

Подписной индекс 80309

ISSN 2542-047X

**ЮРИДИЧЕСКИЙ  
ВЕСТНИК  
САМАРСКОГО УНИВЕРСИТЕТА**

**Том 4 • № 1 • 2018 ГОД**

УЧРЕДИТЕЛЬ ЖУРНАЛА  
федеральное государственное автономное образовательное учреждение  
высшего образования  
«Самарский национальный исследовательский университет имени академика  
С.П. Королева» (Самарский университет)

eLIBRARY.RU РИНЦ ЛАНЬ

*Журнал включен ВАК РФ в Перечень ведущих рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук, с 30.11.2017*

**Журнал издается с 2015 г. Выходит 4 раза в год**

**Главный редактор**

**А. Г. Безверхов**, д-р юрид. наук, проф.

**Заместитель главного редактора**

**Е. В. Марьина**, канд. юрид. наук

**Ответственный секретарь**

**В. Э. Волков**, канд. юрид. наук

**Адрес редакции:**

443011, Российская Федерация, г. Самара,

ул. Акад. Павлова, 1.

Тел.: +7(846) 3379963, 3379936

E-mail: Jjournal@inbox.ru

www: <http://http://journals.ssau.ru/jjsu>

**Центр периодических изданий Самарского университета**

443086, Российская Федерация, г. Самара,

Московское шоссе, 34, корп. 22а, 312 б.

**Литературное редактирование, корректура**

*Т. А. Мурзинова*

**Компьютерная верстка, макет**

*Т. А. Мурзинова*

**Информация на английском языке**

*М. С. Стрельников*

Свидетельство о регистрации средства массовой информации ПИ № ФС 77-680026 от 13 декабря 2016 г., выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).

**Подписной индекс в каталоге**

АО Агентство «Роспечать» 80309

ISSN 2542-047X

**Прежнее название – «Юридический вестник Самарского государственного университета»**

Свидетельство о регистрации средства массовой информации ПИ № ФС 77-62511 от 27 июля 2016 г., выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).

ISSN 2410-8707

*Цена свободная*

*Авторские статьи не обязательно отражают мнение издателя.*

Подписано в печать 23.04.2018.

Формат 60x84/8.

Бумага офсетная. Печать оперативная.

Печ. л. 17,5.

Тираж 200 экз. (первый завод – 50 экз.). Заказ №

**Отпечатано в типографии Самарского университета**

443086, Российская Федерация, г. Самара,

Московское шоссе, 34.

www: <http://www.ssau.ru/info/struct/otd/common/edit>

С 2015 г. полнотекстовая версия журнала размещается на сайте **Научной электронной библиотеки eLIBRARY.RU**.

С 2015 г. журнал входит в Российский индекс научного цитирования (**РИНЦ**).

**Редакционная коллегия:**

**Д. Б. Абушенко**, д-р юрид. наук, доц. (РФ, Екатеринбург, Уральский государственный юридический университет)

**С. Ф. Афанасьев**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Саратов, Саратовская государственная юридическая академия)

**Л. В. Головкин**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Москва, Московский государственный университет имени

М. В. Ломоносова)

**Е. Ю. Грачева**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Москва, Московский государственный университет имени

О. Ю. Кутафина (МГЮА))

**Мояня Гунева**, д-р права, проф. (Болгария, Бургасский свободный университет)

**В. В. Долинская**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Москва, Московский государственный университет имени

О. Ю. Кутафина (МГЮА))

**Г. А. Зорин**, д-р юрид. наук, проф., чл.-корр. Академии образования Республики Беларусь (Республика Беларусь, Гродненский государственный университет)

**Т. В. Кленова**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Самара, Самарский университет)

**Борис Кривокапич**, д-р права, ординарный профессор (Сербия, Белград, Университет «Унион – Никола Тесла»)

**В. А. Лазарева**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Самара, Самарский университет)

**В. В. Полянский**, канд. юрид. наук, проф. (РФ, Самара, Самарский университет)

**С. Б. Россинский**, д-р юрид. наук, доц. (РФ, Москва, Московский государственный университет имени

О. Ю. Кутафина (МГЮА))

**В. Д. Рузанова**, канд. юрид. наук, доц. (РФ, Самара, Самарский университет)

**О. Ю. Рыбаков**, д-р юрид. наук, д-р филос. наук, проф. (РФ, Москва, Московский государственный университет имени

О. Ю. Кутафина (МГЮА))

**Е. А. Трещева**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Самара, Самарский университет)

**Р. Л. Хачатуров**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Тольятти, Тольяттинский государственный университет)

**Б. В. Яценко**, д-р юрид. наук, проф. (РФ, Москва, ФГБОУ ВО «Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России)»)

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1

© Самарский университет, 2018

Subscription Index 80309

ISSN 2542-047X

***JURIDICAL  
JOURNAL  
OF SAMARA UNIVERSITY***

**Vol. 4 • № 1 • 2018**

MAGAZINE FOUNDER

Federal State Autonomous Educational Institution of Higher Education  
«Samara National Research University» (Samara University)

LIBRARY.RU

RINTS

LAN

*The Journal is included by the HAC in the List of leading scientific editions, where basic scientific results of theses for the degree of Candidate of Sciences, for the degree of Doctor of Sciences should be published, from c 30.11.2017*

**Journal is published since 2015. It is published 4 times a year**

**Chief editor**

**A. G. Bezverkhov**, Dr. of Law, professor

**Deputy chief editors**

**E. V. Marina**, Candidate of Legal Sciences

**Executive editor**

**V. E. Volkov**, Candidate of Legal Sciences

**Address of editorial staff:**

1, Acad. Pavlov Str., Samara, 443011, Russian Federation.

**Tel.:** +7(846) 337-99-63, 337-99-36

**E-mail:** Jjournal@inbox.ru

**www:** <http://http://journals.ssau.ru/jjsu>

**Centre of Periodical Publications of Samara University**

312 b, building 22 a, 34, Moskovskoye shosse,  
Samara, 443086, Russian Federation.

**Literatory editing, proofreading** *T. A. Murzinova*

**Computer makeup, dummy** *T. A. Murzinova*

**Information in English** *M. S. Strelnikov*

**Certificate of registration of mass media III № ФС**

**77-680026 dated 13 December 2016**, issued by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor).

**Subscription Index in the Agency «Rospechat»**

**Catalogue 80309**

**ISSN 2542-047X**

**Previous title – «Juridical Journal of Samara State University»**

**Certificate of registration of mass media III № ФС 77-62511 dated 27 July 2015**, issued by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor)

**ISSN 2410-8707**

*Free price*

*Authors articles do not necessarily reflect the views of the publisher*

Passed for printing 23.04.2018.

Format 60x84/8.

Litho paper. Instant print.

Print. sheets 17,5.

Circulation 200 copies (first printing – 50 copies).

Order №

**Printed on the printing house of Samara University**

34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation

**www:** <http://www.ssau.ru/info/struct/otd/common/edit>

Since 2015 the full-text version of the journal is placed on the site of **Scientific Electronic Library eLIBRARY.RU**.

Since 2015 the Journal is included in the **Russian Science Citation Index**.

**Editorial Board:**

**D. B. Abushenko**, Dr. of Law, associate professor (RF, Ekaterinburg, Ural State Law University)

**S. F. Afanasiev**, Dr. of Law, professor (RF, Saratov, Saratov State Law Academy)

**L. V. Golovko**, Dr. of Law, professor (RF, Moscow, Lomonosov Moscow State University)

**E. Yu. Gracheva**, Dr. of Law, professor (RF, Moscow, Kutafin Moscow State Law University)

**Momyana Guneva**, Dr. of Law, professor (Bulgaria, Burgas Free University)

**V. V. Dolinskaya**, Dr. of Law, professor (RF, Moscow, Kutafin Moscow State Law University)

**G. A. Zorin**, Dr. of Law, professor, Corresponding member of the Academy of Education of the Republic of Belarus (Republic of Belarus, Yanka Kupala State University of Grodno)

**T. V. Klenova**, Dr. of Law, professor (RF, Samara, Samara National Research University)

**Boris Krivokapich**, Dr. of Law, professor (Serbia, Beograd, University «Union – Nikola Tesla»)

**V. A. Lazareva**, Dr. of Law, professor (RF, Samara, Samara National Research University)

**V. V. Polyanskiy**, Candidate of Legal Sciences, professor (RF, Samara, Samara National Research University)

**S. B. Rossinskiy**, Dr. of Law, associate professor (RF, Moscow, Kutafin Moscow State Law University)

**V. D. Ruzanova**, Candidate of Legal Sciences, associate professor (RF, Samara, Samara National Research University)

**O. Yu. Rybakov**, Dr. of Law, Dr. of Philosophical Sciences, professor (RF, Moscow, Kutafin Moscow State Law University)

