

ISSN 2412-8228

№ 7 (9)

2016

ИЮЛЬ

ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

• СВИДЕТЕЛЬСТВО РОСКОМНАДЗОРА ПИ № ФС 77 - 62020 •



ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ № 7 (9) 2016



ИЗДАТЕЛЬСТВО «ПРОБЛЕМЫ НАУКИ»
WWW.SCIENCEPROBLEMS.RU
ЖУРНАЛ: WWW.LEGALSCIENCE.RU



Отечественная
юриспруденция
№ 7 (9), 2016

Москва
2016



Отечественная юриспруденция

№ 7 (9), 2016

НАУЧНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР: Вальцев С.В.

Зам. главного редактора: Котлова А.С.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

Чиладзе Г.Б. (д-р юрид. наук, Грузия), *Губарева Т.И.* (канд. юрид. наук, Россия), *Жамулдинов В.Н.* (канд. юрид. наук, Россия), *Упоров И.В.* (канд. юрид. наук, д-р ист. наук, Россия).

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Абдуллаев К.Н. (д-р филос. по экон., Азербайджанская Республика), *Алиева В.Р.* (канд. филос. наук, Узбекистан), *Акбулаев Н.Н.* (д-р экон. наук, Азербайджанская Республика), *Аликулов С.Р.* (д-р техн. наук, Узбекистан), *Ананьева Е.П.* (канд. филос. наук, Украина), *Асатурова А.В.* (канд. мед. наук, Россия), *Аскарходжаев Н.А.* (канд. биол. наук, Узбекистан), *Байтасов Р.Р.* (канд. с.-х. наук, Белоруссия), *Бакиев И.В.* (канд. наук по физ. воспитанию и спорту, Украина), *Бахор Т.А.* (канд. филол. наук, Россия), *Баулина М.В.* (канд. пед. наук, Россия), *Блейх Н.О.* (д-р ист. наук, канд. пед. наук, Россия), *Богомолов А.В.* (канд. техн. наук, Россия), *Волков А.Ю.* (д-р экон. наук, Россия), *Гавриленкова И.В.* (канд. пед. наук, Россия), *Гарагонич В.В.* (д-р ист. наук, Украина), *Глуценко А.Г.* (д-р физ.-мат. наук, Россия), *Гринченко В.А.* (канд. техн. наук, Россия), *Губарева Т.И.* (канд. юрид. наук, Россия), *Гутикочва А.В.* (канд. филол. наук, Украина), *Датий А.В.* (д-р мед. наук, Россия), *Демчук Н.И.* (канд. экон. наук, Украина), *Дивненко О.В.* (канд. пед. наук, Россия), *Доленко Г.Н.* (д-р хим. наук, Россия), *Есенова К.У.* (д-р филол. наук, Казахстан), *Жамулдинов В.Н.* (канд. юрид. наук, Россия), *Жолдошев С. Т.* (д-р мед. наук, Кыргызская Республика), *Ильинских Н.Н.* (д-р биол. наук, Россия), *Кайракбаев А.К.* (канд. физ.-мат. наук, Казахстан), *Кафтаева М.В.* (д-р техн. наук, Россия), *Кобланов Ж.Т.* (канд. филол. наук, Казахстан), *Ковалёв М.Н.* (канд. экон. наук, Белоруссия), *Кравцова Т.М.* (канд. психол. наук, Казахстан), *Кузьмин С.Б.* (д-р геогр. наук, Россия), *Курманбаева М.С.* (д-р биол. наук, Казахстан), *Курпаяниди К.И.* (канд. экон. наук, Узбекистан), *Линькова-Даниельс Н.А.* (канд. пед. наук, Австралия), *Макаров А. Н.* (д-р филол. наук, Россия), *Маслов Д.В.* (канд. экон. наук, Россия), *Мацаренко Т.Н.* (канд. пед. наук, Россия), *Мейманов Б.К.* (д-р экон. наук, Кыргызская Республика), *Назаров Р.Р.* (канд. филос. наук, Узбекистан), *Наумов В. А.* (д-р техн. наук, Россия), *Овчинников Ю.Д.* (канд. техн. наук, Россия), *Петров В.О.* (д-р искусствоведения, Россия), *Розьходжаева Г.А.* (д-р мед. наук, Узбекистан), *Самков А. В.* (д-р техн. наук, Россия), *Саньков П.Н.* (канд. техн. наук, Украина), *Селитренникова Т.А.* (канд. пед. наук, Россия), *Сибирцев В.А.* (д-р экон. наук, Россия), *Скрипко Т.А.* (канд. экон. наук, Украина), *Сопов А.В.* (д-р ист. наук, Россия), *Стрекалов В.Н.* (д-р физ.-мат. наук, Россия), *Стукаленко Н.М.* (д-р пед. наук, Казахстан), *Субачев Ю.В.* (канд. техн. наук, Россия), *Сулейманов С.Ф.* (канд. мед. наук, Узбекистан), *Трезуб И.В.* (д-р экон. наук, канд. техн. наук, Россия), *Упоров И.В.* (канд. юрид. наук, д-р ист. наук, Россия), *Федоськина Л.А.* (канд. экон. наук, Россия), *Цуцудян С.В.* (канд. экон. наук, Россия), *Чиладзе Г.Б.* (д-р юрид. наук, Грузия), *Шамишина И.Г.* (канд. пед. наук, Россия), *Шаритов М.С.* (канд. техн. наук, Узбекистан), *Шевко Д.Г.* (канд. техн. наук, Россия).

Выходит 12 раз в год

Подписано в печать:
22.07.2016

Дата выхода в свет:
26.07.2016

Формат 70x100/16.
Бумага офсетная.
Гарнитура «Таймс».
Печать офсетная.
Усл. печ. л. 7,96
Тираж 1 000 экз.
Заказ № 762

**Территория
распространения:
зарубежные страны,
Российская
Федерация**

ТИПОГРАФИЯ
ООО «ПресСто».
153025, г. Иваново,
ул. Дзержинского, 39,
оф. 307

ИЗДАТЕЛЬ
ООО «Олимп»
153002, г. Иваново,
Жиделева, д. 19

ИЗДАТЕЛЬСТВО
«Проблемы науки»

Свободная цена

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

153008, РФ, г. Иваново, ул. Лежневская, д.55, 4 этаж
Тел.: +7 (910) 690-15-09.

<http://legalscience.ru> e-mail: admbestsite@yandex.ru

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых
коммуникаций (Роскомнадзор) Свидетельство ПИ № ФС 77-62020.

Редакция не всегда разделяет мнение авторов статей, опубликованных в журнале
Учредитель: Вальцев Сергей Витальевич

© Отечественная юриспруденция / 2016

Содержание

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО; МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО	5
<i>Петербургский М. Ю.</i> Новый текстуализм Антонина Скалиа.....	5
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО; ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО; СЕМЕЙНОЕ ПРАВО; МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО.....	9
<i>Гончаров Р. В.</i> Критерии добросовестности в гражданском праве Российской Федерации.....	9
<i>Жданова А. А.</i> К вопросу об улучшении арендованного имущества	11
<i>Очеретный И. С.</i> Юридическая ответственность.....	13
<i>Бердинских Д. А.</i> Некоторые вопросы наследования прав в связи с участием в деятельности Обществ с ограниченной ответственностью.....	17
<i>Кондратьева В. А.</i> Особенности заключения и содержания договора международной купли-продажи	21
<i>Якушева Е. А.</i> Корпоративный договор в международном частном праве: проблемные аспекты.....	28
<i>Нуруллаев Р. Р.</i> Проблемы исполнения решений Европейского суда по правам человека в Российской Федерации	34
<i>Кузьменко Э. О.</i> Общественные объединения как институт гражданского общества в России.....	36
<i>Еремин В. В., Иxonкина Ю. В., Цанава Б. З.</i> Перспективы создания единого правового пространства для реализации проектов государственно-частного партнерства в рамках ЕАЭС	38
УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ; УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО	44
<i>Жамулдинов В. Н., Кабжамитов О. Т.</i> Следственный изолятор как основное место содержания под стражей: сравнительно-правовой анализ	44
<i>Fu Tianqi.</i> Comparison of constitution of complicity in unity and departure system - with perspective of indirect Principal	46
<i>Малаев А. П.</i> Мотив национальной ненависти или вражды: проблема юридической идентификации термина	53
УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА; ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ.....	62
<i>Середнев В. А.</i> К вопросу понятия «правá» и «обязанности»: сравнительный анализ в либеральном западном и традиционном русском сознании (рассмотрение через систему уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности).....	62
МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО; ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО.....	70
<i>Атальянц О. А., Голубкина К. В.</i> Государственный портовый контроль: международный и национальный аспекты	70

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР, ОРГАНИЗАЦИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	75
<i>Беляков П. А.</i> Международное сотрудничество как вид деятельности прокурора по защите права граждан на обращение в органы публичной власти	75
АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, ФИНАНСОВОЕ ПРАВО, ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО	79
<i>Евдокименко Ю. А., Костылев А. К.</i> Некоторые аспекты правового регулирования деятельности кадастровых инженеров в Российской Федерации.....	79
<i>Скобникова К. А.</i> К вопросу о презумпции добросовестности налогоплательщика	86
ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС; АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС.....	94
<i>Киреев Д. В.</i> Реализация прав сторон и их представителей при осуществлении доказывания в арбитражном судопроизводстве.....	94

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО; МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Новый текстуализм Антонина Скалиа Петербургский М. Ю.

*Петербургский Михаил Юрьевич / Peterburgsky Mikhail Yurievich – бакалавр,
факультет права,
Национальный исследовательский университет
Высшая школа экономики, г. Москва*

Аннотация: в статье обзревается суть текстуального толкования нормативных актов и дается краткий экскурс в историю явления в разрезе профессиональной биографии судьи Верховного Суда США Антонина Скалиа. Проводится краткий анализ современных тенденций к толкованию закона либеральным и консервативным альянсами судей Верховного Суда США.

Abstract: in the article the textual interpretation of the regulations is surveyed and the author gives a brief excursion into the history of the phenomenon in the context of professional biography of the judge Antonin Scalia (US Supreme Court). A brief analysis of current trends in the interpretation of the law by the liberal and conservative alliances of the US Supreme Court is also given.

Ключевые слова: текстуализм, ориджинализм, судейский активизм, толкование права, интерпретивизм.

Keywords: textualism, originalism, judicial activism, the interpretation of law, interpretivism.

13 февраля 2016 года в Техасе скончался 79-летний Антонин Скалиа – выдающийся ученый правовед и ключевая фигура консервативного альянса в Верховном Суде США. Антонин Скалиа был назначен на пост судьи Верховного Суда Рональдом Рейганом в 1986 году и занимал свой пост дольше, чем все остальные его коллеги; кроме того, он стал первым в США италоамериканцем, пополнившим состав высшего судебного органа Соединенных Штатов.

Антонин Скалиа являлся одним из наиболее ярких сторонников теории так называемого «нового текстуализма», строгого и однозначного толкования буквы закона и непримиримым противником судейского гиперактивизма, написал множество трудов по проблематике текстуального толкования нормативных актов. Судейский активизм, практика телеологического, творческого толкования закона, переживавшая свой апогей в 1960-х при 14-м председателе Верховного суда США либерале Эрле Уоррене, вызвала расшатывание механизмов национальной правовой системы США, ослабление ее в целом.

Период с конца 1930-х до начала 1970-х в США ознаменовался тем, что в угоду некоторой части гражданского общества суд был вынужден отражать «новые общественные потребности», констатировать и легитимизировать новые права граждан, но судейский «антиинтерпретивизм» вылился в многочисленные перегибы.

Отход от устоявшейся догматики, логического и систематического толкования права, вольное обращение с языком закона, апеллирование к выгодной в тот или иной момент с социально-экономических позиций форме толкования - все эти факторы легли в основу массового недовольства тем, что в таких условиях судья мнит себя творцом права в глобальном смысле, коим он в действительности не является, и, отдаляясь от текста закона в угоду обстоятельствам и личным симпатиям, дискредитирует облик права как системы.

Слово «текстуализм» было впервые использовано в 1863 году Марком Патиссоном, английским философом и религиозным деятелем, в целях критики пуританского богословия [1], а в Верховном Суде США термин был использован лишь век спустя, в деле «Трубопрокатная компания Янгстауна против Сойера» [2, с. 24]. Текстуальное толкование закона, «проповедуемое» Скалиа и соратниками, предполагало уяснение общего смысла текста в целом, а не значения отдельных его слов, что представляется вполне логичным и разумным подходом к толкованию правовых норм. В своей доктрине Скалиа обосновывал разницу между теорией текстуализма и теорией так называемого «жесткого конструктивизма», отмечая научную несостоятельность последней. По его мнению, текст не должен толковаться ни чрезмерно жестко, ни чрезмерно снисходительно, как это практиковали его более либеральные коллеги, текст должен истолковываться обоснованно [3, с. 18]. Только в случаях, когда буквальное толкование закона приводит к тому, что смысл текста становится абсурден, теряет всякий смысл, можно, согласно Скалиа, отходить от строгого следования букве закона.

Скалиа, убежденный текстуалист, считал, что «инициативный» судья-телеолог, неоправданно привлекая при толковании законов обширнейший инструментарий, включая в него результаты социологических опросов, экономических исследований, статистику, забывает о том, что его первоочередная функция – именно толкование закона, а не наделение его импонирующим такому судье смыслом [4, с. 47]. Согласно Скалиа, искать и придумывать несуществующие посылы в текстах законов противоречит этике судьи. Ему вторит и бывший секретарь-канцлер Европейского суда Пол Махон: «Судейский активизм – явление, присущее той когорте судей, которая неправоммерно усиливают свою роль в обществе, законодательствует по вопросам общей политики и превышает свои полномочия в ходе толкования законов». Судья Уильям Дуглас также солидарен с позицией Антонина Скалиа, по мнению которого абсолютное усмотрение так же губительно, как и коррупция, ибо означает начало конца свободы. Американские теоретики права Р. Дворкин и Л. Трайб выступали с резкой критикой парадигмы Скалиа и его книги [5, с. 30], тем самым продлевая роль конституционного судебного правотворчества как гладиаторской арены между либеральным и консервативным альянсами. В своей книге Скалиа обосновал сущность концепции текстуализма и ориджинализма в его историческом контексте, приведя смысл изначальных идей отцов-основателей американской Конституции.

Наряду с непримиримой позицией Скалиа относительно судейского активизма, великий ученый был приверженцем подхода конституционного ориджинализма, смысл которого состоял в отрицании сущности Конституции США как живого организма, изменяющегося в угоду противоречивым веяниям времени. Скалиа считал, что смысл и значение Конституции заложено ее создателями изначально и не может подлежать никаким изменениям [6]. Свое мнение по поводу того, что толковать Конституцию в угоду сменяющимся нормам морали неправильно, Скалиа выразил в позиции по делу «Лоуренс против Техаса» [7, с. 70-72].

Как и любой консерватор, Скалиа был противником абортов и расширения прав сексуальных меньшинств, при разрешении тематических дел в суде зачастую оставаясь при особом мнении и формируя достаточно жесткие позиции. Выдающийся ученый, заняв кресло судьи Верховного суда США, оставался консерватором, несмотря на сильнейшее либеральное лобби со стороны университетской интеллигенции и интеллектуальной элиты американского общества, постепенно смещающейся в левую сторону. Средства массовой информации, академическая среда, все то, что находится по ту сторону зала судебного заседания, способно оказывать упреждающее влияние на судей в процессе принятия решений и даже определять их политические взгляды. Однако Скалиа так и не стал послушно дрейфующим островом в океане американского либерализма.

Отбраковывание неясных, сомнительных моментов при разрешении судебного дела, отказ от второстепенных ситуационных нюансов, четкое следование букве закона дает судьям своеобразный «философский камень», отдаляя необходимость иметь дело с лишними деталями. По меткому выражению одного из американских политологов, практика текстуализма предполагает руководство лишь исходным значением текста, внешние же и побочные по отношению к нему соображения и толкования не принимаются во внимание. Согласно психологическим исследованиям Дж. Джорста, тем индивидам, которые склонны избегать неясностей, недосказанностей как элементов, потенциально угрожающих любой системе, весьма близки схематические построения, четкие общепринятые концепции, особенно это применительно к юридической стезе. Именно поэтому консервативное крыло Верховного Суда США, судьи Кларенс Томас и Антонин Скалиа придерживались политики такой судебной интерпретации, как текстуализм.

Пару лет назад, на одном из публичных форумов на базе Гарвардского университета, судья Скалиа в своем выступлении яростно критиковал процесс политизации судебных структур в Соединенных Штатах. По мнению Скалиа, единственно возможным путем выхода из этой проблемы является следование догматам конституционного ориджинализма. Узы политической подоплеки, независимость и свобода суда наступит тогда, когда очевидным для всех станет тот факт, что конституция несет в себе только то, что в ней сказано непосредственно, что было заложено в нее в момент ее принятия. Дистанцирование от ложных и второстепенных мнений и фактов сам Скалиа оправдывал тем, что, по его мнению, сущность правосудия и функциональные обязанности судьи состоят не в утверждении вселенской справедливости, а в том, чтобы здесь и сейчас разобраться и прийти к убеждению, что «хороший парень победил, а плохой проиграл».

Многие либеральные коллеги Скалиа в ходе исполнения своих полномочий руководствовались принципами прагматичного, скрупулезного воссоздания объективной картины правонарушения, уделяя внимание множеству фактов, контексту социальных обстоятельств и т.д. Такой подход, безусловно, делает профессиональное мировоззрение судьи более «подвижным» и восприимчивым, в отличие от текстуального подхода, которым руководствовался Скалиа, подходом из перечня твердых правил, конституции с заложенным на века неизменяющимся смыслом, подходом, который закрепляет и ставит выше всего традиционные консервативные ценности [8, с. 44]. Главный критик теории текстуализма Р. Дворкин, обосновывая свои контрдоводы, доказывал ложность механической интерпретации правовых норм, с его позиции для судьи ориентиром должен являться на конвенционный смысл юридического документа, а политическая мораль, общественное сознание, общественные ожидания, контекст, все то, что должно оказывать влияние на судью в момент принятия решения. Согласно Дворкину, судебная интерпретация является одной из фундаментальных основ правотворчества. Вопреки Скалиа, Дворкин отрицал всякую ангажированность и конвенционно заданные устои, ссылаясь на изменяющиеся социальные условия [9, с. 414].

Смерть Скалиа, иконы правового консерватизма, многими была воспринята как переломный момент в американском праве, удобный случай для изменения баланса сил между либеральным и консервативным крылом Верховного суда США. Некогда численное преобладание консерваторов в этой структуре напрямую блокировало некоторые инициативы альянса Обамы, особенно в части вопросов миграции и изменения климата. Сейчас чаша весов постепенно склоняется влево, однако богатый опыт американского судебного правотворчества и многообразие подходов в их совокупности и единстве могут быть очень востребованы при решении сложнейших вопросов, требующих правового урегулирования.

Литература

1. 17 Oxford English Dictionary 854 (2d ed. 1989).
2. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 343 U. S. 579 (1952).
3. *A Matter of Interpretation*, Scalia, Princeton Univ. Press, 1998.
4. *Rossum Ralph*. The textualist jurisprudence of Justice Scalia, Claremont.
5. McKenna College, archived from the original on January 25, 2010, retrieved January 14, 2010.
6. *A Matter of Interpretation. Federal Court and a Law / By Anthonin Scalia*. Princeton University press, 1999.
7. Justice Scalia on the record, CBS, August 24, 2008, archived from the original on January 4, 2010, retrieved January 13, 2010.
8. *Tushnet Mark*. A Court divided: the Rehnquist court and the future of constitutional law (revised ed.). New York: W. W. Norton Co., 2005.
9. *Dworkin R*. Justice for Hedgehogs – Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО; ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО; СЕМЕЙНОЕ ПРАВО; МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Критерии добросовестности в гражданском праве Российской Федерации

Гончаров Р. В.

*Гончаров Роман Викторович / Goncharov Roman Viktorovich – магистрант,
кафедра гражданского и международного частного права,
Институт магистратуры
Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов*

Аннотация: в статье рассматриваются критерии добросовестности. Автор указывает на необходимость установления критериев добросовестности для единообразия толкования действий субъектов гражданских правоотношений.

Abstract: the article consist of the criterias of good faith conduct. Author points about the need to establish the criterias of good faith conduct for uniformity of interpretation action subjects of civil relations.

Ключевые слова: добросовестность, критерии добросовестности.

Keywords: the good faith conduct, the criterias of good faith conduct.

1 марта 2013 г. в гражданском законодательстве Российской Федерации вступили в силу изменения, предусматривающие введение в ст. 1 ГК РФ принципа добросовестности.

Законодатель в п. 3 ст. 1 ГК РФ закрепил, что при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения¹.

При этом какие-либо четкие критерии, которые позволили бы отнести действия субъектов гражданских правоотношений к добросовестным или недобросовестным, отсутствуют.

Сложившаяся ситуация открывает весьма широкие пределы оценки поведения субъектов, что может отрицательно сказаться на устойчивости хозяйственного оборота и единообразии судебной практики.

Во многом данная проблема связана с тем, что в науке гражданского права добросовестность рассматривается как объективная категория, как идеал честного поведения. Однако указанный идеал сложно обнаружить, так как добросовестность является, прежде всего, морально-нравственным понятием, критерии оценки которого определяются различными причинами (положением в обществе, динамичностью морали и консервативностью права и т.п.)².

Указанная ситуация открывает необходимость установления критериев добросовестности, которые бы позволили оценивать поведение субъектов гражданского оборота с точки зрения добросовестности.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30.11.1994 №51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

² Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 196.

Одним из таких критериев ученые-цивилисты выделяют неосведомленность субъекта о каких-либо обстоятельствах¹.

Например, исходя из содержания ст. ст. 302, 303 ГК РФ, оценивая поведение добросовестного приобретателя, можно судить о неосведомленности приобретения вещи у неуправомоченного лица. Однако такое поведение вызывается, прежде всего, объективным незнанием, что говорит о безупречном правомерном поведении субъекта как приобретателя.

Следующим критерием является учет контрагентами прав и законных интересов друг друга, оказание содействия и предоставление необходимой информации.

Так, истец (заказчик) обратился в суд к ответчику (исполнителю) о взыскании неустойки за нарушение сроков строительства объектов. Однако суд отказал в удовлетворении исковых требований, поскольку заказчик не оказал помощи в идентификации и определении местоположения части объектов строительства, в результате чего возникла объективная невозможность выполнения работ². Таким образом, имел факт неоказания заказчиком содействия исполнителю.

Также необходимым критерием является своевременное осуществление субъективных прав и исполнения гражданских обязанностей.

Примером может служить ситуация, при которой субъект, намеренный воспользоваться правом на защиту, обращается в суд за защитой своего нарушенного права через большой промежуток времени. Обращение в суд спустя такой срок было вызвано целью увеличения периода просрочки и связанным с этим увеличением размера неустойки за просрочку такого исполнения. Иными словами, действия субъекта направлены по большей части на обогащение, а не на интерес в исполнении обязательства.

Таким образом, установление указанных критериев добросовестности в гражданском законодательстве позволило бы во многом сформировать важнейшие ориентиры поведения субъектов права, устранило бы разночтения при толковании поведения субъектов и опасность искажения гражданского оборота.

Литература

1. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
2. Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011.
3. Богданова Е. Е. Критерии добросовестного поведения в договорных отношениях // Журнал «Цивилист», 2013. № 4.
4. Решение Арбитражного суда Курской области от 11 мая 2016 г. по делу № А35-11727/2015 о взыскании неустойки за просрочку исполнения обязательства.

¹ Богданова Е. Е. Критерии добросовестного поведения в договорных отношениях // Журнал «Цивилист», 2013. № 4.

² Решение Арбитражного суда Курской области от 11 мая 2016 г. по делу № А35-11727/2015 о взыскании неустойки за просрочку исполнения обязательства.

К вопросу об улучшении арендованного имущества Жданова А. А.

*Жданова Алена Андреевна / Zhdanova Alena Andreevna – магистрант,
Институт права и предпринимательства
Уральский государственный юридический университет, г. Екатеринбург*

Аннотация: законы изобилуют юридическими терминами, которые не всегда в них раскрываются, что приводит к многочисленным спорам. Понятия играют решающую роль при рассмотрении дела в суде, и от того, как они будут трактоваться, зависит судьба самого дела.

Abstract: laws abound in legal terms, which do not always reveal them, which leads to many disputes. The concepts play a crucial role in the proceedings in the court, and how they will be treated depends on the fate of the case.

Ключевые слова: улучшения арендованного имущества, понятие, объект аренды.
Keywords: leasehold improvements, notion, lease object.

В современном законодательстве не раскрыто понятие улучшений арендованного имущества. Известно, что пробелы в законе в части понятийного аппарата способствуют их различной трактовке, что приводит к многочисленным спорам. Правильная трактовка понятий в соответствии с замыслом законодателя крайне важна, ведь от этого зависит судьба дела. Понятие улучшений арендованного имущества содержится в статье 623 Гражданского кодекса, классифицирующей улучшения на отделимые и неотделимые, совершенные с согласия арендодателя и без, за счет средств арендатора или за счет амортизационных отчислений. В зависимости от отнесения определенного улучшения в каждом конкретном случае к одному или нескольким из вышеназванных видам решается возможность возмещения затрат арендатора на такие улучшения или возникновения права собственности на них. Однако прежде чем перейти к классификации улучшений, необходимо определить их суть. Зачастую на практике может возникнуть вопрос: действия арендатора привели к изменению, улучшению или возникновению иного объекта? Рассмотрим понятие улучшений арендованного имущества с трех позиций.

1. Улучшение – это усовершенствование объекта аренды.

Известно, что арендатор приобретает право пользования и владения на необходимое имущество для достижения определенных целей: если это жилое помещение – то для проживания в нем, если производственное – для производственных нужд и, как следствие, – получения выгоды. Иногда, для получения наилучших результатов, арендодатель осуществляет усовершенствование объекта аренды, к примеру, устанавливает необходимое оборудование в цехе, или меняет старую дверь в квартире на новую для наиболее комфортного проживания. Улучшение – это действие, позволяющее максимально эффективно использовать объект аренды. Здесь имеется в виду только целевое пользование объектом. Так, нельзя считать улучшением установление станка в жилом помещении, которое, несмотря на все возможные благие намерения арендатора, не соответствует целям аренды и противоречит жилищному законодательству. Итак, улучшение – это усовершенствование объекта аренды в рамках целевого назначения объекта. Улучшение должно соответствовать законодательству Российской Федерации.

2. Улучшение подразумевает повышение экономической стоимости объекта.

Улучшение сопровождается денежными вложениями в объект, что, безусловно, повышает рыночную стоимость арендованного имущества. Но важен не только факт затрат арендатора, но и возможность получения в будущем более высокого дохода от такого имущества. Квартира с новой дверью может повлиять на цену аренды с

последующим арендатором в лучшую сторону для арендодателя. Установление нового станка повысит производительность цеха и принесет большую выручку.

3. *Улучшение* – это изменение состояния объекта аренды.

Любое действие, приводящее к повышению или понижению качества полезных свойств имущества, стоит считать изменением. Таким образом, улучшение – это частный случай изменения. В русском языке под улучшениями понимается изменение в чем-нибудь, возникшее в результате этого действия, усовершенствование¹, изменение, перемена к лучшему².

Примером изменения в худшую сторону является ущерб.

Важно отметить, что юридически значимым изменением может выступать только действие, приводящее к юридическим последствиям.

В практике под улучшениями понимаются «работы капитального характера, которые повышают (изменяют) качественные характеристики объекта, то есть улучшения связаны с модернизацией, реконструкцией, достройкой, дооборудованием основного средства»³.

Рассмотрим частный случай улучшения арендованного имущества на практическом примере.

Представим, что по договору аренды организацией А (арендодатель) организации Б (арендатор) было передано здание. Арендатор с согласия арендодателя устанавливает в здании дорогостоящее оборудование с целью осуществления производственной деятельности. При рассмотрении данной ситуации возникают закономерные вопросы: возможно ли признать действия арендатора производением улучшений по статье 623 ГК РФ и не возник ли новый объект гражданских отношений?

Чтобы ответить на этот вопрос, следует установить, появилась ли в ходе монтажа другая вещь? Для этого необходимо обратиться к понятию вещи. Известно, что ни Гражданским кодексом, ни иными нормативно-правовыми актами данное понятие не закреплено и содержится лишь в доктрине. Так, Е. А. Суханов считает, что «вещами в гражданском праве признаются материальные, физически осязаемые объекты, имеющие экономическую форму товара»⁴. Согласно В. А. Тархову «вещи - это материальные явления, предметы природы, как в их естественном состоянии, так и приспособленные человеком к его потребностям, признаваемые объективным правом в качестве объектов субъективных прав»⁵.

Упростив эти понятия, мы можем выделить два признака вещи:

- 1) вещь является материальным объектом;
- 2) вещь имеет экономическую ценность.

Итак, если здание, как материальный объект, в ходе монтажа не было кардинально изменено, его основные конструктивные элементы здания, такие как фундамент, стены, были оставлены в прежнем состоянии, то в данном случае объект аренды остается прежним, действия арендатора следует признать улучшениями. При этом повышение экономической ценности здания в связи с монтажом оборудования не является основанием для признания возникновения нового объекта.

Думается, что признавать улучшением арендованного имущества возможно только изменение объекта аренды в рамках его целевого использования, повышающее

¹ Толковый словарь Ушакова.

² Толковый словарь Ожегова.

³ Решение Нижегородского районного суда г. Н. Новгорода по Делу № 2-4739/11 от 10.02.2012 г.

⁴ Е. А. Суханов. Российское гражданское право: в 2 т. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. М.: Статут, 2011 г.

⁵ В. А. Тархов. Гражданское правоотношение. Уфа, 1993 г. с. 105.

экономическую стоимость объекта аренды и не затрагивающее его основополагающих признаков, характеризующих данный объект аренды как вещь, предназначенную для удовлетворения конкретных потребностей человека (в противном случае приходится говорить о возникновении иной вещи).

Литература

1. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1 от 20.02.1996 № 18-ФЗ.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 2 от 26.01.1996 № 15-ФЗ.
3. *Абова Т. Е., Кабалкина А. Ю.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой М.: Юрайт-Издат, 2006.
4. *Алексеев С. С.* Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей. М.: Норма, 2009.
5. *Ожегов С. И.* Толковый словарь.
6. Путеводитель по договорной работе. Аренда зданий и сооружений. Рекомендации по заключению договора КонсультантПлюс.
7. Путеводитель по судебной практике. Аренда. Общие положения КонсультантПлюс.
8. *Суханов Е. А.* Российское гражданское право: в 2 т. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. М. Статут, 2011 г.
9. *Тархов В. А.* Гражданское правоотношение. Уфа, 1993 г.
10. *Ушаков Д. Н.* Толковый словарь.
11. Решение Нижегородского районного суда г. Н. Новгорода по Делу № 2-4739/11 от 10.02.2012 г.

Юридическая ответственность Очеретный И. С.

*Очеретный Илья Станиславович / Ocheretnyi Iliia Stanislavovich – магистрант,
кафедра гражданского и трудового права,
Российский университет Дружбы народов, г. Москва*

Аннотация: *в статье анализируется понятие юридической ответственности, подходы отечественных исследователей к данному понятию.*

Abstract: *the article analyzes the specifics of intellectual property rights in accordance with the European Union legislation, with drawing the analogy of the national law of the Member States.*

Ключевые слова: *юридическая ответственность, ретроспективная юридическая ответственность, позитивная юридическая ответственность.*

Keywords: *intellectual property, the European Union, the communitarian regime, the national legal protection, harmonization.*

Традиционно в правовой науке особое внимание ученых привлекают вопросы сущности юридической ответственности. Однако, несмотря на то, что в научной литературе значительная часть работ посвящена изучению проблем юридической ответственности, до настоящего времени в правовой доктрине нет единства в определении понятия такой категории права, как юридическая ответственность. «Проблема юридической ответственности заслуживает пристального внимания, – пишет А. С. Мордовец. – Только многочисленных определений насчитывается

более десяти»¹. Порой в некоторых аспектах различные подходы к пониманию сущности юридической ответственности не только отличаются, противоречат, но и взаимоисключают друг друга.

Как справедливо отмечает профессор Л. П. Рассказов, юридическая ответственность является разновидностью социальной ответственности. При этом, с нашей точки зрения, юридическая ответственность является особым видом социальной ответственности, поскольку она неразрывно связана с государством, правовыми нормами, а также противоправным поведением физических лиц и их объединений. «Государство, издавая нормы права, определяет юридическую ответственность субъектов независимо от их воли и желания, она носит государственно-принудительный характер»². Важным отличительным аспектом юридической ответственности также является ее правовосстановительная функция.

В настоящее время существуют различные подходы к определению этой правовой категории. Полагаем, что эти концепции условно можно подразделить на четыре группы: позитивный подход к определению понятия юридической ответственности; ретроспективный подход к определению понятия юридической ответственности; смешанный подход, объединяющий основные идеи позитивного и ретроспективного подхода; группа нетрадиционных подходов к определению понятия рассматриваемой нами категории права. Кроме того, в каждой из этих групп имеются свои подходы, что, в какой-то мере, вносит еще большую несогласованность и противоречивость в выработку универсального определения юридической ответственности.

Исторически первым начали исследовать негативный аспект юридической ответственности. Отметим, что этот подход отличается наибольшим разнообразием мнений о понятии юридической ответственности, правовой природе.

С точки зрения О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородского, под юридической ответственностью следует понимать меру государственного принуждения, основанную на юридическом и общественном осуждении поведения правонарушителя и выражающуюся в установленных для него определенных отрицательных последствиях в форме ограничений личного или имущественного характера.

Приведенное выше определение юридической ответственности является одними из первых, появившихся в общей теории права. В дальнейшем большинство исследователей основывали свои точки зрения на этой концепции, рассматривая юридическую ответственность как разновидность меры государственного принуждения³.

Вопросы позитивной юридической ответственности исследованы в трудах таких ученых как: С. С. Алексеева, З. А. Астемирова, Б. Т. Базылева, В. А. Василенко, В. А. Елеонского, М. В. Заднепровской, Т. Д. Зражевской, В. Н. Кудрявцева, Д. А. Липинского, Н. И. Матузова, Г. В. Мальцева, А. С. Мордовца, Б. Л. Назарова, В. В. Похмелкина, В. С. Прохорова,

¹ Курдюк П. М. Развитие научных подходов и концепций о сущности юридической ответственности в контексте трансформации российской правовой системы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.journalnio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1167&Itemid=104.

² Курдюк П. М. Развитие научных подходов и концепций о сущности юридической ответственности в контексте трансформации российской правовой системы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.journalnio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1167&Itemid=104.

