отдельном протоколе, который подписывается следователем и обвиняемым. По мнению А. Михайчук, учитывая сложность выявленной проблемы, насущную потребность составления отдельного протокола в рамках реализации ч. 5 ст. 217 УПК РФ, законодателю необходимо предпринять незамедлительные меры по ее разрешению³.

На наш взгляд, в данной ситуации проблема как таковая отсутствует. Обвиняемому, адвокату, следователю, судье следует руководствоваться правилом, закрепленным в ст. 4 УПК РФ: при производстве по уголовному делу применяется уголовно-процессуальный закон, действующий во время производства соответствующего процессуального действия или принятия процессуального решения, если иное не установлено УПК РФ. Действующий УПК РФ составление

¹ СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2276.

² Ведищев Н. П. Особенности защиты при проведении предварительного слушания в суде с участием присяжных заседателей // Адвокат. 2011. № 3. С. 8–9.

³ Михайчук А. Права обвиняемого в суде присяжных. М., 2009. С. 167–168.

отдельного протокола о разъяснении права ходатайствовать о рассмотрении дела судом присяжных не предусматривает. На этой же позиции стоит и Верховный суд РФ (определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда РФ от 15 октября 2003 г. № 4-кпо03-136сп-1¹).

Согласно ч. 1 ст. 218 УПК РФ по окончании ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь составляет протокол в соответствии со ст. 166 Кодекса. В протоколе указываются даты начала и окончания ознакомления с материалами уголовного дела, заявленные ходатайства и иные заявления. «Эти требования, предъявляемые к протоколу любого следственного действия, применительно к документу, составляемому в порядке ч. 5 ст. 217 УПК РФ, имеют существенные особенности», – пишет В. Корольков². И конкретизирует: в протоколе ознакомления обвиняемого с материалами уголовного дела должны содержаться отдельные графы, в которых обвиняемый (обвиняемые) мог (могли) бы выразить свою волю по отношению к любому из прав, предоставленных им ч. 5 ст. 217 УПК РФ³. Представляется очевидным, что практика задает собственный формат существованию теоретических идей. Именно прикладное измерение становится критерием истины многочисленных научных моделей.

По приговору Кемеровского областного суда С., К., Ч. и Щ. осуждены по п. п. «д», «ж» ч. 2 ст. 105, п. «а» ч. 2 ст. 158 УК РФ. Суд кассационной инстанции, отменяя обвинительный приговор, исходил из того, что органами предварительного следствия не в полном объеме выполнены требования уголовно-процессуального закона: имеющиеся в деле протоколы ознакомления обвиняемых с материалами дела не содержат всех положений, предусмотренных ч. 5 ст. 217 УПК РФ, обеспечивающих гарантию прав обвиняемых в случае изъятия ими желанья о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей. По мнению кассационной инстанции, в силу ч. 2 ст. 218 УПК РФ в протоколе должна быть отражена позиция обвиняемого относительно каждого конкретного права, предусмотренного ч. 5 ст. 217 УПК РФ, а не всех прав, перечисленных в пунктах указанного закона, одновременно, без раскрытия их содержания, как это сделано по данному уголовному делу. Как следует из материалов уголовного дела, в нем имеются сведения о разъяснении каждому из об-

¹ Бюллетень Верховного суда РФ. 2004. № 9. С. 8–9.

² Корольков В. Обвиняемый в уголовном процессе. М., 2010. С. 104–105.

³ Там же. С. 106.

виняемых в присутствии их защитников прав, предусмотренных ч. 5 ст. 217 УПК РФ. При этом обвиняемыми в протоколах ознакомления с материалами уголовного дела лично сделана запись о нежелании воспользоваться правами п. п. 1, 2, 3 ч. 5 ст. 217 УПК РФ. На основании изложенного Президиум Верховного суда РФ отменил кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам в отношении С., К., Ч. и Щ., направив дело на новое кассационное рассмотрение в ином составе судей (постановление от 10 ноября 2004 г. № 726п04пр¹). Иными словами, уголовно-процессуальный закон не требует отражения в протоколе процессуального действия волеизъявления обвиняемого воспользоваться каждым из прав, предусмотренных в ч. 5 ст. 217 УПК РФ.

Исследование следственно-судебной практики восьми субъектов РФ, проведенное автором настоящего материала, показало, что несоблюдение следователем обязанности по разъяснению обвиняемому его права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей и, как следствие, нарушение права обвиняемого на определение формы судопроизводства может выражаться как в полном игнорировании следственными органами положений п. 1 ч. 5 ст. 217 УПК РФ, когда в протоколе ознакомления с материалами дела отсутствуют сведения о разъяснении указанного права, так и в формальном разъяснении данного права, когда обвиняемый не понимает сущность и содержание тех правовых возможностей, которые характерны для рассмотрения дела судом присяжных. Проиллюстрируем сказанное примером из судебной практики Благовещенского городского суда Амурской области, взяв за основу уголовное дело в отношении А., О. и Р., обвиняемых в совершении преступлений, предусмотренных п. п. «а», «з», «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ. По окончании предварительного расследования обвиняемые заявили ходатайство о рассмотрении их дела одновременно как единолично судьей, так и судом с участием присяжных заседателей. Только в ходе предварительного слушания выяснилось, что при ознакомлении с материалами дела они неправильно поняли положения уголовно-процессуального законодательства, предусмотренные нормами ч. 5 ст. 217 УПК РФ. Установив данные обстоятельства, судья принял решение о возвращении уголовного дела прокурору.

А. Сайкин, проводя исследование причин отмененных Верховным судом Российской Федерации приговоров, в числе их «досудеб-

¹ Бюллетень Верховного суда РФ. 2005. № 4. С. 14.

ных дефектов» объясняет несоблюдение следователем норм п. 1 ч. 5 ст. 217 УПК РФ сформировавшимся у него обвинительным уклоном¹. Проблема обвинительного уклона в деятельности следователя – предмет острой научной дискуссии². На наш взгляд, дело не в самом по себе обвинительном уклоне – категории во многом условной, вбирающей в себя не только юридические, но и морально-этические аспекты. Фактически в основе допускаемых участниками уголовного судопроизводства (и следователь – не исключение) нарушений прав и законных интересов обвиняемого лежит отступление от принципа законности (ст. 7 УПК РФ).

3 сентября 2010 г. К. было предъявлено обвинение по ч. 4 ст. 159 УК РФ. По окончании предварительного расследования с 20 сентября 2010 г. она приступила к выполнению положений ст. 217 УПК РФ и ознакомилась с томами № 1–10. Однако 23 ноября 2010 г. ей было предъявлено новое обвинение, в том числе и по ч. 5 ст. 33 – п. «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Несмотря на предъявление нового обвинения, значительно ухудшающего положение обвиняемой, следователь в нарушение права на защиту не предоставил К. вновь материалы дела для ознакомления и подготовки ее к защите от нового обвинения. В связи с указанными нарушениями приговор по данному делу признан незаконным и необоснованным, отменен Судебной коллегией по уголовным делам Верховного суда Российской Федерации (кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда Российской Федерации от 24 октября 2012 г. № 56-О12-57сп)³.

Указывая в числе типичных ошибок, допускаемых следователями невыполнение ими требований ст. 217 УПК РФ, О. Городской настаивает на том, что такое поведение следователя следует расценивать как несоблюдение возложенной на него (а не только на адвоката) функции защиты обвиняемого⁴. Несмотря на известную идеологическую зашоренность, в советском уголовном процессе исполнение функции защиты органами расследования не воспринималось как не-

¹ Сайкин А. Уголовное дело: от возбуждения до прекращения. Самара, 2011. С. 167.

² Ефимичев С. П., Ефимичев П. С. Принцип состязательности и его реализация в уголовном судопроизводстве // Российский следователь. 2005. № 1. С. 6–7; Кудрявцев В. Л. «Обвинительный уклон» в деятельности следователя: проблема только законодательного урегулирования? // Уголовное судопроизводство. 2008. № 2. С. 17–18 и др.

³ Документ не опубликован, размещен в СПС «КонсультантПлюс» в разделе «Судебная практика».

⁴ Городской О. Следователь как участник уголовного судопроизводства. М., 2010. С. 101.

что абсолютно чужеродное. Например, М. С. Строгович писал, что следователь, выполняя обвинительную функцию, т. е. привлекая к уголовной ответственности и изобличая обвиняемого, в то же время защищает права и законные интересы обвиняемого. Следователь не только предоставляет обвиняемому и его защитнику возможности для защиты, но и обязан исследовать все обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, собирать и проверять все доказательства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его ответственность¹. И для современных исследователей эта идея выглядит научно перспективной. В. В. Уланов отмечает: «Участие следователя в осуществлении функции защиты гарантирует обеспечение конституционного права обвиняемого на защиту, а также выполнение одной из задач уголовного судопроизводства, заключающейся в том, чтобы ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности»². Полагаем, что данная научная позиция не может расцениваться как единственно верная. Право обвиняемого на защиту включает в себя не только само субъективное право на защиту, но и гарантии его реализации. Именно о них (гарантиях), на наш взгляд, следует говорить применительно к деятельности следователя, который обязан разъяснить обвиняемому его права, обеспечить ему возможность защищаться всеми не запрещенными УПК РФ способами и средствами (ч. 1 ст. 11, ч. 2 ст. 16, п. 21 ч. 4 ст. 47 УПК РФ).

Приводя в своей монографии примеры несоблюдения следователями норм ч. 3 ст. 217 УПК РФ, запрещающей ограничение обвиняемого и защитника во времени, необходимом для ознакомления с материалами уголовного дела, А. Васильев указывает на допустимость в отдельных случаях игнорирования следователем этого правила, ибо он, во-первых, процессуально самостоятелен и, во-вторых, связан процессуальными сроками, в частности ст. 6.1 УПК РФ³. Как справедливо отметил Б. Я. Гаврилов, эффективное предварительное следствие невозможно без обеспечения процессуальной самостоятельности следователя⁴. Это, однако, не означает, что независимость

¹ Строгович М. С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе. М., 1951. С. 99.

² Уланов В. В. Содержание процессуальных функций следователя // Российский следователь. 2008. № 12. С. 6.

³ Васильев А. Правовой статус обвиняемого: проблемы досудебного производства. М., 2009. С. 141.

⁴ Гаврилов Б. Я. О процессуальной самостоятельности следователя: история, реальное состояние, перспективы развития // Право и политика. 2001. № 2. С. 8–9; Он же.

следователя должна отождествляться с чинимым им беззаконием, а именно его, по нашему мнению, описывает А. Васильев. Более того, самостоятельность следователя предполагает и его ответственность за ход и результаты произведенного им расследования, которая в настоящее время, к сожалению, не нашла конкретных очертаний в законодательстве.

Итак, неразъяснение обвиняемому при ознакомлении с материалами уголовного дела прав, предусмотренных ч. 5 ст. 217 УПК РФ, в том числе права на рассмотрение его дела судом присяжных, следует рассматривать с нескольких позиций. Для обвиняемого – это юридическое препятствие в реализации его конституционного и процессуального права на защиту. Напомним, что неисполнение или несоблюдение юридической обязанности субъектом правоотношения приводит в действие механизм активного права на защиту противостоящего ему лица. Субъективное право на стадии притязания приобретает, по выражению С. С. Алексеева, «боевой характер»¹, готово перейти к непосредственному принудительному осуществлению. При этом на уровне норм уголовно-процессуального права закладывается модель механизма защиты субъективного права.

По мнению К. Жойкина, под защитой прав и свобод человека и гражданина следует понимать применение юрисдикционными органами, наделенными властными государственными полномочиями, специальных мер, направленных на обеспечение управомоченному реальной возможности осуществления его права². Близким по лексическому значению является формулировка исследуемого понятия, предлагаемая У. Эдиковым: защита – возможность применения в отношении правонарушителя (преступника) мер принудительного воздействия³. «Рискую предположить весьма скудный мыслительный характер определений понятия «защита», сформулированных К. Жойкиным и У. Эдиковым», – пишет Н. Носков⁴. Считаем, что сущность суждений Н. Носкова неверна, а манера их литературной подачи недопустима.

О мерах по законодательному совершенствованию досудебного производства // Российский следователь. 2011. № 6. С. 16–17.

¹ Общая теория социалистического права / под ред. С. С. Алексеева. Вып. 2. Свердловск, 1964. С. 119.

² Жойкин К. Права человека и гражданина в России: декларации и реалии. М., 2010. С. 134–135.

³ Эдиков У. Защита и ответственность в российском праве. Самара, 2011. С. 190–191.

⁴ Носков Н. Права человека и их защита в России. Н. Новгород, 2010. С. 56–57.

В науке риск неизбежен. Иначе нельзя рассчитывать на открытие нового научного знания. Но границы допустимого риска – не только личное дело каждого, они требуют объяснения, обоснования и корректности. С чем, может быть, и можно не вполне согласиться с К. Жойкиным и У. Эдиковым, так это с тем, что предлагаемые ими понятия «защита прав и свобод человека и гражданина» ограничены лишь юрисдикционной формой такой защиты. Ведь предусмотрены действующим законодательством, расцениваются как правомерные действия и самозащита гражданских прав (ст. 12 ГК РФ), и необходимая оборона (ст. 37 УК РФ). Но в свете предпринятого нами исследования, акцентированного на государственную защиту прав и свобод человека и гражданина, дефиниции К. Жойкина и У. Эдикова, безусловно, ценны. Особое место в реализации такой защиты отведено суду, причем не только в судебном, но и в досудебном производстве по уголовному делу.

Сразу оговорим, что под судебной защитой не следует понимать само защищаемое право, сколь значимо бы оно ни было. Равным образом не является судебной защитой и результат судебного процесса, например, оправдание подсудимого судом присяжных заседателей¹. Судебная защита – это вся процессуальная деятельность по защите прав, свобод, законных интересов, причем не только в рамках рассмотрения конкретного уголовного дела, но и после вынесения оправдательного вердикта коллегии присяжных заседателей и, соответственно, оправдательного приговора суда. Например, в стадии реабилитации подсудимого (ст. 133–139 УПК РФ). Кроме того, мы не вполне разделяем обозначенный в литературе взгляд на судебную защиту как на охрану судом прав каждого субъекта, кто к нему обратился². В широком смысле судебная защита – деятельность по защите, осуществляемая как судом, так и в суде (прежде всего, сторонами процесса), о чем нам уже доводилось писать³. Судебная защита не зависит от вида судопроизводства, хотя и обеспечивается различными процессуальными средствами.

¹ См., подр.: Владыкина Т. А. Обсуждение последствий оправдательного вердикта коллегии присяжных заседателей: законодательная модель и судебная интерпретация // Адвокатская практика. 2013. № 5. С. 12–17.

² Игольников Е. Судебная защита в России: проблемы и решения. М., 2013. С. 134–135.

³ См.: Владыкина Т. А. Ограничение права прокурора на представление доказательств в суде с участием присяжных заседателей // Законность. 2013. № 9. С. 14–19; Она же. Постановка вопросов, подлежащих разрешению присяжными заседателями // Адвокатская практика. 2013. № 3. С. 11–16.

В. Н. Курченко справедливо обращает внимание на то, что деятельность суда в досудебном производстве имеет неоднородный характер, и в череде полномочий суда называет рассмотрение жалоб граждан на законность и обоснованность предпринятых органами и должностными лицами досудебного производства действий и решений (судебный контроль)¹, наряду с которыми УПК РФ предусматривает и иного адресата обжалования – прокурора (ст. 123, 124 УПК РФ). В соответствии с ч. 1 ст. 125 УПК РФ судебному обжалованию подлежат не любые решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, а только те, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию. При рассмотрении жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ суд своими решениями не устраняет выявленные нарушения, а лишь обязывает это сделать должностных лиц органов досудебного производства.

Так, обвиняемым может быть обжаловано неразъяснение ему следователем права на рассмотрение его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей (п. 1 ч. 5 ст. 217 УПК РФ). Положения ч. 3 ст. 124, ст. 125 УПК РФ не допускают отказ прокурора и суда при рассмотрении заявления или жалобы обвиняемого от исследования и оценки всех приводимых в них доводов, а также мотивировки своих решений путем указания на конкретные, достаточные с точки зрения принципа разумности, основания, по которым эти доводы отвергаются (определение Конституционного суда РФ от 25 января 2005 г. № 42-О «По жалобам граждан Астахова Павла Алексеевича, Замошкина Сергея Дмитриевича, Карцевой Веры Константиновны и Костанова Юрия Артемовича на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 7 и 123, части третьей статьи 124, статей 125, 388 и 408 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»²).

В развитие сказанного следует отметить, что гарантией выполнения должностными лицами органов предварительного следствия своих процессуальных обязанностей должна стать их правовая ответственность. Права Л. М. Володина, указавшая на пробел в существующем механизме обеспечения прав личности – отсутствие в законодательстве четких последствий неисполнения и ненадлежащего ис-

¹ Курченко В. Н. Судебный контроль за производством следственных действий // Уголовный процесс. 2007. № 3. С. 43–44.

² Вестник Конституционного суда РФ. 2005. № 4. С. 5–8.

полнения обязанностей властными субъектами уголовно-процессуальной деятельности и необходимость его устранения¹. Пока не будет восстановлен логический ряд «уголовно-процессуальная обязанность – мера ответственности за ее неисполнение или ненадлежащее исполнение» нельзя в полной мере говорить об обеспечении прав участников уголовно-процессуальных отношений, не обладающих властными полномочиями.

Рассматривая вопрос о гарантиях прав обвиняемого в уголовном судопроизводстве, нельзя не коснуться вопроса об уголовно-процессуальной форме. О. В. Гладышева пишет об отсутствии необходимости выделять в качестве гарантии прав личности процессуальной формы, поскольку ее соблюдение зависит от воли участников уголовного процесса, т. е. имеет высокую степень субъективизма². Уголовно-процессуальное законодательство устанавливает не только права и обязанности участников уголовно-процессуальных отношений, но и порядок их реализации (процессуальную форму), т. е. механизм производства по уголовному делу, систему и последовательность его стадий. Таким образом, содержание и форма неразрывно связаны между собой. «Социальная ценность процессуальной формы заключается в том, что она обеспечивает режим законности в судопроизводстве, создает условия для реализации прав, свобод и законных интересов личности и выступает гарантом их обеспечения»³. С помощью процессуальной формы определяется порядок и особенности производства по отдельным категориям уголовных дел, в том числе рассматриваемых судом с участием присяжных заседателей.

Поэтому другим способом защиты права на рассмотрение уголовного дела судом с участием присяжных заседателей является обжалование подсудимым постановленного в отношении него приговора по мотиву нарушения уголовно-процессуального закона, связанного с формой судопроизводства. Так, например, О. была принесена кассационная жалоба на приговор Верховного суда Республики Северная Осетия – Алания от 13 декабря 2010 г. по мотиву того, что его право на защиту было нарушено судьей, отказавшим в удовлетворе-

¹ Володина Л. М. Проблемы уголовного процесса: закон, теория, практика. М., 2006. С. 292–293.

² Гладышева О. В. Теоретические основы обеспечения законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. М., 2012. С. 143–144.

³ Коомбаев А. А. Положение личности в уголовном судопроизводстве (по материалам Кыргызской Республики и Российской Федерации): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 201.

нии ходатайства о назначении предварительного слушания и рассмотрении дела с участием коллегии присяжных заседателей. Поскольку данное ходатайство было заявлено О. до назначения судебного заседания (ч. 5 ст. 231 УПК РФ) и необоснованно отклонено судьей, приговор признан незаконным и отменен, уголовное дело передано на новое судебное рассмотрение со стадии предварительного слушания (кассационное определение Верховного суда РФ от 3 марта 2011 г. № 22-О11-2¹). По аналогичной причине отменен приговор Санкт-Петербургского городского суда от 22 декабря 2010 г. в отношении А. А. Мещанова (кассационное определение Верховного суда РФ от 31 марта 2011 г. № 78-О11-24²).

В перечисленных случаях речь идет об оснащении правового притязания процессуальной надстройкой, без которой обвиняемый не в силах преодолеть нежелание компетентных государственных органов исполнить лежащую на них юридическую обязанность. Осуществление обвиняемым своего права становится возможным благодаря тому, что оно выступает предметом судебной защиты, формализующейся в судебном акте, где «право на действие власти становится обязанностью власти на действие в силу приоритета прав человека»³.

Другой момент. Как показывает адвокатский опыт автора настоящего материала, если суд на предварительном слушании устанавливает факт неразъяснения обвиняемому по окончании предварительного следствия его права на рассмотрение уголовного дела судом с участием присяжных, он решает вопрос о возвращении уголовного дела прокурору. Однако, по нашему мнению, нарушение прав обвиняемого по поводу выбора формы судопроизводства может быть устранимо и самим судом. Как справедливо отмечает А. А. Тришева, поскольку вопрос о возвращении уголовного дела прокурору на стадии подготовки к судебному заседанию всегда решается на предварительном слушании (п. 2 ч. 2 ст. 229 УПК РФ), то у суда есть фактическая возможность на судебном заседании с участием сторон не только разъяснить обвиняемому его право на подачу соответствующих хода-

¹ Документ не опубликован, размещен в СПС «КонсультантПлюс» в разделе «Судебная практика».

² Документ не опубликован, размещен в СПС «КонсультантПлюс» в разделе «Судебная практика».

³ Определение Конституционного суда Российской Федерации от 19 апреля 2000 г. № 154-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Далбаева Михаила Владимировича на нарушение его конституционных прав статьей 376 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» // Документ не опубликован, размещен в СПС «КонсультантПлюс» в разделе «Судебная практика».

тайств, довести до его сведения информацию об особенностях судебного разбирательства при той или иной форме судопроизводства, но и разрешить ходатайство обвиняемого в том случае, если он воспользовался этим правом¹. Такие ходатайства независимо от момента их заявления (при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела или на предварительном слушании) адресуются суду, их разрешение до назначения судебного заседания полностью устраняет препятствия к рассмотрению дела, а следовательно, и необходимость его возвращения прокурору. Одновременно с этим обратим внимание на то, что констатация права обвиняемого заявить указанное ходатайство «до назначения судебного заседания» нуждается в терминологической корректировке. Точнее было бы указать: «до вынесения судьей решения о назначении судебного заседания».

Кроме того, вопреки мнению Я. Солдатова, не представляет сложности разрешение судом ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом присяжных на предварительном слушании и в том случае, когда по уголовному делу обвиняется несколько лиц, а просьбу о разбирательстве дела таким составом суда высказали лишь некоторые из них². Федеральный законодатель не случайно использовал правовую конструкцию, получившую широкое распространение в мире и закрепленную в ч. 2 ст. 325 УПК РФ: при наличии взаимоисключающих ходатайств о составе суда – о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей и судом в составе трех профессиональных судей – судья обязан решить вопрос о выделении уголовного дела в отдельное производство, а при невозможности такового – отдать приоритет суду с участием присяжных заседателей.

2.4. Юридические препятствия в реализации прав собственников недвижимого имущества

(А. В. Деменишин)

Реализация прав собственников объектов недвижимого имущества представляет собой комплекс активных действий субъекта правоотношений, направленных на претворение в жизнь ими триады правомочий – владения, пользования, а также распоряжения принадлежащим имуществом.

¹ Тришева А. А. Возвращение уголовного дела прокурору и разумный срок уголовного судопроизводства // Законность. 2011. № 5. С. 10–11.

² Солдатов Я. Суд присяжных заседателей. М., 2009. С. 132–133.

При этом одним из наиболее важных начал гражданского законодательства, закрепленных в п. 1 ст. 1 ГК РФ, является принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав, который, как справедливо отмечено в научной литературе, наименее изучен – ему не посвящено ни одного специального исследования, и в основном он рассматривается лишь в контексте пределов осуществления гражданских прав¹.

Несомненно, реализация прав собственников не может протекать в отрыве от реальных процессов общественной жизни и сопровождается совокупностью различных факторов экономического, социального, политического характера, которые, в том числе, могут так или иначе препятствовать полной, всесторонней реализации правомочий по владению, пользованию и распоряжению своей собственностью. Такие преграды, помехи, затрудняющие или исключаящие возможность реализации своих прав или законных интересов, получили в юридической науке название юридических препятствий.

Вместе с тем именно обеспечение беспрепятственной реализации своих субъективных прав провозглашается одним из национальных приоритетов осуществляемой правовой политики и является неотъемлемым признаком развитости правовой системы и в целом правового государства.

В научной литературе под юридическими препятствиями в реализации и защите прав, свобод, законных интересов понимаются нормативно установленные и (или) юридико-фактические условия, осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя прав и законных интересов дополнительных, нормативно незапрограммированных либо предусмотренных в установленном порядке реализации права, но несоразмерных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат².

¹ См., напр.: Вавилин Е. В. Благоприятная правовая среда как условие беспрепятственного осуществления прав и исполнения обязанностей // Российский юридический журнал. 2009. № 3. С. 61–66; Дерюгина Т. В. Свободное и беспрепятственное осуществление прав как принцип гражданского права // Актуальные проблемы праведения. 2010. № 4. С. 55–58.

² Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3 (53). С. 10–18.

При реализации прав, законных интересов собственников встречаются различные юридические препятствия, которые в действительности, имея различную природу, источник, исключают нормальное существование правомочий собственников и создают для них дополнительные ограничения, обременения, связанные с процессом владения, пользования и распоряжения имуществом. При этом нередки случаи, когда юридические препятствия в принципе становятся причиной полного и окончательного исчезновения права.

Остановимся более подробно на видах препятствий, которые могут возникать при реализации прав собственников.

Наиболее распространенным видом юридических препятствий являются такие юридические препятствия, которые связаны с реализацией правомочий пользования объектом недвижимого имущества.

Рассмотрим юридические препятствия в пользовании объектом недвижимого имущества, которые возникают вследствие правонарушений, допущенных по вине равных по правовому положению субъектов правоотношений (например, соседей, смежных землепользователей).

В данном случае, субъектом, чинящим соответствующие юридические препятствия, выступает лицо, которое своим противоправным поведением создает препятствия, мешающие нормальному осуществлению права собственности. Указанная позиция следует из смысла ст. 304 Гражданского кодекса Российской Федерации и разъяснений, приведенных в п. 45 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 29.04.2010 № 10/22.

Препятствия в этой области разнообразны; зачастую они проявляются при использовании смежных земельных участков и объектов общей собственности. В качестве примеров таких препятствий можно привести возведение высоких заборов, отбрасывающих соседний участок; лишение или ограничение права прохода и проезда вследствие ремонтно-восстановительных работ; создание неудобств при пользовании общим домовым оборудованием, принадлежащим жителям многоквартирного дома; недопуск законного владельца в принадлежащее ему здание путем выставления охраны; сооружение шлагбаумов, несанкционированное строительство на земельном участке собственника; отключение электроэнергии и др.¹.

¹ См.: Алексеев С. С., Васильев А. С., Голофаев В. В., Гонгало Б. М. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Ч. 1, 2, 3,

Механизм преодоления таких препятствий законодательно предусмотрен и активно применяется на практике. В подобных случаях собственник вправе требовать по суду устранения созданных препятствий, исключающих возможность нормально использовать принадлежащее имущество и распоряжаться им.

Однако не только неправомерные действия смежных собственников и прочих лиц могут стать препятствием для осуществления собственником своих правомочий.

В числе препятствий, которые могут создаваться вследствие действий государственных и муниципальных органов, можно также рассмотреть препятствия в реализации прав собственника в виде отказа в государственной реализации права собственности на объект недвижимости.

Фактически такой отказ исключает возможность защиты прав лица, претендующего на объект недвижимости и создает серьезную правовую неопределенность в вопросе судьбы такого имущества.

Нормативным обоснованием этого тезиса служит ст. 2 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», в соответствии с которой государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права. Зарегистрированное право на недвижимое имущество может быть оспорено только в судебном порядке.

Вместе с тем осуществить государственную регистрацию права возможно далеко не всегда, при этом не всегда по вине собственника объекта недвижимого имущества.

Например, при принятии решения о предоставлении земельного участка ненадлежащим субъектом власти, а также при отсутствии возможности идентификации такого земельного участка принимается решение об отказе в государственной регистрации права. Причем доводы о том, что лицо, которому выделен соответствующий земельный участок, не несет ответственность за то, что в решении о выделении земельного участка есть подпись недействующего председателя, не имеет правового значения¹.

Другим препятствием, служащим основанием для отказа в государственной регистрации права, препятствующим реализации прав

4 / под ред. С. А. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект; Екатеринбург: Ин-т частного права, 2010. СПС «Гарант».

¹ См., напр.: Апелляционное определение СК по гражданским делам Верховного суда Республики Татарстан от 15 января 2015 г. по делу № 33-460/2015.

собственника земельного участка, является отсутствие в правоустанавливающих документах указания на вид разрешенного использования. Правовым обоснованием для отказа служит то, что разрешенное использование земельного участка является составным элементом правового режима земельного участка и определяется на основании зонирования территорий.

Интересным препятствием для реализации прав собственника и, соответственно, государственной реализации права служит отсутствие в политике реституции национализированных земель в отношении документов на землю, выданных до 1917 г., в регистрации может быть отказано по мотивам отсутствия информации, необходимой для государственной регистрации прав на недвижимое имущество¹.

Вышеперечисленные препятствия далеко не всегда являются непреодолимыми и исключающими дальнейшую возможность реализации правомочий в отношении спорных объектов недвижимого имущества. По смыслу абз. 2 п. 1 ст. 234 ГК РФ отсутствие государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество не является препятствием для признания права собственности на это имущество в судебном порядке по правилам п. 20 Постановления Пленума Верховного суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010.

Кроме того, зачастую юридические препятствия в реализации прав собственников и потенциальных собственников могут возникнуть в результате дефектов нормативного регулирования, бессистемности законодательства федерального и регионального уровня; это во многом обусловлено тем, что круг указанных вопросов, в том числе конкретные механизмы реализации прав, устанавливается совместно РФ и субъектом РФ, и регионы зачастую попросту не успевают приводить свои акты в соответствие с федеральными нормативно-правовыми актами, а также не регламентируют порядок реализации права, предусмотренного федеральными нормативно-правовыми актами. Такой подход порой приводит к возникновению серьезных юридических препятствий, для устранения которых субъект вынужден использовать целый комплекс различных правовых средств.

Например, на протяжении продолжительного периода времени в соответствии с Федеральным законом «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» инвалидам и семьям, имеющим в своем

¹ См., напр.: Апелляционное определение Московского городского суда от 06 июня 2014 г. № 33-20586/14.

составе инвалидов, предоставлялось право на первоочередное получение земельных участков для индивидуального жилищного строительства, ведения подсобного и дачного хозяйства и садоводства. Вместе с тем Земельным кодексом Российской Федерации, Законом Красноярского края «О регулировании земельных отношений в Красноярском крае» порядок первоочередного и бесплатного получения земельных участков для целей жилищного строительства указанной категории граждан не предусматривался, что, без всяких сомнений, создавало неустранимые препятствия для получения соответствующего социального блага.

Устранение подобных препятствий возможно через специальную законотворческую деятельность, однако порой это может на долгое время затруднить процесс реализации субъективных прав.

Так, только в 2014 г. Федеральным законом № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» необходимые изменения были внесены. Только после указанных событий граждане, имеющие право на первоочередное или внеочередное приобретение земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, вправе приобрести такие земельные участки в аренду без проведения торгов.

Таким образом, юридические препятствия в реализации прав собственников могут возникать в связи с различными причинами и по вине различных субъектов, в числе которых могут быть правотворческие органы, органы правоприменения, не обеспечивающие надлежащую реализацию права, субъекты непосредственной реализации права.

Кроме того, юридические препятствия в реализации прав собственника может создать и сам собственник, ненадлежащим образом реализующий предоставленные ему правомочия по владению, пользованию и распоряжению своим имуществом.

Таким образом, в числе ключевых причин, в связи с которыми возникают юридические препятствия, можно выделить:

- правовую неопределенность, возникающую вследствие неудовлетворительного состояния нормативно-правовой базы, содержащей пробелы, устранение которых представляется затруднительным без принятия соответствующих правовых актов;
- отсутствие надлежащего и своевременного контроля со стороны специальных уполномоченных правоприменительных органов, ответственных за реализацию прав собственников объектов недвижимого имущества;

- всевозможные злоупотребления правом, допускаемые смежными собственниками, владельцами недвижимого имущества;
- низкий профессиональный уровень правоприменителя, вследствие чего допускаются ошибки, препятствующие реализации прав собственников (например, кадастровая ошибка кадастрового инженера может привести к наложению границ отдельных земельных участков, что исключает возможность беспрепятственной реализации своих прав собственником такой недвижимости);
- низкую правовую грамотность пользователей и собственников земельных участков.

На основании вышеизложенного представляется возможным выделить неисчерпывающий перечень категорий субъектов, способных создать препятствия в реализации прав собственников.

Во-первых, это правотворческие органы, отвечающие за разработку порядка реализации прав собственников недвижимости, однако по каким-либо причинам ненадлежащим образом исполняющие свои обязанности.

Во-вторых, субъектом, препятствующим в реализации прав собственников может стать государственный или муниципальный орган, ненадлежащим образом осуществляющий правоприменение в указанной сфере, незаконно действующий или бездействующий.

В-третьих, субъектами юридических препятствий могут стать собственники смежных земельных участков, использующие свой земельный участок не по назначению или каким-либо образом препятствующие полному и всестороннему раскрытию титулов владельца, пользователя или распорядителя судьбы земельного участка.

В-четвертых, при определенных обстоятельствах сам собственник может создать себе юридические препятствия в реализации прав: например, собственник, нецелевым образом использующий земельный участок, на основании решения специального уполномоченного органа может быть ограничен в праве пользования земельным участком или даже лишен его полностью.

Указанный перечень субъектов и возможных случаев возникновения юридических препятствий не является исчерпывающим. Существенные препятствия в реализации своих собственнических прав могут возникнуть и вследствие правомерных действий уполномоченных органов, при этом такие препятствия будут иметь разумный и приемлемый характер, не будут требовать ни несоразмерных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных, ни каких-либо иных затрат. Субъектом, препятствующим в

реализации прав и законных интересов собственников недвижимости, могут выступать как заинтересованные граждане, юридические лица, при наличии соответствующих правовых оснований, так и органы государственной власти, органы местного самоуправления. В данном случае отношение к препятствиям должно быть не как к негативным явлениям правовой жизни, а как к позитивным юридическим средствам, обеспечивающим баланс частных и публичных интересов.

Взгляд на юридические препятствия как на юридические средства позволяет определить положительный правовой эффект от их существования и реализации.

По мнению А. В. Малько, правовые средства – это правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей¹.

В тех случаях, когда с помощью юридических препятствий удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально-полезных целей, они являются необходимыми юридическими средствами и важным компонентом в правовой жизни общества.

Как справедливо отметил А. Р. Кирсанов, «право собственности по объему власти, предоставляемой субъекту прав, является самым обширным и полным из всех гражданских прав. Власть собственника *находит препятствия* к своему безграничному распространению только там, где закон, в интересах общего блага, не поставил ей предел в виде специальных и точно указанных ограничений»².

Таким образом, представляется теоретически приемлемым рассмотрение ограничений (обременений) прав собственника недвижимости в качестве позитивных юридических препятствий.

В соответствии со ст. 55 Конституции РФ, а также абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

¹ Малько А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал рос. права. 1998. № 8. С. 66–77.

² Кирсанов А. Р. Развитие гражданского права в России: от укрепления вещных прав к государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Регистрация прав на недвижимость: Информационный сборник. Вып. 5. М., 2002. С. 116.

Таким образом, нормативно-регулятивная система декларирует необходимость существования таких препятствий, которым собственник противиться не должен, а должен ответственно, добросовестно принять их как неотъемлемый элемент принадлежащего ему права. В основном это те случаи, когда препятствия возникают во благо публичного, общественного интереса.

В. П. Камышанский отмечает, что обременение представляет собой «привнесенное извне право третьих лиц, *препятствующее собственнику* вещи свободно в полном объеме реализовать свои правомочия»¹. Такие препятствия выражаются в форме возложения на собственника особых обязанностей по отношению к этим лицам, связанных с приобретенной вещью.

Согласно абз. 4 ст. 1 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» ограничение (обременение) прав есть наличие установленных законом или уполномоченными органами в предусмотренном законом порядке условий, запрещений, стесняющих правообладателя при осуществлении права собственности, либо иных вещных прав на конкретный объект недвижимого имущества.

В числе позитивных юридических препятствий, выраженных в виде определенных ограничений, обременений может выступать, например, ограничение права собственника на владение и пользование земельным участком, где размещен наружный газопровод, что препятствует строительству объектов жилищно-гражданского назначения на таком земельном участке.

Указанные препятствия стали предметом рассмотрения Верховным судом РФ. В результате судом вынесено решение, в соответствии с которым установление перечисленных выше ограничений по фактическому использованию земельных участков обусловлено взрыво- и пожароопасными свойствами газа, транспортируемого по газораспределительным сетям, направлено на защиту жизни и здоровья граждан и на обеспечение их безопасности и основано на положениях п. 6 ст. 90 Земельного кодекса Российской Федерации и ч. 6 ст. 28 Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации», в связи с чем такие ограничения не могут нарушать прав заявителя.²

¹ Камышанский В. П. Пределы и ограничения права собственности: монография. Волгоград: ВА МВД России, 2000. С. 78.

² Решение Верховного суда РФ от 18.09.2013 № АКПИ13-851 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующими пунктов 1, 2, 7, 14, 17,

Из этого следует, что позитивные юридические препятствия являются распространенным средством правовой политики, но только при условии, когда такие препятствия не нарушают прав собственника.

Как было указано выше, юридические препятствия могут возникать вследствие различных причин и обусловлены действиями или бездействием различных субъектов.

Тем не менее, учитывая то обстоятельство, что для современной правовой системы важнейшей целью законодательного регулирования является создание благоприятного климата для беспрепятственной реализации прав и свобод, представляется возможным в качестве способов устранения юридических препятствий выделить следующие: повышение качества правотворчества на всех его уровнях, своевременность и высокий профессиональный уровень правоприменительной деятельности, несвязанность ее с любыми экономическими, политическими, социальными факторами, повышение уровня правовой культуры и правосознания населения – как собственников и владельцев объектов недвижимого имущества, так и любых других заинтересованных лиц, активная работа по правовому образованию, осуществляемому на различных уровнях и для различных групп населения. Не менее важным инструментом преодоления препятствий должно стать создание благоприятного информационного пространства, существование которого обеспечивало бы качественное взаимодействие между собственниками, государственными и муниципальными органами, различными общественными объединениями и иными заинтересованными лицами.

Таким образом, под юридическими препятствиями в реализации прав, свобод, законных интересов собственников недвижимого имущества понимаются нормативно установленные и (или) юридико-фактические условия, осложняющие процесс осуществления правовых возможностей по владению, пользованию и (или) распоряжению имуществом, принадлежащим конкретному субъекту права в конкретной ситуации, требующие от собственника дополнительных, нормативно не запрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат.

Проблема содержания юридических препятствий многоаспектна, что позволяет вести речь как о юридических препятствиях, кото-

18, 21, 47 Правил охраны газораспределительных сетей, утв. Постановлением Правительства РФ от 20.11.2000 № 878».

рые становятся негативным явлением правовой действительности и не способствуют достижению целей правовой законности и правопорядка. Устранение таких препятствий – важнейшая задача как для субъектов непосредственной реализации права, так и для субъектов правотворчества и правоприменения. При этом предусмотрен целый ряд комплексных способов и методов для устранения таких преград.

Вести речь также возможно и о юридических препятствиях, которые по своему содержанию позитивны и способствуют достижению приоритетных целей государственного регулирования, являются позитивным юридическим средством. В таком случае препятствия должны адекватно восприниматься субъектами права, они отвечают характеристикам целесообразности, разумности и обоснованности. Как правило, такие препятствия являются необходимым ограничением с целью обеспечения общественных или государственных интересов.

2.5. Идентификация и преодоление юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в сфере финансового права

(В. Ю. Дианова)

Для начала хотелось бы отметить, что в доктрине не выработана единая дефиниция права. Существует множество точек зрения, однако, согласно позиции ученых, являющихся представителями юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, наиболее верно понимать право как систему правовых коммуникаций, то есть такую систему отношений, субъекты которых на основе интерпретации различных социально легитимированных правовых текстов нормативно взаимодействуют между собой путем реализации принадлежащих им прав и обязанностей¹. Таким образом, реализация права означает действие системы правовых коммуникаций, осуществление взаимодействия субъектов на основе социально легитимированных правовых актов. В. Ю. Панченко полагает, что реализация права – это «действие права, рассмотренное со стороны субъек-

¹ Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник. СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. С. 109.

та, активное осуществление тех правил поведения, которые сформулированы в правовых нормах»¹.

Очевидно, что, реализуя свое право, субъект выполняет требования предписывающих, дозволяющих, запрещающих норм.

Под законным интересом понимается «стремление субъекта пользоваться определенным социальным благом и в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения не противоречащих нормам права интересов, которое в определенной степени гарантируется государством в виде юридической дозволенности, отраженной в объективном праве либо вытекающей из его общего смысла»².

Таким образом, препятствия в реализации прав и законных интересов означают полную или частичную невозможность осуществить субъектом правила поведения, предусмотренные в правовых нормах, и воспользоваться каким-либо социальным благом, в том числе обратиться за защитой.

Под юридическими препятствиями в данном случае представляется верным понимать конструкцию норм, действия третьих лиц (в том числе уполномоченных органов и должностных лиц), которые не позволяют субъекту осуществить свои права и реализовать свои законные интересы в полном объеме.

Юридические препятствия представляется возможным распознать посредством проведения мониторинга правовых актов и контроля за деятельностью уполномоченных органов и должностных лиц, так как именно мониторинг позволит выявить недостатки в конструировании тех или иных норм в их применении на практике. В результате анализа и обобщения актов представляется возможным обнаружить неправомерные действия уполномоченных органов и должностных лиц, препятствующих субъектам осуществлять свои права и реализовывать законные интересы. Особенно эффективным способом можно считать конституционный контроль со стороны Конституционного суда Российской Федерации (далее – КС РФ), так как КС РФ разрешает подведомственные ему дела и вопросы, проверяя спорные

¹ Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики: монография / Сибирский федеральный университет, Саратовский филиал Института государства и права РАН, Автономная некоммерческая правозащитная организация «Правовой модус»; под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 89.

² Субочев В. В. Законные интересы // Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. А. В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 2

моменты на соответствие букве и духу закона, а также учитывая общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации. Такие полномочия даны ему в соответствии со ст. 125 Конституции РФ¹, ст. 1 ФКЗ от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации»².

Механизмами преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов являются внесение изменений в соответствующие акты; применение мер пресечения, принуждения и ответственности к соответствующим уполномоченным органам и должностным лицам; совершенствование законодательства, порядка разработки и принятия актов всех уровней, которые могут повлиять на надлежащую реализацию прав и законных интересов граждан; признание тех или иных актов несоответствующими Конституции РФ.

Что касается КС РФ, то он, благодаря полномочиям, которыми он наделен, играет существенную роль в распознавании и преодолении юридических препятствий в осуществлении прав и законных интересов. Ярким примером является **Определение КС РФ от 08.02.2007 № 322-О-П** «По запросу Правительства Челябинской области о проверке конституционности положений абзаца третьего пункта 5 статьи 55 Закона Российской Федерации «Об образовании» и пункта 5 статьи 83 Бюджетного кодекса Российской Федерации»³. Дело в том, что в связи с поправками, внесенными в Закон РФ от 10 июля 1992 года № 3266-1 «Об образовании» Федеральным законом № 122 от 22.08.2004 (редакция от 19.07.2011), абз. 3 п. 5 ст. 55 Закона «Об образовании» 1992 г. был изменен. Теперь он предусматривает следующее: «Педагогические работники, проживающие и работаю-

¹ Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 04.08.2014 № 31. ст. 4398. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ от 30.12.2008 № 7-ФКЗ от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ). СПС «КонсультантПлюс».

² О Конституционном суде Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 25.07.1994. № 13. Ст. 1447. (в ред. от 04.06.2014). (С изм. и доп., вступ. в силу с 06.08.2014). СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение Конституционного суда РФ № 322-О-П [Электронный ресурс]: По запросу Правительства Челябинской области о проверке конституционности положений абзаца третьего пункта 5 статьи 55 Закона Российской Федерации «Об образовании» и пункта 5 статьи 83 Бюджетного кодекса Российской Федерации от 08.02.2007 // Вестник Конституционного суда РФ. № 4. 2007. СПС «КонсультантПлюс».

щие в сельской местности, рабочих поселках (поселках городского типа), имеют право на предоставление компенсации расходов на оплату жилых помещений, отопления и освещения. Размер, условия и порядок возмещения расходов, связанных с предоставлением указанных мер социальной поддержки педагогическим работникам федеральных государственных образовательных учреждений, устанавливаются законодательством Российской Федерации и обеспечиваются за счет средств федерального бюджета, а педагогическим работникам образовательных учреждений субъектов Российской Федерации, муниципальных образовательных учреждений устанавливаются законодательством субъектов Российской Федерации и обеспечиваются за счет средств бюджетов субъектов Российской Федерации». В связи с этим положением законодательства сложилась ситуация, при которой с 2004 по 2006 г. субъекты Российской Федерации льготы педагогическим работникам образовательных учреждений субъектов Российской Федерации, муниципальных образовательных учреждений не предоставляли. Тем самым складывалась ситуация, при которой юридические препятствия не позволяли гражданам должным образом реализовать свои права.

Аргументированно и своевременно распознать такие препятствия и преодолеть их помог Конституционный суд РФ. В своем Определении от 08.02.2007 № 322-О-П «По запросу Правительства Челябинской области о проверке конституционности положений абзаца третьего пункта 5 статьи 55 Закона Российской Федерации «Об образовании» и пункта 5 статьи 83 Бюджетного кодекса Российской Федерации» КС РФ указывает на следующие обстоятельства. Законодатель не только обязывает субъекты Российской Федерации установить и ввести до 1 января 2005 г. в действие правовое регулирование, которое обеспечило бы предоставление педагогическим работникам, работающим и проживающим в сельской местности и рабочих поселках (поселках городского типа) субсидий (компенсаций) на оплату коммунальных услуг и жилья. Норма, закрепленная в абзаце третьем пункта 5 статьи 55 Закона Российской Федерации «Об образовании» от 10 июля 1992 г. в редакции Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ, сохраняет еще и право таких работников на бесплатную жилую площадь с отоплением и освещением. Таким образом, вопреки ситуации нарушения прав граждан данной категории, сложившейся в период с 2004 по 2006 г., переход от натуральных льгот к субсидиям (компенсациям) не должен снижать уровень социальной поддержки указанных работников и перешедших на пенсию педагогических работников, имеющих «стаж работы в соответствующих учреждениях в

сельской местности не менее 10 лет». Это значит, что субсидии (компенсации) должны быть установлены в размерах, покрывающих затраты этих лиц на оплату жилья, отопления и освещения.

Также КС РФ указал на факт создания Федерального фонда софинансирования социальных расходов на 2005–2007 гг. в соответствии со ст. 40 ФЗ от 23 декабря 2004 г. «О федеральном бюджете на 2005 год», ст. 40 ФЗ от 26 декабря 2005 г. «О федеральном бюджете на 2006 год», ст. 43 ФЗ от 19 декабря 2006 г. «О федеральном бюджете на 2007 год». Его средства предназначены в том числе для частичного возмещения расходов бюджетов РФ на предоставление субсидий на оплату жилья и коммунальных услуг отдельным категориям граждан, имеющих право на их получение. В том числе – проживающим и работающим в сельской местности педагогическим работникам. КС РФ приходит к выводу, что абзац третий пункта 5 ст. 55 Закона Российской Федерации «Об образовании» (в редакции Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ) не изменяет порядок реализации меры социальной поддержки и даже повторяет соответствующие нормы Закона Российской Федерации «Об основах федеральной жилищной политики» и других законодательных актов Российской Федерации в части совершенствования системы оплаты жилья и коммунальных услуг. В соответствии с ними РФ как до 1 января 2005 г., так и после этой даты продолжает нести обязанность по финансовому обеспечению предоставления того объема мер социальной поддержки, который соответствует абз. 3 п. 5 ст. 55 Закона РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании». Федеральным законом о федеральном бюджете ежегодно устанавливается определенное количество финансовых средств, поскольку этот закон создает финансовые условия для реализации норм, предусматривающих финансовые обязательства государства (эта позиция КС РФ отражена и в Постановлении от 23 апреля 2004 г. № 9-П). При этом важно понимать, что Федеральный закон о федеральном бюджете сам по себе не порождает и не отменяет прав и обязательств, поэтому он не может как *lex posterior* изменить положения других федеральных законов, которые затрагивают расходы РФ. Также он не может лишать эти законы юридической силы. Российская Федерация – это правовое социальное государство, и она не вправе произвольно отказаться от публично-правовых обязательств, взятых на себя. Тогда и п. 5 ст. 83 Бюджетного кодекса (далее – БК РФ) не может служить правовым основанием освобождения РФ от выполнения бюджетных обязательств по финансовому обеспечению данных мер поддержки педагогических работников.

Таким образом, КС РФ с помощью анализа и системного толкования норм способствовал преодолению юридического препятствия реализации прав педагогических работников образовательных учреждений субъектов Российской Федерации, муниципальных образовательных учреждений на получение соответствующих льгот. Действительно, при первом приближении может показаться, что норма абз. 3 п. 5 ст. 55 Закона «Об образовании» 1992 г. «перекладывает ответственность» за предоставление льгот данным категориям граждан на бюджеты субъектов Российской Федерации. Но поскольку Российская Федерация – это правовое социальное государство (ст. 1, 7 Конституции РФ), то произвольный отказ от взятых на себя публично-правовых обязательств не представляется возможным.

Также важно упомянуть **Определение Конституционного суда РФ от 07.02.2008 № 383-О-П** «По жалобе граждан А. В. Иванова и других на нарушение их конституционных прав отдельными положениями пункта 50 статьи 35 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹.

Медицинские работники Хохольской центральной районной больницы, которая является муниципальным учреждением, обратились в КС РФ для оспаривания на предмет конституционности отдельных положений п. 50 ст. 35 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ. Дело в том, что этим федеральным законом внесены изменения в ст. 63 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья гражд-

¹ Определение Конституционного суда РФ № 383-О-П [Электронный ресурс]: По жалобе граждан А. В. Иванова и других на нарушение их конституционных прав отдельными положениями пункта 50 статьи 35 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации» в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Вестник Конституционного суда РФ. № 5. 2008. СПС «Консультант-Плюс».

дан, которые заключались в утрате силы ч. 2 данной статьи. Именно она закрепляла право медицинских и фармацевтических работников, работающих и проживающих в сельской местности и поселках городского типа, на бесплатное предоставление квартир с отоплением и освещением. Теперь меры по социальной поддержке таких работников должны были устанавливаться органами государственной власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления.

КС РФ полагает, что норма, закрепленная в п. 50 ст. 35 ФЗ от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ (во взаимосвязи с преамбулой и ст. 153 данного ФЗ), не означает отмену права на получение льгот по оплате жилья и коммунальных услуг (освещения, отопления). Это право проживающие и работающие в сельской местности и поселках городского типа медицинские работники организаций здравоохранения приобрели на основании законодательства, действовавшего до 1 января 2005 г.; п. 50 ст. 35 ФЗ № 122 обеспечивает его сохранение и после этой даты. На органах государственной власти РФ, субъектов РФ и органах местного самоуправления лежит обязанность по введению эффективных правовых механизмов, которые будут обеспечивать сохранение прежнего уровня социальной защиты в жилищно-коммунальной сфере в случае изменения порядка и способа социальной поддержки данной категории медицинских работников.

Что касается Верховного суда Российской Федерации (далее – ВС РФ), то он придерживается несколько иной позиции по вопросу предоставления льгот после изменений, внесенных в правовые акты посредством принятия Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ.

В Определении Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 13 января 2012 г. № 58-В11-7¹ установлено, что медицинскому работнику, проживающему и работающему в сельской местности, не выплачивалась компенсация за отопление и содержание жилья с 1 января 2007 г. по 31 декабря 2008 г. Речь идет о старшей медсестре Федерального бюджетного учреждения поликлиники войсковой части Министерства обороны РФ, проживающей в сельской местности. ВС РФ отменил решения судов, вынесенные ранее в пользу данного медицинского работника о взыскании за счет казны РФ с Министерства финансов РФ компенсации за период с 1 января 2007 г. по 31 декабря 2008 г., и указал на то, что надлежащим ответчиком по такому иску медицин-

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда РФ от 13 января 2012 г. № 58-В11-7 [Электронный ресурс] // Бюллетень Верховного суда РФ. 2012. № 8. СПС «КонсультантПлюс».

ского работника является Министерство обороны России, предоставлявшее жилищно-коммунальные льготы до 1 января 2005 г. ВС РФ, сославшись на статью 125 ГК РФ, мотивировал свое решение тем, что органы государственной власти в пределах их компетенции могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде. Право установления для гражданского персонала воинских частей льгот и компенсаций предоставлено лишь Министерству обороны России (Постановление Правительства РФ от 03.01.1993 № 2 «О расширении прав отдельных центральных органов федеральной исполнительной власти в области оплаты труда гражданского персонала» в редакции от 22.11.2006 № 711). По мнению ВС РФ, так как военный госпиталь войсковой части имеет ведомственную подчиненность, то возмещение расходов, связанных с предоставлением мер социальной поддержки, решается Министерством обороны России. Этот аргумент ошибочен в силу того, что РФ – это правовое социальное государство (ст. 1, 7 Конституции РФ), и произвольный отказ от взятых на себя публично-правовых обязательств не представляется возможным. Федеральный закон никоим образом не может «перекладывать» ответственность с Российской Федерации на отдельное ведомство – Министерство обороны России, – так как компенсация за отопление и содержание жилья – это публично-правовые обязательства государства.