**E. A. Treshcheva**, Dr. of Law, professor (RF, Samara, Samara National Research University)

**R. L. Khachaturov**, Dr. of Law, professor (RF, Togliatti, Togliatti State University)

**B. V. Yatselenko**, Dr. of Law, professor (RF, Moscow, All-Russian State University of Justice)

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1

© Samara University, 2018

## СОДЕРЖАНИЕ

### ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

<b>Mitrović Dragan M.</b> Why procedural justice does not exist	7
<b>Поцелуев Е. Л., Горбунов А. Е.</b> О дефиниции «юридическая ответственность»	16
<b>Спирин М. Ю.</b> Соотношение истока права, источника права и формы права с позиции волевой концепции правообразования	23

### КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

<b>Осетров С. А.</b> Функции президентской власти в Российской Федерации	29
--	----

### МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<b>Dimitrijević Duško</b> Territorial disputes in the East China Sea	38
<b>Jerotijević Dušan, Jerotijević Zoran</b> Facilities, privileges and immunities of the representatives of international organizations and international officials	47

### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

<b>Шмелева М. В.</b> Расширение возможностей участия предпринимателей в государственных закупках	54
--	----

### ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

<b>Бронникова М. Н.</b> Правовые формы труда несовершеннолетних	61
---	----

### УГОЛОВНОЕ ПРАВО

<b>Адоевская О. А.</b> О возможности и пределах учета международного опыта ресоциализации осужденных к лишению свободы	68
<b>Бабошина Е. В., Лоба В. Е.</b> Из истории формирования научных взглядов в Российской империи на институт согласия потерпевшего (пострадавшего) на причинение ему вреда	73
<b>Голенко Д. В.</b> Судебный штраф как иная мера уголовно-правового характера	78
<b>Норвартян Ю. С.</b> О проблеме учета социально значимого заболевания как обстоятельства, смягчающего наказание	83

### ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

<b>Юношев С. В.</b> Очерк развития адвокатуры в России	88
--	----

### УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

<b>Савельев К. А.</b> Следователь в постсоветском уголовном процессе	93
--	----

### КРИМИНАЛИСТИКА И СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

<b>Хлус А. М.</b> Криминалистический анализ объекта и предмета посягательства в структуре преступлений	100
--	-----

### Трибуна молодого ученого

<b>Годдард И. А.</b> Трансграничный договор строительного подряда – договор sui generis	108
<b>Гурова Э. А.</b> Последствия неисполнения кредиторских обязанностей	114
<b>Мещерякова Ю. О.</b> Реабилитация как цель производства по уголовному делу в отношении умершего	118
<b>Труфанов А. В.</b> Структура договорных связей при управлении многоквартирным домом ТСЖ и специализированным кооперативом	125
<b>Эсмантович Е. И.</b> Взаимодействие органов местного управления и самоуправления как принцип организации местной власти	129
<i>Сведения об авторах</i>	135
<i>Требования к оформлению статей</i>	139

## CONTENTS

### THEORY OF LAW AND STATE

<b>Митрович Драган М.</b> Почему процессуального права не существует	7
<b>Potseluev E. L., Gorbunov A. E.</b> On the definition of legal responsibility	16
<b>Spirin M. Yu.</b> Relation between initial source of law, source of law and form of law according to willed law-making concept	23

### CONSTITUTIONAL LAW

<b>Osetrov S. A.</b> Functions of presidential power in the Russian Federation	29
--	----

### INTERNATIONAL LAW

<b>Димитриевич Душко</b> Территориальные споры в Восточно-Китайском море	38
<b>Джеротиевич Душан, Джеротиевич Зоран</b> Льготы, привилегии и иммунитеты представителей международных организаций и международных должностных лиц	47

### CIVIL LAW

<b>Shmeleva M. V.</b> Empowering the participation of entrepreneurs in public procurement	54
---	----

### LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

<b>Bronnikova M. N.</b> Legal forms of labor of minors	61
--	----

### CRIMINAL LAW

<b>Adoyevskaya O. A.</b> On the possibility and limits of taking into account the international experience of the resocialization of prisoners sentenced to the deprivation of liberty	68
<b>Baboshina E. V., Loba V. E.</b> Some aspects of the history of scientific views formation on the institute of consent of the victim to be harmed in the Russian Empire	73
<b>Golenko D. V.</b> Court fine as the other measure of criminal-legal status	78
<b>Norvartyan Yu. S.</b> About the problem of taking into account socially significant diseases as circumstances mitigating punishment	83

### ADVOCACY AND LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES

<b>Iunoshev S. V.</b> Essay on the Development of the Bar in Russia	88
---	----

### CRIMINAL PROCEDURE

<b>Savelev K. A.</b> An investigator in post-Soviet criminal process	93
--	----

### CRIMINALISTICS AND FORENSIC ENQUIRY

<b>Khilus A. M.</b> Criminalistic analysis of the object and the subject of approach in the structure of crimes	100
---	-----

### TRIBUNE OF YOUNG SCIENTIST

<b>Goddard I. A.</b> Transborder construction contract as a sui generis contract	108
<b>Gurova E. A.</b> Consequences of breach of creditor's obligations	114
<b>Meshcheryakova Ju. O.</b> Rehabilitation as the purpose of production on the criminal case against the dead	118
<b>Trufanov A. V.</b> Structure of contractual communications at managing multi-family building by homeowners association and specialized cooperative	125
<b>Esmantovich E. I.</b> Cooperation of local government and self-government as a principle of organization of the local government	129
<i>Information about the authors</i>	135
<i>Requirements to the design of articles</i>	139

---

## ТЕОРИЈА ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

---

УДК 340.13

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-7-15

*Dragan M. Mitrović\**

### WHY PROCEDURAL JUSTICE DOES NOT EXIST\*\*

Since the middle of the last century the interest in the naturally-legal research has been restored, and then intensified. At that time, there appeared new concepts advocating for the existence of different types of justice (corporate, solidarity, organisational, international, etc.) including procedural justice. The best-known advocates of the concepts of the existence of procedural justice were J. Rawls and O. Höffe, and later L. Fuller, H. Hart, R. Dworkin, P. Koller, M. Van den Bos and others.

However, the aim of this work is not to support the idea of the existence of procedural justice suggested by the above writers, but rather to challenge it. This will be shown by referring to the obvious: justice is synonymous with truth, and not with rightness, on which the above writers develop the concept of procedural justice. Truthfulness is related to what exists, and rightness to the proper and accurate performance of appropriate procedures. Otherwise, founding of procedural justice in truthfulness would be a kind of *contradictio in adjecto* arising from the confusion between justice and procedurality.

The two terms are related but not similar, therefore truthfulness and rightness do not coincide, and nor do justice and law. Something that is truthful need not be righteous. And vice versa, something that is righteous need not be truthful. Apparently, it has to do with the relationship between the objective (truthfulness, justice and fairness) and the means (rightness, correctness, accuracy, reliability, etc., in a word, solidity). This relationship between truthfulness and rightness depicts rightness, first of all, as the means of the proper application of law, and only after that as the means of possible achievement of fairness in law. Of justice therein can be no mention. The aforesaid relationship shows another thing: only substantive legal rules can be just, while this cannot be the case with procedural rules.

The consideration of the relationship of truthfulness and rightness in the example of the actually existing justice and the actually non-existent procedural justice, raises yet another important question: the relationship between material (substantive) and formal (procedural) legal rules. As it is rendered impossible to clearly and fully delineate them, thus are substantive rules relating to procedures declared the procedural, and all that only to acquire for procedural rules and positive law the aureole of justice. This cannot be accepted as correct because, for example, the principle of impartiality or the principle of fairness, which are wrongly considered procedural, indeed belong to substantive law.

In still a deeper shade lies the question of the relationship between natural law and positive law. It seems that the insistence on the existence of procedural justice can be regarded as the belated response of the members of positivist jurisprudence. Strange enough, that the existence of procedural justice is advocated by the writers who originally belonged to the direction of naturally-legal jurisprudence. It seems that both the former and the latter aim at showing positive law as just. Only in this case, it is not a construct but a simulacrum. It must be hard to believe in any authority as truth instead in truth as the only authority.

Between the truthfulness of justice and the rightness of procedure lies fairness as the place of occasional meeting of justice and procedure. Therefore, procedural justice does not exist, but justice exists, though it is not procedural, and nor is fairness. Procedure is the only righteous means of law, but law is not the only righteous means of justice.

**Key words:** justice, fairness, truthfulness, rightness, procedural law, procedural justice.

#### 1. JUSTICE IN BRIEF

Justice (*iustitia*) is the ultimate social and legal value. It has value because it is a kind of proportionality and

harmony, all the way up to the achievement of harmony, which is another name for absolute justice. Apart from this absolute, divine or natural justice, there exists social

---

\* © Mitrović Dragan M., 2018

*Mitrović Dragan M.* (draganm@ius.bg.ac.rs), Ph.D., professor of the Faculty of Law, University of Belgrade, 67, Bulevar kralja Aleksandra, Belgrade, 11000, Serbia.