³ Курдюк П. М. Развитие научных подходов и концепций о сущности юридической ответственности в контексте трансформации российской правовой системы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.journalnio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1167&Itemid=104.

Б. Т. Разгильдиева, В. Г. Смирнова, В. А. Тархова, А. Н. Тарбагаева, П. А. Фефелова, Р. Л. Хачатурова, Е. В. Черных, Р. Г. Ягутяна, В. А. Якушина и др.

Сторонники указанного подхода аргументируют актуальность исследования концепции позитивной юридической ответственности тем, что в ходе трансформации правовой системы Российского государства представляется необходимым «переосмыслить многие основные теоретические положения», касающиеся такой многоаспектной категории права, как юридическая ответственность.

В отечественной научной литературе позитивную юридическую ответственность понимают неоднозначно, например, как обязанность действовать правомерно; правомерное поведение; элемент правового статуса личности; чувство долга (чувство ответственности); применение мер поощрения; меру свободы¹.

Более того, отсутствует единство применения терминологии. Позитивную ответственность называют интроспективной; правовой; умеренно-позитивной, активно-позитивной; субъективной; надлежащим исполнением обязанностей; поощрительной. Существуют и иные точки зрения о понятии позитивной юридической ответственности.

Целый ряд авторов стали рассматривать позитивную ответственность как элемент правового статуса личности и именовать ее статусной или статутной. Подобный подход наполняет понятие позитивной ответственности юридическим содержанием.

В последние годы в научной литературе высказываются точки зрения о том, что ретроспективная и позитивная юридическая ответственность едины. При этом ответственность имеет две формы реализации: добровольную (позитивную) и государственно-принудительную (негативную). Так, эта концепция определения сущности юридической ответственности поддерживается такими учеными, как Д. А. Липинским, В. А. Номоконовым, В. Н. Кудрявцевым, Р. Л. Хачатуровым и Р. Г. Ягутяном. Например, Д. А. Липинский полагает, что «юридическая ответственность – это юридическая обязанность соблюдения и исполнения требований, предусмотренных нормой права, реализующаяся в правомерном поведении субъектов, одобряемом или поощряемом государством, а в случае ее нарушения – обязанность правонарушителя претерпеть осуждение, ограничение личного, имущественного или неимущественного характера»².

В правовой доктрине существуют и иные точки зрения, не получившие должной поддержки со стороны ученых. Думается, что будет более правильным объединить эти концепции в группу нетрадиционных подходов. Представители юридической науки предлагают определение юридической ответственности как способности лица нести ответственность. Демидов Ю. А. понимает под юридической ответственностью оценку общественно опасного деяния. Еще менее распространенную позицию на определение юридической ответственности высказывает В. В. Мельников. Юридическая ответственность – «это признаваемая государством способность лица отдавать себе отчет о своем противоправном деянии и претерпевать на себе меры государственно-принудительного воздействия в форме лишения благ, непосредственно ему принадлежащих»³.

Дискуссионной является точка зрения о том, что названия ретроспективного и позитивного аспектов юридической ответственности неудачны. Бернштейн Д. И. полагает, что при использовании указанных терминов происходит сосредоточение на

¹ Проблемы юридической ответственности. Монография / Липинский Д. А. 2-е изд., перераб., доп. С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 28.

² Курдюк П. М. Развитие научных подходов и концепций о сущности юридической ответственности в контексте трансформации российской правовой системы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.journalnio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1167&Itemid=104.

³ Морозова Л. А. Теория государства и права - М.: Эксма, 2012. С. 207.

противоположности этих подходов, при этом утрачивается единство, некорректно отражается направленность и функциональное назначение ответственности за противоправные деяния. О правовой ответственности правильнее говорить, считает Д. И. Бернштейн, как об ответственности за исполнение и как об ответственности за нарушение. Поддерживает эту концепцию и В. С. Епанешников¹.

Разделяя позицию Е. А. Носкова, отметим, что указанные подходы к определению понятия юридическая ответственность представляются не совсем удачными. Думается, что в содержании указанных подходов не прослеживается четкая сущность юридической ответственности. Это может вызвать путаницу понимания этой и без того сложной правовой конструкции, поскольку непонятно - за нарушение или исполнение чего следует юридическая ответственность.

Итак, юридическая ответственность связана с правом, государством и, конечно же, законом. Государство способно применять ее независимо от желания субъектов правоотношений. Если можно утверждать, что государство в данном случае является опорой или даже механизмом принуждения, то разумно будет назвать закон механизмом, на основании которого данное принуждение происходит.

Юридическая ответственность носит обычно принудительно-государственный характер. Она непременно связана с лишениями, а значит, сопровождается нанесением виновному определенного ущерба, грозит ограничением каких-то свобод и интересов.

Действия государства в области принуждения осуществляются строго по закону. Субъекты юридической ответственности – это суд, полиция, прокуратура и другие учреждения, занимающиеся рассмотрением правонарушений. Возложить ответственность можно только при наличии определенных условий: незаконность поступков, доказанная вина, нанесенный вред, причинно-следственная связь между поступком и результатом.

Таким образом, юридическая ответственность:

- Основывается на государственном принуждении (это форма наложения санкций, закрепленных в правовых нормах).
- Наступает после совершения правонарушения.
- Выражается в наступлении негативных последствий для нарушителя, которые являются для него обязательными, и которых не было до совершения им правонарушения.
- Лишения могут иметь личный и имущественный характер.
- Исполняется в процессуальной форме.

Литература

1. *Катигаров П. А.* Необходимость выделения конституционно-правовой ответственности как самостоятельного вида юридической ответственности // Молодой ученый, 2013. № 6. С. 558-564.
2. *Курдюк П. М.* Развитие научных подходов и концепций о сущности юридической ответственности в контексте трансформации российской правовой системы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.journalnio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1167&Itemid=104.
3. *Морозова Л. А.* Теория государства и права. М.: Эксма, 2012.
4. Проблемы юридической ответственности. Монография / Липинский Д. А. 2-е изд., перераб., доп. С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004.

¹ Курдюк П. М. Развитие научных подходов и концепций о сущности юридической ответственности в контексте трансформации российской правовой системы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.journalnio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1167&Itemid=104.

Некоторые вопросы наследования прав в связи с участием в деятельности Обществ с ограниченной ответственностью

Бердинских Д. А.

Бердинских Дмитрий Александрович / Berdinskikh Dmitry Alexandrovich - студент магистратуры, юридический факультет, Вятский государственный университет, г. Киров

Аннотация: в статье раскрыты различные теоретические и практические аспекты правового регулирования правоотношений, возникающих при наследовании долей в обществах с ограниченной ответственностью. Предложены научно-практические рекомендации, в том числе направленные на совершенствование действующего законодательства.

Abstract: the article reveals various theoretical and practical aspects of legal regulation of relations arising from the inheritance of shares in a limited liability company. The proposed scientific and practical recommendations, including those aimed at improving the existing legislation.

Ключевые слова: наследство, доли, общество с ограниченной ответственностью, доверительный управляющий, устав.

Keywords: inheritance shares, limited liability company, Trustee, Charter.

В соответствии со ст. 1112 ГК РФ в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности наследодателя как участника общества с ограниченной ответственностью.

Наследованию отдельных видов имущества посвящена глава 65 ГК РФ. В законе оговаривается порядок наследования имущества, права на которое для собственника связаны с особым порядком управления им, применения, реализации и т. д.

Правовой статус и порядок наследования прав, принадлежащих наследодателю как участнику общества с ограниченной ответственностью, имеет свои характерные особенности, обусловленные прежде всего юридической сущностью рассматриваемого вида имущества. Попробуем рассмотреть их подробнее.

Переход доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью к одному или нескольким участникам данного общества либо к третьим лицам в соответствии с п. 1 ст. 21 ФЗ «Об Обществах с ограниченной ответственностью» осуществляется в том числе на основании правопреемства.

При наследовании наследственное имущество переходит к другим лицам в порядке универсального правопреемства, то есть в неизменном виде как единое целое и в один и тот же момент, если из ГК РФ не следует иное (п. 1 ст. 1110 ГК РФ), на основании ст. 1112 ГК РФ в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю имущественные права и обязанности.

Исходя из данных статей можно сделать следующий вывод – если наследодатель являлся на дату смерти участником общества и соответственно ему принадлежала доля в уставном капитале, то наследственная масса будет состоять именно из доли в уставном капитале общества, как совокупность имущественных прав и обязанностей в отношении данного общества.

Так как неимущественные права не являются частью в наследственной массе (ч. 3 ст. 1112 ГК РФ), то и неимущественные права, связанные с участием в деятельности общества (например, право голоса на общих собраниях общества), не переходят по наследству, однако, они переходят к наследнику с переходом к нему имущественной составляющей доли безусловно либо при условии согласия остальных участников

общества, если получение такого согласия в соответствии с п. 8 ст. 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» предусмотрено уставом общества.

Правовые основы процесса наследования доли в обществах с ограниченной ответственностью описаны в ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». В соответствии с данным законом доли в уставном капитале общества переходят к наследникам. Согласно закону, после смерти наследодателя, который был участником Общества, его наследник может получить свою долю при соблюдении всех условий, предусмотренных уставом такого Общества.

Условием может быть письменное согласие уполномоченного органа общества, либо всех участников общества или отсутствие письменного отказа указанных лиц на принятие нового члена-наследника. В случае отказа в передаче доли к наследникам, если такое согласие необходимо, она переходит к самому обществу. При этом общество обязано выплатить в течение трех месяцев со дня возникновения соответствующей обязанности, если иной срок или порядок выплаты доли не предусмотрен уставом общества, наследникам умершего члена общества действительную стоимость доли по данным бухгалтерской отчетности общества за последний отчетный период, предшествующий дню смерти общества, либо с согласия наследников выдать им в натуре имущество такой же стоимости. Действительная стоимость доли в соответствии с действующим законодательством выплачивается за счет разницы между стоимостью чистых активов общества и размером уставного капитала общества [6].

Помимо этого, уставом общества может быть предусмотрен запрет на переход права участия по наследству в принципе.

До того, как было принято наследство, порядок распоряжения долей регламентируется Гражданским кодексом РФ. В статье 1173 ГК РФ закреплена возможность учреждения доверительного управления долей в уставном капитале общества. Управляющий, утвержденный договором, обладает полномочиями собственника в отношении переданного ему имущества и может осуществлять все действия, необходимые для деятельности общества. Доверительный управляющий ограничен в своих действиях законом и договором, а также не может распоряжаться собственной долей в уставном капитале ООО.

Помощь доверительного управляющего нужно использовать в тех случаях, когда появляется потребность в защите и контроле за наследственным имуществом. Например, если в наследственное имущество входит организация, которая нуждается в непрерывном управлении для гарантирования нормального функционирования всех внутриорганизационных процессов, то она нуждается в доверительном управляющем, так как без него организация может ухудшить свои финансовые показатели либо работа и вовсе может быть приостановлена.

Существенным условием договора доверительного управления является указание предмета договора, при этом предмет договора обязан включать указание на материальный объект договора – переданное в доверительное управление имущество и описание его юридического объекта. Материальный объект прописывается с помощью указания наименования общества с ограниченной ответственностью и его индивидуализирующих характеристик (ИНН, КПП, ОГРН, номера счетов, юридический адрес), а также путем указания размера доли в уставном капитале. Как юридический объект указывается передача в доверительное управление, при этом отдельные полномочия управляющего не могут быть прописаны в этом договоре. Полномочия доверительного управляющего ограничиваются договором лишь в случаях, предусмотренных законом (например, в отношении недвижимого имущества, ценных бумаг), в остальном к доверительному управляющему переходит право осуществлять в отношении переданного имущества все полномочия собственника. А это означает, что независимо от содержания устава предмет договора

доверительного управления долей всегда формулируется одинаково: путем указания на долю и на ее передачу в доверительное управление [3].

Однако на практике возникают вопросы, касающиеся права управляющего на участие в общих собраниях общества, а также наличия у него права голоса на данных собраниях.

По этому вопросу есть две позиции судов. Первая исходит из анализа 53 статьи ГК РФ, которая гласит, что доверительный управляющий не может осуществлять права участника общества касательно управления самой долей непосредственно и соответственно об отсутствии у него права на участие в общих собраниях.

А. Бычкова в своей статье «Доверительное управление наследством» придерживается этой же позиции, она пишет: «Доверительный управляющий не вправе управлять долями путем голосования на общих собраниях, распоряжаться имуществом путем заключения различных сделок, его задача состоит лишь в охране наследственного имущества, в недопущении принятия решений, способных причинить вред имущественным интересам будущего наследника, либо возложении на него дополнительных обязанностей» [4].

Вторая позиция, обратная первой, в судебной практике появилась исходя из толкования п. 2 ст. 1012 ГК РФ, согласно которой доверительный управляющий вправе совершать в отношении переданного ему имущества по договору доверительного управления любые юридические и фактические действия в интересах выгодоприобретателя. Доверительный управляющий осуществляет в пределах, предусмотренных законом и договором, правомочия собственника в отношении имущества, переданного в доверительное управление.

И. С. Шиткина и С. Ю. Филиппова придерживаются второй позиции, они пишут: «Если в уставе общества с ограниченной ответственностью нет ограничений на переход доли в уставном капитале к наследникам умершего участника, то при передаче в доверительное управление доли в уставном капитале к доверительному управляющему переходит право реализации права на долю и прав из доли (корпоративных прав) в том объеме, как они перешли к наследникам. Таким образом, в этом случае доверительный управляющий может осуществлять права участника, в том числе голосуя по вопросам повестки дня общего собрания участников, получая распределяемую часть прибыли от деятельности общества, и осуществлять прочие корпоративные права за исключением тех, которые носят личный (персонифицированный) характер и которые в силу этого не переходят к другому участнику в связи с переходом доли – дополнительные права (п. 2 ст. 8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью») [5].

Договор доверительного управления действует до момента вступления наследника в право собственности и соответственно появления у него прав и обязанностей как участника ООО. Помимо этого данное соглашение прекращается при отказе наследнику в участии, а доля либо отошла действующим участникам общества или продана.

Подводя итог изложенному, следует подчеркнуть, что одной из проблем вступления наследника в права участника общества является то, что наследник может быть отстранен от участия в деятельности общества, или же вообще не получить долю лишь в натуре. Данный вопрос является неоднозначным, с одной стороны она ущемляет права наследника, с другой данные нормы защищают само общество и его участников от нежелательного влияния лиц, не связанных с ним.

Полномочия доверительного управляющего долей в обществе, также являются еще одним спорным вопросом, здесь нет единой точки зрения и наблюдаются расхождения как в научной среде, так в судебной практике.

Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» позволяет выбирать форму, размер и содержание перехода прав собственности, в том числе в случае наследования. На мой взгляд, во избежание возможных споров, в уставах

обществ должны быть в обязательном порядке, а не по желанию учредителей как сейчас, введены нормы, регламентирующие порядок наследования долей.

Также, как мне кажется, стоит ввести обязательную нотариальную форму устава. Устав, являясь документом, на основании которого функционирует общество, должен быть максимально грамотно сформулирован, учредители же зачастую относятся к данному документу как к простой формальности, отсюда можно сделать вывод, что его составление должно быть возложено на юридически грамотных людей, знающих тонкости составления подобного рода документов. Да, сейчас Федеральная налоговая служба ввела, по желанию, типовые уставы, однако под каждое конкретное общество и учредителей необходимо писать своих.

Что же касается доверительного управления, то здесь можно сделать следующий вывод, в случае если управлять долей в обществе жизненно необходимо, или самим обществом некому, то доверительное управление - это единственный способ поддержать жизнеспособность общества, до момента вступления наследника в наследство. Тут могут быть самые разнообразные случаи: один учредитель и он же единственный исполнительный орган общества, один учредитель, а исполнительный орган – другое лицо, а также несколько учредителей. В первом случае без доверительного управляющего общество просто не сможет обойтись, ведь помимо хозяйственной деятельности, которая, теоретически, в течение полугода (срок для принятия наследства) может идти и без умершего, есть еще и деятельность, связанная с бухгалтерией и отчетностью общества, разнообразные отчеты, сдаваемые в Федеральную налоговую службу, Пенсионный фонд, Фонд социального страхования, Росстат, просто не могут быть сданы ввиду смерти должностного лица общества, а ответственность за несдачу документов во все данные организации все равно будет, и ляжет она на наследника или наследников, принявших наследство. Каждый конкретный случай имеет свои особенности и, исходя из сложившейся ситуации, стоит отталкиваться, стоит заключать договор доверительного управления или нет.

Литература

1. Гражданский кодекс Российской Федерации принят Государственной Думой 21 октября 1994 года (в ред. Федерального закона от 31.01.2016 года № 7-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».
2. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 29.12.2015) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СПС «КонсультантПлюс».
3. Методические рекомендации по теме «О наследовании долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью». Утверждены на заседании КМС НП ЮФО, С-К ФО, ЦФО РФ 28–29.05.2010 г. в г. Геленджике // СПС «КонсультантПлюс».
4. *Бычков А.* «Доверительное управление наследством» («ЭЖ-Юрист», 2015. N 5) / СПС «КонсультантПлюс».
5. *Шиткина И. С., Филиппова С. Ю.* «О возможности и порядке надления доверительного управляющего корпоративными правами при наследовании доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью» («Нотариальный вестник», 2015 год, № 9) // СПС «КонсультантПлюс».
6. Методические рекомендации по теме «О наследовании долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью» (утв. на заседании Координационно-методического совета нотариальных палат ЮФО, С-К ФО, ЦФО РФ 28–29 мая 2010 г.). Акт носит рекомендательный характер // СПС «КонсультантПлюс».

Особенности заключения и содержания договора международной купли-продажи

Кондратьева В. А.

*Кондратьева Валентина Александровна / Kondratyeva Valentina Alexandrovna – бакалавр,
факультет права,
Национальный исследовательский университет
Высшая школа экономики, г. Москва*

Аннотация: в статье анализируются особенности заключения и содержания договора международной купли-продажи, делается вывод о том, что договор заключается путем направления оферты и акцепта, а наиболее важными условиями являются условия о товаре, о его количестве и цене.

Abstract: the article analyzes the features of the conclusion and content of the international sales contract, it is concluded that the contract is concluded by sending the offer and acceptance, and the most important conditions are the conditions of the product, its quantity and price.

Ключевые слова: международная купля-продажа, заключение, существенные условия, содержание договора.

Keywords: international sales, conclusion, essential terms and conditions, contract content.

В современной экономической и правовой действительности международная купля-продажа товаров имеет существенное значение для всего международного оборота. В последнее десятилетие стремительно набирающая обороты глобализация и интеграция рынков и экономических пространств обуславливает пропорциональное усложнение инструментов экономического взаимодействия участников гражданского оборота.

Одним из основных инструментов, используемых при установлении и осуществлении отношений в сфере международной торговли, является договор международной купли-продажи. Современная международная практика заключения договоров купли-продажи идет по пути их развития и усложнения. Национальные нормы законодательства различных государств содержат множество различий в регулировании заключения, исполнения, изменения и прекращения договора международной купли-продажи.

В свете того, что внешнеторговые контракты занимают важнейшее место в экономике большинства государств, а их регулирование путем применения норм национального законодательства зачастую вызывает существенные затруднения в силу их различия, возрастает роль унификации национальных законодательств в данной сфере. Международно-правовое регулирование отношений, связанных с договорами международной купли-продажи, вбирает в себя элементы и правовые институты различных правовых систем, учитывая их опыт и историю.

Важнейшим актом международной унификации права в области регулирования договоров международной купли-продажи является Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г., которая в настоящее время широко используется контрагентами из различных стран при заключении, исполнении и изменении договоров международной купли-продажи.

В силу множества различных причин заключение договора международной купли-продажи вызывает многочисленные разногласия. Вопросы во взаимоотношениях сторон могут возникнуть как на стадии заключения договора или во время его исполнения, так и на стадии, предвещающей заключение договора – во время переговоров сторон.

Переговоры, предваряющие заключение договора, также называемые тракцией сделки [1, с. 56], могут вестись посредством как переписки, почтовой или телефонной связи, так и путем личных встреч представителей сторон. Зачастую стороны, вступившие в переговоры, затрачивают на них значительные денежные суммы; переговоры требуют усилий и времени представителей сторон. В связи с этим сторонам необходимо решить вопрос о том, являются ли они связанными обязательством продолжать переговоры для достижения конечной цели в виде заключения договора, и будет ли сторона, прервавшая переговоры, нести перед второй стороной ответственность за какие-либо убытки. В ст. 2.15 Принципов УНИДРУА указывается, что ни одна из сторон не должна нести ответственность за недостижение соглашения между сторонами. В то же время отмечается, что недобросовестное прекращение переговоров стороной может являться основанием ответственности за убытки, причиненные этим другой стороне. Под недобросовестностью в данном случае понимаются такие ситуации, когда сторона вступает в переговоры без действительного намерения заключить по достижении соглашения сделку. Другим проявлением недобросовестности может являться вступление стороной в притворные переговоры, конечной целью которых является не заключение договора, а воспрепятствование заключению сделки другой стороной с третьим лицом. Представляется, что в таких случаях ответственность стороны должна распространяться на убытки, включающие в себя расходы на участие в переговорах и упущенные коммерческие возможности, которые также называются негативным интересом [2, с. 11]. Даже в том случае, если стороны фиксируют различные этапы переговоров каким-либо документом – меморандумом о договоренности, соглашением по основным условиям договора или письмом о намерениях, при отсутствии в таком документе прямого указания на обязанности и ответственность сторон, возникающие в связи со вступлением ими в переговоры, есть риск недобросовестного прекращения переговоров какой-либо из сторон. В любом случае, вне зависимости от заключения сторонами каких-либо предварительных соглашений, представляется, что при вступлении в переговоры стороны должны действовать разумно и добросовестно.

Договор купли-продажи может заключаться путем обмена офертой и акцептом. Однако, не во всех юрисдикциях оферта обязательна. Так, с одной стороны, согласно скандинавскому принципу обязательности оферты, оферта в письменном виде носит обязательный характер даже в том случае, если в ее условиях об этом не сказано. Противоположный этому подход применяется в англосаксонском праве, когда на основании английской доктрины встречного удовлетворения оферта не носит обязательного характера за исключением случаев предоставления за нее встречного удовлетворения.

Некоторые исследователи указывали на то обстоятельство, что правовая природа оферты представляет собой одностороннюю сделку, направленную на заключение договора, в сочетании с односторонней сделкой-акцептом, которая влечет возникновение договорных обязательств у оферента и акцептанта [3, с. 25]. Данную позицию разделяли не все авторы. Так, Ф. И. Гавзе указывал, что «эти действия — предложение (оферта) и принятие предложения (акцепт) — являются лишь составными частями двусторонней сделки — договора. Волеизъявление одного из лиц, изъявивших свою волю (оферента), направлено на получение ответного волеизъявления другого лица (акцептанта), в результате чего возникает общий волевой акт, договор, приводящий к достижению встречных результатов, желательных для них» [4, с. 87].

Венская конвенция 1980 г. в ст. 14 закрепляет определенные требования, соблюдение которых необходимо для действительности оферты. К ним относятся определенность адресата, достаточная определенность содержания и выражение намерения оферента считать себя связанным в случае акцепта.

Определенность адресата подразумевает, что оферта должна быть адресована одному или нескольким конкретным лицам. Под термином «лицо» Венская конвенция понимает как физические, так и юридические лица. Оферта может быть адресована нескольким лицам в том случае, если такие лица действуют совместно, или, например, владеют определенной недвижимостью, которую хочет приобрести oferent. Оферта, направленная неограниченному кругу лиц, может, с одной стороны, восприниматься как приглашение сделать оферту, с другой стороны – как публичная оферта, в случае если oferent прямо оговорит в такой оферте, что считает себя связанным таким предложением.

Достаточная определенность содержания подразумевает, что «в нем будет обозначен товар, прямо или косвенно установлены количество и цена либо предусмотрен порядок их определения». Возможность косвенного определения количества и цены товара в оферте позволяет сторонам устанавливать их на стадии исполнения договора, что соответствует интересам сторон [5, с. 234]. Помимо обязательных для соблюдения определенности оферты условий она может включать и другие.

Последний критерий действительности оферты, предусмотренный ст. 14 Венской конвенции 1980 г. – намерение oferenta считать себя связанным положениями оферты в случае ее акцепта. Согласно ст. 8 Венской конвенции любые заявления и действия сторон должны толковаться в соответствии с ее намерением. Такое намерение может быть выражено различными способами. Во-первых, о выражении намерения считать себя связанным офертой может свидетельствовать указание на безотзывность оферты. Во-вторых, в случае отсутствия указания на безотзывность оферты, свидетельством указанного намерения может выступать указание oferentом определенного срока для акцепта. По общему правилу oferent связан офертой с момента ее получения адресатом. Адресат оферты может в течение определенного времени (либо указанного в оферте, либо разумного в конкретных обстоятельствах) ее акцептовать, что при вступлении акцепта в силу влечет за собой заключение договора, либо отклонить оферту, вследствие чего она утрачивает силу.

Момент вступления оферты в силу имеет важнейшее значение. Согласно Венской конвенции оферта вступает в силу в момент ее получения адресатом. Значимость вступления оферты в силу обусловлена рядом факторов. Во-первых, до вступления оферты в силу она не порождает никаких правовых последствий ни для одной из сторон, не может связывать адресата и, соответственно, быть акцептованой, даже в том случае, если адресату оферты каким-либо образом станет известно о ее существовании. Во-вторых, важным является то, что при вступлении оферты в силу лишь в момент ее получения адресатом с последнего снимается риск искажения содержания оферты при ее доставке [6, с. 123]. В-третьих, до того, как оферта вступает в силу, ее можно отменить путем уведомления адресата об этом до его получения оферты или одновременно с этим.

Венская конвенция предусматривает безотзывный и свободный вид оферт. Безотзывную оферту, иначе – твердую, как это следует из названия, отозвать нельзя. Согласно Венской конвенции твердой офертой является та, в которой «указывается путем установления определенного срока или иным образом, что она является твердой, либо для адресата было разумным рассматривать ее в качестве безотзывной». По общему правилу в соответствии с Конвенцией оферта считается условной, если только из ее текста или практики взаимоотношений между сторонами не следует обратное. Свободная оферта, в отличие от твердой, может быть отозвана, но только до того момента, когда адресатом оферты отправлен oferенту акцепт. Следует отличать отмену оферты от ее отзыва – отменить можно лишь еще не вступившую в силу, то есть, еще не полученную адресатом оферту, в том числе и безотзывную. Отзыв же оферты возможен с момента вступления ее в силу и до вступления в силу акцепта.

Для заключения договора необходимо получение оферентом согласия на это адресатом оферты – акцепта. Венская конвенция 1980 г. определяет акцепт следующим образом: «заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее согласие с офертой». Конвенция устанавливает формы, в которых акцепт может быть совершен – это заявление, конклюдентные действия и молчание. Если адресат оферты совершает акцепт путем конклюдентных действий, связанных, например, с отправкой товара или уплатой цены, это должно быть предусмотрено офертой, или соответствовать обычаям, или вытекать из практики, установленной сторонами в своих взаимоотношениях. Совершение акцепта путем конклюдентных действий недопустимо в случае, если к договору применяются какие-либо специальные положения, требующие соблюдения письменной формы договора.

Молчание или бездействие адресата оферты по общему правилу не являются акцептом, однако, оно может выступать в качестве такового в том случае, если стороны прямо договорились об этом, или допустимость такого способа следует из сложившейся практики поведения сторон.

В момент вступления в силу своевременного и соответствующего оферте акцепта договор считается заключенным. Однако на практике полное соответствие акцепта оферте (так называемое «зеркальное отражение») встречается не всегда. В некоторых юрисдикциях, в частности в российском и английском [7, с. 143] праве, считается, что если акцепт не носит безоговорочный характер, он является не акцептом, а отказом от оферты и, в то же время, встречной офертой. Венская конвенция 1980 г. закрепляет более гибкий вариант. Так, согласно общему правилу Конвенции, «ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнения, ограничения или иные изменения является отклонением оферты и представляет собой встречную оферту», однако, если такие дополнения, ограничения и изменения не меняют условия оферты существенным образом, такой ответ может быть признан акцептом в том случае, если оферент не возразит против изменений в разумный срок. Существенно меняющим условия оферты является в соответствии с Венской конвенцией изменение условий о цене, платеже, качестве и количестве товара, месте и сроке поставки, объеме ответственности сторон друг перед другом и о разрешении споров.

Срок для акцепта оферты может быть установлен как в самой оферте, так и соответствовать разумному сроку с учетом конкретных обстоятельств сделки. Так как акцепт вступает в силу с момента его получения оферентом (то есть применяется так называемая «теория получения»), риск недоставки сообщения об акцепте и его возможного искажения лежит на акцептанте. Акцепт, совершенный по истечении срока, указанного в оферте для акцепта, или по истечении разумного срока, не имеет силы. Исключения составляют случаи, когда при получении запоздавшего акцепта оферент сразу же сообщает акцептанту о своем согласии на сохранение его в силе, или если на опоздание акцепта повлияли обстоятельства его пересылки — в таких ситуациях акцепт остается в силе, если оферент не заявит об обратном.

Как и оферта, акцепт может быть отменен сообщением, полученным оферентом до или во время получения сообщения об акцепте. Интересная точка зрения высказывается в литературе в связи с тем, что оферент на основании требований Конвенции о необходимости соблюдения добросовестности в международной торговле может возразить на отмену акцепта, основанную на спекуляции на ценах в связи с их изменением [8, с. 120].

В целях заключения договора оферта и заявление об акцепте считаются полученными адресатами, если они переданы устно. В тех случаях, когда это неприменимо, сообщения доставляются адресату лично, на его коммерческое предприятие, или по почтовому адресу. При отправке сообщений почтой оно будет считаться доставленным при оставлении его в специально предназначенном для этого

месте, где гарантируется вручение адресатам соответствующей корреспонденции [9, с. 22]. Доставка лично адресату возможна в любом месте.

Договор международной купли-продажи считается заключенным, и права и обязательства из него у сторон возникают после того, как оферта акцептована, и оферентом получен надлежащий акцепт.

Венская конвенция 1980 г. закрепляет, что договор международной купли-продажи может быть заключен в любой форме и может доказываться любыми способами, включая свидетельские показания [10, ст. 11]. Изменение и прекращение договора также допускается простым соглашением сторон. Национальное законодательство многих стран содержит императивные нормы, противоречащие этим положениям Венской конвенции. Для разрешения этой ситуации в Конвенцию были включены нормы, на основании которых государство, чье национальное законодательство включает императивные нормы об обязательной письменной форме контракта, имеет право сделать соответствующее заявление, на основании ст. 12 Венской конвенции, которое исключает действие для договоров с участием лиц данного государства действие тех положений Конвенции, которые позволяют совершение договора в отличной от письменной форме. Таким образом, в государствах, сделавших соответствующее заявление, предусматривается обязательность письменной формы договора международной купли-продажи.

Венская конвенция содержит разъяснения по вопросу того, что может пониматься под письменной формой. Так, ст. 13 закрепляет, что этому понятию соответствуют сообщения по телеграфу и телетайпу. Данная норма Конвенции вызывает многочисленные разногласия. Первая точка зрения заключается в том, что иные виды письменных сообщений кроме телеграфа и телетайпа не относятся к письменным сообщениям в целях ст. 13 Венской конвенции. При этом необходимо учитывать, что в тех случаях, когда необходимость соблюдения письменной формы договора продиктована требованиями национального права, применимого к отношениям по договору, то и требования к соблюдению письменной формы должны устанавливаться теми же нормами [11, с. 42-43].

Другие исследователи придерживаются противоположного мнения. С их точки зрения тот факт, что в Конвенции в качестве письменных сообщений указаны только телеграфные и телетайпные, не свидетельствует о том, что прочие формы письменных сообщений следует считать ненадлежащими [12, с. 189]. Наконец, третья группа авторов считает, что на основании анализа положений Венской конвенции 1980 г. невозможно сделать обоснованный вывод о том, можно ли для соблюдения письменной формы договора использовать письменные сообщения кроме телеграфных и телетайпных, например, факсимильных или сообщений электронной почты. Анализируя положения Венской конвенции и сложившуюся практику ее применения, М. Г. Розенберг отмечал, что в силу общей диспозитивности характера Конвенции ограничительное толкование ст. 13 не соответствует ему. Объяснением указания в тексте Конвенции лишь на два вида письменных сообщений может быть тот факт, что на момент принятия Конвенции письменные сообщения, кроме передаваемых по телеграфу и телетайпу, еще не получили распространения.

В любом случае для разрешения вопроса о достаточном соблюдении письменной формы договора международной купли-продажи, к которому применима Венская конвенция, а не императивные нормы национального права, избранного сторонами в качестве применимого, необходимо руководствоваться положениями ст. 8 Венской конвенции, согласно которой при толковании поведения стороны следует учитывать ее намерения, о которых известно другой стороне. Также необходимо учитывать, что решающее значение может иметь практика, установленная сторонами в их взаимоотношениях.

Практика МКАС при ТПП Российской Федерации показывает, что в настоящее время заключение договора путем обмена факсами признается надлежащим

соблюдением письменной формы заключения договора, однако необходимо, чтобы можно было достоверно установить, что факс отправлен соответствующей стороной, а также требуется совпадение содержания договоренностей у обеих сторон.

Соглашение об общих условиях поставки СНГ предусматривает, что заключение договора может быть совершено путем обмена письмами, телеграммами, телетайпограммами, а также с помощью других способов телекоммуникации. Отдельно оговорено, что изменение, расторжение договора, а также продление его срока действия должны оформляться отдельным дополнительным соглашением сторон, что также свидетельствует о необходимости соблюдения письменной формы.

Помимо соблюдения требований к форме договора для его заключения важно, чтобы объем правоспособности лица, заключающего договор, был достаточен. Содержание правоспособности юридического лица определяется его личным законом. Следовательно, объем правоспособности и полномочий на совершение сделки определяется на основании национального права государства стороны, а также с учетом учредительных документов сторон.

Важнейшим документом, регулирующим содержание договора международной купли-продажи, является, как это уже отмечалось, Венская конвенция 1980 г. Конвенция исходит из того, что стороны могут самостоятельно определить круг вопросов, подлежащих обязательному согласованию при заключении договора. При этом в Венской конвенции закреплён минимум обязательных для включения в договор условий, к которым относятся обозначение товара, количество и цена товара или указание на способ их определения. Также Конвенция, основываясь на принципе свободы волеизъявления сторон, указывает, что стороны могут самостоятельно определить условия, которые должны быть включены в договор. При этом, «по любому условию, выдвинутому одной из сторон, должно быть достигнуто соглашение с другой стороной. При отсутствии такого соглашения договор не считается заключенным» [13, с. 74]. Таким образом, помимо прямо предписанных Венской конвенцией условий для обязательного согласования, стороны могут включить в договор и субъективные существенные условия [14, с. 103].