Также ВС РФ высказал свою позицию в **Определении Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 2 апреля 2010 г. № 45-В10-2¹**. Нижестоящие суды удовлетворили иск гражданина, являющегося инвалидом Великой Отечественной войны II группы, который согласился на получение денежной компенсации взамен ожидания в очереди получения автомобиля (он полагался ему в соответствии с ФЗ «О ветеранах»). Однако после вступления в силу ФЗ № 122 1 января 2005 г. выплата данной компенсации прекратилась. Гражданин подал иск о признании за ним права на бесплатное получение в собственность автомобиля или на единовременную денежную компенсацию, а также об обязанности включения его в список инвалидов, состоявших на учете на 1 января 2005 года для обеспечения транспортным средством.

Согласно позиции ВС РФ, решения нижестоящих судов подлежат отмене, так как гражданин выбрал ежегодную денежную компен-

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда РФ от 2 апреля 2010 г. № 45-В10-2 [Электронный ресурс] // Бюллетень Верховного суда РФ. 2011. № 1. СПС «КонсультантПлюс».

сацию вместо транспортного средства и не состоял в очереди на его бесплатное получение до 1 января 2005 г. Так что право на бесплатное получение транспортного средства у него не возникло. Судебная коллегия ВС РФ по гражданским делам отказала в удовлетворении иска гражданина к органам субъекта РФ и местного самоуправления о признании права на получение автомобиля или денежной компенсации, обязанности включить его в список инвалидов, состоящих на учете.

Но тогда данный гражданин не получит ни компенсации, на которую он согласился взамен ожидания в очереди, ни автомобиля. ВС РФ следовало бы удовлетворить его иск в части признания права на получение денежной компенсации, так как он ранее изъявил свою волю на получение именно компенсации взамен автомобиля. Выплата, прекращенная со вступлением в силу ФЗ № 122, должна быть возобновлена, так как она является публично-правовым обязательством государства в соответствии с ФЗ «О ветеранах».

Судебная практика может быть разной, всем известно, что существуют решения судов, прямо противоречащие друг другу. Главное – чтобы субъекты права не испытывали трудностей в процессе правовой коммуникации друг с другом. Человек и гражданин, в силу конституционных положений, должен быть защищен от нарушения его прав и законных интересов. Юридические препятствия в их осуществлении – это, несомненно, вызов нашего времени, который подлежит незамедлительному ответу. Устранить такие препятствия можно в том числе и путем толкования отдельных положений законодательства судами. Прежде всего – Конституционным судом Российской Федерации. В силу своих положения и полномочий именно он поддерживает атмосферу конституционности, в том числе и в сфере финансового права. Это наглядно продемонстрировано на примере вышеуказанных Определений КС РФ.

2.6. Юридические гарантии как форма нейтрализации нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав граждан РФ

(Е. Р. Зайцева)

В ряду основных прав и свобод личности, закрепленных в Конституции РФ, есть немало таких, реализация которых невозможна без специального процедурно-правового механизма, заложенного в правотворческой и правоприменительной деятельности и обеспечиваю-

щего переход от идеала, содержащегося в нормах Конституции РФ, к объективной действительности. Механизм этот раскрывается через структуру, упорядоченные связи между субъектами, объектами, разнообразными социальными и юридическими факторами, формы, способы, условия, гарантии и процедуры осуществления конституционных норм. Кроме того, механизм реализации конституционных прав и свобод должен включать в себя систему гарантий реализации конституционных прав и свобод, которые нужны для того, чтобы устранить те затруднения, помехи, преграды, которые мешают идеалу, закрепленному в правовой норме, перерасти в действительность¹, т. е. нормативные юридические препятствия в реализации прав и свобод².

Нормативные юридические препятствия, как заложенные в самом праве необоснованные затруднения в реализации конституционных прав и свобод личности, имеют исключительно правовую природу, причины их возникновения кроются в самом праве, и устранить их можно только юридическими инструментами, а именно – юридическими гарантиями, которые заложены (должны быть заложены) в процедурно-правовом механизме реализации прав и свобод.

По сути дела, нормативные юридические препятствия и юридические гарантии в реализации конституционных прав и свобод личности выступают как парные правовые категории. И если гарантии, по меткому выражению профессора Л. Д. Воеводина, служат тем надежным мостиком, который обеспечивает необходимый в основах правового статуса личности переход от общего к частному, от прокламируемой в законе возможности к действительности, то препятствия – это как раз то, что мешает реализации права, тот «ров», через который мостик-гарантия проложен³.

¹ См.: Воеводин Л. Д. Юридический статус личности в России: учеб. пособие. М.: Изд-во МГУ, ИНФРА-М–НОРМА, 1997. С. 237.

² В. Ю. Панченко под юридическими (правовыми) препятствиями в реализации прав и законных интересов понимает нормативно установленные и юридико-фактические обстоятельства (факторы), осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя прав и законных интересов дополнительных, нормативно не запрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, но несоизмеримых, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат. См.: Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 14.

³ См.: Воеводин Л. Д. Указ. соч. С. 236.

Как правило, нормативные юридические препятствия в реализации конституционных прав и свобод личности обнаруживаются на стадии непосредственной правореализации и правоприменения, когда выясняется, что закрепленное в законе положение сложно, а иногда и невозможно воплотить в действительность.

«Работа» с юридическими препятствиями должна охватывать весь процесс правотворчества, правореализации и правоприменения. Эту «работу» можно назвать формированием правового пространства беспрепятственной реализации конституционных прав и свобод личности. Процесс формирования такого правового пространства нужно рассматривать как систему взаимосвязанных между собой, последовательно сменяющих друг друга стадий: прогнозирование, предотвращение, выявление, нейтрализация, устранение.

1. *Прогнозирование* нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в РФ возможно и необходимо при осуществлении правотворческой деятельности. Очевидно, законодатель желает, чтобы принятый им закон действовал, функционировал, работал, а не существовал только на бумаге. Следовательно, он (законодатель) должен спрогнозировать все возможные помехи и затруднения, которые могут возникнуть на пути превращения возможного (того, что закреплено в правовой норме) в действительное. Это обуславливает необходимость анализа всех причин возникновения нормативных юридических препятствий и разработки по каждой из них схемы возможного появления таковых.

Например, одной из причин возникновения нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод выступает многоуровневый характер правотворчества в Российской Федерации. Зачастую федеральные законы содержат большое количество бланкетных и отсылочных норм, и впоследствии эти отношения регулируются, в том числе на региональном уровне¹. В этом случае вполне ожидаемо, что региональные власти, ошибочно воспринимая свой собственный интерес как публичный, общегосударственный интерес, могут допустить появление в региональном законодательстве нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности.

¹ См.: Зайцева Е. Р., Панченко В. Ю. Причины возникновения нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в Российской Федерации // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2014. № 12-2 (50). С. 80–82.

2. *Предотвращение (недопущение)* нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в РФ. Данная стадия формирования правового пространства беспрепятственной реализации конституционных прав и свобод личности также происходит в процессе правотворческой деятельности. Прогнозируя возникновение юридических препятствий при реализации того или иного конституционного права или свободы, законодатель может и обязан их предотвратить в процессе правотворчества, максимально тщательно прописывая весь процесс реализации того или иного конституционного права. Именно поэтому законодательство, регулирующее реализацию конституционных прав и свобод личности, требует наличия как можно большего количества процессуальных норм.

Кроме того, в вышеприведенном примере по региональному законодательству действенным способом предотвращения (недопущения) нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в РФ является принятие на федеральном уровне так называемых «рамочных законов»¹.

3. *Выявление* нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в РФ происходит в ходе правореализации и правоприменения.

Именно в процессе осуществления конституционного права и выявляются помехи, которые не позволяют беспрепятственно реализовывать конституционные права или свободы как таковые, а также определяется обоснованность этих помех. И если выясняется, что реализации права мешают нормативные юридические препятствия (необоснованные затруднения, содержащиеся в норме права), то встает задача устранения этих препятствий.

4. *Нейтрализация* нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в РФ. Эта стадия – своеобразная «работа над ошибками» законодателя, предполагающая использование всех имеющихся в рамках действующего законодательства правовых средств для обеспечения реализации конституционного права или свободы, несмотря на какие бы то ни было

¹ Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»; Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»; Федеральный закон от 07.02.2011 № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований».

препятствия. Термин «нейтрализация» означает, что нормативные юридические препятствия не исчезают, но их негативное воздействие на реализацию конституционных прав и свобод минимизируется.

Механизм нейтрализации нормативных юридических препятствий строится на юридических гарантиях, которые обеспечивают реализацию конституционных прав и свобод. В частности, это могут быть процессуальные гарантии, которые тщательно прописывают порядок реализации конституционных прав и свобод. Эти процедуры могут основываться на общеправовых принципах и носить рекомендательный характер.

5. *Устранение* нормативных юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод личности в РФ. Тщательный анализ и систематизация процедур по нейтрализации юридических препятствий в реализации конституционных прав и свобод, анализ судебной и иной правоприменительной практики могут и должны привести к изменению законодательства в сфере реализации конкретного конституционного права. Тем самым устранение юридических препятствий – это всегда внесение изменений в законодательство либо в подзаконные акты.

Каждая стадия «работы» с нормативными юридическими препятствиями может осуществляться в различных формах, различными методами.

Думается, что вышеописанный процесс лучше рассмотреть на конкретном примере.

Статья 32 Конституции РФ предоставляет гражданам РФ право участвовать в управлении делами государства. Весьма обобщенно сформулированное, это право конкретизируется в этой же статье через такие права, как право граждан РФ избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, участвовать в референдуме, иметь равный доступ к государственной службе и право участвовать в отправлении правосудия.

Особый интерес с точки зрения предмета нашего исследования представляют право быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, право иметь равный доступ к государственной службе и право участвовать в отправлении правосудия.

Эти права объединены рядом законодательных нововведений, которые в некоторой степени осложнили реализацию этих прав, а если быть точнее, создали весьма серьезные юридические препятствия для их реализации.

Действительно, изменения в российском законодательстве последних лет затруднили или могут затруднить реализацию указанных

конституционных положений для части российских граждан. После принятия отдельных нормативно-правовых актов, направленных на борьбу с коррупцией¹ и незаконным обогащением, были внесены серьезные изменения в избирательное законодательство, законодательство о государственной и муниципальной службе и законодательство о статусе судей в Российской Федерации. Речь идет прежде всего о введении для определенной категории публичных должностных лиц (термин взят из международно-правовых документов. – *Е. З.*) обязанности представлять определенные сведения и соблюдать определенные запреты.

Так, при проведении выборов в федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, выборов глав муниципальных районов и глав городских округов кандидаты должны представить:

– сведения о принадлежащем кандидату, его (ее) супруге (супругу) и несовершеннолетним детям недвижимом имуществе, находящемся за пределами территории Российской Федерации, об источниках получения средств, за счет которых приобретено указанное имущество, об обязательствах имущественного характера за пределами территории Российской Федерации кандидата, а также сведения о таких обязательствах его (ее) супруге (супруга) и несовершеннолетних детей;

– сведения о своих расходах, а также о расходах своего супруга (своей супруги) и несовершеннолетних детей по каждой сделке по приобретению земельного участка, другого объекта недвижимости, транспортного средства, ценных бумаг, акций (долей участия, паев в уставных (складочных) капиталах организаций), совершенной в течение последних трех лет, если сумма сделки превышает общий доход кандидата и его супруги (ее супруга) за три последних года, предшествующих совершению сделки, и об источниках получения средств, за счет которых совершена сделка².

¹ Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»; Федеральный закон от 03.12.2012 № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам»; Указ Президента РФ от 13.03.2013 № 297 «О Национальном плане противодействия коррупции».

² Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ» от 12.06.2002 № 67-ФЗ (п. а), б) ч. 3.1 ст. 33); Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания» от 22.02.2014 № 20-ФЗ (п. 2, 3, 4 ст. 43); Уставный закон Красноярского края «О выборах депутатов Законодательного Собрания Красноярского края» от 21.04.2011 № 12-5778 (п. д. ст. 26); Уставный закон Красноярского края «О выборах губернатора

Подобные требования предъявляются к государственным, муниципальным служащим¹, судьям².

Кроме того, перечисленным выше публичным должностным лицам, их супругам и несовершеннолетним детям запрещается открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами³, а если таковое имеет место быть, то они обязаны закрыть счета (вклады), прекратить хранение наличных денежных средств и ценностей в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, и (или) осуществить отчуждение иностранных финансовых инструментов⁴.

Итак, российское законодательство, предоставляя гражданам России права, предусмотренные ст. 32 Конституции РФ, одновременно возлагает на них дополнительные обязанности о представлении сведений об их активах и запрещает иметь активы в иностранных банках вне территории РФ. Таким образом, реализация указанных прав обуславливается необходимостью исполнения конкретной дополнительной обязанности и соблюдения конкретного юридического запрета, т. е. реализация права обременена исполнением обязанности и соблюдением запрета, что может рассматриваться как ограничение права, связанное с особенностями специального конституционно-правового статуса отдельных категорий граждан РФ, или нормативное юридическое препятствие в реализации конституционного права.

Ограничения основных прав и свобод личности в Российской Федерации, как известно, должны соответствовать требованиям ст. 55 Конституции РФ, а именно: они должны быть закреплены в нормативно-правовом акте юридической силой не ниже федерального закона и должны быть направлены на защиту указанных в этой статье

Красноярского края» от 20.06.2012 № 2-410. (п. 4. ст. 29); Федеральный закон «О выборах Президента РФ» от 10.01.2003 № 19-ФЗ ст. 37 ч. 1 п. 5); Закон Красноярского края «О выборах в органы местного самоуправления в Красноярском крае» от 02.10.2003 № 8-1411 (п. 1.2 ст. 29); Федеральный закон «О выборах Президента РФ» от 10.01.2003 № 19-ФЗ ст. 37 ч. 1 п. 5.

¹ Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27.07.2004 № 79-ФЗ (п. 1. ст. 20).

² Закон РФ «О статусе судей в РФ» от 26.06.1992 № 3132-1 (п. 8 ч. 6 ст. 4).

³ Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27.07.2004 № 79-ФЗ (п. 1.1 ст. 17); Федеральный закон «О муниципальной службе в Российской Федерации» от 02.03.2007 № 25-ФЗ (п. 1 ст. 15).

⁴ Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ» от 12.06.2002 № 67-ФЗ (п. а), б) ч. 3.1 ст. 33).

ценностей, как то: основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства.

Что касается установления запрета для определенной категории публичных должностных лиц *самим* (курсив мой. – Е. З.) открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, то он (запрет), конечно же, является ограничением анализируемых конституционных прав, потому как федеральный закон, предусматривающий такой запрет, прямо говорит о том, что содержащиеся в нем положения направлены на «обеспечение национальной безопасности Российской Федерации», что соответствует указанным в ст. 55 Конституции РФ целям ограничения основных прав и свобод¹.

Обязанность представлять сведения о *своих* (курсив мой. – Е. З.) активах (доходах, расходах, имуществе и обязательствах имущественного характера) была закреплена в законодательстве² после принятия 25 декабря 2008 г. федерального закона «О противодействии коррупции»³.

Однако в самом законе не говорится о том, как противодействие коррупции соотносится с целями ограничения прав, указанными в ст. 55 Конституции РФ. В то же время Конвенция ООН против коррупции⁴ содержит прямое указание на то, что коррупция порождает проблемы и угрозы для стабильности и безопасности общества, наносит

¹ ФЗ «О запрете отдельным категориям лиц открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами» от 07.05.2013 (ст. 1, 3).

² См.: ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации» от 19.01.2003 № 19-ФЗ; ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ» от 22.02.2014 № 20-ФЗ (п. 2, 3, 4 ст. 43); ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ» от 08.05.1994 № 3-ФЗ (ст. 4, 10); Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26.01.1992 № 3132 (п. 5.1 ст. 3, ст. 8.1, ст. 14); ФЗ «О государственной гражданской службе РФ» от 27.07.2004 № 79-ФЗ (п. 9 ст. 15, п. 9 ст. 16, п. 1.1 ст. 17); Уставный закон Красноярского края «О выборах губернатора Красноярского края» от 20.06.2012 № 2-410 (п. 9.1, 9.2 ст. 25); Уставной закон Красноярского края «О выборах депутатов Законодательного собрания Красноярского края» от 21.04.2011 № 12-5778 (ч. 3, 3.1 ст. 22); Закон Красноярского края «О статусе депутата Законодательного Собрания Красноярского края» 14.05.2007 № 1–18 (ст. 2, 5).

³ ФЗ «О противодействии коррупции» от 25.12.2008 № 273-ФЗ.

⁴ Конвенция ООН против коррупции, принятая Генеральной Ассамблеей ООН на 51-м пленарном заседании 31 октября 2003 г. (преамбула).

ущерб демократическим институтам, национальной экономике и правопорядку, что в полной мере соответствует положениям ст. 55 Конституции РФ, где в качестве одной из ценностей, ради которых могут быть ограничены основные права и свободы, выступает защита основ конституционного строя.

Можно проанализировать положения первой главы Конституции РФ на предмет того, наносится ли коррупцией какой-либо ущерб основам конституционного строя РФ (создается ли угроза его нанесения).

Конституция РФ провозглашает в качестве ценностей для России демократию, правовое государство, единую экономическую систему, территориальную целостность страны. Тем самым можно сделать вывод, что коррупция угрожает важнейшим ценностям России, основам ее конституционного строя.

Однако в федеральном законе «О противодействии коррупции» об этом ничего не говорится, хотя согласно этому нормативному акту правовую основу противодействия коррупции составляют в том числе и общепризнанные принципы и нормы международного права.

Таким образом, наличие в законодательстве требования предоставлять сведения о *своих* (курсив мой. – Е. З.) активах, отказаться от *своих* (курсив мой. – Е. З.) счетов (вкладов), не хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, являются ограничениями прав публичных должностных лиц, обусловленными особенностями специального конституционно-правового статуса публичных должностных лиц в РФ.

Иначе обстоит дело с подобными требованиями к супругу (супруге) публичного должностного лица и его (ее) несовершеннолетним детям.

Вышеуказанные нормативные правовые акты предусматривают, что исполнение обязанности и соблюдение запрета публичным должностным лицом в полном объеме, надлежащим образом и в надлежащие сроки зависит не только от действий самого публичного должностного лица, но и от действий или бездействий «третьих лиц» – супруга (супруги) и их несовершеннолетних детей. Считается, что это положение соответствует международным нормам в регулировании такого рода отношений.

Однако это не совсем так. Международный кодекс поведения государственных должностных лиц¹ говорит о том, что «государст-

¹ Международный кодекс поведения государственных должностных лиц (Принят 12.12.1996 Резолюцией 51/59 на 82-м пленарном заседании 51-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН) . Ст. 8.

венные должностные лица в соответствии с занимаемым ими служебным положением и как это разрешено или требуется законом и административными положениями выполняют требования об объявлении или сообщении сведений о личных активах и обязательствах, а также, *по возможности* (курсив мой – Е. З.), сведений об активах и обязательствах супруга (супруги) и/или иждивенцев».

Таким образом, в международном праве юридическая обязанность представлять сведения о своих активах возлагается только на публичное должностное лицо. И это правильно, поскольку «третьи лица» не имеют никакой юридической обязанности в этих правоотношениях, так как не являются субъектами этих правоотношений, а значит, не несут никакой ответственности за непредставление сведений. За неисполнение обязанности «третьими лицами» несет ответственность само публичное должностное лицо. Так как «третьи лица» не несут никакой ответственности за непредставление сведений о своих активах, то можно предположить, что они могут уклониться от представления сведений, создав тем самым необоснованные затруднения, т. е. нормативные юридические препятствия для публичного должностного лица в реализации его прав, предусмотренных ст. 32 Конституции РФ.

Так, гражданин РФ не будет зарегистрирован в качестве кандидата на выборную должность, если он не представит сведения о своих активах, активах его (ее) супруги (супруга) и их несовершеннолетних детей¹, а регистрация кандидата на выборную должность будет аннулирована в случае установления факта открытия или наличия у него счетов (вкладов), хранения наличных денежных средств и ценностей в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владения и (или) пользования иностранными финансовыми инструментами².

Непредставление государственным гражданским служащим сведений о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера членов своей семьи в случае, если представление таких сведений обязательно, либо представление заведомо

¹ Федеральный закон от 10.01.2003 № 19-ФЗ «О выборах Президента РФ» (п. 2 ст. 39); Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ» (п. 1.1 ст. 38).

² Федеральный закон «О выборах Президента Российской Федерации» от 10.01.2003 № 19-ФЗ (п. 12 ст. 84); Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ» от 22.02.2014 № 20-ФЗ (п. 6 ч. 11 ст. 99).

недостоверных или неполных сведений является правонарушением, влекущим увольнение гражданского служащего с государственной гражданской службы¹.

В случае непредставления судьей сведений о своих доходах, расходах, об имуществе, принадлежащем ему на праве собственности, и обязательствах имущественного характера, сведений о доходах супруга (супруги) и несовершеннолетних детей, их расходах, об имуществе, принадлежащем им на праве собственности, и обязательствах имущественного характера в установленные сроки, а также представления заведомо недостоверных сведений судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности².

Полномочия судьи прекращаются в том числе в случае нарушения судьей, его супругой (супругом) и несовершеннолетними детьми запрета открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами³.

Итак, когда речь идет об участии в исполнении обязанности «третьих лиц» или в соблюдении запрета «третьими лицами», можно говорить о нормативных юридических препятствиях в реализации конституционных прав и свобод публичных должностных лиц как граждан РФ. Действительно, у правообладателя возникают необоснованные затруднения в реализации своего права, а возможно, он не сможет реализовать это право вообще, во всяком случае в настоящее время.

Необоснованность затруднений проявляется прежде всего в том, что реализация прав, исполнение обязанностей и соблюдение запретов, связанных со специальным конституционно-правовым статусом публичного должностного лица, зависят не только от волеизъявления и действий самого лица, а от действий (бездействия) других лиц.

Зачем законодатель обременяет обязанность публичного должностного лица участием в этом «третьих лиц»? Понятно, что законодатель стремится максимально затруднить возможность сокрытия незаконного обогащения, т. е. значительного увеличения активов публичного должностного лица, превышающего его законные доходы,

¹ Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27.07.2004 № 79-ФЗ (п. 6.1 ст. 17); Федеральный закон «О муниципальной службе в РФ» от 02.03.2007 № 25-ФЗ (п. 5 ст. 15).

² Закон РФ «О статусе судей в РФ» от 26.06.1992 № 3132-1 (п. 5 ст. 8.1).

³ Закон РФ «О статусе судей в РФ» от 26.06.1992 № 3132-1 (п. 6.1 ч. 1 ст. 14).

которое оно не может разумным образом обосновать¹. И поскольку Россия ратифицировала Конвенцию ООН против коррупции, она должна принять такие законодательные меры, какие могут потребоваться, с тем чтобы признать незаконное обогащение, когда оно совершается умышленно, уголовно наказуемым деянием.

Человек, приобретая специальный конституционно-правовой статус, сознательно идет на то, что он будет иметь как льготы, привилегии, преимущества, так и компенсирующие их ограничения. Почему в таком случае ограничениям подвергаются его родственники, которые не обладают специальным конституционно-правовым статусом?

И почему в качестве лиц выбраны именно супруг (супруга) и несовершеннолетние дети? Почему именно эти лица? Законодатель исходит из соображений близкого родства? Из соображений доверительного отношения? Список родственников можно расширить, в принципе, до бесконечности.

Так, Семейный кодекс РФ называет в качестве членов семьи, кроме детей и супругов, еще родителей, дедушек, бабушек, внуков, полнородных и неполнородных братьев и сестер². Жилищный кодекс добавляет нетрудоспособных иждивенцев³. Не говоря уже о наследниках, в число которых включаются родственники чуть не до седьмого «колена», включая пасынков, падчериц, отчима и мачеху⁴.

Таким образом, выделять из родственников кого-либо достаточно бессмысленно. К тому же как законодатель может определить, какому лицу в большей мере доверяет публичное должностное лицо?

Однако Конвенция ООН против коррупции, ратифицированная Россией, не обязывает публичное должностное лицо сообщать сведения об активах родственников, т. е. не содержит нормативного юридического препятствия для реализации анализируемых конституционных прав. Для устранения данного нормативного юридического препятствия необходимо воспроизвести в российском законодательстве упомянутую норму из Конвенции и тем самым привести российское законодательство в соответствие с нормами международного права: обязать публичное должностное лицо представлять сведения исключительно о *своих* активах.

¹ Ст. 20 Конвенции ООН против коррупции, принятая Генеральной Ассамблеей ООН на 51-м пленарном заседании 31 октября 2003 г.

² Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ. Ст. 14.

³ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ. Ст. 31.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации от 26.11.2001 № 146-ФЗ. Ст. 1142–1145.

Такое изменение законодательства устранит имеющееся нормативное юридическое препятствие в реализации конституционных прав, предусмотренных ст. 32 Конституции РФ. Вместе с тем, даже *не устраняя* нормативное юридическое препятствие (потому как процесс этот сложный и долгий), его можно *нейтрализовать*. В частности, если разработать и соблюдать определенные процедуры, основанные на общеправовых принципах.

В качестве примера можно рассмотреть ситуацию, когда супруг (супруга) отказывается представлять сведения о своих активах или узнать эту информацию невозможно в силу разных обстоятельств (неизвестно место проживания супруга, например). В этом случае в государственном (муниципальном) органе создается конфликтная комиссия, которая должна решить, можно ли считать причины, по которым не были представлены сведения об активах супруга (супруги), уважительными и все ли усилия предприняло публичное должностное лицо для добросовестного исполнения своей обязанности по представлению сведений об активах. В данном случае речь идет об усмотрении членов комиссии. Можно обратиться к аргументации, содержащейся в Указе Президента РФ: если в заявлении обязанного лица и других материалах содержатся достаточные основания, позволяющие сделать вывод, что причина непредставления обязанным лицом сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей является объективной и уважительной, то можно считать, что обязанность по предоставлению сведений об активах супруга (супруги) исполнена¹.

Однако насколько органы Прокуратуры РФ посчитают доводы конфликтной комиссии убедительными, неизвестно. В этом случае можно было бы предложить наделить полномочиями руководителя органа государственной власти, государственного (муниципального) органа запрашивать соответствующие сведения об активах близких родственников своих сотрудников в органах и организациях, имеющих такие сведения.

С другой стороны, насколько законным является получение сведений об активах лица без его разрешения? Как соотносится это положение с защитой персональных данных? Тайной личной жизни? С коммерческой тайной? С банковской тайной?

¹ Вопросы противодействия коррупции. Указ Президента РФ от 08.07.2013 № 613 (п. 4.1).

Согласно ратифицированной Россией Конвенции ООН против коррупции в рамках внутренней правовой системы России должны быть созданы надлежащие механизмы для преодоления препятствий, которые могут возникнуть в результате применения законодательства о банковской тайне¹. Предположительно, это касается и коммерческой тайны, тайны частной жизни, защиты персональных данных.

Гораздо больше вопросов вызывает требование отказа супруга (супруги) публичного должностного лица и его (ее) несовершеннолетних детей от «иностранных активов» «открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами». Конституционность этих положений законодательства вызывает сомнения, потому как отказ указанных лиц соблюдать это требование не затрудняет реализацию права публичного должностного лица, а делает его реализацию невозможной.

Но этот вопрос выходит за рамки данного исследования.

Резюмируя изложенное, необходимо отметить, что формирование правового пространства беспрепятственной реализации конституционных прав и свобод, а значит, решение проблем с нормативными юридическими препятствиями, возможно и необходимо в ходе всего процесса правового регулирования конституционных прав и свобод и их реализации. Основная нагрузка в этом лежит на законодателе. Правоприменители и сами управомоченные лица могут и должны помогать законодателю, выявляя нормативные юридические препятствия в реализации своих конституционных прав и свобод и предлагая формы их нейтрализации.

2.7. Юридические препятствия в реализации свободы совести в России: проблемы регистрации религиозных объединений

(А. А. Исаева)

В последние годы религия стала занимать все более значимое место в общественной жизни². Это требует от публичной власти каж-

¹ Конвенция ООН против коррупции, принятая Генеральной Ассамблеей ООН на 51-м пленарном заседании 31 октября 2003 г. (ст. 40).

² Габеев В. В. Религия в современной России: византийская интерпретация государственно-конфессиональных отношений: автореф. дис. ... канд. философ. наук:

дого государства определять свою позицию по отношению к ней и в целом к духовной жизни своих граждан. Такая ситуация вынуждает проводить постоянную корректировку текущего законодательства и правоприменительной практики. Соответствующие процессы характерны и для России. В нашей многоконфессиональной стране, где религиозный вопрос и сейчас остается актуальным, сохранение и укрепление межнационального мира и согласия является важным направлением государственной политики. Поэтому для ее эффективной реализации важно понимать основные принципы и закономерности развития светского государства, а также особенности реализации свободы совести и свободы вероисповедания.

Согласно Конституции 1993 г. Россия провозглашена светским государством, установлено равенство всех религиозных объединений перед законом и отделение их от государства (ст. 14), каждому гарантируются свобода совести и свобода вероисповедания (ст. 28). Однако нормы Основного закона весьма лаконичны и недостаточно регулируют государственно-конфессиональные отношения. Это обстоятельство привело к необходимости развития соответствующего отраслевого законодательства, в частности, был принят Федеральный закон РФ от 26.09.1997 № 125-ФЗ (в ред. от 20.04.2015) «О свободе совести и о религиозных объединениях» (далее – Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях»). Впоследствии он подвергался неоднократной критике со стороны ученых и общественности из-за устанавливаемых им юридических препятствий в реализации свободы совести и свободы вероисповедания в различных их формах.

Рассматривая юридические препятствия в реализации того или иного права, важно отличать их от правовых ограничений. Под первыми в юридической сфере можно понимать «обстоятельство (явление), совокупность обстоятельств, снижающих эффективность механизма правового регулирования, исключающих или затрудняющих реализацию субъективных прав, исполнение юридических обязанностей, направленных на удовлетворение законных интересов»¹. А «под ограничениями прав понимаются установленные законодательством

09.00.14. Ростов н/Д, 2012; Berger P. L., ed. *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*. Washington, D. C.: Ethics and Public Policy Center. 1999; Casanova J. *Public Religions in the Modern World*. Chicago: University of Chicago Press. 1994.

¹ Сулейманов Б. Б. *Методологические аспекты правовых препятствий // Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 75.*

пределы реализации человеком (гражданином) прав, выражающиеся в запретах, обязанностях, ответственности, существование которых детерминировано необходимостью защиты конституционно признаваемых ценностей и назначением которых является обеспечение необходимого баланса между интересами личности, общества и государства»¹. Такое ограничение – это законное сужение какого-либо субъективного права. Исходя из этого, иногда ограничения рассматриваются сугубо в положительном аспекте, а юридические препятствия – как явления отрицательные².

Сейчас можно констатировать, что текущим законодательством о свободе совести и статусе религиозных объединений в России предусмотрен целый ряд юридических препятствий, основанных прежде всего на положениях Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях». Изначально, по словам председателя Комитета по делам общественных и религиозных организаций и одного из разработчиков этого акта В. Зоркальцева, целью закона и вводимых им ограничений для учреждения религиозных организаций было создание барьера на пути религиозной экспансии в Россию, воспрепятствование развитию тоталитарных сект, ограничение действия иностранных миссионеров и при всем этом создание условий для деятельности традиционных для России религий и конфессий. Последние перечислены в преамбуле к рассматриваемому закону, где все религиозное разнообразие нашей страны представляется как иерархия религий с признанием особого вклада «православия в историю России и в формирование и развитие русской духовности и культуры»³.

Впоследствии перечень устанавливаемых законом юридических препятствий для религиозных объединений, в том числе в плане их регистрации, постоянно расширялся, и в настоящее время можно выделить следующие из них.

Весьма спорным положением, предусмотренным Федеральным законом «О свободе совести и о религиозных объединениях», является требование о необходимости подтверждения 15-летнего срока существования религиозной группы на данной территории для после-

¹ Панченко В. Ю., Петров А. А. О классификациях и типологии юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 109.

² Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. М.: Юристъ, 2004. С. 90–91.

³ О проверке соответствия Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» международно-правовым обязательствам Российской Федерации»: заключение Уполномоченного по правам человека в РФ // РГ. 22.04.1999. № 77.

дующего получения ею статуса юридического лица. Следует согласиться с тем, что данное обстоятельство нарушает права верующих тех конфессий, которые не отвечают этому требованию, а соответственно, могут действовать только в форме религиозных групп. Последние, в свою очередь, наделены весьма ограниченным статусом и не вправе, например, производить, приобретать, экспортировать, импортировать и распространять религиозную литературу, печатные, аудио- и видеоматериалы и иные предметы религиозного назначения; устанавливать и поддерживать международные связи и контакты, в том числе в целях паломничества, участия в собраниях и других мероприятиях, для получения религиозного образования и пр. Однако все перечисленное является весьма характерной деятельностью в целом для любого вида религиозных обществ.

Спустя более чем 20 лет после принятия Конституции РФ и 18 лет с момента принятия Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях», требование о необходимости подтверждения 15-летнего срока существования религиозной группы на данной территории, как справедливо отмечает А. В. Пчелинцев, исчерпало свою актуальность¹.

Поэтому можно заключить, что предоставляемый религиозным группам в соответствии с Федеральным законом «О свободе совести и о религиозных объединениях» статус не позволяет ее членам эффективно пользоваться своим правом на свободу религии, что делает это право иллюзорным и теоретическим, а не практическим и эффективным².

Предъявляя столь существенные условия для регистрации религиозного объединения в качестве юридического лица, государство тем самым ущемляет права верующих на образование новых общин, а также в целом нарушается равенство граждан перед законом независимо от их отношения к религии³. Это приводит к ослаблению кон-

¹ Пчелинцев А. В. Свобода вероисповедания и религиозные объединения в Российской Федерации: конституционно-правовое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02. М., 2012. С. 18.

² Application no. 47191/06, Church of Scientology of St Petersburg and Others v. Russia, Judgment of 2 October 2014.

³ О праве человека на свободу совести в современной России // Электронное заключение экспертов Постоянной палаты по правам человека Политического консультативного совета при Президенте Российской Федерации на Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях». URL: <http://www.hro.org.htm> (дата обращения 15.05.2015).

троля за деятельностью новых религиозных течений, так как они вообще могут не заявлять о своем существовании.

В связи с этим сложная ситуация сложилась на территориях двух субъектов РФ – Республики Крым и городе федерального значения Севастополе. После присоединения соответствующих территорий к России от действовавших там религиозных организаций для нормального продолжения своей деятельности потребовалось пройти перерегистрацию в соответствии с законодательством РФ. Крымские религиозные организации должны были предоставить до 1 марта 2015 года документы, необходимые для их перерегистрации в соответствии с российским законодательством. Невыполнение этих требований ведет к лишению данных организаций правового статуса юридического лица и в перспективе к их ликвидации. Однако к установленной дате в регионе перерегистрировались только 9 религиозных общин, а остальные 73 находились на стадии урегулирования этого вопроса. Ситуация осложняется еще и тем, что только зарегистрированные религиозные организации имеют исключительное право приглашать иностранных граждан в целях занятия профессиональной, в том числе проповеднической, то многие священники и монахи из соседних стран вынуждены покинуть страну. Так, настоятель римско-католического прихода в городе Симферополе гражданин Польши отец Петр был вынужден уехать из Крыма. Поэтому срок перерегистрации был продлен до 1 января 2016 г.¹

Другим спорным требованием, ставшим дополнительным юридическим препятствием в реализации свободы совести в России, стало ограничение с 2013 г. круга не только возможных учредителей, но и участников религиозных организаций. Согласно ч. 3 ст. 9 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» из их числа исключены: во-первых, иностранные граждане или лица без гражданства, в отношении которых в установленном законодательством России порядке принято решение о нежелательности их пребывания (проживания) в стране; во-вторых, лица, включенные в перечень в соответствии с п. 2 ст. 6 Федерального закона РФ от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»; в-третьих, лица, в отношении которых вступившим в закон-

¹ О внесении изменения в статью 9 Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О свободе совести и о религиозных объединениях” и отдельные законодательные акты Российской Федерации»: Федеральный закон от 06.04.2015 № 80-ФЗ // РГ. 08.04.2015. № 73; СЗ РФ. 06.04.2015. № 14. Ст. 2020.

ную силу решением суда установлено, что в их действиях содержатся признаки экстремистской деятельности¹.

Такое сужение круга участников религиозных организаций представляется сомнительным с точки зрения практической реализации, а также конституционной нормы о свободе совести, которая гарантируется каждому. Более того, исходя из учений ряда религий, церковь призывает к прощению грехов, а в данном случае лишаются возможности быть участником религиозной организации осужденные по ряду преступлений².

Эти ограничения неоднократно становились предметом критики. В частности, по данному вопросу высказывался Уполномоченный по правам человека в России. Так, в 2008 г. В. В. Лукин в своем ежегодном докладе³ обращал внимание на неутраченную дискуссию вокруг ст. 9 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях», устанавливающей «15-летний ценз оседлости в качестве условия для регистрации религиозной организации» и определял его как нарушающий принцип равенства религиозных объединений перед законом. Отмечалось, что Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» (ч. 4 ст. 6) устанавливает общую норму, а именно запрет на создание и деятельность религиозных объединений, цели и действия которых противоречат закону. По мнению Уполномоченного по правам человека в России, именно это универсальное положение и должно быть единственным критерием при регистрации религиозных организаций.

Другой инстанцией, неоднократно высказывавшейся относительно содержания права на организацию коллективных форм отправления культа, в том числе и в России, стал Европейский суд по правам человека (далее – Европейский суд, суд). В своих решениях он подчеркивал, что поскольку религиозные общины традиционно существуют в форме организованных структур, то ст. 9 о свободе мысли, совести и религии Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее – Конвенция) должна толковаться с учетом ст. 11, которая защищает жизнь объединений от неоправдан-

¹ О внесении изменения в статью 9 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях»: Федеральный закон от 02.07.2013 № 180-ФЗ // РГ. 05.07.2013. № 145; СЗ РФ. 08.07.2013. № 27. Ст. 3472.

² Ежедневный дайджест // Официальный сайт Уполномоченного по правам человека РФ. URL: <http://www.ombudsman.gov.ru> (дата обращения 15.05.2015).

³ Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2008 год // РГ. 17.04.2009. С. 10.

ного вмешательства со стороны государства. Поэтому в данном контексте право верующих на свободу религии, которое включает право на исповедание своей религии совместно с другими, включает ожидание того, что верующим будет позволено свободно создавать объединения без произвольного вмешательства со стороны публичной власти. Действительно, автономное существование религиозных общин необходимо для плюрализма в демократическом обществе и, таким образом, лежит в самой сердцевине защиты, которая предоставляется на основании ст. 9. Устоявшаяся прецедентная практика Европейского суда заключается в том, что возможность учреждения юридического лица для совместной деятельности в сфере взаимного интереса представляет собой один из важнейших аспектов свободы объединения, без которого это право лишено всякого значения. Отказ национальных властей в предоставлении статуса юридического лица религиозной общине составляет вмешательство в осуществление права на объединения с другими¹.

Требование о необходимости подтверждения 15-летнего срока существования религиозной группы в России как одного из условий для ее регистрации в качестве юридического лица стало предметом рассмотрения Европейского суда в деле *«Кимля и другие против Российской Федерации»*². Суд отметил, что религиозная группа, не имеющая регистрации, не может иметь или осуществлять права, вытекающие из статуса юридического лица, такие, как право на владение имуществом или его аренду, использование банковских счетов, наем работников и пользование судебной защитой общины, ее членов и активов. Однако, как указывает Европейский суд, эти права имеют существенное значение для реализации права исповедовать религию.

Анализируя требование о 15-летнем сроке, установленном в России для государственной регистрации религиозных организаций, Европейский суд заключил, что власти РФ со своей стороны не подкрепили свое утверждение о том, что установление таких длительных «сроков ожидания» являлось современной правовой практикой демократических государств, ссылкой на сопоставимые нормы какого-либо государства – участника Совета Европы. Тогда как другие госу-

¹ Application no. 40825/98, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, Judgment of 31 July 2008; Application no. 45701/99, Metropolitan Church of Besarabia and Others v. Moldova, Judgment of 13 December 2001; Application no. 30985/96, Hasan and Chaush v. Bulgaria, Judgment of 26 October 2000.

² Application no. 76836/01, 32782/03, Kimlya and Others v. Russia, Judgment of 1 October 2009.

дарства – участники Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе не требуют столь длительного существования религиозной организации для ее регистрации. Европейский суд счел, что в рассматриваемом деле власти РФ не указали «настоятельной общественной необходимости», которой отвечало оспариваемое ограничение, или «относимых» и «достаточных» причин для него.

Таким образом, суд пришел к выводу о том, что имело место вмешательство в права заявителей на свободу религии и объединения, и о неконвенционности установления требования столь длительного периода ожидания религиозной организацией получения статуса юридического лица.

Мнение о том, что ограниченный статус религиозных групп согласно Федеральному закону «О свободе совести и о религиозных объединениях» не наделяет их достаточным объемом прав для осуществления значимых религиозных функций, также высказывали Парламентская ассамблея Совета Европы¹, Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе².

В 2014 г. в деле *«Саентологическая Церковь города Санкт-Петербурга и другие против Российской Федерации»* суд подтвердил свою позицию о том, что длительный период времени, который религиозная организация вынуждена пережить, прежде чем она сможет приобрести статус юридического лица, не может считаться «необходимым в демократическом обществе». Поскольку подобное требование для регистрации в соответствии с российским Федеральным законом «О свободе совести и о религиозных объединениях» касается только возникающих новых религиозных групп, не входящих в иерархическую структуру той или иной церкви, нет никаких оснований для такого разного обращения. При этом важно подчеркнуть, что подобная норма права характерна только для российского законодательства, и ни одно другое государство – участник Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе не требует от религиозных организаций подтверждать существование на протяжении столь длитель-

¹ Резолюция 1278 (2002) о российском законе о религии, принятая Парламентской ассамблеей Совета Европы 23 апреля 2002 г.

² Durham C. Freedom of Religion or Belief: Laws Affecting the Structuring of Religious Communities [Electronic Resource] // Organization for Security and Co-operation in Europe. URL: <http://www.osce.org/odihr/16698?download=true> (date of view 15.05.2015).

ного промежутка времени, прежде чем религиозной организации будет позволено зарегистрироваться¹.

Исходя из всех вышеуказанных доводов, вполне очевидным становится вывод о необходимости отмены так называемого «ценза оседлости» для религиозных групп в России, а потому давно назрела необходимость соответствующих законодательных изменений. Иной вопрос состоит в том, какими они должны быть? Достаточно ли только отменить соответствующее ограничение или следует пересмотреть всю систему организационно-правовых форм деятельности религиозных объединений? Исходя из того, что простая отмена мало что изменит и будет утрачен смысл в законодательном сохранении института религиозных групп (по крайней мере, в том виде, в котором они существуют сейчас), то целесообразным видится второй вариант, предусматривающий реформирование самой легальной классификации религиозных объединений и требований к их созданию.

В целях более продуктивного решения вопроса о наиболее эффективной для нашей страны системы организационно-правовых форм деятельности религиозных объединений обратимся к зарубежному опыту. Сегодня наиболее распространенной является многоуровневая система организационно-правовых форм религиозных объединений. Как отмечает К. Дурхам (США)², законодательством зачастую закрепляется «**базовый уровень**» (англ. «*baselevel entities*»), где предусмотрены организационные формы, которые могут быть использованы любой религиозной общиной, и «**верхний уровень**» (англ. «*upper tier entities*»), достижимый при определенных условиях. Обычно это вытекает либо из соглашения, заключенного религиозной структурой с государством (Испания, Италия, Польша), либо из легального статуса «признанной», «государственной» церкви (Австрия, Венгрия), либо из положения в качестве государственной корпорации (Германия). Базовой формой зачастую является некоммерческая организация (ассоциация), но иногда могут предусматриваться и специальные формы религиозных общин. Например, религиозные общины и объединения, что предусмотрено законодательством Республики Беларусь (ст. 13)³.

¹ Application no. 47191/06, Church of Scientology of St Petersburg and Others v. Russia, Judgment of 2 October 2014.

² W. Cole Durham, Jr. Legal status of religious organization: a comparative overview // The Review of faith & international affairs. 2010. Vol. 8. I s. 2. P. 3–14.

³ О свободе совести и религиозных организациях: закон Республики Беларусь от 17.12.1992 № 2054-ХІІ (в ред. от 22.12.2011) // Официальный сайт представительства

Вновь создаваемые религиозные общества «базового уровня» приобретают правомочия юридического лица, необходимые для осуществления своей деятельности, как правило, с соблюдением лишь формальных требований. Для организаций «верхнего уровня» легально закрепляются дополнительные организационно-правовые формы. Однако в одних случаях они достижимы всеми религиозными объединениями при соблюдении установленных критериев, а в других – только теми, кто признан государством в этом качестве законодательно или путем заключения соглашения.

В некоторых случаях может вводиться особая категория религиозных объединений в качестве промежуточной формы между организациями базового и дополнительного уровней. В этом плане весьма показательным представляется опыт Австрии, Литвы, Румынии.

Например, в Австрии с принятием в 1998 г. закона «О статусе корпораций» религиозные общины должны пройти два этапа, чтобы добиться признания. Соответственно здесь также установлено три вида религиозных объединений. В начале они получают статус зарегистрированной конфессиональной общины (нем. *Bekennnisgemeinschaften*)¹ в Министерстве образования и культуры, а только потом могут быть признаны в качестве государственного религиозного общества (нем. *Religionsgesellschaft*)². Религиозные группы, которые не обладают одним из этих двух статусов, могут быть зарегистрированы в качестве некоммерческих объединений в соответствии с законом «Об общественных объединениях»³ (нем. *Hilfsvereine*).

В целом такой дифференцированный подход противоречит международным стандартам в области прав человека, которые характеризуются равенством и недискриминационным отношением. Но он не

Республики Беларусь в РФ. URL: <http://www.belembassy.org> (дата обращения 15.05.2015).

¹ В Австрии зарегистрированы как конфессиональные общины: Бахай, Федерация баптистских общин в Австрии, Федерация евангелических общин в Австрии, Христианская община – движение за религиозное возрождение в Австрии, Свободная христианская община (община пятидесятников), Общество Хинду Менди, Свидетели Иеговы, Адвентисты Седьмого Дня, Свободная церковь меннонитов Австрии, Пятидесятническая церковь-община Бога в Австрии.

² В настоящее время в Австрии признаны Старокатолическая Церковь, Еврейское сообщество, Восточная православная церковь, Методистская церковь, Церковь Иисуса Христа святых последних дней (мормоны), Сирийская православная церковь, Коптская православная церковь, Армянская апостольская церковь, Новоапостольская церковь в Австрии, Австрийская буддийская религиозная ассоциация, Свидетели Иеговы.

³ См.: Акт о признании 1874 г., закон 1998 г. «О правовом статусе религиозных общин», закон 2002 г. «Об ассоциациях» и пр.

будет пересмотрен до тех пор, пока все религиозные объединения будут иметь доступ к базовому организационному уровню, достаточно-му для реализации своей законной деятельности.

В России, согласно действующему законодательству, никаких особых требований к порядку образования религиозных групп не предусмотрено, и они не наделяются статусом юридического лица. А потому «базовой» и единственной организационно-правовой формой коллективных форм отправления культа в России можно признать религиозные организации.

С целью совершенствования правового регулирования порядка создания и государственной регистрации религиозных организаций и с учетом решений Европейского суда в отношении России 25 марта 2014 г. Правительством РФ был внесен законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» и признании утратившими силу положений отдельных законодательных актов Российской Федерации»¹ (далее – Законопроект), которым предусматривается оправданное и давно назревшее устранение из закона требования о необходимости 15-летнего срока существования религиозной группы в России для ее последующей регистрации в качестве юридического лица. Однако Законопроект весьма спорен в своем содержании и не отвечает декларируемым целям создания. Большая его часть, вопреки провозглашению ориентира на стандарты Европейского суда, направлена на уменьшение свободы граждан.

В Законопроекте сохраняется деление религиозных объединений на две возможные формы – религиозные организации и религиозные группы, однако только первые действуют в качестве юридических лиц. Более того, если сейчас граждане, образовавшие религиозную группу, уведомляют органы местного самоуправления о ее создании и начале деятельности только в том случае, если они намерены в дальнейшем преобразовать ее в религиозную организацию, то в последующем, исходя из смысла п. 1 ст. 1 Законопроекта, они в любом случае осуществляют такое уведомление. Изменился и орган, в который оно направляется. Теперь это территориальный орган федерального

¹ О внесении изменений в Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» и признании утратившими силу положений отдельных законодательных актов Российской Федерации: законопроект № 480736-6 // Официальный сайт Государственной Думы РФ. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=480736-6&02> (дата обращения 15.05.2015).

органа исполнительной власти, уполномоченного в сфере государственной регистрации религиозных организаций.

Перечень сведений, которые религиозная группа должна предоставить в уведомлении о своем создании и начале деятельности, схож с теми, которые предоставляются при государственной регистрации религиозной организации. Поэтому имеет место своего рода дублирование процедур. А если учесть, что Законопроектом не предусмотрено никакого срока, который должен пройти между подачей уведомления о создании и начале деятельности религиозной группы и заявления о государственной регистрации религиозной организации, что можно будет сделать хоть в один день, тогда теряется не только смысл подобного уведомления, но и самой организационной формы религиозных групп. Если ранее их создание и деятельность на определенной территории в течение 15 лет были условием государственной регистрации в качестве юридического лица, то теперь их значение как промежуточной формы утрачивается, а новая роль Законопроектом не определена.

По сути, Законопроектом вводится так называемая «двухуровневая система» (англ. *two-tiersystem*) религиозных объединений, которая весьма широко применяется в Европе (например, в Бельгии, Венгрии, Литве, Румынии). Если исходить из норм Законопроекта, то самый узкий правовой статус закрепляется за религиозными группами, более широкий – за местными религиозными организациями, и самый полный спектр прав предполагается закрепить за централизованными религиозными организациями. Дело в том, что п. 6 ст. 1 Законопроекта оговаривает ряд ограничений в правах тех местных религиозных организаций, которые не входят в структуру централизованной религиозной организации того же вероисповедания. Это, в частности, касается права проводить религиозные обряды в лечебно-профилактических и больничных учреждениях, детских домах, домах-интернатах для престарелых и инвалидов, в учреждениях, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы, по просьбам находящихся в них граждан в помещениях, специально выделяемых администрацией для этих целей (ч. 3 ст. 16 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях»); права создавать культурно-просветительские организации, образовательные и другие организации, а также учреждать средства массовой информации (ч. 2 ст. 18 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях») и некоторых других. Однако возможность реализации данных прав необходима

для осуществления нормальной деятельности любой коллективной формы отправления культа.

В России установление двухуровневой системы представляется неоправданным и опрометчивым шагом. На сегодня и так имеет место определенного рода преференциальное положение отдельных религиозных объединений. На федеральном уровне поддерживается преимущественно Русская православная церковь (Московского Патриархата) (далее – РПЦ (МП)), а на региональном уровне – те конфессии, последователями которых является большинство населения. Например, буддизм в Бурятии, Калмыкии, Туве; ислам в Ингушетии, Чечне, Дагестане, Кабардино-Балкарии, Карачаево-Черкесии, Башкортостане, Татарстане. В свою очередь, сами религиозные объединения стараются активно влиять на политические процессы.

Светский принцип построения государственно-церковных отношений в нашей стране проходит испытание под различными формами влияния «традиционных» религий, стремящихся к завоеванию публичного пространства и расширению воздействия на институты власти. При этом позиция самого государства и его властных институтов выглядит весьма двусмысленно. Примерами здесь могут служить недавние реформы. Так, с 2009 года в общеобразовательных школах с четвертого класса был введен курс «Основы религиозных культур и светской этики», предусматривающий шесть модулей. В том числе четыре религиозного содержания, а именно: основы православной, исламской, буддийской и иудейской культур, из которых учащиеся обязаны выбрать один. Весьма сомнительно выглядит проводимая реституция государством церковного имущества и принятие соответствующего Федерального закона РФ от 30.11.2010 № 327-ФЗ (в ред. от 23.06.2014) «О передаче религиозным организациям имущества религиозного назначения, находящегося в государственной или муниципальной собственности». Так, Московскому Патриархату передаются в том числе здания государственных учреждений, музейных фондов и т. п. А в Калининградской области собственностью РПЦ (МП) стали протестантские и католические культовые здания, никогда ей не принадлежавшие. Например, Патриархату была передана Кирха Арнау, расположенная недалеко от города Калининград, в восстановление которой были вложены существенные немецкие пожертвования (около 450 000 евро).

Кроме того, исходя из светского характера российского государства, не может не вызывать опасений получившая в последнее время широкое распространение практика заключения соглашений с рели-

гиозными организациями «традиционных» вероисповеданий на всех уровнях публичной власти (от муниципальных до федеральных ведомств, органов и учреждений)¹, что приводит к своего рода подмене режима нормативно-правового регулирования государственно-конфессиональных отношений, основанного на Конституции РФ и законодательстве, режимом конкордатного регулирования, когда отдельные религиозные объединения получают те или иные льготы и имущественные привилегии².

Более того, вызывают вопросы некоторые практические действия властей, например, в деле укрепления межнациональных и межэтнических отношений. Так, в 2013 году Правительством РФ была принята федеральная целевая программа «Укрепление единства российской нации и этнокультурное развитие народов России» до 2020 года³. Она предусматривает широкий перечень мероприятий, направленных на повышение уровня толерантности населения, поддержку языкового многообразия, укрепление гражданского единства и гармонизацию межнациональных отношений. Всего на ее реализацию в 2014 г. было выделено 1 158 000 000 рублей⁴. Однако согласно распределению субсидии среди 23 некоммерческих организаций, ее получивших, были только те, учредителями которых являются различные епархии РПЦ (МП). Например, автономная некоммерческая организация «Владикавказский духовно-просветительский центр» (Республика Северная Осетия – Алания), автономная некоммерческая организация по сохранению и развитию духовно-нравственных ценно-

¹ Напр.: Соглашение о сотрудничестве между Московской Патриархией Русской православной церкви (Московский Патриархат) и Российской академией наук, подписанное 15.01.2003; Соглашение о сотрудничестве между Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации и Русской православной церковью (Московский Патриархат), подписанное 15.04.2005; Соглашение о сотрудничестве между Московской Патриархией Русской православной церкви (Московский Патриархат) и Федеральной архивной службой России (Росархив), подписанное 18.12.2003.