\*\* Part of the article was published in the book: Mitrović Dragan M. *O pravu. Izabrani eseji / On the Law. Selected Essays.* Belgrade, 2017, pp. 319–154 [in Serbian]. The article is published in English in the journal for enlargement of readership.

justice, with its derived types (moral, religious, legal), which is relative viewed in human proportions [1; 2].

A special type is legal justice. It is an important type of social justice because it is considered synonymous either with the proportionate or with the equal. It is determined pursuant to two formal legal models, because of which we speak about two types of legal justice. The first is distributive justice (*justitia distributiva*: “proportional allocation among all”), which is original, position-based and prescribes that “the unequal be treated unequally”. The second is the commutative (*justitia commutativa*: “equal allocation among all”), which relates to the exchange and prescribes that “the equal be treated equally”. In its narrowest meaning, legal justice denotes adapting to law (legal justice /*justitia legali*/). We can also speak about court justice (and not only about fairness) as a special type of the manifestation of justice where court judgments are the sources of the law. However, the question what substantive justice is comprised of cannot be answered with any of the like models, but with the oldest, the antique one, that it is just to serve the common good [3, p. 122]. For example, the most recent attempts to determine solidarity justice, according to which more of the common goods should be allocated to the weak and poor and less to the strong and rich (the justice of Robin Hood), are not models of substantive justice as they are presented, but of the Aristotle’s distributive justice. And it is formal.

Legal justice, being a type of social justice is not perfect. But nor is the law. As a result, between the imperfect legal justice and the even more imperfect law, there always exists a higher or lower tension [4, pp. 675-679]. Justice is easier to feel than to determine or achieve, because law can never become justice itself. For this reason, any law is unjust to a certain extent. But it must not become perverted to achieve injustice. Bearing this in mind, Cicero determined the purpose of law as the skill of the right measure in the distribution of the goods among citizens (*Sit ergo in jure civilians hic finis legitimaе atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*). In such a way he refreshed the older Plato and Aristotle’s idea of achieving the common good as the greatest accomplishment of substantive justice. This means that “normal law” must contain at least “minimum of justice”, which, through general legal principles, flows into law (as proposed by R. Dworkin). However, this justice is not procedural either.

## 2. RAWLS’S AND HÖFFE’S UNDERSTANDING OF PROCEDURAL JUSTICE

When as of the middle of the last century, the interest in naturally-legal research restored, and then intensified, even more have grown the contemplations on the types of justice: international, political, corporate, solidarity, organisational, transactional, compensational, etc. [5–9], differing from traditional forms of religious, moral and legal justice. Moreover, increasingly has grown the support for the existence of procedural justice envisaged as considerably broader than legal and court justice.

Such support was accepted with certain relief in the positivist-oriented jurisprudence in the West. It can be considered a belated response to the revival of naturally-legal teachings in the second half of the 20th century. It is odd that procedural justice is also advocated for by the writers belonging to the opposite orientation. Such support can be regarded as an exaggerated response by the members of the naturally-legal jurisprudence. But the relief of the former and the support of the latter are neither appropriate nor useful because procedural justice is non-existent. They are just the thought constructs and experiments in legal philosophy and theory.

The most famous advocates of the teachings of the existence of procedural justice are John Rawls and Otfried Höffe. In addition to these, other writers, mostly the Anglo-Saxon (L. Fuller, H. Hart, R. Dworkin, F. Hayek or M. Van den Bos) argue in favour of this like teaching.

As for John Rawls’ teaching of procedural justice, “the principle of the openness of position”, set forth in his famous work “A Theory of Justice” [10, p. 91], contains the idea of the ideal initial social condition or social position, as well as the belief that “all positions” of individuals in society are not “open” (while some are though). The latter belief of Rawls shows that individuals are not even equal when it comes to the access to opportunities. After all, it is well-known, that social competition has never been impartial and just, because it is rigged before its very start. Not even in Rousseau’s idealised description of the natural state of man “without competition” is there such a completely “fair” equality between the “noble savages” – people are different and therefore unequal. This fact, which Jean-Jacques Rousseau had already pointed out, Rawls accepted as evident, but in spite of it, he still considered as decisive his idealised vision of the necessary impartiality with regard to the “equality of opportunity”, and thus the necessary rightness of individuals in society. It is only normal that such impartiality and rightness in individuals with self-awareness can produce but the sense of personal frustration and injustice [10, p. 93].

Such “openness of position”, which Rawls departs from when he speaks about procedural justice, relates and is further transmitted to all purely procedural situations in which individuals can find themselves (starting from the type and the way of using procedural rules in the determination of the original position of an individual in a society or an employee in an enterprise, all the way up to the position of an accused or a witness in a proceeding before judicial authorities). Moreover, the absence of the necessary impartiality in social and legal sense, as well as the resulting rightness as to social behaviour and the application of legal rules [10, p. 92] (words which Rawls uses as a kind of mantra) not only deprive individuals of the results of their exertions, but take away from them the opportunity to undergo personal “experience of self-realisation” which is one of the few “basic forms of human good” in general. This way Rawls confirms, perhaps unconsciously, the general theodicean tragedy of the human being, because all that



he claims is in favour of the conclusion opposite to his original premises. This world is really changing due to the impact of stimulating and acceptable ideas, but for this world the ideas and conceptions alone are not enough.

In considering Rawls's conception of procedural justice, it can be perceived that the major flaw in his teaching consists in that social and legal rules through which we determine the criteria and measurements for establishing the concept of procedural justice, are declared to be procedural in advance although they are not. These are, first and foremost, the rules through which we determine "the principle of the openness of position", as well as the rules which establish the way of the impartial and righteous execution of procedural norms, whereas they are substantive although referring to the way of the conduct of the procedure. This fact already shows that Rawls' main premise, contained in his "principle of the openness of position", is virtual and fictional, as well as Kelsen's "pranorm". This premise is non-existent and cannot be used as the starting point for determining procedural justice. As has been mentioned, the reason is evident: "the principle of the openness of position" and "the principle of fair equality of opportunity" (as a means to achieve) "equality", is substantive and not procedural in its nature. It is related to substantive rules which determine the way in which purely procedural social and legal rules will be executed.

The same can be said of Rawls' "independent criteria", i.e. measurements or standards that should establish procedural justice [10, p. 93]. Nor are they procedural, but substantive in their character. They can even be just, but not as the ingredient of procedural justice. It should be pointed out that such clear measurements and standards are non-existent – for which reason they are not clearly determined in Rawls' teaching either, nor is there a feasible procedure that inevitably leads to the righteous outcome, i.e. to procedural justice. But all this did not prevent Rawls from arguing that the impartial procedure "transfers" its impartiality to the righteous, i.e. fair "outcome". Therefore, again it is related to his belief that procedural justice can be achieved.

Rawls also claims that it is not necessary any more to take account of the infinitely varying circumstances and constant changes of the relative positions of certain persons, as was once done in civil naturally-legal theories of the Social Contract, because it is sufficient for the system (that is referring to the state, and especially to the legal one) to be righteously set up ("structured"). As if the system could do what nature fails. On that occasion, he also ignored that Jean-Jacques Rousseau and John Locke derived the establishment of the state and legal system from the natural and social state, and not the natural and social state from the one and same state and legal system. As has been mentioned above, neither in this construct or simulacrum of the original state, as well as in the subsequent social status, are individuals equal [10, p. 119]. Instead of this road map, Rawls

arranges conditions (which he himself lays down in advance) into the artificially created virtual concept of the "original position" [11]. By claiming that it is wrong to focus attention on the varying relative positions of individuals and by expecting that any such change is just per se, Rawls himself challenges his own initial premise and admits that it is fictional, that it is also related to the construct and the simulacrum. Similar problems at the time made Ronald Dworkin develop his political theory of law that came after his legal theory (which could not answer the ultimate legal questions, which was the task he set upon himself) [12; 13]. Neither in the latter, the political, did Dworkin succeed in finding the criteria and standards for the flow of natural law into positive law. Instead, he only managed to set forth the guidelines, and similarly did Rawls when he spoke of procedural justice.

Rawls's teaching of the "principle of the openness of position" and the existence of the "independent criteria", is obviously the matter of his personal belief. However, this is the case with Rawls's conception of perfect and imperfect procedural justice, too. In other words, it is not possible to determine a procedure which provides a desired result with certainty in the sense of the achievement of procedural justice, especially not automatically. This is acknowledged by Rawls himself, who is right when he says that perfect procedural justice does not exist, but is wrong when he claims the opposite of imperfect procedural justice, because procedural justice does not exist at all [10, p. 90–95]. Both of them are chimaeras. Justice is not a chimaera, and nor is it procedural.

When it comes to the teaching of Otfried Höffe, which is set forth in his book *Justice: Philosophical Introduction* [14], first it should be noted that Höffe begins his presentation of procedural justice with the statement that for the legally binding decisions "defined procedures are necessary". This is not under dispute, but something else is open to dispute though: his claim that these procedures are "based on the principles of justice" (e.g. What does the procedure of tax payment by citizens have to do with the principles of justice? One who claims it, has to concede that any state which levies taxes on its citizens is just or at least based on the principles of justice) [14, p. 47].