Первое условие, названное Венской конвенцией в качестве необходимого для признания предложения офертой, и, соответственно, признания в будущем, в случае акцепта, договора заключенным, - обозначение товара, то есть, объекта договора. Некоторые авторы считают, что предмет и объект договора тождественны. Так, например, Д. Потяркин предлагает двойственный подход к пониманию предмета договора. С одной стороны, он понимает под предметом договора различные объекты гражданских прав, с другой – совокупность условий, «характеризующих передаваемое имущество, подлежащие выполнению работы, оказываемые услуги либо необходимый результат действий» [15, с. 114]. В литературе высказывается мнение, что предметом договора купли-продажи является наименование и количество продаваемых товаров [16, с. 418]. Автор разделяет точку зрения Е. В. Леоновой, которая указывает, что предмет и объект договора необходимо различать. При этом под предметом договора следует понимать действия сторон, направленные на достижение цели договора, а под объектом договора – товар, являющийся составной частью предмета договора [17, с. 60].

В тексте Венской конвенции не содержится указаний на специальные правила определения предмета купли-продажи. Ст. 65 Венской конвенции предусматривает, что в оферте могут содержаться не сами характеристики товара, необходимые для его определения, а указание на их определение в будущем путем составления спецификации. Между тем, не все характеристики товара могут быть определены в спецификации. Для соответствия оферты требованиям ст. 14 Венской конвенции необходимо, чтобы в оферте указывались параметры, позволяющие определить товар.

Второе условие, согласование которого предписывается сторонам Венской конвенцией – количество товара. Предусмотрено, что количество может быть

согласовано или непосредственно в тексте самой оферты, или устанавливаться косвенно через указание на порядок его определения. При этом особый интерес вызывают ситуации, когда сторонами был в договоре согласован порядок определения количества товара в будущем, однако им не удается в будущем прийти к соглашению по данному вопросу. На основании ст. 4 Венской конвенции действительность такого договора будет устанавливаться в соответствии с предписаниями норм подлежащего применению национального права. Так, согласно российскому гражданскому законодательству в таких случаях договор признается незаключенным.

Третье существенное условие, закрепленное в ст. 14 Венской конвенции, – цена товара или порядок ее определения. Это условие вызывает многочисленные разногласия, так как помимо нее в Венской конвенции содержится ст. 55, согласно которой даже в случае, если сторонами никаким образом – ни прямо, ни косвенно – в договоре не была обозначена цена товара, но при этом сам договор заключен юридически действительным образом, действует презумпция наличия соглашения сторон. Согласно данной статье считается, что стороны «подразумевали ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах в соответствующей области торговли».

Противоречие, содержащееся в указанных статьях, объясняется тем фактом, что ст. 14 не устраивала представителей стран общего права. В качестве компромисса в текст Венской конвенции 1980 г. было включено положение ст. 55. Такое решение стало возможным благодаря тому, что в силу относительной самостоятельности ч. II и ч. III Конвенции, в которых соответственно находятся ст. 14 и ст. 55, ст. 92 предусматривает право стран-участниц Конвенции оговорить при ее подписании, что они не будут считать себя связанными положениями какой-либо из этих частей. Воспользовались, однако, предложенным ст. 92 правом не все страны, подписавшие Конвенцию. Таким образом, для ряда договаривающихся государств коллизия указанных двух статей Венской конвенции сохраняется.

Для преодоления сложившегося противоречия можно использовать ст. 6 Конвенции, которая предусматривает право сторон исключить распространение действия какого-либо ее положения на их взаимоотношения или изменить его действие. Также следует учитывать, что применение ст. 55 Венской конвенции рассчитано на заключенные юридически действительным образом. Как отмечалось ранее, ст. 4 Конвенции закрепляет определение действительности договора на основании норм национального права, подлежащего применению к отношениям сторон по договору. Следовательно, решение вопроса о существенности договора, в котором не согласована цена, зависит от предписаний национального права.

На уровне частноправовой унификации регулирования международной купли-продажи вопрос о существенных условиях затрагивается в Принципах УНИДРУА.

Роль договорного регулирования международной купли-продажи в настоящее время весьма значительна. К важнейшим аспектам регулирования отношений по договору международной купли-продажи относятся вопросы изменения и прекращения договоров. Прекращение договора влечет за собой утрату силы составлявших его обязательств, а также дополнительных обязательств сторон из такого договора.

Литература

1. *Семенухин В. В.* Внешнеэкономическая деятельность. М.: ГроссМедиа. РОСБУХ, 2015. 949 с.
2. *Рамберг Я.* Международные коммерческие транзакции. Пер. с англ. под ред. Н. Г. Вилковой, 4-е изд. М.: Инфотропик Медиа. ICC Russia, 2011.
3. *Мусин В. А.* Международные торговые контракты. Л., 1986.

4. *Гавзе Ф. И.* Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972.
5. *Mehren A. T.* The Formation of Contracts. International Encyclopedia of Comparative Law. Tubingen, 1992.
6. *Whincup M. H.* Contract law and practice (The English system and continental comparisons). London, 1996.
7. *Whincup M. H.* Contract law and practice (The English system and continental comparisons). London, 1996.
8. *Кулагин М. И.* Предпринимательство и право: опыт запада. М, 1999.
9. *Кисилев Л. Н.* Контракт во внешнеторговой практике. М, 1990.
10. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров. Вестник ВА РФ. № 1, 1994.
11. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М.: Юриздат, 1994.
12. *Honnold J.* Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Cluver, 1991.
13. *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2006.
14. *Лазарев А. А.* Существенные условия договора международной купли-продажи товаров: дисс. канд. юр. наук. М., 2005.
15. *Потяркин Д.* Заключение договора // Хозяйство и право. № 11, 1997.
16. Комментарий к ч. 1 ГК РФ. / Под ред. Садикова О. Н. М., 1995.
17. *Леонова Е. В.* Международной договор купли-продажи: заключение и содержание: дисс. канд. юр. наук. СПб., 2002.

Корпоративный договор в международном частном праве: проблемные аспекты Якушева Е. А.

*Якушева Елена Александровна / Yakusheva Elena Alexandrovna – бакалавр,
кафедра международного публичного и частного права, факультет права,
Национальный исследовательский университет
Высшая школа экономики, г. Москва*

Аннотация: в статье рассматриваются проблемные аспекты трансграничных корпоративных договоров касательно природы корпоративного соглашения, его содержания, а также коллизионного регулирования.

Abstract: the article describes problem aspects of trans-border shareholders agreements concerning its nature, content, as well as conflict of laws.

Ключевые слова: корпоративный договор, международное частное право, коллизионное право.

Keywords: shareholders agreement, international private law, conflict of laws.

Институт корпоративного договора в России существовал ещё задолго [1, с. 39] до внесения соответствующих положений в Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) и ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО), ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО). Однако если раньше такие соглашения в основном заключались по иностранному праву, поскольку акционерные соглашения как правовая конструкция использовалась в наиболее сложных следках с иностранным элементом (например, сделок слияния и поглощения, создания совместных предприятий) то теперь есть возможность использовать российское

право. Поскольку формально институт в российском праве существует относительно небольшой промежуток времени, на данный момент неизвестно, в каком направлении будет развиваться практика при толковании спорных моментов. Так, в настоящей статье предлагается рассмотреть некоторые из проблемных аспектов, которые могут возникнуть при структурировании акционерных соглашений.

Прописывая в российском законе механизм корпоративных соглашений, законодатель опирался на зарубежный опыт, принимая во внимание в основном модель, принятую в английском праве, поскольку она является наиболее гибкой [2, с. 35]. Так, в соответствии с изначальной концепцией акционерного соглашения, участники корпорации заключают договор с целью определения порядка управления компанией и принятия решений, прописывая права и обязанности сторон. Существует точка зрения, что акционерные соглашения особенно актуальны, когда закон содержит диспозитивную норму или же если регулирование по определенную вопросу отсутствует [3, с. 152]. С другой стороны, опираясь на экономический смысл, акционерное соглашение – способ минимизации рисков компании в случае возникновения корпоративных конфликтов [4, с. 94].

В доктрине российского и зарубежного права нередко поднимается проблема сущности и природы корпоративного договора. В силу принципа свободы договора, который является основой для заключения акционерных соглашений, как английскому, российскому и ряду других стран праву [5, с. 47], корпоративный договор признает сделкой или договором. Так, с одной стороны акционерное соглашение можно рассматривать как гражданско-правовую сделку владельцев акций по распоряжению своим имуществом [6, с. 35]. Следовательно, правовая сущность носит обязательственный характер. С другой стороны, акционерное соглашение - это «акт индивидуально-правового (договорного) регулирования корпоративных отношений» [7, с. 9], т.е. порождает корпоративные права и обязанности. Иная точка зрения прослеживается в зарубежной литературе, где акционерным соглашением является любое соглашение в отношении деятельности и управления компанией, в том числе изменяющее структуру компании [8, с. 24], т.е. это корпоративный акт, имеющий договорную форму выражения. Существует и смешанный подход: корпоративный договор – это договор, осложненный корпоративным элементом [9, с. 44]. В российской доктрине относительно сущности акционерного соглашения единой точки зрения нет, поскольку, по большей части, проблема имеет скорее теоретический характер, чем имеет практическое прикладное значение.

Если говорить о содержании корпоративного договора, то в российской доктрине нераскрытыми являются многие аспекты. Например, проблема определения сторон корпоративного договора также имеет неоднозначное решение. Если говорить об акционерных соглашениях и акционерном обществе, то его деятельность чаще всего сопровождается большим числом акционеров, которые управляют обществом через его органы, а также уполномочены принимать решения, и в случае несогласования воли разных участников, может возникнуть корпоративный конфликт. В таком случае, акционерное соглашение – один из способов урегулирования возможных конфликтов. В некотором понимании акционерное соглашение является гарантом стабильности во внутрикorporативных отношениях [10, с. 87].

Так, большая часть исследователей придерживается точки зрения, что корпоративный договор может заключаться только акционерами или участниками общества (см. судебную практику: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31.03.2006 № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11) по делу № А75-3725-Г/04-860/2005) [11, с. 28]. В п. 3 ст. 32.1 Закона об АО говорится, что стороной соглашения может быть любой акционер общества, в отношении которого акционерное соглашение было заключено. Открытым остается вопрос возможности самого общества быть стороной корпоративного договора.

Обращаясь к практике заключения корпоративных договоров в России, то можно заметить неоднозначные позиции на счет действительности таких договоров при сделках, осложненных иностранным элементом. В соответствии с п.1 ст.1210 ГК РФ, стороны корпоративного договора вправе выбрать по соглашению сторон право, которое будет подлежать применению в отношении их прав и обязанностей, которые вытекают из этого договора. Получается, что стороны вправе выбрать любое право в случае, если такой выбор является обоснованным (ст. 1186 ГК РФ). Но так ли это просто оказывается на практике?

На практике нередко встречаются случаи, когда сделка структурировалась по российскому праву, а акционерное соглашение – по иностранному. В таком случае суды признавали такое соглашение недействительным, поскольку тем самым нарушалась императивная норма права, поскольку в соответствии со ст. 1202 ГК РФ закреплено положение, что личному закону юридического лица подчиняются положения о правовом статусе юридического лица, о порядке его учреждения, о внутренних отношениях, т.е. российскому праву. Показательным является судебное разбирательство по делу «Мегафона» (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31.03.2006 № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11) по делу N А75-3725-Г/04-860/2005). В своем постановлении суд подчеркнул, что «поскольку регулирование вопросов правового статуса национальных юридических лиц является суверенным правом Российской Федерации, то к этим правоотношениям не могут применяться нормы иностранного права, в том числе нормы шведского права». По мнению автора, с какой позицией трудно согласиться, поскольку если бы правовой режим объектов являлся предметом исключительного суверенного права, то встал бы серьезный вопрос о существовании международного права в целом. Однако такой же позиции придерживались суды и в последующих аналогичных ситуациях (Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.12.2006 г. по делу № А40-62048/06-81-343).

Очевидно, такая ситуация обострила ситуацию на рынке трансграничных сделок, и в дальнейшем стала использоваться схема по созданию крупных холдинговых структур, где акционерное соглашение заключалось материнской компанией в отношении российского дочернего общества по иностранному праву. С помощью такой структуры акционеры могли управлять российским обществом, заключив акционерное соглашение не по российскому праву [12, с. 85]. Так, при принятии решения о недопустимости заключения корпоративного договора по иностранному праву суд руководствовался следующими аргументами: во-первых, необходимо применение личного закона юридического лица по смыслу ст. 12002 ГК РФ; во-вторых, нормы российского права носят сверхимперативный характер (ст. 1192 ГК РФ); в-третьих, при использовании иностранного права нарушаются нормы публичного порядка (ст. 1193 ГК РФ).

В связи с этой практикой возникает обоснованный вопрос: целесообразно ли введение сверхимперативных норм, является ли это решением проблемы? Из этого следует, что попытки российского законодателя обязать заключать корпоративные договоры по российскому праву оказались не такими действенными, как это представлялось.

Отвечая на данный вопрос, некоторые исследователи отмечают, что императивную норму о личном законе юридического лица стоит исключить из ГК РФ [13, с. 132].

После указанных нашумевших дел в ГК РФ и корпоративные законы были внесены изменения, которыми вводилось регулирование корпоративных договоров. В Закон об ООО была введен п. 3 ст. 8, в Закон об АО ст. 32.1. Однако ни одна из данных статей не затрагивает отношения в области международного частного права, в связи даже после реформы у судов нет формальных ограничений по изменению уже сложившейся практики. Подтверждением этому является решение, принятое после указанных поправок. Так, в Постановлении Федерального арбитражного суда

Поволжского округа от 25.05.2011 по делу N А57-7487/2010 прослеживается тот же вывод, которых был и в предыдущих решениях по аналогичным делам, и применение шведского права было признано судом недопустимым.

Из данной практики можно сделать однозначный вывод: на момент внесения поправок в т. 1214 ГК РФ российские суды придерживались позиции невозможности заключения корпоративных договоров по иностранному праву.

Очевидно, что сложившаяся практика не соответствует международной практике в развитых правовых системах. Такой консервативный подход встречается только в отдельных странах СНГ, например на Украине (Рекомендации Президиума высшего хозяйственного суда Украины от 28.12.2007 № 04-5/14).

Нельзя не отметить тот факт, что практически во всех странах отсутствует коллизионное регулирование корпоративных договоров на уровне закона, поскольку наиболее тонкие и сложные вопросы, как правило, методом *case by case* решаются судами. Таким образом, разработчики ст. 1214 ГК РФ были первыми, кто попытался выработать единую коллизионную привязку.

Как уже отмечалось ранее, корпоративный договор имеет двойственную природу: обязательственную и корпоративную. Так, при разработке ст. 1214 ГК в первую очередь отталкивались от обязательно-правового характера корпоративного договора, что полностью соответствует европейской континентальной модели. «В европейском праве не ставится под сомнение обязательно-правовая природа таких соглашений: они являются обыкновенными гражданско-правовыми договорами, а не корпоративными актами» [14, с. 7]. Эту позицию поддерживает и Е. А. Суханов: «В европейском континентальном праве общепризнанна обязательно-правовая, а не корпоративная природа таких соглашений. Из этого вытекает их обязанность только для их сторон, но не для корпорации в целом» [15, с. 176].

Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства обобщили признаки континентальной модели: «Предлагаемое регулирование, таким образом, основано на том, что соглашение акционеров: 1) не является «параллельным» уставу документом, претендующим на решение вопросов, которые могут решаться только в законодательстве и уставе общества; 2) не содержит условий, закрепляющих компетенцию органов общества, или отличный, противоречащий закону, порядок их избрания; 3) являясь обязательным только для сторон, не предоставляет права и не устанавливает обязанности для третьих лиц; 4) не влияет на действительность решений органов общества; 5) не является договором об отказе от права, а представляет собой соглашение, определяющее особенности реализации, осуществления прав акционера» [16, с. 38].

Несмотря на то, что при разработке закона принимали участие различные группы, и то, что принятие положения содержат в себе элементы англо-правовой модели, в целом российскую модель можно назвать европейской. Ярким доказательством того, что корпоративный договор имеет договорную природу, является включение коллизионного правила в главу о договорах (обязательствах).

Однако императивный характер норм остался. Специальная императивная норма личного закона юридического лица всегда имеет приоритет перед положениями корпоративного договора. В связи с этим возникает проблема применения данного положения в международно-частном правовом отношении.

Как отмечает А. В. Асосков, следует отличать сверхимперативные нормы от императивных в том смысле, что не каждая императивная норма является сверхимперативной, иначе разрушился бы сам смысл международного частного права. В таком случае сверхимперативные нормы были бы единственным ограничителем свободы участников корпоративных договоров выбирать применимое право. Поэтому использовать сверхимперативный метод стоит максимально осторожно и «точечно» исключительно в обеспечение публичных интересов (так называемых «интересов первого уровня») [16, с. 12]. К. Родеманн также указывает на рациональность

использования сверхимперативных норм в международном частном праве, поскольку это лишило бы международное частное право единообразия, т.к. суды других стран не обязаны применять императивные нормы других государств.

Таким образом, нельзя сказать, что использование и введение исключительно сверхимперативных норм в международном частном праве не может быть эффективным решением проблемы применимого права при конструировании корпоративных соглашений.

Как было отмечено выше, в обоснование своей позиции суды приводили аргумент о публичном порядке по ст. 1193 ГК РФ. Во-первых, с точки зрения логики не очевидна причинно-следственная связь между заключением корпоративного договора по иностранному праву и нарушением публичного порядка. В своем информационном письме Президиум ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 особенно подчеркнул, что факт использования зарубежного права не нарушает публичные интересы государства. Во-вторых, защита публичного порядка – мера контроля *ex post*, поэтому если при заключении корпоративного договора и возникают определенные риски, то ликвидировать или минимизировать их нужно на момент подписания, а не после. Таким образом, ссылка на защиту публичного порядка не дает точного объяснения недопустимости применения зарубежного права.

Так, поскольку сверхимперативные нормы не могут быть адекватным решением проблемы применимого права, необходимо «обеспечить приоритет норм личного закона юридического лица в их качестве обычных императивных норм, сохранив при этом применение выбранного сторонами корпоративного договора права в не затрагиваемой ими части» [15, с. 176]. Для решения этой проблемы необходимо закрепить специальную коллизионную норму с множественностью привязок.

В этой связи предлагается определить круг вопросов, в отношении которых будут действовать нормы личного закона юридического лица. При рассмотрении этого вопроса стоит обратиться к зарубежному опыту, к тем правовым порядкам, в которых принята континентальная модель. Так, в немецкой доктрине говорится, что корпоративный договор не может вмешиваться в структуру общества, т.к. изменять систему органов, распределять компетенцию между ними, порядок их формирования и принятия решений. Примером вмешательства в структуру компании является создание органов, которые не предусмотрены уставом или допускают влияние третьих лиц, которые не являются участниками общества и др.

Так или иначе, следует отметить, что, несмотря на то, что между императивными нормами закона и положениями корпоративного договора было найдено противоречие, это не безусловное основание для признания таких договоров недействительными. Объяснением этому служит п. 7 ст. 67.2 ГК РФ, в соответствии с которым стороны корпоративного договора не вправе ссылаться на недействительный корпоративный договор в связи с его противоречием положениям устава общества.

Интересным представляется случай, когда стороны не договорились о применимом праве. Например, в Германии этот вопрос решается следующим образом: такой корпоративный договор квалифицируется как негласный договор простых товарищей без объединения имущества. В России восприятие такой модели является не таким простым, как в Германии, поскольку по договору простого товарищества предусматривается объединение капиталов, однако для упрощения хозяйственного оборота такую аналогию признали допустимой [18, с. 54]. Однако, как отмечают исследователи, в том числе А. В. Асоскин, такое решение едва ли можно назвать эффективным и достаточным.

Во-первых, это связано с тем, что у участников нет единого места осуществления своей деятельности. Во-вторых, такого места и вовсе не должно быть. В-третьих, что более всего примечательно, использование права различных стран может привести к проблемам применения разных законодательств. В связи с этим, представляется, что случай, когда совпадает личный закон юридического лица и применимого к

корпоративному договору право. Причем такая модель давно применяется в зарубежных правовых системах.

Итак, подводя итог дискуссии о коллизионном регулировании корпоративных договоров, стоит отметить, что при регулировании корпоративных договоров стоит избегать крайностей, что было в описанных выше судебных решениях, и консервативного подхода судей к использованию иностранного права в отношении корпоративных договоров. С другой стороны, как отмечают некоторые исследователи, сторонам стоит предоставить полную свободу при написании корпоративных договоров. В такой ситуации стоит придерживаться наиболее оптимального смешанного подхода, который допускает существование императивных норм, которые очерчивают границы допустимого содержания корпоративного договора и обязательного регулирования определенных вопросов по личному закону юридического лица. Такой подход является наиболее рациональным и отвечает общемировой практике и тенденциям.

В заключение стоит отметить, что инструмент корпоративного договора представляет собой сложный и мощный инструмент, способный стать решением многих корпоративных вопросов. Однако заключение таких соглашений в отношении российских юридических лиц, как по российскому, так и по иностранному праву связано с множеством проблем. Эти проблемы касаются как пределов регулирования, содержания соглашений, применимого права, а также пределов применения иностранного права. Сложность проблемы структурирования корпоративных договоров по российскому праву сопровождается ограниченностью правоприменительной практики, а также неоднозначных позиций судов в отношении договоров, заключенных по иностранному праву.

Литература

1. *Носова Н. С.* Конкурентная стратегия компании. М. Юрайт, 2009. 256 с.
2. *Степкин С. П.* Гражданско-правовой институт акционерных соглашений. М. Петруш, 2011. С. 39.
3. *Канашевский В. А.* Акционерные соглашения с иностранным лицом: вопросы применимого права // *Международное публичное и частное право*, 2013. № 5.
4. *Кабатова Е. В., Вершинина Е. В., Новиков М. А.* Особенности правового регулирования института акционерных соглашений в России и странах общего права // *Московский журнал международного права*, 2014. № 2 (94).
5. *Chemla G., Michel A. Habib and Ljungqvist A.* An Analysis of Shareholder Agreements // *Journal of the European Economic Association*, 2007. Vol. 5. № 1.
6. *Варюшин М. С.* Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.
7. *Суханов Е. А.* Уставный капитал хозяйственного общества в современном корпоративном праве // *Вестник гражданского права*, 2012. № 2.
8. *Грибкова Т. В.* Акционерные соглашения как средство правового регулирования корпоративных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.
9. *Степанов Д. И., Фогель В. А., Шрамм Х. И.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 2012. № 10.
10. *Варюшин М. С.* Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. 144 с.
11. *Каржавина Н. С.* Акционерное соглашение как способ преодоления корпоративного конфликта и проблема его действительности по российскому законодательству // *Предпринимательское право*, 2007. № 4.

12. *Степанов В. В.* Акционерные соглашения: зарубежный опыт и потенциальные проблемы российского правоприменения. Часть вторая // Труды молодых исследователей по сравнительному праву, 2010. № 2 (7).
13. *Шереметьева М. В.* Корпоративный договор в свете реформирования отечественного гражданского законодательства // Экономика. Право. Общество, 2015. № 04.
14. *Кабатова Е. В.* Коллизионные вопросы соглашения акционеров // Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber Amicorum в честь профессора Л. Н. Галенской / Под ред. С.В. Бахина. СПб., 2007. 423 с.
15. *Федоров С. И.* Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права, 2013. № 1.
16. *Суханов Е. А.* Сравнительно корпоративное право. М., 2014.
17. Экспертное заключение Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства по проекту Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «Об акционерных обществах» (принято 29.10.2007, протокол № 52) // Вестник гражданского права, 2008. № 1.
18. *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договоров об осуществлении корпоративных прав (корпоративных договоров) // Закон. № 8, 2014.
19. *Кабатов Е. В.* Соглашения акционеров: вопросы применения российского и иностранного права.

Проблемы исполнения решений Европейского суда по правам человека в Российской Федерации

Нуруллаев Р. Р.

*Нуруллаев Рубин Рафаэльевич / Nurullayev Rubin Rafaelyevich – студент,
кафедра государственно-правовых дисциплин,
Астраханский филиал,*

*Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования
Саратовская государственная юридическая академия, г. Астрахань*

***Аннотация:** с точки зрения правового регулирования, международное право широко проникает в национальное право России. Но полностью интегрировать нормы международного права в национальную правовую систему не получится, так как этому будут препятствовать национальные особенности, в определенной степени корректирующие решения ЕСПЧ. Практику применения и последствия Постановления Конституционного Суда от 14 июля 2015 года возможно будет рассмотреть только через какой-либо промежуток времени.*

***Abstract:** from the point of view of legal regulation the international law widely gets into the national right of Russia. But completely to integrate rules of international law into national legal system it won't turn out as the national peculiarities to some extent correcting decisions of ECHR will interfere. Practice of application and a consequence of the Resolution of the constitutional court of July 14, 2015 will be possible to be considered only through any period.*

***Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека, конвенция.*

***Keywords:** European Court of Human Rights, convention.*

Итак, 14 июля 2015 года Конституционный суд Российской Федерации постановил, что РФ не обязана исполнять решения ЕСПЧ, однако остается под его

юрисдикцией. В частности, Россия может не выполнять решения ЕСПЧ, если они противоречат российской Конституции. 14 июля 2015 года Конституционный суд Российской Федерации постановил, что РФ не обязана исполнять решения ЕСПЧ, однако остается под его юрисдикцией. В частности, Россия может не выполнять решения ЕСПЧ, если они противоречат российской Конституции

Вместе с тем, несмотря на то, что в Постановлении от 14.07.2015 г. [2] механизм решения данного рода проблем судьи Конституционного Суда Российской Федерации уже обосновали, однако в Федеральном конституционном законе от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» [1] такой механизм отсутствует. Необходимый проект поправок в указанный закон был внесен депутатами всех четырех партийных фракций в Государственной Думе Российской Федерации (Плигиным В. Н., Емельяновым М. В., Лихачевым В. Н., Диденко А. Н.) 18.11.2015 года. Указанный законопроект 26.11.2015 года был рассмотрен и поддержан большинством членов комитета Государственной Думы по конституционному законодательству и государственному строительству. Комитет рекомендовал Совету Государственной Думы вынести рассмотрение законопроекта в первом чтении на пленарное заседание, которое состоится 1 декабря 2015 года. Так законопроектом предусматривается, что по запросу федерального органа исполнительной власти, наделенного компетенцией по защите интересов Российской Федерации при рассмотрении в межгосударственном органе по защите прав и свобод человека жалоб, поданных против Российской Федерации на основании международного договора, Конституционный Суд Российской Федерации разрешает вопрос о возможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека. В случае если Конституционный Суд Российской Федерации принимает постановление о невозможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, какие-либо действия (акты), направленные на исполнение соответствующего решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, в Российской Федерации не могут осуществляться (приниматься). 14 июля 2015 года Конституционный суд Российской Федерации постановил, что РФ не обязана исполнять решения ЕСПЧ, однако остается под его юрисдикцией. В частности, Россия может не выполнять решения ЕСПЧ, если они противоречат российской Конституции. 14 июля 2015 года Конституционный суд Российской Федерации постановил, что РФ не обязана исполнять решения ЕСПЧ, однако остается под его юрисдикцией. В частности, Россия может не выполнять решения ЕСПЧ, если они противоречат российской Конституции. 14 июля 2015 года Конституционный суд Российской Федерации постановил, что РФ не обязана исполнять решения ЕСПЧ, однако остается под его юрисдикцией. В частности, Россия может не выполнять решения ЕСПЧ, если они противоречат российской Конституции.

В связи с изложенным необходимо отметить, что национальная конституционная юрисдикция в сочетании с конвенциональной юрисдикцией ЕСПЧ представляют собой важный фактор утверждения и развития общеевропейских и правовых ценностей. Вместе с тем, это не исключает возникновения конфликтных ситуаций вследствие существующей правовой неопределенности границ государственного суверенитета Российской Федерации, основанного на верховенстве Конституции Российской Федерации и приоритете юрисдикции Конституционного Суда Российской Федерации перед нормами международного права и их интерпретацией международными судебными органами. Россия может не выполнять решения ЕСПЧ, если они противоречат российской Конституции.

Правильные акценты при формировании решения Конституционного Суда Российской Федерации по конкретному делу могут быть определены на основе правовой позиции Председателя Конституционного Суда Российской Федерации Зорькина В. Д., главный смысл которой состоит в следующем:

«Принципы государственного суверенитета и верховенства Конституции в правовой системе России относятся к основам ее конституционного строя. Конвенция как международный договор России является составной частью ее правовой системы, но она не выше Конституции. Конституция в статье 15 устанавливает приоритет международного договора над положениями закона, но не над положениями Конституции. Монополия на истолкование положений Конституции и выявление конституционного смысла закона принадлежит Конституционному Суду. И поэтому истолкование Конституции, данное высшим судебным органом государства, не может быть преодолено путем толкования Конвенции, поскольку ее юридическая сила все-таки юридическую силу Конституции не превосходит...».

Литература

1. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 08.06.2015) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета. № 138 - 139, 23.07.1994.
2. Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах РФ», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса РФ, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства РФ и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Российская газета. № 163. 27.07.2015.

Общественные объединения как институт гражданского общества в России

Кузьменко Э. О.

*Кузьменко Эмма Олеговна / Kuz'menko Emma Olegovna – студент,
юридический факультет,*

*Крымский юридический институт (филиал),
Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации, г. Симферополь*

Аннотация: *в статье рассматривается роль гражданского общества в России, проблемы взаимодействия общественных объединений и государства. Также какие общественные организации существуют в Российской Федерации. Рассмотрена актуальная тема развития общественного сектора, а именно общественных объединений.*

Abstract: *this article examines the role of civil society in Russia, problems of interaction between NGOs and the state. Just what social organizations exist in the Russian Federation. The actual topic of the public sector, namely public associations.*

Ключевые слова: *гражданское общество, общественные объединения, структура коммерческих / некоммерческих объединений.*

Keywords: *civil society, social enterprises, the structure of commercial / non-profit associations.*

Гражданское общество — это некоммерческая организация, один из гарантов соблюдения прав человека, совокупность общественных отношений вне рамок властно-государственных и коммерческих структур, но не вне рамок государства как такового. Развитое гражданское общество является важнейшей предпосылкой построения правового государства и его равноправным партнером [1, с. 10].

Становление гражданского демократического общества невозможно без развития общественного сектора - обширной сети неправительственных, некоммерческих объединений самой различной направленности: экономических и творческих, ветеранских и молодежных, профессиональных союзов и клубов по интересам. Только самоорганизованное общество на сегодняшний день может противостоять насилию со стороны узкокорыстных группировок экономического, политического и даже криминального толка. Сейчас Россия на распутье. Нам стоит определиться, по какому пути идти: по корпоративно-авторитарному или по гражданско-правовому? Очевиден ответ - создавать институты самоорганизации граждан, представляющие интересы самых разных групп населения. Расширять местное самоуправление и права общественных организаций.

В России всегда были завышенные требования к власти, из чего следовало, что власть в России - источник всех бед. Среди большинства наших сограждан во все времена бытовало мнение, что на власть влиять бесполезно. «От меня ничего не зависит, и я не желаю ни в чем участвовать, потому что все равно «они» - обманут». Отсюда - безразличие, апатия, цинизм. А с другой стороны, убежденность, что власть обязана для меня что-то сделать. Сегодня нужна другая идеология отношений между государством и гражданами. Гражданам необходимо помочь осознать, что за них, без их участия, никто ничего не сделает. Их могут только обмануть. Нужно воспитание гражданского духа, чтобы у людей появилось чувство уважения к себе, к своей стране, к своему прошлому и будущему, к своим детям, наконец.

В соответствии с Конституцией Российской Федерации граждане имеют право на объединение на некоммерческой основе, с целью получения социальных услуг, развития самоорганизации социальных систем [4, с. 21]. Современное российское законодательство определяет основной формой реализации права граждан на объединение некоммерческие организации, которые могут создаваться в форме общественных, благотворительных организаций, некоммерческих партнерств, автономных организаций и учреждений. Деятельность общественных и благотворительных организаций регулируются своими федеральными законами. Среди общественных объединений особый статус имеют религиозные объединения, политические партии, профессиональные союзы, молодежные и детские организации. Следует обозначить структуру общественных организаций.

Организации делятся на коммерческие организации (акционерные общества, товарищества, общественные организации с ограниченной ответственностью) и некоммерческие организации. Некоммерческими организациями являются: общественные объединения, благотворительные организации и другие формы (некоммерческие партнерства, АНО, фонды).

Рассмотрим общественные объединения, которые в свою очередь разделились на: политические объединения (партии), религиозные организации, профессиональные союзы, национальные культурные автономии, молодежные и детские общественные объединения.

Процесс формирования общественных объединений в России, ставших сегодня неотъемлемой составляющей политической и общественной жизни, позволяет говорить о зарождении в стране основ гражданского общества. Органы государственной власти и общественность признают возможность перспективного сотрудничества в плане привлечения общественных организаций, представляющих социально значимые проекты и программы при решении стоящих перед регионом задач. Масштабы этих задач требуют создания таких механизмов взаимодействия,

которые позволяют некоммерческим организациям и органам власти наладить взаимопользные и равноправные партнерские отношения.

Таким образом, в решении ключевых задач формирования гражданского общества и важнейших социальных проблем все более значительную роль будут играть негосударственные некоммерческие организации, которые образуют так называемый Третий сектор. Следовательно, можно сделать вывод, что общественные организации занимают важное место в жизни государства. Российское государство нуждается в участии и интересе граждан в управлении делами общества, в активных гражданских организациях.

Литература

1. Государственное право Российской Федерации Курс лекций для юридических институтов и факультетов. О. Е. Кутафина.
2. Общественная палата: ее роль и место в Российской политике. Кабышев С. В., Векшин А. А., 2006 г.
3. Роль общественных объединений в формировании гражданского общества в России. Автореферат Власова О. В., 2002 г.
4. Гражданское общество. Право на Жизнь. Тихонов В., 2001.
5. Научная статья Фатова И. С. в журнале «Бизнес в законе. Экономико-Юридический журнал».

Перспективы создания единого правового пространства для реализации проектов государственно-частного партнерства в рамках ЕАЭС

Еремин В. В.¹, Ихонкина Ю. В.², Цанава Б. З.³

¹*Еремин Виктор Валерьевич / Eremin Viktor Valeryevich – студент, юридический факультет, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации;*

²*Ихонкина Юлия Владимировна / Ikhonkina Iuliya Vladimirovna - студент магистратуры;*

³*Цанава Бачуки Зурабиевич / Tsanova Bachuki Zurabievich - студент магистратуры, Санкт-Петербургский государственный университет, Высшая школа менеджмента, г. Санкт-Петербург*

Аннотация: авторы рассматривают перспективы создания единого рынка инфраструктурных проектов, основанных на принципах государственно-частного партнерства, на основе интеграции стран ЕАЭС. В статье анализируются законодательные различия реализации проектов ГЧП с учетом особенностей национального законодательства стран ЕАЭС: наличие общего закона о ГЧП, возможных моделей реализации проектов и сферы применения механизма ГЧП. Также анализируется конкретная роль Евразийского Банка Развития в процессе финансирования проектов в странах ЕАЭС. Авторы также дают характеристики самых знаменитых проектов ГЧП в странах ЕАЭС.