² Со А.А. Конституционно-правовой режим равенства религиозных объединений перед законом: современные проблемы и пути решения // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 9. С. 27–29.

³ О федеральной целевой программе «Укрепление единства российской нации и этнокультурное развитие народов России (2014–2020 годы): постановление Правительства РФ от 20.08.2013 № 718 (в ред. от 27.11.2014) // СЗ РФ. 02.09.2013. № 35. Ст. 4509.

⁴ Об утверждении распределения субсидий, предоставляемых в 2014 г. из федерального бюджета некоммерческим организациям в рамках федеральной целевой программы «Укрепление единства российской нации и этнокультурное развитие народов России (2014–2020 годы)»: распоряжение Правительства РФ от 28.05.2014 № 901-р // СЗ РФ. 09.06.2014. № 23. Ст. 3012.

стей «Белевский Благовест» (Тульская область) и др. преимущественно реставрационно-строительные организации.

Другим аспектом постепенного отхода от реализации принципа светскости становится вмешательство государства в собственно религиозные дискуссии и во внутреннюю автономию религиозных организаций в большей степени, чем других организаций страны. Например, в Республике Татарстан был принят закон от 04.08.2012 № 64-ЗРТ «О внесении изменений в закон Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях», который в ст. 1 обязывает религиозные организации обеспечивать «каноническое единство вероучения, указанного в уставе религиозной организации». Этот же закон делает обязательным для священнослужителей иметь именно российское религиозное образование, что является грубым вмешательством во внутренние дела религиозных организаций, да и просто невозможно для целого ряда из них. Отрадно, что аналогичный законопроект¹ в Государственной Думе РФ был отклонен.

Весьма тревожным в этом контексте представляется то обстоятельство, что на разных уровнях власти часто обсуждаются вопросы о необходимости законодательного закрепления «государственной» или «традиционной» религии и возможной степени проникновения религиозных институтов в общественно-политическую материю. Помимо того, что в самом Федеральном законе «О свободе совести и о религиозных объединениях» некорректно сформулирована преамбула, где все религиозное разнообразие нашей страны представляется как иерархия религий и религиозных конфессий с признанием особого вклада «православия в историю России и в формирование и развитие русской духовности и культуры»², среди ученых и политических деятелей нет единого мнения по этому вопросу, и зачастую высказываются полярные позиции. Так, 21 ноября 2013 г. на заседании Межфракционной депутатской группы в защиту христианских ценностей было поддержано предложение Е. Б. Мизулиной о внесении в преамбулу Конституции 1993 г. пункта о православии как основе

¹ О внесении изменений в статьи 15 и 24 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях»: законопроект // Официальный сайт Государственной Думы РФ. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=154174-6&02> (дата обращения 15.05.2015).

² О проверке соответствия Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» международно-правовым обязательствам Российской Федерации: заключение Уполномоченного по правам человека в РФ // РГ. 22.04.1999. № 77.

национальной и культурной самобытности России¹. А в своем ежегодном Послании в 2014 г. Президент РФ В. В. Путин подчеркнул, что именно христианство явилось той мощной духовной объединяющей силой, которая позволила включить в формирование единой русской нации и образование общей государственности самые разные по крови племена и племенные союзы всего обширного восточнославянского мира².

Однако стоит согласиться с мнением Н. В. Витрука, который отмечает, что вряд ли можно говорить как о положительном факте о высоком, все нарастающем уровне интеграции РПЦ (МП) в жизнь государства, о необходимости придания ей особого правового статуса на основе соглашения с Российской Федерацией, так как это противоречит конституционным нормам, не учитывает многоконфессиональность общества, интересы атеистов³. С другой стороны, государство, предоставляя статус «официального» религиозному объединению, тем самым ограничивает его свободу. У власти появляется возможность влиять на внутреннее устройство церкви, принимать участие в назначении и освобождении клира от занимаемых постов, с помощью финансовых рычагов оказывать давление и направлять руководство и политику церкви, тем самым контролировать деятельность и вероучение объединения. Подобная ситуация сегодня наблюдается в Великобритании, Греции, Швеции, Норвегии, Дании и пр. В этом случае утрачивается независимость церкви и искажается ее миссия⁴.

Помимо этого, поддержка тем или иным образом «традиционной религии», несомненно, оказывает влияние на практику реализации норм Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» и деятельность уполномоченных органов федеральной и региональной власти. В своих ежегодных докладах Уполномоченный по правам человека в РФ неоднократно отмечал нарушения законода-

¹ Состоялось заседание Межфракционной депутатской группы Государственной Думы в защиту христианских ценностей // Государственная Дума Федерального Собрания РФ http://www.duma.gov.ru/news/273/479687/?sphrase_id=1122085 (дата обращения 01.02.2015).

² Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 04.12.2014 // РГ. 05.12.2014. № 278.

³ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. С. 413–414.

⁴ Применительно к практике Германии это обстоятельство в качестве отрицательного рассматривали такие авторы, как Кристиан Р. Баркер, Г. Робберс и др. (см. Barker C.R. Church and State Relationships in German «Public Benefit» Law // The International Journal of Not-for-Profit Law. 2000. Vol. 3. № 2, December; Robbers G. Religious Freedom in Germany // BYU Law Review. 2001. № 2. P. 643–668).

тельства со стороны должностных лиц в отношении отдельных религий, преимущественно Свидетелей Иеговы, представителей католических, мусульманских, старообрядческих и протестантских общин¹, которые постоянно вынуждены отстаивать свои права в национальных и международных инстанциях. И если, например, Свидетели Иеговы регулярно обращаются и выигрывают дела в Европейском суде, то в декабре 2014 года была зарегистрирована первая жалоба религиозной организации мусульман Калининграда в защиту своих прав на единственную мечеть.

Однако здесь можно проследить не только вопрос о том, что сами критерии «традиционности» религий размыты и произвольны, но и о том, что в число «нетрадиционных» зачастую попадают вполне традиционные для нашей страны конфессии (например, старообрядчество). Главное заключается в создании на практике режима наибольшего благоприятствования для одних конфессий и наименьшего для других, что, несомненно, нарушает нормы Конституции Российской Федерации. При этом наблюдаются попытки произвольной негативной квалификации некоторых «нетрадиционных» конфессий как «сектантских», «деструктивных», «тоталитарных» и «псевдохристианских»². Обличительные определения такого рода не имеют никакого правового содержания, не закреплены законом, а значит, недопустимы в публичных выступлениях должностных лиц и в официальных публикациях государственных органов, что мы, к сожалению, можем наблюдать в средствах массовой информации³.

На практике зачастую ответ на запрос о защите религиозных чувств во многом определяется позицией федеральных или региональных чиновников. Так, например, в 2013 г. мэрия г. Омска по просьбе православного митрополита аннулировала согласование организованного общиной родноверов праздника «Проводы зимы», поскольку он пришелся на период Великого поста. В том же году администрация Павловского района Краснодарского края отменила празднование 1 Мая, поскольку праздник приходится на Страстную неделю Великого поста. При этом отменены были не только народные гуля-

¹ Доклад Уполномоченного по правам человека в РФ за 2012 год // РГ. 29.03.2013.

² Дворкин А. Л. Сектоведение. Тоталитарные секты. Опыт систематического исследования. Нижний Новгород: Издательство братства во имя св. князя Александра Невского, 2002.

³ Например, на официальных сайтах органов государственной власти субъектов РФ – Ханты-Мансийского автономного округа – Югры, Амурской, Архангельской, Ростовской и Челябинской областей, Республики Башкортостан.

ния и демонстрация, но и ярмарка. А по инициативе Союза православных братств в г. Калуге и г. Туле были отменены концерты тверской группы «Ансамбль Христа Спасителя и Мать Сыра Земля». Православные активисты убедили власти регионов в том, что группа – «антицерковная», а ее название – кощунственное. В г. Ростове-на-Дону под давлением казаков был отменен показ детской исламской моды. Казаков особенно возмутила новость о том, что исламскую одежду будут демонстрировать девочки-немусульманки. В Томской области был отменен ежегодный фестиваль «Солнечное сплетение» у с. Тахтамышево. Среди других причин (беспокойство для местных жителей и возможный ущерб природе) один из чиновников упомянул нежелание нарушать традиции местного «мусульманского населения».

С принятием Конституции 1993 г. Россия взяла курс на построение демократического и правового государства с закреплением принципов плюрализма и недискриминации. Поэтому сегодня в нашей стране недопустимо установление двухуровневой системы организационно-правовых форм деятельности религиозных объединений, а предлагаемый Правительством РФ Законопроект требует доработки.

В современных условиях возможны альтернативные варианты развития рассматриваемой ситуации. Либо следует изменить сам конституционный принцип светского государства и легально закреплять статус «традиционных» религий и соответствующих организаций, например, как это имеет место в таких странах, как Великобритания, Швеция, Греция, Дания, Норвегия и проч., где конституционно закреплены свобода совести и свобода вероисповедания. Либо можно сохранить в неизменном виде конституционный текст, что представляется более предпочтительным. При этом нужно закрепить равный конституционно-правовой статус для каждой из коллективных форм реализации свободы совести. В этом случае государству следует стремиться к тому, чтобы все типы взаимодействия его и религии были открыты для все более широкого круга религиозных и мировоззренческих организаций и групп.

Однако в любом случае противоречий между Основным законом страны, отраслевым законодательством и правоприменительной практикой быть не должно. Иначе это приведет к подрыву доверия населения к закону и власти.

В то же время представляется, что необходимо учитывать тенденцию возрастающей клерикализации общественной жизни в России, обращения населения к традиционным ценностям, а также вклад

отдельных религий в современное развитие общества и человека, а не только их особую роль в истории России, в становлении и развитии ее духовности и культуры. В этом случае можно использовать потенциал института «социально ориентированных некоммерческих организаций», введенного ст. 31.1 и 31.2 Федерального закона РФ от 12.01.1996 № 7-ФЗ (ред. от 02.05.2015) «О некоммерческих организациях». Однако данный институт характеризуется рядом неточностей. Так, в иностранном праве статус общественно полезных присваивается некоммерческим организациям определенным органом (регистрирующим, налоговым, специально созданным) и на определенный срок (как правило, 3–5 лет). В России эти правила четко не определены, как и объем получаемых преференций. По причине неразвитости института социально ориентированных организаций для получения соответствующего статуса официальное признание со стороны государственных или муниципальных органов власти не требуется. Чтобы организация могла считаться социально ориентированной, она должна осуществлять один или несколько видов деятельности, установленных в законе. В перечне социально полезной деятельности нет религии, как это имеет место, например, в законодательстве Австрии, Великобритании, Германии, Нидерландов, Португалии и проч. Следовательно появляется необходимость соответствующих законодательных уточнений этого понятия и расширение практики использования этой категории религиозными организациями как одного из способов государственной поддержки их, безусловно, необходимой и социально полезной деятельности¹. Доступ к соответствующему статусу в России должен быть равным для всех организационно-правовых форм отправления культа вне зависимости от исповедуемой религии при соблюдении одинаковых для всех требований, априори известных и легально закрепленных.

Так, сейчас в Реестре социально ориентированных некоммерческих организаций – получателей поддержки Минэкономразвития России перечислены только три религиозные организации. В 2013 г. по итогам конкурсного отбора среди социально ориентированных некоммерческих организаций, которым предоставлялись субсидии из федерального бюджета, была только одна религиозная – Православная религиозная организация «Отдел по церковной благотворительности и социальному служению Русской православной церкви (Мос-

¹ Исаева А. А. Общественно полезные религиозные организации: особенности статуса, зарубежный опыт, перспективы использования в России. Томск: Издательский дом ТГУ, 2014.

ковского Патриархата)». В 2014 г. среди победителей соответствующего конкурсного отбора религиозных организаций не было. Это свидетельствует о незначительном использовании этого института религиозными объединениями и преференциальным влиянием РПЦ (МП) на социальное развитие страны.

Реализация свободы совести в ее коллективных формах традиционна для отправления большинства культов. А для повседневной практической деятельности религиозных объединений весьма важно иметь стабильные правовые основания, которые позволяли бы развиваться им и, в конечном счете, человеку. Они находят свое отражение в различных организационно-правовых формах, предусмотренных законодательством. В разных странах эти формы могут иметь существенные различия, основанные на культуре и традициях соответствующих регионов. Важным элементом гарантии свободы совести является возможность при желании соответствующих структур организоваться согласно основам их вероучения, а также получить официально признанный статус юридического лица для полноценного осуществления всего спектра форм деятельности. Однако в России религиозные объединения и просто группы граждан постоянно сталкиваются с трудностями в регистрации своих организаций, реализации отдельных правомочий, а также с некорректным поведением со стороны властей и вмешательством в их внутренние дела. Все это должно стать предметом публичного обсуждения и законодательного реформирования на основе равенства и недискриминации.

2.8. Страховые механизмы преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

(А. Е. Михалева, В. Ю. Панченко)

Ни одна сложная система, образуемая множеством разнородных элементов, не способна постоянно и бесперебойно функционировать, сохраняя при этом максимальный коэффициент своего полезного действия. Возникающие погрешности, с одной стороны, отражают потенциал развития и перспективы усовершенствования всякого механизма, позволяют избежать зарождения процессов стагнации и деградации. С другой стороны, явно излишние и трудноустраняемые препоны могут подорвать работу всей конструкции и расшатать сложившиеся связи, обусловить их нестабильность, а значит, ненадежность.

Появление определенных отклонений и аномалий является нормой постольку, поскольку учесть все факторы, которые могут повлиять на степень соответствия получаемых на выходе результатов изначально проектируемым идеальным целям, не представляется возможным. Однако далеко не все, что выглядит объективно обоснованным на макроуровне, будет с необходимостью воспринято отдельными индивидами как субъективно приемлемое.

В пределах правового поля подобная закономерность прослеживается в том, что эффективность протекания процесса правореализации может понижаться вследствие существования различного рода барьеров, помех или, иными словами, юридических препятствий¹, на пути осуществления гражданами и организациями своих прав и законных интересов. Минимизация вредного воздействия таких обстоятельств, осложняющих для субъектов права использование их правовых возможностей, должна стать важнейшим аспектом концептуальной проработки отечественной правовой политики в целом.

Думается, что одним из способов борьбы с упомянутыми преградами на пути к достижению как общих, так и индивидуальных правовых целей выступает институт страхования, который, совмещая в себе частно-публичные начала и обладая социальной, экономической и правовой природой, рассматривается законодателем как некие «отношения по защите интересов физических и юридических лиц Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований»².

В целом механизмам преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов присущ ряд ключевых черт, непосредственно определяемых характером самих обстоятельств, обусловивших необходимость поиска путей локализации и ослабления интенсивности их негативного воздействия на правовую действительность. В числе признаков этих механизмов (в большинстве своем логически вытекающих из признаков юридических препятствий как таковых) представляется возможным выделить следующие (и параллельно рассмотреть их на предмет относимости к институту страхования).

¹ См. подр.: Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 10–18.

² Об организации страхового дела в Российской Федерации: Закон РФ от 27 нояб. 1992 г. № 4015-1. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

1. Механизмы преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов *являются частью правовой жизни общества*¹, т. е. находят свое отражение в системе права, имеют юридическое значение, выраженное в их способности порождать, изменять или прекращать правоотношения.

Во-первых, данная характеристика обеспечивает однопорядковость и сопоставимость отдельно взятого юридического препятствия и механизма его преодоления (так или иначе противоположных по направленности своего воздействия), что позволяет удостовериться в наличии у них как минимум равного регулятивного потенциала (т. е. возможностей оказания реального влияния на протекание процессов юридической деятельности).

Во-вторых, правовая природа подобных механизмов гарантирует их легальность, которая порождает большую вероятность восприятия последних субъектами права в качестве разумных и обоснованных (а не произвольных) и, как следствие, легитимно действующих конструкций.

Именно поэтому выход из проблемной ситуации, связанной с существованием разных нормативных и фактических юридических препятствий, не может быть найден в рамках чисто политической или экономической жизни общества.

Например, принятие волевого политического решения не «по закону» (что зачастую требует приложения дополнительных усилий, исчерпывающей аргументации, соблюдения строгих процедур и пр.), а «по справедливости» (как правило, в интересах конкретной социальной группы) либо избрание некоторой стратегии, являющейся рациональной сугубо с точки зрения экономической целесообразности, так или иначе, вызовет отторжение у части общества и может послужить причиной дестабилизации и усугубления и без того неустойчивого (вследствие существования того или иного юридического препятствия) положения отдельных институтов.

Однако при этом бесспорна взаимообусловленность и неразрывность всех сфер функционирования сложного социального организма: указанное выше требование имеет в своем основании стремление не допускать предоставления органам публичной власти предельно широких дискреционных полномочий и определяет необходимость надлежащего правового оформления механизмов преодоления юридических препятствий, но ни в коей мере не направляет на поиски реше-

¹ См.: Панченко В. Ю. Указ. соч. С. 14.

ния проблемы в область юридической догматики, несколько оторванной от реальной жизни.

Обращаясь к анализу института страхования, регламентируемого нормативными правовыми актами как общего (гл. 48 Гражданского кодекса РФ, Закон РФ «Об организации страхового дела в РФ»), так и специального характера (гл. 15 Кодекса торгового мореплавания РФ, Федеральные законы «О страховании вкладов физических лиц в банках РФ», «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте» и др.), следует отметить его безусловное соответствие признаку включенности в правовую жизнь в качестве одного из элементов российской системы права.

2. Механизмы преодоления юридических препятствий *обеспечивают соблюдение баланса интересов различного уровня и порядка*, не допуская необоснованного превалирования неохранных правом устремлений отдельных групп и индивидов.

В данном случае речь идет о выравнивании диспропорций, вызванных негативным влиянием отдельных юридических препятствий на развитие правовых взаимодействий.

Например, подобная ситуация имела место применительно к ст. 944 ГК РФ, закрепляющей обязанность страхователя сообщать страховщику все известные ему обстоятельства, имеющие существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая и размера возможных убытков от его наступления (страхового риска). Подобная формулировка правовой нормы содержит в себе потенциальную опасность наступления неблагоприятных для страхователя последствий (в виде признания договора страхования недействительным) в случае неполного информирования страховщика, которое может произойти как минимум в силу неясности для большинства людей, не имеющих специальной квалификации в сфере страхования, о каких именно данных будет идти речь в каждом конкретном случае.

Однако судебная практика пошла по пути смягчения неравенства положения участников страховых правоотношений: суды обратили внимание на то, что если «страховщик, являясь лицом, осуществляющим профессиональную деятельность на рынке страховых услуг и вследствие этого более сведущим в определении факторов риска, не выяснил обстоятельства, влияющие на степень риска, а страхователь не сообщил страховщику заведомо ложные сведения о застрахованном имуществе, то страховщик <...> не может требовать признания

недействительным договора страхования как сделки, совершенной под влиянием обмана»¹.

В рассмотренном примере на защиту прав и законных интересов более слабой (в плане отсутствия специальных знаний) стороны договора страхования встал такой механизм преодоления юридических препятствий, как правоприменительная деятельность, осуществляемая органами судебной власти.

Однако и само страхование в своем действии самостоятельно реализует упомянутые цели достижения равновесия порой противоречащих или даже противоположных устремлений.

Так, для отдельной личности страхование² обеспечивает возможность снижения опасности последствий вмешательства непредсказуемо и неожиданно возникающих нестандартных ситуаций, не вписывающихся в нормально и привычно протекающую жизнедеятельность, позволяя действовать в правовом поле активно и инициативно, принимая на себя ответственность за свои действия, рассчитывая финансовые и правовые риски.

Социальное значение страхования связано с необходимостью поддержания устойчивости общественных связей, с вопросами общей социальной безопасности для каждого члена общества. Ю. Б. Фогельсон отмечает, что по большей части социальную функцию выполняет обязательное страхование, роль которого состоит в том, чтобы предоставить «повышенную защиту некоторым общественно важных интересов людей и сделать эту защиту всеобщей, т. е. распространить защиту на все те случаи, когда эти интересы могут быть нарушены»³.

Государство стремится к развитию системы страхования постольку, поскольку это позволяет уменьшить бремя его социальных обязательств через механизмы перераспределения возможных расхо-

¹ Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 нояб. 2003 г. № 75. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Здесь интересно проследить этимологию самого термина: так, если в русском языке «страхование» происходит от корня «страх», что само по себе отражает возможную опасность, для предотвращения которой и создается соответствующее правоотношение, т. е. причину возникновения последнего, то, например, в английском (insurance) – от слова «уверенный» (sure), акцентирующего внимание на следствии заключения договора страхования, выражающемся в состоянии защищенности застрахованного лица при наступлении предусмотренных соглашением страховых случаев.

³ См.: Фогельсон Ю. Б. Страхование: теоретические основы и практика применения. М.: Норма, Инфра-М, 2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

дов между застрахованными лицами, что особенно значимо в обстановке, когда «поколения людей воспитываются в твердом убеждении, искренней вере, что в государстве положено быть «бесплатному образованию», «бесплатному медицинскому обслуживанию», «бесплатным пособиям», «бесплатному жилью», «бесплатному отдыху» и т. д. <...> Индивиду даже мнится, что в рамках социальной деятельности государства между ним и государством складываются отношения своеобразной взаимности: государство предоставляет ему нечто даровое, а он на это тоже отвечает даровым, т. е. взамен предоставляет государственно-организованному обществу ничто. Так возникает мираж взаимности, а с ним – мираж права»¹.

3. Механизмы преодоления юридических препятствий так же, как и сами юридические препятствия в реализации прав и законных интересов, *являются правовыми средствами*, при этом в первую очередь – *технологиями*.

А. В. Малько указывает, что правовые средства-деяния (технологии), будучи связанными с использованием средств-установлений, носят энергетический и динамический характер, находятся в сфере сущего².

Указанное в значительной мере относится к механизмам преодоления юридических препятствий, причем сами юридические препятствия в реализации прав и законных интересов называют также «правовыми средствами «со знаком минус»»³.

Тем самым при взаимодействии с конкретным юридическим препятствием механизм его преодоления должен обеспечивать своеобразное обезвреживание такового – осуществляемое рассматриваемым механизмом противодействие должно быть как минимум равным негативному действию юридического препятствия (т. е. сводящим какие-либо помехи, затруднения при реализации прав и законных интересов к нулю, нейтрализующим их), а как максимум противодействие может оказаться сильнее действия, в результате чего будет достигнут положительный результат (когда преграды не просто устранятся, но удовлетворение индивидуальных устремлений осуществится новым, более удобным путем).

¹ Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 5–14.

² См.: Малько А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 4–16. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=149040> (дата обращения: 01.05.2015).

³ См.: Панченко В. Ю. Указ. соч. С. 15.

На этом основании можно обратиться к вопросу о соотношении понятий «механизм преодоления юридических препятствий» и «юридическая гарантия».

Представляется, что не всякий механизм преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов является по своей природе юридической гарантией, а только тот, позитивное противодействие со стороны которого превосходит по своей силе негативное действие правовых барьеров, т. е. создает благоприятные условия для удовлетворения правомерных интересов субъектов права и обеспечивает достижение социально полезных целей¹.

Следовательно, механизмы преодоления юридических препятствий в широком смысле охватывают юридические гарантии, однако в узком смысле представляют собой отдельную группу правовых средств, которые по критерию результатов их влияния на протекание процесса реализации прав и законных интересов имеют самостоятельное значение (т. е. тогда как юридические препятствия «негативны», а юридические гарантии «позитивны», механизмы преодоления юридических препятствий в конечном итоге «нейтральны», так как их первостепенной задачей является возвращение всего на круги своя – нормализация работы системы правового регулирования, а не дальнейшее ее усовершенствование).

Так, в имущественном страховании при наступлении страхового случая страхователю (выгодоприобретателю) выплачивается страховое возмещение в зависимости от размера причиненных ему убытков в пределах страховой суммы (ст. 929 ГК РФ), т.е. страховые механизмы нейтрализуют вредные последствия нарушений права собственности, иных вещных, обязательственных или исключительных прав.

В то же время в личном страховании, нацеленном на защиту граждан от причинения вреда жизни или здоровью, страхователю (выгодоприобретателю) при реализации страхового риска выплачивается предварительно оговоренная страховая сумма (ст. 934 ГК РФ), которая может как полностью компенсировать последствия неблагоприятных событий, так и оказаться недостаточной и лишь частично покрыть такой ущерб.

Таким образом, страхование, являясь разновидностью мер восстановления прежнего правового (в частности, имущественного) положения субъектов права, нарушенного вследствие вмешательства в их нормальную жизнедеятельность различных обстоятельств, попа-

¹ Панченко В. Ю. Указ. соч. С. 15.

дающих под описание предусмотренных договором страховых рисков, в полной мере соответствует рассмотренному признаку механизма преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов.

4. Механизмы преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов *вырабатываются в процессе юридической деятельности*¹, причем как *непосредственно направленной* на поиск адекватного решения проблемы существования отдельных «больных» мест правового регулирования, так и ориентированной на иные задачи, но *попутно приводящей к обнаружению действенной модели борьбы с ними.*

Вопрос создания технологий идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов граждан и организаций и последующего противодействия их негативному воздействию остается актуальным и сегодня, а значит, требует комплексного системного исследования.

Думается, что целенаправленная выработка таких механизмов, рассчитанных на перспективу многократного использования в типичных ситуациях до момента полной ликвидации юридического препятствия, может происходить в ходе правотворческой или правоприменительной деятельности, осуществляемой компетентными органами с учетом выводов доктринальных изысканий, сформулированных в трудах представителей научного сообщества.

Варианты преодоления тех или иных юридических препятствий нередко открываются случайно в процессе разрешения казуистичных юридических споров и правовых проблем, в том числе и самостоятельно носителями прав, свобод и законных интересов в процессе их непосредственной реализации. Подобные способы преимущественно ситуативны, по большей части подходят только к конкретным условиям конкретной неповторимой и в чем-то уникальной ситуации.

Однако страхование изначально формировалось как специализированная система (формализованная и устойчивая схема) преодоления нежелательных последствий возникновения всяческих непредвиденных жизненных обстоятельств, что во многом обусловлено следующим.

Объективная действительность и существующие в ее рамках социальные, экономические и правовые явления, сохраняя в целом относительную стабильность и устойчивость, так или иначе, развивают-

¹ См.: Панченко В. Ю. Указ. соч. С. 16.

ся в пространственно-временном континууме, постепенно приобретая новые признаки и свойства и утрачивая старые. Более или менее значительные изменения в биологических и социальных системах по общему правилу закономерны, обусловлены рядом факторов, а значит, объяснимы и тем самым могут быть предугаданы заранее, что имеет огромное значение для социума, представителям которого во многом свойственно стремление к планированию своего ближайшего будущего.

Однако зачастую необходимые и повторяющиеся связи между событиями и явлениями непредсказуемо и неожиданно нарушаются возникновением нестандартных ситуаций, не вписывающихся в привычные рамки. Как следствие, большинство правовых систем выработало такой механизм защиты имущественных интересов граждан и организаций, как страхование, стремясь тем самым снизить опасность последствий вмешательства в нормальное течение жизни подобных обстоятельств, обозначаемых в страховом праве понятием «страховой случай».

5. Механизмы преодоления юридических препятствий так же, как и сами юридические препятствия в реализации прав и законных интересов, существуют и действуют *в форме различных правовых актов* (документов или действий)¹.

Сам по себе механизм представляет собой объективируемое во вне в той или иной оболочке содержание, включающее ряд последовательных этапов и алгоритмов избавления от обстоятельств, создающих помехи.

Так, работа страховых механизмов отражается в совокупности актов.

Во-первых, необходима регламентация правоотношений посредством страхового договора, заключаемого между страхователем и страховщиком на определенных условиях, описывающих страховые риски. При этом такой договор носит алеаторный характер (когда условием является одно из условий, а не вся сделка)².

Во-вторых, по верному указанию В. И. Серебровского, «только с наступлением страхового случая происходит реализация страхового правоотношения»³. В то же время страховой случай имеет сложную многоуровневую структуру, в которую включены такие составляю-

¹ См.: Панченко В. Ю. Указ. соч. С. 16.

² См.: Абрамов В. Ю. Страхование – теория и практика. М.: ВолтерсКлувер, 2007. С. 341.

³ Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут, 2003. С. 507.

шие, как опасность, от которой производится страхование, факт причинения вреда и причинная связь между опасностью и вредом¹.

Однако все эти элементы должны быть надлежащим образом установлены, для того чтобы можно было констатировать их юридическую значимость и квалифицировать в качестве страхового случая. Именно для этих целей ст. 961 ГК РФ предусматривает обязанность страхователя незамедлительно уведомить о происшествии страховщика. Тем самым одним из условий активации страховых механизмов выступает надлежащее оформление, фиксация, а иногда и доказывание имевших место обстоятельств.

Например, в одном из судебных решений² прямо указывается, что «при предъявлении требования о выплате факт страхового случая подлежит доказыванию, бремя доказывания этого факта лежит на лице, предъявившем требование», на основании чего в конкретном деле страхователю в удовлетворении искового заявления было отказано: «истец, переместив автомобиль с места происшествия, тем самым лишил органы полиции возможности установить лиц, причастных к его совершению, а страховую компанию – возможности проверить обстоятельства события, имеющего признаки страхового случая, в том числе путем оценки характера повреждений».

6. Механизмы преодоления юридических препятствий *не требуют приложения дополнительных усилий со стороны носителя прав, свобод и законных интересов.*

Безусловно, для поиска наиболее оптимального решения правового затруднения некоторые ресурсы, так или иначе, необходимо затратить, однако полученные результаты должны превосходить издержки. В противном случае сами «механизмы» могут превратиться в отдельное юридическое препятствие.

В частности, подобное когда-то случилось и с системой страхования: долгое время россияне весьма настороженно и критично воспринимали деятельность страховых организаций в принципе вследствие того, что однажды «70-летнее царство Госстраха в СССР» завершилось его крахом и миллионными невыплатами по обязательствам³.

¹ О применении судами законодательства о добровольном страховании имущества граждан: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 27 июня 2013 г. № 20. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Апелляционное определение Ульяновского областного суда от 8 июля 2014 г. по делу № 33-2276/2014. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Страховая культура: две стороны одной медали. URL: <http://www.o-strahovanie.ru/pub/063.php> (дата обращения: 01.05.2015).

Современный рынок страховых услуг начал формироваться относительно недавно (отмечается, что реально некоторое улучшение его конъюнктуры произошло лишь в 2005 году¹), поэтому из-за отсутствия устоявшейся практики функционирования страховых механизмов в отечественной правовой жизни возникает ряд проблем, связанных с невысокой страховой культурой всех участников страховых отношений.

Речь идет о страховщиках, которые, стремясь получить как можно более высокую прибыль, ориентируются на быстрый рост своих компаний, а не на рентабельность, из-за чего страдает надежность подобных организаций, становятся возможными необоснованные задержки страховых выплат и пр.²

Нередко указывается и на недостаточный уровень развитости страховой культуры потенциальных страхователей: так, даже при наличии лишних средств, 29 % опрошенных россиян все равно не стали бы обращаться в страховую компанию, а предпочли бы иной вариант расходования денег; кроме того, согласно статистическим данным, выявляется низкий интерес граждан к долгосрочным видам страхования как таковым³.

Тем не менее на сегодня следует констатировать все возрастающую роль системы страхования и тенденцию увеличения ее востребованности со стороны населения. Эффективность действия страховых механизмов подтверждается зарубежной практикой: например, в Европе, где система личного страхования более развита, страхование здоровья и страхование жизни играют первостепенную роль в вопросах компенсации причиненного ущерба, вследствие чего решение многих правовых споров выводится за рамки судебных разбирательств, не требует непосредственного привлечения пострадавших к участию в продолжительных и нередко утомительных процессах⁴.

7. Механизмы преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов *характеризуются предметностью*.

¹ См.: Проблемы и перспективы страхового рынка в России. URL: http://www.silchenkova.ru/Vidy_dogovorov_perestrahovaniya/perspektiva/index.html (дата обращения: 01.05.2015).

² См.: Проблемы рынка: низкая страховая культура не только у страхователей. URL: <http://raexpert.ru/researches/insurance/noeasymaney/part2> (дата обращения: 01.05.2015).

³ См.: Особенности продвижения страховых компаний. URL: <http://www.advlab.ru/articles/article325.html> (дата обращения: 01.05.2015).

⁴ See: Pfennigstorf W. Legal Expense Insurance // The American Journal of Comparative Law. 1975. Vol. 23. № 3. P. 468.

Это значит, что такие механизмы, будучи специально подобранными под характеристики отдельных видов юридических препятствий, не универсальны, поскольку попытка создания своеобразной «панацеи» от всех возможных правовых затруднений, лишенная конкретики, априори неэффективна.

В теории по целому ряду различных критериев выделяется значительное количество видов юридических препятствий в реализации прав и законных интересов: по субъектному составу, управляемости препятствующего фактора, характеру задействованных правовых средств, по отношению к правовой деятельности субъекта – носителя прав и законных интересов, осознанности, а также по их месту в механизме правового регулирования¹.

Помимо этого, как уже упоминалось ранее, по степени конкретизации механизмы преодоления юридических препятствий могут быть однократно применимыми – для выхода из уникальной (нетипичной) проблемной правовой ситуации – или многократно действующими, задающими общую схему решения аналогичных вопросов до момента окончательного устранения барьера для полной реализации прав и законных интересов субъектов права.

Очевидно, что особенности разных механизмов преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов и существенные различия между ними логически связаны непосредственно со спецификой самих юридических препятствий и определяются теми же факторами.

Страхование, рассматриваемое как один из механизмов преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, имеет предмет своего воздействия лишь те юридические препятствия, которые предварительно были теоретически описаны в страховом договоре в качестве страховых рисков и впоследствии нашли свое отражение в объективной действительности, практически воплотившись в произошедшем страховом случае.

Тем самым в сфере действия страховых механизмов могут находиться лишь некоторые из видов юридических препятствий в реализации прав и законных интересов:

– юридические препятствия, исходящие от любого субъекта права – страховой договор может предусматривать восстановление правового положения, нарушенного как физическими лицами или ор-

¹ См.: Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство: теория и практика. 2013. № 9. С. 6–12.

ганизациями, так и публично-правовыми образованиями. Следовательно, по субъектному составу страховые механизмы имеют всеобщее действие, так как каких-либо ограничений в отношении возможных участников страховых правоотношений законодательство не устанавливает – имеющиеся запреты (ст. 928 ГК РФ) касаются объектов страховой защиты: в частности, не допускается страхование противоправных интересов, убытков от участия в играх, лотереях и пари, расходов, к которым лицо может быть принуждено в целях освобождения заложников;

– юридические препятствия как поддающиеся управлению, так и не поддающиеся управлению: страховым случаем, влекущим выплату страхового возмещения (страховой суммы) страхователю (выгодоприобретателю) по договору страхования (иными словами, фактом, запускающим работу страхового механизма), могут признаваться как события, всецело не зависящие от воли и желания субъектов права или вышедшие из-под их контроля (например, гибель застрахованного имущества от удара молнии или взрыва), так и совершение деяний (например, повреждение имущества в результате противоправных действий третьих лиц). Однако здесь огромное значение приобретает фактор непреднамеренности возникновения страхового случая, т.е. отсутствие вины или грубой неосторожности, коррелирующее с интересом в ненаступлении опасности и вредных последствий со стороны страхователя, выгодоприобретателя или застрахованного лица (ст. 963 ГК РФ). Должна иметь место «субъективная случайность, понимаемая как добросовестное неведение»¹, когда «участники договора не знали и не должны были знать о его (страхового события. – А. М., В. П.) наступлении либо о том, что оно (страховое событие. – А. М., В. П.) не может наступить»²;

– юридические препятствия-деяния – страховые механизмы обеспечивают защиту страховых интересов от вмешательства различного рода нежелательных обстоятельств, находящихся в плоскости сущего, не имея возможности воздействовать на сферу должного (т. е. на юридические препятствия-установления);

– преимущественно внешние (объективные) юридические препятствия в реализации прав и законных интересов, связанные с вредными последствиями наступления предусмотренной договором стра-

¹ Фогельсон Ю. Б. Указ. соч.

² О применении судами законодательства о добровольном страховании имущества граждан: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 27 июня 2013 г. № 20. Доступ и СПС «КонсультантПлюс».

хования опасности. Однако в некоторой степени и субъективные (внутренние) юридические препятствия могут быть нивелированы: дополнительная защищенность страховкой, выраженная в перераспределении финансовых рисков, стимулирует более активную правовую деятельность субъектов права. При этом зачастую подобный психологический эффект приобретает крайнюю форму «субъективного риска» (*moral hazard*¹), сущность которого заключается в менее ответственном отношении страхователей к своему поведению, определенном авантюризме и легкомыслии, что вызвано уверенностью в обеспеченности возможных расходов за счет обязательства страховщика по страховому договору;

– правоконкретизирующие и правореализационные юридические препятствия – по уже изложенным выше обстоятельствам страхование работает на ненормативном уровне правовой жизни общества, что обусловлено прежде всего природой объектов воздействия страхового механизма, которыми являются лишь юридические препятствия, подлежащие квалификации в качестве страховых случаев, характеризуемых в свою очередь (как видовое понятие «случая» вообще) конкретностью (определенностью во времени и пространстве (и в этом смысле единичностью, уникальностью), а не абстрактностью, общностью); завершенностью (а не потенциальной возможностью наступления в неотдаленной перспективе); объективностью (существованием за пределами (независимо от) сознания отдельно взятого индивида); неожиданностью (фактической (возникающей вследствие ограниченности научно-технических, интеллектуальных и иных ресурсов человека) или мнимой (обусловленной недостаточной внимательностью, осмотрительностью отдельного субъекта)).

Таким образом, страхование, будучи частью правовой жизни российского общества, выступая средством нейтрализации негативного воздействия нежелательных обстоятельств на осуществление правовой деятельности и олицетворяя собой баланс интересов отдельно взятой личности, общества и государства, соответствует всем характеристикам механизма преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, обеспечение эффективного действия которого должно стать одним из приоритетных направлений правовой политики.

¹ See: Faure M. G., Mot J. P. B. Comparing Third Party Financing of Litigation and Legal Expenses Insurance // Journal of Law, Economics and Policy. 2012. Vol. 8. № 3. P. 759–761.

2.9. Институт представителей общественности, участвующих в управлении делами государства, как гарантия реализации прав граждан

(И. В. Тепляшин)

На рубеже 1150-летия российской государственности можно наблюдать формирование правового механизма тесного взаимодействия государства и иных институтов политической системы общества. Выстраивается новый алгоритм решений назревших проблем, имеющих в обществе и государстве. Сегодня происходит поиск перспективных направлений развития российской политической системы.

Особую группу в механизме формирования и совершенствования правовой системы России составляют институты общественного участия. Следует констатировать, что в юридической литературе не уделяется должного внимания вопросу участия общественности в развитии правовой системы. Сегодня институт общественного присутствия в делах государства требует особого научного внимания и нуждается в системном методологическом исследовании.

Под общественностью понимают общество, передовую его часть, выражающую его мнение¹. Здесь следует исходить из того, что:

1) общественность следует рассматривать в первую очередь как часть общества, выступающую индикатором, показателем прежде всего социально-политических настроений, стремлений общества в целом. Эта часть кооперированно, концентрированно выражает политическую, общественную позицию, показывает настрой, культурно-духовное, национально-конфессиональное состояние общества;

2) общественность – это институциональная категория; она не воспринимается и не уравнивается с гражданским обществом (в его качественной интерпретации). На наш взгляд, общественность как социально-правовую категорию нельзя рассматривать через призму таких ее качеств и состояний, как зрелость, активность, соответствие прогрессивному развитию права и политической системы общества, особенно в историческом измерении. Общественность рассматривается прежде всего в разрезе современного, действующего состояния общества, его текущего политико-правового развития и институционального содержания;

¹ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка / под общ. ред. Л. И. Скворцова. 25-е изд., испр. и доп. М.: Оникс, Мир и образование, 2007. С. 427.

3) в состав общественности можно, например, включить учителей, врачей, студентов, ученых, работников сельского хозяйства, рабочих и специалистов на производстве, представителей трудовых коллективов, предпринимателей, участников общественных объединений, независимых экспертов и др. Но главное: эти лица напрямую не связаны с государственной властью, не участвуют в осуществлении правоприменительной и управленческой деятельности, а также не наделены императивно-властными средствами и не являются функционерами государственного аппарата.

В итоге институты общественности можно рассматривать как, с одной стороны, не входящие в государственный блок, с другой стороны, участвующие в управлении делами государства, в формировании его политической и правовой надстройки.

Будет верным соотнести общественность и гражданское общество.

Во-первых, институционально. Общественность – это негосударственные объединения граждан (общественные движения, правозащитные организации, инициативные группы, профессиональные союзы и т. д.), хотя и нередко включенные в управленческие отношения (особенно политические партии, комиссии и комитеты, создаваемые при органах государства, экспертные сообщества, негосударственные СМИ и др.). Хотя общественность, вероятно, не включает в себя органы местного самоуправления как организационно-управленческую составляющую публичной власти. Более того, в российскую общественность не совсем верно вводить институты бизнеса, особенно крупного, связанного, прежде всего, с государственным сектором.

Надо заметить, что в специальной литературе гражданское общество рассматривается как в узком значении – совокупность независимых граждан, обладающих известным объемом прав и свобод, прежде всего собственностью, так и в широком (наиболее приближенном к институциональному аспекту общественности) – совокупность вышеупомянутых общественных институтов, возможно, и иных.¹

Во-вторых, общественность представляет в большей мере современные группы, объединения граждан, иных представителей негосударственных подразделений. Тогда как гражданское общество нередко рассматривается и в ретроспективном аспекте, через историческую обусловленность и развитие.

¹ См.: Гражданское общество. Мировой опыт и проблемы России. Институт мировой экономики и международных отношений Российской академии наук. М.: Эдиториал УРСС, 1998. С. 9–10.

В-третьих, в вопросе понимания дефиниции «общественность» предметом анализа выступает преимущественно не внутреннее, а внешнее функционирование этой «негосударственной» системы. Если гуманитарная (юридическая) наука говорит о гражданском обществе, то, помимо взаимодействия с государством, анализу подвергаются упорядоченные, основанные на правовых и иных регуляторах связи внутри этой системы. Нельзя это обходить и при исследовании институтов общественности, так как здесь также присутствуют принципы кооперации, координации, взаимопомощи, разделения направлений влияния и др. Но эти первичные характеристики «негосударственных» объединений применительно к вопросам технологии участия институтов общественности в управлении делами государства носят подчиненный характер. Главным назначением общественности является взаимодействие, участие, влияние на государственный механизм, на его сущностное и функциональное назначение.

Как видится, можно говорить о следующих направлениях исследования правового статуса представителей общественности, непосредственно участвующих в управлении делами государства, институтов общественности в целом:

1. Сегодня востребованной является система знаний и правовых установок о должной модели организации российского общества и наиболее приемлемом управленческом стиле поведения граждан, включающем в себя необходимые «позитивные» представления о *справедливости, общественном долге, роли труда и интеллектуальной деятельности в достижении поставленных целей*. Правовая установка есть сложившаяся готовность индивида к определенной форме реагирования на правовые демократические возможности. В целом же правовые установки российской общественности, соответствующие параметрам демократических мероприятий, могли бы выступить фундаментом цивилизованной модели участия общественности в управлении делами государства.

2. Безусловно, в стороне не должна оставаться соответствующая правовая идеология. Важно обратиться к вопросам качества правового статуса представителей общественности, напрямую участвующих в управленческих процессах. Ярким примером может служить правовой статус *членов Общественной палаты РФ, экспертов при обсуждении законопроектов* на заседаниях комитетов федерального и регионального парламентов, специалистов в работе судебных органов, независимых экспертов и специалистов, участвующих в работе конкурсных комиссий при поступлении на государственную службу или

урегулировании конфликта интересов. Можно обратить внимание на правовой статус *членов избирательных комиссий*, представляющих интересы общественных объединений и иных структур гражданского общества. Возможно, такую роль можно адресовать *депутатам представительных органов* местного самоуправления, законодательных органов субъектов Российской Федерации, которые осуществляют свою работу на непостоянной основе.

Кроме того, можно говорить о достаточно перспективных сферах, где участие граждан в правовой, управленческой деятельности приобретает особый характер. Это сфера независимых антикоррупционных и иных экспертиз, деятельность политически ориентированных инициативных групп и объединений по реализации гражданских инициатив и осуществлению *института общественного контроля*¹, например работа Общероссийского народного фронта и проч. Развивается институт *участия граждан в охране общественного порядка*.² Юридической науке можно обсудить практическое осуществление таких институтов, как *наказы избирателей и их исполнение; народная законотворческая инициатива, товарищеские суды, общественное наставничество*.

Такой уровень гражданской активности сможет «подхватить» общественно значимые интересы и стремления граждан, направить их в цивилизованное русло развития гражданского общества и правового государства. Подобная деятельность, как видится, позволит претворить в жизнь социально зрелую и прогрессивную культуру российского общества.

3. Необходимым условием успешной включенности общественности в решение государственных вопросов является качественная молодежная политика. *Молодежь представляет собой особую группу российской общественности*. Это люди, которые уже завтра будут принимать законы, вершить правосудие, осуществлять правоприменение, участвовать в общественно-политической деятельности и контролировать работу государственного аппарата. На повестке дня в российской правовой жизни стоит вопрос о необходимости «встраивания» интересов и стремлений современной молодежи в правовую политику.

¹ ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ // Российская газета. 2014. № 163. 23 июля.

² ФЗ «Об участии граждан в охране общественного порядка» от 2 апреля 2014 г. № 44-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2014. № 14. 7 апреля.

Современной молодежи очень важно знать, что их возможности и личные способности принимаются во внимание и позволяют участвовать в осуществлении политических и управленческих проектов. Поэтому формирование принципов и условий развития молодежной сферы должно отвечать прогрессивному развитию личности, ее новым потребностям, законным интересам и стремлениям.

На наш взгляд, очень важно определить организационно-правовую форму участия представителей молодежных движений и организаций в механизме модернизации правовой системы России. Надо сказать, вопросы со стороны общества к отдельным направлениям молодежной политики уже формируются. Можно обратить внимание на следующее.

В России уже несколько лет функционирует Общественная палата Российской Федерации, деятельность которой, безусловно, достаточно заметна. Но насколько данный институт за время своего существования включал и включает представителей российской молодежи? Как решается этот вопрос на региональном уровне? Можно подумать о создании *молодежной Общественной палаты РФ*.

В подавляющем большинстве субъектов Российской Федерации созданы *комиссии по противодействию коррупции*, включающие в свой состав не только должностных лиц, но и представителей региональной общественности. Но насколько полно эти комиссии представлены молодыми людьми? Вероятно, уровень такого представительства достаточно низкий.

Какова роль *молодежных региональных парламентов-дублеров* (в некоторых субъектах РФ и избирательных комиссий – дублеров) в решении назревших общественных проблем? Участвует ли в подобных форматах управленческой деятельности сельская молодежь?

Ключевым вопросом остается проблема осуществления правовых возможностей и преодоления управленческих барьеров на пути правовой активности молодежи как участника механизма общественного присутствия в реализации внутривластных функций.

4. С учетом современной теории права можно говорить о следующих элементах субъективного права представителей общественности, непосредственно участвующих в управленческом механизме.

Правомочие как мера дозволенного поведения, что предполагает реализацию гражданами своих субъективных прав и законных интересов в любой сфере в том объеме, который допускается законодательством и обеспечивается органами государственной власти и органами местного самоуправления. Реализация представленных право-

вых средств имеет место в рамках простого механизма правового регулирования, а в управленческой сфере происходит правоприменение, что позволяет имплементировать права и законные интересы граждан в содержание принимаемых решений.

Право требования, состоящее в возможности требовать исполнения или соблюдения юридической обязанности. В частности это предполагает непосредственное участие граждан в управленческой деятельности и рассмотрение компетентными органами результатов «общественной работы», например, в рамках проведения независимых экспертиз или общественной проверки с целью наиболее эффективного выявления и пресечения возможных фактов нарушения закона.

Право притязание, состоящее в возможности привести в действие аппарат государственного принуждения для разрешения противоправных ситуаций или претворения в жизнь общественных инициатив.

Право пользования социальным благом, что предполагает восстановление нарушенных прав или получение компенсации в соответствующем эквиваленте в результате неэффективных действий органов государственной власти и должностных лиц. Здесь речь идет о восстановлении прав (в том числе материальных благ), возможность реализации которых была нарушена в процессе, например, коррупционной деятельности со стороны компетентных субъектов.

Следует полагать, что две последних формы поведения с точки зрения юридической науки являются наиболее слабо разработанными элементами субъективного права в правоотношениях исследуемого вида.

5. Вторым элементом содержания правоотношения являются юридические обязанности. В традиционном понимании, если говорить о политике общественного присутствия, юридические обязанности «общественных субъектов» можно разбить на две формы.

Пассивная форма, в рамках которой на таких субъектов возлагается необходимость воздерживаться от действий известного рода, и это создает необходимые условия для того, чтобы управомоченный мог совершать дозволенные ему положительные действия и тем самым удовлетворять свои субъективные права и законные интересы в организационно-правовой сфере. Представляется, что в законодательстве нормированы прежде всего общие запреты, так как специальные ограничения для «общественных субъектов» еще только разрабатываются.

Активная форма, где со стороны граждан осуществляется совершение положительных действий, что непосредственно приводит к удовлетворению интересов управомоченных лиц, компетентных органов, должностных лиц. В данном случае орган государства или должностное лицо могут действовать в интересах представителя общности, например оказывать ему содействие в выявлении противоправных фактов.

6. Важно не упустить из вида научное развитие и практическую реализацию иных правовых средств участия общности в совершенствовании правовой системы. Например, следует обратить внимание на закрепление в правовом статусе представителей общности, участвующих в управлении государством, таких элементов, как *правовые льготы, привилегии, законные интересы, гарантии деятельности*. Особого внимания заслуживают *вопросы охраны и безопасности отдельных категорий общности*. В специальной литературе справедливо указывается на объекты усиленной (повышенной) охраны как систему (организации, люди, отношения, деятельность и продукты деятельности, природные объекты), обладающую свойствами, утрата которых приведет к причинению существенного и необратимого вреда: разрушению самой системы или утрате функций, для которых она создана или предназначена¹. В нашем случае речь может идти о системе устойчивого взаимодействия передовой группы общества с государственным механизмом.

Формирование качественно нового, специального правового статуса таких лиц может послужить предпосылкой возникновения управленческого типа правосознания российской общности. Это послужит поиску новых или обновленных подходов в реализации востребованных, наиболее значимых социальных стремлений граждан, общественных групп.

7. Следует обратить внимание на уровень доверия граждан к государственной политике и управлению, проведению новых реформ, что имеет первоочередное значение в вопросе укрепления основ правовой государственности и создания устойчивой правовой системы. Формирование в обществе социальной стабильности немислимо без доверительного отношения российской общности к результатам работы правотворческих, судебных и исполнительно-распорядительных органов власти. В свою очередь, *уровень доверительного отношения граждан к*

¹ См.: Концептуально-теоретические основы правового регулирования и применения мер безопасности: монография / под науч. ред. Н. В. Щедрина. Красноярск: Сиб. федер. ун-т. 2010. С. 16.

текущему состоянию правовой системы необходимо устанавливать, анализировать и использовать в практических целях. Подобный мониторинг, прежде всего социологического характера, необходимо проводить с участием российской общественности, экспертов, статистических органов. На наш взгляд, широкое привлечение общественности к управлению делами государства, повышение доверия всего общества к деятельности органов власти динамично приведет к совершенствованию российской правовой системы. Надо сказать, что открытость, гласность, доступность, в том числе международных оценок и резюмирующих результатов, необходимо поставить здесь во главу угла.

Таким образом, следует создавать новую модель воздействия институтов общественности на правовую систему общества, ее структуру и качество. Это в свою очередь формирует более рациональную, востребованную обществом модель поведения, которая «впитывает алгоритм развития» конкретного исторически сложившегося типа общества. Данное обстоятельство говорит о социально-исторической обусловленности развития правовой системы, то есть развитии этого явления с учетом сложившейся исторической практики и стиля поведения граждан и их объединений.

Надеемся, что такая правовая дефиниция, как общественность, в ближайшем будущем сложится как комплекс научных знаний о «негосударственных институтах», послужит платформой для научного осмысления новых направлений развития форм правовой деятельности общества.

2.10. Юридические препятствия признания денег и ценных бумаг предметом хищения

(В. В. Хилюта)

Еще со времен русских дореволюционных юристов физический признак имущества соотносился исключительно с вещью. Указывалось, что предмет похищения должен быть «вещественным, телесным предметом внешнего мира, занимающим какое-нибудь место в пространстве, и доступным нашим внешним чувствам». Иначе говоря, предметом могла быть только вещь, т. е. материальный предмет, безразлично в каком состоянии он находился (в твердом, жидком или газообразном)¹. Физическая вещь – это материя, занимающая место в

¹ См.: Белогриц-Котляревский Л. Е. Учебник русского уголовного права. Общая и особенная части. Киев, 1903. С. 403; Есипов В. В. Уголовное право. Часть особенная.

пространстве и доступная нашему пространственному восприятию. В этом контексте к имуществу не могли быть отнесены: а) отвлеченные идеи об имуществе (например, идея о праве собственности); б) имущество как совокупность предметов обладания лица, безотносительно к отдельным вещам, его составляющим (подрыв кредита торговца, понижение на бирже курса цен); в) права по договорам и обязательствам в противоположность вещным правам; г) права личности, имеющие имущественный характер¹.