Open to dispute is also the following Höffe's statement. He says that when it has to do with the procedure, it is not directly related to the contents or the results, but to the jurisdictions, terms and forms, which are not the purpose in themselves but produce that general readiness for the acceptance of the decisions of the legislator that are not yet determined in terms of the content (here Höffe confuses readiness of the citizens to have the legislator with their readiness to accept the legislator's "pig in a poke", in the form of any future law whose content cannot be acquainted with in advance). Also, proceeds Höffe, procedures must be open to the needs and interests of those whom they concern (this only in case that the respective subjects are telepaths

when it has to do with future laws – subsequent acquaintance with such laws, which have already been adopted, is harmful for citizens and dangerous). In addition, adds Hüffe, the procedures themselves must be such that they can be learned (why and who from?), and, besides, they must rely on the previous givens which are, on their part, also fair – which, at least, are not inconsistent with substantive justice [14, p. 47].

In addition, Höffe distinguishes three types of procedural justice, unlike Rawls who contents himself with its two types. It is related to "pure", "imperfect" and "perfect" procedural justice. Only "pure" procedural justice is something more than "mere subsidiary legitimacy", which Höffe links with "imperfect justice ... which prevails in the law and the state". He has failed to observe that "imperfect justice" is of the "wooden iron" type. One way or the other, not even Höffe's imperfect justice (for which he himself admits that it is prevailing in the law and the state) can be deprived of the righteously executed procedure, impartiality, etc. [14, p. 48]. Otherwise, the following saying of Ulpian would hold true: *Quod principes placuit, legis habet vigorem*.

Höffe claims that "pure" justice "lies in the procedure itself, while of the criterion for the just result, which would be independent from the procedure, can be no mention" [14, p. 48]. He thus derives the concept of justice from procedural norms and claims that procedural justice can be derived from itself alone, from its own measurements, which cannot in advance provide a just result (which is his original "uroboros"). This way he relativises justice, as does Michael Walzer, and allows for the just to be considered also that what is unjust [15, p. 16]. It is only that Walzer derives justice from the changeability of social conditions and the respective cultural milieu of a society, while Höffe does it directly from procedural rules that need not provide a just result in the form of legal or court justice or fairness. Besides, Höffe fails to explain why procedural rules are just at all, except that he considers them such. If the belief is an argument in philosophy, this is not the case in science.

Two other types of procedural justice are achieved "through the procedure". In so-called "perfect" procedural justice there is a kind of an independent measurement for a fair result, as well as a procedure through which this result is achieved with approximate certainty. Thereafter Höffe gives an example of the equal division of the pie, which refers to commutative and not to the procedural justice. He failed to note that it is important for (commutative, not procedural) justice, that the parts are equal, and not the way in which and by which means is the cake cut into equal parts (which, presumably, should apply to a non-existent procedural justice) [14, p. 16]. Also, Höffe claims, when it comes to "imperfect procedural justice" then, too, "for the just result there exists an independent criterion". Höffe illustrates it by the example taken from criminal law and claims that criminal procedural justice is achieved

when all real culprits, but only they, are punished in proportion to their guilt. But such an independent criterion does not exist. And nor does the legal system which faultlessly punishes only the culprits. By this example Höffe challenges his own self: firstly, because he confuses substantive rules with the procedural, and secondly, because he confuses a just outcome (that only the culprits are punished) with a righteously conducted procedure (which renders possible, or impossible, the achievement of such just objective in the form of court fairness). This is realized by Höffe himself, when he admits that it is obvious that there is no procedure which excludes judicial misconceptions and which prevents the punishment of the innocent, as well as the non-punishment of the culprits, too severe or too mild. It is clear that such relative justice is neither legal nor procedural.

Attention should also be drawn to the fact that Hüffe does not make a clear distinction between procedural justice [14, p. 49] (which does not exist) and the right to a fair trial (which exists) [16]. He, indeed, states quotations "Listen to the other side" (*Audiatur et altera pars*), and "No one should be a judge in his own cause" (*Nemo ex iudex in causa sui*), but ignores the fact that the right to a fair trial is the collective designation of a set of substantive rules and recommendations referring to the conduct of investigation and judicial procedure, and not a set of formal procedural rules that are classified under procedural justice. Also, he ignores that the right to a fair trial refers to the protection of rights of people in all stages of the proceedings before the court or other state authorities, as well as that it is concerned with substantive rather than the procedural rules. This is confirmed by the most important international documents in which it is clearly set forth that this right is the fundamental human right and that it is one of the generally applicable principles. As such, it cannot be only procedural in its nature. For example, the right to a fair trial is enshrined in The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights, The UN General Assembly, The European Convention on Human Rights and other similar international treaties, and even in the norms of the customary international law. All the documents, especially in Article 6 of The European Convention on Human Rights, determine international standards referring to a fair trial. Their determination and development are based on the idea that when human rights are not respected in a police station, interrogation room, in detention, court or prison cell, then the authorities obviously do not perform their duties. Apparently, these rules are inspired by justice, and perhaps they are even just, but they are not procedural.

Finally, Höffe concludes that one should take account of the fair and equal treatment of the parties, that one should keep in mind the objective and subjective independence of judges, the publicity of proceedings, legal remedies, the prescribed time frame of proceedings, etc. for without legal security, which

they serve, there is no real justice either. But not even then is it about procedural justice, but about rules that should ensure a fair trial [16, p. 34–65; 17, p. 534]. Their primary objective is not justice, but legal security.

### 3. TRUTHFULNESS AND RIGHTNESS

As has been mentioned earlier, the aim of this work is not to support the idea of the existence of procedural justice, upheld by John Rawls, Otfried Höffe and other writers, but to challenge it. This will be shown by referring to the obvious: that justice is synonymous with truth, and not with impartiality and rightness on which the authors wrongly based their notion of procedural justice.

That justice should be derived from nature, i.e. truthfulness, is confirmed by numerous writers who derive the concept of justice from nature itself, from the ancient to the contemporary ones. This applies to Serbs, too, for whom justice has always been derived from that what “is”, what is natural and truthful. Justice is the “foundation of everything” (St. Sava). It is the truth because “just is only that what is truthful” (Dositelj Obradović). Otherwise, it must be hard to believe in any authority as truth, instead in truth as the only authority.

Such traditional metaphysical point of view is not shared by all writers. For example, according to Peter Koller justice is the most important part of morality, because its standards do not express only what is good or evil but also what is right and wrong in our relationships with other people. This means that the concept of justice, which is traditionally derived from truthfulness, is expanded by Koller through the introduction of the concept of rightness in the ethical and not in the positivist sense [18, p. 8, 11]. Other writers, especially in the field of social sciences, take it “for granted” that procedural justice exists and multiply that construct to make up different simulacra, i.e. different types of procedural justice, which are also non-existent (for example, criminal procedural justice, and why not civil procedural justice, too, administrative procedural justice, etc.).

It is perhaps for this reason that it is the right moment to set forth a number of observations about the relationship between truthfulness and rightness in general (that exists), and about the relationship between justice and procedural justice (which does not exist).

First of all, procedural legal rules can provide only rightness in the sense of properness, predictability and reliability (for example, in accordance with the application of substantive rules of impartiality and fairness /fair play), but cannot provide truthfulness and justice. Rightness is proper administering. Something is done righteously because it has been administered in a proper, systematic and expert way, and not because it is true or just. Herein truthfulness appears only as a possible objective or a desirable result, rather than the ingredient of the respective procedure which is but the means of a possible achievement of that desired objective [19, p. 17–18]. Rightness is particularly significant for

the law, which is righteous when it is suitable for work, i.e. unrighteous when it is not suitable for work. But, it is the servant of truthfulness for procedural justice that can be nothing more than “applicable rightness“. Such rightness is useful because it can serve as a “reliable measure“ and a “guiding principle“ [20, p. 57]. But it has nothing to do with justice whatsoever, which has its own purpose (“supra purpose“), especially when it is inspired by mercy.

The same relationship can be considered in a different and more modern way, from the perspective of natural sciences, which do not determine truthfulness any more as the absolute but the relative notion. Today, many natural philosophers and theoreticians of probability believe that instead of the terms “truthfulness“ and “justice“ one should use the terms “probability“ and “concreteness“. According to them, we can speak only of the “degrees of truthfulness“. They incline towards “different degrees of probability“ which tend to finally become the complete, absolute truth. This means that the debates about truth in a traditional and absolute sense should be replaced by the debates in a modern and relative sense about the “degrees of truthfulness“, the “degrees of rational belief“ or the “degrees of probability“ (J. M. Keynes) [21, pp. 71–78]. In line with this, truth is not considered only the relative, but also the unachievable value, except for one case in which it is indeed attainable. This is the case when truth is realised (established and confirmed, no matter what exactly it means). Until then we can speak only about the “degrees of truthfulness“ (H. Reichenbach, H. Jefferies, K. Popper) [22, 23, 24] expressed in the form of “scaled certainty“ that something is true. At the opposite end of the same scale there is “wrongness“. Therefore, when we claim that something is true, the afore-mentioned writers believe, then we only say that we personally assume that something is true. And we can never claim that something is really absolutely true, except for the abovesaid exception. For this reason these writers suggest “suitability for work“ as the basic researcher’s guiding principle, and not truthfulness of the obtained evidence which in the long run belongs to our referential system (L. Wittgenstein) [25].