Abstract: authors analyze perspectives of common space creation for infrastructure investment projects based on Public-private partnership principles (PPP) in the framework of EAEU integration. In the article all legal differences including national features are analyzed: especially the availability of a legal PPP regulation act, possible models of project realization and spheres where PPP could be legally used. Also is analyzed a specific

role of Eurasian Development Bank in the process of financing in EAEU. Authors also analyze the characteristics of the most famous PPP projects in EAEU.

Ключевые слова: *ЕАЭС, Государственно-частные партнерства, Евразийская интеграция, инвестиции в инфраструктуру, Евразийский Банк Развития.*

Keywords: *EAEU, Public-private partnership, Eurasian integration, infrastructure investment, Eurasian Development Bank.*

Последнее время все больше исследователей продвигают идею о том, что СНГ в существующей форме является нежизнеспособной структурой и перспектив ее развития на данный момент крайне мало. При этом существует отдельная структура, перспективы которой более радужны – это Евразийский экономический союз (далее – ЕАЭС). ЕАЭС был создан в 2015 году на базе Таможенного союза и Единого экономического пространства. Таким образом, в ЕАЭС на данный момент входят следующие страны: Россия, Казахстан, Армения, Беларусь и Кыргызстан. При этом крайне высока поддержка населения данного союза, по данным Центра интеграционных исследований Евразийского Банка Развития, уровень поддержки участия в ЕАЭС в России – 78% опрошенных, в Казахстане – 80% опрошенных, в Армении и Беларуси – порядка 60% опрошенных, а в Кыргызстане – 86% [3, с. 18].

На сегодняшний день в странах ЕАЭС проблема изношенности инфраструктуры стоит как никогда остро, что диктует необходимость реализации социально значимых инфраструктурных проектов, в том числе и в рамках механизма государственно-частного партнерства (ГЧП). Евразийский банк развития (ЕАБР) уже имеет успешный опыт реализации ГЧП проектов в России, а именно: реконструкции единственной воздушной гавани Северной Столицы — аэропорта Пулково, а также строительстве автомобильной дороги «Западный скоростной диаметр», и определяет направление своего стратегического развития в сторону наращивания доли присутствия на рынке ГЧП в странах ЕАЭС. Вернее, в данных проектах ЕАБР выступал как кредитующая организация. В мае 2016 года был подписан меморандум о сотрудничестве по вопросам развития ГЧП в государствах-членах ЕАЭС.

Евразийский Банк Развития в преимуществе своем видит в качестве цели создания ЕАЭС развитие и создание совместных проектов в сфере инфраструктуры. Но создание инфраструктуры – это капиталоемкий и крайне длительный процесс. Привлечение частного инвестора – это уже фактически неотъемлемая часть данного процесса. Для успешной реализации совместных проектов в сфере инфраструктуры с участием публичного и частного партнеров используется механизм государственно-частного партнерства. Создание совместных проектов для стран-участниц ЕАЭС затрудняется отсутствием единой нормативно-правовой базы и особенностями национального законодательства.

С первого января 2016 года вступил в силу Федеральный закон от 13.07.2015 «О государственно-частном, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации» (далее – ФЗ о ГЧП РФ). Данный Федеральный закон вызвал массу споров в научном сообществе, но и также открыл новую страницу в истории государственно-частного партнерства в РФ. При этом эксперты в рамках обсуждения ФЗ о ГЧП РФ часто говорят о том, что проекты в его рамках реализовывать не решится. Также в РФ успешно функционирует Федеральный закон от 21.07.2005 №115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – ФЗ о концессиях) в рамках которого реализована не одна сотня проектов, но концессия является лишь одной из форм государственно-частного партнерства и нормы данного закона хоть предполагают консолидацию усилий иностранных инвесторов (в отличие от ФЗ о ГЧП РФ, где частный партнер только российское юридическое лицо) не позволяют странам ЕАЭС пользоваться им, тем более что идея о выступлении от лица публичного партнера

сразу нескольких публичных партнеров из разных государств никак не обговаривается ни в ФЗ о ГЧП РФ, ни в ФЗ о концессиях.

Законодательство Республики Казахстан примечательно в первую очередь Законом Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 379-V «О государственно-частном партнерстве», который вступил в силу позже ФЗ О ГЧП РФ и оказался гораздо прогрессивнее, не отворачиваясь от всех видов частных партнеров, предусмотрев при этом еще и открытый перечень объектов для реализации проектов государственно-частного партнерства.

На данный момент Республика Беларусь явно отстает по проведению так называемой «реформы законодательства» в сфере государственно-частного партнерства. В настоящее время в Белоруссии отсутствует специальное законодательство о государственно-частном партнерстве, где были бы даны основные и необходимые определения для реализации подобных проектов. Некоторые нормы, которые касаются отдельных форм государственно-частного партнерства все-таки присутствуют в законодательстве Республики Беларусь. Так, инвестиционный кодекс Республики Беларусь закрепляет положения о концессионных соглашениях. Правда, на практике применение механизма концессий фактически отсутствует.

Законодательство Армении также не регулирует отдельно государственно-частное партнерство. Основными видами партнерства в сфере ГЧП в Армении являются доверительное управление, аренда (лизинг), концессия, приватизация объектов и передача активов, софинансирование проектов по развитию инфраструктуры. И вообще рассматривать подобные виды партнерства как ГЧП не совсем корректно и некоторые исследователи вообще не склонны подобное партнерство классифицировать как форму государственно-частного партнерства.

В Кыргызской Республике действует специальный закон - Закон Кыргызской Республики от 22.02.2012 N 7 «О государственно-частном партнерстве в Кыргызской Республике». Данный Закон является примером не самого удачного законодательного процесса – он не структурирован по главам и в него входят 35 статей, которые предусматривают ряд крайне общих положений. Таким образом, Кыргызская Республика также не может похвастаться качественным законодательством в сфере государственно-частного партнерства [1].

Как видно, из данного краткого обзора законодательства о государственно-частном партнерстве в странах ЕАЭС, страны - участники ЕАЭС осуществляют свою законодательную деятельность, следуя своим собственным принципам и представлениям о государственно-частном партнерстве. При таком развитии событий, речи о совместных проектах ГЧП идти не может, при этом существует очень качественный и грамотный Модельный Закон СНГ «О публично-частном партнёрстве», написанный группой правоведов из СПбГУ. В концепции Модельного закона «О публично-частном партнерстве» подчеркивается, что вопрос о необходимости принятия общего закона о ПЧП (публично-частном партнерстве) и фиксации в нем понятия, содержания, принципов, субъектов, объектов и форм ПЧП является дискуссионным: «Дело в том, что такой закон может быть только рамочным. Он не может охватывать с достаточной степенью детальности правового регулирования (прямого действия) все формы ПЧП. Ведь речь идет о самых разных формах сотрудничества государства и бизнеса: концессионных соглашениях и контрактах жизненного цикла, соглашениях о разделе продукции, договорах аренды с инвестиционными условиями, сложных формах контрактов о выполнении работ и оказании услуг для публичных нужд, договорах доверительного управления, создании хозяйственных обществ со смешанным государственно-частным участием, особых экономических зонах, венчурных фондах и других формах. Предложения о закреплении в Законе о ПЧП не только основ регулирования ПЧП, но и детальных нормативных правовых требований к разнообразным объектам и субъектам ПЧП, определении допустимых правовых форм его осуществления (перечень форм

предполагается открытый), средств государственного регулирования ПЧП и конкурсных процедур отбора частного партнера, вряд ли осуществимы. Тем более этого не следует делать в Модельном законе «О публично-частном партнерстве» для государств - участников СНГ» [4, с. 234].

Сегодня рынок ГЧП в России насчитывает порядка 1500 проектов на стадии коммерческого закрытия совокупной стоимостью более 2 триллионов рублей. Проекты Федерального уровня — 12 проектов — составляют 133,7 млрд. руб., регионального уровня — 104 проекта — и насчитывают 408 млрд. руб. На муниципальном уровне реализуется наибольшая доля всех проектов — 757 — стоимостью 98,5 млрд. руб. в отраслевом разрезе лидирующие позиции занимает коммунальная сфера (концессионные соглашения), количество проектов которой превосходит 600 и реализуется на муниципальном уровне, за ней следует социальная сфера — около 100 проектов на муниципальном уровне. Проекты в сфере транспорта не отличаются большим количеством и реализуются преимущественно на региональном и федеральном уровне в силу их высокой стоимости. Однако в последнее время прослеживается тенденция муниципальных властей перенимать федеральный и региональный опыт строительства автодорог. Более того, железнодорожная сфера и сфера общественного транспорта становятся все более привлекательными для инвестиций в проекты с применением механизма ГЧП [2].

Практика реализации проектов с применением механизма ГЧП в России имеет не долгую историю, однако содержит ряд успешных примеров. Одним из наиболее показательных является строительство первой в России скоростной внутригородской сквозной платной магистрали «Западного скоростного диаметра» в рамках Закона Санкт-Петербурга от 25.12.2006 № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнёрствах». Целью данного проекта являлось повышение пропускной способности улично-дорожной сети, перераспределение транзитного трафика с КАД, внутригородских дорог и исторического центра Санкт-Петербурга, внесенного в список охраняемых объектов ЮНЕСКО. Соглашение по данному проекту заключено на 30 лет, до 2042 года, с консорциумом ООО «Магистраль Северной Столицы». Инвестиции в проект составили 212 млрд. руб., 2 млрд. из которых были предоставлены ЕАБР сроком на 3 года.

Однако первым российским ГЧП проектом, в котором принял участие ЕАБР, является реконструкция аэропорта Пулково, реализованная согласно Федеральному закону от 21 июля 2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях». Целью данного проекта являлось создание международного транспортно-пересадочного узла с пропускной способностью 35 млн. человек в год, что стало результатом развития туристической отрасли, а также укрепления экономики города в целом. Инвестиции в проект составили 35 млрд. руб., 2,7 млрд. руб. из которых были инвестированы Евразийским банком развития в сотрудничестве с такими крупными инвесторами, как ВТБ-Капитал, а также французским FraportAG и греческой CopelouzouGroup.

Таким образом, данные российские ГЧП проекты могут стать элементами бенчмаркинга для реализации инфраструктурных проектов ГЧП в странах ЕАЭС при поддержке Евразийского банка развития, принимающего активное участие в реализации данных проектов. Более того, совершенствование нормативно-правовой базы стран ЕАЭС в сфере ГЧП может стать одним из факторов усиления интеграционных процессов на евразийском пространстве, содействуя устойчивому экономическому росту стран-участников ЕАБР и их инфраструктурному возобновлению.

Детально рассмотрим ситуацию с ГЧП в Армении. ГЧП в Армении имеет относительно недолгую историю. На данный момент не существует единого законодательного документа, регулирующего взаимоотношения в данной сфере. Однако создание ГЧП возможно согласно положениям целого ряда отраслевых законов. К таким законам относятся:

- 1) Закон о Концессиях в целях разведки полезных ископаемых и их добычи (от 01.04.2003);
- 2) Водный кодекс (от 10.10.2002), концессии в сфере водоснабжения (особенно ст. 49 и 53);
- 3) Закон о железнодорожном транспорте (от 17.01.2008), концессии в сфере ЖД-транспорта;
- 4) Нормативные документы, регулирующие государственные закупки и иностранные инвестиции.

Законодательство Армении дает право на существования многим моделям ГЧП, тем не менее, стоит отметить тот факт, что в стране не существует единого уполномоченного органа, отвечающего за данные проекты. Таким образом, разработка проектов, проведение тендеров и прочие проектные процедуры практически реализовываются узкоспециализированными государственными органами в конкретных секторах регулирования экономики, что, по сути, лимитирует роль правительства как центрального стратегического регулятора ГЧП проектов по всей стране. Тем не менее, в рамках Центра поддержки государственных закупок при Министерстве Финансов осуществляются экспертизы возможных проектов ГЧП. Кроме того, стоит отметить, что отсутствие общего закона фактически делает безграничным список моделей, которые возможно реализовать в Армении, включая модели ВОО и ВООТ, что, например, в России является невозможным.

На данный момент на территории Армении существует 8 действующих проектов ГЧП, 9 проектов уже встретили нормативные сроки своего финансового закрытия, а общий объем инвестиций в ГЧП проекты с 1990 года составил 1,329 млрд. \$ [7]. Несмотря на сравнительно низкий размер капиталовложений в проекты, Армения показывает большой инвестиционный потенциал в сфере развития инфраструктуры. Армения является страной со средним низким доходом, а индекс инфраструктурного развития показывает далеко не лучший показатель в 3.72/7, что практически соответствует среднему значению по странам СНГ. Тем не менее, социально-экономические условия в Армении позволяют сказать, что с точки зрения рынка ГЧП проектов страна имеет большие перспективы. Об этом говорят также и экспертные оценки многих аспектов управления ГЧП проектами в странах с развивающейся экономикой [6].

Одним из ключевых секторов, в котором правительство Армении активно использует механизм ГЧП, является сектор водоснабжения. Именно данный сектор уже показал большой потенциал для наращивания эффективности при использовании ГЧП. ГЧП проекты в сфере водоснабжения на данный момент помогают обеспечивать эффективное управление, государственной системой водоснабжения Армении, позволяя обеспечить питьевой водой около одного миллиона человек. Почти все эти проекты ГЧП функционируют по модели, которую в научных кругах стали называть французской. Эта модель предполагает передачу в оперативное управление или аренду объекта, находящегося в государственной собственности с целью повышения качества и эффективности его управления. Частный инвестор в этой модели не участвует в непосредственном инвестировании капитала для строительства или реконструкции объекта, а его деятельность оплачивается путем оценки результатов его оперативного управления государственным объектом.

Эффективность данных проектов отражена в финансовых показателях, согласно которым планировалось снижение потребления электроэнергии на 20%, в то время как частный инвестор смог снизить потребление до 48%, не снижая качества предоставляемых услуг. Кроме того, эффективность оперативного управления отражено в количестве установленных счетчиков, которые на момент финансового завершения проекта увеличился на 79% [5]. По результатам первого проектного цикла по нескольким проектам ГЧП в сфере водоснабжения был заключен контракт о

долгосрочной аренде объектов водоснабжения в виду крайней результативности применения механизма ГЧП в данной сфере.

Резюмируя, стоит сказать, что ГЧП проекты стоит осуществлять на пространстве ЕАЭС при финансовой и экспертной поддержке Евразийского Банка Развития, который выступит хорошим «плацдармом» для развития ГЧП в странах ЕАЭС.

Литература

1. Агентство по продвижению инвестиций Министерства экономики Республики Кыргызстан. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://ppp.gov.kg/ru/news/full/13>.
2. Единая информационная система государственно-частного партнерства в России. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pppi.ru> / (дата обращения: 02.04.2016).
3. Интеграционный барометр ЕАБР – 2015 (четвертая волна измерений). Аналитическое резюме. СПб.: ЦИИ ЕАБР, 2015. 44 с.
4. *Еремин В. В., Медников А. А., Цанова Б. З.* Элементы соглашения о государственно-частном партнерстве в рамках Федерального закона № 224-ФЗ от 13.07.2015 «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации». Отечественная юриспруденция. № 6 (8), 2016. С. 48-50.
5. *Попондуло В. Ф.* (ред.) Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты С. А. Белов, Е. В. Гриценко, Д. А. Жмулина и др. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 528 с.
6. *Alipalo M.* Yerevan Water Supply. Going Private Gradually. Asian Development Bank, 2008. 32 pp.
7. Asia-Pacific 2014 Infrascope evaluating the environment for public private partnerships. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.adb.org/sites/default/files/publication/158409/2014-infrascope.pdf>.
8. PPP KnowledgeLab. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://pppknowledgelab.org/countries/kyrgyz-republic>.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ; УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Следственный изолятор как основное место содержания под стражей: сравнительно-правовой анализ Жамулдинов В. Н.¹, Кабжамитов О. Т.²

¹Жамулдинов Виктор Николаевич / Zhamuldinov Viktor Nikolayevich - кандидат юридических наук, доцент, профессор,
Российская академия естественных наук;

²Кабжамитов Ойрат Глеубергенович / Kabzhamitov Oirat Gleubergenovich - магистр истории, старший преподаватель,
кафедра экономики, права и философии, факультет филологии и истории,
Павлодарский государственный педагогический институт, г. Павлодар, Республика Казахстан

Аннотация: авторы на основе сравнительного правоведения затрагивают проблемы правового положения (статуса) лиц, отбывающих уголовные наказания, относящиеся к числу наиболее важных в уголовно-исполнительной теории и практике. Лицо, отбывающее наказание в следственном изоляторе, так же как и в исправительной колонии, становится субъектом особых правоотношений, в сферу внимания (регулируемых) которых попадают такие виды его поведения, которые в обычных условиях не служат предметом правовой регламентации.

Abstract: the authors on the bases of comparative law touch upon the issues of legal position (status) persons serving criminal penalties relating to the number of the most important in the penal theory and practice. A person serving a sentence in the detention center, as well as in penal colony, becomes the subject of special relations, to the attention of (regulation) which include such types of its behavior, which under normal conditions are not the subject of legal regulation.

Ключевые слова: следственный изолятор, правовое положение, осужденный.
Keywords: detention centre, legal status, convicted person.

В соответствии со ст. 16, 17 Конституции Республики Казахстан, ст. 22 Конституции Российской Федерации [1] и ст. 21 Конституции Республики Беларусь каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность.

Нужно отметить, что те же статьи 16, 17 Конституции РК, 22 Конституции РФ и ст. 25 Конституции Республики Беларусь предусматривают возможность временного лишения свободы личности в виде ареста, заключения под стражу и содержания под стражей, причем необходимым условием законности и обоснованности таких мер должно быть, судебное решение (которое, как предполагается, должно быть законным и обоснованным).

Лишение свободы занимает значительное место в системе уголовных наказаний.

В действующем уголовном и уголовно-исполнительном законодательстве лишению свободы не дается определения. Оно разрабатывается в научной и учебной юридической литературе. В соответствии со ст. 48 УК РК, ст. 56 Уголовного кодекса РФ и ст. 56 УК РБ [2] лишение свободы заключенного в изоляции от общества путем направления его в колонию - поселение, помещения в воспитательную колонию, лечебное исправительное учреждение, исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму [3]. Возникает вопрос, почему в данных нормах Уголовных кодексов РК, РФ и РБ не был упомянут следственный изолятор?

Следственный изолятор (СИЗО), как самостоятельное учреждение, образовался в 1964 году [4]. В статье 5 Закона РФ «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовное

наказание в виде лишения свободы» от 21.07.1993 года следственный изолятор впервые упоминается в ряду учреждений, исполняющих лишение свободы [5].

На наш взгляд, недостаточно одной статьи, чтобы охватить весь круг вопросов регулирования жизнедеятельности осужденных, отбывающих наказание в следственном изоляторе. Законодателем делается отсылка к статьям, которые регулируют порядок и условия отбывания наказания в исправительной колонии общего режима. А ведь следственный изолятор - это не колония!

Статья 15 Закона Республики Казахстан «О порядке и условиях содержания под стражей, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» от 30.03.1999 года № 353-1 ЗРК (далее - «Закон») регламентирует внутренний распорядок в следственных изоляторах МВД РК в целях обеспечения в них режима содержания подозреваемых и обвиняемых.

В следственных изоляторах отбывают уголовные наказания в виде лишения свободы следующие категории осужденных: осужденные по уголовным делам, подлежащие в установленном порядке направлению в учреждения, исполняющие уголовные наказания в виде лишения свободы, или на принудительное лечение; осужденные, оставленные в СИЗО или переведенные в них из учреждений, исполняющих наказание, в связи с производством следственных действий по делам о преступлениях, совершенных другими лицами, или в связи с рассмотрением этих дел в судах, осужденные, привлекаемые к труду по хозяйственному обслуживанию следственных изоляторов.

Согласно п. 1.6 Приказа Министерства юстиции от 25.01.1999 года № 20 «Об утверждении Положения о следственном изоляторе уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации», с изменениями и дополнениями от 15 марта 2001 г., 5 марта 2004 г., в следственном изоляторе содержатся:

- Лица, подозреваемые и обвиняемые в совершении преступлений (подозреваемые и обвиняемые в совершении преступлений; подсудимые; осужденные по уголовным делам, в отношении которых обвинительные приговоры не вступили в законную силу; осужденные, привлекаемые к ответственности по другим уголовным делам, в отношении которых в качестве меры пресечения применено заключение под стражу);
- Свидетели и потерпевшие из состава осужденных (осужденные к лишению свободы, оставленные в следственном изоляторе в связи с производством следственных действий или для участия в судебном разбирательстве по делу о преступлении, совершенном другим лицом);
- Осужденные к лишению свободы и смертной казни, подлежащие передаче конвою для этапирования к месту назначения;
- Осужденные, оставленные для выполнения работ по хозяйственному обслуживанию следственного изолятора;
- Осужденные, переводимые из одного исправительного учреждения в другое.

Характеристика лиц, содержащихся в следственном изоляторе, с точки зрения их правового положения, такова: подследственные - 48,5 %, обжаловавшие приговор в кассационном (в Республике Казахстан - в апелляционном) порядке - 35,0 %, подготовленные к этапированию в соответствии с приговорами, вступившими в законную силу - 6,6 %, осужденные к высшей мере наказания - 0,3 %, транзитно-пересыльные - 2,6 %, осужденные, оставленные для работы по хозяйственному обслуживанию - 7,0 % [4].

Перечисленные категории лиц имеют различное правовое положение [6] и сотрудники следственных изоляторов обязаны это твердо знать, чтобы правильно применять нормы уголовно-процессуальной, уголовно-исполнительной и других отраслей права.

Литература

1. Конституция Российской Федерации с комментариями Конституционного Суда РФ. 4 - е изд. М.: ИНФРА. М, 2003. С. 9.
2. Уголовный кодекс Республики Беларусь, от 9 июля 1999 г. № 275-З Принят Палатой представителей 2 июня 1999 года Одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года Изменения и дополнения: Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 60-З (Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 23.07.2013, 2/2058) <Н11300060>.
3. Уголовный кодекс Российской Федерации. Новосибирск: Издательство РИПЭЛ, 2004. С. 26.
4. Маслихин А. В. Следственный изолятор как место предварительного заключения. Рязань: Рязанская высшая школа МВД СССР, 1976. С. 7, 9.
5. Блохин Ю. И., Жабский А. А. Уголовно-исполнительное право: 100 экзаменационных ответов. Ростов н/Д: Издательский центр. Март, 2002. С. 95.
6. Жамулдинов В. Н. Смертная казнь: историко-правовые аспекты. [Электронный ресурс]. URL: <http://scienceproblems.ru/smertnaja-kazn-istoriko-pravovye-aspekty-.html/> (дата обращения: 20.07.2016).

Comparison of constitution of complicity in unity and departure system - with perspective of indirect Principal Fu Tianqi

Сравнение строения соучастия в единстве и системе отправления - с точки зрения непрямого Принципала Фу Тьянти

Фу Тьянти / Fu Tianqi – кандидат, магистр права,
Школа уголовного судопроизводства,

Китайский университет политики и права, г. Пекин, Китайская Народная Республика

Abstract: *previous Chinese criminal theoretical System was a unity of wrongfulness and culpability. In recent years the system based on departure of wrongfulness and culpability has been introduced. It can be distinguished from the former by definition of wrongfulness. On the issue of Indirect principal accomplice, the unity system cannot provide a reasonable answer, while the departure system can explain it with limited accessory theory, which provides new perspective for analyzing Indirect principal accomplice.*

Аннотация: *ранее китайская криминальная теоретическая система представляла собой единство противоправности и виновности. В последние годы была введена система, основанная на незаконности и виновности. Это и есть главное отличие такой системы - незаконность. Что касается косвенного соучастника, система единства не может дать разумный ответ, в то время как система отправления может объяснить это с ограниченным количеством аксессуаров теории, которая обеспечивает новые перспективы для анализа косвенного соучастника.*

Keywords: *unity system, departure system, indirect principal, extreme accessory theory, limited accessory theory.*

Ключевые слова: *система, единство, система выезда, косвенные основные, ограниченная теория принадлежности.*

Introduction

China's traditional criminal theoretical system can be named after unity system, known as flat and coupling system with four elements, which are subject, object, subjective and objective elements of a crime. In recent years much attention have been drawn to departure system, introduced from civil law countries. It also be considered as a stereo system according to the arrangement of elements constituting crime. To sum up the differences between the two system, we could find the following three: Firstly, the conditions for the establishment of crime combine independently or dependently; Secondly, the conditions for the establishment are on the same level or in stereoscopic structure; Thirdly the order of the elements is essential or not [1]. Compared to the other, the unity system considers the wrongfulness and culpability simultaneously through mixture of four elements, while it does not use the concept of the wrongfulness and culpability. It is unity of wrongfulness and culpability. Corresponding to the former, the departure system distinguishes the wrongful factors from the culpable ones. The distinctiveness will cause different analysis in the field of complicity, including the issue of indirect principal. It's critical to figure it out what effect the differences bring about, and whether effect is simply distinctiveness of thinking, or reflects the up or down side of methodology in practice?

1. The overall differences between the unity system and the departure system

1.1. Unity system: culpability is the premise of wrongfulness.

The division between Wrongfulness and culpability, which is the most remarkable feature of German doctrine, is not a convention lasting for centuries. Hegel divided the concept of unlawful into non-criminal men's *rea*, fraud and crime. Crime is to be negative, not for causing damage, but exists against the law as its nature. Law is absolute and therefore is unlikely to be negative, while the crime is not something original and positive so that penalty is responded to it as negation. That is to say, crime is negative and penalty is negation of such negation [2].

Sinn thus argued that, to constitute violation of law in the form of crime, the personal condition as individual is necessary. Only those with capacity to recognize the command or prohibition on criminal law norms, to distinguish whether it is legal or illegal, and to challenge the law can undermine the law and make communication on the issue of effectiveness of law [3].

This statement implies that, the illegal term is relevant to penalty, while non-illegal is relevant to no penalty. Criminal liability is not a connection between the evaluation as illegal and penalty, but the concept of mixture of them. On this premise the possibility of compliance with the norms should be given priority in criminal law methodology.

The advocates of traditional system with four elements put forward that, constitution of the crime determine the social harm and its degree, and consist of all the objective and subjective requirement, which represent the four elements above, according to criminal law. To interpret the relationship between the various requirements, a scholar argues that, constitution of crime is the sum of a series of objective and subjective elements which interdepend with each other. Any elements cannot be put that name if separated from the entirety of constitutions of crime. Likewise, absence of any one of elements would cause that other elements lose its significance as constitution of crime thus the overall constitution of crime would not exist [4].

Such view of a loss for all sides, shares the same standpoint with Sinn's that sequence of examination of lawlessness and liability is unnecessary. Although there are a number of differences in micro perspective, the concept of criminal illegal behavior does not consist of the so-called lawlessness without responsibility. In other words, the unity system operates without sequence of lawlessness and liability. When analyzing the case in which subject lack of capacity for criminal responsibility under unity system, the examination of liability would impact on scrutiny of *actus reus*.

1.2. Departure system: wrongfulness prior to culpability.

In Germany and Japan, the mainstream idea is separation between wrongfulness and culpability. The most classic description is that the substance of crime is wrongfulness and culpability. In the context of criminal law, there are both wrongfulness with culpability as a

prerequisite to it, but also wrongfulness without it. From this statement we can see that the criminal culpability and illegality do not exist on the same level and both have their independent meaning in the system. Therefore, we can observe a three pillar structure of non-lawfulness, wrongfulness with culpability as a prerequisite to it and wrongfulness without culpability, as a more complex pattern than counterpart under unity system. This means recognizing the existence of two concepts of crime in the criminal law. Namely, criminal behavior without guilt, and wrongful and culpable behavior.

2. The indirect principal: the suspected common crux of the two theoretical criminal system

2.1. The concept of indirect principal in unity system: should be cancelled?

According to China's common theory of unity system, the foundations of establishment of the joint crime include the two aspects, namely the actus reus consistent with the all constitutive requirement, and mens rea unified under the same charges. Then, the establishment of instigator, according to the extreme accessory theory, is that the abettor's actus reus and mens rea are consistent with abettor's incitement. When the abettor's mens rea is not consistent with the instigator's, or his capacity for criminal responsibility is limited, the instigator might be sentenced in the name of indirect principal in order to fill the law gap. Therefore, although the elder scholars did not put that name to it, some scholars believe that in fact the analysis above of China's traditional theoretical system belong to the extreme accessory theory.

According to the principle of unity system, logically the four elements interdependent with each other. Only in overall perspective can affirmation and negation of each element be judged correctly. It is meaningless to judge them respectively. Take actus reus for example. When a subjective intent is denied, the significance of the objective behavior should also be denied. In this case, a wrongful objective behavior without subjective intent did not exist in the unity system. If an instigator abets a twelve-year-old teenager consequently the child independently steals a purse within valuable property, it cannot be affirmed criminal wrongful that "a twelve-year-old children conceiving illegal possession purpose taking away others valuables while others do not pay attention". Based on unity theory, the behaviour between the "instigators" and the "instigated" does not constitute complicity, then we can only judge each individual's acts independently. There is a circular reasoning here: at the beginning judge whether the individuals' behaviors are consistent with four requirement of constitution of a crime, if the answer is yes then draw a conclusion that the relationship among every participant is criminal joint commitment and vice versa. Then use the issue whether joint crime relationship is affirmed or not to evaluate the nature of the behavior of participants' behavior in reverse. Once complicity is negated each behavior using others, can no longer be evaluated as their own behavior. The concept of indirect principal emphasizes the behavior of using others and dominance of others, which is apparently contrary to the unity system doctrine. As a result, in virtue of concept of indirect principal from departure system, unity system seems to ease the crisis of its accomplice theory, but as a matter of fact the method undermines its own theoretical logic foundation. But if not introduce the concept of indirect principal, unity system would encounter fundamental challenges on the field of joint crime.

This mode of thought has considerable problems when dealing with joint crime. take this case for instance: a thirteen-year-old A and sixteen-year-old B with intention of murder assault a man named C, and A Beats C to death in the end. Since A lack of capacity of action due to his age, his behavior can not constitute a crime and be evaluated as wrongfulness automatically. B's behavior independently constitutes an attempt murder [5]. Depending on whether accomplice relationship is established or not, criminal liability is not based on the reasonable foundation. What's worse, the unity system makes the basis of this relationship far more chaotic, and brings about a troublesome reasoning for next inference stage. Even if we admit that construction of theoretical complicity system relies more on positive law provisions rather than the

theoretical crime constitution system itself, it cannot be ignored that unity system itself should be responsible for some confusion in the field of accomplice.

2.2 Indirect principal in departure system: should be introduced?

Coincidentally, indirect principal itself is not a concept first appeared in the departure system in early age. Early German criminal law legislation adopted form of accomplice in direction of extreme accessory theory. In 1943, the criminal code set establishment of instigator in the provisions of Article 48, Paragraph 1 that, only those who abets others to implement crime with criminal liability can be attributed to instigator. But there was non-punished blank when dealing with the case that someone instigates the other who lacks of criminal capacity. According to the mode, the one who instigates is sentenced as abettor when behavior of the one who accepts incitement is defined as wrongful and culpable, then there will be a contradiction. In order to impose punishment on the one who used others without qualification for being instigator, the concept of indirect principal was created as a substitute for instigator in complicity system. We can name it as substitute role theory. This implied that indirect principal was separated from instigator with the purpose of fill the gap of penalty originated from the provision above. This concept, will be used as a tool to criminalize those who use someone having normative obstacles as their tool for implementing crime. We can call it normative obstacles theory.

Advocates for departure system realize that insisting on the doctrine of extreme accessory theory to analyze the requirement of constitution of joint crime will lead to misunderstanding of role and function of indirect principal. This is a common problem in China's traditional theoretical criminal theory within four elements when dealing with indirect principal. In the departure system, substitute role theory, on the basis of extreme accessory theory, is explaining the relationship between indirect principal and other crime participants. Meanwhile the normative obstacle theory reveals the connotation of indirect principal's criminal culpability in reverse.

First of all, the substitute role theory is unreasonable. Some scholars argue that the extreme accessory theory actually determine the substitute role for indirect principal. This thought based on extreme accessory theory does not comply with the doctrine of concept of the limited principal, which demands judgement of principal prior to that of accessory. Besides it does not conform to presumption of innocence or lighter crime, because normally instigator is a kind of accessory, and indirect principal is still a kind of principal which is more severe than the former. The substitute role theory actually estimates the establishment of the lighter instigator at first, and directly attributes those kinds not belonging to instigator to more severe range of indirect principal [6].

Secondly, the normative obstacle theory understands the scope of normative obstacle incorrectly. The ambiguous understanding does not comply with the principle of suiting punishment. Correspondingly extreme accessory theory leads to a serious consequence that range of indirect principal extends unreasonably. Due to the extreme accessory theory's limiting instigation as instigating others to implement crime with culpability, can we see the hypertrophy phenomenon indirect principal.

Some scholars explain this by giving an example: People under 14 years of age are less awareness of the norms than adults, but for murder, arson, robbery, rape, theft and other felonies, it is reasonable to demand them to understand the degree of these crime. Therefore, when these teenagers are incited by others to commit crime, to evaluate them as others' tools like material is not always correct. Especially when the teenager commit a crime based entirely on independent *meas rea* and others merely offering assistance, the man offering assistance just plays an minor role. In the above situation, considering the helper as indirect principal ignores his lighter impact which offer a foundation for him to be punished lighter. Consequently, extension of indirect principal is clearly contrary to the principle of suiting punishment to crime [7].

3. The outlet for indirect principal: seeking in departure system

3.1. The legal basis for departure system: pluralistic concept of crime.

In accordance with the foregoing, if we stick to the extreme accessory theory, said the idea, it is extremely difficult to explain the concept and scope of indirect principal reasonably. We cannot find a appropriate way based on the single concept of crime originated from unity system so we should give up the unity system. Is there any way can be found in the departure system to tackle with indirect principal issues?