Физический признак имущества в советское время означал, что предметом хищения может быть лишь предмет материального мира (соответственно не являются предметом хищений различного рода права), т. е. имущество должно было быть вещественным, материальным предметом, очерченным в пространстве, ибо хищение предполагало его захват, изъятие определенного материального предмета, перемещение его в пространстве². Способность перемещения предметов в пространстве предопределяла их особенность, которая заключалась в том, что предметом хищения могли быть вещи и иные пространственно обособленные материальные объекты, обладающие некими натуральными физическими параметрами (числом, количеством, весом, объемом и т. д.). Поэтому предметом хищения (похищения) не мог являться сам человек, присвоение его идей и мыслей, присвоение имени, права личности, в том числе и имущественные.

Позже физический признак имущества стал характеризоваться тем, что предметом хищения могли быть вещи, деньги, ценные бумаги и иные предметы материального мира, не лишенные своей вещной субстанции. С этих позиций можно заключить, что имущество долж-

Выпуск II. Преступления имущественные. – Варшава, 1895. С. 54. Иной взгляд на вопрос о похищении энергии был у С. В. Познышева, который считал, что силы природы (тепло, электричество и т. п.) не могут являться предметом хищения, так как они сами по себе не составляют движимого имущества (Познышев С. В. Особенная часть русского уголовного права. Сравнительный очерк важнейших отделов особенной части старого и нового уложений. Изд. 3-е, испр. и доп. М., 1912. С. 208).

¹ См.: Фойницкий И. Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. Петроград, 1916. URL: <http://www.uristik.info/html/library/up.htm>.; Лист Ф. Учебник уголовного права. Особенная часть. М., 1905. С. 139. В этом контексте указывалось, что предметом похищения не могут быть права авторской собственности, права по привилегиям на изобретения в области наук, искусств. Поэтому выражение «литературная кража» рассматривалось не более чем метафора, придуманная для подведения родственных случаев под готовое понятие.

² См.: Литовченко В. Н. Уголовная ответственность за кражу личного имущества. М., 1975. С. 9; Борзенков Г. Н. Личная собственность под охраной закона. М., 1985. С. 15.

но быть осязаемым, иметь определенное объемное выражение и восприниматься наглядно – зрительно или с помощью тактильной чувствительности. Соответственно, не являются предметом хищения интеллектуальная собственность, информация, различные виды энергии, лишенные вещной формы¹. Человек как физическое лицо также не может быть предметом хищения и иных преступлений против собственности, его похищение, а также иное незаконное завладение следует квалифицировать по иным статьям УК.

Таким образом, отличительным «физическим» признаком имущества является *вещь*. В современном гражданском праве вещами признаются материальные предметы, часть внешнего по отношению к человеку окружающего мира. Ими являются как предметы материальной и духовной культуры, т. е. продукты человеческого труда, так и предметы, созданные самой природой и используемые людьми в своей жизнедеятельности – земля, полезные ископаемые, растения и т. д. Важнейший признак вещей, благодаря которому они и становятся объектами гражданских прав, заключается в их способности удовлетворять те или иные потребности людей. Предметы, не обладающие полезными качествами либо полезные свойства которых еще не открыты людьми, а также предметы, недоступные людям на определенном этапе развития человеческой цивилизации (например, космические тела), объектами гражданско-правовых отношений не выступают. Таким образом, статус вещей приобретают лишь материальные ценности, т. е. материальные блага, полезные свойства которых осознаны и освоены людьми.

Исходя из сказанного, выделяют ряд признаков вещи, имеющих правовое значение:

а) материальность вещи (вещь – это физическая субстанция, нечто материальное, лежащее вне человека, являющееся предметом

¹ См.: Лопашенко Н. А. Посягательства на собственность. М., 2012. С. 89; Карпова Н. А. Хищение чужого имущества: вопросы квалификации и проблемы дифференциации уголовной ответственности. М., 2011. С. 24; Адоевская О. А. Ответственность за кражу по современному праву России. М., 2012. С. 66–67; Аистова Л. С. Кража: анализ состава преступления и проблемы квалификации. СПб., 2009. С. 19; Благов Е. В. Преступления в сфере экономики. М., 2010. С. 9; Иванов Д. А. Уголовно-правовая характеристика преступлений против собственности. М., 2011. С. 14; Воробьев Д. В. Современные проблемы уголовно-правовой охраны права собственности и иных вещных прав. М., 2011. С. 31. Здесь, правда, необходимо отметить, что российский законодатель делает отступление из общего правила, поскольку в ч. 4 ст. 158 УК РФ признает предметом хищения газ, что на наш взгляд не может быть верным шагом в области конструирования уголовной ответственности за посягательства на собственность.

внешнего материального мира и имеющее независимое от человека существование);

б) телесность вещи (объекты внешнего мира заключены в определенные границы, являются индивидуализированными телесными предметами, способны иметь внешнюю оболочку, определенную форму и пространственные границы, являются осязаемыми предметами¹);

в) доступность обладанию или дискретность вещи (вещами может быть признано только то, что доступно господству определенного лица; соответственно, предметы, которые недоступны или недостижимы интеллектуально или физически и человеком не контролируемы, вещами являться не могут);

г) способность вещи удовлетворять те или иные потребности людей (вещь должна быть полезной, ценной, представлять некое благо; предметы, не обладающие полезными качествами, объектами гражданско-правовых отношений быть не могут)².

Таким образом, право использует достаточно оригинальный подход к определению вещной принадлежности, исходя не только из имманентных свойств предмета, а руководствуясь и прагматическими соображениями³.

Тем не менее в сегодняшней уголовно-правовой литературе все чаще стал обсуждаться вопрос о том, что объекты права собственности в условиях современного информационного общества не обязательно должны иметь материальную природу, потому как отношениям собственности в юридическом и экономическом смысле подвержены и нематериальные блага. Например, А. В. Шульга полагает, что «имущество – это вещи, имеющие подчас не только материальную, но и духовную ценность. Вещи и иные предметы материального мира способны удовлетворять различные потребности человека». Значит, по мнению вышеуказанного автора, и сама вещь может представлять

¹ По этой причине не может являться предметом хищения атмосферный воздух. С другой стороны, предметом хищения будут являться различные газы, воздух, если они помещены в некую емкость.

² См.: Аверченко Н. Н. Понятие и признаки вещи как объекта гражданских прав // Журнал российского права. 2004. № 5. С. 86–92; Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России // Хозяйство и право. 2000. № 3. С. 78–84; Казанцев В. И. Вещное право. М., 2007. С. 23–25; Веленто И. И. Правовое регулирование отношений собственности: пути гармонизации и совершенствования законодательства в Республике Беларусь и Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Минск, 2006.

³ Лысенко А. Н. Имущество в гражданском праве. М., 2010. С. 50.

как материальную, так и духовную ценность¹. Отсюда и делается вывод о том, что предмет преступлений против собственности сегодня утрачивает сугубо материальные свойства².

Еще ранее эту же мысль применительно к имущественным преступлениям высказывал А. Г. Безверхов, отмечая, что «предметом исследуемых преступлений в рыночном хозяйстве выступают чужие вещи, собственные вещи (неосновательно сбереженные виновным деньги и иные материальные ценности путем незаконного уклонения от их должной передачи), движимые и недвижимые, а равно иное имущество вообще безотносительно к конкретной вещи (невещественные блага): имущественные права и иные выгоды имущественного характера»³. Этот тезис данный ученый выводил из сути рыночных отношений, которые характеризуются многообразием форм собственности и, соответственно, интенсивным экономическим кругооборотом всевозможных имущественных благ как вещественного, так и невещественного характера⁴.

Соглашаясь с подобным заключением, лишь подчеркнем, что эта ситуация характерна для предмета имущественных преступлений в целом, но не для хищений в классической трактовке этого понятия. Нам все же представляется, что подобные выводы (о расширении предмета хищения) преждевременны и время таких умозаключений в ранге практического преломления еще не настало. Дело в том, что по поводу вещей могут возникать различные правоотношения: как вещные, так и обязательственные, что в конечном итоге определяет «статистику» и «динамику» объекта, а также защиту прав на него. Качество

¹ См.: Шульга А. В. Объект и предмет преступлений против собственности в условиях рыночных отношений и информационного общества. М., 2007. С. 313.

² Свойственно это главным образом англо-саксонской системе права, потому как к имуществу относится и ряд обязательственных требований и иных абсолютных прав, т. е. в собственности могут находиться как имущество, так и права, вещи и нематериальные объекты.

³ См.: Безверхов А. Г. Имущественные преступления: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Ижевск, 2002. С. 26.

⁴ Применительно к данному постулату А. В. Хабаров высказал такую мысль: «Абсолютно все объекты права собственности, признаваемые таковыми гражданским законом, могут быть предметом преступного посягательства на собственность, если уголовный закон не делает каких-либо ограничений на сей счет, не, вводит дополнительных признаков. И не могут здесь иметь решающего значения такие признаки, как «материальность», «экономическая ценность», включая обладание «стоимостью» (вложенным в предмет трудом человека). См.: Хабаров А. В. Преступления против собственности: влияние гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Тюмень, 1999. С. 10–11.

материальности вещи обуславливает наличие или отсутствие физической (пространственной) обособленности. Между тем право придает значение не материальности как таковой, а характеру физического обособления, заменяемого при невозможности указанного обособления необходимыми регистрационными (учетными) процедурами. Если явление отвечает признакам материальности и физической обособленности, то оно является объектом вещных прав, при отсутствии указанных признаков – объектом других имущественных прав – обязательственных, корпоративных или интеллектуальных (исключительных)¹.

Объектами вещных прав (правоотношений) являются материальные, физически обособленные вещи, представляющие собой известное целостное единство, обладающие признаком индивидуальной определенности на момент установления вещного права. Объектами вещных прав не могут быть обязательственные и другие гражданские права, в том числе находящиеся в составе имущественного комплекса. В связи с этим невозможно существование вещного права на другое имущественное гражданское право. По этой причине мы не можем разделить позицию, что посягательство на иные права (кроме вещных) должно расцениваться по правилам учения о хищении чужого имущества.

Итак, объектом вещного права может выступать только материальная, физически обособленная вещь. Права в данном случае рассматриваться в качестве объекта не могут. Если уголовное право будет регулировать данные отношения исключительно по своей прихоти, то такой правовой режим будет представлять собой некую безжизненную конструкцию, лишенную фактического содержания. Принудительное расширение вещно-правового режима и распространение его на имущественные права («бестелесные вещи») невозможно в силу различий их естественных свойств. Невозможно установление вещного права на другое (обязательственное) право в силу того обстоятельства, что право как мера возможного поведения субъекта не может быть объектом чьего-либо обладания. Субъективные имущественные права могут быть объектом гражданского оборота, однако это отнюдь не означает, что они являются объектом вещных прав. При такой постановке вопроса необходимо разделить преступные посягательства на вещи как таковые и на иные объекты гражданских прав.

¹ См.: Бадмаева С. Ю. Объекты вещных прав в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2008. С. 7–8.

Механически переносить конструкции, свойственные обязательственным отношениям, на отношения права собственности недопустимо. Отсюда неверным нам видится вывод о чрезмерном расширении предмета хищения, в том числе и за счет нивелирования физического признака имущества.

Таким образом, объектом вещного права и соответственно предметом хищения может быть только самостоятельная вещь, обладающая индивидуально-определенными признаками, обуславливающими установление вещно-правового режима. Составная часть единой неделимой вещи вполне может быть объектом обязательственных отношений, но она никак не должна становиться объектом вещных прав. Противоправное посягательство на такого рода объекты следует расценивать по иным правилам, нежели по тем, которые устанавливают уголовную ответственность за хищения.

Специфика *денег* как объекта гражданских прав заключается в том, что государство придает деньгам законность платежного средства (устанавливает некую ценность), что позволяет тому или иному субъекту легитимно совершить платеж в конкретных правоотношениях. Поскольку по происхождению деньги можно рассматривать как товар особого рода, возникший из обмена в процессе исторического развития, то это обстоятельство можно рассматривать как предопределившее и существование в них вещного элемента. В силу обычая подобное отношение к деньгам сохранилось до наших дней. Однако если ранее определенной ценностью обладала сама вещная форма денег (например, золотые монеты, шкурки куницы или белки), то в настоящее время ценовая (стоимостная) связь правовых возможностей обладателя денег и стоимости самих денежных знаков утрачена, стоимость денег определяется исключительно номиналом¹.

Обычно под деньгами понимают металлические и бумажные знаки, являющиеся мерой стоимости при купле-продаже, средством платежа и предметом накопления (т. е. сокровища). Следовательно, деньги – это средство платежа, служащее определением меры стоимости товаров, находящихся в экономическом обороте, и выраженное в денежной единице государства или иного публично-правового образования. В этом отношении, деньги, безусловно, входят в состав имущества, но не как разновидности вещей, а как вполне самостоятельные объекты гражданских прав, имеющие собственную юридиче-

¹ См.: Замотаева Т. Б. Деньги как объект гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Самара, 2003. С. 9–10.

скую природу. Поэтому наличие вещной составляющей денег (купюры, монеты) сегодня позволяет законодателю лишь распространить вещный режим на деньги в наличной форме, хотя в гражданском обороте деньги определяются и оцениваются только числом денежных единиц¹. Таким образом, поскольку деньги являются самостоятельным объектом гражданских прав, то на праве собственности могут находиться лишь вещи, выражающие деньги, – денежные знаки (монеты, купюры).

Итак, деньги как предмет преступного посягательства всегда были, а в сложившихся экономических условиях стали наиболее привлекательны для преступного мира, так как в любой момент они могут использоваться как для накопления, так и для последующего вложения в преступный оборот или же для приобретения материальных благ и ценностей. Как правило, предметом хищения выступают деньги, находящиеся в обращении и являющиеся законным средством платежа. В некоторых случаях это могут быть и деньги, изъятые из обращения, но подлежащие обмену на находящиеся в обращении в банковской или иной кредитно-финансовой системе. Стоимость подобных денег оценивается по той сумме, на которую они официально могли быть обменены².

Однако сказанное в полной мере можно отнести и к *безналичным деньгам*, получающим широкое распространение в сегодняшней хозяйственной деятельности. Правовая природа безналичных денег не может не оказывать самого непосредственного влияния на многие теоретические конструкции, которые используются юридической наукой при анализе правового регулирования безналичных расчетов. Безналичные расчеты – это расчеты, в которых отсутствуют наличные деньги, т.е. при которых происходит списание средств по счетам без

¹ По мнению М. А. Коростелева, содержание права собственности на наличные деньги не соответствует содержанию права собственности на вещи. Право собственности на наличные деньги, помимо самой вещи (материального носителя), охватывает и закрепляет за лицом также платежную силу денег исходя из количества имеющихся денежных единиц. Данный факт свидетельствует о расширенном понятии права собственности в отношении денег и о том, что наличные деньги являются вещами *suigeneris*, заключающими в себе право быть предметом исполнения любого денежного обязательства, в том числе крайним и принудительным средством исполнения денежного обязательства, если речь идет о законном платежном средстве (См.: Коростелев М. А. Правовой режим электронных денег в гражданском законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2015. С. 22).

² См.: Лопашенко Н. А. Посягательства на собственность. М., 2012. С. 91; Карпова Н. А. Хищение чужого имущества: вопросы квалификации и проблемы дифференциации уголовной ответственности. М., 2011. С. 23–24.

участия реальных денег. Практически все безналичные расчеты предполагают наличие распоряжения (воли) владельца счета о перечислении денежной суммы на счет другого субъекта, поэтому осуществление безналичных расчетов возможно только при наличии счета, с которого будут списаны деньги. Любые безналичные расчеты оформляются специальными документами и представляют собой специальный вид операций. При осуществлении безналичных расчетов происходит списание сумм со счета на счет, однако списываются не наличные (материально определенные деньги), а специальные денежные знаки, т. е. безналичные деньги, в результате чего оборот материальных денег отсутствует, что упрощает процедуру расчетов на значительном расстоянии или в крупных размерах¹.

Зачастую в судебной-следственной практике встает вопрос о том, как квалифицировать действия лиц, посягающих на безналичные денежные средства. В частности, следует ли считать преступление оконченным, если на основании подложного платежного документа денежные средства зачислены на расчетный счет конкретного лица, но оно еще не распорядилось поступившими на его счет денежными средствами. Более того, необходимо ответить и на другой вопрос: безналичные деньги – это предмет хищения (посягательство на материальную вещь) или преступлений против собственности?

Приведем пример, который в теории уголовного права уже, пожалуй, стал хрестоматийным. *Руководитель фирмы «Юла» Иванов заключил договор с фирмой «Эверест» о поставке сахара. При этом Иванов не собирался выполнять обязательства по договору и передавать фирме «Эверест» сахар, а намеревался завладеть авансовым платежом (так называемой предоплатой), который ему должна была передать фирма «Эверест». Получив на банковский счет возглавляемой им фирмы указанные средства, Иванов в течение нескольких рабочих дней размышлял, как использовать эти деньги. Решившись, наконец «обналичить» их, он был задержан милицией, установившей, что никакого сахара у данной фирмы нет, не было и не будет, а аванс ее глава, весьма вероятно, собирается похитить. Следовательно долго сомневался, похищены безналичные деньги (ведь они еще не бы-*

¹ См.: Цветков А. А., Дикова Н. В. Предпосылки выделения преступлений, совершенных с использованием электронных платежных систем, в самостоятельную категорию // Интеллект. Инновации. Инвестиции. 2010. № 2. С. 94; Занин Т. В. Расчеты с использованием платежных карт. Являются ли они формой безналичных расчетов? // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 18–21.

ли обращены в наличные) или в данной ситуации можно усмотреть лишь покушение на совершение преступления¹.

Надо сказать, что на практике эта проблема решалась и решается неоднозначно (в особенности в разных странах). Но перед тем как дать ответ на поставленный вопрос, в первую очередь необходимо разрешить дилемму безналичных денег и обосновать их правовой режим.

На сегодняшний день в теории права существуют две (или три) точки зрения по этому поводу. Одни ученые признают за безналичными деньгами обязательственное начало, другие наоборот, считают, что безналичные денежные средства имеют больше вещно-правовой характер.

Первая точка зрения базируется на том, что особенностью денежных средств на банковском счете как самостоятельного объекта гражданского права является их двойственная природа, определяемая тем, что указанный вид имущества, с одной стороны, является обязательственным правом владельца счета в отношении банка, а с другой стороны, в отношении третьих лиц может выступать как средство платежа и, следовательно, выполняет роль денег (Л. А. Новоселова, В. А. Белов)². Иначе говоря, безналичные денежные средства являются не вещами, а правами требования. Их не следует отождествлять с вещами, ибо на них распространяется гражданско-правовой режим объектов обязательственных, а не вещных прав. В данном случае денежные средства клиентов поступают в полное распоряжение банка, сливаются с общей массой его имущества. Взамен их владелец приобретает право требования к банку относительно перечисления денежных средств и совершения других банковских операций. Отсюда безналичные деньги называют не платежным средством, а законным средством расчетов³.

Соответственно в этом же ключе криминалистами решался и решается вопрос о моменте окончания хищения при посягательстве на безналичные денежные средства. Дело в том, что в теории уголов-

¹ См.: Яни П. С. Мошенничество и иные преступления против собственности: уголовная ответственность. М., 2002. С. 10.

² Новоселова Л. А. О понятии и правовой природе безналичных расчетов // Законодательство. 1999. № 1. С. 65.

³ См.: Сабитов Р. А., Сабитова Е. Ю. Уголовно-правовая оценка обманов и действий, совершенных с документами. М., 2012. С. 184; Воробьева О. В. Проблемы гражданско-правового регулирования безналичных расчетов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2005. С. 12; Гармаев Б. П. Правовое регулирование безналичных расчетов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2005.

ного права традиционно считалось, что предметом хищения могут являться только товарно-материальные ценности, обладающие экономическим свойством стоимости, а также деньги как всеобщий эквивалент стоимости, как особый товар, выражающий цену любых других видов имущества. В силу этого хищения относятся к так называемым предметным преступлениям. Поэтому корыстное завладение ценностями, лишенными этих признаков (например, электрической и тепловой энергией, информацией и т. д.), не может образовывать состав хищения чужого имущества в силу отсутствия материального предмета посягательства¹.

При определенных условиях преступное завладение чужими денежными средствами, находящимися на банковских счетах, судебная практика предлагала рассматривать либо как причинение имущественного ущерба без признаков хищения, либо же как приобретение права на чужое имущество путем обмана. Кстати, последнее утверждение было преваляющим; например, такого рода рекомендации содержались в совместном письме (методических рекомендациях) Генеральной Прокуратуры Российской Федерации и МВД Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 15-18-93 «О некоторых вопросах уголовно-правовой оценки хищений с использованием поддельных кредитовых авизо»².

В данном случае правоприменитель рассматривал завладение безналичными средствами как неправомерное завладение *имущественными правами обязательственного характера* и преступление предлагал признавать оконченным с момента поступления денег на счет, так как виновный в этом случае имеет реальную возможность распоряжаться похищенным (П. С. Яни, А. Г. Безверхов, В. В. Векленко, Б. В. Волженкин)³. Однако с течением времени судебно-

¹ См.: Журавлев М., Журавлева Е. Актуальные вопросы судебной практики по уголовным делам о мошенничестве // Уголовное право. 2008. № 3. С. 39.

² См. также: Виноградов С., Яни П. О квалификации хищений с использованием поддельного авизо // Российская юстиция. 1994. № 4. С. 41.

³ См.: Яни П. С. Хищение: некоторые вопросы предмета и ущерба // Законность. 1996. № 10. С. 15; Волженкин Б. В. Мошенничество. СПб., 1998. С. 23; Безверхов А. Г. Имущественные преступления. – Самара, 2002. С. 195; Яни П. Безналичные средства – предмет хищения? // Законность. 2002. № 1. С. 46–47; Вишнякова Н. В. Объект и предмет преступлений против собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Омск, 2003. С. 13; Суслина Е. В. Ответственность за мошенничество по Уголовному кодексу российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2007. С. 16. Автор настоящей работы ранее также был склонен рассматривать завладение безналичными денежными средствами как противоправное посягательство на

следственная практика по данному вопросу изменилась в сторону того, что хищение безналичных средств, в принципе, нельзя рассматривать как приобретение виновным обязательственного права (права требования). Право требования не является предметом хищения, поскольку при совершении преступления виновный не приобретает какого-либо нового или дополнительного права, так как неправомерно перечисленные на счет безналичные денежные средства лишь увеличивают количественное выражение уже имеющегося у него обязательственного права¹.

Сторонники **второй** точки зрения полагают, что закон распространяет на безналичные деньги правовой режим наличных денег и считает их *вещами*, безналичные деньги могут быть объектом права собственности в силу юридической фикции, существующей в законодательстве (О. М. Олейник, Л. Г. Ефимова)². При внесении наличных денег в банк и помещении их на счет клиента происходит не переход права собственности на денежные знаки от вкладчика к банку, а изменение формы денег с наличной на безналичную. Таким образом, сторонники данной концепции относят «наличные» и «безналичные» деньги к вещам, распространяют на них правовой режим денег. Кроме того, с точки зрения данной позиции банк может только владеть и пользоваться деньгами, но не распоряжаться ими. У банка есть два правомочия – владения и пользования, но нет третьего правомочия – распоряжения.

Собственно говоря, данная мысль и легла в основу п. 12 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», где сказано, что «как мошенничество квалифицируется безвозмездное обращение лицом в свою пользу или в пользу других лиц денежных средств, находящихся на счетах в банках, совершенное с корыстной целью путем обмана или злоупотребления доверием (например, путем представления в банк поддельных платежных поручений, заключения кредитного договора под услови-

имущественные права обязательственного характера (См.: Хилюта В. Предмет мошенничества в сфере банковской деятельности // Судовы веснік. 2003. № 3. С. 53–54).

¹ См.: Тарасов А. А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей // Право в Вооруженных силах. 2005. № 10. С. 36.

² См.: Олейник О. М. Основы банковского права: курс лекций. М., 1997. С. 262–267; Ефимова Л. Г. Правовые аспекты безналичных денег // Закон. 1997. № 1. С. 97–105.

ем возврата кредита, которое лицо не намерено выполнять)»¹. Такое хищение предписывается признавать оконченным с момента зачисления денежных средств на счет лица, которое путем обмана или злоупотребления доверием изъяло денежные средства со счета их владельца, либо на счета других лиц, на которые похищенные средства поступили в результате преступных действий виновного.

Таким образом, в настоящее время судебная практика квалифицирует завладение безналичными денежными средствами именно как хищение имущества (Н. А. Лопашенко, В. И. Плохова, А. В. Шульга, Е. А. Мазуренко, А. В. Данилов, А. В. Хабаров и др.)², а не как приобретение права на него³. Отчасти данная рекомендация была вызвана и тем, что используемая формулировка (указание в законе на завладение (приобретение) правом на имущество) не совсем была сопоставима с имущественными правами (если понимать безналичные денежные средства как имущественное право). Право на имущество не есть имущественное право в гражданско-правовом понимании. Поэтому

¹ Заметим, что в одноименном проекте постановления Пленума Верховного суда от 2004 г., в п. 19 по аналогичной проблеме, отмечалось, что совершенное с корыстной целью путем обмана или злоупотребления доверием безвозмездное изъятие безналичных чужих денежных средств, находящихся на счетах в банках или иных финансово-кредитных учреждениях, следует рассматривать как мошенничество в форме *приобретения права на чужое имущество*.

² См.: Лопашенко Н. А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. М., 2005. С. 174; Плохова В. И. Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность. СПб., 2003. С. 148–149; Данилов А. В. Квалификация присвоения и растраты, совершаемых в сфере экономической деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Нижний Новгород, 2004. С. 16–17; Мазуренко Е. А. Объект и предмет уголовно-правовой охраны преступлений против собственности: современные проблемы квалификации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 2003. С. 16; Шульга А. В. Объект и предмет преступлений против собственности в условиях рыночных отношений и информационного общества: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Волгоград, 2008. С. 17; Бикмурзин М. П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Уфа, 2005. С. 150–157; Уланова Ю. Ю. Общие признаки хищения в составе кражи. М., 2013. С. 70–75; Смолин С. Актуальные вопросы квалификации мошенничества в кредитной сфере // Уголовное право. 2014. № 6. С. 70; Тарасов А. А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей // Право в Вооруженных силах. 2005. № 10.

³ См.: Яни П. Постановление Пленума Верховного суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: объективная сторона преступления // Законность. 2008. № 4. С. 16–17. Н. В. Вишнякова высказала позицию, в соответствии с которой «относить безналичные деньги применительно к различным формам хищений к имуществу или праву на него нелогично, тем более что право требования не следует отождествлять с правом на имущество (Вишнякова Н. В. Объект и предмет преступлений против собственности. Омск, 2008. С. 117).

если право на имущество понимать в качестве любого имущественного права, то для этого следовало изменить уголовный закон.

В качестве примера можно было бы привести ситуацию, когда речь шла не о мошенничестве (где такой объективный признак преступления, как приобретение права на имущество, в диспозиции уголовно-правовой нормы присутствует), а о присвоении или растрате (в этом составе приобретение права на имущество не указано в качестве предмета хищения). Так, в ст. 211 УК Беларуси ничего не говорится о приобретении права на имущество, а речь идет только о хищении (предметом преступления, предусмотренного ст. 211 УК Беларуси, является только имущество как материальная субстанция). Следовательно, если при мошенничестве подобные действия (поступление безналичных денежных средств на счет получателя) необходимо было расценивать как оконченное преступление, то при присвоении либо растрате – как покушение на совершение преступления¹.

Получалась парадоксальная ситуация: в тождественных случаях одни и те же действия при определенных условиях мы должны были расценивать как оконченный состав преступления, а в других как покушение на совершение преступления. И все сводилось только к тому, является ли предметом диспозиции уголовно-правовой нормы право на имущество, хотя на самом деле не это понятие являлось решающим при определении покушения или оконченного состава преступления при посягательстве на безналичные денежные средства. Как видно, выход из сложившейся ситуации найти было непросто. И в очередной раз проблема сводилась к пониманию «имущества» в уголовном и гражданском праве².

¹ Другим примером могут служить действия лица, которое изменяет информацию, обрабатываемую в компьютерной системе, и переводит со счета потерпевшего на свой личный счет определенную сумму денег. В таком случае должно ли это лицо нести ответственность за покушение на преступление (поскольку право на имущество не входит в диспозицию ст. 212 УК Беларуси) или же такие действия необходимо расценивать как оконченный состав преступления? И. О. Грунтов указывает, что в такой ситуации подобного рода действия необходимо расценивать как оконченный состав преступления, при этом полагая, что преступление завершено с момента перевода денежной суммы на счет (См.: Грунтов И. О. Хищения, совершаемые специальным субъектом преступления // Право Беларуси. 2002. № 2. С. 60). Однако в диспозиции ст. 212 УК Беларуси отсутствует понятие «приобретение права на имущество», а если и признавать такого рода действия как оконченный состав преступления, то только с момента зачисления денег на счет виновного лица, при этом в понятие имущество тогда необходимо включать и имущественные права.

² См. об этой проблеме также: Хилюта В. В. Охрана кредитно-банковских отношений от преступных посягательств. Гродно, 2005. С. 65–70.

В этом отношении за основу была принята позиция Европейского суда по правам человека и Конституционного суда Российской Федерации, в соответствии с которой к имуществу лица относятся и права требования с распространением на них режима собственности (безналичные денежные средства являются имуществом). Исходя из этого, сегодня и делается вывод о том, что денежные средства в безналичной форме есть объект права собственности (вещного права или же вещно-обязательственного), и хищение безналичных денег представляет собой не приобретение права на имущество, а хищение чужого имущества.

Есть, правда, и мнение о том, что безналичные денежные средства являются объектом права собственности банка (клиент договора банковского счета не имеет права собственности на предмет данного договора, поскольку это право приобретает банк). В данном случае вывод делается совсем иной, нежели в рассмотренных выше позициях, т. е. если клиент договора банковского счета не имеет права собственности на переданные денежные средства и утрачивает это право при зачислении наличных средств на счет, то права клиента на эти денежные средства носят обязательственный характер и учитываются в виде остатков по счету. Но это право собственности приобретает банк, и соответственно происходит мошенническое посягательство *на вещные* отношения собственности. В таком случае преступление считается оконченным с момента перечисления средств со счета, выдачи их «на руки», выполнения иных поручений клиента и т. д.¹ Иначе говоря, до момента выполнения банком требования виновного хищение нельзя считать оконченным (денежные средства находятся в собственности банка, и на этом основании у виновного отсутствует реальная возможность распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению или пользоваться ими как своими собственными).

Таким образом, момент, когда безналичные денежные средства зачисляются на счет виновного лица, после чего оно получает возможность ими воспользоваться, предлагается расценивать как приготовление к совершению преступления, а если виновный передает своему банку поручение на дальнейший перевод поступивших денежных средств или их снятие наличными, то имеет место покушение на пре-

¹ См.: Бойцов А. И. Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 176. Однако полагаем, что позиция А. И. Бойцова ошибочна, поскольку лицо, передавшее банку свои деньги, остается их собственником, а банк ни при каких условиях собственником переданных ему на хранение и управление денежных средств не становится.

ступление¹. Обосновывается данная точка зрения и теми соображениями, что деньги, перечисленные на другой счет, подконтрольный виновному, либо перечисленные в счет оплаты товара, не выходят из-под контроля платежной системы благодаря такой ее характеристике, как «отслеживаемость», и в любой момент при обнаружении факта нарушения будут изъяты и возвращены, а в случае если товар уже отпущен и еще не получен (не вышел за пределы сферы контроля), то и он будет отозван и не достанется преступнику. Поэтому, по мнению А. В. Макаревича, факт успешного денежного перевода либо платежа от имени правомерного владельца означает только завершение такого этапа хищения, как изъятие². С этой точки зрения предлагается хищение признавать оконченным только после появления у преступника возможности распорядиться имуществом по своему усмотрению: при обстоятельствах, когда, по его мнению, ему для реализации собственной воли, господства над предметом хищения не потребуется дополнительных значительных средств и усилий, необходимых для преодоления препятствий (мер защиты), устанавливаемых платежными системами. Иначе говоря – при получении виновным материальных (овеществленных) результатов противоправной деятельности – наличных денег (либо иного имущества), на которые в процессе реализации преступного умысла обмениваются безналичные деньги, являвшиеся изначальной предметной предпосылкой хищения.

Однако, на наш взгляд, такая концепция признания момента окончания хищения ошибочна, ибо если на счет виновного зачислены денежные средства, то он уже имеет реальную возможность пользоваться и распорядиться похищенным (обналичить, перевести на иной счет, расплатиться по долгам и т. п.). Обналичивание денег – это один из вариантов распоряжения ранее похищенного имущества. Ждать, пока это лицо переведет безналичные деньги в наличные, – утопия для правоохранительной системы. Более того, хищение следует признавать оконченным с момента завладения данными безналичными денежными средствами, т. е. их зачисления на счет, когда происходит установление на стороне виновного фактического владения имуществом безотносительно возможности пользоваться и распоряжаться похищенным.

¹ См.: Козлов А. Хищение безналичных денежных средств: особенности совершения преступлений // Уголовный процесс. 2012. № 2.

² См.: Макаревич А. В. Парадигма уголовно-правовой оценки хищений, совершаемых с использованием информационных систем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Минск, 2014. С. 14–15.

Итак, при рассмотрении вышеуказанных концепций, пожалуй, согласимся с тем, что безналичные средства, наряду с деньгами, являются предметом преступлений против собственности. Согласно гражданскому законодательству платежи на территории Республики Беларусь осуществляются путем наличных и безналичных расчетов. Поэтому можно заключить, что деньги всегда остаются деньгами, а безналичность – это форма их существования. С другой стороны, нельзя не видеть дуализм природы безналичных денег – воплощение вещного и обязательственного права (с одной стороны, требования кредитора к должнику, а с другой – это требование должника отрывается от породившего его договора, и образовавшееся имущество является для банка привлеченным капиталом).

Здесь также можно провести аналогию с ценными бумагами, когда последние представляет собой *имущественное право* (именно это является основой понимания ценной бумаги), выраженное в форме документа, удостоверяющего *наличие этого имущественного права – вещь*. Но ведь если преступник завладевает ценной бумагой, например, на предъявителя, то и теория, и практика расценивают такие действия как оконченное хищение, поскольку лицо имело реальную возможность распоряжаться ею (ценной бумагой)¹, но если посягательство осуществляется на иные разновидности ценных бумаг (именные, ордерные), то квалификация также меняется: имеет место только приготовление или покушение на совершение хищения.

Точно так же, если на счет виновного (или иного подставного) лица зачислены безналичные денежные средства, то у него появляется реальное право пользоваться этими средствами (например, лицо может обналечить их, перечислить на счет другого лица и т. д.) по своему усмотрению. Следовательно, в такой ситуации преступник как бы приобретает имущественное право (т. е. права на сами деньги). Ведь сегодня кража денег считается оконченной не когда вор их истратил, а когда получил реальную возможность это сделать.

Подход к обозначенной нами проблеме должен быть единым и в таких ситуациях, когда лицо обманным образом получает кредитные средства (зачисление их на счет) путем использования манипуляций с

¹ Не случайно, например, в п. 33 постановления Пленума Верховного суда Республики Беларусь от 21 декабря 2001 г. № 15 «О применении судами уголовного законодательства по делам о хищениях имущества» сказано, что хищение за исключением разбоя и вымогательства следует считать оконченным, если имущество изъято и виновный имеет реальную возможность им распоряжаться по своему усмотрению или пользоваться им.

данными банка, когда безналичные средства зачисляются на карточный счет преступника и т. д. Иначе говоря, в качестве одного из признаков расчетных (безналичных) правоотношений можно выделить тот, согласно которому расчеты являются реализацией имущественных прав, и безналичные деньги принимают форму имущественных прав.

Безналичные денежные средства (деньги, находящиеся на счетах и во вкладах) представляют собой право требования к банку о выдаче данных средств в виде наличных денежных знаков либо перевода их на иной счет, т. е. безналичные денежные средства являются имущественным правом¹. Но право требования не может являться предметом хищения, так как при совершении преступления виновный не приобретает какого-либо нового или дополнительного права, поскольку неправомерно перечисленные на счет безналичные денежные средства лишь увеличивают количественное выражение уже имеющегося обязательственного права. В случае же, когда мы к имуществу отнесем и права требования с распространением на них режима собственности, придется признать возможным использование вещно-правовых способов защиты и восстановления прав, носящих обязательственный характер, что с точки зрения цивилистической догмы и юридической техники вряд ли возможно².

Однако в правильном ли направлении в настоящее время сориентировал высший судебный орган Российской Федерации правоприменительную практику (в отношении понимания безналичных денег как вещи)? Верховный суд Российской Федерации, по сути, пытается революционным путем в понятие имущества включить имущественные права (а он уже это сделал) и вследствие этого считать возможным факт их похищения. То есть правоприменитель не стал дожидаться разрешения данной ситуации законодателем, а взял это бремя на себя.

Отнесение гражданским законодательством денег к вещам вроде как не противоречит признанию права собственности на безналичные деньги, поскольку с точки зрения законодателя и практики возможно существование других объектов права собственности, не имеющих

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. / отв. ред. В. Ф. Чигир. Кн. 2. Минск, 1999. С. 270.

² См.: Лапач Л. В. Проблемы строения категории «имущество» в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ростов н/Д., 2007. С. 14–15; Тарасов А. А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей // Право в Вооруженных силах. 2005. № 10.

материальной формы. В этом аспекте можно было бы согласиться с тем, что с точки зрения цивилистики совершенно безразличны физические характеристики денег (бумажные, электронные или металлические), так как содержание права собственности (объем правомочий собственника) не зависит от физических характеристик вещи¹. Объектом гражданского правоотношения являются деньги как явление объективной действительности, вне зависимости от формы их существования (наличной, безналичной). Однако безналичные деньги не могут быть объектом права собственности, они не являются вещью, тогда как только вещь как телесный предмет может быть объектом права собственности.

Тем не менее надо ли в уголовном праве слепо следовать конструкциям (причем не всегда единственным), применяемым в гражданском законодательстве? Уголовный закон здесь должен иметь свою специфику. Ведь если, например, гражданин по договору на определенный срок передает другому лицу в пользование свое жилое помещение, а кто-то посторонний подделает документ и предъявит его с той целью, чтобы это жилое помещение перешло в его собственность, то рассматривать факт подделки (или хищения) сугубо как завладение имуществом (хотя его еще надо получить) и приравнять фальсификацию документа с целью получения права на жилье к хищению имущества равнозначной стоимости не совсем логично и выглядит по степени опасности не идентично. Теперь же получается, что указание в статье о мошенничестве на такой признак, как «приобретение права на имущество», применительно к безналичным деньгам вовсе и не нужно.

Безналичные денежные средства являются особым видом предмета преступлений против собственности, т. к. не относятся к вещам материального мира, представляя собой записи на счетах в банковских и кредитных учреждениях. В то же время запись на банковском счете – это не только комплекс прав (требований) клиента к банку, объем которых равен сумме денежных средств на счете и в соответствии с которым определяется количественная сторона такого объекта, как деньги, но и признание за клиентом права на деньги (правовые возможности) в отношениях с другими лицами. Поэтому в данной ситуации мы согласимся с теми цивилистами, которые рассматривают остаток на счете как бухгалтерское отражение задолженности перед

¹ См.: Трофимов К. Т. Деньги как объект гражданских прав и предмет банковских сделок // Правоведение. 2004. № 1. С. 40–44.

клиентом кредитной организации, который является активом клиента в виде права требования о выплате указанной суммы или ее перечислении. Такой подход используется и в зарубежном законодательстве.

Например, в английском уголовном праве согласно § 4 (1) Акта о краже собственность включает в себя деньги и любую другую собственность движимую или недвижимую, включая право требования и выраженное в правах имущество. Право требования является личным правом на собственность, которое может быть осуществлено через иск, а не через владение. Включение этого права в определение собственности означает, что лицо, которое бесчестно присваивает право собственности на право требования, такое как долг, авторское право или торговую марку, с намерением навсегда лишит владельца этой собственности, виновно в theft. Банковский счет также является правом требования, поскольку это долг банка клиенту. Поэтому если бухгалтер бесчестно выписывает неразрешенный чек на банковский счет его нанимателя, то он виновен в краже права требования (суммы, находящейся на балансе в банке), принадлежащего его нанимателю¹.

Признавая безналичные деньги предметом преступлений против собственности², следует вместе с тем высказать свое несогласие с позицией отнесения безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг к предмету хищения. Ведь в настоящее время такой шаг правоприменителя свидетельствует о точечном отнесении того или иного предмета к понятию имущества, используемого в уголовном праве, как признака хищения, но отнюдь не свидетельствует о целостной

¹ См.: Преступления против собственности в Англии. URL: <http://lia.net.ru/info/jurisprudence/index.php?n=79&c=1-60>.

² Отстаивая данный тезис и опубликовав по данному вопросу ряд работ (Хилота В. Безналичные деньги – предмет хищения или преступлений против собственности? // Уголовное право. 2009. № 2. С. 76–80), мы нашли и критиков нашей позиции. Например, Н. А. Лопашенко, не соглашаясь с нами, считает, что безналичные деньги это есть имущество (т. е. вещь). Более того, она обратила внимание на некоторую двусмысленность названия нашей вышеупомянутой статьи: «разве хищение – это не преступление против собственности» (Лопашенко Н. А. Посягательства на собственность. М., 2012. С. 93). С последним утверждением никто спорить не станет, так как хищение – это действительно преступление против собственности. Однако поднятая нами проблема заключалась совсем в ином. Если мы считаем, что хищение – это деликт абсолютного характера и всегда связано с посягательством на материальную вещь, то тогда безналичные деньги никак не могут относиться к предмету хищения, а вот к предмету иных преступлений против собственности (например, ст. 216 УК Беларуси) вполне могут, и, если расширить границы преступлений против собственности, тогда вполне можно будет говорить о формулировании новой теории – посягательств на объекты гражданских прав, где предметом преступлений отдельно будут признаваться материальные и нематериальные блага.

концепции признания имущественных прав предметом хищения. А если следовать дальше этой логике и признавать имущественные права предметом хищения (а в принципе, иного выхода сегодня у правоприменителя нет), то круг объектов, которые могут выступать предметом преступного посягательства, значительно расширится. Почему же тогда в такой ситуации не рассматривать как хищение противоправное завладение (изъятие, обособление) информацией, интеллектуальной собственностью, энергией, газом и т. д. Раз материальный (вещественный) признак больше не является существенным элементом хищения имущества, то почему бы и нет. Кто тогда сможет объяснить: по какому критерию считать незаконное завладение информацией хищением, а коммерческой тайной – предметом ст. 254 УК Беларуси?

По нашему мнению, законодателю необходимо оставить саму конструкцию хищения такой, какой она была в советское время, предварительно выделив самостоятельные уголовно-правовые нормы об ответственности за посягательства на имущественные блага и интересы. Одной из таких статей и могла бы являться норма о **противоправном приобретении имущественных прав собственника или иного законного владельца**.

Главное для нас в вопросе отнесения безналичных денег к предмету хищения заключается в том, что безналичные денежные средства лишены материальной оболочки, вещной основы и представляют собой имущественное право обязательственного характера (право требования к банку выплатить определенную денежную сумму или перечислить ее). Таким образом, в гражданском законодательстве безналичные денежные средства отнесены к категории иного имущества, которое включает в себя широкий спектр имущественных прав. Имущественные же права не могут являться предметом хищения, их нельзя похитить (в смысле завладеть), но можно противоправным образом приобрести.

В этом контексте необходимо сказать несколько слов о хищении **электронных денежных средств**. Электронные денежные средства (известные также под названием «электронные деньги») в настоящее время стали одним из наиболее широко применяемых и характеризующихся быстрым ростом инновационных способов расчетов. В самом общем виде они представляют собой денежную стоимость, записанную в виде информации на электронный носитель.

Согласно ст. 274 Банковского кодекса Республики Беларусь **электронные деньги** – это хранящиеся в электронном виде единицы

стоимости, выпущенные в обращение в обмен на наличные или безналичные денежные средства и принимаемые в качестве средства платежа при осуществлении расчетов как с лицом, выпустившим в обращение данные единицы стоимости, так и с иными юридическими и физическими лицами, а также выражающие сумму обязательства этого лица по возврату денежных средств любому юридическому или физическому лицу при предъявлении данных единиц стоимости¹.

Операции с электронными деньгами на территории Республики Беларусь регулируются Правилами осуществления операций с электронными деньгами, утвержденными Постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 26 ноября 2003 г. № 201, которые во многом основаны на положениях Директивы Европейского парламента и Совета от 18 сентября 2000 г. № 2000/46/ЕС. Национальное определение электронных денег отражает, по сути, три составляющих этого понятия – техническую, экономическую и юридическую. С технической точки зрения электронные деньги хранятся в электронном виде, на программно-техническом устройстве (т. е. недоступны непосредственному физическому восприятию); с экономической точки зрения электронные деньги – это мера стоимости и средство платежа; с юридической точки зрения – это обязательство банка-эмитента, которому корреспондирует право требования владельца электронных денег об их погашении (обмене их на наличные или безналичные деньги)².

В юридической литературе по поводу возможности хищения электронных денег (а суждений не так и много) отмечается, что в

¹ В Российской Федерации определение электронных денег имеет немного иное значение. Так, согласно Закону Российской Федерации от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» *электронные денежные средства* – денежные средства, которые предварительно предоставлены одним лицом (лицом, предоставившим денежные средства) другому лицу, учитывающему информацию о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета (обязанному лицу), для исполнения денежных обязательств лица, предоставившего денежные средства, перед третьими лицами и в отношении которых лицо, предоставившее денежные средства, имеет право передавать распоряжения исключительно с использованием электронных средств платежа. При этом не являются электронными денежными средствами денежные средства, полученные организациями, осуществляющими профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг, клиринговую деятельность и (или) деятельность по управлению инвестиционными фондами, паевыми инвестиционными фондами и негосударственными пенсионными фондами и осуществляющими учет информации о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность указанных организаций.

² См.: Овсейко С. Юридическая природа электронных денег // Юрист. 2007. № 9. С. 30–36.

эпоху финансово-экономических перемен реальная действительность свидетельствует о том, что собственность выходит за рамки традиционных вещных отношений и перемещается в иные имущественные отношения, в нематериальные сферы (финансовый капитал, акции, бездокументарные ценные бумаги), в высокотехнологичные сферы, связанные с использованием Интернета (интернет-имущество, интернет-деньги, интернет-сайты, программное обеспечение), электронных технологий (электронная коммерция), имущественных прав, информации и др. Поэтому электронные деньги следует признавать предметом хищения, так как при противоправном завладении такими электронными деньгами потерпевшему причиняется реальный имущественный ущерб¹.

Вместе с тем считаем, что такой подход чрезмерно расширяет границы хищения и сводит фактически на нет само это фундаментальное для уголовного права понятие. Не признавая электронные деньги предметом хищения, мы исходим из того, что в юридическом смысле деньги – это прежде всего денежные средства, законодательно установленные в государстве и эмитированные на основе абсолютной государственной монополии, а все остальные конструкции денежного оборота (безналичные деньги, электронные деньги) являются юридической фикцией, установленной для удобства исполнения денежных обязательств, ибо деньги есть вещь².

Таким образом, под деньгами в юридическом смысле понимаются исключительно денежные единицы (рубль) в качестве идеальной субстанции независимо от носителя, на котором учитываются денежные единицы. Вместе с тем для закрепления определенного количества денежных единиц за конкретным лицом необходим носитель, выполняющий учетную функцию. Такими носителями являются виды имущества, представляющие собой особые объекты гражданских прав: банкноты и монета (наличные деньги), право требования особого рода, выраженное в записи по банковскому счету (безналичные деньги) и право требования особого рода, выраженное в учетной за-

¹ См.: Шульга А. В. Имущественные права как предмет преступлений в эпоху финансово-экономических перемен // Уголовное право в эпоху финансово-экономических перемен: материалы IX Российского конгресса уголовного права, Москва, 29-30 мая 2014 г. М., 2014. С. 233–237.

² По справедливому замечанию А. А. Фатянова, «в будущем, когда государства вдруг перестанут выпускать банкноты и монету, данная концепция может быть подвергнута корректировке, но пока мы можем подержать в руках деньги – она незыблема». См.: Фатянов А. А. Правовой анализ категории «электронные денежные средства» в российском законодательстве // Государство и право. 2014. С. 116.

писи оператора электронных денежных средств без открытия банковского счета (электронные деньги). Все эти объекты гражданских прав можно отнести к соответствующим формам денег.

Электронные деньги по своей правовой природе являются правами требования особого рода, эмитируемыми в сумме предоставленных клиентом денежных средств оператором электронных денежных средств для исполнения денежных обязательств клиента перед иными лицами и учитываемыми в электронной форме без открытия банковского счета. Особенность данного права требования заключается в том, что оно, подобно безналичным деньгам, абстрактно, безусловно и бессрочно¹.

Безналичные и электронные деньги не могут являться объектом права собственности. Безналичные и электронные деньги не являются вещью, тогда как только вещь как телесный предмет может быть объектом права собственности и предметом хищения в смысле преступного посягательства на собственность (об этом и говорит соответствующая глава УК «Преступления против собственности»). Конструкция «право на право», а также право собственности на бестелесные объекты не допускается и не может быть приемлема в сложившихся условиях гражданского оборота. Кроме того, структура правоотношений по поводу безналичных и электронных денег всегда предполагает наличие между субъектом (клиентом) и объектом (денежными средствами) третьего лица (банка, оператора электронных денежных средств). Данный факт противоречит природе права собственности, заключающейся в том, что это первоначальное субъективное право, непосредственно вытекающее из закона и что между законом, определяющим исходные положения имущества в обществе, и собственником не существует никакого промежуточного субъекта права.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что электронные деньги имеют обязательственно-правовой режим и не могут быть объектом права собственности. Они лишь учитываются на определенном счете, отражая принадлежность электронных денег в определенном числе денежных единиц лицу, на которое открыт виртуальный счет. Завладеть таким имуществом и совершить хищение не представляется воз-

¹ См.: Коростелев М. А. Правовой режим электронных денег в гражданском законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2015. С. 8–9; Лошкин В. С. Правовая природа электронных денежных средств и структура правоотношений при расчетах с их использованием: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2013. С. 9; Колодкина М. В. Электронные денежные средства как объект гражданских правоотношений // Российская юстиция. 2011. № 12. С. 8–9.

возможным. Однако это вовсе не означает, что электронные деньги не могут быть предметом преступного посягательства. Как и безналичные денежные средства, электронные деньги могут и должны признаваться предметом преступлений, но не против собственности, а против имущественных благ особого рода, поскольку данные «деньги» являются правами требования и относятся к иному имуществу в действующей системе объектов гражданских прав. Похитить (т. е. совершить завладение ими, иначе – хищение) права не представляется возможным, их можно лишь противоправным образом приобрести. Ввиду несовпадения предмета преступного посягательства хищения и иных преступлений против нематериальных благ видоизменяется и способ преступного посягательства. Вот почему похищение электронных денежных средств не может являться хищением как посягательством на деликт абсолютного характера.

В этом же контексте следует обсудить проблему документарных и бездокументарных ценных бумаг как предмета хищения.

Рынок ценных бумаг является сложным и многогранным сегментом экономики любой страны. Стоит ли говорить, что он служит важным инструментом привлечения и аккумуляции денежных средств юридических и физических лиц для инвестирования производственной и непроизводственной деятельности. Вместе с тем быстро меняющееся законодательство о рынке ценных бумаг не может не затрагивать отрасль уголовного права, особенно ту его часть, которая устанавливает ответственность за хищение ценных бумаг.

Вопрос о признании денег и ценных бумаг объектами права собственности и предметами преступлений против собственности в советский период особо не обсуждался. Однако в настоящее время экономисты, цивилисты и криминалисты стали задумываться (но уже на другом уровне) о сущности и роли денег и ценных бумаг.

Как известно, предмет посягательства – конструктивный признак общего понятия хищения, правильное понимание и уяснение смысла которого в значительной мере служит основой для решения ряда практически важных вопросов применения уголовного закона по делам о корыстных преступлениях против собственности. В то же время он является определяющим, ключевым моментом при рассмотрении вопроса о наличии или отсутствии хищения, при отграничении хищений от иных составов преступлений. Кроме того, далеко не все предметы преступлений против собственности могут быть предметом хищения.

В гражданском праве имущество относится к числу важнейших объектов гражданских прав, при этом вещи являются составной ча-

стью имущества наряду с деньгами, ценными бумагами и имущественными правами. Однако с точки зрения уголовного права, как мы уже определили, под термином «имущество» обычно понимаются только вещи как предметы материального мира, как товарно-материальные ценности и единственно возможный объект права собственности, и только они могут быть предметом хищения, так как объектом преступления в хищениях выступают отношения собственности, а право собственности распространяется только на вещи.

Таким образом, первая проблема, с которой мы сталкиваемся при определении ценных бумаг как предмета преступного посягательства, заключается в понимании термина «имущество». Если гражданское право определяет имущество в зависимости от содержания, которое вкладывается в его понятие имущество – а) это вещи или их совокупность; б) это вещи и имущественные права; в) это вещи, имущественные права и обязанности), то уголовный закон в части 1 примечания к главе 24 Уголовного кодекса Беларуси, называя в качестве предмета хищения *имущество* и *право на имущество*, фактически трактует понятие «имущество» в узком смысле (т. е. имущество как вещь).

Почему уголовный закон, в отличие от гражданского, использует свое (причем доктринальное) определение имущества, на первый взгляд, не совсем ясно. Ведь имущественные права (лицо должно собственнику деньги или вещи) и имущественные обязательства (собственник должен определенному лицу деньги или какие-либо вещи), как правило, не могут выступать в качестве предмета хищений¹. Применительно к собственности понятие и содержание имущества в гражданском праве рассматривается в качестве материального выражения как абсолютных (вещных), так и относительных (обязательственных) правоотношений. Поэтому в принципе никакой другой интерпретации имущества в уголовном праве быть и не может.