The briefly presented beliefs about truth and justice in natural sciences are added with new descriptive approaches of the scientists from different social areas. They, too, focus more on the individual perception of truth and justice, therefore, on that what individuals regard as just, and less on the definitive or truthful abstract metatheoretical determination of justice. For example, some writers direct their study to the research of justice and rightness in the areas of social exchange, contracting, purchasing, etc. that is, in business relations in general (J. Greenberg) while others deal with justice from the standpoint of the possession of wealth and social power (R. Nozick), education opportunities, availability of medical care (F. d’Agostino). There are also works on the nature of organisational justice, the process of fair judgment in organisations (R. Korpanzano, B. Ambrose)

or the forms of control in the organisation (R. Shapiro, E. Brett). Further are examined the effects of justice as to the consequences of righteous or unrighteous treatment in the workplace (M. Van den Bos, G. Conlon). Finally, the issues of the determination of justice in international relations are revived (R. J. Bies). What a quantity of the accumulated maculatura. It seems that this quantity and not its quality has in natural and social sciences given impetus to the authors in legal sciences to ever more often and with an increasing persistence advocate for the existence of procedural justice (for example, in the case of “norms and procedures of the allocation of goods”) [26, p. 169–176].

Be that as it may, what applies to truth, should also be applied to justice. Yet, the claim about justice as the unachievable value, as well as the claim about truth as the unattainable value is not acceptable, because truth is nonetheless bound to be found out and justice flows into positive law, i.e. it is occasionally embodied in it in the form of fairness. This renders possible to conclude that justice nonetheless exists (as does truth, and not only in the perfective, as something that is achieved or reached), therefore, not only in the way as proposed by contemporary writers. Moreover, one cannot consider truthful the claim that justice is relative in the sense of scaling. Here it is rather related to the degree of the realisation of efforts (successfulness) to achieve justice. Besides, it is arguable whether relative justice can be just at all. If nothing else, it is for certain that there exists an immutable conception of justice which motivates man to achieve it, in which he succeeds now and then, despite being so “fortunately shaped that there is no accurate measurement of truthfulness“, but on account of this he has “more exquisite measurements of inaccuracy“. Man is not only a rational, but also an intuitive being. Thus can be explained why there are so many misconceptions about truth, justice and its types [27, p. 72]. Justice is a glorious idea which consists of divine ingredients in us.

Perhaps pointing out that truthfulness and rightness do not coincide, although they are determined in absolute or relative sense, is more important than considering the relationship between truthfulness and rightness. Something that is truthful need not be righteous from the procedural point of view (for example, when the court establishes substantive truth, but on account of the unrighteous conduct of the rules of procedure must acquit the culprit). And conversely, what is righteous need not be truthful (for example, when the rules of procedure are conducted righteously but the result is not truthful on account of erroneously established substantive truth). Obviously, it is related to the relationship between the objective (truthfulness, justice or fairness) and the means (rightness, properness, predictability, correctness, i.e. solidity of the conducted procedure). This relationship shows that rightness is primarily the means of impartial application of the law, and only then and in the second-class the means of the possible achievement of fairness in the law. Also, the above-mentioned relationship shows that only the substantive legal rules can be just,

while this cannot be the case with the procedural rules (for example, the rule that the procedural rules are to be impartially and fairly applied belong to substantive law and only this rule in this example can be regarded as just, while the procedural rules themselves cannot be regarded as such because for them it is enough only to be righteously conducted, and that in compliance with the aforementioned substantive rule).

The consideration of the relationship of truthfulness and rightness in the example of actually existing justice and actually non-existent procedural justice gives rise to yet another important question, and that is the question of the relationship between material (substantive) law and formal (procedural) law [17]. The former relates to the general legal norms that are classified according to their content, and the latter to the general legal norms that are classified according to their form. But this division, too, is “to a large extent artificial, as are the previous divisions, because it is not always easy to determine whether a certain norm belongs to substantive law or formal law“ [17, p. 220]. That it indeed relates to artificial and unreliable division is shown by the set forth teachings of Rawls and Höffe, but also that of Koller, in which the rules of substantive law relating to the application of purely procedural rules, are classified under procedural rules. In other words, because it is rendered impossible to clearly and fully delineate between one and another, the proponents of procedural justice declare substantive rules relating to procedure the procedural, and all that only to construct the concept of procedural justice. Neither of this can be accepted because, for instance, the rule of impartiality and the rule of fairness require that only procedural rules are righteously applied. These rules, and others, too, determine the way of conduct of purely procedural rules. It is not the same to relate to something and to be something. For this reason, they belong to substantive law.

Be that as it may, the relationship between substantive law and formal law shows that rightness, and hence so-called procedural justice, is but the means of the application of the law. Moreover, it shows that only substantive legal rules can be just, while it cannot be the case with procedural rules. This allows for concluding something else: truthfulness is the synonym for justice, and rightness is the synonym for the procedures which per se are not or do not have to be righteous, and even less truthful in the sense of justice. Therefore, rightness cannot be the synonym for justice and so-called procedural justice.

In yet a deeper shade lies the question of the relationship between natural law and positive law. It seems that insistence on the existence of procedural justice can be regarded as the belated response of the members of positivist jurisprudence. Strange enough, that the existence of procedural justice is also advocated by the writers who have originally belonged to the direction of naturally-legal jurisprudence. Particularly, the proponents of positivist legal beliefs insist on the differentiation between positive law and natural law and between justice as truthfulness and rightness as properness. Such an approach could be called scientific,

and not philosophical. It requires from the jurists realists-positivists to take an objective, value-based and ethically neutral attitude with respect to the law, as the norm, particularly procedural, need not be linked with any one system of social and legal values (for example, the achievement of common good, the realisation of justice, the protection of human liberties, etc.). The fact that they have deviated from such value-based and ethical neutrality shows also that the same jurists-positivists ever more often consider that the measurement of justice is the fact that the norm has been righteously applied, exactly according to the established procedure, as well as that only this is enough for positive law to be regarded as just. Such claim cannot be accepted if one bears in mind that positivists derive the law in a “bottom-up“ manner (as has recently often been the case with the members of the Anglo-Saxon jurisprudence direction), as well as that it is based only on the world of physical reality, instead of the world of metaphysical reality, because the law is simultaneously the realistic and the idealistic phenomenon. They wrongly identify the world of physical reality with the world of legal reality (which is a kind of “surreality“, metareality), while the purely legal world of ideas (the world of the meta-metalegal reality) is excluded from their consideration. Despite these decisive flaws, they still, because of the alleged justice of procedural rules, readily regard positive law itself as just. And it is exactly this legal metaworld and the meta-metalegal world (or “world 2“ and “world 3“ as they are called by K. Popper), which jurists-positivists dispute and reject, that show that within the law as the metaworld there exist two separate worlds, i.e. it has two special models: the legal world of rules (the metaworld of the substantive rules) and the legal world of the meta-metarules (the world of the procedural rules). The former regulates the content of legal communication, and the latter establishes the order of righteous conduct of legal rules and human behavior under them. If only the righteous conduct of a procedure could secure the characteristic of justice to positive law, legal anarchy would begin shortly. Moreover, any order could be designated as just because of the righteous application of the law. This also means that the legal order in which the law is not always applied righteously could be considered legitimate. Obviously, rightness is the necessary condition for the application and normal realisation of the law, but it is not the basis of its justice.

#### **4. FAIRNESS AS THE MEETING PLACE OF TRUTHFULNESS AND RIGHTNESS**

Between justice and procedure resides fairness as the meeting place and the coinciding of justice as truthfulness and rightness as properness (reliability, and correctness, i.e. solidity). This is also indirectly acknowledged by writers who advocate for procedural justice, especially those who are trying to find some kind of support for procedural justice in the rules of substantive law. Because of this, they consciously confuse substantive norms with procedural norms. However, procedural justice is non-existent, while justice exists,

though it is not procedural, and neo is fairness, which can be considered the operative and applicable form of justice.