The answer is yes. In fact, the concept of crime in Chinese criminal law is in fact diversified. For example, Chinese criminal law mention wrongful acts with non-criminal responsibility and limited criminal responsibility [8]. That showed an affirmation of behavior without culpability is equally possible to involve in wrongfulness. Otherwise we cannot explain why these behaviors have significance on criminal law, and why these actors should be controlled according to criminal law. If the analysis complies with the theory of unity system, the kind of behavior is not considered wrongful in criminal law, the provisions of criminal law above needn't have arranged legal consequence for these people. Therefore, in the perspective of interpretation, the unity system is only aware of thirteenth provision of the criminal law, and just saw wood for the trees. The proposition that crime is equal to wrongfulness and culpability is premise of wrongfulness does not comply with the multiple definitions of lawlessness in our criminal law. Its denial of wrongfulness without culpability exposes many flaws in respective of interpretation, which indirect principal is a typical one of them. On the contrary, the theory of departure system not only recognized the wrongfulness with culpability but also wrongfulness without culpability. As a result, it conceives more rationality while explaining indirect principal in respective of positive law than unity system.

3.2. New method of departure system: limited accessory theory.

In accordance with the present common theory, since criminal wrongdoing participants are responsible for their own wrongful implementation instead of others' individual responsibility. Therefore, we should introduce the concept of complicity in the sense of wrongfulness and give up the concept of complicity in the sense of culpability. In other words, joint crime is a form of wrongfulness, rather than the form of culpability. This is typical standpoint of limited accessory theory.

The current proposition has been gradually popular domestically that wrongfulness should be restricted to objective aspects well as culpability should be restricted to subjective aspects. In fact, this statement reflects the principle of neo-classical doctrine that subjective and objective aspects should be entirely separated into different layer, and *meas rea* should be regarded as a mere factor of culpability. This premise remains the advantage of distinction of thinking layers as a result the limited accessory theory can take place of extreme accessory theory. The advocates of limited accessory system in neoclassical theoretical criminal system argue that, the man whose behavior is wrongful in the objective sense can be evaluated as principle, while the one who incites him to act so can be evaluated as instigator. In the situation, the principal's subjective intention is not the requirement for the user of his behavior constituting the abettor [9]. In consequence, the scope of indirect principal shrinks reasonably.

In another kind of typical case that an adult abets a twelve-year-old teenager to poison to kill a certain person, if we adopt that method of extreme accessory theory, it will cause imbalance in evaluation of conviction and punishment. But according to the viewpoint of limited accessory theory, since the principal can judge right and wrong in the sense of criminal law, he can no longer be evaluated as tool of the instigator. In this case the teenager and adult can be considered instigators and instigated to the extent of wrongful joint crime. The instigated minor is perpetrator however will not face penalty for not reaching age for criminal responsibility. As for the adult, he should be identified as instigator for intentional homicide, and should be sentenced based on his effect according to the twenty-ninth article in Chinese criminal law [10].

In another typical case that there is a participant without criminal responsibility, and the other limited criminal liability or their behavior are involved in aggravation of the crimes,

limited accessory theory can provide a reasonable analysis. Take a real case for example, an adult together with a minor implemented gang rape. The court sentenced adults identified as gang-raped and the minor bot guilty. The reason is that gang rape is joint behavior in objective sense. As long as there are the participants' common understanding of gang rape, and implementation of gang rape based on common understanding, regardless of whether the complicity is established (author note: the term complicity here refers to the concept of joint crime in the sense of extreme accessory theory, in which culpability of every participant is required). Although the argument here used some of the jargon of unity theory, but substantially adopted the limited accessory theory in departure system. On the contrary, if the judge followed the logic of the unity theory, the behavior of minors is not wrongful, then it could not be imagined the possibility that the court affirmed their gang rape while judging the behavior of the adult separately. That would lead to a penalty gap.

Conforming to distinctive classification of subjective culpability and objective wrongfulness in neoclassical system, the advocates of objective limited accessory theory, deem due to deliberation and negligence are irrelevant to the judgment of joint crime, it is not only affirmation of deliberation joint crime is self-evident, but also negligent joint crime are tenable [11]. In contrast, affected by teleological theory, in neoclassical-teleological system, *meas rea* is no longer element of culpability, but becomes one of the wrongful elements. On the wrongful layer, there are both the traditional objective element and subjective element from that on. Thus, the judgement on complicity relationship in limited theory is not purely judgment on the objective elements, but in combination with subjective elements. The combination of subjective and objective judgments on joint crime relationship, are not groundless in the Chinese criminal code. The twenty-fifth article in criminal law clearly demands subjective intent in joint crime and excludes the type of joint criminal of negligence [12]. Therefore the limited accessory theory considering subjective wrongfulness is on this foundation.

On the contrary, if we stick to defining limited accessory theory in the sense of objective wrongfulness according to neoclassical system, we would found that the scope of indirect principal shrinks excessively. Because if the limited accessory theory in the sense of objective wrongfulness is carried through, the objective wrongful elements would function as only referential standard of judgment of complicity relationship. For instance, A takes advantage of B to commit crime and B is not conscious of his wrongdoing. Without considering the subjective intent of A and B, we would draw to a conclusion that B dominates the implementation objectively so he is perpetrator, and A should be attributed to accessory. By contrast, considering the viewpoint of limited accessory theory concerning both subjective and objective aspects, A dominates over B in the sense of subjective aspects, thus there is no doubt that he is indirect principal. This conclusion is obviously more reasonable.

In fact, limited accessory theory in the sense of objective wrongfulness cannot tackle with the problem of complicity relationship ultimately. As a matter of fact, that theory has to distinguish perpetrator and accessory by means of subjective aspects. However the issue of complicity relationship is pushed to the layer of culpability, which does not comply with its own doctrine that complicity is irrelevant to culpability. The internal contradiction cannot be covered any longer.

Some scholars point it out correctly: Actually some scholar admit the essential role of subjective aspects playing in distinguish perpetrator from accessory, "The instigated's committing deliberation is not the subjective requirement for instigator. It makes sense only in the situation that we need to distinguish indirect principal from instigator" [13]. However, the study of complicity relationship purposes to define the boundary between perpetrator and accessory. If we cannot make the classification in the layer of wrongfulness according to limited accessory theory in the sense of objective wrongfulness, we have to resort to reviewing the subjective aspects in culpability layer, which the method does not conform to its intrinsic principle. So there is no doubt that there is a barrier the advocates unable to overcome. combined with guilt belong to class of subjective intent to complete. Obviously

joint crime is not only the issue of layer of wrongfulness but also spread onto the layer of culpability according to the logic of that theory [14].

Therefore, considering the essential role of subjective aspects playing in constitution of joint crime, limited accessory theory containing subjective and objective wrongfulness in neoclassical-teleological system is worthier of adopting.

Conclusion

The unity system adopts extreme accessory theory in order to judge complicity relationship, consequently leading to the excessive extending of the scope of indirect principal. In fact, indirect principal is not compatible to unity theory. On one hand, not introducing the concept of indirect principal is difficult to tackle with the penalty gap generated by traditional system, on the other hand, resort to that concept leads and cannot deal with the hypertrophy of indirect principal based on intrinsic logic of unity system. In stark contrast to unity system, thanks to its own characters of structure, departure theory generates limited accessory theory in the face of difficulties generated by extreme accessory theory, and with the purpose of settling new problem of indirect principal, limited accessory theory in the sense of objective wrongfulness evolves into the one concerning both subjective and objective wrongfulness along with the process of neoclassical-teleological system taking place of neoclassical system. In respective of entirety, limited accessory theory can only be rooted in a foundation that wrongfulness and culpability should be divided into different layers and wrongfulness should be analyzed prior to culpability. That is, it is inevitable that we should think in a rational way of layers while concerning the issue of complicity. In the meantime, thinking mode of unity system should be given up.

References

1. *Yanhong Liu*. The criticism for planar system of constitution of crime, Chinese Journal of Law, 2011 (5). Pp. 113.
2. *G. W. F. Hegel*. The philosophy of right, translated by Lin He. Beijing: The Commercial Press, 1961. Pp. 100-102.
3. *Arndt Sinn*. The significance of distinguishing wrongfulness and culpability, translated by Lingbo Xu, Guannan Zhao. Beijing: The speech in Renmin University of China, 2015.
4. *Mingxuan Gao* Principles of Criminal Law. Beijing: Renmin university of China press, 2005. Pp. 445.
5. *Yeliu Qian*. Stratification of Chinese criminal system and recognition of joint crime. Studies in Law and Business, 2015 (2). Pp. 149.
6. *Gunter Stratenwerth, Lothar Kuhlen*. The general principle of criminal law, translated by Meng Yang. Beijing: law press, 2006. Pp. 295.
7. *Hong Li*. Thinking on the Problem of Generality of Criminal Law. Beijing: Renmin University of China Press, 2007. Pp. 95.
8. People Republic of China - Criminal Law, Article 17-18.
9. *Mingkai Zhang*. Negation accessory to perpetrator's deliberation, Political and Legal Forum., 2010 (5). Pp. 18.
10. *Yeliu Qian* Stratification of Chinese criminal system and recognition of joint crime. Studies in Law and Business, 2015 (2). Pp. 153. Also see People Republic of China - Criminal Law, Article 29.
11. *Qingren He*. The nature of thinking issue of complicity on layers. Chinese Criminal Science, 2012(7). Pp. 28.
12. People Republic of China - Criminal Law, Article 25.
13. *Mingkai Zhang*. Negation accessory to perpetrator's deliberation, Political and Legal Forum, 2010 (5). Pp. 18.
14. *Qingren He*. The nature of thinking issue of complicity on layers. Chinese Criminal Science, 2012 (7). Pp. 28-29.

Мотив национальной ненависти или вражды: проблема юридической идентификации термина

Малаев А. П.

*Малаев Алексей Петрович / Malaev Alexey Petrovich – аспирант,
кафедра уголовного права и уголовного процесса,
Югорский государственный университет, г. Ханты-Мансийск*

Аннотация: в статье был проведен анализ современного законодательства по вопросам определения мотива национальной ненависти или вражды, который предоставил возможность обосновать многоуровневую структуру нормативной базы в российском и зарубежном опыте. Для этого проведено исследование международно-правовых средств, противодействия преступным проявлениям мотивов национальной ненависти или вражды и предложена на основе изучения действующей в РФ нормативно-правовой базы имплементация международно-правовых обязательств на национальном уровне с использованием зарубежного опыта. Мотив национальной ненависти или вражды предложено идентифицировать в двух формах: «мнимый» мотив национальной ненависти или вражды (корыстный мотив) и «истинный» мотив национальной ненависти или вражды, и показан механизм их уголовно-правового выявления в рамках отдельных статей Уголовного кодекса РФ.

Abstract: the article analyzes the current legislation on the definition of the motives of national hatred or enmity, which provided an opportunity to justify a multi-level structure the regulatory framework in the Russian and foreign experience. To do this, the study of international-legal means of counteraction to criminal manifestation of the motives of national hatred or enmity and proposed based on the study of current Russian regulatory framework implementation of international legal commitments at the national level using foreign experience. The motive of national hatred or enmity prompted to identify in two forms: the "imaginary" motives of national hatred or enmity (selfish motive) and the "true" motives of national hatred or enmity, and the mechanism of their criminal law to identify, within the individual articles of the Criminal code of the Russian Federation.

Ключевые слова: мотив национальной ненависти и вражды, психология и право, истинный и мнимый мотив.

Keywords: the motive of national hatred and enmity, psychology and law, the true and imaginary motive.

УДК 543.544

Актуальность темы. Адекватное понимание событий, процессов и тенденций, которые имеют место в системе международных отношений, требует определения факторов и ключевых причин этих явлений. Одним из неотъемлемых элементов такого внутреннего базиса реалий является сложный и многогранный комплекс национальных проблем, которые прямо или косвенно влияют на международные отношения, нередко предопределяя содержание внешней политики отдельных государств и их правового поля, находясь в эпицентре международных конфликтов, способствуя, или, наоборот, препятствуя межнациональному сотрудничеству и глобальной безопасности.

Актуальность темы исследования обусловлена, прежде всего, потребностью наработки детального и непредвзятого подхода по национальной проблематике в российской правовой системе, так как описанная проблема характерна и для Российской Федерации, а обеспечение нейтралитета в вопросах изучения конфликтогенных факторов может быть осуществлена только в правовом поле, в том

числе в рамках уголовного права, которое является отражением защиты от проявления национальной ненависти или вражды в наибольшей мере.

Основная часть. Затронутая проблематика касается разработки и конкретизации терминологического аппарата исследований в этой области, что является необходимым условием для надлежащего определения сущности мотива национальной ненависти или вражды с использованием междисциплинарного подхода.

Однако, в психологической, философской или юридической литературе пока не выработано общепризнанного понятия как мотива человеческого поведения или деятельности, так и понятия мотива преступления. В свою очередь, «описание и обоснование концепции мотива и его производных элементов базируется на огромном количестве математических формул, схем, графиков, а также специфической терминологии» [1].

Под мотивом (от лат. – двигаю, толкаю) в общей психологии понимают то, что побуждает деятельность человека, то, почему осуществляется такая деятельность. Однако, это понятие мотива далеко не единственное. В психологической литературе имеют место и другие определения мотива человеческого поведения, а именно: «мотив – то, что побуждает человека к деятельности и делает его деятельность осмысленной» [2]; «мотив – это то, что принадлежит самому субъекту поведения, является его постоянным личностным свойством, изнутри побуждающим к совершению определенных действий» [3]; «мотив – это осознанное индивидом побуждение его действий и поведения, постигнутое через сопоставление предмета потребности (или влечения, стремления, желания), эмоционального или эффективного содержания переживания этой потребности и ожидаемого результата ее удовлетворения» [4] и т. д.

По поводу наличия различных определений понятия мотива А. Н. Леонтьев отмечал, что под этим термином в современной психологии «понимают совершенно разные явления – инстинктивные импульсы, биологические влечения и аппетиты, переживания, эмоции, интересы, желания, а также жизненные цели и идеалы и даже раздражение электрическим током» [5].

Итак, видение мотива преступления как психического образования является вполне допустимым. Однако, мотив как психическое образование – это не психический процесс, а уже определенным образом сформированное психическое явление, которое может состоять не только из какого-то отдельного психического компонента, но и из их совокупности. В каждом конкретном преступлении эту совокупность могут создавать совершенно разные компоненты (психические явления).

Мотив является внутренним исходным моментом преступления, его причиной и поводом. Таким образом, под мотивом преступления предлагается понимать определенным образом сформированное системное психическое явление, которое осознано индивидом, и в последствие является причиной действия, которое в рамках определенной правовой системы является противозаконным.

Использование психологического подхода к кодификации мотива как компонента совершения преступления, то есть правовой дефиниции, связано с тем, что система доказательства в российском правовом поле базируется на выявлении факта его проявления, в том числе, оперируя таким термином психологической науки, как аффект.

Мотивация национальной ненависти или вражды – это целостный феномен, который представляет собой непрерывную цепь взаимосвязанных и взаимосвязанных компонентов. В нем прослеживается определенная временная последовательность и обусловленность каждого следующего элемента в совокупности с предыдущими. Однако, из сказанного не следует, что мотивационные этапы сменяют друг друга в какой-то строго заданной последовательности. Можно однозначно утверждать, что принятие решения совершить преступление на почве национальной ненависти или вражды не может предшествовать появлению мотива и цели. В свою очередь, это решение вызывает начало воплощения преступного замысла в реальность, что

предполагает такие мотивационные элементы, как контроль и коррекция процесса совершения преступления. Вместе с тем обосновано предположение, что компоненты мотивации не меняют, а скорее «наслаиваются» друг на друга, образуя с каждым новым элементом (этапом) все более сложное соединение, которое, рядом со своей главной и основной функцией побудителя к действию, начинает выполнять функцию фильтра при оценке и отборе субъектом всего того, что способствует или тормозит удовлетворению актуальной потребности, функции пуска, контроля и коррекции совершенных действий, направленных на достижение поставленных целей.

При этом возникает логичный вопрос о разграничении мотива в классическом понимании и аффективной мотивации, особенностью которой является то, что некоторые ее этапы могут «проскакивать» [6] (например, выбор цели или принятия решения о совершении преступления). Мы считаем, что это обстоятельство не меняет сути изложенного, поскольку в таких ситуациях не происходит «подмены» одного компонента другим. На самом деле при привычной мотивации имеет место «автоматизация» тех или иных психических процессов в связи с их многократной повторяемостью. Речь идет о наличии у человека определенных мотивационных схем (моделей привычного поведения или фиксированных установок), знаний о том, какими путями и средствами можно удовлетворить эту потребность, как вести себя в этой ситуации. Таким образом, происходит предельное сокращение во времени формирования отдельных этапов мотивации, что вовсе не означает их полного отсутствия.

Таким образом, и автоматизированным, и импульсивным действиям присущи основные элементы мотивации, которые выполняют свои непосредственные функции и должны рассматриваться как уголовный элемент при совершении преступления на почве национальной ненависти или вражды. Однако, такое глубинное и комплексное понимание мотивационных процессов в данном исследовании стало возможным только на основе изучения историографии заданной проблемы.

Эпоха проявлений мотивов национальной ненависти или вражды в форме национализма начинается именно в XVIII в.. Однако, правовое закрепление наказаний за преступление на основе равенства рас и наций осуществляется намного позже со второй половины XIX в. с приходом эры «массовой политики». Именно политический фотокор позволил сформировать и развивать идеи правоцентризма в вопросах мотива национальной ненависти или вражды как первопричины данного типа преступлений.

Первая теория Л. Гринфелда представляет собой аналитическую структуру, которая в целом не вызывает существенных возражений, особенно если рассматривать ее в контексте тех конкретных исторических примеров, которые приводит Л. Гринфелд. Однако, применение ее как общей схемы для рассмотрения исторического опыта формирования мотива национальной ненависти или вражды не в историческом, а правовом контексте, разумеется, потребует корректировки.

М. Грох процесс формирования мотивов национальной вражды условно делит на три фазы:

1) фаза «А» - период «научного интереса». На этом этапе «национальная» интеллигенция формирует лингвистическое, историческое, социально-психологическую подоплеку национального возрождения: разворачиваются исследования в области этнографии, филологии, литературы, истории, которые формируют образ нации, «возрождается»;

2) фаза «В» - период «патриотической агитации». Научные исследования трансформируются в идеологические конструкции, распространяются среди образованных слоев и способствуют их «национализации». Это период формирования «национального сознания»;

3) фаза «С» - на этом этапе в результате «патриотической агитации» возникает массовое национальное движение, которое, в свою очередь, должно привести к независимости нации.

А. А. Герцензон предлагал в соответствии с тем же критерием (морально-правовой оценки) разделить мотивы преступной деятельности на следующие три группы: мотивы политического характера (классовая ненависть, классовая месть), низменные мотивы, являющиеся различными формами проявления эгоизма; мотивы, лишенные низменного характера [7].

Соглашаясь с предыдущими авторами, И. М. Даньшин считал, что в основу систематизации мотивов преступлений должна быть положена моральная и правовая оценка мотивов, которая в конечном итоге выражается в их уголовно-правовом смысле [8].

А. Л. Рубинштейн, К. Е. Игошев акцентируют внимание на том, что мотив национальной ненависти или вражды формируется под влиянием ряда факторов, в том числе под влиянием внешних детерминант: среды, условий жизни и воспитания личности, а так же ситуации и поводов к формированию этого мотива [9]. Мы согласны с этой позицией, но выражаем собственную точку зрения относительно содержания мотива национальной ненависти или вражды и тех факторов, влияющих на его возникновения.

По нашему мнению, мотив национальной ненависти или вражды может иметь две формы:

1. «Мнимый» мотив национальной ненависти или вражды;
2. «Истинный» мотив национальной ненависти или вражды.

Под «мнимым или притворным» мотивом мы имеем в виду мотив, содержанием которого «формально» выступает национальная ненависть или вражда, то есть, лицо объективно внешне вроде посягает именно на свободу совести или свободу лица или группы лиц определенной расы, выполняет все действия для реализации мотива, но, на самом деле, основной целью такого лица является не нанесение ущерба или уничтожение конкретного лица или группы лиц определенной национальности, а другая цель: корысть, утверждение собственного «Я», уничтожение политических конкурентов. Такой мотив является национальной ненавистью или враждой исключительно формально, так как сегодня такое лицо удовлетворяет свои материальные, социальные или политические интересы вроде бы посредством посягательства на субъект другой национальности, а завтра он будет удовлетворять свои интересы, совершая корыстные или насильственные преступления. На мотивацию такого лица влияют в большей степени именно внешние факторы и собственные интересы, которые никакого отношения к «истинному» мотиву национальной ненависти или вражды не имеют. Предотвращение таких преступлений не вызывает труда, а лица, которые их совершают, являются общественно опасными в рамках этого понимания.

«Истинный» мотив национальной ненависти или вражды реализуется исключительно с целью причинения вреда лицу или группе лиц именно в связи с их национальной принадлежностью. «Истинная» мотивация формируется, по нашему мнению, исключительно на личностно-психологическом уровне. Такие лица уверены в своей миссии «очищения расы», в том, что именно их нация является господствующей и все, кто с этим не согласен, заслуживают наказания. Отношение таких лиц к собственному назначению может носить навязчивый или клинический характер, но они могут быть вполне психически здоровыми и признаваться вменяемыми, то есть привлекаться к уголовной ответственности и наказанию. На мотивацию таких лиц, скорее всего, не влияют такие факторы, как экономическая или политическая ситуация. Таким лицам безразлично, сколько стоит хлеб или какие политические процессы происходят в государстве, их мотивация направлена на реализацию мотива национальной ненависти или вражды с целью достижения конкретного результата. Общественная опасность таких лиц является повышенной, они редко подлежат перевоспитанию, а чаще

всего, ждут освобождения из мест лишения свободы не с целью ресоциализации, а с целью совершения новых преступлений.

В уголовном законодательстве Российской Федерации [10] применяется понятие «возбуждение ненависти или вражды» (ст. 282 УК), в том числе на почве национальности. Однако, уголовная ответственность за преступления, совершаемые по мотивам ксенофобии предусмотрена несколькими статьями Уголовного кодекса Российской Федерации, которые находятся в разных разделах УК, а значит, имеют различные объекты преступного посягательства и в то же время связаны общими элементами субъективной стороны преступления, в том числе мотивом совершения преступления. Вдобавок к этому, в связи с тем, что сам факт совершения любого преступления на почве расовой или национальной вражды, или ненависти выступает обстоятельством, отягчающим наказание (п. е ч. 1 ст. 63 УК), можно сделать вывод, что любое преступление теоретически может быть совершено по данным мотивам. Однако, на практике оказалось, что такой подход не позволяет выделить преступления, совершенные по мотивам национальной ненависти или вражды из массива других преступлений против лица, поскольку данный мотив является не единственным квалифицирующим признаком.

Анализ положений уголовного законодательства позволяет выделить две группы преступлений, связанных с национальной ненавистью и враждой. Первую группу образуют преступления, где законодатель при формулировании диспозиции статьи Особенной части прямо указывает на такой мотив преступления.

Эта группа в свою очередь делится на две подгруппы. Первая подгруппа характеризуется тем, что мотив расовой, национальной или религиозной вражды или ненависти является признаком основного состава преступления (например, Ст. 136, 357 и пр.). Вторую подгруппу образуют преступления, при формулировании которых мотив национальной ненависти и вражды является признаком не основного, а квалифицированного или особо квалифицированного состава преступления. Так, например, ч. 2 ст. 105 УК «Умышленное убийство» предусматривает квалифицированный вид убийства по мотивам расовой, национальной или религиозной нетерпимости. Также в эту группу можно отнести Ст. 111 «Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью», Ст. 112 «Умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью», Ст. 116-117 «Побои» и «Истязания», Ст. 119 «Угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью» и пр.

Следует заметить, что приведенный выше перечень преступлений содержит только те насильственные преступления, которые имеют квалифицирующий признак: совершение преступления по мотивам расовой, национальной или религиозной нетерпимости. В случае квалификации действия подозреваемых / обвиняемых по части второй любой из указанных выше статей или в рамках квалификации преступлений по Ст. 105 УК дополнительная квалификация по статье 63 УК не требуется.

Однако, спектр насильственных преступлений, совершаемых по мотивам нетерпимости, может быть гораздо шире. Например, статья 63 УК предусматривает ответственность за определенные действия насильственного характера. Так, Ст. 63 УК предусматривает ответственность за умышленные действия, направленные на разжигание национальной, расовой или религиозной вражды и ненависти, на унижение национальной чести и достоинства, или оскорбления чувств граждан в связи с их религиозными убеждениями, а также прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных привилегий граждан по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного положения, места жительства, по языковым или другим признакам, соединенные с насилием. Так вот, как отмечалось выше, существует ряд статей УК, предусматривающих ответственность за насильственные действия, совершенные из соответствующих мотивов. В связи с этим,

возникает вопрос о том, какие именно насильственные действия относятся к Ст. 63 УК. По мнению специалистов по уголовному праву, это причинение потерпевшему умышленных легких телесных повреждений (Ст. 115 УК РФ). Кроме этого, Ст. 63 УК предусматривает ответственность за указанные действия, которые повлекшие тяжкие последствия. К тяжелым последствиям относят убийство по неосторожности (Статья 109 УК) и неосторожное тяжкое или средней тяжести телесное повреждение (статья 118 УК), которые фактически также являются преступлениями насильственного характера. В таком случае квалификация должна происходить в совокупности по соответствующей части статьи 63 УК и по соответствующей статье УК, устанавливающей ответственность за посягательство жизни или здоровья.

Также, ч. 1 ст. 280 УК «Публичные призывы к осуществлению действий, направленных на нарушение территориальной целостности Российской Федерации» устанавливает ответственность за умышленные действия, совершенные с целью изменения границ территории или государственной границы Российской Федерации в нарушение порядка, установленного Конституцией Российской Федерации, а также публичные призывы или распространение материалов с призывами к совершению таких действий, если они объединены с разжиганием национальной или религиозной вражды.

Вторую группу образуют преступления, где наличие такого мотива не является обязательным признаком состава преступления. При формулировке диспозиций таких преступлений законодатель или не конкретизирует мотив, или указывает его родовые общие признаки. Объективные или субъективные признаки состава такого преступления свидетельствуют об однородности мотивов такого преступления по мотивам расовой, национальной или религиозной вражды, или розни, или наличие такого мотива при совершении преступления не исключается, что является распространенным случаем.

В таких случаях причинения вреда отношениям, которые обеспечивают нормальное развитие межрасовых, межнациональных или межрелигиозных отношений, выступает дополнительным (преимущественно факультативным) непосредственным объектом уголовно-правовой охраны.

Наиболее опасное преступление в этой группе предусмотренный Ст. 205 УК «Террористический акт», которая указывает на применение оружия, совершение взрыва, поджога или других действий, которые создавали опасность для жизни или здоровья человека или причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных тяжких последствий, если такие действия были совершены с целью нарушения общественной безопасности, устрашения населения, провокации военного конфликта, международного осложнения, или с целью влияния на принятие решений или совершение или несовершение действий органами государственной власти или органами местного самоуправления, должностными лицами этих органов, объединениями граждан, юридическими лицами, или привлечения внимания общественности к определенным политическим, религиозным или другим взглядам виновного (террориста), а также угроза совершения указанных действий в тех же целях.

К этой группе относятся, и ряд преступлений раздела IX «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка». Так, статья 212 УК «Массовые беспорядки» устанавливает ответственность за организацию массовых беспорядков, сопровождавшихся насилием над личностью, погромами, поджогами, уничтожением имущества, захватом зданий или сооружений, насильственным выселением граждан, сопротивлением представителям власти с применением оружия или других предметов, которые использовались как оружие, а также активное участие в массовых беспорядках.

Также, статья 213 УК «Хулиганство» предусматривает ответственность за хулиганство, то есть грубое нарушение общественного порядка по мотивам явного

неуважения к обществу, сопровождающееся особой дерзостью или исключительным цинизмом. Это преступление также может проявляться в вандализме и охватывать различные противоправные действия, которые совершаются по мотивам расовой, национальной или религиозной розни. Из анализа практики применения статьи 213 УК следует, что суды квалифицируют на основании указанной статьи случаи публичных оскорблений, призывов, побоев между представителями различных конфессий, национальных групп и тому подобное. Также практика показывает, что подавляющее большинство насильственных действий в отношении представителей «видимых меньшинств», квалифицировались именно как хулиганство.

При отграничении чисто хулиганского мотива от национальной ненависти и вражды, следует обращать внимание на тот факт, что в отличие от хулиганства выбор жертвы при совершении преступлений против жизни и здоровья на почве нетерпимости, ограничивается рамками принадлежности (или симпатии) пострадавших к лицам другой национальности или расы и обусловлен нетерпимостью и крайней неприязнью к определенной национальности, расы или религии.

Другим примером отнесения к данной категории преступлений, которые таковыми не являются, является деятельность этнических преступных организаций или организованных преступных группировок, состоящих из представителей одной национальности или лидером которой является лицо определенной национальности и на основании этого соответствующая организация ассоциируется с определенной национальностью.

В связи с этим на уровне криминальной субкультуры такие группировки делятся по национальному принципу. Когда между ними и другими группировками с межнациональным составом время от времени возникают конфликты, перерастающие в совершение уголовно наказуемых деяний, также идет речь о наличии этнической преступности. Однако, преступления, совершаемые в результате конфликта или открытого противостояния между различными национальными группировками, как правило, совершаются не по мотивам ненависти, а в связи переделом преступных сфер влияния или другими обстоятельствами, которые легли в основу конфликта между различными группировками.

Также к данной группе можно отнести и преступления, ответственность за которые установлена статьей 244 УК «Надругательство над телами умерших и местами их захоронения» и статьей 243 УК «Уничтожение или повреждение объектов культурного наследия...», поскольку случаи разрушения и / или повреждение или заливки краской, нанесение надписей и символов ксенофобского характера и содержания на памятниках, местах захоронения, религиозных сооружениях являются распространенными. Но такие действия редко квалифицируются по указанным статьям УК и по статье 63 УК, а чаще всего – как хулиганство. По нашему мнению, при отсутствии признаков статьи 63 УК (пункта е части 1), действия подозреваемых в таких случаях могут квалифицироваться по указанным статьям УК с обязательным установлением обстоятельств, отягчающих наказание совершенного преступления на почве расовой, национальной или религиозной вражды.

Таким образом, могут быть выделены несколько категорий преступлений, объединенных родственными мотивам национальной вражды и ненависти. Общими их признаками являются умышленный или прямой характер вины при совершении таких преступлений, которым присуще непосредственное указание на потерпевшее лицо или социальную группу пострадавших лиц. Объектом посяательства может выступать один человек (преступления против жизни и здоровья), или группа потерпевших лиц или иная социальная группа (журналисты, религиозная община, конфессия и т.д.). С токи зрения структуры объективной стороны эти преступления могут характеризоваться как корыстные, так и формальные или с усеченными составами преступлений. Законодатель использует различные подходы при формулировании мотивов указанной категории преступлений. Хотя специальные

законы в сфере борьбы с преступлениями на почве ненависти закрепляют неприятие обществом таких преступлений и способствуют эффективному сбору данных, преследованию преступлений на почве ненависти возможно даже при отсутствии специальных положений.

Все правовые системы признают, что за преступления, которые наносят большой вред или являются особенно оскорбительными с точки зрения общих ценностей, должны предусматриваться более строгие наказания. Преступления, совершенные по мотивам предвзятости, соответствуют обоим критериям. Они причиняют больший вред из-за своего влияния на широкую общественность и в связи с нарушением принципов равенства прав и равной защиты закона.

Преступления, совершенные по мотивам национальной ненависти и вражды, по сути, являются преступными деяниями, которые уже караются законом, но системы уголовной юстиции должны обеспечивать, чтобы дополнительный вред, причиненный по мотивам предубеждения по признаку национальности, учитывался в судебном решении и наказании.

Таким образом, доказательства мотивов национальной ненависти и вражды должны быть представлены на рассмотрение суда, чтобы такой ущерб был учтен при осуждении и привлечении виновных к ответственности.

Выводы. Анализ современного законодательства по вопросам определения мотива национальной ненависти или вражды предоставил возможность обосновать многоуровневую структуру нормативной базы в российском и зарубежном опыте. Для этого проведено исследование международно-правовых средств, противодействия преступным проявлениям мотивов национальной ненависти или вражды и предложена на основе изучения действующей в РФ нормативно-правовой базы имплементация международно-правовых обязательств на национальном уровне с использованием зарубежного опыта.

В рамках определения концептуального поля мотивов национальной ненависти или вражды было доказано, что мотив национальной или религиозной ненависти в том содержании, в котором он закреплен в статьях Особенной части, вызывает трудность, неоднозначность его понимания, что может вести к неправильной квалификации. Данный факт указывает на необходимость развития правоприменительной практики, так как разоблачение вероятных дискриминационных мотивов в действиях виновных лиц является не только требованием внутреннего права РФ, но и прямым международно-правовым обязательствам государства.

В связи с этим, мотив национальной ненависти или вражды предложено идентифицировать в двух формах: «мнимый» мотив национальной ненависти или вражды (корыстный мотив) и «истинный» мотив национальной ненависти или вражды, и показан механизм их уголовно-правового выявления в рамках отдельных статей Уголовного кодекса РФ.

Литература

1. *Чугунова А., Казанцева Д. Б., Безрукова О. В.* К вопросу об уголовно-правовом значении мотивации преступного поведения // НиКа, 2012. С. 332.
2. *Гамезо М. В., Домашенко И. А.* Атлас по психологии : информ.-метод. пособие к курсу «Психология человека». 2. изд., доп. и испр. М.: Изд-во Рос. пед. агентства, 1998. С. 98.
3. *Немов Р. С.* Психология: [Учеб. для студ. высш. пед. учеб. заведений]: В 3 кн. 4-е изд. М.: Владос: ИМПЭ, 2001. Кн. 1: Общие основы психологии, 2001. С. 255.
4. *Киричук А.* Основы психологии. К.: Лыбидь, 2006. С. 318.

5. *Леонтьев А. Н.* Деятельность. Сознание. Личность: учеб. пособие для студ. вузов, обучающихся по направлению и спец. «Психология», «Клиническая психология». М.: Издательский центр «Академия», 2004. С. 221.
6. *Элоян С. А.* Проблемы квалификации преступлений, совершаемых в состоянии аффекта // Успехи современного естествознания, 2011. № 8. С. 253-254.
7. *Герцензон А. А.* Уголовное право. Часть Общая. Москва, 1948. С. 343-344.
8. *Даньшин И. Н.* О значении мотива преступления при изучении и предупреждении преступлений // Вопросы борьбы с преступностью, 1969. № 10. С. 70.
9. *Игошев К. Е.* Типология личности преступника и мотивация преступного поведения. – Горький: Изд-во ГВШ МВД СССР, 1974. 168 с.; Общая психология/ под ред А. В. Петровского. Москва: Просвещение, 1970. 432 с.; Сайке Г. М., Матза Д. Метод нейтрализации. Теория делинквентности // Социология преступности. Москва, 1966. С. 322–333.
10. «Уголовный кодекс Российской Федерации» от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 30.12.2015).