Данная проблема отчетливо проявляется, когда мы начинаем вести речь о **документарных ценных бумагах**². Статья 143 ГК Беларуси определяет ценную бумагу как «документ либо совокупность определенных записей, удостоверяющие с соблюдением установленной формы и (или) обязательных реквизитов имущественные и не-

¹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / под общ. ред. А. В. Баркова. Минск, 2003. С. 516.

² В науке уголовного права уже долгое время ведется спор на предмет того, что является предметом преступления (хищения) при незаконном завладении ценной бумагой – сама ценная бумага, право на бумагу или удостоверяемые ею права.

имущественные права». В соответствии с данным определением можно выделить совокупность признаков, характеризующих ценную бумагу как объект гражданских прав: 1) это документ, удостоверяющий определенное имущественное и неимущественное право; 2) это официальная запись, выполненная на бумажном (материальном) и электронном носителе и имеющая строго определенную форму и (или) обязательные реквизиты. Ценные бумаги могут эмитироваться (выдаваться) в документарной или бездокументарной формах.

Особенность правовой характеристики документарной ценной бумаги заключается в ее двойственной правовой природе, т. е. ценная бумага, с одной стороны, представляет собой *имущественное право* (именно это является основой понимания ценной бумаги), с другой – это документ, удостоверяющий *наличие этого имущественного права, – вещь* (движимое имущество), и ценная бумага имеет характеристики, свойственные вещи¹. Поэтому ценные бумаги с точки зрения их естественных свойств (даже с учетом качества полиграфического исполнения и применения технических способов защиты от подделки) имеют лишь относительную ценность, определяемую количеством затраченного на их изготовление труда, основные их потребительские свойства и ценность, обуславливающие правовой интерес к ним, определяются содержанием выраженного в них права².

Формально законодатель действительно относит ценные бумаги к вещам. Однако многолетняя гражданско-правовая традиция, опирающаяся на современную ей хозяйственную действительность, исходила из непреложности бумажно-документарной формы ценных бумаг, каждая разновидность которых вследствие этого рассматривалась одновременно и как объект вещных прав (право на бумагу), и как воплощенное, инкорпорированное в бумажном носителе обязательственно-правовое требование владельца (кредитора) к должнику (право из бумаги).

Тем не менее в случае, если преступник похищает ценные бумаги, то его умысел при совершении посягательства направлен как раз

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. / отв. ред. В. Ф. Чигир. Кн. 1. Минск, 2000. С. 241.

² См.: Яроцкий В. Юридическая природа ценных бумаг и вещей // Российская юстиция. 2001. № 7. С. 65; Вабищевич С. Деньги и ценные бумаги как объекты гражданских прав: отдельные проблемы правовой характеристики // Юстыця Беларусі. 2011. № 1. С. 39; Амельчя Ю. А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Минск, 2012. С. 76–77; Чикулаев Р. В. Юридические концепции ценных бумаг и их влияние на развитие гражданского права // Журнал российского права. 2012. № 12. С. 12–23.

таки не на завладение ценной бумагой как вещью (документом, бумажным носителем), а на незаконное *приобретение прав*, удостоверяемых этой бумагой. И в этом плане практика пошла по тому пути, что виновный привлекается к ответственности не за совершение преступления в отношении ценной бумаги как таковой (т. е. совокупности прав, ею удостоверяемых), а за незаконное изъятие их материального носителя – листа бумаги с нанесенными графическими символами¹.

Подтверждением тому может служить ч. 3 п. 33 постановления Пленума Верховного суда Республики Беларусь от 21 декабря 2001 г. № 15 «О применении судами уголовного законодательства по делам о хищениях имущества», где сказано, что «завладение документами, выполняющими роль денежного эквивалента (ценными бумагами, знаками почтовой оплаты, талонами на проезд на транспорте и т. п.), которые непосредственно дают право на получение материальных ценностей или услуг, следует квалифицировать как оконченное хищение». В то же время, наверное, стоит согласиться и с тем, что завладение *именной* ценной бумагой будет существенным образом отличаться от такого же завладения ценной бумагой *на предъявителя*.

По этой причине, если рассматривать ценную бумагу как вещь, то она не будет обладать всеми признаками предмета хищения. Ведь ценная бумага как бумажный носитель никаких конкретных человеческих потребностей не удовлетворяет, не имеет потребительской стоимости (именно как документ). Имеют же потребительскую стоимость права, которые удостоверяются ценой бумагой. Именно они удовлетворяют те или иные потребности человека, т. е. обладают совокупностью признаков предмета хищения, и, заняв такую позицию можно признать, что права имущественного характера и являются предметом преступления². А раз так, то данная позиция не вписывается в общее определение понятия хищения и его предмет, поскольку «имущественное право» существенным образом отличается от поня-

¹ См.: Ветошкина М. М. Ценные бумаги как предмет хищений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2001. С. 6–9.

² Об этом же говорит, например, Е. А. Мазуренко, считая, что если ценные бумаги могут быть предметом хищения, а права, ими удостоверяемые, неразрывно связаны с обладанием этими бумагами, то при незаконном изъятии материальных носителей бумаг неизбежно происходит и присвоение имущественных прав, закрепленных в них. Соответственно, к предмету преступлений против собственности она предлагает относить права, удостоверяемые ценной бумагой (Мазуренко Е. А. Объект и предмет уголовно-правовой охраны преступлений против собственности: современные проблемы квалификации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 2003. С. 18).

тия «право на имущество», содержащегося в части 1 примечания к главе 24 УК Беларуси, поскольку в первом случае идет речь об обязательственных правах, а во втором – о вещных¹.

С другой стороны, сущность ценных бумаг заключается в той связи, которая существует между правом и документом. Эта связь характеризуется, прежде всего, неразрывностью права и документа, поэтому право может быть осуществлено постольку, поскольку есть документ². Следовательно, единственным выходом из возникшей ситуации (дабы не перекраивать понятие хищения и преступлений против собственности) может быть признание того факта, что предметом преступлений против собственности является носитель – удостоверитель, закрепитель имущественных прав.

Таким образом, предметом хищения могут являться документарные ценные бумаги (имеющие материальную оболочку в виде документа), т. е. соответствующие установленным законом требованиям документы, удостоверяющие обязательственные и иные права, осуществление и передача которых возможны только при их предъявлении³. Само хищение таких ценных бумаг совершается в форме физического завладения сертификатом (документом) ценной бумаги, а не путем приобретения права «на нее» или права «из нее», так как передача прав по ценной бумаге происходит автоматически в момент фактической передачи ценной бумаги новому владельцу⁴.

¹ Примером может служить комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь (с. 516), где приведена неправильная ссылка на ст. 128 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Так, под «имуществом как предметом преступления понимаются: вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе *право на имущество*» (выделено мною. – В. Х.). Однако ст. 128 ГК говорит не о праве на имущество, как это цитируется в комментарии к Уголовному кодексу, а об имущественных правах. Понятие же эти весьма разные.

² Плохова В. Деньги и ценные бумаги как предмет преступлений против собственности // Уголовное право. 2002. № 4. С. 31.

³ В силу ст. 146-1 ГК Беларуси подтверждением права на документарную ценную бумагу является сама ценная бумага. В случае передачи документарной ценной бумаги на хранение профессиональному участнику рынка ценных бумаг, который вправе осуществлять такое хранение в соответствии с выданным ему специальным разрешением (лицензией) или законодательными актами, подтверждением права на эту ценную бумагу является выписка о состоянии счета, открытого этим профессиональным участником рынка ценных бумаг для учета этой ценной бумаги. При наличии расхождений между документарной ценной бумагой и выпиской о состоянии указанного счета приоритет имеет выписка.

⁴ См.: Смирнов Г. Уголовная ответственность за посягательства на ценные бумаги и доли в хозяйственном обществе // Законность. 2010. № 12. С. 27.

Дело в том, что право на бумагу и право из бумаги имеют различную гражданско-правовую природу. Если право «на бумагу» относится к абсолютным правам (это означает, что его обладатель может требовать от всех третьих лиц, чтобы те воздерживались от совершения каких-либо действий, препятствующих осуществлению указанного права), то права, удостоверяемые ценной бумагой, являясь обязательственными, имеют относительный характер (т. е. связывают обладателя субъективного права лишь с обязанным по отношению к нему лицом). Последние права, по сути, представляют собой гарантированную законом и обеспеченную защитой государства возможность требовать от должника совершения конкретных действий либо воздержания от их совершения. Права же «из бумаги» неразрывно связаны именно с правами «на бумагу», а не с личностью ее владельца, в связи с чем при передаче ценной бумаги другому лицу к новому владельцу автоматически переходят все удостоверяемые ею права в совокупности, в порядке уступки права (следование прав за бумагой). Эта конструкция, основанная на некоей юридической фикции, была создана с целью ускорения и упрощения передачи сразу всей совокупности обязательственных прав за счет отсутствия необходимости при заключении договора уступки по каждому из обязательств в случае изменения по ним кредитора¹.

Моментом возникновения прав из ценной бумаги является момент ее приобретения или оформления. Но это еще не значит, что с этого момента (при недобросовестном приобретении) преступление обязательно должно быть закончено. Для понятия конкретной ценной бумаги в нашем случае такой документ должен иметь существенное значение или для возникновения, или для передачи, или для осуществления данного права.

Полагаем, что деление (классифицирование) ценных бумаг, в основе которого лежит способ обозначения управомоченного лица, наиболее важен для теории уголовного права. Так, права, удостоверяемые ценной бумагой, могут принадлежать: предъявителю ценной бумаги (ценная бумага на предъявителя); названному в ценной бумаге лицу (именная ценная бумага); названному в ценной бумаге лицу, которое может само осуществить эти права или назначить своим распоряжением другое управомоченное лицо (ордерная ценная бумага).

¹ См.: Смирнов Г. К. Особенности уголовно-правовой оценки незаконного приобретения права на ценные бумаги. Законодательство. 2011. № 1.

1. Ценные бумаги на *предъявителя* – это такие ценные бумаги, которые могут передаваться без соблюдения каких-либо формальностей. Законным владельцем такой ценной бумаги признается любое лицо, являющееся владельцем данной ценной бумаги. При этом лицо, обязанное по предъявительской ценной бумаге, должно исполнить обязательство по такой ценной бумаге любому предъявившему ее лицу. К ценным бумагам на предъявителя можно отнести: предъявительские облигации, приватизационные чеки, банковские сберегательные книжки на предъявителя, акции, лотерейный билет, на который выпал выигрыш и т. д.

Таким образом, любое лицо, фактически завладевшее подобными документами, практически беспрепятственно может реализовать закрепленное в ценной бумаге право имущественного характера. Поэтому момент окончания хищения ценной бумаги на предъявителя будет являться момент фактического завладения ценной бумагой, при наличии реальной возможности ею распорядиться.

2. *Именной* ценной бумагой признается документ, содержащий указание в качестве владельца имени конкретного лица, уполномоченного осуществить выраженное в нем (документе) право. Для получения исполнения по именной ценной бумаге владелец должен предъявить должнику документы, удостоверяющие тождество предъявившего ценную бумагу для исполнения лица и лица, указанного в ценной бумаге¹. К такого рода бумагам могут быть отнесены депозитный и сберегательный сертификаты, чеки, векселя, коносаменты и др.

Передача именной ценной бумаги от прежнего владельца к новому не влечет передачи выраженных в ней прав, так как в ценной бумаге все равно будет указано имя прежнего владельца, а в соответствии со ст. 146 ГК Беларуси право по именной ценной бумаге принадлежат названному в ней лицу.

Вследствие этого незаконное завладение именными ценными бумагами само по себе еще не дает возможности для реализации выраженного в них права. Для этого со стороны преступника требуются дополнительные усилия, направленные на выдачу себя за собственника по именной ценной бумаге (подделка сертификатов или фальсификация документов). Поэтому завладение именной ценной бумагой должно рассматриваться как приготовление к совершению хищения (как правило, в форме мошенничества).

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь в 3 т. (постатейный). Минск, 2003. Т. 1. С. 379.

Передача же прав по именованным ценным бумагам производится в порядке, установленном для уступки требования (цессии). Оконченным данное преступление (в форме мошенничества) может считаться лишь тогда, когда имущество по ценной бумаге будет получено, но тогда и предметом хищения будет это имущество, а не ценная бумага. Поэтому моментом окончания хищения именной ценной бумаги (в документальной форме) может служить момент оформления цессии.

Примером могут служить действия 28-летнего гомельчанина В., который путем подкупа и дачи взяток ряду руководителей сельских исполнительных комитетов приобретал у них непогашенные чеки «Жильё». Поскольку чеки «Жильё» являются именованными ценными бумагами, и сразу реализовать их не представлялось возможным, В. с помощью подделанного дубликата печати гомельской нотариальной конторы оформлял фиктивные договоры купли-продажи либо дарения чеков от имени давно умерших граждан путем фальсификации заявлений и подписей. С помощью такого рода операций за три года В. удалось похитить несколько миллиардов рублей¹.

3. Согласно сущности *ордерной* ценной бумаги законным владельцем таковой признается лицо, на имя которого была выписана ценная бумага, либо уполномоченное предыдущим владельцем посредством совершения передаточной надписи (индоссамента) лицо.

Степень оборотоспособности такого рода бумаг зависит от вида учиненной на нем передаточной надписи, именуемой индоссаментом, который может быть бланковым (без указания лица, которому должно быть произведено исполнение) или ордерным (с указанием лица, которому или по приказу которого должно быть произведено исполнение). Это обстоятельство имеет важное значение для уголовно-правовой квалификации.

Совершение бланкового индоссамента (т. е. без указания лица, которому должно быть произведено исполнение) на ордерной ценной бумаге фактически превращает данную ценную бумагу при ее обороте в предъявительскую, в результате чего любой ее фактический владелец вправе передать эту ценную бумагу без совершения каких-либо индоссаментов либо вписать в нее свое имя и совершить индоссамент. Таким образом, ордерные ценные бумаги с бланковым индос-

¹ Антонов А. Как ловкий махинатор оживил «мертвые души» // Республика. 2005. 12 апреля. С. 3.

саментом могут быть предметом хищения, и преступление будет считаться оконченным с момента завладения такой ценной бумагой¹.

В случае, если имеет место ордерный индоссамент (т. е. если прямо указано лицо, которому должно быть произведено исполнение), то завладение преступником такой ценной бумагой должно быть расценено как приготовление к хищению, поскольку наличие ордерного индоссаamenta, указывающего на постороннее преступнику лицо, не позволит виновному распорядиться данной ценной бумагой. Исключение может составить мошенничество, когда виновный обманом или злоупотреблением доверием добьется совершения ордерного индоссаamenta в его пользу², или же вымогательство.

Порядок перехода самой ценной бумаги и прав на нее определяет возможные способы хищения ценной бумаги, поэтому для признания ценной бумаги предметом хищения необходимо учитывать правовой режим ее обращения и порядок передачи имущественных прав. В отношении всех видов ценных бумаг возможно мошенничество. Не следует исключать возможности присвоения и растраты, а также ряда насильственных способов хищения ценных бумаг³. Тогда как кража

¹ Иное мнение по этому вопросу у Н. И. Пикурова, который считает, что завладение ордерной ценной бумагой с целью последующего противоправного получения имущества обычно квалифицируется как приготовление к мошенничеству, независимо от формы изъятия документа. См.: Пикуров Н. И. Комментарий к судебной практике квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями. М., 2009. С. 394.

² См.: Вишнякова Н. В. Объект и предмет преступлений против собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Омск, 2003. С. 13–16.

³ По мнению М. В. Фролова, главным в данном вопросе является соотнесение содержания механизма нарушения объекта уголовно-правовой охраны и установленного нормативными актами порядка перехода права на имущество, выступающего предметом посягательства. Например, если преступник непосредственно во время совершения противоправного корыстного изъятия, сопряженного с насилием, обманом, злоупотреблением доверием или связанного с использованием предоставленных полномочий, принудит (склонит) посредством немедленного применения насилия или угрозы применить насилие незамедлительно либо посредством обмана (злоупотребления доверием) владельца именных, ордерных или бездокументарных ценных бумаг (лица, имеющего возможность осуществлять операции с ценными бумагами) к выполнению необходимых для передачи процедур либо, злоупотребляя предоставленными полномочиями, сам совершит эти процедуры, то такие ценные бумаги при таких обстоятельствах будут являться предметом указанных форм хищения. Вместе с тем, если путем разбоя виновный завладеет именными ценными бумагами без перевода на себя прав, закрепленных в этих документах, то такие ценные бумаги не будут являться предметом хищения (См.: Фролов М. В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2002. С. 27). На наш взгляд, бездокумен-

может иметь место с ценными бумагами на предъявителя без учета прав на них¹, а также с ордерными ценными бумагами с имеющимся бланковым индоссаментом.

В то же время, характеризуя различные виды ценных бумаг, не следует забывать, что некоторые из них (например, облигации, акции, банковские сертификаты, коносаменты, векселя) могут быть как предъявительскими, так и именными. Возможность признания хищением незаконного завладения ценной бумагой зависит от: а) способа легитимации лица в ценной бумаге; б) способа передачи прав, закрепленных в ценной бумаге.

Итак, документарная ценная бумага является предметом хищения, ибо она представляет собой прежде всего документ, материальный носитель, воплощенный на бумаге. Ценная бумага – это особая вещь, особый юридический предмет (имущество), выраженный и закрепленный в форме бумажного документа, позволяющий установить имя владельца и объем принадлежащих ему прав. Принимая во внимание, что ценные бумаги являются особой разновидностью вещей (материальными ценностями), пользование которыми возможно до тех пор, пока сохраняется их материальная субстанция, к вещам, а следовательно, и к предмету хищения могут относиться только документарные ценные бумаги, выпускаемые в форме документа.

Развитие фондового рынка и электронного документооборота привели к появлению такого специфического института современных рыночных отношений, как *бездокументарные ценные бумаги*, удостоверяющие права на ценные бумаги в электронной форме. Несмотря на все очевидные преимущества использования учета прав на ценные бумаги в электронной форме, в теории гражданского права вопрос о принадлежности бездокументарных ценных бумаг к категории

тарные ценные бумаги не могут ни при каких обстоятельствах признаваться предметом хищения.

¹ Как указано в п. 10 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», не образует состава мошенничества тайное хищение ценных бумаг на предъявителя, то есть таких ценных бумаг, по которым удостоверенное ими право может осуществить любой их держатель (облигация, вексель, акция, банковская сберегательная книжка на предъявителя или иные документы, отнесенные законом к числу ценных бумаг). Содеянное в указанных случаях надлежит квалифицировать как кражу чужого имущества. Последующая реализация прав, удостоверенных тайно похищенными ценными бумагами на предъявителя (т. е. получение денежных средств или иного имущества), представляет собой распоряжение похищенным имуществом и не требует дополнительной квалификации как кража или мошенничество.

прав собственности остается нерешенным¹. Более того, остается неразрешенным вопрос и в доктрине уголовного права относительно того, как квалифицировать действия виновных лиц, противоправным образом изменяющих записи в реестре акционеров.

В настоящее время одной из наиболее болезненных проблем в сфере учета и регистрации прав собственности на бездокументарные ценные бумаги является несанкционированное списание ценных бумаг (чаще всего акций) со счета собственника в реестре с последующей их перепродажей добросовестным приобретателям, вследствие чего законный владелец акций, не совершая никаких действий по их отчуждению, лишается своей собственности. Более того, информация об утрате прав собственности может поступить к нему не сразу. В результате у лиц, похитивших ценные бумаги, есть возможность совершить последовательно ряд сделок, посредством которых похищенные акции смешиваются с акциями, приобретенными законным путем². В данном случае механизм преступной деятельности по хищению акций направлен на решение преступниками двух задач: 1) ввести в заблуждение регистратора относительно полномочий лица, явившегося с преступной целью осуществить вывод акций из законного владения; 2) после незаконного списания акций осуществить действия по приданию покупателю правового статуса добросовестного приобретателя³.

Похищение акций может происходить различными способами:

а) посредством подделки подписи физического лица на передаточном распоряжении, представления поддельной доверенности или поддельного протокола общего собрания участников юридического лица, в котором назначается его руководитель (исполнительный орган), подписывающий передаточное распоряжение;

б) возможно также списание акций с лицевых счетов одного лица и зачисление их на счет другого лица вообще без оформления надлежащих документов (используется преимущественно в обществах,

¹ См.: Валеев Д. Р. Специфика учета прав акционеров на ценные бумаги в электронной форме // Проблемы правовой информатизации. 2007. № 2. С. 196.

² См.: Шастико А. Е., Кокорев Р. А. Оценка регулирующего воздействия «Распределение прав и ответственности при хищении бездокументарных ценных бумаг» // Бюро экономического анализа. 2006. № 77. С. 5–6.

³ См.: Сергеев К. А. Хищение акций как этап лишения прав членов на имущество общества и обстоятельства, способствующие достижению преступной цели. Бизнес в законе. 2011. № 4. С. 54; Волобуев А. Ф. Проблемы уголовно-правового регулирования и квалификации преступлений на рынке ценных бумаг. Вестник Краснодарского университета МВД России. 2011. № 1. С. 43–45.

которые ведут свой реестр самостоятельно) или путем дачи вознаграждения регистратору (подкуп);

в) получение заведомо неправосудного судебного решения и соответствующих исполнительных документов, обязывающих держателя реестра перевести акции со счета прежнего владельца на счет другого лица, либо подделка таких документов;

г) представление поддельного свидетельства о праве на наследство с целью переоформления учета прав на бездокументарные ценные бумаги и др.

Зачастую разрешение настоящей проблемы усугубляется ввиду того, что хищение бездокументарных ценных бумаг выявляется лишь в связи с проведением очередного собрания акционеров, когда регистратор предоставляет участникам этого собрания измененный реестр акционеров, вследствие чего преступники успевают не только сбыть полученные незаконным путем акции, но и принять меры, направленные на сокрытие преступления.

Уголовно-правовая квалификация таких действий не выглядит однозначной. Однако большое количество исследователей в последнее время склоняются к тому, что предоставление регистратору фиктивных документов на перевод ценных бумаг с одного лицевого счета на другой необходимо расценивать как хищение бездокументарных ценных бумаг. Правда, подходы, положенные в обоснование подобной квалификации не всегда идентичны.

Если принять во внимание **первый подход** – *хищение бездокументарных ценных бумаг есть противоправное приобретение права на имущество*¹, то основывается он, главным образом, на следующих положениях действующего гражданского законодательства. Согласно главе 7 ГК ценная бумага – это документ либо совокупность определенных записей, удостоверяющих с соблюдением установленной формы и (или) обязательных реквизитов имущественные и неимущественные права. Ценные бумаги могут эмитироваться (выдаваться) в документарной или бездокументарной формах. Подтверждением права на бездокументарную ценную бумагу является выписка о состоянии счета, открытого для учета этой ценной бумаги. Права на бездокументарные ценные бумаги возникают с момента зачисления

¹ См.: Яни П. Безналичные средства – предмет хищения? // Законность. 2002. № 1. С. 47; Лопашенко Н. А. Преступления против собственности: теоретико-правовое исследование. М., 2005. С. 178; Безверхов А. Г. Имущественные преступления. Самара, 2002. С. 195–196; Вишнякова Н. В. Объект и предмет преступлений против собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Омск, 2003. С. 12–14.

этих ценных бумаг на счет приобретателя, открытый для учета ценных бумаг.

Таким образом, бездокументарная форма ценной бумаги означает, что фиксация прав по такой ценной бумаге осуществляется не на материальном носителе (бумаге), а путем отражения прав на такую ценную бумагу в специальном реестре¹. Следовательно, отличие обычного имущественного права от бездокументарной ценной бумаги состоит в наличии у последней всех признаков ценной бумаги за исключением документарной формы, т. е. материального носителя. Бездокументарная ценная бумага существует лишь как объект обязательственного права, в отличие от документарной ценной бумаги, которая является объектом как вещных, так и обязательственных прав. По существу бездокументарной ценной бумагой является сам бездокументарный способ фиксации права (например, запись в реестре ЭВМ). Переход права собственности на бездокументарные ценные бумаги связан не с получением ценной бумаги или иного документа либо денег, а с внесением приходной записи по лицевому счету нового владельца.

В соответствии со ст. 150 ГК Беларуси (ст. 149 ГК РФ) лицо, осуществляющее фиксацию права в бездокументарной форме, обязано по требованию обладателя права выдать ему документ, свидетельствующий о закреплённом праве. Таким документом может быть выписка из реестра владельцев ценных бумаг либо выписка по счету владельца. Однако этот документ, несмотря на то что он удостоверяет факт владения бездокументарной ценной бумагой, сам таковой не является². Как мы уже подчеркивали, это объясняется тем, что ценной бумагой является сама запись в реестре ценных бумаг, а не документ, подтверждающий факт наличия такой записи. По этой причине предметом преступных посягательств являются не сами ценные бумаги, которые существуют в форме записей на счетах депо и в реестре вла-

¹ Бездокументарная форма эмиссионных ценных бумаг представляет собой форму эмиссионных ценных бумаг (акций), при которой владелец устанавливается на основании записи в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг или, в случае депонирования ценных бумаг, на основании записи по счету депо. Реестр же представляет совокупность данных, зафиксированных на бумажном носителе или с использованием электронной базы данных, которая обеспечивает идентификацию зарегистрированных лиц, удостоверение прав на ценные бумаги, учитываемые на лицевых счетах зарегистрированных лиц, а также позволяет получать и направлять информацию зарегистрированным лицам.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. / отв. ред. В. Ф. Чигир. Кн. 1. Минск, 2000. С. 252.

дельцев именных ценных бумаг, а выраженные в них имущественные права. Покажем это на конкретном примере, имевшем место в Российской Федерации.

В марте 2000 г. С. приобрел паспорт на имя Л., изготовил подложное передаточное распоряжение от имени О., являвшегося держателем 4000 привилегированных акций ОАО «ЛЮМО» номинальной стоимостью 5 руб. каждая и предъявил его специализированному регистратору (ЗАО «НРК»). При этом С. выдал себя за Л., предъявив паспорт последнего. На основании подложного передаточного распоряжения была внесена приходная запись в реестр по лицевому счету нового владельца акций – Л. Получив выписку из реестра, С. в центре фондовой торговли пытался продать акции и получить за них наличные деньги, но был задержан сотрудниками милиции. При рассмотрении дела судом адвокат С. настаивал на квалификации его действий как покушение на хищение чужого имущества путем мошенничества, ссылаясь на отсутствие у него возможности распоряжаться акциями. Однако суд обоснованно отказал в удовлетворении ходатайства, так как право собственности на акции перешло к С. с момента внесения записи по лицевому счету. В то же время суд ошибочно указал в приговоре, что С. совершил хищение 4000 бездокументарных именных привилегированных акций ОАО «ЛЮМО», хотя на самом деле он путем обмана приобрел право на акции¹.

Таким образом, если переход права собственности на бездокументарные ценные бумаги связан с внесением приходной записи по лицевому счету, то и хищение (в форме приобретения права на имущество) будет считаться оконченным с момента внесения такой записи, а не с фактом получения ценной бумаги (или документа, удостоверяющего право) либо денежных средств. Поэтому отсутствие такой формы удостоверения прав на бездокументарные ценные бумаги, как сертификат (право на ценную бумагу), облегчает их противоправное приобретение, так как отпадает необходимость при осуществлении прав, закрепленных ценной бумагой, представлять сертификат в качестве необходимого документа, удостоверяющего права его владельца на эмиссионные ценные бумаги. Следовательно, при совершении преступления, связанного с приобретением права на бездокументарные ценные бумаги, у преступника нет необходимости предварительно

¹ Сологуб Н. М., Евдокимов С. Г., Данилова Н. А. Хищения в сфере экономической деятельности: механизм преступления и его выявление. М., 2002. С. 23.

совершать хищение сертификата ценных бумаг (выписку из реестра или по счету) либо выполнять его подделку¹.

Второй подход (*изменение записи в реестре акционеров есть преступление против собственности и всегда должно рассматриваться как хищение*², совершенное в любой его форме) базируется на совсем иных постулатах. Все дело состоит в том, что в настоящее время предмет хищения пытаются расширить и включить в него информацию имущественного характера, которая в данном случае может быть противоправно переведена из файла собственника имущества, удостоверяемого включенной в ЭВМ ценной бумагой, в файл другого лица. То есть в обозначенной ситуации информацией имущественного характера могут быть записи в реестре акционеров, которые также могут рассматриваться как предмет преступлений против собственности. Эти записи, как правило, обезличенные (без указания имени), содержащие зачастую только порядковый номер. Запись в реестре акционеров – единственное основание для осуществления тех или иных прав, предоставленных акциями. Внесение записи в реестр акционеров является основанием для наступления права собственности на ценные бумаги.

Учитывая эти положения, А. В. Шульга отмечает, что противоправное изменение таких записей неизбежно причиняет реальный материальный ущерб собственнику акций, и предлагает изменение записи в реестре акционеров расценивать как оконченное хищение³. Данное утверждение пытаются увязать с п. 10 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», в котором идет речь о том, что «не образует состава мошенничества тайное хищение ценных бумаг на предъявителя, то есть таких

¹ См.: Ветошкина М. М. Ценные бумаги как предмет хищений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2001. С. 18–20.

² См.: Тарасов А. А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей // Право в Вооруженных силах. 2005. № 10. С. 46. К числу сторонников данной концепции можно отнести и А. И. Бойцова, который хотя и полагает, что хищение бездокументарных ценных бумаг невозможно, но на примере его позиции относительно хищения безналичных денежных средств отчетливо видно, что такого рода преступление следует считать оконченным с момента получения этих денежных средств или выполнения распоряжения об их перечислении, а не с момента зачисления их на счет виновного (Бойцов А. И. Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 176, 184).

³ См.: Шульга А. В. Объект и предмет преступлений против собственности в условиях рыночных отношений и информационного общества: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Волгоград, 2008. С. 30–33.

ценных бумаг, по которым удостоверенное ими право может осуществиться любой их держатель (облигация, вексель, акция, банковская сберегательная книжка на предъявителя или иные документы, отнесенные законом к числу ценных бумаг). Содеянное в указанных случаях надлежит квалифицировать как кражу чужого имущества. Последующая реализация прав, удостоверенных тайно похищенными ценными бумагами на предъявителя (т. е. получение денежных средств или иного имущества), представляет собой распоряжение похищенным имуществом и не требует дополнительной квалификации как кража или мошенничество». Однако из приведенных разъяснений однозначно не скажешь, что предметом хищения в данном случае является бездокументарная ценная бумага¹. Бездокументарная ценная бумага уж никак не может быть приравнена к ценной бумаге на предъявителя.

Как видно, подобного рода суждения лежат в той плоскости, что в классическом понимании бездокументарные ценные бумаги вещами не являются, но они не являются имущественными или неимущественными правами. Их определенная *идеальная оболочка* содержит в себе совокупность (целостность) таких прав². В данном случае ценная бумага определяется как бестелесная вещь, лишенная материального субстрата и представляющая собой обязательственное договорное право, регулируемое нормами вещного права (при этом документ отступает на второй план перед феноменом ценной бумаги, она является чем-то внешним по отношению к существу ценной бумаги).

Вместе с тем подчеркнем, что бездокументарная ценная бумага – это специфический объект права собственности, выраженный посредством юридической фикции – абстрактного документа (т. е. отраженный в бездокументарной форме), юридическая природа которого определяется подобной формой выражения, зависящей от вида ценных бумаг, и предоставляющий соответствующему субъекту права имущественные (обязательственные) и неимущественные³. Специфика прав на бездокументарные ценные бумаги заключается и в том, что они могут быть нарушены любым лицом, а не только тем, с кем

¹ Таковую позицию отстаивает А. В. Шульга (См.: Шульга А. В. Противоправное изменение записи в реестре акционеров – преступление против собственности // Российская юстиция. 2008. № 3. С. 14–15).

² Шевченко Г. Н. Документарные и бездокументарные ценные бумаги в современном гражданском праве // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 34–42.

³ Решетина Е. Н. К вопросу о правовой природе бездокументарных ценных бумаг // Журнал российского права. 2003. № 7. С. 106–107; Амельченя Ю. А. «Бездокументарность» ценных бумаг в правовом аспекте // Юридический журнал. 2008. № 3. С. 25.

владелец состоит в обязательственных отношениях (это обусловлено тем, что они не имеют материальной формы, а их учет осуществляется не самим владельцем, а третьим лицом)¹. Нельзя отождествлять права с объектами материального мира – вещами. Поэтому бездокументарные ценные бумаги вообще не могут быть объектом права собственности, поскольку не являются вещами в общепринятом смысле этого слова.

Констатируя изложенное, следует обратить внимание на ряд обстоятельств.

Во-первых, существующая доктрина уголовного права исходит из того, что предмет хищения всегда материален и обладает совокупностью вещных признаков. Этой же позиции старается четко придерживаться и судебная практика. В действующем гражданском законодательстве бездокументарные ценные бумаги не рассматриваются в качестве ценных бумаг, а только как имущественные права или способ фиксации прав, а потому не могут быть признаны вещами, следовательно, и объектами права собственности². То есть в случае, когда субъект похищает бездокументарные ценные бумаги, его умысел при совершении противоправного посягательства направлен не на завладение абстрактной вещью – идеальной оболочкой, а на незаконное приобретение прав, удостоверяемых этой бумагой, т. е. одним или несколькими имущественными правами, которые наряду с вещами являются самостоятельной категорией, разновидностью имущества³, но не вещью.

Во-вторых, не совсем удачным выглядит практика квалификации противоправного изменения записи в реестре акционеров по признаку «приобретение права на имущество» (т. е. как мошенничество). Права, будучи категорией идеальной, не могут перемещаться в пространстве: они или возникают, или прекращаются в силу наличия известных юридических фактов. Поэтому похитить право, т. е. незаконно завладеть им, невозможно⁴, как и «приобрести право на право»¹.

¹ Лысенко А. Н. Имущество в гражданском праве России. М., 2010. С. 153.

² Например, в ст. 128 ГК РФ сказано, что бездокументарные ценные бумаги относятся к *иному имуществу*.

³ См.: Хилюта В. В. Преступления против собственности: практика правоприменения и проблемы квалификации. Гродно, 2008. С. 98; Ветошкина М. М. Ценные бумаги как предмет хищений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2001. С. 11.

⁴ См.: Трухачев В. В., Арбузов С. С. Бездокументарные ценные бумаги – предмет хищения? // Российский следователь. 2005. № 12. С. 42.

Скорее, речь должна идти об имущественных правах, но они никак не могут быть отнесены к хищению.

В-третьих, обман не всегда является тем способом, который лежит в основе совершения преступлений с бездокументарными ценными бумагами. К тому же собственник этих бумаг никогда «добровольно» (а это сегодня является одним из признаков мошеннического обмана) не передает их иному лицу.

Так, акционер Х., владеющий несколькими долями процента акций крупного промышленного предприятия ОАО «К», не получил уведомления о проведении общего собрания акционеров. Акции были выпущены в бездокументарной форме. Обратившись к эмитенту, акционер узнал, что ведение реестра акционеров осуществляет специализированный регистратор ОАО «Ц». В представленном эмитенту реестродержателем списке лиц, имеющих право на участие в общих собраниях акционеров, фамилия Х. не была указана. Реестродержатель, к которому Х. обратился за разъяснением ситуации, подтвердил, что акции эмитента на лицевом счете Х. отсутствуют. По сведениям реестра, акции были списаны с лицевого счета Х. на основании договора купли-продажи и передаточного распоряжения. По-

¹ Именно данное обстоятельство заставляет исследователей искать выход из возникшей ситуации и рассматривать «право на имущество» как носители, закрепители прав на имущество: документы, записи и т.д., удостоверяющие как фактическое осуществление одного полномочия, так и всех, заложенных в том или ином титуле, как вещных, так и обязательственных прав (См.: Плохова В. И. Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность. СПб., 2003. С. 285). Вместе с тем, по справедливому утверждению Г. К. Смирнова, говорить о праве на имущество можно только применительно к вещам. Если же понимать под имуществом и такой его вид, как имущественное право, понятие «имущество» фактически будет обозначать юридическую конструкцию «право на право», которая сама по себе противоречит общей теории права, согласно которой субъективное право – это мера дозволенного поведения. Использование этой конструкции применительно к мошенничеству в форме приобретения права на имущество при указанном широком понимании предмета данного преступления создает еще больший юридический нонсенс, предполагающий возможность приобретения права на имущественное право. На взгляд данного ученого, возможность квалификации действий по незаконному приобретению права на долю в уставном фонде ООО по статьям УК, предусматривающим ответственность за какую-либо из форм хищения, выглядит сомнительно, так как доли ООО не являются ни вещью, ни ее фикцией, а права на них не относятся к вещно-правовым. Соответственно, в такой ситуации должна применяться норма о причинении имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием (См.: Смирнов Г. Уголовная ответственность за посягательства на ценные бумаги и доли в хозяйственном обществе // Законность. 2010. № 12. С. 27; Смирнов Г. К. Ответственность за рейдерство, преступления в сфере учета прав на ценные бумаги и государственной регистрации. М., 2011. С. 80).

скольку реестр акционеров эмитента был передан специализированному регистратору ОАО «Ц» регистратором ОАО «П», осуществлявшим ведение реестра в период, когда произошло списание акций, Х. было предложено обратиться за дальнейшей информацией к регистратору ОАО «П». Но получить какие-либо сведения от регистратора ОАО «П» оказалось невозможным ввиду ликвидации последнего. Также ликвидировано было юридическое лицо, якобы приобретшее акции Х. После этого Х. обратился в правоохранительные органы, однако в возбуждении уголовного дела было отказано¹.

В данном случае практика исходит из того, что при незаконном «завладении» бездокументарными ценными бумагами истцам в рамках гражданского процесса необходимо представить доказательства наличия прав на это имущество. Единственным доказательством в таком случае является запись на лицевых счетах у держателя реестра. Если в реестр внесены изменения, подтверждения прав на свою собственность ее законный владелец получить не сможет². Более того, между акционером и реестродержателем отсутствуют отношения властного характера, и, соответственно, требования о признании незаконными действия регистратора по списанию акций могут не подлежать удовлетворению. Защитить же самостоятельно свои нарушенные права управомоченное лицо просто не в состоянии, поскольку их осуществление всецело зависит от третьего лица – регистратора.

Итак, основным камнем преткновения квалификации действий виновных лиц, противоправным образом совершающих незаконные действия с бездокументарными ценными бумагами, является двудеиная позиция в современной цивилистике относительно природы и сути самих бездокументарных ценных бумаг. И пока эта проблема надлежащим образом не будет разрешена, вопрос о хищении бездокументарных ценных бумаг всегда будет зависеть от субъективной позиции автора и его предпочтений. Пока же позиция относительно того, что бездокументарная ценная бумага является способом фиксации имущественных прав, нам представляется более обоснованной.

Очевидно в данном случае и то, что наука уголовного права консервативна и никак не хочет перестраиваться в связи с усложнением механизма осуществления экономических отношений. Однако вряд

¹ См.: Маркелова Е. А. Необоснованное списание акций с лицевых счетов их владельцев // Арбитражная практика. 2004. № 11. С. 32.

² См.: Чупрова А. Ю. Передел собственности: вопросы квалификации // Современные разновидности российской и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы противодействия: сб. науч. тр. Саратов, 2005. С. 193–197.

ли сегодня целесообразно ломать старую концепцию уголовной ответственности за хищение имущества, намного эффективнее предусмотреть самостоятельные нормы, которые были бы направлены на охрану имущественных благ и интересов. Полагаем, что одной из таких может явиться следующая статья в УК: **«Умышленное извлечение имущественной выгоды вследствие противоправного приобретения имущественных прав собственника или иного законного владельца»**¹. Данной нормой охватывались бы противоправные деяния, связанные с посягательством на бездокументарные ценные бумаги, безналичные денежные средства (права требования), недвижимое имущество, наследственные права и т. д.

Наряду с этим подчеркнем: документарные и бездокументарные ценные бумаги не являются тождественными. Бездокументарные ценные бумаги следует относить к *иному имуществу* в системе объектов гражданских прав. По этой причине их нельзя считать и предметом хищения. Более того, бездокументарные ценные бумаги не могут быть объектом права собственности, так как, в отличие от классических ценных бумаг, они не являются вещами. Соответственно, контент «посягательство на бездокументарные ценные бумаги» требует пересмотра устоявшейся и сложившейся системы: «преступления против собственности», ибо преступления могут быть направлены не только на право собственности как таковое, но и на иные права.

Из всего сказанного следует сделать несколько принципиальных выводов:

1. Объектом вещного права и, соответственно, предметом хищения может быть только самостоятельная вещь, обладающая индивидуально-определенными признаками, обуславливающими установление вещно-правового режима. Тезис о том, что посягательство на иные права (кроме вещных) должно расцениваться по правилам учения о хищении чужого имущества, является неверным. Принудительное расширение вещно-правового режима и распространение его на имущественные права («бестелесные вещи») невозможно в силу различий их естественных свойств. Чрезмерное расширение предмета хищения, в том числе за счет нивелирования физического признака имущества, создает неопределенность и порождает различные аспекты квалификации посягательств на имущественные блага.

¹ Данное наше предложение нашло одобрение в правовой литературе: Красикова А. А. Бездокументарные ценные бумаги как предмет хищения // Вестник Челябинского государственного университета. 2012. № 37. С. 75; Шайдулина Р. Ш. Ответственность за хищение акций // Законодательство и экономика. 2010. № 7. С. 68–69.

2. Поскольку наличные деньги входят в состав имущества как вполне самостоятельные объекты гражданских прав, имеющие вещную составляющую, то преступное посягательство на них вполне вкладывается в рамки учения о хищении материальных благ.

3. Безналичные денежные средства являются особым видом предмета преступлений против собственности, так как не относятся к вещам материального мира, представляя собой записи на счетах в банковских и кредитных учреждениях. В этом отношении безналичные денежные средства лишены материальной оболочки, вещной основы и представляют собой имущественное право обязательственного характера. Поэтому безналичные денежные средства следует относить к категории иного имущества, которое включает в себя широкий спектр имущественных прав. Имущественные же права (безналичные денежные средства как обязательственные права) не могут являться предметом хищения, их нельзя похитить, но можно противоправным образом приобрести.

4. Электронные деньги не могут являться объектом права собственности, они не являются вещью, тогда как только вещь как телесный предмет может быть объектом права собственности и предметом хищения в смысле преступного посягательства на собственность. Как и безналичные денежные средства, электронные деньги могут и должны признаваться предметом преступлений, но не против собственности, а против имущественных благ особого рода, поскольку данные «деньги» являются правами требования и относятся к иному имуществу в действующей системе объектов гражданских прав. Похитить же права не представляется возможным, их можно лишь противоправным образом приобрести. Следовательно, с уголовно-правовой точки зрения вести речь необходимо о противоправном приобретении имущественных прав собственника или иного законного владельца.

5. Документарная ценная бумага является предметом хищения, ибо она представляет собой документ, материальный носитель, воплощенный на бумаге. Принимая во внимание, что ценные бумаги являются особой разновидностью вещей (материальными ценностями), пользование которыми возможно до тех пор, пока сохраняется их материальная субстанция, их следует относить к вещам. Следовательно, к предмету хищения могут относиться только документарные ценные бумаги, выпускаемые в форме документа. Само хищение таких ценных бумаг совершается в форме физического завладения сертификатом (документом) ценной бумаги, а не путем приобретения права на

нее. Порядок перехода самой ценной бумаги и прав на нее определяет возможные способы хищения ценной бумаги, поэтому для признания ценной бумаги предметом хищения необходимо учитывать правовой режим ее обращения и порядок передачи имущественных прав.

6. В настоящее время бездокументарные ценные бумаги следует относить к иному имуществу в системе объектов гражданских прав. По этой причине их нельзя считать предметом хищения. Более того, бездокументарные ценные бумаги не могут быть объектом права собственности, так как, в отличие от классических ценных бумаг, они не являются вещами. Соответственно, контент «посягательство на бездокументарные ценные бумаги» требует пересмотра устоявшейся и сложившейся системы: «преступления против собственности», ибо преступления могут быть направлены не только на право собственности как таковое, но и на иные права. Уголовный закон должен предусматривать ответственность за умышленное извлечение имущественной выгоды вследствие противоправного приобретения имущественных прав собственника или иного законного владельца.

2.11. Недвижимое имущество в системе гражданского права: проблемы реализации субъективных прав участников имущественного оборота

(Н. Ю. Шеметова)

Недвижимое имущество, будучи одним из самых значимых для гражданского оборота объектов, традиционно во всех странах отношения по его обороту регламентируются наиболее подробно, к нему предъявляются повышенные требования в части оформления государством, уполномоченными им органами, для чего специально создаются государственные учреждения, оформляются отдельные документы. В связи со всеми этими обстоятельствами защита прав в данной сфере носит особый усложненный характер, а отстаивание интересов лиц требует особых, квалифицированных доказательств. Институт недвижимого имущества в праве является своего рода «полигоном», на котором отрабатываются сложные юридические конструкции; общеизвестно, что многие законы, регулирующие оборот имущества и в древности, и в настоящее время, писались в расчете именно на эту категорию имущества. Исследование правового существа института недвижимости (пока термин «правовой институт» приме-

нительно к рассматриваемому нами объекту используется без дополнительных комментариев) требует подробного, точного определения самого понятия «недвижимость». Несмотря на обилие литературы по данной проблематике, к сожалению, авторы большинства работ, как правило, не стремятся сохранять единообразие в использовании терминов. Такие понятия, как «недвижимость», «недвижимое имущество», «недвижимая вещь», «недвижимый объект» и даже «недвижимая собственность» практически всегда либо остаются без разъяснения, либо комментируются очень скупо, и всегда – в одном и том же ключе: чаще всего далее следует ссылка на ст. 130 ГК РФ¹ или просто пересказывается ее содержание. Обнаружить работы, разграничивающие данные термины и дающие им научное объяснение, нам не удалось. Налицо синонимизация этих терминов. Их смешению способствует и сам законодатель, в ст. 130 определяющий термины «недвижимые вещи», «недвижимое имущество», «недвижимость» как равнозначные. Появившееся после вступления в силу ч. 1 ГК РФ законодательство также использует эти термины достаточно свободно.

Представляется, что ключевые аспекты данной проблематики оказываются вне поля зрения исследователей уже по меньшей мере 23 года, т. е. с момента вступления в силу Закона РСФСР «О собственности»². Вместе с тем само по себе существование нескольких терминов относительно одного и того же явления подтверждает как его неоднородность по составу элементов, так и многообразие проявлений в гражданском обороте. Не добавляет ясности и законодательство: на протяжении нескольких столетий дореволюционный, советский и современный российский законодатель определил недвижимость либо вообще не давали, ограничиваясь приведением примерного перечня относимых к ней объектов, либо использовали критерий связи объекта с землей (в том или ином его варианте), не поясняя существа этой связи³; кроме того, как становится очевидным

¹ Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс. Части 1-я и 2-я [приняты соответственно в 1994 и 1996 гг.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² РСФСР. Законы. О собственности в РСФСР [принят Верховным Советом РСФСР 24 декабря 1990 г.] // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1990. № 3. Ст. 416.

³ Подробнее на данную проблему указывали, напр.: Щенникова Л. В. Недвижимость: законодательные формулировки и концептуальные подходы // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 8–10. Автор здесь отмечает ее существование, анализируя проект Концепции развития гражданского законодательства о недвижимых вещах, подготовленный рабочей группой Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию законодательства; Карлявин И. Ю. Преподавание специального курса «сделки с

при более или менее детальном рассмотрении, данный критерий объективно не может быть единственным. О критериях отнесения объектов к недвижимым речь пойдет далее. Первоначально следовало бы выяснить, что же представляет собой смысловое значение самого термина – «недвижимость», всегда ли уместно его использовать и какую специфику в нормативной регламентации порождает его применение. Таким образом, в данной части исследования мы будем продвигаться от номенов – имен, терминов в так называемом писаном праве к их содержанию в правоотношениях.

Рассмотрение объекта нашего исследования, как представляется, необходимо начать с исследования того, что же все-таки представляет собой юридическое наполнение этого термина. Именно юридическое. Неоднократно отмечалось, что главная сложность для исследователей – комплексный характер этого явления: наряду с экономической, технической, экологической, социальной составляющей юридическая «оболочка» выглядит несколько «размыто» и фрагментарно. Этому немало поспособствовал и сам законодатель, включив в перечень объектов, прямо относимых им к недвижимым, воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, космические объекты, имущественные комплексы, то есть объекты, по своей естественной природе далеко не всегда соответствующие главному критерию отнесения имущества к недвижимому – устойчивой связи его с землей. «Недвижимость» постепенно, исподволь становится родовым обозначением целой группы объектов, которые имеют только один общий признак: необходимость их обязательной государственной регистрации по тем или иным причинам. По нашему мнению, налицо очевидная небрежность законодателя или проявление срочной необходимости в правовом регулировании соответствующих отношений до того, как появится возможность определить их правовой статус в отдельных документах уже в рабочем, а не авральном режиме. На это обстоятельство исследователю стоило бы обратить свое внимание, но не более того, если бы эклектичность, фрагментарность предмета не мешала действительно серьезному, глубокому анализу природы недвижимых объектов «по природе». По нашему мнению, сколько-нибудь основательное исследование существа правового явления предполагает не только анализ его юридической составляющей, но и рассмотре-

недвижимостью» // Преподавание гражданского права в современных условиях: материалы Всероссийской конференции / под общ. ред. Ю. К. Толстого. СПб.: С.-Петербург. гос. ун-т, 1999. С. 100–104. Автор указывает на то, что современное законодательство в данной сфере некорректно использует некоторые термины.

ние тех социальных характеристик, которые это явление сопровождают. Необходимость в изучении социальных аспектов вызвана тем обстоятельством, что они или уже повлияли на юридические характеристики, или создают предпосылки для проявления новых. Применительно к недвижимости перечень неюридических характеристик потенциально может быть намного более значительным, нежели те признаки, что получили юридическое закрепление. Поэтому думается, что исследование данной проблемы должно быть **комплексным и не должно ограничиваться только позитивным правом.**

Последнее далеко не всегда можно признать логически стройным и непротиворечивым, это в особенности может быть отнесено к современному российскому законодательству. Обращает на себя внимание тот факт, что как современный законодатель, так и вслед за ним авторы некоторых научных работ некорректно используют ряд терминов. Так, применительно к недвижимому имуществу зачастую используется термин «недвижимая вещь» вместо «недвижимое имущество». В первом случае термин обозначает только ограниченный в пространстве объект материального характера, во втором – более широко по смыслу термине – имущество понимается как совокупность материальных объектов, обозначает юридическую принадлежность объекта (то есть в этом случае более отчетливо проявляет себя содержание прав и субъектный состав правообладателей). Очевидно, что используемое в большинстве случаев деление (классификация) вещей на движимые и недвижимые в качестве основополагающего использует критерий, по природе своей больше относящийся к области технической, признание его правового значения, конечно, обусловлено тем, что он включен в нормативное определение недвижимости. Однако для права, как материи социальной, значительно важнее способность недвижимости как материального объекта принадлежать, входить в состав имущества лица. Поэтому представляется, что правовой статус объектов недвижимости должен конструироваться как с учетом традиционной классификации вещей, так и специфики принадлежности данных объектов и их включения в гражданский оборот¹.

Экономических определений термина «недвижимость» существует великое множество. Так, например, в специальных (землеустроительных, экономических, градостроительных и иных неюридических источниках) недвижимость понимается как «физический участок земли и относящиеся к нему выполненные человеком улучшения (в том

¹ Например: ст. 131, 339, п. 2 ст. 558, п. 3 ст. 584 и др. ГК РФ.

числе постройки; наземные участки, а также прочно связанные с ним объекты (почва, замкнутые водоемы, кустарники, здания, строения, сооружения и др.), перемещение которых без несоразмерного ущерба невозможно»¹. Также выделяются как отдельные категории недвижимости в градостроительстве, в жилищной сфере, жилая, коммерческая недвижимость и т. д.².

Недвижимость как правовой институт представляет собой «совокупность норм, регулирующих ту или иную область общественных отношений»³, с тем уточнением, что по специфике своей природы недвижимость представляет собой межотраслевой правовой институт, охватывающий собой нормы как частного, так и публичного права. Цивилистические нормы занимают в нем значительную часть, однако никогда не станут единственными по причине особой государственной и общественной значимости этого института.

Критерии отнесения имущества к недвижимому. Определив недвижимость как правовой институт, далее следует определиться и с его фактическим содержанием. Недвижимость как экономическая, социальная, мифологическая категория, выделяющаяся среди других видов имущества, требует определения границ, в пределах которых будут действовать соответствующие нормы. Действующее законодательство не дает исчерпывающего перечня объектов, относящихся к ней.

В качестве системообразующего законодателем использован классический критерий, известный еще с древности, – связанность соответствующего объекта с землей и невозможность его перемещения без несоразмерного ущерба его назначению (иначе это требование обозначают как стационарность объекта, его неотделимость от земли). Несмотря на его кажущуюся простоту и очевидность, он содержит в себе некоторые специфические стороны, позволяющие по-новому посмотреть на природу недвижимости.

ГК РФ в ст. 271 и ст. 272 впервые допускает существование недвижимости, расположенной на чужой земле. Беспрецедентную для классической цивилистики норму содержит п. 2 ст. 272 ГК. Впервые она предоставляет суду возможность в случае утраты собственником недвижимости права пользования земельным участком и при недостижении соглашения между собственником участка и собственником

¹ См., напр.: Нагаев Р. Т. Энциклопедический словарь «Недвижимость». Казань: Изд-во ГУП «ПИК Идел-Пресс», 2000. С. 552.

² Там же. С. 552–553.