The fact that fairness is the place where truthfulness and rightness meet and cross one another is shown by the connection of natural law and positive law which enables the rules of natural justice to flow into the rules of positive law. This link renders possible the determination of fairness in naturally-legal and positively-legal sense. Fairness “in the naturally-legal sense” exists when a law directly refers to natural law in cases related to legal gaps (when there are no legal provisions referring to particular cases whose provisions are not envisaged by law or the judge could not appeal to them as they do not fall under any one of general norms). On the other hand, fairness in positively-legal sense has at its disposal its legal (substantive) and judicial (formal) forms. Legal fairness in the positively-legal sense renders possible for the legal norm to be applied in such a way that all the characteristics of a case are going to be taken into account. Such norms fall under justice in the law (which requires that petty theft, embezzlement, fraud out of need, etc. are not punishable) in contrast to rigid law which does not allow for taking into account such characteristics. Judicial fairness in the positively-legal sense exists when concrete cases, which are embraced by law, are decided in the spirit of law, i.e. its idea, substance, and not in keeping with the letter of the law. This usually happens when law does not embrace all the characteristics of a concrete case (legal gap case). It is then that judicial fairness enables the judge to decide the concrete case according to the rule he himself determines.“ It follows that the law only through fairness can serve the realisation of the idea of justice (Aristotle), and not through procedural justice (Rawls, Höffe and others). A similar thought is found in Radbruch’s Philosophy of Law: the law is reality which has its meaning in the fact that it serves the idea of justice.

Open to dispute is also the place of procedural justice when compared to legal and court justice. If procedural justice were really to exist, legal and court justice would become its types. However, the scope of procedural justice would not have been exhausted because it would also have to relate to all other procedural rules adopted by other social subjects. This shows that procedural justice is in this sense also ambiguously conceived and determined, which is not the case with procedural rules that have to be increasingly more determined and clearer for their righteous application.

#### **5. CONCLUSION**

To claim that procedural justice exists means to incline towards what is modish in jurisprudence. Jurists-positivists can gain satisfaction in it, for, after all, positive law is also just, even if only in the procedural sense. On the other hand, jurists of naturally-legal orientation, exaggerating the broadening of the concept of justice, also make disservice to both themselves and jurists-positivists. They have started advocating for the existence of procedural justice, so that at least through which the

positive law becomes just. They have neglected that procedural justice is non-existent while justice exists, as well as that justice is not procedural, and nor is fairness.

The fact that procedural justice does not exist can be shown by the following statements:

– Justice is synonymous with truthfulness, and not with rightness upon which the aforementioned writers build the concept of procedural justice.

– Truthfulness refers to what exists, whereas rightness relates to proper and accurate conduct of appropriate procedures.

– Truthfulness and rightness do not coincide, and nor do justice and law. Something that is truthful need not be righteous. And vice versa, something that is righteous need not be truthful.

– The link between truthfulness and rightness shows that it is connected with the relationship between the objective (truthfulness, justice and fairness) and the means (rightness, correctness, accuracy, reliability, etc. in a word, solidity).

– Procedural justice is often wrongly derived from the substantive rules referring to procedures that are thereafter declared procedural (for example, the principle of impartiality or the principle of fairness requires that procedural rules are applied righteously and fairly: they belong to the substantive law and not to the procedural law because they determine the way of conduct of the purely procedural rules). To relate to something and to be something are different things.

– Truthfulness and rightness, i.e. justice and procedure, occasionally coincide and then they emerge in the form of fairness.

If the claim that procedural justice exists were accepted, then Hitler's Nuremberg race laws could be considered just only on the account of their being adopted in a legally righteous way. Or, in a milder case, any righteous and fair conduct of the rules of procedure in general could be considered just, while the unrighteous conduct of the same procedural rules would be legally acceptable, though it could not be called just in the procedural sense. Obviously, it is related to the dangerous simulacrum which replaces the substance of the law with its form (procedure), truthfulness with rightness, and justice with arbitrariness.

Insistence on the existence of procedural justice can be considered the belated response of the members of positivist jurisprudence, as has already been mentioned. Strange enough, that the existence of procedural justice is also advocated by the writers who originally belonged to the direction of naturally-legal jurisprudence. Presumably, both the former and the latter have the same objective, only for different reason: to present positive law as just. However, it is not Rawls's or Höffe's construct any more but a simulacrum of procedural justice that is readily accepted by jurists-positivists and supported by jurists of the naturally-legal orientation.

To sum up: procedural justice does not exist, but justice can be reached through righteous procedures. And vice versa, justice exists, but it is not procedural, and nor is fairness. Procedure is the only righteous means of the law, but the law is not the only righteous means of justice.

## References

1. Aristotle (translation) *Nicomachean Ethics*. Belgrade, 1970 [in Serbian].
2. Holbach P. *The System of Nature* (translation). Belgrade, 1950 [in Serbian].
3. Kelsen H. *Elements of the theory of legal norms. Late selected files* (translation). Beograd – Podgorica, 2003 [in Serbian].
4. Živanović T. *System of synthetic philosophy of law, III*, Belgrade, 1959 [in Serbian].
5. Di George R. T. *Business Ethics* (translation). Belgrade, 2003 [in Serbian].
6. Nozick R. *Anarchy, State, Utopia*. Zagreb, 2003 [in Serbian].
7. Sovily B. *The Path through the law to justice*. Petrovaradin, 2004 [in Serbian].
8. Vučković Ž. *Business and morale*, 2006 [in English]
9. Kant I. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Belgrade, 2008 [in Serbian]
10. Rawls J. *A Theory of Justice* (translation). Belgrade – Podgorica, 1998 [in Serbian].
11. Glintić T. *Book Talk of J. Rawls's Theory of Justice*. Belgrade – Podgorica, 1998 [in Serbian].
12. Dworkin R. *The Empire of the Law* (translation). Belgrade, 2003 [in Serbian].
13. Dworkin R. *Understanding the law seriously* (translation). Zagreb, 2003 [in Serbian].
14. Höffe O. *Justice: Philosophical Introduction* (translation). Novi Sad, 1998 [in Serbian].
15. Walzer M. *Spheres of Justice* (translation). Belgrade, 2000 [in Serbian].
16. Mole N., Harby C. *Right to a fair trial. Guide for the application of Article 6 of The European Convention on Human Rights* (translation). Belgrade, 2003 [in Serbian].
17. Mitrović D. M., *Theory of State and Law*. Beograd, 2010 [in Serbian].
18. Koller P. «On social justice» (translation). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Belgrade, 2005, no. 1 [in Serbian].
19. Jeffreys H. *Theory of Probability*. Oxford University Press, 1948 [in English].
20. Ros A. *Law and Justice* (translation). Belgrade – Podgorica, 1996 [in Serbian].
21. Keynes J. M. *A Treatise of Probability*. London, 1957 [in English].
22. Reichenbach H. *The Rise of Scientific Philosophy*. Un. of California Press, Berkeley, 1968 [in English].
23. Jeffris H. *Theory of Probability*. Oxford, 1948 [in English].
24. Popper K. *Quest without end. Intellectual autobiography*. Belgrade, 1991 [in Serbian].
25. Wittgenstein L. *On certainty* (translation). Novi Sad, 1988 [in Serbian].
26. Ratković Njegovan B. *Justice and business*. Business School, Novi Sad, 2015 [in Serbian].
27. Pascal B. *Thoughts* (translation). Belgrade, 1988 [in Serbian].

**ПОЧЕМУ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА НЕ СУЩЕСТВУЕТ\*\***

С середины прошлого века интерес к естественно-правовым исследованиям был восстановлен, а затем активизирован. В то время появились новые концепции, пропагандирующие существование различных типов правосудия (корпоративное, солидарно ответственное, организационное, международное и т. д.), включая также и процессуальное право. Наиболее известными сторонниками концепций существования процессуальной справедливости были Дж. Роулз и О. Хёффе, а позднее Л. Фуллер, Г. Харт, Р. Дворкин, П. Коллер, М. Ван ден Бос и другие.

Однако целью этой статьи является не поддержать идею о существовании процессуального правосудия, предложенную вышеупомянутыми авторами, а скорее оспорить ее. Это будет показано со ссылкой на очевидное: справедливость является синонимом истины, а не с правильности, на которой вышеупомянутые авторы разрабатывают концепцию процессуальной справедливости. Истина связана с тем, что существует, и с правильностью надлежащего и точного выполнения соответствующих процедур. В противном случае создание процессуального правосудия на самом деле было бы своего рода противоречием в своей основе, возникающим из-за путаницы между правосудием и процедурой.

Эти два термина связаны, но не похожи друг на друга, поскольку справедливость и правильность не совпадают, равно как правосудие и закон. То, что правдиво, может не быть праведным. И наоборот, праведность может не быть правдивой. По-видимому, это связано с отношением между объективным (правдивость, справедливость) и средствами (правильность, точность, надежность и т. д. — одним словом, прочность). Эта взаимосвязь между правдивостью и правотой определяет правоту прежде всего как средство надлежащего применения закона и только после этого как средство возможного достижения справедливости в законодательстве. О справедливости при этом нельзя говорить. Вышеупомянутая взаимосвязь показывает другое: только материальные правовые нормы могут быть справедливыми, в то время как это может не иметь места в отношении процедурных правил.