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА; ОПЕРАТИВНО- РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

К вопросу понятия «правá» и «обязанности»: сравнительный анализ в либеральном западном и традиционном русском сознании (рассмотрение через систему уголовно-процессуальной и оперативно-разыскной деятельности)

Середнев В. А.

Середнев Владимир Анатольевич / Serednev Vladimir Anatolievich – преподаватель, факультет экономики и права, кафедра права, философии и социальных дисциплин, Арзамасский филиал,

Нижегородский государственный университет им. Н. И. Лобачевского, г. Арзамас

Аннотация: в статье автор анализирует механизм «права» в регулировании общественных отношений в области уголовно-процессуальной и оперативно-разыскной деятельности через «призму» западно-либерального и традиционного русского сознания. Автор указывает на возвращение к духовным ценностям русского народа, культура которого реализуется и в правоохранительной деятельности, в частности такой как уголовное судопроизводство и оперативно-разыскная деятельность.

Abstract: the author analyzes the mechanism of "rights" in the regulation of social relations in the area of criminal procedure and operational-investigative activity through the "prism" of West liberal and traditional Russian consciousness. The author points to a return to the spiritual values of the Russian people, whose culture and to realize in law enforcement, in particular, such as criminal justice and operational-investigative activity.

Ключевые слова: оперативно-разыскная деятельность, уголовно-процессуальная деятельность, право, правá, обязанности, либерализм, запад, русское общество, русское государство.

Keywords: operational-investigative activity, criminal procedural activities, law, rights, duties, liberalism, west, Russian society and the Russian state.

На Востоке человеческая личность всегда была более связана с общественным целым, чем на Западе.

Восток чужд был западному индивидуализму...

Алексеев Н. Н. Русский народ и государство

Обычно под «правом» понимается предоставление возможности совершать определенные действия (положительный элемент) либо не совершать никаких действий (отрицательный элемент), которые допускаются законодательством либо «неписанными» нормами поведения (обычаем, традициями). Под «обязанностью» понимается вынужденность совершения каких-либо действий (положительный элемент) либо бездействие (отрицательный элемент). При этом не имеет значения вынужденность действий происходит от убеждений, внутренних побуждений лица или это связано с внешним воздействием на него. Связь, во взаимодействии между правами и обязанностями, образует правоотношения, в любых отраслях как права, так и человеческих обществ.

В зависимости от сочетания между собой прав и обязанностей, на наш взгляд, можно выделить следующие типы существующих правоотношений:

1. *Отношения, в которых права одного лица соответствуют обязанности другого.* Во-первых, права могут вызывать обязанности другого лица производить

определенные действия. В уголовном судопроизводстве это связано, например, с проведением следственных действий (допрос участника уголовного процесса) или применением мер уголовно-процессуального принуждения, когда лицо (подозреваемый, обвиняемый), в отношении которого избрана мера пресечения (например, «подписка о невыезде и надлежащем поведении» ст. 102 УПК РФ), обязано выполнять ряд требований указанных в ст. 102 УПК РФ (не покидать постоянного места жительства без разрешения следователя, дознавателя или суда; в назначенный срок являться к следователю, дознавателю или в суд). Во-вторых, например, при допросе следователем обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, свидетель может воспользоваться ст. 51 Конституции РФ и не свидетельствовать против самого себя и близких родственников; презумпция невиновности также относится к данному случаю.

2. *Отношения, при которых права и обязанности имеют сочетание друг в друге, входящее в правоотношения лиц.* Во-первых, многосторонние сочетания прав и обязанностей в отношении друг друга, как со стороны имеющего права (возникает обязанность воздержаться), так и со стороны имеющего обязанности (обязанность воздержаться). Эти отношения признаются преобладающими в либеральной идеологии, воздержание совершать действия могут рассматриваться как терпение друг к другу, что благозвучно называется «толерантностью». В Европе имеется соединение прав с осознанием обязанностей и эти отношения подразумевают под собой «договорную» систему управления, где действует правило «то, что у меня есть - это мое, я им вправе распоряжаться, к тебе я не лезу и тебя не трогаю, не трогай меня и ты». Это является одним из самых классических либеральных отношений «права - обязанности». «Обязанность «уважения» к чужому является продуктом подчинения некоторой внешней необходимости или расчета: если я не буду чужого уважать, не будут уважать и моего. Следовательно, уважать приходится, с волками жить – по-волчьи выть» [1, с. 157]. Данные правоотношения просматриваются в оперативно-разыскной деятельности (далее - ОРД), в рамках прекращения уголовного дела в отношении лиц, оказывающих субъектам ОРД конфиденциальное содействие. Часть 4 ст. 18 ФЗ об ОРД «Социальная и правовая защита граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность», предусматривает при определенных обстоятельствах освобождение лиц, сотрудничающих с оперативными подразделениями, от уголовной ответственности. Или в поддержании «доброжелательного климата» в общении между властным субъектом ОРД и лицом, оказывающим ему содействие. Во-вторых, основным механизмом регулирования правоотношений выступает все то же договорное право, и в этом случае возникает многостороннее отношение, в котором у стороны «права» и положительное право и положительная обязанность, у стороны, имеющей «обязанность», возникает и право и положительная обязанность.

Такие отношения имеют место в уголовном судопроизводстве в «договорных сделках», на которых базируется экономический оборот современных западных обществ, например, когда речь идет о такой мере пресечения как залог. В-третьих, внутреннее органическое сочетание прав и обязанностей. Где имеет место некая «пропитанность» обязанности правом, а права - обязанностью, т.е. то, что можно назвать в русской топике «правообязанностью». Существует ряд институтов публичного права, где усматривается данное сочетание. Например, вопрос, связанный с понятием компетенции властных субъектов уголовного судопроизводства. В связи с этим необходимо указать «имеет место отождествление понятий «функция» и «компетенция», что не совсем с нашей точки зрения верно...» [7, с. 8]. В словаре С. И. Ожегова понятие «компетенция» дается как «круг вопросов, в которых кто-нибудь осведомлен или круг чьих-нибудь полномочий» [5, с. 440]. Соответственно «полномочие» рассматривается в данном же словаре как «право предоставления кому-нибудь на совершение определенных действий» [5, с. 835]. Необходимо

обратить внимание «именно «право», а не «обязанность», о которой мы говорили выше и которой наделены государственные органы, для совершения действий на благо государства в ходе реализации целей уголовного процесса» [7, с. 8]. При избрании меры пресечения суд может удовлетворить ходатайства следователя об избрании меры пресечения «заклечение под стражу», а может отказать в удовлетворении ходатайства и избрать другую, более мягкую меру пресечения в виде залога или домашнего ареста. Основной функцией прокурора, в ходе судебного производства по уголовному делу является поддержание государственного обвинения и обеспечение его законности и обоснованности. Тем не менее, одним из способов выполнения прокурором функции обеспечения законности и обоснованности обвинения в ходе судебного производства (ст. 37 УПК) является предоставленная ему законом компетенция на право не только изменить предъявленное подсудимому обвинение в сторону смягчения, но и полностью отказаться от уголовного преследования с обязательным указанием мотивов своего решения. Таким образом «... в публичных отношениях свободная возможность внутренне соединена с долгом, и право превратилось в правообязанность. Другими словами, входящее в правоотношения начало публичности, которое есть в то же время начало общественности, придает праву характер обязанности, превращает его в правообязанность, и наоборот - входящее в государственные обязанности начало публичности или общественности придает обязанностям характер права» [1, с. 159]. В-четвертых, правообязанностям могут соответствовать односторонние отрицательные обязанности других лиц, например, такие правообязанности можно наблюдать при взаимоотношениях между оперативным сотрудником и гражданином, оказывающим ему конфиденциальное содействие; именно «теплые», почти что дружеские отношения, но все таки основанные на оперативном контракте. В-пятых, правообязанностям с одной стороны соответствуют правообязанности с другой стороны. Данное сочетание мыслимо только в положительных, а не в отрицательных отношениях: ибо сама идея правообязанности включает в себя мысль о некоторой положительно направленной деятельности. Примером данного правоотношения является заключенный контракт (по своей сущности представляющий правовой договор) о конфиденциальном сотрудничестве между субъектом, осуществляющим ОРД, и гражданином (ст. 17 ФЗ об ОРД «Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность»).

«Само понятие «права» связано со строго фиксируемой геополитикой, географической реальностью. Оно претендует на универсальность, но на самом деле отражает сугубо локальный процесс развития лишь одного из сегментов человечества. Иными словами, в юридической сфере вскрывается типичный обман - Запад стремится навязать свои локальные установки всем остальным народам, отождествляя свой уникальный географический и исторический опыт с «общей теорией развития», с «магистральным путем социальной и моральной эволюции» и т.д.» [1, с. 11]. На наш взгляд очень точно отмечал Н. Н.Алексеев: «Когда мы употребляем слово «право», мы уже имплицитно входим в систему западного образа мышления, попадаем в философский контекст, чуждый организационной логике...» [1, с. 11]. Если вспомнить социальную историю России или даже Древней Руси, то можно вспомнить такое понятие как «тягловое государство», где обязанности имели преобладание, доминирующую роль над правами. И только обязанности в традиционной русской топике должны рассматриваться как механизм реализации прав (*только выполняя обязанности можно реализовать право*). Это обуславливается тем, что в традиционном русском обществе индивидуум, (являющейся субъектом истории в либеральной идеологии) рассматривается всего лишь как часть целого – народа, нации, государства.

Нам видится, что губительно для государства рассматривать индивидуальное (индивидуума) как нечто более ценное, чем общность, тем более в отрыве от

культуры, семьи, народа, нации, так как это на наш взгляд противоречит истории народа, его формирования и вхождения в состав государства при его возникновении. Поэтому возведение в ранг ценности индивидуума есть ни что иное как покушение на уничтожение права, как юридической науки в целом, и нравственных «правообязанностей», рассматриваемых в русской традиции. «На юридическом уровне тогда начала складываться искусственная и атомарная, количественная концепция «прав личности» (ставшая впоследствии знаменитой теорией «прав человека»), которая вытеснила собой органичную концепцию «прав народа», «прав государства» и т.д.» [3, с. 166].

Русское государство образовывалось и формировалось, в отличие от Западной топики происхождения, в аспекте регулировании общественных отношений в области права, где преобладала действительность обязанности над действительностью права. То есть при образовании «правообязанностей» в результате «перетекания» обязанностей в права, а прав в обязанности.

В русском сознании правообязанностям могут соответствовать односторонние отрицательные обязанности других лиц, которые связаны с нравственными нормами общежития. Классический пример, данных правоотношений описан в книге Н. В. Гоголя «Выбранные места из переписки с друзьями» [2]. Речь идет о барине, как об «отце» своих крепостных крестьян, который их опекал и оберегал, согласно человеческой нравственности русской души и правде русского человека. Нравственность это отличительная черта (должна ей быть) русских «правообязанностей», в которых она содержится, в отличие от западного права, хотя в нем и делается упор на так называемые «права человека», которые по сути носят декларативный характер. Нравственность в русской топике предполагалась всегда и в деятельности царя «в праве царя на распоряжение никто не сомневался, но столь же мало сомнения было и в том, что истинный, православный царь определяет свою власть и сознанием нравственных обязанностей, на нем лежащих» [1, с. 165].

Западное общество есть общество собственников, главная идея которых в жизненном кредо *«Не тронь меня, и я тебя не трону»*. Именно на этом принципе и образован современный либерально-демократический Запад.

Нужно быть совсем далеким от понятий политики, социологии, права и такой науки на стыке социологии и политологии как геополитика, чтобы отрицать в либеральном общественном строе существование «скрытых», «замаскированных» обязанностей. «Обязанность признается здесь только как уступка сопротивлению... Люди договариваются о власти, учреждают государство, как торговую компанию...» [1, с. 161], так происходит в государственной жизни. И не только так, ведь каждый владеет своим и не трогает чужого. Чужой может умереть от голода - это его дело, чужого не нужно трогать, до тех пор, пока он не начнет воровать («трогать») чужое. То есть в либеральном западном обществе БЕЗУСЛОВНАЯ ОБЯЗАННОСТЬ ТОЛЬКО ОДНА: «НЕ ТРОНЬ МЕНЯ», все остальные обязанности они условные, так как действует принцип договорного права. «...Западная жизнь породила великий собственнический эгоизм среднего обывателя, вытекающее из культа собственности вещепоклонство, формализм в представлениях о своих обязанностях, интересующийся только «внешней правдой» человеческих отношений, а не «правдой внутренней», не их нравственным содержанием» [1, с. 162]. Огромное отрицательное свойство либерального Запада сказалось в области государственных отношений России. Потому что между идеей создания и существования сильного государства и топикой либеральных «прав», навязанных Западом остальному миру, в том числе и России, лежит глубочайшее противоречие. Мы убеждены, что на правиле поведения «не тронь меня, и я тебя трогать не буду» невозможно построить полноценное, сильное государство. «Мир не трогаящих друг друга собственников есть, в сущности, мир анархический, который нуждается в государстве только на предмет ограждения от грабежа... в пределе своем мир

собственников должен стремиться к уничтожению государства» [1, с. 163]. С их точки зрения вместо государства должно быть установлено, базируясь на принципах либерального права, договорное общество, «гражданское общество», где правам и свободам человека отдается привилегированное значение и центральное место в истории, по отношению к силе и мощи государства.

Необходимо *отказаться от абстрагирования* и деклараций, которыми пресыщены и ложно обозначены, как основополагающие идеи, принципы (в том числе и в части принципы уголовного процесса и оперативно-разыскной деятельности), в которых указано, что права и свободы человека являются высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ). В связи с этим, думается, нужно согласиться с высказыванием В. Т. Томина: «Гиперболизация прав и свобод человека и гражданина, является сегодня стратегическим союзником организованной преступности в борьбе с правовым государством... Защита обширно и абстрактно сформулированных прав и свобод гражданина зачастую приводит к тому, что права и свободы конкретных граждан оказываются ущемленными» [9, с. 130]. Отмечая декларативную сущность «прав и свобод», уместно заметить, что при принятии действующего уголовно-процессуального кодекса 2001 года законодатель, на наш взгляд, хотел попытаться сдержать мощный порыв правоохранительных органов в борьбе с преступностью, дабы не нарушить так называемые права и свободы человека и гражданина в уголовном производстве. В результате чего в настоящее время мы имеем в уголовном производстве «форму», которая поглощает «содержание» доказательств, а значит, ставит «форму» выше, чем обстоятельства совершенного преступления. Именно формальные ограничения для субъектов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность (далее - ОРД), приводит к массе нарушений закона. Поэтому, на практике мы в получаем с одной стороны, не обеспечение интересов гражданина и защиту его от преступлений, а с другой, субъекты ОРД напоминают «пылесос» у которого малая мощность, но в результате некоего законодательного обеспечения большая «насадка», поэтому в своей деятельности «собирает мелкую пыль», не имея возможности реализовать более серьезные перспективы, по борьбе с элитарной преступностью.

Мы убеждены, что такой механизм уголовного судопроизводства, когда «форма» поглощает «содержание», когда необоснованно утверждают, что результаты ОРД не могут являться доказательствами по уголовному делу, ввиду того, что отсутствует один из критериев, признания допустимым доказательство, как «надлежащий источник» это приводит к действительному (а не декларативному) ущемлению прав потерпевшего в уголовном процессе. Формализация уголовного процесса по либеральному типу, есть ни что иное, как скрытая форма бюрократии, которая всегда была врагом чистоты, светлости, справедливости, законности, обоснованности в жизни вообще и реализации идей, целей и задач уголовного судопроизводства и оперативно-разыскной деятельности в частности. «Проводником интереса бюрократии является частный интерес, которому присваивается такой статус, чтобы национальное единство не могло возникать. И тогда у бюрократии не остается противника. Частный интерес, воплощаясь в конституционной новации, оказывается формой порабощения его носителя» [6, с. 12]. И поскольку мы считаем, что индивидуум не может рассматриваться выше и ценнее общества и государства, он может быть лишь в контексте государства, либерализация уголовного судопроизводства с ее декларативными «правами и свободами», на основании вышесказанного будет угрожать национальной безопасности и суверенитету государства. Поскольку полностью соглашаемся с высказыванием немецкого юриста и политического теоретика Карла Шмитта, который верно отмечал, что «либеральная конституция и либеральные ценности подрывают суверенитет государства, являются типичным прикрытием, под которым осуществляется господство вражеского государства» [10]. Более того, мы считаем,

что «права и свободы человека» это идеология либерального общества, а любая идеология, если она, что-то одно утверждает, значит, что-то другое отрицает. Поэтому: утверждаешь права и свободы человека - отрицаешь мощь, суверенитет, силу и национальную безопасность государства. «Права», не перетекающие в обязанности и не образующие «правообязанности», по сути есть бессмыслица, которая навязывается либеральным Западом, русскому народу. В начале нашего изложения мы проанализировали, какие могут быть правоотношения в разрезе «права» и «обязанности». На основании этого мы видим, что регулирование уголовно-процессуальной деятельности в основном базируется на либеральных принципах. Отсутствие принципа «нравственности» в уголовном процессе это подтверждает, потому что западной модели правосознания чужды понятия «нравственность» и «совесть». Среди либеральных принципов уголовного процесса, угрожающих национальной безопасности (более того, заметим, что большинство норм - принципов либерального толка в уголовном процессе, являются механизмом сокрытия «истины») и суверенитету государства, выделяем следующие: ч. 2 ст. 11 УПК РФ «Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве»; ч. 2, 3 ст. 14 УПК РФ «Презумпция невиновности»; ст. 15 УПК РФ «Состязательность сторон» (мы считаем, что в русском миропонимании нужно говорить не о «правах», а о *«потребностях и интересах»*). Эти принципы, *во-первых*, никаким образом не могут быть связаны с достижением истины, они наоборот антипод «истины», русскому традиционному сознанию прав и обязанностей, а также являются механизмом уничтожения общей цели уголовного судопроизводства. Какая может быть единая цель судопроизводства, когда функции защиты и обвинения разделены, хотя это отчасти верно, мы с этим согласны, но самая большая опасность - пассивность суда, при состязательном уголовном процессе. *Во-вторых*, все эти три принципа связаны с либеральным институтом «прав и свобод», которые некоторые правоведа считают очевидностью. Если это так, то они видимо не понимают того, что очевидность не подлежит доказыванию, а то, что не подлежит доказыванию, является догмой или религией. С нашей точки зрения «права и свободы» есть *религия Западного атеистического мира*. Эта чуждая русским людям религия навязывается Западом, чтобы уничтожить Россию. У русских людей есть свое понимание «права».

Думается ОРД, все-таки меньше, чем уголовное судопроизводство, подвержена либерализации, это, кстати, одна из причин, как мы считаем, нежелания признавать процессуалистами за результатами ОРД статуса доказательств. Тем не менее, если рассмотреть два из конституционных принципов, входящих в правовой блок, «Принцип законности» и «Принцип уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина», то мы соглашаемся с профессором А. Ю. Шумиловым, который пишет: «Принцип законности, а также принцип уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина... не могут быть признаны реальными принципами современной ОРД. Они — всего лишь провозглашенные законодателем определенного рода заявки на принципы, т.е. принципы-намерения» [11, с. 76].

В результате того, что русское сознание приняло для себя чужую ему либеральную идеологию «В жизни нашей получилось поражающее несоответствие между юридической формой и бытом: усвоив западную юридическую форму. Мы, однако, не выработали соответствующей ей техники; в то же время, не вполне отрешившись от своих собственных форм, мы теряли постепенно все то положительное, что им было свойственно» [1, с. 167]. Мы считаем, что «Уголовный процесс должен олицетворять традиции и культурные ценности русского народа, уж если на это даже указывает ст. 18 УПК РФ «Язык уголовного судопроизводства» [8, с. 125].

Целью принятия либеральной идеологии являлось уничтожение России, через превращение ее граждан на определенном этапе в собственников, принявших в

основу регулирования общественных отношений свободу договора, личной наживы и ставящей во главу угла целью своей жизни «гедонизм». Это мы и имеем в настоящее время в общественной жизни, где «... пытаются навязать Западный путь как развития общества в целом, так и навязать не свойственную русскому человеку уголовно-процессуальную деятельность» [8, с. 125].

Мы убеждены, что современному российскому обществу в правовом аспекте нужно национальное, традиционное, русское уголовно-процессуальное законодательство, базирующееся на традиция и обычаях русского народа, на его самобытности, уникальности и неповторимости его судьбы. «... у западноевропейца подход к миру - захватнический, а у русского - бытийный, что сказывается практически во всех областях нашей жизни - в обучении, в общении, в любви и браке, в вере и религии и даже во власти... Различны в западноевропейской и русской картинах мира подходы к общению и принятию решений» [4, с. 36]. Мы - русские больше тяготеем к Востоку, к стороне Азии, чем к Европе.

Наше убеждение неизменно, как и ранее мы считаем «... в настоящее время налицо крайне низкое качество всего УПК РФ в отношении как его идеологии, так и технологии, доведенная до абсурда состязательность, бесправный и безынициативный суд, который для установления истины не может и шагу без соизволения сторон. Нужен ли нам состязательный уголовный процесс? Мы думаем, что нет...» [8, с. 127-128]. Как нам выжить в этой ситуации, как стать самим собой, реализовать свой контекст русского традиционного общества, дарованного нам предками? Россия может идти по двум путям: первый - это в сторону Запада, т.е. к Евросоюзу, к США, к демократии, являющейся апологетом показной лести власти населению («толпе»), к либеральным ценностям, что впоследствии уничтожит Россию. Можно направиться в сторону Востока, к консервативному мировоззрению, к традициям и традиционным ценностям, механизм которых сегодня как никогда нам необходим в создания справедливого, нравственного и в тоже время гуманного судопроизводства России. Именно России, которую мы, безусловно, хотим видеть как сильную державу, а возможно и Империю, а это и есть русский путь к самим себе.

Литература

1. *Алексеев Н. Н.* Русский народ и государство. М.: «Аграф», 2003. 640 с.
2. *Гоголь Н. В.* Выбранные места из переписки с друзьями. Изд-во: Азбука. Азбука-Аттикус М., 2014. 432 с.
3. *Дугин А. Г.* Русская вещь. Очерки национальной философии: в 2 т. Т. 1. М.: Арктогея - центр, 2001. 624 с.
4. *Миронова Т. Л.* Броня генетической памяти. М. Алгоритм, 2014. 252 с.
5. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: Ок. 100000 слов, терминов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов. Под ред. проф. Л. И. Скворцова. 28-е изд., перераб. М.: ООО «Издательство «Мир и Образование»: ООО «Издательство Оникс», 2012. 1376 с.
6. *Савельев А. Н.* Левиафан Гоббса в понимании Шмитта // Журнал «Золотой Лев». № 249-250, 2010. С. 12.
7. *Середнев В. А.* Уголовно-процессуальные функции, как механизм обеспечения деятельности субъектов доказывания в публичном уголовном процессе. // Научный аспект. № 3-2014. Самара: Изд-во ООО «Аспект», 2014. С. 8.
8. *Середнев В. А.* Дух и культура русского уголовного процесса (идеологема). VII международная научно-практическая конференция: «Отечественная наука в эпоху изменений: постулаты прошлого и теории нового времени». г. Екатеринбург. № 2 (7), 2015. С. 125, 127-128.

9. *Томин В. Т.* «Права и свободы человека» - большой блеф XX века. (Уголовный процесс России: аспекты взаимодействия с международным правом). Омск: Изд-во Омск. акад. МВД России, 2004. 148 с.
10. *Шмитт К.* Номос Земли в праве народов. Спб.: Издательство: Владимир Даль, 2008. 670 с.
11. *Шумилов А. Ю.* Оперативно-разыскная наука в Российской Федерации: монография / А. Ю. Шумилов. В 3 т. М.: Издательский дом Шумиловой И. И., 2013. Т. I.. 455 с.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО; ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

Государственный портовый контроль: международный и национальный аспекты

Атальянц О. А.¹, Голубкина К. В.²

¹Атальянц Орнела Арновна / *Atalyants Ornela Arnovna* – магистрант, специальность: юриспруденция;

²Голубкина Ксения Вячеславовна / *Golubkina Ksenia Vyacheslavovna* - кандидат юридических наук, доцент, заместитель начальника,

Институт международного таможенного менеджмента, экономики и права
Государственный морской университет им. адмирала Ф. Ф. Ушакова, г. Новороссийск

Аннотация: в статье анализируются правовые основы государственного портового контроля в Российской Федерации. Объектом исследования является государственный портовый контроль в РФ, а предметом - нормы, регулирующие данную сферу.

Abstract: the article analyzes legal bases of port state control in Russian Federation. Object of article is the state port control in Russian Federation and the subject is a norm, regulating this sphere.

Ключевые слова: государственный портовый контроль, морской порт, «субстандартное» судно, безопасность мореплавания.

Keywords: port state control, sea port, substandard vessel, safety of navigation.

Во все времена наиболее важными для развития транспортной инфраструктуры являлись транспортные узлы – морские порты, значимость которых обеспечивается зависимостью благосостояния и стабильности государства в целом.

В настоящее время в мире насчитывается свыше двух тысяч морских портов, используемых для судоходства. В различных странах и даже внутри стран организация деятельности портов и их управление отличаются друг от друга, однако все их многообразие сводится к существованию большого массива международного и национального законодательства, нормы которого требуют пристального изучения и анализа.

Разделение законодательства на международное и национальное, а также установление международно-правового и национального режимов торговых портов обусловлено зависимостью торгового порта и территориального суверенитета государства, которому такой порт принадлежит.

Акватории морских портов являются непосредственной частью внутренних морских вод. Потому каждое прибрежное государство вправе самостоятельно определять порядок доступа в свои порты иностранных судов, а также порядок их пребывания там. Суверенное государство вправе решать вопрос о том, открывать или нет порты для захода иностранных судов [1, с. 76].

Закон Российской Федерации от 08.11.2007 года № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [2] прямо регулирует отношения, возникающие из торгового мореплавания, вопросы установления порядка открытия и закрытия морских портов, порядок их деятельности, в том числе и оказания услуг, осуществляемых в рамках государственного регулирования деятельности в морских портах.

Федеральный закон основывается на Конституции Российской Федерации, общепризнанных принципах и нормах международного права, международных договорах Российской Федерации, отдавая приоритетное значение

международным договорам страны при установлении ими иных правил, чем те, которые указаны в законе.

Осуществление контроля за соблюдением в порту международных договоров и национального законодательства Российской Федерации возложено на капитана морского порта.

И как должностное лицо, возглавляющее администрацию морского порта, капитан обеспечивает безопасность плавания судов в акватории морского порта, на подходах к нему, а также стоянки судов в морском порту, порядок в морском порту, оформление и выдачу соответствующей судовой документации, а также приход судов и их выход из морского порта.

Осуществляя портовый контроль, а также стремясь предотвратить аварийность в мировом флоте или хотя бы уменьшить ее уровень, государства активно сотрудничают в сфере обеспечения безопасности мореплавания. При этом сотрудничество осуществляется государствами как непосредственно через свои органы и национальные организации и службы, например сотрудничество аварийно-спасательных служб, так и в рамках многочисленных международных организаций (Международная морская организация (ИМО), Международная ассоциация классификационных обществ (МАКО) и др.).

Направления сотрудничества государств в сфере обеспечения портового контроля чрезвычайно многообразны и охватывают все этапы жизни судов и функционирования морских портов. Основными задачами сотрудничества является внедрение соответствующих комплексов технических и правовых норм, представляющих собой международные конвенции, кодексы и иные нормативно-правовые акты, обеспечивающие достаточно высокий уровень безопасности мореплавания.

В последнее время международное сообщество пришло к выводам о том, что недостаточно установить международно-правовые стандарты безопасности мореплавания, необходимо приложить большие усилия по их реализации в повседневной практике торгового судоходства. Таким образом, в настоящее время большое внимание уделяется эффективному обеспечению выполнения уже действующих конвенций.

Центральное место в этом процессе занимает контроль со стороны государства порта. В таком аспекте, контроль - понятие довольно емкое и включает различные виды управляющего воздействия. В настоящее время государственный контроль приобретает все большее значение, в том числе и на региональном уровне, путем осуществления своих полномочий капитаном морского порта.

Сотрудничество стран в портовом контроле приводит к рациональному распределению инспекционных ресурсов между участвующими странами и предотвращает эксплуатацию «субстандартных» судов за счет эффективного обмена данными о результатах инспектирования.

Осуществление государственного портового контроля является важной составляющей международного торгового мореплавания, обеспечивающей развитие стабильного взаимодействия в сфере морского судоходства.

Осуществление портового контроля, предусмотренного международным и национальным законодательством, всецело направлено на определение и исключение из эксплуатации судов, не соответствующих требованиям и стандартам безопасности судоходства, защиты окружающей среды от загрязнения, а также требованиям, предъявляемым к членам экипажа судна.

Так, основные требования закреплены в ряде международных договоров и правил, стороной и участницей которых является Российская федерация, к ним относятся:

- Парижский меморандум о взаимопонимании о контроле судов государством порта 1982 года.

В меморандуме перечислены основные международные требования и инструменты, которым должны соответствовать суда и которые попадают под

портовый контроль: Международная Конвенция о грузовой марке 1966 года, Международная Конвенция по охране человеческой жизни на море 1974 года (СОЛАС 74), Международная Конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 года с Протоколами 1978 и 1997 года.

В соответствии с международными требованиями в области морской безопасности, мерами контроля являются:

- проверка судна,
- отсрочка отхода судна,
- задержание судна,
- ограничение операций, включая перемещение в пределах порта или выдворение судна из порта.

По итогам проверок судов в портах контроля, суда, на которых обнаружены серьезные недостатки, включаются в «белый», «серый» или «черный» списки. В «белый список» Парижского и Токийского меморандумов о взаимопонимании входят государства с постоянно низким количеством арестов.

Комитет Парижского меморандума о взаимопонимании о контроле судов государством порта опубликовал списки государств флага на основе отчета о работе портовых контролей. По состоянию на 1 июля 2014 года в него включено 75 государств флага. В белом списке с высокими показателями качественного управления безопасностью мореплавания числятся 46 государств, в сером – 19 стран, где соблюдение норм безопасности мореплавания находится на удовлетворительном, в черном – 10: здесь государства флага, где мореплавание представляет высокий риск для судоходства и жизней моряков [3].

В сравнении с 2013 годом белый список увеличился на один флаг. В целом «новичками» стали три флага – Казахстан, Саудовская Аравия и Швейцария, которые в прошлом году числились в сером списке. Как и в прошлом году, этот перечень возглавила Франция, за ней расположились скандинавские страны – Норвегия, Швеция и Дания, замыкает пятерку – Италия. Россия тоже находится в белом списке на 28 месте.

В серый список попали Грузия, Ливан, Сент-Китс и Невис, Ливия и Албания, переместившиеся сюда из черного списка. Указывается также, что Белиз, Албании и Тувалу, замыкающие серый список, должны остерегаться перемещения в черный список.

Черный список возглавили Камбоджа, Сент Китс и Невис, Коморские острова; замыкает десятку флаг Танзании с самым высоким уровнем угрозы мореплаванию.

- Токийский меморандум о взаимопонимании о контроле судов государством порта в Азиатско-Тихоокеанском регионе 1993 года.

Токийский меморандум содержит схожие требования к судам, заходящим в порты Азиатско-Тихоокеанского региона и в дополнение к Парижскому меморандуму содержит ряд нормативных актов: Конвенция о труде в морском судоходстве 2006 года (МОТ, 2006), Протокол 1992 года об изменении Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 года, Международная конвенция о контроле вредных антиобрастающих систем на судах (Конвенция AFS 2001).

- Правила береговой охраны США.

QUALSHIP 21 – специальная программа береговой охраны США, представляет собой таблицу отслеживания качества иностранных судов различных стран, которые предоставили в рамках добровольной системы проверки государств-членов ИМО копии отчетов о состоянии судов. В соответствии с данной программой выдаются разрешения и сертификаты инспекции, позволяющие судну выйти в рейс.

- Конвенция о труде в морском судоходстве 2006 года.

Согласно Конвенции о труде в морском судоходстве 2006 года, каждое судно, заходящее в порт государства - члена Конвенции, обязано по требованию властей

предоставить свидетельство о соответствии трудовым нормам в морском судоходстве и декларацию о соблюдении трудовых норм в морском судоходстве в качестве основного доказательства соблюдения Конвенции. В случае отсутствия требуемых документов либо несоответствии условий труда и жизни на борту судна требованиям Конвенции, может быть проведена более тщательная проверка в рамках портового контроля.

- Конвенция по предотвращению загрязнения с судов (МАРПОЛ 73/76).

В соответствии с Правилем 8 Приложения 1 международное свидетельство о предотвращении загрязнения нефтью (IOPP) выдается на срок, установленный администрацией, который не превышает пяти лет с даты его выдачи. Свидетельство теряет силу, если на судне без разрешения администрации произведены существенные изменения в конструкции, оборудовании судна.

В целом следует отметить, что основным условием достижения устойчивого уровня развития портового комплекса является организационно-техническое компенсирование потенциальных и остаточных промышленных рисков, выделение наиболее значимых технологических процессов и их оценка по системе безопасности на основе анализа внешней и внутренней контролируемой среды, а также формирование обеспечительных мер и установление пределов ответственности владельцев рисков.

Рассматривая изучаемую проблему на примере порта Новороссийск, можно прийти к выводу, что эффективное осуществление капитаном морского порта возложенных на него государственных задач обеспечивает динамичный рост экономических показателей работы порта на протяжении вот уже более 20 лет, способствует росту привлекательности порта для отечественных и иностранных инвесторов.

Первая причина такого состояния – высокий уровень безопасности порта в различных аспектах контроля: мореплавания, экологии, эксплуатации флота, режима и пр. Высокая степень ответственности АМП Новороссийск в отстаивании интересов государства в сфере контроля безопасности мореплавания и оказания государственных услуг морскому судоходству в порту Новороссийск обеспечила порту заслуженную репутацию на мировом уровне.

Вместе с тем, благодаря усилиям ФГУ «АМП Новороссийск», в порту Новороссийск за последние 10 лет внедрены в производственную деятельность ряд новых методов и систем контроля безопасности мореплавания, транспортировки опасных грузов, состояния экологии морской среды, антитеррористической защищенности порта, часть которых не имеет аналогов в других портах России, а некоторые методы построения системы обеспечения безопасности мореплавания получили мировое признание как инновация в данной сфере.

Реализация новых подходов в организации единой системы обеспечения безопасности мореплавания позволила снизить общий уровень аварийности в порту за указанный период более чем в два раза. Количество случаев аварийных разливов нефти и нефтепродуктов на акватории порта за последние 5 лет уменьшилось более чем в три раза.