³ Юридический словарь. М.: Госюриздат, 1953 С. 238.

строения на участке признать право собственника недвижимости на приобретение в собственность земельного участка. В ст. 1 Закона о государственной регистрации... земельные участки отделены от других объектов правовой регламентации в том смысле, что иные связанные с ними объекты (здания, сооружения, многолетние насаждения и т. д.) могут быть самостоятельным объектом регистрации, а следовательно, и отчуждения. Законодатель тем самым отходит от традиционной схемы, в соответствии с которой недвижимость, как категория и юридическая, и материальная, связана с землей (точнее было бы даже сказать – поглощается ею) не только физически, но и в правовом смысле. Бесспорно, что «...данное нововведение особенно ярко показывает вынужденный разрыв с классическим правилом о том, что строение следует за землей»¹. Общеизвестно, что классический институт суперфиция был ориентирован как раз на приоритет земли над застройкой (*simples superficies solo cedere* – находящееся на поверхности следует земле), иначе – на так называемое «вертикальное» право собственности на землю. В дореволюционном российском законодательстве и судебной практике существовал однозначный подход в этом вопросе: на строения, расположенные на чужой земле, не распространялся режим недвижимости, в том числе правила оформления сделок, касающиеся недвижимости. Так, в решении Гражданского кассационного департамента разъяснялось, что недвижимостью считаются лишь строения, принадлежащие на праве собственности собственнику участка². В то же время в судебных решениях допускалось отделение права собственности на строение от права собственности на землю: собственник строения в этом случае получал временное право пользования землей³.

Советский законодатель создал несколько своеобразную конструкцию вещных прав на строения, включающую в себя право собственности на само здание и ограниченное вещное право на земельный участок, занимаемый им и необходимый для его использования. Право собственности на землю в этом случае сохранялось, разумеется, за государством. Тем самым остался в прошлом критерий, определяющий содержание недвижимости как правового института, – нераздельность с землей находящихся на ней строений. Сформировав-

¹ Подробнее об этом см., напр.: Александров А. А. Особенности правового режима недвижимости в гражданском праве России (начало XX века и современность) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1996. № 6. С. 98–105.

² Там же. С. 101.

³ Там же. С. 102.

шаяся в первые послереволюционные годы правовая конструкция в несколько модернизированном виде сохраняется в российском законодательстве до настоящего времени. Если учесть, что отсутствие частной собственности на землю было характерно не только для Советского государства (но и, к примеру, для древневосточных государств¹, знаменитый тезис «отсутствие частной собственности на землю есть ключ к восточному небу»; для греческого законодательства), то обнаруживаются некоторые интересные тенденции. В этих государствах право допускало существование двух независимых (горизонтальных) прав: права собственника земли и права на то, что находится на поверхности земли. При этом во множестве возникали конструкции ограниченных вещных прав, которые по объему предоставляемых ими правомочий зачастую вплотную «примыкали» к праву собственности. В действующем законодательстве право собственности на строение корреспондирует с правом пользования соответствующим земельным участком взаимосвязанным правовым режимом (если, конечно, в силу договора, административного акта, судебного решения или другого юридического факта не установлен иной режим). Соответственно, собственник строения, в случае его отчуждения, автоматически передает и право пользования земельным участком. В этой связи следует согласиться с точным замечанием на этот счет К. И. Скловского, что «...налицо не только пользование землей, но и своеобразное распоряжение ею»². Фактически при отсутствии в законодательстве до последнего времени права частной собственности на землю ключевое для него правомочие распоряжения осуществлялось (пусть и в урезанной и уродливой форме) на практике в огромных масштабах. Изъятая из оборота земля возвращалась в него под титулом «построек» и др. связанных с ней объектов.

Связь с землей как критерий, выделяющий недвижимость среди других имущественных объектов, требует некоторого уточнения. Традиционно необходимой считалась прочная связь с землей, предполагавшая, что строение или иной объект не может быть от нее отделен без нанесения несоразмерного ущерба его назначению. Иногда (главным образом – в специальной литературе по градостроительству и архитектуре) прочность выделяют в качестве самостоятельного критерия отнесения объекта к недвижимым. Что касается признания воздушных

¹ Иноземцев В. Л. Собственность в постиндустриальном обществе и исторической ретроспективе // Вопросы философии. 2000. № 12. С. 3–13.

² Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: учебно-практ. пособие. 2-е изд. М.: Дело, 2000. С. 428–436.

и морских судов и космических объектов недвижимыми вещами, то оно имеет основной целью распространение на эти объекты правового режима недвижимости в целях последующей их регистрации. Думается, что следует согласиться с Б. М. Гонгалом, утверждающим: «В данном случае используется такое технико-юридическое средство, как фикция: факт действительности «подводится» под понятие (формулу), прямо противоречащее данному факту»¹.

В качестве дополнительного критерия законодателем выделена государственная регистрация «вещных прав, ограничения этих прав, их возникновения, перехода и прекращения» (ст. 131 ГК). Некоторые авторы обращают внимание на отсутствие его в Законе о государственной регистрации². При этом можно предположить, что либо авторы законопроекта сочли излишним дублированием указание на него именно в этом документе, либо законодатель и в самом деле не относит государственную регистрацию к числу базовых критериев. В таком случае упоминавшееся ранее суждение, что недвижимостью признается лишь имущество, прошедшее государственную регистрацию, а до этого момента оно таковым не является, можно обозначить как не вполне соответствующее действительности.

В то же время выделение его среди остальных критериев в не столь категоричной формулировке оказывается весьма продуктивным в методологическом плане, поскольку оно подтверждает, что форма в данном случае должна быть эквивалентна содержанию, которое, как уже указывалось нами несколько ранее, объемно и зачастую противоречиво при огромной социальной и политической значимости института недвижимости. В этой связи необходимо определиться с используемыми в данном случае терминами. Форма здесь понимается нами не как «способ существования содержания, неотделимый от него и служащий его выражением»³ (форма в широком смысле слова) – в этом случае формой можно назвать внутреннее построение самого правового института (иначе – концепт системы, думается, очень удачный и уместный при этом термин из области системного анализа), а как внешнее оформление (или форма в узком смысле слова), не-

¹ Гонгало Б. М. Основные термины // Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк. 1999. С. 22–23.

² Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1999. С. 12.

³ Философский энциклопедический словарь. М.: Наука, 1986. С. 453.

обходимое для всех категорий сделок как развивающихся отношений и для вещных прав как правоотношений, по своей природе статичных. Оно может принимать разнообразные формы: соглашения, оформляемого вербально (в письменной или в устной форме), совершения действий, выражающих волю лица установить правоотношение (иначе именуемых конклюдентными), вынесения решения уполномоченным на то органом, должностным лицом (не обязательно это должны быть органы публичной власти – далее мы рассматриваем существовавшую в древности практику оформления сделок с недвижимыми вещами лицами, ответственными за отправление религиозного культа, жрецами, священнослужителями, какие это были органы, в данном случае не так важно, главное, что все они выступали как носители абсолютного начала в обществе).

Среди известных истории и наиболее развитых в политическом отношении обществ правовые аспекты оборота недвижимости были так или иначе регламентированы законодателем, независимо от содержания совершаемых при этом действий. Таким образом, можно говорить об объективно обусловленном и подтвердившем исторически свою необходимость обязательном оформлении общественными институтами отношений, так или иначе опосредующих использование недвижимого имущества в хозяйственной и иных сферах.

Исходя из всего вышеизложенного, можно заключить, что критерием (то есть «мерилом оценки»¹) применительно к недвижимому имуществу будет оформление в его исходном первоначальном смысле, когда обществу объективно требуются четкие нормативы, формы, которые бы имели характер не простой общеобязательности, но выражения существующих в обществе ценностей.

В этом плане регистрация – это один из элементов оформления². Тот факт, что форма сделки (а под сделками ст. 153 ГК понимает «действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей»), то есть содержание этой нормы намного объемнее ее традиционного толкования) и последующая ее регистрация – понятия неравнозначные, представляется бесспорным в силу конструкции законодателя: уже в Гражданском кодексе два этих юридически значимых действия

¹ Философский энциклопедический словарь. М.: Наука, 1986. С. 453.

² Необходимо подчеркнуть, что слово «оформление» здесь используется нами с некоторой степенью условности, допущения. В данном случае мы не ставим знака равенства между формой сделки в том виде, как ее понимает законодательство, и оформлением в значении придания объективной формы

разделены, а развивающий его положения Закон о регистрации в п. 1 ст. 17 прямо указывает, что «основаниями для регистрации... являются: акты, изданные органами государственной власти или органами местного самоуправления в рамках их компетенции; договоры и другие сделки, акты (свидетельства) о приватизации жилых помещений; свидетельства о праве на наследство; вступившие в законную силу судебные решения; акты (свидетельства) о правах на недвижимое имущество; иные акты передачи прав на недвижимое имущество и сделок с ним заявителю от прежнего правообладателя...»¹.

В ст. 16 того же Закона указаны последствия уклонения от регистрации одной из сторон договора, не требующего обязательного нотариального оформления. отождествление регистрации с оформлением сделок представляется невозможным и по причине множества изъятий из требования об обязательной государственной регистрации, существующих в действующем законодательстве (о них речь пойдет ниже).

В случаях, когда регистрации подлежат иные акты и вещные права, регистрация также не может отождествляться с оформлением, поскольку оформление как внешнее выражение юридического акта уже имеется в наличии к моменту, когда происходит регистрация.

Иначе говоря, если для сделок регистрация сделки или возникающих из нее прав – это действие, дополняющее требования к оформлению, то регистрация акта государственного, муниципального или иного уполномоченного органа носит не правоустанавливающий, а правоподтверждающий характер.

Итак, регистрацию сделок, по нашему мнению, можно определить как дополнительную процедуру, совершение которой обязательно для сделки, приобретшей до этого простую письменную или нотариальную форму, а также для прав на объекты, отнесенные законодательством к недвижимым.

Требование об обязательной государственной регистрации вещных прав и сделок – это, пожалуй, единственный из основных критериев, роднящий традиционные и нетрадиционные недвижимые объекты. Однако сам по себе он представляется небесспорным в силу следующих обстоятельств: Федеральный закон о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее – Закон) понимает под государственной регистрацией «юридический

¹ Российская Федерация. Законы. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним [принят 17 июня 1997 г.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф. Здесь и далее – Закон о гос. регистрации.

акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество». Иначе говоря, регистрация в строгом смысле слова – это двухкомпонентное юридически значимое действие, включающее в себя признание и подтверждение прав на недвижимое имущество (законодателем здесь использован именно союз «и», а не «или»). Подробнее проблемы оформления прав на недвижимое имущество и их государственной регистрации будут рассмотрены далее.

Среди других характеристик недвижимого имущества можно выделить особую процедуру рассмотрения судебных споров по такого рода делам (по характеру подсудности, необходимости представлять письменные доказательства строго определенной формы.); разноотраслевую нормативную базу (в силу исторической специфики развития советского законодательства она сформировалась как соединение множества разнородных по своей правовой природе норм, причем основной массив законодательства в данной области до начала 90-х годов составляли нормы не гражданского права, а иных отраслей, получивших самостоятельное от него развитие, – земельного, административного, природоохранного, жилищного и других); специальный порядок налогообложения.

В литературе часто упоминаются и свойства недвижимого имущества экономического характера¹. Некоторые из них нашли свое отражение в законодательстве, однако в большинстве случаев их существование лишь обуславливает особую правовую регламентацию объектов недвижимости:

- многократность использования в процессе производства²;
- управляемость: объекты недвижимости нуждаются в постоянном управлении, оно включает в себя проведение ремонта (капитального и текущего), контроль за поступлением платежей, уплату различного вида налогов и т. д.;
- полезность: объект недвижимости должен максимально удовлетворять потребности покупателя в жилой или производственной площади, в комфортности, экологичности и пр.;
- фундаментальность: недвижимость – это товар, который невозможно потерять, похитить, сломать при обычных условиях.

¹ Подробнее об этом см.: Фридман Дж., Ордуэй Н. Анализ и оценка приносящей доход недвижимости: пер. с англ. М.: Дело ЛТД, 1995; Экономика недвижимости / под ред. проф. В. И. Ресина. М.: Дело, 1999. 328 с.

² Непотребляемость – синоним наш. – *Н. Ш.*

Основными критериями этих свойств являются: основательность и прочность объектов недвижимости. Прочность или долговременность трактуются как сохранение первоначального вида (формы) в течение длительного периода времени; незаменяемость (при совершении с объектом недвижимости сделки (ст. 557 ГК РФ) в случае передачи продавцом покупателю недвижимости, не соответствующей условиям договора продажи недвижимости о ее качестве, применяются правила ст. 475 ГК, за исключением положений о праве покупателя потребовать замены товара ненадлежащего качества на товар, соответствующий договору).

Анализируя вышеизложенное, отметим, что большинство этих характеристик в той или иной форме отражены в законодательстве, кроме, пожалуй, полезности, в качестве критерия она закреплена только в ограниченных случаях, например, при признании недействительной сделки с недвижимым имуществом, если потребительские (производственные) ее качества носили характер существенного условия. Справедливости ради следует сказать, что законодатель опосредованно регламентирует и это условие: ст. 556 ГК устанавливает процедуру передачи недвижимости продавцом и принятие ее покупателем, включив в нее обязательное оформление передаточного акта.

Конкретные характеристики потребительских качеств недвижимого имущества носят оценочный характер, и предусмотреть их для каждого случая невозможно, но для жилых помещений законодатель на уровне подзаконных актов предусмотрел минимальные параметры их пригодности для проживания, а следовательно, в каждом отдельном случае они будут конкретизировать требование ч. 2 ст. 469 ГК, в соответствии с которой «при отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется».

Думается, что такое свойство, как непотребляемость, не требует особых комментариев: оно не просто закреплено в действующем законодательстве, но составляет одну из элементарных характеристик недвижимого имущества.

Следующее свойство – фундаментальность (иначе говоря, связанность с землей, исключающая возможность отделения от нее без несоразмерного ущерба назначению имущества) – подробно было рассмотрено нами ранее, оно составляет существо («дух») этого правового института.

Управляемость недвижимого имущества в его современном виде сложно оспаривать, отметим лишь, что, строго говоря, эта характеристика цивилистической не является, она подразумевает осуществление мер административного характера, поэтому, вероятно, среди других рассмотренных нами источников она более нигде не выделена, хотя применительно к отдельным технологичным объектам со сложной инфраструктурой она предполагается и в гражданском праве (в отношении предприятий как имущественных комплексов, морских судов, космических объектов).

Безусловным критерием отнесения имущества к недвижимому является такое его свойство, как незаменяемость: помимо приведенной несколько выше в законодательстве есть еще одна норма, конкретизирующая его. В ст. 554 ГК РФ в договоре продажи недвижимости должны быть указаны данные, позволяющие установить индивидуально-определенный характер вещи, необходимость при ее отчуждении указывать «данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору, в том числе данные, определяющие месторасположение недвижимости на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества». Это подтверждает и судебная практика: решением Федерального Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 2 ноября 1999 г. (дело № 53/3-8в/12)¹ признан незаключенным договор купли-продажи пристройки к производственному помещению. Решением суда было отказано в удовлетворении иска предпринимателей к открытому акционерному обществу о понуждении последнего исполнить договор купли-продажи. Как указано в решении, «истцами не представлено доказательств наличия у продавца такого объекта, как пристройка перехода № 1. Из имеющейся в деле технической документации следует, что на территории акционерного общества построено трехэтажное сооружение, называемое переходом № 1 между ткацкими корпусами»².

Определенную роль в индивидуализации недвижимости играет и передаточный акт. Связанность этих объектов с землей придает им пространственную протяженность и четкие координаты. Даже отсутствие номеров и изготовление (строительство) по типовым проектам не лишает их индивидуальных характеристик, поскольку с землей в

¹ Российская Федерация. Федеральный Арбитражный суд Волго-Вятского округа. Решение. Дело № 53 / Документ из информационно-правовой системы «ГАЗ – 88 / 12 от 2 ноября 1999 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² Там же.

данных границах может быть связан всего один объект (появившаяся в столичных городах практика переоборудования чердачных помещений под жилье свидетельствует, что в этом случае переоборудованные помещения по своему правовому статусу считаются составной частью уже существовавших, а не самостоятельными объектами.

Иногда к характеристикам недвижимого имущества относят его физическую видимость (в том смысле, что эти объекты невозможно спрятать, украсть и т. д., их передача всегда требует надлежащего оформления) и связанную с ней относительную «прозрачность» операций с недвижимостью. Государству технически легче контролировать эту сферу экономики, поэтому разнообразные юридические конструкции обеспечения обязательств чаще всего имеют своим предметом именно недвижимое имущество не только из-за его, как правило, высокой стоимости, но и в силу большей реальности удовлетворения требований кредиторов (очень точно выражает суть явления английский термин *real estate*).

Специфика правового статуса недвижимого имущества (частично утратившая свое значение) в некоторых случаях проявляется в дополнительных требованиях к субъектному составу собственников: по национальному, сословному, конфессиональному признакам, по наличию гражданства страны нахождения недвижимого имущества и т. д. Последнее условие сохраняет свое значение в ряде государств как в жесткой форме (недвижимость, в первую очередь земельные участки, может находиться в собственности только резидентов; возможность приобретения ее другими субъектами исключена), так и в смягченной (для приобретения такого имущества достаточно постоянного пребывания в стране на законном основании или, по меньшей мере, наличия права на безвизовый въезд на территорию страны. Однако в последнем случае для оформления сделок необходимо наличие между двумя странами соглашений о безвизовом въезде¹).

Российское законодательство на этот счет не содержало дополнительных ограничений, кроме запрета на приватизацию жилья иностранными гражданами, установленного Федеральным Законом № 54 от 15 мая 2001 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РФ и Федеральный закон о приватизации жилья в РФ». При этом в прежней редакции Закона речь шла о приватизации жилья гражданами, однако при этом не уточнялось, что именно российскими гражданами. Пробел в законодательстве вызывал сложности на прак-

¹ Шабалин В. Недвижимость в вопросах и ответах. М., 2001. С. 284.

тике, поскольку иностранные граждане неоднократно предпринимали попытки приватизации жилья в РФ. Главным образом такие попытки имели место в г. Москве, не случайно именно депутаты Мосгордумы инициировали принятие изменений в законодательство¹. Социальная и политическая значимость введенных им ограничений представляется несомненной.

Новый Земельный кодекс РФ такого рода изъятий не содержит: если не входить в рассмотрение социальных аспектов проблемы, а сравнить содержание норм Кодекса с ранее принятыми нормативными актами, то обнаруживается подготовленность законодателя именно к такому разрешению вопроса. Упомянутый нами Закон о государственной регистрации в ст. 5 прямо указывает, что участниками отношений по регистрации являются «собственники недвижимого имущества и обладатели иных подлежащих государственной регистрации прав, в том числе граждане РФ, иностранные граждане и лица без гражданства, российские и иностранные юридические лица, международные организации, иностранные государства...».

О том обстоятельстве, что передача в собственность нерезидентам приватизируемого государственного и муниципального имущества, в том числе недвижимого, становится обычной правовой практикой, свидетельствует и ст. 4 Закона РФ «О приватизации государственного и муниципального имущества» от 12 июля 2001 г. среди других категорий имущества, определяемого программой приватизации, выделено имущество, которое «приватизируется с установлением запрета на участие в его приватизации иностранных физических и юридических лиц, а также резидентов Российской Федерации, имеющих в качестве учредителей (участников) или аффилированных лиц иностранных физических или юридических лиц»². Логично предположить, что установление перечня видов имущества, приватизация которого запрещена (частный запрет), предполагает существование общедозволительного режима для такого рода объектов во всех остальных случаях.

Таким образом, современный российский законодатель предоставляет возможность приобретения недвижимости в Российской Федерации как резидентам, так и нерезидентам с некоторыми ограничениями по отдельным видам недвижимого имущества, прежде всего объектов промышленного характера, имеющих государственное зна-

¹ «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² Российская Федерация. Законы. О приватизации государственного и муниципального имущества. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

чение. Упомянутый выше критерий в этом случае приобретает характер не абсолютного правила, а дополнительного ограничения по субъектному составу управомоченных лиц.

Иногда в качестве обязательных условий отнесения имущества к недвижимому указывают на его экономические и технические характеристики: стоимость (предлагалось расположенные на земной поверхности объекты, денежная оценка которых невелика, к недвижимости не относить), степень готовности к эксплуатации и прочие¹.

Хотя недвижимость как имущество в большинстве своем представляет объект, обладающий значительной стоимостью, думается, не следует рассматривать высокую рыночную стоимость в качестве еще одного юридического критерия для отнесения тех или иных вещей к недвижимым, поскольку категории «высокая стоимость», «низкая стоимость» относительно по своей природе и не закреплены нормативно. То обстоятельство, что в юридической литературе, давая характеристики недвижимому имуществу, чаще всего упоминают и его большую стоимость, говорит лишь о распространенности этого факта в статистическом выражении. Иначе говоря, в данном случае отождествляют экономические и правовые категории. Кроме того, высокая стоимость не играет решающей роли в качестве ключевого признака. Не относятся к недвижимости (и, следовательно, не требуют регистрации своего состояния) вещи, хотя и обладающие значительной ценностью, но не связанные с землей и не признаваемые в качестве недвижимости законом. Например, при продаже дома на снос объектом сделки в действительности является не дом, а совокупность стройматериалов, из которых он состоит, и которая сама по себе не имеет связи с землей.

В качестве одной из причин высокая рыночная стоимость выступает лишь на стадии закрепления этого института в законодательстве, поскольку основные ее физические характеристики (длительный срок амортизации, незаменимость, фундаментальность и др.) чаще всего обуславливают и ее высокую рыночную стоимость, и значимость связанных с ней отношений в социальном смысле. Чаще всего,

¹ Подробнее об этом см.: Гонгало Б. М. Комментарий к ст. 1 Закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Постатейный комментарий к Федеральному закону о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С. 11–19; Нагаев Р. Т. Энциклопедический словарь «Недвижимость». Казань: Изд-во ГУП «ПИК Идел-Пресс», 2000. С. 552–553; Болтанова Е. С. Операции с недвижимостью: купля-продажа, дарение, наследование, налогообложение: Ростов н/Д: Феникс, 2002. С. 40–69 и др.

но не всегда, поскольку стоимость в качестве категории юридической, как уже отмечалось, для этой ситуации не регламентирована, а стоимость в ее экономическом смысле подчиняется правилам не формальной, а диалектической логики.

Такое свойство, как степень готовности к эксплуатации (для зданий), также невозможно признать приемлемым с правовой точки зрения хотя бы по той причине, что судебная практика на этот счет дала вполне определенное разъяснение: «не завершенное строительство объект может быть предметом договора купли-продажи, а право собственности на него возникает с момента государственной регистрации»¹.

Говоря о проблемах использования вышеперечисленных характеристик (свойств) недвижимого имущества, не следует упускать из внимания и то обстоятельство, что они отражают существующий общественный уклад и в своем исходном виде чаще всего опираются на свойства внешней материальной формы имущественных объектов либо связаны с вызываемыми этими свойствами особенностями оборота недвижимых вещей и их публичного оформления. Вторичными по отношению к вышеназванным являются, по нашему мнению, особые требования к субъектному составу управомоченных лиц и разнообразие нормативной базы этих отношений: они обусловлены особой социально-экономической ролью этих объектов и их «прозрачностью» для учета и контроля.

На сегодняшний день критерием отнесения имущества к недвижимому, думается, можно назвать физическую связь объекта с землей, исключаящую отделение от нее без нанесения последнему несоизмерного ущерба его назначению. Остальные характеристики, несомненно, не могут быть оставлены без внимания, но они носят производный характер и требуют выяснения, когда стоит задача уточнить базовый критерий или подтвердить статус вновь возникающих «нетрадиционных» объектов.

На основании вышеизложенного можно прийти к следующим выводам. В целом система характеристик (свойств) недвижимого имущества включает в себя достаточно большое их количество, требующее упорядочения и классификации.

Говоря о системе характеристик (критериев) для отнесения имущества к недвижимому, нельзя не учитывать их взаимосвязан-

¹ П. 7 Приложения к Информационному письму Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 13.11.1997. № 21. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

ность и взаимозависимость: во всей своей совокупности они образуют целостную систему. Нами не случайно были разделены *критерии отнесения имущества к недвижимому* и *свойства* недвижимого имущества. Пользуясь философской терминологией, можно сказать, что те или иные характеристики недвижимого имущества, которые играют роль императива (причины), отнесены нами к критериям отнесения имущества к недвижимому. Те же характеристики, которые выступают лишь в роли атрибутива (свойства) недвижимости как особого правового режима, причем свойства не predetermined, а вероятностного, отнесены нами не к критериям, а лишь к характеристикам, или просто свойствам.

Суммируя все вышеизложенное, представляется, что недвижимое имущество можно понимать как землю и органически, неотъемлемо связанные с ней объекты, индивидуализированные на местности и утрачивающие свое назначение и индивидуальные характеристики при отделении их от земли. Принадлежность имущества к недвижимому связана только с двумя указанными выше критериями и не может быть обусловлена другими признаками: только связь с землей и индивидуальность объекта имеют принципиальное значение. Именно без них имущество не может быть признано недвижимым в юридическом значении этого термина.

Все другие рассмотренные выше характеристики (как физические: фундаментальность, управляемость и т. д., так и социальные) имеют значение, скорее, не критериев, а свойств, атрибутивных характеристик недвижимого имущества. Представляется также важным заметить, что нужно отделить друг от друга свойства недвижимого имущества и последствия, вытекающие из его специфического статуса. Необходимость государственной регистрации в этой связи относится не к критериям отнесения имущества к недвижимому, но к тем юридическим последствиям, которые влечет за собой наличие у объекта признаков, относящих его к объектам недвижимости. Также значительное число выделяемых исследователями сугубо социальных критериев недвижимого имущества при более внимательном рассмотрении оказываются не критериями (буквально – условиями отбора), а следствиями признания его в качестве такового. К ним, например, относятся: определение момента возникновения права собственности на недвижимое имущество в зависимости от его государственной регистрации и связанность с актом передачи, детальное законодательное оформление сделок с этой категорией имущества и т. д.

Наша позиция в отношении объектов, признаваемых недвижимыми в силу юридической фикции (морских судов и т. п.), уже сформулирована выше. Хотя в отношении них и можно делать гипотетические построения о том, что объединять их с «классическими» объектами недвижимости может не только государственная регистрация, но и признак связи с поверхностью, которая и обеспечивает их функционирование в соответствии с их назначением (напр., морское судно – с морем, океаном, космический корабль – с разреженным пространством за бортом и т. д.), но тогда возникает необходимость появления более абстрагированных, чем недвижимость, правовых категорий. Возможно, в будущем необходимость в их существовании проявит себя более отчетливо, но в настоящее время вопрос об объединении столь разнородных объектов в единую правовую категорию (правовой институт) остается открытым. Тем более что все нетрадиционные «поверхности» (открытое море, космическое пространство и т. д.), с которыми эти объекты связаны, в настоящее время вообще исключены из гражданского оборота.

Отдельно необходимо подчеркнуть, что объекты, не являющиеся *вещами* в физическом смысле слова, иначе – не обладающие качеством *телесности*, отнести к недвижимым нельзя, поскольку законодатель в ст. 130 ГК РФ прямо указывает на два момента. Во-первых, это то, что речь в ней идет только о недвижимых *вещах*, кроме того, в ч. 2 ст. 130 ГК РФ¹ перечисляет как не относящиеся к недвижимости объекты деньги и ценные бумаги. Всем вышеизложенным полностью исключена, в отличие от законодательств многих европейских стран, возможность признания недвижимостью прав требования, обязательств и даже судебных исков.

По этой причине представляется возможным дать такое определение недвижимого имущества *в рамках цивилистики*. Недвижимое имущество – это земля (включенный в гражданский оборот поверхностно-почвенный слой, а также, в ограниченном объеме, недра и континентальный шельф) и обладающие физическими характеристиками (телесные) индивидуально-определенные имущественные объекты, прочно связанные с землей. Прочность связи этих объектов с землей достаточно точно сформулирована в ст. 130 ГК РФ как невозможность перемещения этих объектов без нанесения им несоразмерного ущерба их назначению. Мы не станем оспаривать этот классический

¹ Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс. Части 1-я и 2-я [приняты соответственно в 1994 и 1996 гг.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

постулат, поскольку он логически обосновывает и нашу позицию о необходимости индивидуализации того или иного объекта недвижимости.

Изучая недвижимость в системе объектов гражданских прав, необходимо рассмотреть ее место среди других объектов прав. Поскольку выше мы определили, что к недвижимости относим только *вещи*, обладающие признаками телесности, пространственной протяженности, а ключевое отличие вещей от прочих объектов гражданских прав выражается в возникновении правоотношений собственности исключительно по поводу вещей, поэтому определение специфики правового статуса недвижимого имущества, думается, следовало бы начать именно с выяснения его юридического существа как вещи¹.

Действующим законодательством легальное определение вещи, к сожалению, не предусмотрено. Определить это понятие можно только путем анализа гражданско-правовых норм, цивилистической доктрины, а также теоретических построений, касающихся имущества и вещей. Наиболее распространенные подходы к этому явлению: «Вещь – отдельный предмет, изделие», либо то, что принадлежит к личному движимому имуществу»². «Имущество – то, что находится в чьей-нибудь собственности, принадлежит кому-нибудь, чему-нибудь»³.

Рассмотрим сугубо юридические определения: «Вещь – предмет внешнего материального мира, находящийся в естественном состоянии в природе или созданный трудом человека, являющийся основным объектом в имущественных отношениях»⁴. Налицо, таким образом, «узкое» определение вещи в материальном смысле. Аналогичного мнения придерживаются и многие другие весьма авторитетные авторы⁵. Однако в гражданском праве помимо понимания вещи в узком

¹ Поскольку нормативное определение вещи отсутствует, здесь и далее мы приводим общие литературные определения, даваемые вещи и другим, близким к ней терминам различными словарями, а также доктринальные юридические определения.

² Ожегов С. Ю., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1993. С. 77.

³ Там же. С. 251.

⁴ Юридическая энциклопедия / под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 65. Данная дефиниция представляет собой развернутый вариант классического определения вещи цивилистики советского периода: «Вещь в гражданском праве, материальный предмет, объект права собственности и иных вещных прав» (Большая советская энциклопедия. Т. 2. М.: Советская энциклопедия, 1972. С. 174).

⁵ Гражданское право России: курс лекций. Ч. 1 / под ред. О. Н. Садикова. М.: Юрид. литература, 1996. С. 117; Гражданское право: учебник. Ч. 1 / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М.: ТЕИС, 1996. С. 174.

смысле существует и расширительное толкование вещи, которое придает этому понятию статус универсальной юридической категории. В этом смысле под вещью понимается вся совокупность предметов материального мира (созданных трудом или находящихся в естественном состоянии), по поводу которых возникают вещные правоотношения. В русском дореволюционном гражданском праве объектом права считалась «вещь, то есть предмет, не имеющий значения субъекта права»¹. Таким образом, определение вещи охватывало максимально широкий круг объектов, не ограничиваясь механическим перечислением. С точки зрения постоянно изменяющейся практики такой подход, возможно, оправдан. Например, когда речь идет о вещных правах, большое влияние на их содержание оказывает объект этих прав. Если исходить из того, что в традиции классической цивилистики вещные права возникают по поводу вещей, возникает вопрос: возможно ли в качестве объекта этих прав рассматривать также права? Ведь законодатель (опять же применительно к составным частям имущественного комплекса – предприятия) в ст. 132 ГК РФ охватывает этим термином имущественные права. Поэтому не случайно современные сторонники расширительного подхода, опирающиеся на ряд норм Гражданского кодекса, в первую очередь упоминают именно ст. 132 ГК РФ (предприятие – имущественный комплекс, включает помимо материальных ценностей также долги, права требования, исключительные права, то есть не только материальные объекты); а также ст. 149 ГК РФ (относит к вещам и деньги, в наличной и безналичной форме, и ценные бумаги – ведь они могут быть и бездокументарными). Отсюда делается вывод: «законом помимо вещей как предметов материального мира параллельно допускается и существование нематериальных вещей»². Из этого делается вывод, что при продаже абстрактной вещи фактически осуществляется продажа не столько такой вещи, сколько права собственности. Другими словами, через абстрактные вещи фактически (не прямо, а косвенно) появляется возможность признания права собственности на имущественные права, входящие в состав таких вещей. Вместе с тем не вызывает сомнения тот факт, что объектом договора купли-продажи или иного отчуждения является все-таки вещь, а не имущественные права.

Применительно к вышеизложенному представляет сложность еще один вопрос: признается ли объектом права предприятие как

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. М., 1997, С. 225.

² Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России // Хозяйство и право: 2000. № 3. С. 80.

имущественный комплекс? И хотя законодатель однозначно относит предприятия к имущественным объектам, дело обстоит вовсе не так просто. Конечно, отчасти споры о правовой природе предприятия вызваны большими неудобствами, вызываемыми процедурой государственной регистрации. Однако нельзя отрицать и причины, коренящиеся в юридической природе самого предприятия.

В соответствии с законодательством о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (ЕГРП) каждому объекту права собственности отведен специальный раздел. Наличие в Реестре раздела с описанием соответствующего предмета означает, что данный предмет признан объектом гражданских прав, вещью. То есть главным требованием для признания недвижимости объектом права является ее официальное признание в качестве таковой. Некоторые авторы (применительно к предприятиям), например Д. В. Пятков, делают отсюда вывод, что признание объектом права означает, что недвижимое имущество с этого момента признается вещью или любым другим имущественным благом (ведь Гражданский кодекс устанавливает, что объектами гражданских прав могут выступать вещи, деньги, ценные бумаги и иные имущественные блага)¹.

Безусловно, сложно отнести недвижимый объект к *иным имущественным благам*, если налицо физические признаки вещи. Подобного рода рассуждения могут привести к весьма непривычным выводам: отсутствие даже не просто регистрации, а специального раздела в Государственном реестре может означать, что, по крайней мере теоретически, объект недвижимости, не зарегистрированный в установленном порядке, не признается *вещью*. Ведь вещи являются разновидностью объектов гражданских прав. Именно в значении объекта гражданских прав и используется термин «вещь». При этом нельзя не учитывать, что в ряде случаев недвижимое имущество может быть объектом прав, независимо от государственной регистрации, например, когда речь идет о самовольных постройках, а также в некоторых других случаях. Не случайно, что вышеприведенное суждение сопровождается оговоркой: «Отсутствие у предмета такого качества вовсе не свидетельствует о том, что он обязательно находится за пределами гражданского оборота». Однако автор здесь же поясняет: «Он вклю-

¹ Пятков Д. В. К вопросу о простых и сложных недвижимых вещах // Российский юридический журнал. 2002. № 3. С. 40–49.

чен в гражданский оборот, но только в составе какой-либо вещи»¹. Конечно, в данном случае речь идет о составных частях предприятия как имущественного комплекса. Ситуации, похожие на ту, что указана нами выше (самовольные постройки), в эту концепцию не «укладываются». Другое дело, что, когда речь идет о правонарушениях, затрагивающих в той или иной форме объекты недвижимости, речь все равно будет идти о надлежащем оформлении (государственной регистрации и иных требуемых законодательством действиях). Неправомерное приобретение недвижимости возможно в результате обращения чужого недвижимого имущества в пользу виновного или другого лица только путем «приобретения» права на недвижимое имущество (в узком смысле слова).

Причины выделения недвижимости в специфический объект права уже рассматривались нами выше. Однако применительно к столь неоднозначной категории недвижимости, как предприятие, требует отдельного рассмотрения вопрос, к сожалению, оставленный «за кадром» большинством современных исследователей. В традициях марксистской концепции права, как известно, было принято противопоставлять имущественные объекты, представляющие собой овеществленный труд, и естественные объекты, представляющие ценность не по величине вложенных трудовых усилий, а по другому, естественному признаку: полезности (по крайней мере, потенциальной) для гражданского оборота. Вероятно, по причинам идеологического порядка такой подход перестал представлять интерес для исследователей. При этом схожие принципы разделения имущественных объектов продолжают существовать в имущественном праве европейских государств как нормативно, так и в правовой теории: так, в британском праве мера ответственности правонарушителей при неправомерном завладении вещами, составляющими часть земли, которые могут быть отделены от нее (растения, деревья, минералы), различается в зависимости от того, с какой целью произведено изъятие чужого имущества – коммерческой или некоммерческой (потребительской). Так, «если лицо, которое не является владельцем чужой земли, срубит дерево или выкопает растение или куст, тогда это – theft. Тем не менее срывание цветов, фруктов или листьев с дикорастущих растений на чужой земле не является theft, за исключением случая, когда это сделано в коммерческих целях...»². Можно сделать, таким обра-

¹ Пятков Д. В. Указ. соч. С. 45.

² Клепицкий И. А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. 2000. № 12. С. 19.

зом, вывод, что британский законодатель дифференцирует охрану имущественных ценностей, во-первых, в зависимости от их происхождения (в более привычной для нас терминологии – приобретены ли права на них через первичные или производные способы); в британском законодательстве также предусмотрены последствия похищения диких существ, прирученных или не прирученных человеком¹. Во-вторых, возможность привлечения к ответственности различается по целевому назначению имущества (потребительскому или коммерческому). Налицо, таким образом, «родство» юридических конструкций имущественных прав даже притом, что кардинально различаются сами правовые системы.

Следует отметить, что при этом существующее в англосаксонской правовой системе деление имущественных прав на вещественные и личные если не равнозначно традиционному для нас делению прав на вещные и обязательственные, то, в первую очередь, по причине отсутствия в системе континентального права юридических конструкций, так или иначе опосредующих деление вещей (имеются в виду только вещи в узком, телесном смысле) на созданные трудом человека и принадлежащие естественному природному миру. Безусловно, нельзя утверждать, что в континентальной системе права этот факт полностью отрицается – см., например, давно ставшее хрестоматийным деление способов приобретения права собственности на первичные и производные. Правда, здесь есть нюанс: первичный способ приобретения права собственности предполагает не только случаи, когда имущество тем или иным способом выделено из естественного природного мира, но и ситуации, когда предыдущий собственник просто неизвестен. То есть фактор естественности, невыделенности из природы в этом случае не используется. Хотя в социологии эту тему продолжают исследовать, несмотря на смену «идеологических установок»: «Появление личной собственности знаменовало не только осознание человеком того, что некий предмет принадлежит именно ему, что «он, то есть собственный», оно означало также, что другой предмет «не мой, то есть чужой»². Становление собственности происходило не как выделение «частной» из «общинной», а как вычленение

¹ Подробнее об этом см.: Клепицкий И. А. Недвижимость как предмет хищения и взыскания // Государство и право. 2000. № 12. С. 19. Автор указывает, в частности, что «дикие существа являются имуществом, но не могут быть украдены, так как не принадлежат кому-нибудь. Тем не менее, если дикое существо содержится в неволе, оно может быть похищено».

² Там же. С. 20

личной собственности из, если так можно выразиться, «несобственности». Появление личной собственности не только ознаменовало индивидуализацию человека внутри первобытной общины, но в то же самое время породило в этом человеке понимание того, что помимо личной собственности существует и ее антипод...»¹.

Предприятие среди других недвижимых имущественных объектов представляет, если так можно выразиться, промежуточную стадию, «мостик» между системой классических вещных прав на недвижимость и нарождающейся системой сложных, расщепленных вещных прав на объекты технологического цикла. Очевидно, что система юридического оформления имущественного оборота предприятий в будущем претерпит изменения, обусловленные обстоятельствами, которые мы рассмотрим ниже. Применительно к столь специфичному объекту недвижимости, каковым является предприятие, можно выделить несколько категорий имущественных объектов, являющихся его составными частями. Конечно, наиболее ценную часть имущества предприятия составляют здания, сооружения, земельные участки, то есть собственно недвижимые объекты. Однако в состав предприятия как имущественного комплекса входят и запасы сырья, готовой продукции, ценные бумаги, права требования, долги и т. д. В этой связи возникает вопрос: насколько правомерно приравнивать эти имущественные объекты к другим категориям имущества? Или в данном случае речь все-таки идет не о приравнивании одних категорий имущества к другим, а о несколько ином правовом явлении? Ранее мы уже говорили о трансформации правового статуса недвижимости в условиях технократического прорыва последнего десятилетия. Появились примеры коммерческих организаций, всё имущество которых составляют не традиционные объекты недвижимости, а ценности другого рода: многочисленные виртуальные магазины, центры, службы заказов и т. д. Строго говоря, в активе подобных структур стандартные объекты недвижимости (здания, производственные объекты, земельные участки) могут отсутствовать. Насколько правомерно при отчуждении таких объектов относить их к недвижимым и требовать их государственной регистрации? С точки зрения формально-юридической, конечно, требование о государственной регистрации полностью правомерно и обоснованно: статья 130 Гражданского кодекса РФ, а также статья 22 Федерального закона о государственной регистрации прав

¹ Иноземцев В. Л. Собственность в постиндустриальном обществе и исторической ретроспективе // Вопросы философии. 2000. № 12. С. 6.

на недвижимое имущество и сделок с ним предусматривает обязательную регистрацию прав на предприятие как имущественный комплекс и сделок с ним, более того, является единственным доказательством существования зарегистрированного права.

Однако с теоретической точки зрения вопрос не так однозначен. Если составные части предприятия недвижимым имуществом в строгом смысле слова (с учетом главного, системообразующего критерия недвижимости – неотделимой связи с землей) не являются, более того, только эти объекты и составляют актив предприятия, регистрация здесь необходима, но уместнее, думается, было бы говорить не о регистрации недвижимых объектов, а регистрации имущества.

Ранее упоминавшееся нами предложение некоторых исследователей ввести в РФ категорию регистрируемого имущества¹, думается, можно признать обоснованным, ведь в этом случае потребуются объединить разнородные системы регистрации (регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей и т. д.), существующие в настоящее время в стране. Выяснение теоретической природы тех или иных объектов потребует длительного анализа и разрешения массы организационных вопросов, в то время как создание **единого органа**, который бы взял на себя все виды регистрации, во многом облегчило бы положение субъектов российской экономики и помогло бы устранить массу противоречий в законодательстве.

Не случайно после введения в действие системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество неоднократно, в том числе на самом высоком уровне, высказывались предложения ликвидировать многочисленные регистрирующие органы в разных сферах и на разных уровнях управления (органы технической инвентаризации, земельные комитеты и т. д.), тем самым в этой части снизив административную нагрузку на экономику.

Отдельного рассмотрения требует методологический вопрос о допустимости относить к вещам материальные объекты. И хотя применительно к недвижимому имуществу простор для возможного обсуждения ограничивается прямым указанием законодателя, относящего землю и связанные с ней объекты – здания, сооружения и т. д. к объектам права, с точки зрения теории цивилистики вопрос не решается столь однозначно. Для рассмотрения этого вопроса необходимо

¹ Латыев А. Н. Недвижимость как объект вещных прав // Гражданин и закон. 2003. № 6. С. 58.

разграничить материальный объект и те права и обязанности, которые с ним связаны. Разделение материального носителя и юридической оболочки недвижимости позволяет изначально отчетливее разграничить элементы правоотношения по поводу конкретного объекта недвижимости.

Говоря о недвижимом **имуществе** как объекте права, пожалуй, самом распространенном в данной области термине, нельзя не отметить известную его условность и определенный элемент допущения, присутствующий в нем (строго говоря, не только в нем, но в любом имуществе – объекте права). Очевидно, что безотносительно к отношениям в социуме объектом права оно стать не сможет: именно отношения между людьми делают его частью права. В теории цивилистики абсолютному праву лица противостоят, как известно, множество субъективных обязанностей третьих лиц воздерживаться от нарушений его права (сам по себе данный постулат также служит предметом дискуссии, но мы в настоящий момент вмешиваться в нее не будем: он приводится нами в других целях и в узком значении применительно к нашему примеру). Хотят ли эти лица посягнуть на чужое имущество в действительности, но их сдерживает имеющееся у владельца право, или им это имущество просто безразлично, – при формально-позитивистском подходе такие нюансы нивелируются.

Когда имущество отчуждается, права и обязанности сторон предполагают лишь долженствование, возможность или управомоченность определенного описанного нормой поведения, но никак не его наличное существование. Поскольку любая норма права ориентирована на человека с его сознанием и волей, то применительно к любому его поведению можно говорить исключительно об актах воли. Таким образом, общеобязательные правила поведения (права и обязанности лиц), установленные теми или иными социальными институтами в отношении материального объекта, и потенциально сами правоотношения составляют лишь желательную для публично-правовых институтов модель поведения, но еще не само поведение¹. Таким образом, применительно к имуществу вообще и недвижимому имуществу в частности можно сделать вывод об известной степени условности, допущения права как в отношении их правового статуса, так и возникающих по поводу их правоотношений. Замечательно этот принцип проиллюстрирован В. И. Синайским в двух его коротких за-

¹ Подробнее об этом см., напр.: Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения // Актуальные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1999. С. 123–131.

мечаниях: «для обозначения объекта права наши законы **пользуются**¹ термином “имущество”»; а также: «наконец, термин “имущество” **употребляется**² часто в наших законах в смысле совокупности имуществ как особого объекта права»³. То есть уже в самой формулировке заложена некоторая условность («законы пользуются», «термин употребляется» и т. д.). О пределах воздействия права на отношения по обороту недвижимого имущества речь пойдет далее.

Представляется, что на основании всего вышеизложенного можно сделать следующие выводы. К настоящему моменту не завершена дискуссия о категориях объектов, относимых в гражданском праве к вещам. Вместе с тем, по нашему мнению, нельзя смешивать между собой содержание двух взаимосвязанных, но все же самостоятельных правовых категорий: «вещи» и «имущество». Последняя по своему содержанию намного шире и включает в себя как объекты материального мира, так и имущественные права и любые другие ценности, связанные с недвижимостью, которые включены в гражданский оборот. Оговорка о включении их в оборот сделана нами не случайно, поскольку речь все же идет о гражданско-правовом институте. Представляется, что большинство дискуссий на эту тему вызваны именно смешением двух этих терминов. Конечно, сохраняется возможность обсуждения в отношении самой категории «вещи». Если исходить из предположения, что объектом права могут выступать только права и обязанности субъектов, то есть юридическая «оболочка», охватывающая участие материальных объектов в правоотношениях, то расширительное понимание этого термина не становится таким невозможным.

В этой связи нельзя также не прийти к выводу, что и имущество становится объектом права с известной долей допущения. Поскольку все правовые нормы пропускаются через волю и сознание людей, то правовое воздействие далеко не всегда может достигнуть изначально предполагавшегося эффекта. Безусловно, для практики применения норм такие нюансы особого значения не имеют, однако с точки зрения стройной теории сбрасывать их со счета нельзя. Для удобства и во избежание путаницы в наименованиях термин «недвижимая вещь» понимается нами в значении материальных объектов, связанных с землей (содержание этого критерия см. выше), термин же «недвижи-

¹ Выделено нами. – *Н. Ш.*

² Выделено нами. – *Н. Ш.*

³ Синайский В. И. Русское гражданское право. Вып. 1. Общая часть и вещное право. Киев, 1914. С. 116–126.

мое имущество» – в значении материальных и нематериальных объектов, то есть в более широком значении. Термин «недвижимое имущество» применительно к нетрадиционным объектам недвижимости используется не только как допущение, но как юридическая фикция, прямо предусмотренная законодателем. В этой связи мы полностью поддерживаем предложение включить в законодательство новую категорию регистрируемого имущества по аналогии с тем, как это сделано в законодательстве некоторых стран (например, во Франции). Представляется также необходимым закрепить эту категорию в отдельном нормативном акте, который бы устанавливал единый стандартный механизм регистрации, который в необходимых случаях конкретизировался бы в специализированных документах (законах и подзаконных актах) применительно к случаям, когда специфика того или иного имущества и связанных с ним отношений этого требует.

В отношении предприятия ст. 132 ГК РФ дает замечательную формулировку: «**Предприятие в целом** как имущественный комплекс **признается** недвижимостью»¹. Таким образом, сама законодательная дефиниция предполагает существование юридической фикции (предприятие не относится к недвижимости, как другие объекты, – см. по тексту ст. 130 ГК РФ, но всего лишь **признается**, то есть приравнивается к ней). Также обращает на себя внимание тот факт, что это правило сформулировано лишь для предприятия **в целом**, то есть предполагается, что отдельные его составляющие, признаваемые недвижимостью в силу своих физических свойств, не требуют такого признания дополнительно.

На основании всего вышесказанного можно говорить о сложном, «многослойном» характере правовой категории «предприятие». Появление ее в законодательстве свидетельствует о начавшемся в правовом поле процессе трансформации системы прав на объекты промышленной собственности.

Рассматривая объективные пределы воздействия права на отношения по обороту недвижимого имущества, частно-правовой и публично-правовой аспекты недвижимого имущества, представляется уместным привести высказывание известного дореволюционного цивилиста, ученого, политика, одной из ключевых фигур в истории России конца XIX – начала XX века Константина Петровича Победоносцева: «Во всех европейских государствах история развития понятия собственности в применении к недвижимости, к земле идет в парал-

¹ Курсив наш. – Н. Ш.

лель с историей общественного права. Всякая перемена в отношениях владельца к земле вызывала перемену в общественных отношениях и обратно»¹.

Одним из ключевых аспектов, характеризующих правовой статус недвижимого имущества, является его юридическая природа. Объектами имущественных прав в теории гражданского права² и в законодательстве понимаются вещи. Недвижимое имущество является частью естественного природного мира, и, как и в отношении любого другого объекта природы, можно сказать, что отношения по поводу него поддаются правовому воздействию в определенных пределах. Право всегда стремилось урегулировать эту сферу наиболее подробно, но и здесь его возможности небезграничны: право объективно не может повлиять на изменение ее физических свойств (естественные процессы в почве, в недрах и других органических составляющих недвижимости).

Право способно повлиять лишь на внешнюю, социальную форму отношений по использованию земли, неотделимо связанных с ней объектов. К другим аспектам существования недвижимости право неприменимо. Описательность, характерная для законодательных дефиниций недвижимого имущества, низкая степень абстрагированности и даже некоторая непривычность, очевидное «неудобство» недвижимости как материала для технико-юридического анализа, к сожалению, исследованы мало, а ведь именно это обстоятельство определяет в большинстве своем специфику правоотношений, опосредующих как ее статику, так и динамику (процесс отчуждения). Например, в случаях, когда речь идет о так называемом «переходе права», законодатель так и не смог дать адекватное определение этого правового понятия, что порождает большие сложности как в практике применения соответствующих норм, так и в теории³. Более подробно проблема перехода права будет рассмотрена нами ниже.

В целом законодательство о недвижимости страдает от некоторой казуистичности формулировок, расплывчатости и неоднозначно-

¹ Победоносцев. К. П. Курс гражданского права: в 3 т. Т. 1. М.: Зерцало, 2003. С. 82.

² Толстой Ю. К. Гражданское право: учебник. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М.: ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2000. С. 336.

³ Комментарий к Федеральному закону РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 2000. С. 21.

сти толкования норм¹. Субъективно знакомство с законодательными формулировками в данной области оставляет впечатление, что законодатель просто «помещает» недвижимость в привычные рамки правовых дефиниций, которые для нее слишком тесны и неорганичны. Думается, что при формулировании тех или иных норм о недвижимости логичнее было бы исходить из предположения об известной условности, ограниченности для нее правовых рамок. Еще раз необходимо вернуться к правилам общей теории права о неспособности права регулировать естественные объективные процессы в природе². Коль скоро основополагающий элемент недвижимости – земля – поддается юридической регламентации в рамках прав субъектов (как частно-правовых, так и публично-правовых), то очевидно, что и объекты, органически с нею связанные, также могут быть включены в юридический оборот в тех же границах.

При ином подходе все правовые конструкции недвижимости выглядят искусственными либо станут подчиняться формализованному до предела подходу, уравнивающему недвижимость с другими категориями товара, нивелирующему тот аспект проблемы, что товаром в данном случае выступает лишь совокупность экономических характеристик, необходимых для удовлетворения потребностей отдельных личностей или социума в целом. В отличие от других вещей – движимых, в своем индивидуальном бытии полностью поглощающихся личностью владельца, земля и связанные с нею недвижимости (правда, понимание недвижимости может быть и более широким – земля и связанные с нею объекты) несут на себе отпечаток той естественной объективности, которая характерна для природного мира: «По природе вещей, владычество человека над движимостями гораздо полнее и совершеннее, чем над недвижимыми вещами»³. Недвижимость по самой своей природе есть нечто большее, чем материальный объект. Это имущество, обладающее денежной стоимостью, позволяющей собственнику владеть, пользоваться и распоряжаться им как утилитарно, так

¹ Справедливости ради нельзя не повторить очевидный и прекрасно известный каждому юристу факт: законодательство в целом страдает от этой «болезни», особенно в сфере экономического законодательства. Однако, когда речь идет о недвижимом имуществе, органическое несоответствие нормативной базы объективным реалиям проявляет себя наиболее ярко.

² Подробнее об этом: Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. С. С. Алексеева. М.: Юрид. лит., 1987. С. 12–14; Теория государства и права: курс лекций. Ч. 2 / под ред. А. Б. Венгерова. М.: Юристъ, 1997. С. 33–34.

³ Победоносцев К. П. Курс гражданского права в 3 т. Т. 1. М.: Зерцало, 2003. С. 9.

и в социальном смысле. Строго говоря, те или иные вещные права на недвижимое имущество не могут быть ограничены просто стандартным набором правомочий (вопрос о справедливости выделения правомочий в праве собственности, а равно проявления этих правомочий в ограниченных вещных правах в цивилистике является спорным: в цивилистической литературе, особенно в последние годы, неоднократно отмечалось, что столь обширное, фундаментальное субъективное право лица в отношении имущества, каковым является право собственности, объективно не может быть «втиснуто» в прокрустово ложе ограниченного набора из трех правомочий¹), реальные возможности воздействия личности на природу этих объектов не всегда адекватны сущности этих вещей. Здесь нельзя говорить о том, шире или уже объем из трех правомочий собственника природе недвижимых вещей, они приложимы к ней с известной долей условности.