Рассмотрение взаимосвязи правдивости и правильности на примере фактически существующего правосудия и фактически не существующего процессуального правосудия указывает еще на одну важную проблему: взаимосвязь между материальными и официальными (процессуальными) правовыми нормами. Поскольку невозможно их четко и полно разграничить, таким образом, являются существенными правила, касающиеся процедур, заявленных процессуальными, и всего того, что только приобретает позитивный ореол правосудия. Это не может считаться правильным, поскольку, например, принцип беспристрастности или принцип справедливости, которые ошибочно считаются процессуальными, в действительности относятся к материальному праву.

В еще более глубокой тени лежит вопрос о взаимосвязи между естественным и позитивным правом. Похоже, что отстаивание существования процессуального правосудия можно считать запоздалым ответом сторонников позитивистской юриспруденции. Достаточно странно, что существование процессуальной справедливости пропагандируется учеными, которые первоначально принадлежали к направлению естественно-правовой юриспруденции. Похоже, что и первые, и последние стремятся показать позитивный закон как справедливый. Только в этом случае это не конструкция, а симулякр. Трудно поверить в какую-либо власть как истину вместо истины как единственного авторитета.

Поэтому процессуального правосудия не существует, но само правосудие существует, хотя при этом оно не является процессуальным и справедливым. Процедура — единственное праведное средство права, но закон — не единственное справедливое средство правосудия.

**Ключевые слова:** справедливость, правдивость, правота, процессуальное право, процессуальное правосудие.

---

\* *Митрович Драган М.* (draganm@ius.bg.ac.rs), Ph.D., профессор факультета права, Университет Белграда, 11000, Сербия, Белград, бульвар короля Александра, 67.

\*\* Часть материалов этой статьи была опубликована в книге на сербском языке: Митрович Драган М. О законе. Избранные эссе. Белград: Изд. Юридического факультета Белградского университета: студия Досие, 2017. Статья публикуется на английском языке для расширения читательской аудитории.

УДК 340.113

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-16-22

Е. Л. Поцелуев, А. Е. Горбунов\*

**О ДЕФИНИЦИИ «ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ»**

В статье критически анализируются подходы советских и современных российских ученых к понятию «юридическая ответственность». Авторы доказывают ошибочность абсолютизации государственного принуждения как основного признака юридической ответственности, в том числе ретроспективной, и поддерживают идею о двухаспектности данного института, дают его авторское определение.

**Ключевые слова:** социальная ответственность, ретроспективная юридическая ответственность, наказание, санкции, государственное принуждение, позитивная юридическая ответственность, стимулирующие и поощрительные нормы права.

Ответственность — это одна из основных категорий, широко используемых в правоприменительной практике [1, с. 124]. Ответственность в любом обществе определяется и реализуется с учетом исторических, социальных, экономических, идеологических, политических и других субъективных и объективных условий и представляет собой особый вид социальной связи элементов общества, является одним из важнейших институтов организации общественной жизни [2, с. 15].

Государство, называющее себя правовым, стремится в своей деятельности повысить правовую культуру населения, включающую в себя глубокое усвоение права как необходимого регулятора общественной жизни, повысить качество правового регулирования и уровня системы юридических актов, вытеснить из общества поведение, не согласующееся с правом [1, с. 124].

Проводя анализ термина «ответственность», можно заметить, что он является многозначным и употребляется в самых различных смыслах. Принято различать социальную, моральную, политическую и юридическую ответственность. Социальная ответственность в данном случае является обобщающим понятием и включает все виды ответственности в обществе. Если рассматривать социальную ответственность с философской позиции, то можно заметить ее обоснование свободой воли (свободой выбора) субъекта ответственности [3, с. 66]. Если обратиться к монографии Д. А. Липинского «Проблемы юридической ответственности» (СПб., 2003), то мы видим, что автор определяет социальную ответственность как диалектическую взаимосвязь между личностью и обществом, характеризующуюся взаимными правами и обязанностями по соблюдению предписаний социальных норм, их выполнению, влекущему одобрение, поощрение, а в случаях безответственного поведения, не соответствующего предписаниям этих норм, — обязанность претерпеть неблагопри-

ятные последствия и их претерпевание. Социальная ответственность едина, но имеет различные формы реализации. Это ответственность как за прошлое, так и за будущее поведение [4, с. 5]. В соответствии с этими формами социальной ответственности являются моральная и юридическая ответственность [3, с. 66], а также политическая и религиозная ответственность. Нас интересует в первую очередь юридическая ответственность как важнейший институт любой правовой системы, один из существенных механизмов права, необходимый элемент его действия; также юридическая ответственность служит важнейшей гарантией конституционности, законности и правопорядка, реализации прав и свобод человека и гражданина [5, с. 115].

Исследованиями понятия «юридическая ответственность» ученые-правоведы и философы занимаются уже на протяжении двух с половиной тысячелетий. Восприятие юридической ответственности за это время претерпело существенную эволюцию. Так, «из института кровной мести ответственность переросла в наказание конкретного субъекта правонарушения, обогатилась и конкретизировалась лексическая составляющая; сформировались основополагающие принципы юридической ответственности», однако по-прежнему остались дискуссионными вопросы, посвященные «дефиниции юридической ответственности как единого правового явления, и, как следствие, из этого вытекающее, вопрос о наличии и вообще целесообразности введения в юридический терминологический оборот понятия “позитивная юридическая ответственность”» [6, с. 91]. На наш взгляд, термин «позитивная юридическая ответственность» уже более полувека находится в научном обороте, другое дело, что, как и раньше, так и в настоящее время, были и есть сторонники и противники данного понятия. Проблема юридической ответственности, как верно отмечают исследователи, занимает одно из центральных мест

\* © Поцелуев Е. Л., Горбунов А. Е., 2018

Поцелуев Евгений Леонидович (elp777@yandex.ru), кафедра теории и истории государства и права, руководитель Центра немецкого права, Ивановский государственный университет, 153025, Российская Федерация, г. Иваново, ул. Ермака, 39.

Горбунов Артем Евгеньевич (artem-gorbuinov-1993@mail.ru), выпускник магистратуры юридического факультета 2017 года, Ивановский государственный университет, 153025, Российская Федерация, г. Иваново, ул. Ермака, 39.



как в общей теории права, так и в отраслевых юридических науках [5, с. 115].

Дискуссионность термина «юридическая ответственность», по нашему мнению, связана с его многогранностью, а также с тем, что законодательного определения юридической ответственности не существует. Такое многообразие взглядов некоторые авторы объясняют «разнообразием методов в исследовании и анализе феномена юридической ответственности, в акцентировании каких-либо отдельных свойств или признаков юридической ответственности в целом либо отдельных ее видов» [7, с. 153].

Рассматривая юридическую ответственность, как и любой другой вид социальной ответственности, следует отметить, что она «едина и включает в себя как ответственность за будущее поведение (позитивную, добровольную) ответственность, так и ответственность за прошлое противоправное поведение (негативную, государственно-принудительную ответственность). Отличительные черты и свойства, которые выделяют юридическую ответственность среди других видов социальной ответственности, не вступают в противоречие с общими свойствами социальной ответственности» [4, с. 11].

Российские ученые по-разному определяют юридическую ответственность. Так, Н. В. Витрук под правовой (юридической) ответственностью понимает «осознание субъектом необходимости исполнения требований правовых норм (хотя эти нормы очень часто в истории человечества были юридическими, но не правовыми. — *Е. П., А. Г.*), а также наступления негативных последствий за их неисполнение» [8, с. 12]. Себя вышеназванный ученый относит к тем, кто поддерживает концепцию позитивной юридической ответственности [8, с. 22]. Л. И. Спиридонов, опираясь на идеи О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородского, пришел к выводу, что юридическая ответственность — мера «государственного принуждения, которая выражается в отрицательных последствиях для правонарушителя, наступающих в виде ограничений личного или имущественного порядка. Она — реакция общества и государства на правонарушение» [9, с. 286, 295].