Деятельность ФГБУ «Администрации морских портов Черного моря» по организации и обеспечению экологической безопасности в своей зоне ответственности оценивается сегодня как лучшая в российских портах. Биологические и биохимические показатели состояния водной среды в Новороссийской бухте полностью соответствуют норме.

Указанные тенденции в показателях работы порта Новороссийск, состояния экологии Новороссийской бухты, снижения уровня аварийности в порту и на акваториях юрисдикции ФГБУ «АМП Черного моря» напрямую обеспечивают стабильное развитие экономики как южного региона России, в первую очередь Краснодарского края, так и выполнение ряда федеральных программ развития транспортного комплекса страны.

Учитывая вышесказанное, следует сделать вывод, что только совместными усилиями международного сообщества и портовых властей должны регулироваться вопросы портового контроля, так как контроль за судами в портах имеет вспомогательный характер и не может заменить контроль государства флага. Именно государство флага должно в соответствии со ст. 94 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. осуществлять контроль над судами в техническом и социально-правовом отношениях.

Однако контроль со стороны государства, в порт которого зашло торговое судно, имеет весьма важное значение, в частности потому, что выявляет недостатки, допущенные морскими властями государства флага, который несет судно. Прибрежное государство заинтересовано в том, чтобы у его побережья не произошел инцидент с тяжелыми последствиями. Практика портового контроля, который осуществляется властями прибрежного государства, в некоторых случаях может даже нейтрализовать упущения, допущенные государством флага.

Расширение системы контроля судов государством порта и ужесточение его позволит устранить недостатки в существующей практике контроля судов государством флага.

Полномасштабное внедрение в национальную практику всех государств требований по контролю государством флага рассматривается ИМО как долговременная стратегическая цель ее работы на предстоящие годы, что позволит осуществлять портовый контроль без дополнительных обременений, неоправданных задержек и возникновения обязательств во возмещению вреда, вызванного такой задержкой.

Литература

1. Комитет Парижского меморандума окончательно одобрил Новый инспекционный режим. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://trans-port.com.ua/13082-komitet-parizhskogo-memoranduma-okonchatelno.html>.
2. Федеральный закон от 08.11.2007 №261-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. – 20.07.2015.
3. *Бразовская Я. Е.* Правовое регулирование государственного портового контроля в Российской Федерации // Пробелы в российском законодательстве, 2011. № 5. С. 76.

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР, ОРГАНИЗАЦИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Международное сотрудничество как вид деятельности прокурора по защите права граждан на обращение в органы публичной власти Беляков П. А.

*Беляков Павел Анатольевич / Belyakov Pavel Anatolyevich - соискатель,
Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации, г. Москва*

Аннотация: рассматриваются вопросы деятельности российской прокуратуры, связанной с защитой прокурором конституционного права граждан на обращение в рамках реализации полномочий в сфере международного сотрудничества. Вносятся предложения по совершенствованию прокурорской деятельности при реализации международных соглашений.

Abstract: discusses the activities of the Russian Prosecutor's office associated with protection Prosecutor the constitutional rights of citizens to appeal to the framework of the implementation of powers in the sphere of international cooperation. Makes suggestions to improve prosecutorial activities in implementation of international agreements.

Ключевые слова: деятельность прокурора, право граждан на обращение; международное сотрудничество.

Keywords: the activities of the Prosecutor, the right of citizens to appeal; international cooperation.

Международное сотрудничество прокуратуры Российской Федерации с соответствующими органами других государств и международными организациями – одна из функций современной российской прокуратуры.

Она закреплена в статье 2 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»: Генеральная прокуратура Российской Федерации в пределах своей компетенции осуществляет прямые связи с соответствующими органами других государств и международными организациями, сотрудничает с ними, заключает соглашения по вопросам правовой помощи и борьбы с преступностью, участвует в разработке международных договоров Российской Федерации [1].

По мнению В. Г. Бессарабова и К. А. Кашаева, международный аспект защиты прав и свобод граждан органами прокуратуры, в том числе права на обращение, заключается в том, чтобы надзорными средствами добиться от поднадзорных органов и должностных лиц не чинить никаких препятствий гражданам к доступу в Европейский суд по правам человека [2].

Нормативно-правовой основой международного сотрудничества российской прокуратуры с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных государств, а также с международными организациями в сфере борьбы с преступностью, уголовного судопроизводства, укрепления законности и правопорядка являются: 1) многосторонние и двусторонние договоры Российской Федерации с иностранными государствами; 2) Конституция и федеральное законодательство; 3) организационно-распорядительные документы Генерального прокурора РФ (приказы, указания) [3].

В период с 8 по 12 сентября 2013 г. в Москве был проведен самый масштабный в мире прокурорский форум – 18-я ежегодная конференция и Общее собрание

Международной ассоциации прокуроров. Эта неправительственная организация объединяет 157 организационных членов, около 1700 индивидуальных членов, представляет 250 тысяч прокуроров из 151 страны. Прокуроры осознают необходимость более тесного взаимодействия в выработке действенных мер, путей, стандартов решения вопросов соблюдения прав человека, а также борьбы с современными угрозами. Выбор России в качестве места проведения конференции свидетельствует о высоком международном авторитете ее прокуратуры, признании наших достижений в деле укрепления правового государства и защиты прав человека.

В сфере уголовного судопроизводства Генеральная прокуратура взаимодействует с партнерами почти из 80 государств мира. Среди значимых международных соглашений, заключенных Генеральной прокуратурой Российской Федерации, необходимо назвать «Соглашение между Генеральными прокурорами Государств - участников Протокола к Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. о порядке сношений компетентных учреждений при выполнении процессуальных и иных действий по уголовным делам от 29 июня 2000 г.» [4]. Соглашением предусмотрен порядок исполнения поручений о выполнении процессуальных и иных действий, проведение которых в соответствии с законодательством запрашивающей Договаривающейся Стороны санкционировано прокурором (судом), поручений органов прокуратуры о выполнении процессуальных и иных действий по находящимся в их производстве уголовным делам, не требующих санкции прокурора, определен круг лиц, которым предоставляются материалы исполненных поручений, а также ряд других вопросов прокурорской деятельности.

Российская Федерация имеет специальные двухсторонние и многосторонние международные договоры, регламентирующие вопросы выдачи и правовой помощи по уголовным делам более чем с 70 государствами. Это позволяет прокурорам более эффективно отстаивать права участников уголовного судопроизводства. В мире существует около 200 государств и в идеале договорную основу необходимо иметь со всеми странами мира.

При осуществлении этой деятельности органы прокуратуры защищают и права человека, устраняя нарушения, о которых они сообщили в соответствующие, в том числе международные органы, не добившись их разрешения в органах власти российского государства.

Так, например, в информационном письме о заседании Комитета министров Совета Европы от 3-7 марта 2013 г. за подписью заместителя Генерального прокурора РФ А. Г. Звягинцева сообщалось, что в г. Страсбурге состоялось очередное заседание Комитета министров Совета Европы об исполнении Российской Федерацией постановлений Европейского суда по правам человека по делам, связанным с предполагаемыми похищениями и принудительными перемещениями с территории России лиц, в отношении которых применено Правило ст. 39 Регламента Европейского Суда.

Включение данного вопроса в повестку дня было обусловлено поступившим сообщением о новом предполагаемом факте похищения гражданина Республики Узбекистан. Также сообщалось: на рассмотрении Европейского Суда находится ряд других жалоб иностранных граждан о нарушении их прав в связи с принудительным перемещением с территории России и несоблюдением российскими властями Правила ст. 39 Регламента Европейского Суда.

В решении содержится призыв к властям Российской Федерации без промедления осуществить комплекс необходимых мер с тем, чтобы прекратить подобные инциденты, в том числе посредством обеспечения своевременного и эффективного их расследования, а также принятия дополнительных специальных защитных мер в отношении заявителей.

В информационном письме было обращено внимание прокуроров на то, что обо всех выявленных фактах попыток незаконного насильственного перемещения лиц, в отношении которых Европейским судом применено правило ст. 39 Регламента Европейского Суда, и принятых в связи с этим мерах прокурорского реагирования необходимо незамедлительно уведомить Генеральную прокуратуру Российской Федерации [5].

Особое внимание российской прокуратурой уделяется при реализации международных договоров о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи между Российской Федерацией и другими государствами. Так, в силу Соглашения между Российской Федерацией и Республикой Таджикистан по вопросам юрисдикции и взаимной правовой помощи по делам, связанным с пребыванием воинских формирований Вооруженных Сил Российской Федерации на территории Республики Таджикистан [6], органы прокуратуры обозначены в качестве компетентных органов, исполняющих заключенное соглашение.

Только в Северо-Западном федеральном округе в 2015 году прокурорами проведено более 400 экстрадиционных проверок, по результатам которых подготовлено более 100 заключений о возможности принятия решения о выдаче для привлечения к уголовной ответственности за рубежом, исполнено более 70 поручений компетентных органов иностранных государств о правовой помощи, в судах рассмотрено 16 обращений о несогласии с принятым решением о выдаче иностранному государству для осуществления уголовного преследования [7].

Полагаем, что для совершенствования практики деятельности прокуроров по защите права граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления следует активнее использовать различные формы обучения, предусмотренные приказом Генерального прокурора РФ от 04.10.2010 № 373 «О совершенствовании системы подготовки, повышения квалификации и профессиональной переподготовки работников органов прокуратуры Российской Федерации» в целях формирования необходимых навыков работы при рассмотрении и разрешении обращений, осуществлении личного приема граждан, обеспечения надлежащего качества и эффективности этой деятельности.

Совершенствовать деятельность в данной области следует, в том числе, путем проведения семинарских занятий, оперативных совещаний, мероприятий правового просвещения, направления на места обзоров практики рассмотрения обращений, методических рекомендаций, информационных писем, оказания практической помощи нижестоящим прокуратурам, организации стажировки сотрудников.

Полагаем, что прокуратура осуществляет деятельность по защите права граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления при выполнении всех закрепленных за ней функций, в том числе реализуя свои полномочия в сфере международного сотрудничества.

Литература

1. Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 (ред. от 28.11.2015) «О прокуратуре Российской Федерации». Ведомости СНД РФ и ВС РФ», 20.02.1992, № 8, ст. 366.
2. *Бессарабов В. Г., Каишаев К. А.* Защита российской прокуратурой прав и свобод человека и гражданина. М.: Городец, 2007. 464 с.
3. *Щерба С. П.* Международное сотрудничество прокуратуры Российской Федерации: в курсе лекций Актуальные проблемы прокурорской деятельности / В. Г. Бессарабов и др.; под ред. О. С. Капинус; рук. авт. кол. В. Б. Коробейников. Акад. Ген. прокуратуры РФ. М., 2015. С. 199.
4. Соглашение между Генеральными прокурорами Государств - участников Протокола к Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. о порядке

сношений компетентных учреждений при выполнении процессуальных и иных действий по уголовным делам от 29 июня 2000 г. Сборник основных организационно-распорядительных документов Генпрокуратуры РФ. Издательский дом «Автограф». Тула, 2004 (том 1).

5. Информационное письмо Генеральной прокуратуры РФ от 18.04.2013 № 35/1-36С-2003 «О заседании Комитета Министров Совета Европы от 5-7 марта 2003 г.».
6. Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Таджикистан по вопросам юрисдикции и взаимной правовой помощи по делам, связанным с пребыванием воинских формирований Вооруженных Сил Российской Федерации на территории Республики Таджикистан (заключено в г. Москве 21.01.1997). «Собрание законодательства РФ», 22.11.2004, № 47. Ст. 4573.
7. Отчеты прокуроров субъектов Российской Федерации в Северо-Западном федеральном округе за 2015 год.

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, ФИНАНСОВОЕ ПРАВО, ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

Некоторые аспекты правового регулирования деятельности кадастровых инженеров в Российской Федерации Евдокименко Ю. А.¹, Костылев А. К.²

¹Евдокименко Юлия Анатольевна / Evdokimenko Julija Anatol'evna – аспирант;

²Костылев Анатолий Кронидович / Kostylev Anatolii Kronidovich - кандидат юридических наук,
доцент, научный руководитель,
кафедра административного и финансового права,
Тюменский государственный университет, г. Тюмень

Аннотация: в статье рассматриваются основные положения и особенности саморегулирования кадастровых инженеров, а также роль осуществления контроля и надзора за кадастровой деятельностью инженеров.

Abstract: this article discusses the fundamentals and characteristics of self-regulation of cadastral engineers, as well as the role of the monitoring and supervision of the activities of cadastral engineers.

Ключевые слова: ответственность, кадастровый инженер, контроль, саморегулирование.

Keywords: responsibility, cadastral engineer, control, self-regulation.

Одним из направлений государственного регулирования в области землеустройства является регулирование кадастровой деятельности путем установления и обеспечения государством общих правил поведения кадастровых инженеров и их корректировки в зависимости от постоянно изменяющихся и развивающихся общественных отношений в указанной сфере.

Кадастровая деятельность регулируется Федеральным законом от 24.07.2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» [1], который закрепляет ее как выполнение кадастровым инженером работ по обеспечению подготовки документов, содержащих необходимые для осуществления кадастрового учета сведения о недвижимом имуществе.

При этом кадастровый учет осуществляется в отношении земельных участков, зданий, сооружений, помещений, объектов незавершенного строительства, а также подземных сооружений. Исключением из списка недвижимости, подлежащих кадастровому учету, являются участки недр, воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты и предприятия как имущественный комплекс (п. 5, ст. 1 Федерального закона от 24.07.2007 г. № 221-ФЗ).

Законодатель закреплял кадастрового инженера как физическое лицо, которое имеет действующий квалификационный аттестат кадастрового инженера и осуществляет кадастровую деятельность в качестве индивидуального предпринимателя или в качестве работника юридического лица на основании трудового договора.

В 2015 г. законодатель изменил государственную политику в отношении кадастровых инженеров в сторону саморегулирования путем принятия нового Федерального закона от 30.12.2015 г. № 452-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном кадастре недвижимости» и статью 76 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» в части совершенствования деятельности кадастровых инженеров» [2].

В связи с вступлением в юридическую силу вышеуказанного закона, с «01» июля 2016 г. законодатель обязал всех кадастровых инженеров быть членами саморегулируемой организации кадастровых инженеров (далее по тексту - СРО). При этом членство кадастровых инженеров в СРО является обязательным, но добровольным.

Обязательный характер вступления инженера в СРО выражается в запрете осуществлять кадастровую деятельность и утерю статуса «кадастровый инженер» при отсутствии у него статуса участника саморегулируемой организации кадастровых инженеров. Добровольный характер выражается в самостоятельном выборе саморегулируемой организации, членом которой инженер хочет быть.

На сегодняшний день саморегулирование является дополнением к существующей форме допуска кадастровых инженеров на рынок (аттестации), следует его рассматривать как дополнительную нагрузку на субъекты предпринимательской деятельности. С «01» июля 2016 г. квалификационная аттестация кадастровых инженеров отменяется, но имевшие на день вступления указанных поправок квалификационные аттестаты сохраняют силу до «01» января 2020 года.

Необходимость введения института обязательного членства в саморегулируемых организациях кадастровых инженеров выражается в следующем:

- в разработке специальных профессиональных стандартов для данного вида деятельности и повышении качества выполнения кадастровых работ;
- в разработке новой системы контроля и надзора за деятельностью кадастровых инженеров в виде саморегулирования;
- в закреплении специального публичного статуса кадастрового инженера [3];
- в закреплении на законодательном уровне публичной ответственности за несоблюдение требований федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации в области кадастровых отношений, в том числе за недостоверность сведений межевого плана, технического плана, акта обследования или карты-плана территории, на основании которых в государственный кадастр недвижимости вносятся сведения об объектах недвижимости;
- в установлении страхового возмещения убытков, причиненных заказчику кадастровых работ и/или третьим лицам, действиями и/или бездействием кадастрового инженера в результате осуществления кадастровой деятельности.

По мнению профессора Усович Л. В., членство в СРО является индикаторами уровня готовности кадастровых инженеров к более глобальной самоорганизации и принятию на себя повышенной ответственности за результаты своей деятельности. Объединение определенных субъектов конкретной профессиональной деятельности в саморегулируемых организациях обеспечивается ответственностью такой организации в целом за качество деятельности каждого кадастрового инженера, что ведет к освобождению СРО от недобросовестных (несоответствующих) участников и снижению коррупции в указанной сфере [4].

Основные положения саморегулирования кадастровых инженеров закреплены в главе 4 «Кадастровая деятельность» Федерального закона «О государственном кадастре недвижимости».

Саморегулирование кадастровой деятельности является перспективным направлением, основная идея которого направлена на передачу части контрольных функций государственных органов саморегулируемым организациям (двойной уровень контроля). Саморегулируемые организации кадастровых инженеров осуществляют функции по отбору кадастровых инженеров и по непосредственному контролю за качеством выполнения соответствующих услуг и работ (первый уровень). Также профессиональные саморегулируемые организации поддерживают и повышают квалификацию кадастровых инженеров путем проведения проверок и теоретического экзамена.

Второй уровень выражается в виде опосредованного контроля со стороны государства за деятельностью саморегулируемых организаций.

Государственный надзор за деятельностью СРО кадастровых инженеров, национального объединения осуществляется органом государственного надзора (Федеральной службой государственной регистрации, кадастра и картографии) путем проведения плановых и внеплановых проверок в порядке, установленном Правительством Российской Федерации [5].

Кроме того, в полномочия Минэкономразвития России более не входит принятие:

- порядка проведения квалификационного экзамена на соответствие требованиям, предъявляемым к кадастровым инженерам, формы квалификационного аттестата, типового образца печати кадастрового инженера;

- порядка хранения и использования документов государственного земельного кадастра, а также технических паспортов, оценочной и иной документации об объектах государственного технического учета и технической инвентаризации.

По результатам проведенных проверок и обнаружения нарушений соблюдения необходимых требований орган государственного надзора принимает следующие решения:

1) о вынесении предписания об устранении нарушений;

2) о возбуждении дела об административном правонарушении;

3) о направлении в арбитражный суд заявления об исключении сведений о СРО кадастровых инженеров и (или) сведений о национальном объединении из государственного реестра саморегулируемых организаций кадастровых инженеров.

Особое положение в кадастровой деятельности занимает саморегулируемая организация кадастровых инженеров, которое выражается в контроле за профессиональной деятельностью своих членов в части соблюдения ими требований законов, стандартов и правил профессиональной этики кадастровых инженеров, не исключая контроль за заключением своими членами договора страхования гражданской ответственности.

Статья 30.3 Федерального закона «О государственном кадастре недвижимости» закрепляет создание СРО национальных объединений для обеспечения формирования единых подходов к осуществлению кадастровой деятельности, координации деятельности СРО кадастровых инженеров, а также в целях взаимодействия СРО с федеральными и региональными органами государственной власти, органами местного самоуправления, заказчиками и третьими лицами.

Под национальным объединением законодатель понимает некоммерческую организацию, которая создается саморегулируемыми организациями кадастровых инженеров, зарегистрированную в государственном реестре саморегулируемых организаций, и членами которой являются более 50 % саморегулируемых организаций кадастровых инженеров, включенных в государственный реестр саморегулируемых организаций. При этом национальное объединение не вправе осуществлять предпринимательскую и иную приносящую доход деятельность (п. 2, ст. 30.3 Федерального закона «О государственном кадастре недвижимости»). Для осуществления своих целей национальное объединение совершает следующие действия:

1) устанавливает порядок подтверждения соответствия кадастрового инженера обязательным условиям членства в саморегулируемой организации; перечень документов, необходимых для вступления в СРО; порядок исключения кадастрового инженера из СРО;

2) разрабатывает и утверждает типовые стандарты осуществления кадастровой деятельности и типовые правила профессиональной этики кадастровых инженеров;

3) разрабатывает и утверждает положение об осуществлении СРО кадастровых инженеров контроля за профессиональной деятельностью ее членов, в том числе порядок рассмотрения информации, обращений и (или) жалоб на действия (бездействие) членов СРО;

4) разрабатывает и утверждает положение о проведении СРО экспертизы документов, которые представлены в орган кадастрового учета;

5) разрабатывает и утверждает ежегодные планы работы национального объединения, в том числе представляет в орган государственного надзора доклад о реализации мероприятий, предусмотренных таким планом и др.

Кроме того, законодатель закрепляет передачу национальным объединениям полномочия по организации и проведению теоретического экзамена (квалификационного экзамена) и отменяет выдачу квалификационного аттестата уполномоченными органами государственной власти субъектов РФ с участием Росреестра.

Национальные объединения в целях проведения теоретического экзамена обязуются осуществить следующие действия:

- организовать и ввести в эксплуатацию автоматизированную систему для проведения экзамена;

- разработать и утвердить вопросы тестовых заданий для проведения экзамена в соответствии с утвержденной программой органом нормативно-правового регулирования в сфере кадастровых отношений (Министерством экономического развития Российской Федерации) [6];

- установить размер и порядок взимания платы за проведение экзамена;

- разработать и утвердить порядок проведения экзамена, порядок формирования и работы экзаменационной комиссии, порядок обжалования результатов экзамена;

- провести экзамен в форме тестирования в целях подтверждения наличия у претендента профессиональных знаний, необходимых для осуществления кадастровой деятельности;

- размещать информацию о результатах экзамена на официальном сайте в сети «Интернет».

Проведя правовой анализ СРО, можно сделать следующие выводы. Членами саморегулируемой организации кадастровых инженеров являются только физические лица в качестве индивидуального предпринимателя или в качестве работника юридического лица на основании трудового договора, которые должны отвечать определенным требованиям.

Пункт 2 статьи 29 ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» закрепляет обязательные условия принятия физического лица в члены саморегулируемой организации кадастровых инженеров, к которым относятся:

- 1) наличие гражданства Российской Федерации, что выражается в запрете осуществлять кадастровую деятельность в России иностранным гражданам, лицам без гражданства и беженцам;

- 2) наличие высшего образования по специальности или направлению подготовки, и/или дополнительного профессионального образования по программе профессиональной переподготовки в области кадастровых отношений, которое выражается в запрете осуществлять кадастровую деятельность при наличии среднего профессионального образования и/или незаконченного высшего образования. На сегодняшний день до «01» июля 2016 года обязательным документом при вступлении в СРО является наличие квалификационного аттестата;

- 3) наличие опыта работы в качестве помощника кадастрового инженера не менее двух лет, в течение которых он под руководством кадастрового инженера принимал участие в подготовке и выполнении кадастровых работ. Ранее законодатель не устанавливали требование о наличии опыта работ у кадастровых инженеров при допусчении их к квалификационной аттестации. Данное новшество ведет к увеличению гарантий качества выполняемых работ и профессионализма кадастровых инженеров;

- 4) сдача теоретического экзамена, подтверждающего наличие профессиональных знаний, необходимых для осуществления кадастровой деятельности. При принятии новой политики в виде саморегулирования кадастровой деятельности, законодатель отказался от выдачи квалификационного аттестата и заменил его на теоретический экзамен, который проводится по

единым, установленным государством правилам и стандартам при вступлении такого лица в СРО, а именно - национальным объединением;

5) отсутствие наказания в виде дисквалификации за нарушение законодательства о государственном кадастровом учете недвижимого имущества и кадастровой деятельности, предусмотренное Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях. При этом отсутствует ограничение вступления в СРО кадастровых инженеров, которые привлечены к гражданско-правовой и/или дисциплинарной ответственности при осуществлении своей деятельности;

6) отсутствие непогашенной или неснятой судимости за совершение умышленного преступления, что выражается в отсутствии вступившего в законную силу приговора суда в отношении кадастрового инженера, признанного виновным за любое преступление в форме вины в виде прямого или косвенного умысла;

7) наличие действующего договора обязательного страхования гражданской ответственности кадастрового инженера. Данное новшество законодатель внес для гарантии возмещения убытков заказчика кадастровых работ и (или) третьих лиц, причиненных действиями (бездействием) кадастрового инженера, за счет страхового возмещения по договору обязательного страхования гражданской ответственности кадастрового инженера;

8) отсутствие ограничений в виде исключения из саморегулируемой организации кадастровых инженеров и вступившего в законную силу решения суда о признании кадастрового инженера недееспособным или ограниченно дееспособным.

В соответствии со ст. 32 ФЗ «О государственном кадастре недвижимости», кадастровый инженер вправе принять решение об осуществлении своей кадастровой деятельности в качестве индивидуального предпринимателя, если он зарегистрирован в этом качестве в установленном законом порядке.

При вступлении инженера в СРО в качестве работника юридического лица, законодатель не закрепляет вид трудового договора (трудоустройство по основному виду деятельности или трудовой договор по совместительству), на основании которого кадастровый инженер осуществляет свою деятельность (ст. 33 Федерального закона от 24.07.2007 г. № 221-ФЗ).

Отсутствие данного уточнения в законе выражается в особенности статуса кадастрового инженера, так как членом СРО является именно физическое лицо - кадастровый инженер, а не юридическое лицо, работником которого он является. Поэтому свидетельство участника СРО выдается поименовано на каждого кадастрового инженера отдельно. На практике привязанность кадастрового инженера к юридическому лицу в качестве работника выражается в оплате членских и страховых взносов со стороны работодателя (юридического лица).

С другой стороны, договор подряда на осуществление кадастровой деятельности заключается с работодателем, т. е. юридическим лицом, которое должно иметь в штате не менее двух кадастровых инженеров. При этом данные работы вправе выполнять только кадастровый инженер - работник такого юридического лица. Таким образом, если в штате организации находятся только один кадастровый инженер, состоящий в членстве СРО как работник организации, то кадастровую деятельность от имени организации осуществлять он не может.

Кроме того, работодатель (юридическое лицо) кадастрового инженера выполняет контрольно-надзорные функции за кадастровой деятельностью своего работника в виде отстранения от выполнения кадастровых работ кадастрового инженера (п. 2, ст. 33 Федерального закона от 24.07.2007 г. № 221-ФЗ):

а) не прошедшего в установленном порядке обучения по дополнительной профессиональной программе повышения квалификации;

б) исключенного из саморегулируемой организации кадастровых инженеров;

в) привлеченного в качестве обвиняемого, в отношении которого судом вынесено постановление о его временном отстранении от должности.

Лицо, вступившее в СРО в качестве работника юридического лица, самостоятельно может, помимо основной трудовой деятельности, осуществлять кадастровую деятельность по отдельным гражданско-правовым договорам (договорам подряда), но только при наличии статуса индивидуального предпринимателя. Законодатель не предусмотрел другие формы осуществления кадастровой деятельности. Хотя развитие действующего гражданского законодательства и наличие института страхования гражданской ответственности указанной деятельности позволяет заключение кадастровыми инженерами самостоятельных гражданско-правовых договоров без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Данное положение гарантировало бы вступление в СРО любого кадастрового инженера, обладающего необходимыми навыками и знаниями, а также соответствующего определенным требованиям, работающего по профессии на основании трудового договора, но не зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя.

На сегодняшний день на практике не исключена ситуация, при которой кадастровый инженер может сохранить свой статус «кадастрового инженера» при вступлении в СРО как работник юридического лица, имеющего необходимые навыки, знания и разрешения, но при этом заключать самостоятельные договоры подряда на осуществление кадастровой деятельности, помимо основной работы (по трудовому договору). За данные действия законодатель не устанавливает ответственность, а передает урегулирование вопроса саморегулируемым организациям и национальным собраниям кадастровых инженеров путем разработки и утверждения стандартов осуществления кадастровой деятельности и правил профессиональной этики кадастровых инженеров.

Что ведет к необходимости урегулирования со стороны законодателя данного вопроса на федеральном уровне, путем внесения необходимых изменений в Федеральный закон от 24.07.2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости».

Помимо регулирования прав и обязанностей членов СРО кадастровых инженеров, законодатель применяет меру ответственности в виде исключения из членов СРО кадастровых инженеров. Данная мера применяется путем принятия решения саморегулируемой организацией об исключении в случае:

- 1) установления факта представления кадастровым инженером подложных документов при принятии в СРО;
- 2) подачи инженером заявления о выходе из СРО;
- 3) нарушения кадастровым инженером обязательных условий членства в СРО;
- 4) признания вступившим в законную силу решением суда кадастрового инженера недееспособным или ограниченно дееспособным;
- 5) принятия в течение календарного года органом кадастрового учета решений об отказе в осуществлении кадастрового учета, связанные с подготовкой межевых планов, технических планов, актов обследования и карт-планов территории, суммарное количество которых составляет 25 % и более процентов общего количества решений об осуществлении кадастрового учета;
- 6) принятия за последние три года деятельности кадастрового инженера органом кадастрового учета десяти и более решений о необходимости устранения кадастровых ошибок в сведениях, связанных с ошибкой, допущенной при определении местоположения границ земельных участков или местоположения зданий, сооружений, помещений, объектов незавершенного строительства;
- 7) неосуществления кадастровым инженером кадастровой деятельности в течение трех лет;
- 8) непредставления кадастровым инженером в орган кадастрового учета актов согласования местоположения границ земельных участков;

9) нарушения кадастровым инженером срока уплаты членских взносов более чем на три месяца (п. 15, ст. 29 ФЗ «О государственном кадастре недвижимости»).

Перечень оснований исключения инженеров из членов саморегулируемой организации является закрытым. При этом законодатель закрепляет срок запрета претендовать на членство в саморегулируемой организации кадастровых инженеров в зависимости от вида причины исключения из нее.

Исходя из буквального толкования п. 1, ст. 29 ФЗ «О государственном кадастре недвижимости»: «Физическое лицо, исключенное из саморегулируемой организации кадастровых инженеров, не вправе претендовать на членство в саморегулируемой организации кадастровых инженеров:

1) в течение двух лет в случае, если кадастровый инженер был исключен по одному или нескольким основаниям, предусмотренным пунктами 3, 5-8 части 15 настоящей статьи;

2) в течение шести месяцев в случае, если кадастровый инженер был исключен по основанию, предусмотренному пунктом 9 части 15 настоящей статьи;

3) в течение срока дисквалификации либо срока, в течение которого кадастровый инженер лишен права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в соответствии с вступившим в законную силу решением суда, в случае, если данный срок превышает два года», можно сделать вывод о следующем. Кадастровый инженер, исключенный из СРО, не вправе обратиться с заявлением о вступлении в члены в то же самое СРО в установленный законом временной период после исключения, но при этом законом не установлен запрет кадастровому инженеру обратиться в другое СРО.

Для урегулирования спорной ситуации необходимо дополнить Единый реестр кадастровых инженеров в сети «Интернет» на сайте Федеральной службы государственной регистрации кадастра и картографии новыми пунктами (колонками): статус членства СРО («действующий», «исключен», «отстранен»), наименование СРО.

По мнению профессора Костылева А. К. [7], для формирования правовых положений совершенствования действующего законодательства, не исключая саморегулирование в области кадастровой деятельности, необходимо провести мониторинг действующих законов и правовых актов, в том числе по административному, гражданскому и земельному праву, а также провести мониторинг применения нововведений (указанных в Федеральном законе «О государственном кадастре недвижимости») и анализ применения ответственности за правонарушения в указанной сфере.

Выполнение настоящих требований позволит проанализировать результаты реализации саморегулирования кадастровой деятельности на практике и разработать проекты изменений и дополнений к действующим нормативно-правовым актам, которые регламентируют ответственность саморегулируемых организаций, а также права, обязанности и функции органов контроля и надзора за деятельностью саморегулируемых организаций и их участников.

Литература

1. О государственном кадастре недвижимости: федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ: по сост. на 24 июня 2016 г. // Собрание законодательства Российской Федерации, 2007. № 31. Ст. 4017.
2. О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном кадастре недвижимости» и статью 76 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» в части совершенствования деятельности кадастровых инженеров: федеральный закон 30 декабря 2015 г. № 452-ФЗ: по сост. на 24 июня 2016 г. // Собрание законодательства Российской Федерации, 2016. № 1 (часть 1). Ст. 72.

3. *Набиуллина Э. С.* Основные направления государственной политики в области саморегулирования // II Всероссийский форум СРО «Саморегулирование в России: опыт и перспективы развития» (Москва, 10 февраля 2012). [Электронный ресурс]: «Имущественные отношения в Российской Федерации», 2015. № 6. Режим доступа: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=card&page=splus&rnd=211977.5189088881295738&&ts=021197737298212898497596/> (дата обращения: 20.06.2016).
4. О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации Собрание законодательства РФ: постановление Правительства Российской Федерации от 16 апреля 2016 г. № 313: по сост. на 24 июня 2016 г. // Собрание законодательства Российской Федерации, 2016. № 17. Ст. 2409.
5. О предоставлении сведений о государственной регистрации прав и об объектах недвижимого имущества: письмо Федеральной нотариальной палаты от 20 октября 2015 г. № 3294/03-16-3: по сост. на 24 июня 2016 г. [Электронный ресурс]: «Петербургский правовой портал». Режим доступа: <http://ppt.ru/newstext.phtml?id=8190777/> (дата обращения: 20.06.2016).
6. *Усович Л. В.* Некоторые аспекты регулирования кадастровой деятельности в контексте проводимой реформы системы государственной регистрации и кадастрового учета // Имущественные отношения в Российской Федерации, 2015. № 6. С. 36-45.
7. *Костылев А. К.* Процессуальное обеспечение административной ответственности: монография. Тюмень: Изд-во Тюменского государственного университета, 2008.

К вопросу о презумпции добросовестности налогоплательщика Скобникова К. А.

*Скобникова Кристина Александровна / Skobnikova Kristina Aleksandrovna – бакалавр,
юридический факультет,
Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург*

Аннотация: *статья посвящена проблеме появления и развития доктрины добросовестности налогоплательщика. Особое внимание уделено анализу правовых позиций Конституционного Суда РФ, а также экономических и политических реалий, оказавших влияние на их формирование.*

Abstract: *the article is devoted to the emergence and development of the doctrine of good faith taxpayer. Particular attention is paid to the analysis of the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation, as well as the economic and political realities that influenced their formation.*

Ключевые слова: *презумпция, добросовестность, недобросовестность, налоговая выгода, субъективная противоправность, объективная неправомерность.*

Keywords: *presumption, good faith, bad faith, tax benefit, subjective wrongfulness, objective illegality.*

Возникновение презумпции добросовестности налогоплательщика в науке связывается с доктриной добросовестности участников гражданского оборота, подробно разработанной еще в советские времена. В связи с этим в литературе принцип добросовестности налогоплательщика зачастую подвергается критике. Так, К. А. Сасов отмечает, что принципы гражданского права существенно отличаются от

принципов административного права¹. В связи с этим выведение презумпции налоговой добросовестности через презумпцию добросовестности участников гражданского оборота представляется неоправданным.