Вследствие того обстоятельства, что недвижимое имущество в России столь длительное время было исключено из сферы экономических отношений и правового обихода, вся условность этих норм проявляется в российском законодательстве наиболее ярко. Западное законодательство, вследствие его большей проработанности, а следовательно, значительной его стереотипности, такой особенности не проявляет.

Не случайно в этой связи, что в наиболее ярких своих образцах максимальную казуистичность, подробность, иногда анекдотического свойства, обнаруживает юридическая практика ряда штатов США – страны, провозгласившей приоритет частной собственности, в том числе на землю (более того, законодательством послевоенного периода было предусмотрено приобретение в собственность всеми совершеннолетними американцами, не воевавшими против США и не помогавшими их врагам, секции, или 160 акров, никем не занятой общинной земли (в более привычной для нас метрической системе мер это порядка 64 гектаров)².

Конечно, исключительная проработанность имущественных правоотношений может быть отнесена и на счет пережитков феодальных имущественных отношений вассалитета-сюзеренитета, сохра-

¹ Более подробно проблема правомочий будет рассмотрена нами далее. Подробнее об этом, к примеру, см.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособие. 2-е изд. М.: Дело, 2000 С. 18–132.

² Конституция США, Поправки к Конституции, Закон 1862 г. о гомстедах // Хрестоматия по истории государства и права. Т. 2 / под ред. К. И. Батыра и Е. В. Поликарповой. М.: Юристъ, 1996. С. 79–81. (Гомстед – земельный надел.)

няющихся в странах англосаксонской правовой системы и сфере политического влияния бывшей Британской империи. Однако нельзя не учесть также то обстоятельство, что подробная регламентация комплекса правоотношений, касающихся в той или иной форме вещей, традиционно относимых к недвижимым, характерна и для стран континентальной Европы. Более того, именно в этих странах налицо расширение круга объектов недвижимости не только за счет объектов, недвижимых в физическом смысле, но за счет имущественных прав (подробное рассмотрение существа и правовой природы этих прав может составить предмет самостоятельного исследования): так, в западных законодательствах к недвижимости относят не только предметы вещественного мира, но и субъективные личные права, например право пользования, когда оно распространяется на недвижимость, вотчинные сервитуты и иски о вотчинном праве¹.

Законодательства стран, включающих недвижимость в свободный юридический оборот уже не одно столетие, подробно регламентируют относительно нее самые разнообразные аспекты имущественных и неимущественных правоотношений (последнее наиболее показательно).

В российском законодательстве начиная с 1990 г. (момента вступления в силу Закона РСФСР о собственности) попытки дать нормативное определение недвижимости, закрепить ее на должном уровне юридической техники (не формально-логической, а более глубокой, такой термин, возможно, не совсем точен, но более адекватный термин подобрать в данном случае просто невозможно), к сожалению, были не совсем удачными.

Думается, проблема не только в длительном механическом исключении советским законодателем недвижимости из имущественного оборота. Причины этого явления залегают, конечно же, намного глубже. Далее нами рассмотрена история нормативной регламентации недвижимых объектов (в первую очередь, конечно, земли) на примере стран Древнего Востока и стран континентальной Европы. Сам факт исключения земли из оборота как в Советском государстве, так и в древневосточных странах свидетельствует о принципиально иной системе общественного и экономического устройства, а также – социальной ментальности. Здесь рискнем утверждать, что именно кардинальное различие в правовом статусе недвижимости – один из крае-

¹ Подробно этот момент был рассмотрен К. П. Победоносцевым. См.: Победоносцев К. П. Указ. соч. Т. 1. С. 12.

угольных камней, отличающих не только системы имущественных прав между западным и восточным законодательствами возможно, именно по этому «камню» проходит «разделительная линия» двух цивилизаций – Востока и Запада.

И дело не только в уже упоминавшемся классическом Марксовом тезисе: «отсутствие частной собственности на землю есть ключ к восточному небу»¹. Античная культура, антропоцентричная по своей сути, сформировала систему законодательства, ориентированного на отношение к праву как любому другому имуществу (имущественному благу), которое может в большей или меньшей степени свободно отчуждаться, быть предметом деления, в том числе – в смысле расщепления прав. Античная, а с ней и западная культура считают землю и любое другое недвижимое имущество продолжением личности ее владельца, ее неотделимой частью: «В юридической жизни древнего мира мера всякого права зависела почти исключительно от личности. Здесь преобладало начало личной материальной власти человека над природой; поэтому юридическое определение вещи было тогда очень просто и вместе с тем скудно»².

Восточная же ментальность предполагает отношение к земле в более сакрализованной, если угодно – одухотворенной форме. Безусловно, в данном случае проявляет себя принципиальное различие в системах мировосприятия. В этом смысле российская ментальность, вне всякого сомнения, может быть отнесена к восточной, не расщепляющей землю и все, что с ней связано, на составные части, юридические категории и т. д., но считающей себя составной частью объективного мира, природы, овеществленной формой которого является земля. Тот факт, что советский законодатель столь легко пошел на исключение земли из гражданского оборота и, шире, из общественного быта, свидетельствует как раз в пользу этого предположения. На исключительное сходство правовой и экономической систем древневосточных стран и Советского государства исследователи обращали внимание неоднократно³.

Попытки сформировать систему общественной собственности привели здесь к радикальному перераспределению собственности в пользу государства. Место восточного единовластного правителя

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Избранные письма: Маркс – Энгельсу, 2 июня 1853 г. М.: Госполитиздат, 1953. С. 73–74.

² Победоносцев К. П. Указ. соч. Т. 1. С. 7.

³ См., напр.: Иноземцев В. Л. Собственность в постиндустриальном обществе и исторической ретроспективе // Вопросы философии. 2000. № 12. С. 3–13.

здесь заняла административно-командная, предельно забюрократизированная государственная машина. Таким образом, государство (вместо древневосточного деспота) выступало верховным собственником большей части национального богатства (землей, средствами производства и т. д.), а граждане на праве личной (не частной!) собственности владели ограниченным кругом объектов обихода. Жизненные блага, опять же под жестким контролем, распределялись государством в лице многочисленного чиновничества. Стагнация, имевшая место как в азиатских монархиях, так и в коммунистических (социалистических) обществах, может быть объяснена абсолютным подавлением личной собственности граждан, собственностью Абсолюта (государства, монарха)¹. Однако столь длительной и не встречающей сопротивления основной массы населения власть не могла бы стать, если бы не было к тому серьезных, глубинных причин.

Вероятно, именно невыделением в сознании восточного человека самого понятия «моя земля (участок, лес, луг и т. д.)» и, самое главное, его антипода «не моя, чужая земля (участок, лес, луг и т. д.)» можно объяснить и активную поддержку большевистской политики национализации земель большинством тогдашнего российского крестьянства (которое, как известно, составляло подавляющую часть населения страны).

Парадоксально, что при этом законодательная база, которую, как известно, традиционно формировали представители прозападно настроенной, воспитанной в европейских традициях интеллигенции, была полностью ориентирована именно на античную (западную) мо-

¹ Интересно, что классический источник правовой мысли (и идеологии) сталинского периода – Юридический словарь – рассматривает существовавшую в тот момент концепцию собственности следующим образом: «Вся государственная собственность представляет единый фонд, единым и единственным собственником которого является Советское государство. Советское государство является одновременно и носителем политической власти, и субъектом всего фонда государственной собственности» (Юридический словарь. М.: Госюриздат, 1953. С. 491). И хотя в этом же источнике говорилось, что «право собственности – право абсолютное и как таковое оно обязывает неопределенное число лиц воздерживаться от нарушения прав собственника. Собственнику принадлежат в пределах, установленных законом, правомочия владения, пользования и распоряжения. Эти правомочия и составляют содержание субъективного права собственника. Однако сами по себе они еще не дают полного определенного содержания права собственности (выделено нами. – Н. Ш.)» (Там же. С. 490). И далее точное замечание: «Для права собственности характерно, что собственник может использовать правомочия владения, пользования, распоряжения на основе законов, выражающих волю господствующего класса непосредственно в силу права» (Там же. С. 490). При всей идеологизированности данного тезиса очевидно, что содержание его сохраняет свою актуальность и по сей день.

дель правоотношений. Конечно, до определенного момента в истории Советского государства правовая интеллигенция была лишена возможности влиять на политические реалии (единичные попытки в этой области, как правило, заканчивались для инициаторов трагически). Однако даже в этом случае власть не могла отрицать необходимости определения «правил игры» в более или менее цивилизованных, упорядоченных формах¹.

Когда же политический диктат был ослаблен, тенденции западничества, ориентации на римское право (применительно к цивилистике) и, более широко, на континентальную систему права, наконец, возобладали, практика стала все чаще и чаще, а затем и в массовом порядке демонстрировать «неработающие» нормы и целые правовые институты.

Думается, российский законодатель еще долго будет формировать нормативную базу с учетом устоявшихся взглядов, традиций, однако очевидно, что постепенно он будет вынужден либо изменить существо принимаемых документов с учетом общественных реалий, либо теми или иными (экономическими, политическими, административными) методами адаптировать (хотя бы частично) правосознание россиян к западным юридическим стереотипам, либо ждать, когда эта адаптация произойдет естественным образом, по мере распространения в обществе высоких технологий и изменения структуры объектов, находящихся в собственности лиц, и главное – изменения роли самой недвижимости в гражданском обороте (этот процесс уже начался², но пока очевидных, наблюдаемых результатов он не дал). При этом, од-

¹ Д. В. Мурзин так пишет об этом периоде советской истории: «Сталин выждал момент, когда ему возможно стало в открытую отойти от ортодоксальных марксистско-ленинских взглядов на государство, и начал строить империю: азиатскую, кровавую, но прочную. Лихие кавалеристы и скороспелые академики ему стали не нужны. Нужна была армия с железной дисциплиной и полководцами-стратегами, неимоверно трудоспособный чиновничий аппарат, грамотные инженеры-«технари» и, главное, как основа всего этого, – среднее образование высочайшего уровня и классическое высшее образование». И далее: «На кафедры вузов, в том числе юридических, вернулись из «научных ссылок» нудные профессора, не умеющие махать в римских аудиториях окровавленной шашкой» (Д. В. Мурзин. Об Александре Марковиче Винавере // Цивилистические записки: межвузовский сб. науч. трудов. М.: Статут, 2001. С. 370–371).

В воспоминаниях С. С. Алексеева: «Ни на мгновение не забывая о страшных реалиях существующего бытия, они жили своим мирком «чистой цивилистики», видели в этом свое служение науке, получая удовлетворение от преподавания общезначимых юридических формул и конструкций, от академических баталий по поводу юридических премудростей» (Алексеев С. С. Уроки. Тяжкий путь к праву, 1997. С. 21–22).

² Иноземцев В. Л. Собственность в постиндустриальном обществе и исторической ретроспективе // Вопросы философии. 2000. № 12. С. 3–13.

нако, следует ожидать уменьшения роли недвижимого имущества в качестве показателя социального статуса личности, но увеличение его роли как пространственно-операционного базиса. Так, В. Л. Иноземцев рассматривает категорию собственности в историческом разрезе. Автор, анализируя перспективы развития постиндустриального общества с преобладанием высокоинтеллектуального труда, в частности, пишет: «Там, где наука действительно становится производительной силой, а информация и знания – важнейшим ресурсом общества, работник становится интересен этому обществу не как носитель абстрактной рабочей силы, способной к малокавалифицированному монотонному труду, а как обладатель уникальных интеллектуальных способностей, являющихся результатом обучения и творческого поиска».

В таком обществе собственность на материальные средства производства перестает быть основным условием высокого благосостояния, залогом жизненного успеха становится не собственность, а организация, не владение, а пользование, не возможность присвоить, а способность применить те или иные средства и условия производства¹. Значение недвижимости в этом случае не уменьшится, но станет другим, более технологичным и менее идеологизированным. Показательно, что о такой возможности начали говорить давно, и не только социологи, но и юристы. Замечательный дореволюционный цивилист В. И. Синайский, имея в виду классическое определение недвижимого имущества, предполагающее неотделимую связь недвижимого объекта с землей, писал²: «При успехах современной техники в перемещении предметов это определение нельзя принимать во внимание».

Технологический прорыв уже сейчас проявляет себя в юридических конструкциях, опосредующих недвижимое имущество развитых стран Запада, в которых наиболее четко выразились черты технологической революции и усиления роли корпоративного менеджмента: «В последнее время конструкция разделенной собственности находит все большее применение в ряде развитых рыночных стран»³. Таким образом, «конструкция расщепленной собственности, допускающая существование нескольких различных титулов собственности на одно и то же имущество, оказалась очень удобной в современных условиях для оформления и теоретического оправдания растущих ограничений права собственности, а также для процесса обособления функции

¹ Иноземцев В. Л. Указ. соч. С. 10.

² Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 127.

³ Богданов Е.В. Моделирование права собственности в гражданском законодательстве РФ // Государство и право. 2000. № 11. С. 19.

производительного использования капитала от собственности на капитал, что характерно для развитого хозяйства»¹.

С активным распространением так называемых расщепленных вещных прав связана и еще одна проблема, о которой много говорится в настоящее время применительно к современной политической ситуации: усиление роли публично-правового компонента как в праве в целом, так и применительно к рассматриваемой нами категории вещей. Период конца XX – начала XXI века ознаменовался усилением в России государственной власти, что привело к возрождению интереса к публичному праву. Однако следует заметить, что сходная тенденция имеет место и в западном законодательстве. Особенно сильно она проявляется в странах Восточной Европы. Большинство российских и зарубежных юристов при рассмотрении вопроса о соотношении частного и публичного права обращают внимание на эту проблему. Однако как самостоятельная тема для исследования она изучена мало. Как справедливо отмечает А. П. Анисимов, количество научных работ, в которых проблема сочетания частных и публичных интересов рассмотрена применительно к земельным или экологическим правоотношениям, очень немногочисленно, а исследования сочетания частного и публичного начала в градостроительной деятельности практически отсутствуют². Надо полагать, уже в самое ближайшее время появятся фундаментальные научные работы по данной проблематике, актуальность темы и ее практическая востребованность этому поспособствуют. Первые разработки по данной теме уже появились³. Свою лепту в усиление публичного начала в гражданском праве России внес и законодатель. Первые изменения в законодательство появились еще в начале 90-х гг. и со временем все более и более усиливались. Классическим примером стало введение системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним сначала в одной из статей Гражданского кодекса (норма была сформулирована весьма скупо, настолько, что до принятия соответствующего Закона было неясно, а не будет ли осуществлять регистрацию один из уже существовавших к тому времени государственных органов), затем – в нормах Особенной части ГК, и лишь спустя несколько

¹ Советское и иностранное гражданское право (Проблемы взаимодействия). – М., 1989. С. 215.

² Анисимов А. П. Проблема сочетания частных и публичных интересов при использовании земель поселений // Юрист. 2004. № 1. С. 32.

³ См., напр.: Богданов Е. В. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 23–24.

лет был принят специальный Закон¹. Однако настоящим открытием для субъектов гражданского оборота явилось не вступление его в действие, а то обстоятельство, что регистрация стала носить не уведомительный, а разрешительный по сути характер. Тем самым были оставлены в стороне попытки вернуться к дореволюционной практике составления купчих крепостей в уведомительном порядке. Как известно, целью их составления являлись также нужды публичного свойства – сначала контроль за сословным составом приобретателей, затем главным образом взимание так называемых крепостных пошлин, т. е. государственных сборов и сбор информации о зарегистрированных правах².

Вступивший в силу 9 июня 2003 г. Федеральный закон о внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»³ ввел еще одно ограничение, вероятно, публично-правового свойства. Согласно Закону в прежней редакции, по общему правилу, за государственной регистрацией перехода права на объект недвижимости, осуществляемого на основании сделки, должны были обращаться все стороны по сделке (абз. 3 п. 1 ст. 16). Вместе с тем Закон предусматривал, что если права возникли на основании сделок, не требующих обязательного нотариального оформления, но нотариально удостоверенных по желанию сторон, то заявление о государственной регистрации подает одна из сторон сделки (абз. 4 п. 1 ст. 16). Закон 2003 г. исключил данный абзац из текста статьи. Таким образом, при обращении за государственной регистрацией перехода права на основании сделки, независимо от того, была она нотариально удостоверена или нет, заявление должно было быть подано всеми сторонами по сделке. Кроме того, в соответствии с пп. 1 и 2 ст. 19 Закона предусмотрена возможность приостановления государственной регистрации, если у регистратора возникли сомнения в наличии оснований для государственной регистрации прав, а также в подлинности представленных документов или достоверности указанных в них сведений, не более чем на месяц, не считая общего месячного срока регистрации, установленного Законом.

Публичными, общественными интересами объясняется включение в Закон исключительного по своей ценности правила об обяза-

¹ Российская Федерация. Законы. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним [принят 17 июня 1997 г.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф. Здесь и далее – Закон о гос. регистрации.

² Победоносцев К. П. Указ. соч. Т. 3. С. 296–300.

³ Там же.

тельном внесении в ЕГРП записи о наличии судебного спора о правах на недвижимое имущество: сведений «о существующих на момент выдачи выписки правопритязаниях и заявленных в судебном порядке правах требования в отношении данного объекта недвижимости» (абз. 2 п. 1 ст. 7 Закона). Таким образом, содержащимся в ЕГРП сведениям об имеющихся судебных спорах о правах на недвижимое имущество придан открытый (публичный) характер. Как справедливо указывает А. Маковская, «значение данной нормы трудно переоценить»¹.

В современном законодательстве о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним публичные начала явно проявляются не только в сугубо технических, процедурных аспектах, но и в материально-правовых нормах. Классическим примером таких норм можно считать включение в Закон требования о государственной регистрации прав на предприятия и сделок с ними. Очевидно, что к такому решению законодатель пришел, ориентируясь на публично-правовые интересы. Включение предприятий в объект регистрируемого недвижимого имущества вызвало волну возмущения среди практиков и массу предложений по корректированию законодательства в данном вопросе: «На современном этапе развития российского гражданского права предприятие если и может считаться вещью, то только как юридическая фикция. В распространении на него полноценного вещно-правового режима этот объект не нуждается. Все элементы предприятия, будь то вещи, права требования, долги или исключительные права, в статическом состоянии сохраняют свой правовой режим и только в случае совершения с ними сделки временно объединяются в имущественный комплекс, с тем чтобы снова распаться на отдельные составляющие такой сделки»².

Схожими причинами можно объяснить и включение в перечень объектов, подлежащих государственной регистрации, объектов, не соответствующих главному критерию отнесения имущества к недви-

¹ Маковская А. Анализ некоторых поправок к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // *Хозяйство и право*. 2003. № 9. С. 15. Справедливости ради следует отметить, что аналогичное правило еще ранее появилось в нотариальной практике. Так, еще Инструкция о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР от 6 января 1987 г. № 01/16-01 устанавливала, что: «В случае получения от суда сообщения о поступлении заявления заинтересованного лица, оспаривающего право или факт, об удостоверении которого просит заинтересованное лицо, совершение нотариального действия приостанавливается до разрешения дела судом (п. 11)».

² Латышев А. Н. Недвижимость как объект вещных прав // *Гражданин и закон*. 2003. № 6. С. 61.

жимому – неотделимой связи с землей (воздушные и морские суда, космические объекты). Позиция законодателя по данному вопросу понятна: по причине высокой стоимости, а также в силу природных особенностей среды, в которой физически перемещаются данные объекты (воздушное, водное, космическое пространство) и необходимости поддержания этих объектов в безопасном состоянии, а также для предупреждения возможных нарушений международных соглашений Российской Федерации субъектами – собственниками данных видов имущества. Эти аргументы признаются обоснованными большинством исследователей, однако нарекания вызывает сугубо технический аспект законодательства, номинальное приравнивание этих объектов к «традиционным» недвижимостям. В частности, предлагается «выделить категорию регистрируемого имущества, подобно тому, как сделано в Нидерландах, а не объединять в одну группу совершенно разнородные объекты»¹.

Логику законодателя, энергично вводящего в законодательство нормы публично-правового, общественного характера, можно объяснить как сугубо политическими причинами, так и необходимостью вмешательства государства в экономические отношения. Действительно, далеко не всегда имущественные правоотношения целесообразно отдавать «на откуп» частным лицам. Однако справедливости ради надо отметить, что далеко не всегда российский законодатель во вновь принимаемых нормах преследует только цели общественного, публичного характера. Так, например, в новом Земельном кодексе², определяющем меры ответственности собственника за использование земельного участка ненадлежащим образом. В таком случае он не обращается безвозмездно в публичную собственность (земли запаса), а подлежит продаже с публичных торгов любому лицу. Отсюда следует, что вырученная денежная сумма переходит к бывшему собственнику – нарушителю земельного законодательства. Тем самым защищаются права частного собственника, пусть и ненадлежащего.

Такая позиция законодателя разделяется далеко не всеми авторами: «Это, по меньшей мере, странно, поскольку санкция за совершение правонарушения должна подразумевать умаление интересов правонарушителя».³ Однако при этом законодатель оставляет в стороне вопросы восстановления состояния земельного участка до уста-

¹ Латыев А. Н. Указ. соч. С. 58.

² Российская Федерация. Земельный кодекс. № 136–ФЗ. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

³ Попов М. Комментарий Главы 17 ГК РФ // Хозяйство и право. 2001. № 7. С. 20.

новленных санитарных и иных нормативов, тем самым не учитываются государственные интересы. Поэтому предлагается дополнить Кодекс следующей нормой: «После продажи с торгов на бывшего собственника земельного участка будет возлагаться обязанность восстановить первоначальное состояние земельного участка либо возместить расходы на такое восстановление»¹.

Можно констатировать, что в целом в современном гражданском законодательстве России за последние 2-3 года произошли существенные «подвижки» в сторону увеличения «удельного веса» публично-правовых норм (за исключением ряда норм о правовом регулировании некоторых аспектов предпринимательской деятельности). Особое значение в будущем будет иметь вступивший в силу в текущем году блок нормативных актов, касающихся жилищных и связанных с ними правоотношений. Говоря об изучении общественной роли, которую играют нормы права вообще и права гражданского в частности, нельзя не отметить, что данный вопрос в цивилистике традиционно остается «за бортом» большинства исследований, в особенности в период с конца 80-х годов, когда идеологическая составляющая научных изысканий потеряла свою актуальность. Применительно к недвижимости, большинство исследователей констатируют факт его социальной значимости как причину выделения среди других объектов гражданских прав, но этим дело и ограничивается. Механизм гражданско-правового регулирования, взаимодействие в нем публично-правовой и частно-правовой составляющей не исследованы как в цивилистике в целом, так и в части отдельных правовых институтов. Между тем именно институт недвижимости, содержащий в своей природе оба эти компонента, требует отдельного, более подробного их рассмотрения. Именно наличие серьезной публично-правовой составляющей института недвижимости (наряду с причинами объективного порядка, неспособностью права влиять на естественные процессы и т. д.) и обусловило включение нами данного параграфа в настоящее исследование. Понятно, что в ограниченных рамках данной работы подробное рассмотрение данного вопроса не представляется возможным: сам по себе он может послужить предметом самостоятельного научного исследования. Наша задача намного скромнее – обозначить необходимость такой работы.

¹ Ромадин М. С. Некоторые проблемы принудительного прекращения прав на землю в Российской Федерации // Государство и право. 2003. № 11. С. 92.

Суммируя все вышеизложенное, можно прийти к выводу, что реальный объем возможностей, которыми обладает гражданское право применительно к недвижимости (как в ее вещно-правовой, так и обязательственной ипостасях), весьма и весьма ограничен; в обычных условиях гражданского оборота, оперирующего более или менее стандартным набором ситуаций, это обстоятельство, возможно, не столь заметно, при более же глубоком рассмотрении этот факт становится очевиден. Если человек даже в физическом смысле далеко не всегда способен повлиять на естественный природный мир, то, когда речь идет о возможности правового воздействия, приходится признать, что, скорее, недвижимое имущество своими физическими и социальными характеристиками диктует специфику правовой регламентации, чем правовые нормы влияют на само это материальное и социальное явление.

Конечно, полностью отрицать возможности правового воздействия в данной сфере было бы самонадеянно – если бы законодательство в области правового статуса и оборота недвижимого имущества не имело никакого эффекта, то оно не было бы столь обширно и подробно. Однако традиционно высокая даже по современным меркам степень ее криминализации свидетельствует о том, что как объективные возможности права, так и механизм его реализации, пусть и постоянно совершенствуемые, далеко не всегда способны обеспечить изначально предполагающийся результат. Таким образом, право способно повлиять лишь на внешнюю форму социальных отношений, но само содержание этих отношений определяется не только им. Выделенные нами ранее особенности содержания правовых норм, связанных с недвижимостью: описательность, казуистичность, отсутствие адекватных определений тех или иных понятий и т. д., обусловлены как раз этим обстоятельством. Осложняет реализацию правовых норм и специфика российского общественного уклада: ориентированные на западные ценности правовые дефиниции не всегда оказываются адекватными как для российского правосознания, так и для сложившейся системы правоприменяющих органов.

В процессе своего развития недвижимость трансформируется из категории социальной в правовую. Недвижимость относится к числу цивилистических объектов, регламентируемых наиболее тщательно как в части определения ее правового статуса, так и порядка перехода прав на нее (в том числе при отчуждении). Специфический правовой режим этого объекта обусловлен прежде всего его первичным характером по отношению к другим видам имущества, его ролью в качест-

ве пространственно-операционного базиса¹ для экономических отношений: «Эффективное функционирование большинства институтов рыночной экономики невозможно без участия тех или иных элементов рынка недвижимости»². По этой причине законодатель всегда стремился либо урегулировать отношения в этой сфере наиболее подробно, либо изымал недвижимые объекты из обычного хозяйственного оборота (целиком или только некоторые из них). Определенное значение для выделения недвижимости в самостоятельную группу недвижимых объектов имеет и большой срок их амортизации, а также значительная рыночная стоимость, которая не снижается с течением времени.

Изначально сам термин «недвижимость», как будет рассмотрено далее, в законодательных памятниках не фигурирует: древний законодатель сначала оперирует терминами «земля», «строения» и т. д., не абстрагируясь от их физической сущности. *Необходимость в абстрактной регламентации появляется с развитием хозяйственного оборота и появлением так называемых иных вещных прав на эти объекты, а также в случае возникновения коллизии между правами на землю и правами на объекты, расположенные на ней (например, при строительстве здания на чужой земле и т. д.).*

Определенную роль в формировании правовых институтов, так или иначе связанных с недвижимостью (прежде всего земельной), сыграла средневековая система земельных держаний: именно ей обязаны своим появлением классическая триада правомочий собственника³ и многие из современных вещных прав. Как это ни парадоксально звучит, но детализированность правовой регламентации оборота недвижимого имущества сама по себе еще не является показателем экономической свободы общества и уровня его правовой культуры. Зачастую она лишь отражает запутанные отношения не частного правового, а скорее публичного характера. Появление максимально абстрагированных правовых понятий (будь то недвижимость, владение или что-то иное) – результат длительной эволюции группы взаимосвязанных по содержанию и стабильных в части использования

¹ Копылова В. В. Рынок недвижимости и оценка недвижимости. Иркутск: Изд-во ИГЭА, 1999. С. 7.

² Фридман Дж., Ордуэй Н. Анализ и оценка приносящей доход недвижимости. Пер. с англ. М.: Дело ЛТД, 1995. С. 3.

³ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособие. 2-е изд. – М.: Дело, 2000. С. 119.

правовых институтов, что свидетельствует лишь об унификации явлений, придании им свойства всеобщности.

Эволюция недвижимости как стабильной категории, под которой подразумевается группа объектов, обладающих однородными признаками, по нашему мнению, может быть рассмотрена в следующем виде. Появившись как образная словесная категория, недвижимость постепенно оформляется в виде категории юридической, абстрагирующейся от своего буквального, физического смысла, то есть приобретает черты правового режима (в теории права под правовым режимом принято понимать «...социальный режим некоторого объекта, закрепленный правовыми нормами и обеспеченный совокупностью юридических средств»¹). Под социальным режимом, в свою очередь, понимают «относительно устойчивую взаимосвязь социального объекта с другими социальными объектами, обеспечивающую достижение некоторых целей»²).

Недвижимость включена в правовое поле в действующем российском законодательстве прежде всего через нормы Гражданского кодекса РФ и основной после Гражданского кодекса документ в рассматриваемой сфере – Федеральный закон о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, ряд подзаконных нормативных актов. Приоритет закрепления недвижимости как правовой категории над ее физической составляющей подтверждается и тем очевидным обстоятельством, что, по действующему на момент написания настоящей статьи законодательству, среди других недвижимых объектов законодатель называет и некоторые транспортные средства, космические объекты и т. д. Проект Гражданского кодекса РФ в ст. 130 более сдержанно формулирует статус этих объектов: «к воздушным и морским судам, судам внутреннего плавания, космическим объектам применяются правила о недвижимых вещах, если иное не установлено законом и не вытекает из существа указанных объектов гражданских прав», т. е. Проект ГК более прямо не признает эти

¹ Теория государства и права: учебник / под ред. С. С. Алексеева. М.: Юрид. лит., 1987. С. 345.

² Термин «режим» в его общепринятом понимании означает «распорядок дел, действий, условия деятельности, работы, существования чего-нибудь» (Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ., 1993. С. 696). Последнее свидетельствует, по нашему мнению, что по своей глубинной сути режим представляет собой нечто внешнее к тому или иному явлению, а чаще – совокупности явлений, что конструирует части в единое целое. Следовательно, недвижимость как правовой режим определенных объектов, изначально обусловленная объективными причинами, на более позднем этапе своего существования становится самостоятельным явлением.

объекты недвижимыми, но распространяет на них правила о недвижимых вещах. Налицо своеобразное «движение» этих имущественных объектов (в цивилистике их иначе называли нетрадиционными объектами недвижимости) из единой с традиционными объектами недвижимости (земельными участками, домами и т. д.) группы в некую новую категорию объектов имущества, которые уже не признаются недвижимостью, но регламентироваться все еще могут нормами о недвижимом имуществе. Представляется, что давно назрела необходимость выделить в законодательстве категорию регистрируемого имущества не по физическим характеристикам (движимые – недвижимые), а по обязательности регистрировать права на них (переход прав), с более сложной процедурой оформления и т. п. Фактически законодатель идет по этому пути, думается, не случайно, система учреждений по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним перешла из сферы ведения Министерства юстиции РФ в компетенцию Министерства экономического развития. Вероятно, это означает, что эти органы должны будут оказывать комплекс услуг по регистрации разнородных объектов собственности.

Законодательство о недвижимом имуществе изменяется, и в периоды реформ в законодательстве выявляются те аспекты правового регулирования этой категории имущества, которые в другое время выявить было бы невозможно. Подобно тому, как во время землетрясения поднимается земная кора, обнажая слои, которые до этого были не видны, так и в законодательстве происходящие в нем изменения выявляют много проблем, заставляют задуматься над теми аспектами, которые в другом случае остались бы без внимания. К тому же эти изменения в законодательстве могут иметь долговременный эффект для правоприменения, даже если сами эти акты уже отменены. Так, например, Постановлением Правительства РФ от 21.02.98 № 237 (Постановление действовало с момента вступления в силу ФЗ «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» вплоть до создания в регионах учреждений юстиции по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним) «Об установлении централизованной доли средств, получаемых в виде платы за регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним и за предоставление информации о зарегистрированных правах» установлено, что: «До создания в субъектах Российской Федерации учреждений юстиции по государственной регистрации прав централизованная доля средств за регистрацию перечисляется: органами технической инвентаризации и жилищными органами – на счет Государственного коми-

тета РФ по жилищной и строительной политике; на счет Государственного комитета РФ по земельным ресурсам – органами по земельным ресурсам и землеустройству; органами по управлению государственным и муниципальным имуществом – на счет Министерства государственного имущества РФ» (п. 2)¹. Из вышеназванного документа представляется не вполне ясным, какую именно регистрацию на том историческом отрезке времени (прав, сделок или все-таки регистрацию самих объектов) в 1997–1998 гг. (а затем и промежуток времени с 31 января 1998 г. по январь 2000 г.) имел в виду законодатель.

Вопрос далеко не праздный по причине отсутствия в тот период других государственных учреждений, которые занимались бы государственной регистрацией прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Автор не случайно считает необходимым воспроизвести нормы этого документа, казалось бы, давно отмененного и вроде бы не имеющего практического значения в настоящее время. Данный нормативный акт был принят с целью решить проблему, которая возникла после вступления в действие Федерального закона РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Разработчики проекта Федерального закона изначально исходили из того, что момент вступления Закона в действие и границы времени на создание системы учреждений по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним не совпадут. Федеральный закон вступил в силу 31 января 1998 г., с 31 января 1998 г. по 1 января 2000 г. в субъектах Российской Федерации должны были быть созданы учреждения юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. То есть образовался промежуток времени, в течение которого в регионах РФ, муниципальных образованиях данные учреждения еще не были созданы. При этом Федеральный закон уже действовал. А значит, все это время субъекты гражданского оборота обязаны были зарегистрировать свое право на недвижимое имущество, сделку с ним в соответствующем учреждении юстиции, но не могли это сделать по причине отсутствия таковых в их регионе, городе, районе. Возможно, для жителей столиц само существование этой проблемы станет открытием, однако тысячи и тысячи граждан, особенно в отдаленных регионах, в тот период оказались в непростой ситуации.

¹ Российская Федерация. Правительство. Постановление. Об установлении централизованной доли средств, получаемых в виде платы за регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним и за предоставление информации о зарегистрированных правах. № 237. От 21 февраля 1998 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

Упомянутый выше нормативный акт (Постановление Правительства № 237) был принят, когда Федеральный закон уже действовал. Этот и другие подзаконные акты преследовали целью разрешить образовавшуюся в законодательстве коллизию, разъяснить, какие учреждения осуществляли регистрацию прав в этом переходном промежутке времени. На практике эти функции осуществляли несколько категорий учреждений: органы БТИ, земельные комитеты, комитеты по управлению имуществом (называем наиболее распространенные названия этих учреждений, в регионах они могли несколько отличаться). Федеральный законодатель так и не ответил на вопрос: какова была правовая природа регистрации, которую осуществляли тогда эти организации? Была ли осуществляемая ими регистрация государственной регистрацией прав в том смысле слова, как этого требует Федеральный закон? С практической точки зрения этот вопрос разрешается судами более-менее определенно: суды признают сделки в отношении недвижимого имущества, заключенные в тот период времени, права, возникшие тогда, полноценными, если заинтересованными лицами (стороной в сделке купли-продажи, гражданами, приватизировавшими тогда жилье) была осуществлена регистрация этих сделок, прав в органах БТИ, земельных комитетах и т. д. (см. текст акта выше). Этого достаточно, чтобы признать жилье приватизированным, договор купли-продажи и произошедший на основании его переход прав совершенным. Намного сложнее, если участники гражданского оборота не обратились тогда в эти организации, например, не зарегистрировали договор купли-продажи, удостоверенный нотариально, в БТИ, не смогли, не успели это сделать, например, один из участников сделки умер. По сей день в судах рассматривается множество дел относительно прав на недвижимое имущество, возникших в тот промежуток времени, заинтересованным лицам приходится доказывать законность своих прав на имущество, опираясь на законодательство, действовавшее в тот период. Вышеупомянутый акт – один из них. Толкования этих актов могут различаться, как различаются и жизненные коллизии участников таких судебных процессов, исход процессов зависит и от того, и от другого. В тот период были заключены тысячи договоров приватизации, тысячи других сделок, действовавшее тогда законодательство для их участников отнюдь не является отжившим артефактом, ведь от этого зависят их права на имущество.

Кроме того, автору не удалось найти в научной литературе даже попыток обсуждения вопроса: можно ли считать государственной ре-

гистрацией прав на недвижимое имущество и сделок с ним деятельность учреждений, существовавших в российских столицах, Москве и Санкт-Петербурге, с 90-х годов, в названиях которых упоминалась как их функция государственная регистрация прав, сделок с недвижимым имуществом? В других регионах подобные учреждения появились лишь после вступления в силу Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», и с начала деятельности руководствовались этим Законом. Столичные же учреждения, надо полагать, создавались на основе норм ч. 1 Гражданского кодекса, предусмотревших государственную регистрацию еще в 1994 году. Других федеральных законов в тот период не существовало. Какова была юридическая природа деятельности этих учреждений, до вступления в силу Федерального закона? Думается, сам факт существования норм Гражданского кодекса РФ является достаточным основанием считать осуществляемые ими действия регистрацией прав на недвижимое имущество, пусть и регионального уровня. Рассматривая тематику государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, часто приходится учитывать нормативную базу, которая существовала в интересующий нас период, фактор времени, действовавшее тогда законодательство, что способно серьезным образом повлиять на разрешение той или иной ситуации.

В рассматриваемой выше норме Постановления Правительства РФ № 237 можно дать два толкования: органы БТИ, земельные комитеты и т. д. в промежутке времени между вступлением в силу Закона о государственной регистрации и до создания в соответствующем субъекте Федерации Департамента по государственной регистрации осуществляли вместо него полномочия по регистрации (каким образом в таком случае эта норма влияет на толкование других положений Закона, будет рассмотрено далее), либо законодатель на момент принятия Федерального закона еще не вполне разграничивал регистрацию прав на недвижимые объекты и самих этих объектов. Последнее может свидетельствовать, что в современном российском законодательстве недвижимость еще только приобретает черты правового режима и принцип единообразия ее нормативного закрепления соблюдается не всегда последовательно.

Существует также мнение, что понимание недвижимости лишь в качестве особой правовой конструкции не охватывает всего многообразия ее проявлений в действительности, поскольку в этом случае «недвижимостью признается лишь имущество, на которое установле-

но право собственности и иные права. А для возникновения таких прав необходима соответствующая государственная регистрация»¹. Анализируя это суждение, можно выделить в нем **два момента**: во-первых, автор критикует возникший к настоящему времени некоторый «перекос» в оценке недвижимости исключительно как правового института (последний, впрочем, во многом обусловлен существующей законодательной дефиницией); во-вторых, дана негативная оценка формалистического подхода к возникновению прав на недвижимое имущество («Недвижимостью признается лишь то, что зарегистрировано в Государственном реестре» и т. д.)².

Можно отметить: действительно, недвижимость как явление правового плана изначально зависима от своей материальной природы, и нельзя не согласиться с автором, когда он говорит об имевшем место в 1922 году упразднении деления имущества на движимое и недвижимое: «Думается, с равным успехом можно было отменить деление суток на день и ночь. Подразделение вещей на движимые и недвижимые основано на естественных свойствах объектов гражданских прав»³.

В отношении вышеизложенного можно отметить следующее: нормативистски-абсолютизированная оценка недвижимости разрывает связь с ее фактическим содержанием и приближает ее к категории юридических фикций, что допустимо как исключение и лишь в отношении явлений, которые либо объективно не могут быть установлены, либо не играют ключевой роли в законодательстве и касаются ограниченной сферы правоотношений. Сугубо теоретически можно предположить возможное обособление недвижимости как правового института, предельно абстрагированного от своей материальной основы (не только от связи с землей, но и от других основополагающих критериев), но на практике его возникновение в ближайшее время маловероятно (по крайней мере, при существующих темпах распространения технологий). Что же касается получившего распространение подхода, в соответствии с которым признание имущества недвижимым жестко связывается с его государственной регистрацией, то

¹ Козырь О. М. Недвижимость в новом Гражданском кодексе России // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский. М., 1998. С. 271–297.

² Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С. 15–17.

³ Там же.

он автоматически исключает из правовой сферы многочисленные недостроенные здания, самовольные постройки¹ и иные объекты, права на которые по тем или иным причинам не прошли государственную регистрацию (в том числе и в силу прямого указания Закона). Законодатель ясно и точно разрешил этот вопрос в ст. 219 ГК РФ, уместно будет привести ее здесь полностью: «Право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой регистрации»². Таким образом, презюмируется факт существования недвижимого имущества и до момента его официальной регистрации: регистрации подлежит уже имеющееся имущество, регистрация не создает его, а лишь служит возникновению на него права собственности³.

Показательно также, что Гражданский кодекс в п. 1 ст. 130 относит к недвижимым вещам «...все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно...». И только в отношении нетрадиционных объектов недвижимости в качестве ключевого критерия для отнесения к недвижимым указана государственная регистрация («подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, космические объекты»).

То обстоятельство, что законодатель не абсолютизирует действия по государственной регистрации, подтверждается дальнейшей формулировкой: «Законом к недвижимым может быть отнесено и другое имущество»⁴. Иначе говоря, отнесение имущества к недвижимому – прерогатива законодателя, а для объектов, физически не относящихся к недвижимым, для признания их таковыми в юридическом

¹ Ст. 222 ГК РФ указывает, в частности, что «самовольной постройкой является жилой дом, другое строение, сооружение или иное *недвижимое имущество*, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом...»

² Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс. Части 1-я и 2-я [приняты соответственно в 1994 и 1996 гг.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

³ Как отмечает Е. Ю. Петров: «Если недвижимое имущество подлежит государственной регистрации, то алогично и противоречиво одновременно утверждать, что недвижимость возникает с момента государственной регистрации. Объективное явление предвещает появление юридической категории... При строительстве нового дома материалы уже специфицированы в новую вещь» (Петров Е. Ю. Понятие, признаки и виды недвижимости // Цивилистические записки: Межвузовский сб. науч. трудов. Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. С. 183–202.

⁴ Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс. Части 1-я и 2-я [приняты соответственно в 1994 и 1996 гг.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

смысле требуется два юридических факта: прямое указание об этом закона и обязательность их последующей регистрации. Однако и в отношении этих объектов государственная регистрация как таковая не носит абсолютизирующего характера, законодатель говорит: «подлежащие государственной регистрации», а не «зарегистрированные».

Необходимо уточнить также соотношение в законодательстве двух терминов: «недвижимость» и «земля». Гражданский кодекс в ст. 130 и Закон о регистрации относят к недвижимости земельные участки и все, что с ними связано, то есть понимают под недвижимостью не только строения, насаждения и проч., но и саму землю, что вполне оправданно и соответствует традиционному подходу. Однако в ГК в ст. 263, 264, 269, 271, 272, 274, 275, 277 эти понятия используются не всегда последовательно: кодекс оперирует термином «недвижимость», «недвижимое имущество» для обозначения зданий, сооружений, многолетних насаждений, то есть всех недвижимых объектов, кроме земли. Думается, что словесное совпадение двух несхожих явлений обусловлено невозможностью подобрать другой термин, который бы адекватно обозначал объекты, связанные с землей.

Суммируя все вышеизложенное, можно заключить, что к настоящему времени недвижимость приобрела черты специфического правового режима, пусть не всегда совершенного; однако факт его существования сейчас вряд ли кто-то станет оспаривать. Из средства для разрешения противоречий между интересами различных субъектов правовой режим недвижимого имущества трансформировался в механизм многофункционального назначения: предупреждающий такие столкновения в будущем, регламентирующий желательное для законодателя развитие правоотношений в настоящее время и сглаживающий противоречия, уже имеющиеся к моменту появления соответствующих норм.

При этом приходится признать, что исследуемая сфера в настоящее время освоена правом не в той степени, как это требуется по условиям гражданского оборота. Речь, конечно, не о количестве нормативных актов, а об их адекватности потребностям общества. Научная же исследованность данной тематики также не может быть признана достаточной. Очевидно, что научный процесс объективно не может в кратчайшие сроки исследовать глубинные, сущностные проявления правовой природы недвижимости. Очевидно, что и данная работа не преследует этой цели. Наша задача – намного скромнее обратить внимание исследователей на сам факт существования проблемы, на необходимость ее научной разработки.

К настоящему времени недвижимость абстрагируется от буквального физического смысла и приобретает черты правового режима. Более того, на дальнейшую перспективу можно предположить, что недвижимость как правовой институт, абстрагированный от своей материальной основы, возможен в будущем. Здесь можно отметить и, вероятно, начинающийся в современном законодательстве процесс формирования недвижимости как правового института, отделяющегося от «почвы» (во всех смыслах этого слова) и получающего самостоятельное развитие¹. При этом не исключено, что его содержание будет отличаться от конструкций земельного права, хотя определенное сходство, безусловно, останется.

Представляется необходимым подробнее остановиться на таком аспекте проблематики, как момент возникновения права на недвижимость. Проблемы правовой природы недвижимого имущества неотъемлемо связаны с вопросом о моменте возникновения права на недвижимое имущество². Речь в данном случае идет только о вещных правах, поскольку права обязательственные – объект обширный и разнообразный и может послужить основанием для самостоятельного исследования. Его рассмотрение не входит в нашу задачу.

Необходимость в четком определении момента возникновения права на недвижимое имущество обусловлена множеством факторов: прежде всего потребностью выяснить, кто в настоящий момент несет бремя содержания и гибели недвижимого имущества (что немало важно как для гражданских, так и налоговых, бюджетных и других правоотношений).

Выше уже отмечалось, что в современном российском законодательстве отсутствует легальное определение термина «переход права», что создает сложности при определении момента прекращения права на недвижимое имущество у отчуждателя и возникновения его у приобретателя. Однако через истолкование правовых норм определенные выводы все же можно сделать. Для этого предварительно необходимо выделить специфические для оборота недвижимого имущества аспекты его правового опосредования, а также в данной области

¹ Подробнее об этом см., напр.: Волков Г. А., Голиченков А. К., Козырь О. М. Комментарий к Земельному кодексу РФ. М.: Изд-во БЕК, 2002. С. 113–121; а также: Александров А. А. Особенности правового режима недвижимости в гражданском праве России (начало XX века и современность) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1996. № 6. С. 104–105.

² Термины «недвижимое имущество», «объект недвижимости» и просто «недвижимость» используются нами как равнозначные, если иное не следует из контекста работы.

несколько подробнее проанализировать некоторые распространенные, но не всегда закрепляемые нормативно термины.

Основополагающая черта всех сделок с недвижимым имуществом, требующих государственной регистрации как минимум вещных прав, возникших из сделки, как максимум – самой сделки, заключается в том, что волеизъявление сторон не является единственным условием действительности сделки, а должно быть подкреплено императивным актом государства: «Если при осуществлении обычных сделок купли-продажи действует презумпция собственности владельца имущества, то при осуществлении купли-продажи недвижимости регистрационный порядок вводит прямую перепись собственников. В результате при переходе права собственности на недвижимое имущество система обычных сделок купли-продажи дополняется системой регистрации»¹.

Более того, поскольку законодатель установил презумпцию законности регистрации, постольку опровергнуть законность регистрационной записи можно только в суде; до момента такого опровержения государственный акт сам по себе исключает правовую силу других юридически значимых действий: «в этом случае сделка купли-продажи сохраняет только собственное, обязательственное значение передачи имущества, а главенствующая роль отводится системе регистрации»².

Таким образом, ключевые термины, требующие отдельного и подробного рассмотрения, – *передача* и *переход*. Как известно, современный российский законодатель не придает акту передачи недвижимого имущества какого-нибудь вещно-правового значения (в отличие от движимых вещей); действия сторон в обязательстве, направленные на передачу недвижимости, представляют собой один из аспектов исполнения обязательств, но вещно-правовой эффект такие действия, направленные на передачу права, порождают лишь после внесения записи о переходе права в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним (ч. 1 ст. 2 Федерального закона РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»).

В этой связи представляется необходимым рассмотреть существо таких явлений как *переход* права и *передача* права³. Очевидно, что

¹ Сайдаманов А. А. О переходе права собственности на недвижимое имущество по договору купли-продажи // Аудиторские ведомости. 2001. № 6.

² Сайдаманов А. А. Указ. соч.

³ «Передать», как указывает Толковый словарь русского языка, означает «отдать, вручить кого-то или что-нибудь; иначе – отдать во владение, в распоряжение» // Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1993. С. 517.

появились они в законодательстве и юриспруденции достаточно давно и обладают глубинными специфическими признаками, предопределяющими их особое, исключительное положение в системе права.

Право как система общеобязательных норм в изначальном своем виде опиралось на более ранние нормы, прежде всего – религиозные предписания, обряды и самое, пожалуй, значимое – на соответствующую мифологию. Ранее нами уже рассматривалось, каким образом получили нормативное закрепление нормы древнейших обрядовых предписаний в таком классическом источнике, как Библия (особенно ярко это продемонстрировано в Ветхом Завете). Очевидно, что через аналогичные стадии трансформаций прошло и право других стран. Мифологические аспекты, пусть и в нивелированной, неявной форме, присутствуют в любом законодательстве, право здесь – одно из множества социальных явлений, таких как культура, экономика и т. д., которые объективно не могут не быть связаны с особенностями сознания, опирающегося в том числе и на мифологию. Как и любое другое социальное явление, имущество как социальный институт, а недвижимое имущество в особенности (с древности социальные отношения по поводу недвижимости были и остаются ядром регулирования имущественных отношений в государстве, именно в расчете в первую очередь на эту категорию имущества и принимаются многие правовые нормы), наиболее ярко демонстрирует свои сущностные черты, в том числе и правового характера, в момент перехода, передвижения права. Переход вещи в некоторых случаях даже уподобляют переходу в иное качество: «не случайно процедура перехода вещи из царства этого мира (а значит, и мира вещей) в другое – мытарство, всегда выступавшая как допрос и испытание... была использована для описания самых драматичных переживаний возносящейся души во время пребывания ее в переходном между вещественным и духовным миром состоянии. Переход вещи – *пересечение личновещественной границы, возмущение самодостаточного атома субъекта собственности* (выделено нами. – Н. Ш.) – всегда значил больше самого себя и нес повышенное смысловое значение, получаемое извне»¹. Эта, несомненно, блестящая формулировка содержит в себе, на наш взгляд, одну значимую неточность: говорить о переходе вещи в иное качество, то есть трансформации ее существа, думается было бы не совсем правильно: действия по отчуждению имущества, в

¹ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособие. 2-е изд. М.: Дело, 2000. С. 205.

том числе и недвижимого, влекут за собой прекращение субъективного права на него у одного лица (лиц) и возникновение этого права у другого лица (лиц), но не изменяют существа права. Говорить о трансформации собственности в силу самого факта замены правообладателей сложно, если исходить из буквального значения слова «трансформация» (лат. *transformatio* – преобразование, превращение)¹. Комплекс прав и обязанностей, которые потенциально могут возникнуть по поводу того или иного объекта – имущества, остается неизменным. Будут они в дальнейшем реализованы правообладателем или нет, вопрос его личного выбора. Исключения, думается, могут составить лишь случаи, когда правовой статус первичных и вторичных (если уместно использовать здесь этот термин) правообладателей (собственников или обладателей других вещных прав) различается по объему имеющихся у них прав настолько, что становится возможным (или невозможным) пользоваться или распоряжаться имуществом иначе, чем у первоначального правообладателя (например, когда речь идет об отчуждении земельного участка, на котором имеется месторождение полезных ископаемых: гражданин-собственник не вправе совершать какие-либо действия по его разработке и коммерческому использованию, если только месторождение не относится к разряду общедоступных).

В этой связи неизбежно возникает вопрос о том, что именно передается при отчуждении имущества – сама вещь или комплекс прав на нее (хорошо известная теоретико-правовая дискуссия о предмете и объекте правоотношений). Очевидно, что вещь и права на нее не могут быть антагонистически противопоставлены друг другу, слишком серьезно они взаимосвязаны как в вещно-правовом, так и в обязательственно-правовом смысле. Нельзя отрицать и тот простой факт, что содержание этих прав (а иногда и сама возможность их существования) зависит от характеристик имущества, в том числе физических, осязаемых признаков. Специфика правовой регламентации недвижимого имущества, выделяемого среди других категорий вещей, – яркий тому пример.

Говоря об имуществе как объекте прав, можно отметить, что правовому регулированию подлежит имущество как комплекс имеющих правовое значение характеристик и возникающих из них (могущих возникнуть) прав и обязанностей. В отрыве от своей материальной основы имущество, тем более недвижимое имущество, рассмат-

¹ Словарь иностранных слов. 13-е изд., стереотип. М.: Рус. язык, 1986. С. 504.

риваться не может. Однако нельзя утверждать, что права и обязанности субъектов – как вещно-правового, так и обязательственно-правового характера, – могут быть связанными исключительно с материальными, телесными свойствами имущества.

Развитый гражданский оборот, в этом, вышеуказанном смысле, подразумевает и существование до некоторой степени абстрактных прав применительно к материально-осязаемому имуществу¹. Так, современный российский законодатель, определяя момент перехода доли в праве общей собственности к приобретателю по договору (ст. 251 ГК РФ), указывает, что доля в праве общей собственности переходит к приобретателю по договору с момента заключения договора.

Правило ст. 251 ГК РФ может служить подтверждением того, что участнику общей долевой собственности принадлежит не какая-то конкретная часть общей вещи (в таком случае момент возникновения права можно было бы приурочить к моменту передачи этой части вещи, но тогда и самой общей собственности не было бы), а именно доля в праве собственности на вещь. Этот вывод подкрепляется и содержанием ч. 2 ст. 247 ГК РФ о предоставлении в пользование долевого собственника части имущества, соразмерной его доле, а также ст. 252 ГК РФ о разделе имущества, находящегося в долевой собственности, и выделе из него доли, множеством других законодательных и подзаконных норм.

Передача недвижимого имущества, как юридический акт в действующем законодательстве, никакой роли не играет (относительно вещных прав). Передача вещи, всех сопутствующих ей принадлежностей составляет предмет исполнения обязательства и имеет обязательственно-правовое значение. Невозможность в этом случае в полном объеме реализовать свои вещные права делает эти права нереализованными, но не влияет на сам факт их существования: правообладатель, в частности, может обратиться в суд с иском об устранении препятствий **в осуществлении** права, но ему не требуется доказывать наличие этого права.

Согласно п. 1 ст. 556 ГК РФ с момента вручения недвижимости покупателю и подписания сторонами передаточного акта продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара. Следовательно, с этого момента на покупателя переходит риск случайной

¹ Оговорка «до некоторой степени» сделана нами с целью отграничить такого рода права от абстрактных сделок.

гибели или случайного повреждения недвижимого имущества по п. 1 ст. 459 ГК РФ. Норма п. 1 ст. 359 ГК РФ представляет собой отступление от правила ст. 211, по которой риск случайной гибели или повреждения имущества несет его собственник.

Нахождение недвижимой вещи во владении лица имеет юридическое значение только применительно к первичным способам приобретения права на нее: «Право собственности на вновь созданную движимую вещь возникает в момент, когда она изготовлена или создана. Для вновь созданной недвижимости действует правило ст. 219 ГК РФ. В отношении приобретаемых вещей момент возникновения права собственности связан с истечением определенного срока, установленного законом, заявлением уполномоченного лица или совершением им действий, свидетельствующих об обращении вещи в свою собственность»¹.

Между тем для третьих лиц указанные обстоятельства сами по себе юридического значения не имеют, согласно п. 3 ст. 6 Федерального закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним право собственности на недвижимое имущество, получаемое в собственность по приобретательной давности, подлежит государственной регистрации после истечения приобретательной давности в предусмотренном законом порядке.

Переход имущества в блоке рассматриваемых нами в данном параграфе вопросов – центральный, требующий наиболее подробного исследования. Нами уже неоднократно указывалось, что нормативное определение этого термина в современном российском законодательстве отсутствует, что породило ряд сложностей как практического, так и теоретического характера. Поэтому первоначально необходимо выяснить, по меньшей мере, каково общеупотребительное литературное значение этого термина. Переход, как известно, произведен от слов «переходить» и «перейти», которые имеют несколько схожих смысловых значений: «1) идя, переместиться с одной стороны чего-нибудь на другую; 2) пройти из одного места в другое; 3) достаться кому-нибудь от кого-нибудь, сообщиться, передаться. *Имущество перешло к детям*»².

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / под. ред. О. Н. Садикова. М.: Контракт, Изд. группа ИНФРА-М-НОРМА, 1995. С. 269–270.

² Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1993. С. 518.

Таким образом, переход можно расшифровать как перемещение чего-либо, в том числе и имущества, прав и т. д. от одного лица к другому. Если учесть, что одно из значений термина «перейти» – сообщиться, передаться, то явственно «прочитывается» буквальный смысл: перемещение, движение вещи, ценности от одного лица к другому, причем перемещение не простое, а имеющее цель, четко направленный вектор движения.

При этом уже в самом начале перехода, передвижения присутствует индивидуально-определенный субъект, в сторону которого и направлено движение комплекса прав и обязанностей. Регистрация перехода, если придерживаться такого подхода, означает регистрацию не самого процесса перемещения прав и обязанностей, но завершение этого процесса, *переход на нового правообладателя*, фиксирует, закрепляет их за вновь появившимся субъектом. Все вышеуказанное имеет значение, если, конечно, иное прямо не оговорено в нормативном акте или не следует из его содержания. Так, Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» в ряде статей указывает на переход прав наряду с их возникновением, прекращением и т. д.¹ В таком случае необходимость в ином истолковании этого термина отпадает изначально. В истолковании термина «переход» большую сложность представляет разграничение фактической передачи имущества во владение и переход права собственности к иному лицу. Применительно к недвижимому имуществу задача исследователя изначально упрощается императивностью и общеобязательностью государственной регистрации, однако остается ряд проблем, требующих разрешения и однозначного истолкования правовых норм. Строго говоря, проблема расщепленных прав имеет весьма и весьма длительную историю, в праве самых разных государств нескольких исторических эпох она разрешалась неоднородно². В современном российском законодательстве и в цивилистической теории она также не находит однозначного разреше-

¹ Например, в ст. 2 указанного Закона регистрация понимается как «акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения, обременения, перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с Гражданским кодексом РФ».

² Разрешение конфликта между интересами собственника, лишившегося имущества из-за его отчуждения неуправомоченным лицом, и интересами приобретателя этого имущества происходило либо через ничем не ограниченное право виндикации этого имущества, либо, напротив, добросовестный приобретатель был защищен от любой виндикации. Существует и третий вариант, он предполагает «расщепление» собственности и владения.

ния. За последнее десятилетие российская цивилистика накопила обширный материал о противоречиях интересов собственника и приобретателя в обязательственных правоотношениях.

Предложения цивилистов на этот счет также неоднородны¹, хотя налицо явная тенденция обеспечить преимущественную защиту интересов добросовестного приобретателя перед собственником². Потребности стабилизации гражданского оборота, все более и более обостряющие данную проблему, заставляют искать, по меньшей мере, промежуточные, компромиссные способы ее разрешения³.

Очевидно, что любые крайности в данном вопросе чреваты огромными сложностями, в том числе для экономики страны в целом, не говоря уже о юридической стороне дела: весьма и весьма частыми, особенно в коммерческом обороте, стали ситуации, когда титульным собственником или иным владельцем является одно лицо, а фактически имущество годами находится во владении другого без надлежащего оформления. Такая ситуация весьма распространена в практике хозяйственной деятельности публично-правовых субъектов: государства, муниципальных

¹ Напр.: Маковский А. Нет предела совершенству // ЭЖ – юрист. 2002. № 13. С. 2.

² См., к примеру: Петров Е. Ю. К вопросу о публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Цивилистические записки. Межвузовские труды. М.: Статут, 2001. С. 220–234, или: Тузов Д. Приобретение имущества от неуправомоченного отчуждателя: сложный юридический состав или приобретательная давность? // Российская юстиция. 2003. № 6. С. 38–40, или: Ломидзе О., Ломидзе Э. Значение фактической передачи имущества собственнику при его отчуждении и проблемы восстановления собственником своего владения // Хозяйство и право. 2002. № 1. С. 101–106 и другие работы. Посвященных данной проблеме исследований очень много, надо полагать, обширная судебная практика на этот счет все больше убеждает специалистов в необходимости нормативного урегулирования существующих противоречий.

³ Имевшие место попытки внести изменения в Гражданский кодекс РФ в части защиты прав добросовестного приобретателя пока, как известно, успеха не имели. Так, предлагалось внести изменения в ст. 302 ГК РФ о введении абсолютной защиты приобретателя недвижимости, права на которую уже зарегистрированы в Государственном реестре. Авторы проекта предлагают сформулировать ст. 302 таким образом: «...предусмотреть, что в случае возмездного приобретения недвижимого имущества добросовестным приобретателем виндикация не допускается, а возмещение бывшему собственнику ущерба, причиненного действиями третьих лиц, производится в соответствии с системой государственного гарантирования». По сути дела, речь шла о неопровержимой презумпции законности действий добросовестного приобретателя. О содержании предлагаемых изменений тот же А. Маковский высказался так: «суть предлагаемых изменений закона надо расценивать как лишение собственника недвижимости права на ее виндикацию, то есть защиты, предусмотренной конституцией РФ» (Маковский А. Указ. соч. С. 2).

образований, особенно во взаимоотношениях между несколькими такими субъектами. И, конечно, классической, тысячи раз повторяющейся, стала проблема с отчуждением жилого помещения, принадлежащего на праве собственности одному лицу, другим без надлежащих к тому оснований. В этом случае отчуждаемая таким образом жилплощадь могла сменить в обороте несколько, иногда десятки приобретателей, а все совершенные сделки в этом случае признавались ничтожными. Нарушения прав огромного количества приобретателей стали предметом рассмотрения законодателя, поскольку уже давно стало очевидно, что вопрос требует того или иного разрешения¹. Необходимость в урегулировании сложившейся ситуации была вызвана еще и тем, что фактический владелец имущества, не будучи полностью уверен в прочности и гарантированности своих прав, не заинтересован принимать меры к сохранению имущества, поддержанию его в надлежащем состоянии. Кроме того, возникали сложности фискального и иного публичного характера. Принятию законодателем радикальных решений препятствовало и подсознательно присутствующее у большинства юристов небезосновательное убеждение, что признание прав добросовестного приобретателя может послужить отличным способом легализации незаконных сделок с недвижимым имуществом, и особенно – с жильем. Надо признать – небезосновательное суждение. Очевидно, что оформление приобретенного с нарушениями закона недвижимого имущества на третье лицо (с помощью любой возмездной сделки оно может перепродаваться третьим лицам десятки и даже сотни раз) создает благоприятную среду для нарушений закона. Как свидетельствует практика, невозможно доказать наличие сговора между незаконным приобретателем и так называемым третьим лицом (которое может быть вовсе не посторонним отчуждателем), которое это имущество впоследствии «приобретает». Ситуация во многом напоминала ту, что сложилась в отношении эвтаназии, а также отчасти в системе правового регулирования трансплантации органов и тканей человека. Правоведы вполне обоснованно боялись злоупотреблений, и страх перед ними перевешивал все возможные преимущества, которые могли быть принесены изменениями в соответствующие законы. В отношении сделок с недвижимым имуществом законодатель решился на серьезные перемены в этой области, однако гарантии прав граждан оказались номинальными.

¹ Об этом пишет и К. И. Скловский: «Видимо, избежать корректировки и дополнения Гражданского кодекса не удастся» (Скловский К. И. Отношения собственника с незаконным владельцем и приобретательная давность // Хозяйство и право. 2001. № 5. С. 116–119).

Таким образом, можно прийти к заключению, что центральный в данном случае и столь неоднозначно толкуемый практикой термин «переход права» может означать перемещение имущества, прав и т. д. от одного лица к другому, имеющее однозначный, четко направленный вектор движения, то есть определенную цель. Связанный с ним вопрос о преимущественной защите прав той или иной стороны в обязательстве может быть разрешен только путем разумного компромисса при условии, что государство возьмет на себя ответственность за законность обязательств.

Рассматривая государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, ее правовое значение и проблемы применения, представляется, необходимо определиться с несколькими моментами. Прежде чем подойти к рассмотрению собственно юридической и технической природы регистрации, требуется выяснить, что же представляет собой регистрационное действие в более широком аспекте этого явления? Утверждение (стигмат) права, его объективация вовне, демонстрация его свойств не только внутренних (т. е. конкретного содержания, качества привязанности, прикреплённости его к определенному лицу, его глубинной взаимосвязи с конкретной человеческой и (или) юридической личностью), но и противостоящих *личности* (в ее буквальном значении) внешних механизмов, не всегда приемлемых для одной личности, но необходимых для безопасности общества в целом и отдельных наиболее значимых его составляющих (например, имущественных устоев) механизмов. *Надличностный* характер регистрации нельзя ограничить только традиционными ссылками на общественную, социальную и экономическую значимость недвижимых объектов. Есть еще какие-то причины, заставляющие законодателя столь методично выделять недвижимые объекты среди других вещей. Думается, было бы недостаточным относить к ним только высокую стоимость и огромную роль недвижимости в экономической жизни. В этой связи представляется необходимым обратиться к свойствам недвижимости не только юридического или экономического, но и общегуманитарного характера.

Традиционная мифология опирается на трактовку земли (и, соответственно, тех объектов, что с ней связаны) как носительницы материнского начала¹. Во многих мифологических системах земля — граница, разделительная линия между мирами, некий знак ненаруши-

¹ Журавский Н. Недвижимость: истоки мифологии // Посев. 1997. № 1. С. 46–49.

мости и устойчивости миропорядка. Право собственности, и в первую очередь на землю, – внешнее выражение устойчивости положения субъекта, его, пусть и минимальной, автономности от внешнего мира¹. Более того, думается, что интерес законодателя к проблематике, связанной с недвижимостью, обусловлен состоянием общества, степенью столкновения в нем частно-правовых и публично-правовых интересов. Так, Г. Ф. Шершеневич, говоря об отсутствии института недвижимости в древнерусском праве, отмечает: «При редком населении, обширных пространствах земли, занимаемых им, громадных лесах, покрывавших почти всю Россию, существование частной собственности на землю представляется невероятным, потому что из-за земли не возникало никаких споров, которые в первобытном обществе составляют начало юридических определений»². Строго говоря, именно столкновение интересов вызывает потребность в подробной регламентации того или иного явления. Тот же Г. Ф. Шершеневич приводит интересный факт: прежде всего частная собственность установилась только для движимых вещей, носивших общее название «имения», то есть того, что можно взять (имати)³, то есть право собственности изначально воспринималось исключительно как граница от воздействия извне (захвата, завладения), разумеется, ни о каком разделении владения и собственности речь изначально не шла, такие нюансы появились намного позднее.

Если рассмотреть содержание современного Федерального закона «О государственной регистрации» и подзаконных актов (в том числе многочисленных инструкций и разъяснений региональных ре-

¹ Л. В. Щенникова приводит цитату из сатирического рассказа А. Бирса «Словарь Сатаны»: «Если земля – это часть суши, рассматриваемая как собственность, то она принадлежит А, Б и В. Отсюда следует вывод, что на ней уже нет места Г, Д и Е, которые еще народятся. Так что само их рождение, равно как и последующая жизнь, противозаконны» (Щенникова Л. В. Недвижимость: законодательные формулировки и концептуальные подходы // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 8).

К. И. Скловский исследует по этому поводу интересные материалы: «По первобытным и не знавшим исключения представлениям, все вещественное окружение человека было продолжением его личности, им самим (по известному выражению «продолжением его субъективности»). Например, египтяне обозначали собственность («дт», «джт») буквально как отнесенное к «плоти», к «самости» лица: «дом его плоти», «быки, скот, ослы его плоти» и т. д. Перепелкин, Ю. Я. Древний Египет. Хозяйство староегипетских вельмож. М.: Наука, 1988. А также: «В древневосточной модели мира вещь предстает связанной, соединенной с человеком» // Вейнберг И. П. Человек в культуре древнего Ближнего Востока. М.: Наука, 1986. С. 83.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: в 2 т. Т. 1. М. 1907. С. 239.

³ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 240.

гистрационных палат) в части, касающейся содержания регистрационных действий, и выяснить, что подлежит регистрации (служит для нее основанием), то можно заключить, что регистратор, внося запись о вещном праве в Государственный реестр, опирается на заключенные договоры и иные аналогичные документы, которые сами по себе несут правоустанавливающий характер. Регистрация же, как юридически значимое действие, играет подтверждающую роль.

В некоторых случаях момент возникновения права проявляется ярче. При наследовании регистрационному действию предшествует нотариальное оформление свидетельства о праве на наследство. Нотариальный орган (независимо от его статуса) при этом совершает действие от имени государства. То обстоятельство, что во всех этих примерах вышеуказанные органы выступают от имени государства или муниципального образования, свидетельствует не только об особой практической значимости оформляемых ими документов, но и сфере их действия. Для всех них характерна общеобязательность и публичный характер. В действующей Конституции РФ (в ст. 9) определен правовой статус земли и природных ресурсов: они «используются и охраняются как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории»¹. Таким образом, объекты, так или иначе связанные с землей, приобрели особый публично-правовой статус. Для более подробного рассмотрения существа публичного акта целесообразно будет обратиться к устоявшейся терминологии. Публичный – буквально «осуществляемый в присутствии публики, открытый, общественный, в противовес личному – принадлежащему отдельному лицу, не обществу, не государству»². Публичность права иначе можно определить как придание структуре вещного или обязательственного правоотношения качества общественной значимости и автономности от воли частных лиц.

Общий подход законодателя на этот счет определен в п. 3 ст. 2 ГК: «К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством»³. Таким образом, для таких отно-

¹ Конституция РФ. М.: Центризбирком РФ, 1993. С. 6.

² Ожегов С. Ю., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1993. С. 650, 910.

³ Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс. Ч. 1, ст. 2, п. 3. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

шений характерно подчинение лица требованиям органа публичной власти (публичной организации – в терминологии Л. Эннексеруса¹). Наиболее рельефно, по нашему мнению, публичность регистрационных действий проявляется во впервые включенном в российское законодательство принципе открытости информации о зарегистрированных правах. Особенно показательным в этом смысле то, что законодатель не устанавливает даже в порядке исключения юридической возможности для правообладателей сделать информацию о своих правах недоступной для заинтересованных лиц. При этом, к сожалению, не учитываются публично-правовые интересы другого рода: обеспечение общественной безопасности и предупреждение возможных правонарушений в сфере оборота недвижимого имущества. Последнее было бы необходимо для защиты прав наиболее слабых в социальном отношении лиц, например престарелых одиноких граждан, инвалидов и т. д. Несомненно, такого рода информация должна быть открытой для правоохранительных, налоговых и иных подобных органов, однако ее открытость для всех желающих нежелательна опять же с точки зрения общественных, публичных интересов, несмотря на то, что наличие свободного доступа к информации об объектах недвижимости и правах на нее способствует более активному использованию его в обороте (например, при его залоге)². В этом смысле, безусловно, прав Б. Гонгало, утверждающий, что «система нынешних регистрационных отношений сформировалась благодаря развитию залоговых обязательств»³. Строго говоря, о залоговой «составляющей» систем регистрации прав на недвижимость, или сделок с ней, или того и другого одновременно, говорят практически все авторы, от дореволюционных российских цивилистов до исследователей новейшего времени, а также некоторого ряда специалистов европейского (континентального) права⁴. Возвращаясь к вопросу о соотношении частно-

¹ Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М.: Иностранная литература, 1949. С. 30.

² Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С. 207–214.

³ Гонгало Б. Открытость сведений о регистрации прав на недвижимость // Закон. 1999. № 5. С. 21–22.

⁴ Подробнее об этом вопросе см., напр.: Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. М., 1997. С. 253; Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 199–201; Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: в 2 т. Т. 1. М., 1907. С. 238–252; Жюлио де ла Морандьер. Гражданское право Франции Т. 3. М.: Иностранная литература, 1961. С. 603; из работ современных авторов, исследующих данную проблематику, можно назвать: Болтанова Е. С. Операции с недвижимо-

правового и публично-правового начал в регистрации, нельзя не отметить следующее. Акт государственной регистрации дополняет правоотношения по поводу недвижимого имущества, возникшие до него на основании других юридических фактов (ранее мы указывали, что к ним относятся сделки, акты государственных и муниципальных органов и т. п.). С юридической точки зрения специфика недвижимого имущества как объекта проявляется в правах и обязанностях, возникающих в отношении него. В рассматриваемом случае обязательственное право уже существует к моменту регистрации, но для сторон в сделке. В этом случае оно носит частно-правовой характер. Качество обязательности для третьих лиц оно приобретает лишь после внесения сведений о нем в Государственный реестр прав и последующей выдачи Свидетельства о регистрации права. Как считает А. Эрделевский, регистрация необходима для вступления в силу самой сделки¹.

Регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним как юридический факт: ее значение и последствия. Введение в законодательство системы регистрации породило множество вопросов технико-юридического характера. В традиционную конструкцию гражданско-правовых договоров был включен новый элемент – «признание и подтверждение государством прав на недвижимое имущество и сделок с ним»². Данная формулировка предполагает, что права на недвижимость и сделки с нею уже существуют на момент их государственной регистрации, последняя лишь конституирует, «укрепляет» их – не случайно в этой связи, что в цивилистическую литературу возвращается само понятие «укрепление прав»³. Показателен в этом отношении тот факт, что в ряде случаев в законодательстве момент возникновения вещных прав на недвижимое имущество связывается не с моментом государственной регистрации, а с наступлением иных,

стью: купля-продажа, дарение, наследование, налогообложение. Ростов н/Д: Феникс, 2002. С. 40–69; Петров Е. Ю. Понятие, признаки и виды недвижимости // Цивилистические записки: Межвузовский сб. науч. трудов. Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. С. 183–202; Чубаров В. В. Вопросы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С. 145–173 и работы многих других авторов.

¹ Эрделевский А. М. Регистрация прав на недвижимость. Законность, 1997. № 11. С. 42–43.

² Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под общ. ред. П. В. Крашенинникова. Спарк, 1999. С. 39.

³ Чубаров В. В. Вопросы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С. 145.

прямо предусмотренных законом обстоятельств. Так, право собственности на недвижимое имущество у члена жилищно-строительного кооператива возникает с момента полной выплаты членом кооператива паевого взноса.

Логично было бы предположить, что аналогичное правило будет действовать и в отношении тех вещных прав на недвижимое имущество, которые возникли до момента совершения регистрации, и регистрация которых носит, скорее, правоподтверждающий, чем правоустанавливающий характер. К ним могут быть отнесены, по нашему мнению, права, возникшие до момента вступления в силу Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»; права, появившиеся в промежуток времени с момента вступления этого Закона в силу и до момента создания в соответствующем субъекте Федерации Департамента по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, а также права на недвижимое имущество, появившиеся в силу судебных решений или нотариально оформленных договоров. В последнем случае законодатель допускает, что для осуществления государственной регистрации достаточно волеизъявления одной из сторон по договору. Однако в этом случае прописана нормативно лишь ситуация, когда регистрируется договор, для которого нотариальное оформление не является обязательным по закону, однако стороны предпочли его оформить именно нотариально. Случаи регистрации договоров, в то же время требующих и обязательного нотариального оформления, законодателем не предусмотрены. В литературе существует мнение, что в отношении этой категории договоров должны применяться те же правила, что и в отношении не требующих нотариального оформления договоров, но удостоверенных именно таким образом¹.

Основаниями для проведения регистрации служат различные документы: договоры, судебные решения, акты государственных и муниципальных органов (в том числе приватизационные акты), свидетельства о праве на наследство и другие документы. Рассмотрим каждый из вышеперечисленных случаев оформления прав на недвижимое имущество до их государственной регистрации более подробно. Права на недвижимое имущество, установленные решением суда общей юрисдикции, арбитражного суда или третейского суда, подлежат государственной регистрации. Постановлением Пленума Высше-

¹ Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С 129.

го Арбитражного суда РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности других вещных прав» (п. 19) предусмотрена возможность признания судом права на недвижимое имущество в случае отсутствия его государственной регистрации¹. Таким образом, правоустанавливающий характер в этом случае будет носить решение соответствующей судебной инстанции, а правоподтверждающий – акт государственной регистрации.

Приватизация недвижимого имущества в хозяйственной сфере к настоящему времени регламентирована Федеральным законом от 12 декабря 2001 г. «О приватизации государственного и муниципального имущества», п. 3 ст. 28 которого устанавливает для договоров приватизации общий порядок перехода прав на недвижимое имущество. До вступления в силу этого Закона вопрос оставался неурегулированным, что порождало сложности в практической деятельности². По этой причине Пленум Высшего Арбитражного суда РФ в Постановлении от 2 декабря 1993 г. № 32 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий», анализируя практику по такого рода категориям дел, уточнил в п. 16: «В соответствии с пунктом 3 статьи 27 Закона Российской Федерации “О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации” право собственности на предприятие переходит от продавца к покупателю с момента регистрации договора купли-продажи в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. До принятия законодательства, устанавливающего порядок регистрации таких договоров купли-продажи, арбитражным судам следует исходить из того, что право собственности у покупателя возникает с момента внесения платежа в соответствии с условиями заключенного договора купли-продажи. Неосуществление регистрации такого договора не является основанием для признания его недействительным»³.

¹ Российская Федерация. Высший Арбитражный суд. Постановление Пленума. О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав от 25 февраля 1998 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² Жариков Ю. Г., Масевич М. Г. Недвижимое имущество: правовое регулирование: науч.-практ. пособие. М.: БЕК, 1997. С. 9.

³ Российская Федерация. Высший Арбитражный суд. Постановление Пленума. О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законо-

Сложным с точки зрения правовой природы актом является договор приватизации жилого помещения: в нем в качестве одного из элементов состава выступает акт государственного и муниципального органа, другим – является акт государственной регистрации. Ст. 7 Закона о приватизации жилищного фонда в РФ, требующая для возникновения права собственности на приватизируемое имущество регистрации договора передачи в муниципальном органе, специально не отменена. В то же время Закон о государственной регистрации понимает под регистрацией «юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав»¹. Следовательно, если опираться на буквальное значение дефиниций двух законов, государственная регистрация не заменяет собой регистрации договора передачи в муниципальном органе, а лишь выполняет все ту же подтверждающую функцию.

Особого рассмотрения требуют права, которые появились до 31 января 1998 года. Правовое значение регистрации прав на недвижимое имущество, возникших до введения в действие Федерального закона (оформленных как в соответствии с нормами федерального законодательства, т. е. нотариально с дополнительной регистрацией объекта недвижимости в БТИ и земельных комитетах, так и по правилам регионального и местного законодателя, в созданных в некоторых субъектах Федерации Регистрационных палатах, комитетах и т. д.), представляется нам следующим. Поскольку, как нами уже отмечалось, регистрация представляет собой двухкомпонентный юридический акт, а законодатель заранее оговорил действительность этих прав (п. 1 ст. 6 Закона), постольку применительно к случаям последующей их регистрации можно говорить именно о подтверждении права, но никак не о его признании, ведь в качестве юридически значимого акта признания права выступает сама дефиниция Закона. Кроме того, законодателем предусмотрено перспективное действие Закона: он касается лишь отношений, возникших после вступления его в силу; на ранее возникшие отношения он распространяется лишь по обязательствам, которые возникнут после вступления его в действие (п. 6 ст. 33 Закона).

дательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий. От 2 декабря 1993 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

¹ Российская Федерация. Законы. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним [принят 17 июня 1997 г.]. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

Регистрацию, фактически имевшую место до вступления в силу Федерального закона, подтверждают и сами инициаторы его принятия: «Регистрацию прав осуществляли органы Российского Фонда федерального имущества, Министерства государственного имущества РФ, Государственного комитета РФ по земельным вопросам и землеустройству, Государственного комитета по жилищной и строительной политике. Сложившийся порядок приводил к противоречивому ведомственному нормотворчеству, установлению “своих” правил регистрации»¹.

Нельзя не учитывать и то обстоятельство, что впервые формы государственной регистрации были предусмотрены в Указе Президента РФ от 28 февраля 1996 г. № 293 «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования»²; саму же регистрацию должны были осуществлять органы, осуществлявшие на дату издания Указа регистрацию и оформление документов о правах на недвижимое имущество. Соответствующие этим формам документы также признаются юридически действительными. Очевидно, что введение обязательной предварительной регистрации таких договоров было обусловлено необходимостью максимально оперативного формирования Государственного реестра прав на недвижимое имущество для обеспечения в первую очередь потребностей государства: контролирующих, фискальных, статистических. Тем самым очевиден вспомогательный, технический характер такой регистрации.

В этой связи представляется **необоснованным** осуществлявшееся на протяжении 5 лет после вступления в силу Федерального закона и детально прописанное распоряжениями глав администраций большинства субъектов Федерации взимание платы за государственную регистрацию права – за сугубо техническую работу, направленную на обеспечение публично-правовых интересов (сбор базы данных). В соответствии с Постановлением Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Феде-

¹ Степашин С. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество // Российская юстиция. 1998. № 3. С. 5–6. Он же. О создании единой системы регистрации прав на недвижимость и сделок с нею // Российский экономический журнал 1998. № 2. С. 58–60.

² Российская Федерация. Указ президента «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования» № 293 от 28 февраля 1996 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

рации»¹ (п. 1 Постановления) граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Ограничение гражданских прав допускается лишь на основании Федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Таким образом, положения, ограничивающие гражданские права физических и юридических лиц, которые содержатся в иных правовых актах (кроме федеральных законов), не подлежат применению. Наконец, лишь изменения, внесенные в Закон от 09.01.2003, урегулировали этот вопрос с исчерпывающей полнотой: при одновременной регистрации ранее возникших прав на недвижимое имущество и перехода (обременения) прав. Таким образом, дополнительная плата за регистрацию этих прав более не взимается, однако, если посмотреть на ситуацию с позиций строго юридических, и ранее имевшее место взимание платы за регистрацию **нельзя признать законным и обоснованным.**

Говоря о правах, юридическая природа регистрации которых представляется нам неоднородной, нельзя не заострить внимание и на проблеме регистрации прав, возникших в период с 31 января 1998 г. до момента создания в регионах и муниципальных образованиях Департаментов по регистрации прав на недвижимое имущество. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что сам законодатель предусмотрел, что система регистрирующих органов должна была создаваться в период с момента вступления Закона в силу до 1 января 2000 г.

Постановлением Правительства РФ от 1 ноября 1997 г. № 1378 «О мерах по реализации Федерального закона “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”» (в ред. Постановления Правительства РФ от 21.02.98 № 238, распоряжения Правительства РФ от 23.01.99 № 138-р) было установлено, что «до создания в субъектах Российской Федерации учреждений юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее именуются – учреждения юстиции по регистрации прав) определить уполномоченными федеральными органами исполнительной власти по обеспечению соблюдения правил ведения Еди-

¹ Российская Федерация. Верховный суд. Пленум. Высший Арбитражный суд. Пленум. О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. № 6 / 8. От 1 июля 1996 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

ного государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним органами технической инвентаризации и жилищными органами – Государственный комитет Российской Федерации по жилищной и строительной политике, органами по земельным ресурсам и землеустройству – Государственный комитет Российской Федерации по земельным ресурсам и землеустройству, органами по управлению государственным и муниципальным имуществом – Министерство государственного имущества Российской Федерации»¹. Принятое немногим позже Постановление Правительства РФ от 18.02.98 № 219 «Об утверждении Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним»² в п. 4 установило, что Правила ведения Единого государственного реестра прав применяются на территории РФ всеми органами, осуществляющими регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, начиная с даты введения в действие Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Таким образом, регистрационная деятельность органов, обязанных осуществлять регистрацию до момента создания в соответствующих субъектах Федерации Департаментов по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, была признана, что подкреплялось и существовавшей в тот момент регистрационной практикой³.

Кроме того, в ранее упоминавшемся нами Постановлении Правительства РФ № 237 «Об установлении централизуемой доли средств, получаемых в виде платы за регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним и за предоставление информации о зарегистрированных правах» от 21.02.98⁴ было фактически подтверждено, что до создания в субъектах Российской Федерации учреждений юстиции по государственной регистрации прав регистрацию осуществляли органы технической инвентаризации, жилищные орга-

¹ Российская Федерация. Правительство. Постановление. О мерах по реализации Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». № 378. От 1 ноября 1997 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² Российская Федерация. Правительство. Постановление. Об утверждении Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним. № 219. От 18 февраля 1998 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

³ Подробнее об этом см., напр.: Степашин С. О создании единой системы государственной регистрации права на недвижимость и сделок с нею // Российский экономический журнал. 1998. № 2. С. 58–60.

⁴ Российская Федерация. Правительство. Постановление. Об установлении централизуемой доли средств, получаемых в виде платы за регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним и за предоставление информации о зарегистрированных правах. № 237. От 21 февраля 1998 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

ны, органы по земельным ресурсам и землеустройству; органы по управлению государственным и муниципальным имуществом (в рассматриваемом Постановлении речь шла о перечислении на счет соответствующих ведомств части средств, получаемых в качестве платы за регистрацию). Таким образом, даже при отсутствии в соответствующем субъекте Федерации регистрирующих органов, подчиненных Министерству юстиции, юридически значимые действия, представлявшие собой государственную регистрацию, осуществлялись и имеют те же последствия, что и регистрация в филиалах Департаментов по регистрации прав в тех субъектах Федерации, где они уже были созданы. Следует учесть и то обстоятельство, что большая часть базовых нормативных актов по вопросам государственной регистрации и функционирования регистрирующих органов появилась в марте 1998 года и позднее, а значит, соответствующие Департаменты, а тем более их филиалы на местах объективно не могли быть созданы непосредственно после вступления Закона в силу, а значит, граждане не смогли бы соблюсти все требования Закона в отношении государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Закрепленная в вышеуказанном Постановлении Правительства от 1 ноября 1997 года обязанность по ведению Государственного реестра учреждениями БТИ, Земельными комитетами местных администраций и другими организациями на местах выполнялась далеко не всегда¹.

Государственная регистрация по своей правовой природе далеко не всегда тождественна форме соответствующих договоров: как известно, этот момент имеет и большое практическое значение для определения правовых последствий ее недействительности. Осложняет ситуацию и сложившийся к настоящему времени в судебной практике подход, требующий, чтобы суд при разрешении споров, хотя бы потенциально предполагающих признание государственной регистрации недействительной, рассматривал не только заявленное в исковых требованиях правовое основание, но и иные обстоятельства, которые могли бы быть использованы в этом качестве. Поскольку государственная регистрация – акт публично-правовой, то стандартные гражданско-правовые последствия ее недействительности можно применять только с опорой на ст. 153 ГК РФ, определяющую сделку как любые действия, направленные на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей. Но при этом нельзя

¹ См. напр.: Панин А. Закон о государственной регистрации прав на недвижимость и местное самоуправление // Российский экономический журнал. 1998. № 3 С. 110–111.

упускать из виду определенную условность такого подхода; скорее, мы применяем здесь право по аналогии, чем имеем в виду сделку в ее цивилистическом значении. При этом последствия недействительности регистрации должны быть прямо прописаны в судебном решении. Представляется, что содержащаяся при этом в судебном решении формулировка должна опираться не столько на нормы о последствиях недействительности сделок, сколько в большей степени – на нормы публично-правового характера о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Кроме того, в этом случае недопустимо в одном решении смешивать несколько правовых способов для защиты права, например, признание недействительным акта государственного органа, признание оспоримой сделки недействительной и т. д. По этой причине признание недействительным акта государственной регистрации и признание недействительным свидетельства о государственной регистрации права – это разные по правовой природе способы защиты гражданских прав, хотя их правовые основания могут и совпадать¹.

В конце 2004 г. в ст. 223 ГК РФ были внесены изменения, породившие множество осложнений. Приходится признать, что принятые изменения по своей природе носят фрагментарный характер, не учитывают ряд не только других гражданско-правовых норм, но и требования ряда правовых институтов: так, норма ст. 223 ГК РФ не согласована с нормами о недействительности сделок, с нормами о неосновательном обогащении. В законодательстве не разрешен вопрос о том, какое место в нем займет механизм приобретения права собственности на недвижимое имущество добросовестным возмездным приобретателем при отчуждении последнего неуправомоченным лицом. Поскольку согласно п. 1 ст. 235 ГК РФ право собственности может прекращаться лишь по основаниям, предусмотренным законом. Отказ в удовлетворении виндикационного иска собственника такого имущества к добросовестному приобретателю не является основанием для прекращения права собственности на спорное имущество у собственника и основанием возникновения права собственности у добросовестного приобретателя. Более того, буквальное содержание ст. 223 ГК РФ устанавливает не основания возникновения права собственности, а лишь определяет момент возникновения такого права у приобретателя по договору.

¹ Подробнее об этом см.: Постановление Федерального Арбитражного суда Московского округа по кассационной инстанции по проверке законности и обоснованности решений (определений, постановлений) арбитражных судов, вступивших в законную силу от 30 мая 2005 г., от 20 мая 2005 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

Кроме того, отсутствует четкое понимание того, кого же следует считать добросовестным приобретателем, поскольку применительно к недвижимому имуществу особую роль играет государственная регистрация перехода права на него, причем от того, осуществлена такая регистрация на момент подачи соответствующего иска или нет, будет зависеть и возможность удовлетворения иска¹.

Содержание регистрационных действий. Отдельного рассмотрения требует проблема содержания регистрационных действий. Поскольку современное российское законодательство не определяет конкретно виды регистрации, предполагает не совсем обычную для мировой регистрационной практики «двойную» государственную регистрацию, включающую в себя не просто «регистрацию перехода прав» (как, на первый взгляд, можно было бы заключить, основываясь на буквальном прочтении законодательства), а отдельные регистрационные действия по признанию и подтверждению государством не только самих прав, но и порождающих эти права обязательственных правоотношений. В этом случае наиболее ярко проявляет себя различие вещных и обязательственных правоотношений.

Договор и регистрация четко разделены Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 25.02.98 № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», в п. 14 которого подчеркнуто, что «Отсутствие государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость не является основанием для признания недействительным договора продажи недвижимости»². При этом Пленум отметил, что «...до государственной регистрации перехода права собственности по договору продажи недвижимости покупатель не вправе распоряжаться данным имуществом, поскольку право собственности на это имущество до государственной регистрации сохраняется за продавцом»³ и в то же время: «после передачи недвижимого имущества покупателю, но до государственной регистрации перехода

¹ Подробнее об этом см.: Российская Федерация. Федеральный Арбитражный суд Московского округа. Постановление Федерального Арбитражного суда Московского округа по кассационной инстанции по проверке законности и обоснованности решений (определений, постановлений) арбитражных судов, вступивших в законную силу от 10 июня 2005 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² Российская Федерация. Высший Арбитражный суд. Пленум. Постановление. О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав. № 8. От 25 февраля 1998 г. «КонсультантПлюс». Версия Проф.

³ «КонсультантПлюс». Версия Проф.

права собственности продавец также не вправе им распоряжаться, поскольку указанное имущество служит предметом исполненного продавцом обязательства, возникшего из договора продажи, а покупатель является его законным владельцем»¹. Все вышеизложенное порождает вопросы: каковы в таком случае правовые последствия исполнения договора (вещные они или обязательственные)?

Иногда исследователи не разделяют вещных и обязательственных правоотношений и рассматривают проблему в категориях сделок, что, впрочем, не влияет на существо подхода к проблеме. Так, например, А. М. Эрделевский пишет: «Отличие регистрации прав на недвижимость от регистрации сделок с ней заключается в том, что в первом случае сделка уже действует и регистрация необходима для того, чтобы во исполнение этой сделки произошел переход прав на недвижимое имущество, а во втором случае регистрация необходима для вступления в силу самой сделки»².

Обращает на себя внимание и то обстоятельство, что в действующем законодательстве отсутствует четкий перечень сделок, подлежащих государственной регистрации (в то же время категории прав на недвижимое имущество, подлежащих государственной регистрации, определены в статье Гражданского кодекса в виде закрытого перечня, расширение которого допускается лишь «в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными законами»). Особую сложность в этом случае составляет правовая природа договоров, не требующих регистрации их именно как сделок. В цивилистической литературе на этот счет существуют разнообразные мнения. Так, Е. С. Болтанова пишет: «В соответствии с п. 2 ст. 223 ГК право собственности у приобретателя по договору, который является производным способом приобретения прав, возникает с момента государственной регистрации отчуждения имущества, если иное не установлено законом. Статья 551 прямо предусматривает необходимость государственной регистрации перехода права собственности, поэтому до такой регистрации собственник (продавец) недвижимости сохраняет за собой все права на это имущество, даже если договорное обязательство выполнено полностью и предмет передан покупателю по договору. Эта норма четко разграничивает обязательственно-правовое требование, вытекающее из договора, и вещное право собственности,

¹ «КонсультантПлюс». Версия Проф.

² Эрделевский А. М. Регистрация прав на недвижимость // Законность. 1997. № 11. С. 24–26.

возникающее из договора с момента государственной регистрации права»¹.

Таким образом, обязательственные права в отношении недвижимого имущества уже существуют на момент регистрации перехода права. В этом случае требует анализа правовая природа исполненного обязательства: действительно ли оно с неизбежностью порождает вещные права или его роль более скромна – служить одним из двух элементов объемного юридического состава, включающего в себя собственно обязательство (материально-правовой элемент) и акт укрепления права, в рассматриваемом нами случае – государственную регистрацию (процессуальный аспект). Регистрация сделок представляется более сложным юридическим действием именно по своему существу (а не по техническому оформлению). Поскольку сделка, в первую очередь, волевое действие, имеющее направленность к достижению того или иного правового результата, то любое публично-правовое вмешательство (например, закрепление ее содержания в виде регистрационной записи в Реестре, получение согласия органов опеки и попечительства на совершение сделки в отношении жилья) означает, что в своем изначальном (незарегистрированном) виде воля в сделке недостаточно устойчива или государство в целях защиты тех или иных социально значимых интересов презюмирует неполноценность волевого момента сделки. Если же государство в лице законодателя признает действительность сделки в силу самого факта выражения ее вовне в установленной форме, регистрация перехода права означает существование другой презумпции – полной юридической правомерности всех элементов сделки, в том числе и волевого. В этом случае регистрация приближается к действиям технического характера.

Отсутствие правоустанавливающего характера такой регистрации изначально было предусмотрено ч. 2 ст. 551 ГК РФ. В ней, в частности, указано, что «исполнение договора продажи недвижимости сторонами до государственной регистрации перехода права собственности не является основанием для изменения их отношений с третьими лицами». Иначе говоря, общий для сделок с недвижимостью правовой режим предполагает их законность, действительность в качестве юридического факта (за изъятиями, прямо предусмотренными законодательством: договоров дарения недвижимого имущества и т. д.). Переход же права, его принадлежность новому правообладателю тре-

¹ Болтанова Е. С. Понятие и правовой режим недвижимости // Журнал российского права. 1999. № 5/6. С. 86.

бует государственной регистрации. Иначе говоря, в правовую систему России де-факто возвращается процедура укрепления прав, известная еще дореволюционному законодательству, или иначе: «установление внешнего знака, свидетельствующего о существовании права»¹.

С учетом всего вышеизложенного можно заключить, что правоустанавливающий характер в отношении объектов недвижимого имущества имеет лишь регистрация вещных прав, прямо предусмотренных Гражданским кодексом (еще раз отметим, что их перечень предусмотрен законодателем как закрытый) и регистрация сделок в случаях, прямо предусмотренных законодательством.

Если исходить именно из таких предположений и рассмотреть ситуацию с точки зрения ее документального оформления, то обнаруживается, что все далеко не так просто, например, для договора купли-продажи недвижимого имущества. Согласно ст. 550 ГК РФ он должен быть заключен в письменной форме под страхом его недействительности. В то же время обязательной государственной регистрации самого договора купли-продажи законодатель не предусмотрел. Речь идет только о регистрации перехода (последний термин также дает возможность неоднозначного истолкования) права собственности на недвижимое имущество. Отсюда можно было бы сделать вывод, что договор купли-продажи вступает в силу с момента подписания сторонами единого документа и не требует специальной регистрации. Но в таком случае, как справедливо утверждает А. М. Эрделевский, «возможность разных толкований все-таки остается, а на практике в вопросах, связанных с недвижимостью, необходима максимальная определенность»². Неясность природы этих отношений порождает даже такое предложение: «...если в подзаконных актах, которые будут приняты до вступления Закона в силу, не будет внесена полная ясность в затронутый вопрос, можно рекомендовать при регистрации перехода права по договору купли-продажи недвижимости требовать регистрации и самого договора»³. Последнее, по нашему мнению, неприемлемо, так как, несмотря на некоторое сходство процедуры регистрации сделок в отношении недвижимого имущества и регистрации вещных прав на него, правовая природа (здесь

¹ Подробнее об этом см.: Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. М., 1997. С. 252.

² Эрделевский А. М. Регистрация прав на недвижимость // Законность. 1997. № 11. С. 24–26.

³ Там же. С. 26.

понимается нами как значение, правовой результат) и содержание этих регистрационных действий (то есть фактически совершаемые действия) существенно различаются. Кроме того, законодатель говорит о том, что «государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права». Существование же двойной регистрации ставит под сомнение доказательственную ценность регистрации как таковой.

Последний факт позволяет усомниться и в справедливости двойственной природы регистрации: поскольку буквально по смыслу Закона нельзя заключить, о каких именно правах идет речь – вещных или вытекающих из договора обязательственных, то можно сделать логический вывод, что для доказывания в принципе достаточно одного регистрационного действия, в рамках которого сведения как об обязательстве, так и вытекающих из него правах будут относиться к разным графам Государственного реестра. С точки зрения юридических последствий «эти две формы друг друга не повторяют. Законодатель исходит из принципа достаточности однократной проверки и подтверждения прав на недвижимость»¹.

Ранее нами уже отмечалось, что действующий Закон о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним², Гражданский кодекс, разделяя регистрацию прав и регистрацию сделок, не проводят разграничения между ними в процедурном, техническом плане. Это обстоятельство дает основание предположить, что одним из подходов законодателя постепенно становится «стирание граней» между юридической и технической деятельностью в сфере регистрации. Если к тому же учесть, что в будущем предполагается передать Департаментам по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним и функции регистрации юридических лиц, то объяснимо лояльное отношение законодателя к терминам («регистрация прав на недвижимое имущество» и «регистрация имущества»), которые одновременно используются в общей части Гражданского кодекса). В п. 2 Постановления Правительства РФ от 1 ноября 1997 г. № 1378 «О мерах по реализации Федерального закона “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”» предусмотрено создание Межведомственной комиссии по разработке

¹ Чубаров В. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Закон. 1999. № 5. С. 110.

² Российская Федерация. Законы. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. [Принят 17 июня 1997 г.] «КонсультантПлюс». Версия Проф.

мероприятий, связанных с деятельностью учреждений юстиции по регистрации прав и органов по учету объектов недвижимого имущества в системе государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Среди других государственных органов, включаемых в комиссию, указывается и Государственный комитет Российской Федерации по жилищной и строительной политике. Надо полагать, государство в будущем планирует сосредоточить под юрисдикцией Минюста не только регистрацию прав на объекты недвижимости, но и самих этих объектов (то есть функции, в настоящее время осуществляемые Бюро технической инвентаризации и другими подобными органами). В этом случае становятся объяснимыми уже упомянутые «ошибки» законодателя: в ст. 131 ГК РФ, в самом названии которой речь идет о регистрации недвижимости, а не прав на нее; в ст. 164 ГК, рассматривающей только регистрацию сделок. Думается, что при разработке Гражданского кодекса законодатель, разумеется и не предполагал, что граница между технической и юридической сторонами регистрации окажется столь «прозрачной», но, вероятно, это тот случай, когда несоответствия между нормами свидетельствуют о намерениях законодателя.

Строго говоря, любая правоустанавливающая (правоизменяющая, прекращающая) запись представляет собой не копию самого объекта, а его условный произвольный знак (иероглиф), что, например, имеет значение для его алгоритмизации и обобщения в машиночитаемой и иной условной форме.

В историческом контексте большинство известных современному праву вообще и цивилистике в частности юридически значимых действий в своем внешнем выражении утратили обрядово-символический характер, однако символичность тем не менее сохраняется в смысле условности права, его зависимости от различных оснований. С точки зрения формально-юридической условность права на недвижимый объект (главным образом – жилой) означает зависимость его от предшествующих прав. Как основополагающий принцип гражданского законодательства, она приобрела в современных условиях своеобразные очертания. Не случайно в этой связи, несмотря на презумпцию законности совершаемых регистрационных действий, законодатель все-таки допускает возможность признания регистрационной записи недействительной: в соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 2 Федерального закона о государственной регистрации зарегистрированное право на недвижимое имущество может быть оспорено только в судебном порядке.

На тот факт, что современное субъективное право на объекты недвижимости не является абстрактным по своей природе (то есть автономным от предшествующих прав), обращали внимание многие исследователи¹. При этом упор делается на неудобство такого подхода для правоприменительной практики, для развития экономических отношений. Отмечается, что «...усиление формального момента, объективное для развитого оборота, где невозможно отследить и проконтролировать всю цепочку перехода прав, не уничтожает, а только ограничивает в целях прочности оборота непоколебимость вещных прав от внешних обстоятельств»².

Вероятно, подобный подход обусловлен существованием практики западных государств, в соответствии с которой иногда действительно предполагается законность и неопровержимость зарегистрированных в установленном порядке прав: «Обычно подразумевается, что продавец гарантирует наличие у него правового титула на проданную собственность. Даже если обе стороны вступают в договор при наличии ошибочного убеждения в отношении правового титула продавца, договор является действительным и продавец может быть обязан возместить убытки»³. Особенно яркий пример такого подхода демонстрирует регистрационная система Роберта Торренса: она требует для вступления в силу прав на объекты недвижимого имущества их обязательной государственной регистрации. Система Торренса исключает необходимость в «*titlere search*» (так называемой перепроверки полномочий предыдущих индоссаментов), то есть в воспроизводстве истории всех владельцев недвижимости. Это отличает ее от тех систем регистрации, где выполнение этой процедуры обязательно, так как иначе приобретателю (кредитору) не могут быть гарантированы их права на собственность⁴.

Результатом регистрации система Торренса предусматривает выдачу зарегистрированному владельцу *Certificate of Title*. Вместе с

¹ См., напр.: Петров Е. Ю. К вопросу о публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // *Цивилистические записки. Межвузовский сб. науч. трудов.* М.: Статут, 2001. С. 220–233; Рахмилов В. А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (К вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) // *Проблемы современного гражданского права.* М., 2000. С. 143.

² Петров Е. Ю. Указ. соч. С. 225.

³ *Контрактное право: Мировая практика. Собрание документов в 3 т. Т. 3.* / под ред. и с предисл. Петровой Г. В. Недвижимость. М.: Изд. дом Имидж-Сет, 1992. С. 17.

⁴ Павлов П. Организационно-правовые проблемы регистрации прав на недвижимое имущество // *Закон.* № 8. 1994. С. 84.

тем столь высокие гарантии прав приобретателя недвижимости подкрепляются в этой системе тем, что она устанавливает обязательное возмещение ему за счет государства убытков, причиненных в результате неправильной регистрации прав на недвижимое имущество даже при отсутствии виновности служащего. Сатисфакция ущерба производится из фонда возмещения, формируемого за счет средств, полученных при взимании пошлин за регистрацию прав. Безусловно, система Торренса обеспечивает надежность прав лиц, участвующих в сделках с недвижимостью. Однако в современном мире она не получила широкого распространения вследствие высокой стоимости ее поддержания для государства (система получила распространение в Австралии, очень ограничено – в США и некоторых других странах). Современный российский законодатель взял на себя частичное возмещение (в пределах далекой от реальности суммы в 1 миллион рублей). Таким образом, государство избавило так называемого добросовестного приобретателя от опасности утраты им прав на приобретенное имущество (гарантия, впрочем, весьма относительная: законодатель предусмотрел, что данная норма вступает в силу с 2020 г., при этом для получения от государства компенсации пострадавшие должны доказать невозможность разрешения их ситуации иным способом, предусмотрен и ряд других дополнительных процедурных требований, которые участники оборота не всегда смогут выполнить), но не гарантировало в полной мере защиту интересов собственников, которые могут пострадать от незаконных действий. Изложенная в тексте нового Федерального закона РФ «О государственной регистрации недвижимости» возможность выплаты компенсации представляется непродуманной и нереалистичной. Уже сейчас, до вступления Федерального закона в действие, очевидно, что применять ее на практике будет невозможно или почти невозможно, практика же применения этой нормы наверняка выявит и другие проблемы с реализацией права потерпевших на получение компенсации за утраченное жилье.

Авторский коллектив

Абдрашитов Вагип Мнирович, доцент кафедры международного права и прав человека Волгоградского государственного университета, канд. юрид. наук

Баринов Сергей Владимирович, преподаватель филиала ВУНЦ ВВС «ВВА имени проф. Н. Е. Жуковского и Ю. А. Гагарина», канд. юрид. наук, доцент

Владыкина Татьяна Анатольевна, доцент кафедры уголовного и уголовно-процессуального права Уральского института коммерции и права, канд. юрид. наук

Демин Александр Васильевич, профессор кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Юридического института Сибирского федерального университета, доктор юрид. наук, доцент

Деменишин Андрей Витальевич, старший преподаватель кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета

Дианова Виктория Юрьевна, студент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета

Зайцева Елена Рудольфовна, доцент кафедры конституционного, административного и муниципального права Юридического института Сибирского федерального университета, канд. юрид. наук, доцент

Исаева Анастасия Александровна, старший преподаватель кафедры конституционного и международного права Юридического института Томского государственного университета, канд. юрид. наук

Краснова Виктория Александровна, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Макарчук Иван Юрьевич, заместитель начальника административно-правового управления Сибирского федерального университета

Михалева Анастасия Евгеньевна, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Панченко Владислав Юрьевич, доцент кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета, канд. юрид. наук

Петров Александр Александрович, доцент кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета, канд. юрид. наук

Пикулева Ирина Владимировна, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Сабиров Артем Маратович, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Тепляшин Иван Владимирович, доцент кафедры конституционного, административного и муниципального права Юридического института Сибирского федерального университета, канд. юрид. наук

Толстых Анна Степановна, старший преподаватель кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета

Черкасов Валерий Николаевич, первый заместитель главного редактора журнала «Информационная безопасность регионов», Саратовский социально-экономический институт, канд. техн. наук, доктор экон. наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ

Хилюта Вадим Владимирович, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Гродненского государственного университета им. Я. Купалы, канд. юрид. наук, доцент

Шапран Никита Владиславович, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Шеметова Наталья Юрьевна, адвокат, Иркутская область

Шинкевич Дарья Сергеевна, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Шушпанов Константин Сергеевич, стажер-исследователь Юридического института Сибирского федерального университета

Юлдошев Рифат Рахмаджонович, начальник организационно-научного и редакционно-издательского отдела, доцент кафедры уголовного процесса факультета № 2 Академии МВД Таджикистана, канд. юрид. наук, майор милиции

Научное издание

Коллектив авторов:

Абдрашитов В. М., Баринов С. В., Владыкина Т. А.,
Деменишин А. В., Демин А. В., Дианова В. Ю., Зайцева Е. Р.,
Исаева А. А., Краснова В. А., Макарчук И. Ю., Михалева А. Е.,
Панченко В. Ю., Петров А. А., Пикулева И. В., Сабиров А. М.,
Тепляшин И. В., Толстых А. С., Хилюта В. В., Черкасов В. Н.,
Шапран Н. В., Шеметова Н. Ю., Шинкевич Д. С.,
Шушпанов К. С., Юлдошев Р. Р.

**Юридические препятствия
в реализации прав и законных интересов:
вопросы идентификации и преодоления**

Монография

Редактор Л. А. Киселева
Компьютерная верстка И. В. Гревцовой

Подписано в печать 18.08.2016. Печать плоская
Формат 60×84/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 24,75
Тираж 500 экз. Заказ № 885

Библиотечно-издательский комплекс
Сибирского федерального университета
660041, Красноярск, пр. Свободный, 82а
Тел. (391) 206-26-67; <http://bik.sfu-kras.ru>
E-mail: publishing_house@sfu-kras.ru