Впервые этот принцип был упомянут Конституционным Судом РФ в Определении от 25 июля 2001 года № 138-О с отсылкой к пункту 7 статьи 3 НК РФ, содержащего положение о том, что все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сборов). Действительно, способ выведения презумпции добросовестности налогоплательщиков, использованный Конституционным Судом РФ в Определении № 138-О, представляется неудачным. Следует согласиться с мнением Д. М. Щекина о том, что норма, установленная в пункте 7 статьи 3 НК РФ, безусловно, служит гарантией прав налогоплательщиков, вступая в действие при неясности налогового закона. Однако непонятно, как эта гарантия связана с добросовестностью налогоплательщика².

При буквальном прочтении нормы является очевидным тот факт, что в пункте 7 статьи 3 НК РФ урегулирован способ толкования неустранимых сомнений, противоречий и неясности актов законодательства о налогах и сборах (в пользу налогоплательщика), а не презумпция добросовестности налогоплательщика. Данный вывод подтверждается и судебной практикой. (См: Определение Верховного Суда РФ от 18.03.2016 № 305-КГ15-14263, А40-87775/14, Определение Верховного Суда РФ от 02.02.2015 № 3-КГ14-7, Определение Верховного Суда РФ от 02.02.2015 № 3-КГ14-7). Сам Конституционный Суд в более позднем Определении от 15 января 2008 года дает более логичное и адекватное содержанию нормы толкование пункта 7 статьи 3 НК РФ: Соответственно, статья 3 Налогового кодекса Российской Федерации закрепляет, что <...> все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сборов) (пункт 7). Расплывчатость налоговой нормы может привести к не согласующемуся с конституционным принципом правового государства произвольному и дискриминационному ее применению государственными органами и должностными лицами в их отношениях с налогоплательщиками и тем самым - к нарушению конституционного принципа юридического равенства и вытекающего из него требования равенства налогообложения, закрепленного в пункте 1 статьи 3 Налогового кодекса Российской Федерации. Что касается тех судебных решений, в которых дословно воспроизводится позиция Конституционного Суда, выраженная в Определении от 25 июля 2001 года №138-О, принимать их в расчет при толковании рассматриваемого положения закона судебной практикой не приходится, так как данная позиция, выходящая, по сути, смысл пункта 7 статьи 3 НК РФ, искусственно привнесена в судебную практику Конституционным Судом. Следовательно, Конституционный Суд в своем толковании абсолютно выходит за сферу действия пункта 7 статьи 3 НК РФ.

Кроме того, анализ содержания презумпции добросовестности участников гражданского оборота сразу же наталкивает на вопрос о том, как доктрина добросовестности может быть применима вне частного, гражданского права. Если добросовестность есть извинительное незнание лица о субъективной противоправном характере своего деяния, а под субъективной противоправностью понимается нарушение совершенным деянием прав и законных интересов третьих лиц, то очевидно, что понятие добросовестности никоим образом не совместимо с природой публичного права. Если объективную неправомерность (нарушение закона) в гражданском праве логично дополняет понятие субъективной

¹ Сасов К. А. Сравнительный анализ презумпций невиновности и добросовестности налогоплательщика / К. А. Сасов // Налоговед, 2005. № 12. С. 18.

² Щекин Д. М. Юридические презумпции в налоговом праве. М.: МЗ Пресс, 2002. С. 24.

противоправности (нарушение субъективного права), то для публичного права последнее понятие иррелевантно.

Так, например, налогоплательщик, заведомо зная о неплатежеспособности банка, дает этому банку платежное поручение о перечислении сумм налоговых платежей, при этом налогоплательщик об этом прекрасно знает и, более того, это является целью действий. Между тем, обязанность платить законно установленные налоги и сборы установлена законом. То есть получается, что налогоплательщиком совершается объективно противоправное деяние, причем виновно и даже умышленно. Вопрос о том, можно ли в такой ситуации говорить о недобросовестности, является риторическим.

Публичное право существенно отличается от частного, норма закона есть его квинтэссенция. Следовательно, в публичном праве мыслим лишь один юридический порок деяния, а именно: объективная неправомерность, то есть нарушение нормы объективного публичного права. Нарушение же нормы закона есть деяние объективно неправомерное, что позволяет, минуя вопрос о добросовестности, перейти к обсуждению вопроса о виновности.

Для того, чтобы понять причины этого глубинного противоречия, заложенного самим Конституционным Судом, необходимо проследить историю возникновения и развития презумпции добросовестности налогоплательщика.

Появление доктрины добросовестности считается реакцией государства на весьма многочисленные попытки осуществления предпринимательской деятельности на неплатежеспособных банках, расцвет которого произошел после августовского кризиса 1998 года и появления Постановления КС РФ от 12 октября 1998 года № 24-П. В период экономического кризиса 1998 года процесс поступления налоговых платежей в бюджет в большой степени был парализован из-за неисправных банков, во множестве из которых было саккумулировано невероятное количество налоговых платежей, оказавшихся «запертыми» в этих банках. Патовость этой ситуации и острая необходимость пополнения бюджета побудила Конституционный Суд к поиску хоть какого-либо приемлемого решения этой проблемы. Под предлогом проверки пункта 3 статьи 11 Закона РФ от 27 декабря 1991 года «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» этот вопрос попал на рассмотрение КС РФ, которому предстояло дать толкование понятию «уплата налога» и разъяснить, с какого момента налог считается уплаченным. Так вот в мотивировочной части было указано следующее: «Повторное взыскание с добросовестного налогоплательщика не поступивших в бюджет налогов нарушает конституционные гарантии частной собственности. Взыскиваемые денежные суммы в таком случае не являются недоимкой, поскольку конституционная обязанность по уплате налогов считается исполненной в тот момент, когда изъятие части имущества добросовестного налогоплательщика в рамках публично-правовых отношений фактически произошло». Очевидно, что такое решение следует признать ситуационным: оно было вызвано политико-экономическими причинами, повсеместной неуплатой налоговых платежей. В пользу этой позиции свидетельствует и тот факт, что из норм пункта 1 статьи 845, статьи 856, пункта 1 статьи 863 и пункта 1 статьи 865 ГК РФ следует, что моментом исполнения денежного обязательства, погашаемого посредством производства безналичных расчетов, является момент исполнения банком плательщика поручения последнего, то есть списание денежных средств не только со счета самого плательщика, но и с корреспондентского счета банка. Такое положение вполне логично, потому что каждое лицо, производящее безналичные расчеты, должно перед своим контрагентом нести риск, связанный с собственным выбором обслуживающего банка. Нет оснований возлагать на контрагента такой риск и все неблагоприятные последствия, вызванные неосмотрительностью в выборе банка. Эта логика в полной мере применима и к

исполнению налоговой обязанности, ибо, несмотря на то, что отношения по уплате налога являются публичными, механизм уплаты принципиально не отличается от механизма погашения любого другого денежного обязательства и вмешательство государства в отношении налогоплательщика и банка (частноправовые по своей природе) может быть оправдано только тем политико-экономическим кризисом, в условия которого было принято это Постановление. Итак, Конституционный Суд выбрал прямо противоположный путь и вывел налоговые платежи из-под общего регулирования. Вместо того чтобы предоставить налогоплательщикам возможность урегулировать отношения с обслуживавшими банками, он переложил это на плечи налоговых органов.

Стоит отметить, что, если в резолютивной части Постановления говорится о «плательщике»/«налогоплательщике», то в мотивировочной части речь идет только о «добросовестном налогоплательщике». Несмотря на это налоговые органы с энтузиазмом ухватились за эту фразу мотивировочной части Постановления, рассмотрев в ней институт недобросовестного налогоплательщика. В течение последующих нескольких лет арбитражным судам довелось разрешить тысячи дел по требованиям налоговых органов к недобросовестным, по их мнению, налогоплательщикам.

Без сомнения, говоря о добросовестных налогоплательщиках, Конституционный Суд имел в виду тех из них, которые пытались уплатить налоги через неплатежеспособные банки, не зная об их неисправности, в связи с чем Конституционный Суд делает вывод о том, что наказывать таких налогоплательщиков за это вредоносное противоправное деяние нельзя. Однако этот тезис принципиально неверен в части противоправности, потому что у государства в лице налоговых органов нет специфического субъективного права на получение определенной суммы налогов. Есть норма закона, устанавливающая обязанность платить законно установленные налоги. Наконец, есть Постановление Конституционного Суда от 12 октября 1998 года № 24-П, разъясняющее момент, с которого налог считается уплаченным, а также действия налогоплательщика, которые привели к наступлению этого момента, когда налог считается уплаченным этим налогоплательщиком. Таким образом, если налог уплачен, то норма закона не нарушена. Возможно ли в таком случае ставить вопрос о добросовестности? Действительно, в такой ситуации нельзя наказывать налогоплательщика, но нельзя это делать потому, что состава. Таким образом, Конституционный Суд заложил в свое Постановление логическое противоречие.

Вероятно, эта фраза Конституционного Суда о добросовестном налогоплательщике могла бы остаться незамеченной, если бы правоприменители не домыслили существование, помимо добросовестных налогоплательщиков, категории недобросовестных налогоплательщиков. Из контекста ясно, что недобросовестными являются налогоплательщики, которые знали о неплатежеспособности обслуживающего банка, но, несмотря на это и даже целенаправленно дали платежное поручение именно такому банку. Понятно, что незнание налогоплательщика о факте неплатежеспособности обслуживающего банка не может быть предметом доказывания с его стороны, оно является предметом презумпции, и, следовательно, налоговым органам необходимо эту презумпцию опровергнуть. Тем самым налоговые органы получили возможность наказания налогоплательщиков за деяния, не нарушающие норм объективного права и, следовательно, не являющиеся правонарушениями. Так в право публичное пришла совершенно чуждая доктрина, а недобросовестное поведение фактически стало трактоваться налоговыми органами как самостоятельное налоговое правонарушение.

В результате судебная практика конца 90-х - начала 00-х показала, что налоговые органы пытаются повсеместно применять доктрину недобросовестности налогоплательщика, универсализировать ее применение. В связи с этим

Определением от 25 июля 2001 года № 138-О Конституционный Суд разъяснил свое Постановление от 12 октября 1998 года № 24-П, указав, что «по смыслу положения, содержащегося в пункте 7 статьи 3 Налогового кодекса Российской Федерации, в сфере налоговых отношений действует презумпция добросовестности налогоплательщиков. Исходя из этой презумпции в пункте 3 мотивировочной части Постановления специально подчеркивается, что конституционные гарантии частной собственности нарушаются повторным списанием налогов в бюджет с расчетного счета только добросовестного налогоплательщика. Следовательно, на недобросовестных налогоплательщиков не распространяются те выводы, которые содержатся в его мотивировочной и резолютивной части, и принудительное взыскание в установленном законом порядке с недобросовестных налогоплательщиков не поступивших в бюджет налогов не нарушает конституционные гарантии права частной собственности». Мало того, что Конституционный Суд сформулировал правило, сфера применения которого намного шире, чем правило, подлежащее разъяснению, он укоренил понятие недобросовестного налогоплательщика, породившее смуту в судебной практике. Фактически Конституционный Суд свел на нет положения части 1 статьи 19 Конституции РФ, ведь апеллировать к этим положениям может только добросовестный налогоплательщик, только на него распространяется гарантия права частной собственности. Одно и то же деяние, совершенное разными лицами, Конституционный Суд предложил квалифицировать дифференцированно: в одном случае - как соблюдение закона, а в другом - как нарушение.

Тем не менее, неуплата налога есть нарушение нормы объективного права, за которое должна наступать ответственность, причем с учетом действий презумпции невиновности. Прибегать к подобному необоснованному различию в статусах налогоплательщиков, фактически поощряя неравенство в сфере публичного, конституционного права есть путь к налоговому произволу.

Но Конституционный Суд зашел в процессе формирования своей правовой позиции еще дальше: 16 октября 2003 года появляется Определение № 329-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Экспорт-Сервис» на нарушение конституционных прав и свобод положениями абзаца первого пункта 4 статьи 176 Налогового кодекса Российской Федерации». В нем Конституционный Суд делает следующий вывод: «Разрешение же вопроса о добросовестности либо недобросовестности заявителя при исполнении им налоговых обязанностей и реализации права на возмещение сумм налоговых вычетов, как связанное с установлением и исследованием фактических обстоятельств конкретного дела, относится к компетенции арбитражных судов и Конституционному Суду Российской Федерации неподведомственно». Таким образом, это Определение приблизило к апогею идею о добросовестных и недобросовестных налогоплательщиках. Если в ранее рассмотренных актах речь шла об одной категории дел, связанной со случаями уклонения от уплаты налогов посредством «проблемных» банков, то в этом Определении Конституционный Суд пошел дальше и в ряду категорий дел, в которых недобросовестные налогоплательщики ставятся в неравное с другими лицами положение перед законом, - дела, связанные с правом возмещения сумм налоговых вычетов. То есть не осталось никаких сомнений, что недобросовестным может быть признан любой налогоплательщик, заплативший в бюджет меньше ожидаемого либо потребовавший из бюджета больше расчетного.

В дальнейшем Конституционный Суд был непоследователен в выражении своих правовых позиций. Так, в Определении от 18 января 2005 года «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Нефтяная компания «ЮКОС» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 7 статьи 3 и статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации» он пошел на попятную, указав, что «универсализация выводов, содержащихся в Определении

Конституционного Суда Российской Федерации от 25 июля 2001 года № 138-О, недопустима...правоприменительные органы не могут истолковывать понятие «добросовестные налогоплательщики» как возлагающее на налогоплательщиков дополнительные обязанности, не предусмотренные законодательством. Таким образом, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 июня 2001 года № 138-О не может служить основанием для лишения заявителя гарантий, установленных статьей 113 Налогового кодекса Российской Федерации». Речь шла о деле, в котором Арбитражный суд г. Москва отказал в применении норм НК РФ о давности привлечения к ответственности за налоговые правонарушения со ссылкой на недобросовестность налогоплательщика.

Однако уже в Постановлении №8-П от 14 июля 2005 года Конституционный Суд вернулся к избранному ранее дифференцированному подходу и отметил, что принципы справедливости, юридического равенства и пропорциональности применительно к действию нормы о сроках давности по кругу лиц предполагают необходимость дифференцированного подхода к налогоплательщикам, которые, противодействуя налоговому контролю и налоговой проверке, использовали бы положение о сроках давности вопреки его назначению, в ущерб правам другим налогоплательщикам и правомерным публичным интересам. Вопрос о конституционности такой позиции остается открытым.

Конституционный Суд считает, что налогоплательщик, не представивший необходимые документы в срок и противодействовавший проведению налоговой проверки, что привело к пропуску сроков давности и, следовательно, сделало невозможным применение к нему налоговых санкций, получил бы неправомерное преимущество перед тем налогоплательщиком, который совершил такие же деяния, однако не препятствовал проведению налоговой проверки и был с соблюдением срока давности привлечен к налоговой ответственности. Однако для чего же еще нужен срок исковой давности как для установления объективной временной границы возможности привлечения налогоплательщика к ответственности? Если налоговые органы не справились за отведенное время с возложенными на них обязанностями, несмотря на широкий круг предоставленных им полномочий, именно они и должны нести риск негативных последствий своих действий (или бездействия). Такая же позиция Конституционного Суда противоречит нормам статьи 49 и части 1 статьи 51 Конституции РФ, а также соотношению логических объемов понятий «незаконность», «виновность», «добросовестность», ведь очевидно, что, если статья 113 НК РФ освобождает от ответственности лиц, виновных в совершении незаконных деяний, то тем более она должна освободить от ответственности лиц всего лишь недобросовестных. При этом возможность злоупотребления правом «не быть привлеченным к ответственности» и неправомерные действия (правонарушения) суть несравнимые понятия, потому что злоупотребление правом предполагает недобросовестные действия в границах своего права, а правонарушение - за его пределами. Безусловно, такие понятия, как недобросовестность и злоупотребления, являются оценочными и не могут служить основанием умаления тех гарантий, которые установлены законом (перед которым все равны) в норме об исковой давности.

Из приведенного анализа логично следует, что следствием появления доктрины добросовестности налогоплательщика стало расширение свободы усмотрения налоговых органов, которым они охотно воспользовались, а также судебной дискреции в налоговых спорах, потому что хоть сколь-нибудь четких критериев категории добросовестности не выработано.

Размытые критерии категории добросовестности, однако, стимулировали судебную практику к попыткам объективировать эту категорию с целью уяснения смысла, который в нее вкладывается. Так появилось Постановление Пленума ВАС РФ

от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой льготы», которое не просто трансформировало категорию добросовестности налогоплательщика, но, по сути, ввело в налоговое право самостоятельный блок материально-правовых норм, привязав добросовестность к таким понятиям, как налоговая выгода и деловая цель. Толкование добросовестности как налоговых злоупотреблений в виде использования налогоплательщиками формально правомерных действий с основной целью неуплаты или уплаты налогов в меньшей сумме¹ весьма прочно вошло в обиход российского права. В отличие от презумпции невиновности, имеющей процессуальный характер и связанной с распределением бремени доказывания, а именно с обязанностью налоговых органов доказать наличие в действиях налогоплательщика состава налогового правонарушения, а также вину, презумпция добросовестности под призмой судебной и административной практики получила материально-правовые свойства, что позволяет судам по существу разрешать налоговый спор фактически лишь с опорой на эту презумпцию. В анализируемом Постановлении Пленума ВАС содержатся материально-правовые положения, выведенные арбитражным судом с опорой на пресловутую презумпцию добросовестности налогоплательщика. О ее материально-правовом содержании свидетельствует, в частности, указание в пункте 11 Постановления на то, что признание судом налоговой выгоды необоснованной влечет отказ в удовлетворении требований налогоплательщиков, связанных с ее получением. Фактически в данном пункте ВАС санкционировал разрешение налоговых споров на основании презумпции добросовестности налогоплательщика, что активно используется судами. Так, в Определении Верховного Суда РФ от 23.01.2015 № 304-КГ14-7139 по делу № А75-2075/2013 Верховный Суд указал на отсутствие оснований для передачи жалобы для рассмотрения Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда РФ в порядке кассационного производства, поддержав суды, которые отказали в удовлетворении требований, руководствуясь положениями статьи 346.26 Налогового кодекса Российской Федерации и пункта 11 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.10.2006 № 53.

Таким образом, получается, что в настоящее время целый блок материально-правовых норм, на основе которых разрешаются сотни тысяч налоговых споров и которыми фактически ограничивается конституционно гарантированное право собственности, содержатся не в законе (!), а в Постановлении Пленума упраздненного Высшего Арбитражного Суда. Такое положение не поддается никаким комментариям и, уж тем более, правовой оценке. Положения Постановления Пленума должны быть обличены в форму федерального закона, в противном случае применение судами этих положений является сомнительным с конституционной точки зрения. Стоит сказать, что в случае объективирования данных положений в законе отпадет необходимость в обращении к презумпции добросовестности. В таком случае в опровержение презумпции невиновности налоговые органы должны будут доказать нарушение налогоплательщиком объективной нормы – нормы федерального закона.

В заключение, нельзя не согласиться с К. А. Сасовым², который приходит к выводу, что презумпция добросовестности не может признаваться законной презумпцией, так как, во-первых, не закреплена в нормах права, что создает угрозу ее произвольного применения на практике; во-вторых, данное понятие нельзя отнести к фактической презумпции, поскольку одни и те же обычно совершаемые налогоплательщиками действия оцениваются разными субъектами по-разному.

¹ «Основные направления налоговой политики Российской Федерации на 2016 год и плановый период 2017 и 2018 годов» // <http://www.mi.nfi.ru>.

² Сасов К. А. Сравнительный анализ презумпций невиновности и добросовестности налогоплательщика / К. А. Сасов // Налоговед, 2005. № 12. С. 19.

Аргументы ученого очень весомы. Можно ли считать презумпцией столь оценочную по содержанию категорию? Только презумпции невиновности есть место в налоговом праве. Презумпция невиновности в сфере налоговых правоотношений была выведена Конституционным Судом непосредственно из текста Конституции РФ (статья 49), непосредственно закреплена в законе и является гарантией прав всех налогоплательщиков. Поскольку уголовный процесс, в котором презумпция невиновности служит основополагающим принципом, близок к процессу административного производства, разновидностью которого является процедура привлечения к налоговой ответственности, такое перенесение представляется вполне оправданным и корректным.

Не могут права (в частности, право собственности) налогоплательщика быть ограничены иначе, как федеральным законом. Нельзя в рамках властно-подчиненных отношений, в сфере публичного права отвечать за действия, которыми не была нарушена норма объективного права. Такая практика неизбежно ведет к произволу и к неконтролируемому вмешательству публичной власти в дела частного субъекта. По мнению автора, такая тенденция отхода от закона в сфере налоговых правоотношений, вольно или невольно спровоцированная Конституционным Судом, негативно отражается на деятельности хозяйствующих субъектов, вынужденных всегда находиться в состоянии готовности к защите от признания их недобросовестными и тех негативных имущественных последствий, которые влечет такое признание. Отсутствие же до настоящего момента нормативного закрепления презумпции добросовестности налогоплательщика еще раз доказывает ее чуждость налоговому праву, несовместимость их природы.

Литература

1. *Тютин Д. В.* Налоговое право: курс лекций // СПС КонсультантПлюс. 2015.
2. *Щекин Д. М.* Юридические презумпции в налоговом праве. М.: МЗ Пресс, 2002. 252 с.
3. *Сасов К. А.* Сравнительный анализ презумпций невиновности и добросовестности налогоплательщика / К. А. Сасов // *Налоговед*, 2005. № 12. С. 10-15.
4. *Козлова Е. О.* Бремя доказывания по налоговым спорам и его значение для адвоката / Е. О. Козлова // *Адвокат*, 2014. № 9. С. 24-28.
5. *Ульянов А. В.* Добросовестность в гражданском праве // *Журнал российского права*, 2014. № 6. С. 133 - 140.

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС; АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

Реализация прав сторон и их представителей при осуществлении доказывания в арбитражном судопроизводстве

Киреев Д. В.

Киреев Денис Владимирович / Kireev Denis Vladimirovich - кандидат юридических наук, доцент, кафедра гражданско-правовых дисциплин, юридический факультет, Крымский юридический институт (филиал), Федеральное государственное казенное образовательное учреждение высшего образования Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации, г. Симферополь

Аннотация: актуальность выбранной темы обусловлена, прежде всего, тем, что арбитражное процессуальное законодательство недостаточно четко закрепляет на различных стадиях вопросы реализации прав сторон и их представителей при осуществлении доказывания в арбитражном судопроизводстве, что, безусловно, связано с наличием уже длительное время дискуссий по этому вопросу в научной среде и при осуществлении правоприменения. На практике приобретает все большее значение анализ вопросов, связанных с отменой вышестоящими инстанциями, в том числе Верховным судом Российской Федерации, судебных актов, принятых нижестоящими инстанциями арбитражных судов, в связи с нарушением при осуществлении ими судопроизводства процессуальных прав сторон.

Abstract: the relevance of the chosen theme is caused primarily by the fact that the arbitration procedure law are not clearly establishes in various stages of implementation issues of the rights of the parties and their representatives in the implementation of evidence in the arbitration proceedings, which is certainly due to the presence for a long time discussions on the subject in the scientific community and in the exercise of law enforcement. In practice, it is becoming increasingly important analysis of issues related to the cancellation of higher authorities, including the Supreme Court of the Russian Federation judicial decisions by the lower courts of arbitration courts in connection with the violation in the performance of judicial due process rights of the parties.

Ключевые слова: стороны, арбитражный суд, арбитражное судопроизводство, правовой статус, доказательства, защита прав.

Keywords: the parties, the arbitral tribunal, arbitration proceedings, legal status, proof, protection of the rights.

В соответствии со статьей 19 Конституции Российской Федерации все равны перед законом и судом. В Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации закреплено, что сторонами в арбитражном процессе являются истец и ответчик. Истцами являются организации и граждане, предъявившие иск в защиту своих прав и законных интересов. Ответчиками являются организации и граждане, к которым предъявлен иск. Стороны пользуются равными процессуальными правами [5]. Согласно положениям процессуальной нормы, закрепленной в статье 59 АПК РФ, граждане вправе вести свои дела в арбитражном суде лично или через представителей. Дела организаций ведут в арбитражном суде их органы, действующие в соответствии с федеральным законом, иным нормативным правовым актом или учредительными документами организаций.

Осуществление правосудия в арбитражных судах на началах равенства всех перед законом и судом также закреплено в статье 7 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Арбитражный суд обеспечивает равную судебную защиту

прав и законных интересов всех лиц, участвующих в деле [4]. Согласно положениям, закрепленным в статье 8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации судопроизводство в арбитражном суде осуществляется на основе равноправия сторон.

Рассмотрим некоторые вопросы, касающиеся качества правосудия по арбитражным делам с позиции практики применения процессуального законодательства и обеспечения судами условий для реализации сторонами процессуальных прав на различных стадиях арбитражного судопроизводства при соблюдении отраслевых принципов.

Необходимо отметить, что в Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013-2020 годы», «обеспечение доступа граждан к правосудию и обеспечение его максимальной открытости и прозрачности, реализация принципа независимости и объективности при вынесении судебных решений являются основными направлениями дальнейшего развития судебной системы» [1].

Так, в статье 8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации предусмотрено, что стороны пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, представление арбитражному суду своих доводов и объяснений, осуществление иных процессуальных прав и обязанностей, предусмотренных Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации. Судопроизводство в арбитражном суде осуществляется на основе состязательности (статья 9 АПК РФ). Лица, участвующие в деле, вправе знать об аргументах друг друга до начала судебного разбирательства. Каждому лицу, участвующему в деле, гарантируется право представлять доказательства арбитражному суду и другой стороне по делу, обеспечивается право заявлять ходатайства, высказывать свои доводы и соображения, давать объяснения по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, связанным с представлением доказательств. Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или не совершения ими процессуальных действий. Арбитражный суд не вправе своими действиями ставить какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права одной из сторон.

То есть, арбитражное процессуальное законодательство России содержит достаточно четкий перечень прав лиц, участвующих в деле, в том числе и сторон в процессе и, соответственно, относительно всех процессуальных прав арбитражный суд должен создавать все условия для обязательного их соблюдения. Практика рассмотрения арбитражными судами экономических споров свидетельствует о том, что обеспечение судами вышеперечисленных процессуальных прав сторон по делу не всегда является надлежащим. Учитывая применение принципа состязательности в арбитражном судопроизводстве необходимо вспомнить, что некоторое время после принятия АПК РФ 2002 года потребовалось для адаптации как суда, так и участников процессов к новой модели доказывания, в которой стороны должны быть активны в собирании, представлении и исследовании доказательств. Суд не может подменить стороны в этом процессе. Особенно это касалось введенного законом запрета ссылаться на нераскрытые доказательства (часть 5 статьи 65 АПК РФ), представлять новые доказательства в апелляционной инстанции (часть 2 статьи 268 АПК РФ) и проч. [2].

Таким образом, прослеживается определенная проблематика, связанная с реализацией процессуальных прав сторон при осуществлении доказывания в арбитражном процессе на стадии принятия иска к производству арбитражным судом, стадий подготовки дела к судебному разбирательству и апелляционного производства. Не всегда стороны в арбитражном процессе либо их представители имеют реальную возможность раскрыть доказательства до определенного процессуальным законом момента либо их представить в установленный законом срок, что непосредственно связано с дальнейшей фактической в рамках

процессуальной формы возможностью раскрытия и представления таких доказательств. Необходимо заметить, что после представления доказательств сторонами или их представителями и принятия их судом с приобщением к материалам дела, оценка доказательств и отражение ее результатов в судебном решении являются проявлением дискреционных полномочий суда, необходимых для осуществления правосудия, вытекающих из принципа самостоятельности судебной власти, что, однако, не предполагает возможность оценки судом доказательств произвольно и в противоречии с законом [7].

На практике арбитражные суды различных инстанций допускают судебные ошибки, связанные с неодинаковым применением процессуальных норм, закрепляющих процессуальные права сторон в арбитражном процессе, в том числе права на подачу заявлений и ходатайств, что непосредственно негативно влияет на возможность реализации таких прав сторонами процесса.

Так, судебная коллегия Верховного Суда Российской Федерации в своем определении № 306-ЭС15-1364 указала и не согласилась с выводами судов нижестоящих инстанций о том, что несоблюдение претензионного порядка урегулирования спора является безусловным основанием для оставления иска без рассмотрения. Частью 5 ст. 159 АПК РФ предусмотрено, что Арбитражный суд вправе отказать в удовлетворении заявления или ходатайства в случае, если они не были своевременно поданы лицом, участвующим в деле, вследствие злоупотребления своим процессуальным правом и явно направлены на срыв судебного заседания, затягивание судебного процесса, воспрепятствование рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта, за исключением случая, если заявитель не имел возможности подать такое заявление или такое ходатайство ранее по объективным причинам. Верховный суд в своем определении правильно указал, что по смыслу п. 8 ч. 2 ст. 125, ч. 7 ст. 126, п. 2 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, претензионный порядок урегулирования спора в судебной практике рассматривается в качестве способа, позволяющего добровольно без дополнительных расходов на уплату госпошлины со значительным сокращением времени восстановить нарушенные права и законные интересы. Такой порядок урегулирования спора направлен на его оперативное разрешение и служит дополнительной гарантией защиты прав. Из поведения ответчика не усматривалось намерения добровольно и оперативно урегулировать возникший спор во внесудебном порядке, поэтому оставление иска без рассмотрения привело к необоснованному затягиванию разрешения возникшего спора и ущемлению прав одной из его сторон [7].

Следует отметить, что некоторые суды не учитывают возражения ответчика по делу как стороны арбитражного спора и своими судебными актами восстанавливают сроки в нарушение предписаний процессуального закона, что также негативно влияет на эффективную реализацию прав в процессе ответчика. Так, приведем пример: Комитет по управлению имуществом муниципального образования (далее - комитет) обратился в арбитражный суд с иском к кооперативу о взыскании задолженности по арендной плате. Решением суда первой инстанции от 27 сентября 2013 г. исковые требования удовлетворены. Кооператив 6 мая 2014 г. подал апелляционную жалобу с ходатайством о восстановлении пропущенного срока на обжалование. Суд апелляционной инстанции определением от 13 мая 2015 г. удовлетворил ходатайство кооператива о восстановлении пропущенного срока, поскольку признал причины пропуска срока уважительными. В отзыве на апелляционную жалобу комитет указал на то, что производство по делу подлежит прекращению, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 259 АПК РФ срок на обжалование не может быть восстановлен по истечении шести месяцев с момента принятия решения. Постановлением суда апелляционной инстанции от 17 июля 2014 г. решение суда первой инстанции отменено, в удовлетворении исковых требований отказано. Арбитражный суд округа постановлением от 10 ноября 2014 г. постановление суда апелляционной инстанции

оставил без изменения. Судебная коллегия Верховного Суда Российской Федерации отменила постановления суда апелляционной инстанции и арбитражного суда округа и прекратила производство по апелляционной жалобе кооператива в связи с тем, что положения ч. 2 ст. 259 АПК РФ не предусматривают возможности восстановления пропущенного срока на обжалование, если ходатайство подано за пределами шестимесячного пресекательного срока, даже при наличии уважительных причин. Так, судом апелляционной инстанции нарушена указанная императивная норма, поскольку срок был восстановлен спустя 7 месяцев с момента принятия решения судом первой инстанции.

Системное толкование ст. 117, ч. 2 ст. 259, ч. 2 ст. 276 и ч. 2 ст. 291.2 АПК РФ предполагает, что компетентный суд должен оценить обоснованность доводов лица, заявившего ходатайство о восстановлении срока на обжалование как при разрешении ходатайства, так и после восстановления срока при последующем рассмотрении дела в соответствующей инстанции. Если впоследствии будет установлено отсутствие оснований для восстановления срока, производство по жалобе подлежит прекращению.

Следовательно, суд апелляционной инстанции, с учетом доводов комитета в отзыве на апелляционную жалобу должен был вернуться к вопросу о восстановлении пропущенного срока и в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ прекратить производство по апелляционной жалобе.

Одним из решений вышеуказанных судебных ошибок, безусловно, является постоянный анализ судебной практики и доведение такой практики до сведения арбитражных судов и иных участников экономических правоотношений.

Следует сделать акцент на том, что реализация прав сторон и их представителей при осуществлении доказывания в арбитражном судопроизводстве непосредственно связана с процессуальными действиями суда при четком соблюдении ими арбитражной процессуальной формы с соблюдением принципов и выполнением задач арбитражного судопроизводства.

Также, важным является то, что Арбитражным судам следует иметь в виду, что с учетом положений части 2 статьи 138 и части 1 статьи 139 АПК РФ стороны могут использовать любые примирительные процедуры, в том числе процедуру медиации, на любой стадии арбитражного процесса и при исполнении судебного акта, при этом предполагаются добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий при содействии арбитражного суда с целью соблюдения процессуальных прав сторон [8].

Литература

1. *Бардин Л. Н.* Некоторые проблемы обеспечения процессуальных прав участников судопроизводства по гражданским делам. Осуществление гражданского судопроизводства судами общей юрисдикции и арбитражными (хозяйственными) судами в России и других странах СНГ. Материалы международной научно-практической конференции. Москва, 22-23 ноября 2012 г. / под ред. д.ю.н., проф. Т. Е. Абовой. Москва: Проспект, 2014. 512 с.
2. *Решетникова И. В.* Состязательность в Российском арбитражном процессе 10 лет спустя. Осуществление гражданского судопроизводства судами общей юрисдикции и арбитражными (хозяйственными) судами в России и других странах СНГ. Материалы международной научно-практической конференции. Москва, 22-23 ноября 2012 г. / под ред. д.ю.н., проф. Т. Е. Абовой. Москва: Проспект, 2014. 512 с.
3. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014

№ 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

4. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 01.05.2016) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.06.2016), изменения, внесенные федеральными законами от 02.03.2016 № 45-ФЗ и № 47-ФЗ (опубликованы на Официальном интернет-портале правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> - 02.03.2016.
5. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124 (1).
6. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 25.11.2015, «Бюллетень Верховного Суда РФ». № 3. Март, 2016 (начало). «Бюллетень Верховного Суда РФ». № 4. Апрель, 2016 (окончание).
7. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2015), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.12.2015. «Солидарность». № 3. 20 - 27.01.2016.
8. Постановление Пленума ВАС РФ от 18.07.2014 N 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе, «Солидарность». № 28. 06-13.08.2014. «Вестник экономического правосудия РФ». № 9. Сентябрь, 2014.



НАУЧНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
ИЗДАТЕЛЬСТВО «ПРОБЛЕМЫ НАУКИ»
[HTTP://WWW.SCIENCEPROBLEMS.RU](http://www.scienceproblems.ru)
EMAIL: [ADMBESTSITE@NAROD.RU](mailto:admbestsite@narod.ru)

 **РОСКОМНАДЗОР**

СВИДЕТЕЛЬСТВО ПИ № ФС 77 - 62020

 НАУЧНАЯ ЭЛЕКТРОННАЯ
БИБЛИОТЕКА
LIBRARY.RU