В литературе распространено мнение, согласно которому можно заметить, что юридическую ответственность отождествляют с санкцией правовой нормы. По мнению О. Э. Лейста, понятие «юридическая ответственность» по своему объему шире понятия «применение санкций», так как оно включает в себя квалификацию правонарушения, гарантии достижения объективной истины по делу, применение мер пресечения, права субъекта, обвиняемого в правонарушении, основания освобождения от юридической ответственности, «состояние наказанности» при реализации штрафных санкций и др. [10, с. 102–103, 136]. Отметим, что современная теория права все-таки разграничивает (и правильно делает) различные меры (виды) государственного (государственно-правового) принуждения, в частности

меры пресечения и меры юридической ответственности, причем именно в такой последовательности. Ю. А. Денисов пришел к выводу, что сущностью юридической ответственности «является применение к правонарушителю предусмотренной санкцией правовой нормы меры государственного принуждения», и далее он пишет, что этим определением он раскрывает «прежде всего юридический аспект ответственности, лишь отчасти затрагивая ее социологические характеристики» [11]. Свою монографию «Общая теория правонарушения и ответственности (социологический и юридический аспекты)», опубликованную в 1983 г., он заканчивает следующими словами: «...ответственность как осознание и добросовестное выполнение долга должна подкрепляться неотвратимым применением всех видов санкций, включая правовые, к нарушителям возложенных на них обязанностей» [11, с. 140–141]. Во-первых, на наш взгляд, термин «применение» здесь более уместен, чем более емкая категория «реализация», включающая в себя специфическую форму реализации норм права — правоприменение. Как бы ни понимали санкцию: в узком смысле — как кару, наказание или в широком — как реакцию государства и других правоприменителей на правомерное или неправомерное поведение или деятельность, но в любом случае речь идет о властных субъектах права, т. е. о правоприменителях. Кстати, это в начале XXI в. констатировал Д. А. Липинский: «...юридическая ответственность — понятие, наиболее близкое к процессу правоприменения. Оно непосредственно связано с юридической квалификацией деяния как правомерного — одобряемого или поощряемого, так и противоправного — порицаемого, осуждаемого, влекущего применение мер государственного принуждения» [4, с. 7]. Во-вторых, в окончательном выводе книги Ю. А. Денисова можно увидеть признание двухаспектности юридической ответственности, но при явном доминировании ретроспективного подхода. Не случайно две из трех глав его труда посвящены социологическому и юридическому аспекту правонарушения и нет ни одного параграфа о правомерном поведении.

Отдельные исследователи отождествляют юридическую ответственность с наказанием. Н. С. Малеин отмечает: «...наказание — это и есть ответственность» [12, с. 30]. Другие авторы рассматривают юридическую ответственность как правоотношение между государством и гражданином, при котором государство в лице своих органов имеет право наказать правонарушителя, а он обязан претерпеть наказание. Например, такой позиции придерживался А. П. Фефелов, определяя юридическую ответственность как «свойство общественного отношения, которое проявляется в деятельности субъекта права и выражается в осознании или возможности осознания социально значимых последствий своих действий, негативная оценка которых определяется в нормах права и реализуется органами государства в процессе регулирования и охраны общественных от-

ношений, исходя из юридических функций той или иной отрасли права» [13, с. 51]. Отдельные исследователи рассматривают юридическую ответственность в рамках существующих правовых категорий. Они трактуют ее как охранительное правоотношение, как специфическую юридическую обязанность, как реализацию санкций правовых норм и т. д. [14, с. 136].

Указанные выше подходы к пониманию юридической ответственности в настоящее время воспринимаются с известной долей критичности. Рассмотрим обозначенные позиции к пониманию юридической ответственности более детально. Большая часть авторов сводит юридическую ответственность к государственному принуждению. Это связано с тем, что в литературе государственное принуждение понимают как «правовое воздействие, осуществляемое от имени государства его органами и должностными лицами в отношении субъектов права посредством вынесения специального правоприменительного акта и его исполнения с целью обеспечения надлежащего поведения субъектов в части исполнения ими своих юридических обязанностей» [15, с. 23]. Государственное принуждение представляет собой своеобразную систему, в которой различают такие его виды (меры), как превенция, пресечение, юридическая ответственность (имеется в виду только ретроспективная) и правовосстановление. Из всех указанных видов государственного принуждения только одно, а именно наказательное принуждение, выделено в системе права как самостоятельное правовое образование, определяемое как институт юридической ответственности [15, с. 23]. Даже если юридическую ответственность понимать только как негативную (ретроспективную), то и в этом случае ее нельзя ни в коем случае отождествлять с государственным (государственно-правовым) принуждением и определять лишь как государственное принуждение. Главный аргумент в пользу этого сводится к тому, что принуждение как таковое может быть применено и к лицам, которые не совершали никакого правонарушения. В конце XX в. В. Е. Черных констатировал, что в литературе юридическая ответственность и государственное принуждение «нередко либо отождествляются, либо, напротив, противопоставляются». Причины этого ученый видит в следующем: «...юридическая ответственность чаще всего определяется через различные формы государственного принуждения. Это объясняется тем, что правовая ответственность, как правило, рассматривается лишь в негативном аспекте» [16]. По мнению В. Е. Черных, «свидетельством, что ответственность и государственное принуждение — несовпадающие понятия, служит тот факт, что момент привлечения к ответственности правонарушителя и применение к нему мер государственного принуждения расходятся во времени. Установление вины и привлечение к ответственности предшествуют государственному принуждению» [16, с. 550, 551]. Во-первых, вопрос о том, с какого момента начинается юридическая ответственность, является дискуссионным и не входит в

предмет нашего исследования. Во-вторых, что в данном случае гораздо важнее, у нас иные представления о темпоральном и содержательном аспектах соотношения категорий «государственное принуждение» и «юридическая ответственность». На самом деле меры превенции и меры пресечения предшествуют ретроспективной юридической ответственности — это аксиоматично, а правовосстановительные меры для лица, которое незаконно было привлечено к юридической ответственности (например, уволено, оштрафовано, осуждено к лишению свободы), наоборот, после, поэтому в перечислении мер государственного принуждения их логично ставят на последнее место. Что касается соотношения двух понятий по объему, то, с одной стороны, принуждение в несколько раз больше, поскольку включает не только ретроспективную юридическую ответственность, но и другие вышеуказанные меры. С другой стороны, к юридической ответственности привлекает не только государство и его органы, но и муниципальные органы, любой работодатель (дисциплинарная и материальная ответственность), поэтому по субъектному составу даже ретроспективная юридическая ответственность шире государственного принуждения. При признании наличия позитивной юридической ответственности этот институт становится намного шире государственного принуждения.

Заслуживают внимания выводы, к которым пришел В. Е. Черных, сравнивая правовую ответственность с государственным принуждением:

«...во-первых, они могут совпадать на определенных этапах реализации (при привлечении лица к одному из видов ретроспективной ответственности и принятии правоприменительного акта. — *Е. П., А. Г.*), но ставить между ними знак равенства нельзя;

во-вторых, в правовой ответственности демократического общества государственное принуждение не является главным элементом (полагаем, что ежегодное совершение большого количества преступлений в ФРГ, Франции, США и ряде других стран, которые традиционно принято считать демократическими, и соответствующие принудительные меры государственных органов опровергают данный вывод. — *Е. П., А. Г.*). Таковым выступает осознанная убежденность большинства граждан в необходимости соблюдения законов, глубокая личная ответственность за состояние законности и правопорядка в стране (с этим можно согласиться, так как граждане таких стран, например, часто сообщают о различных правонарушениях; протестуют против произвола или бездействия полиции. — *Е. П., А. Г.*), за перспективу общественного развития, создание правового государства;

в-третьих, правовая ответственность в ее позитивном и ретроспективном проявлениях находится под защитой государства (наверное, под охраной и защитой государства должны находиться определенные блага, ценности — права и свободы человека и гражданина; государственная, военная, коммерческая

и иная тайна и т. п.; сам же институт ретроспективной юридической ответственности — это один из элементов данной охраны и защиты. — *Е. П., А. Г.*) И если позитивная ответственность расширяется и укрепляется, то — вторая в дальнейшем будет сужаться (так должно бы быть, но, к сожалению, к примеру, транснациональная преступность растет, усиливается в финансовом, материальном плане; международный терроризм стал более опасен в XXI в. по сравнению с ушедшим столетием. — *Е. П., А. Г.*)» [16, с. 551].

Также хотелось бы отметить тот факт, что если проанализировать виды юридической ответственности, то в двух (дисциплинарная, материальная) из пяти видов юридической ответственности государственное принуждение в традиционном его понимании как внешнее воздействие органов государственной власти отсутствует. П. П. Серков это обосновывает тем, что хотя меры юридической ответственности и устанавливает государство, но в ряде случаев такие виды ответственности, как дисциплинарная и материальная, наступают перед работодателем, когда внешнее воздействие органов государственной власти отсутствует [17, с. 43].

При характеристике подхода, связанного с отождествлением юридической ответственности с санкцией, мы видим в нем недостаток, который заключается в том, что понятие «санкция» само по себе не является четко определенным в правовой науке. Определение юридической ответственности через санкцию придает ей своего рода абстрактные очертания. Так, если, например, рассматривать санкцию как разрешение, утверждение, выражение согласия, одобрение чего-то, то есть как «дачу санкции», то она в этом случае не всегда соотносится с юридической ответственностью. Если же рассматривать санкцию как элемент правовой нормы, то она не совпадает с понятием санкции как объема неблагоприятных последствий для правонарушителя [18, с. 279].

Мнения авторов, придерживающихся той позиции, что юридическая ответственность — это своего рода наказание, представляются нам правильными, если исходить из того, что институт юридической ответственности представляет собой один из видов государственного принуждения, а именно — наказательное принуждение. Но следует помнить, что это относится только к ретроспективной юридической ответственности.

Авторы, рассматривающие юридическую ответственность как правоотношение между государством и гражданином, при котором государство в лице своих органов имеет право наказать правонарушителя, а он обязан претерпеть это наказание, забывают о том, что право всегда оперирует правоотношениями субъектов. Исходя из этого, просто ссылки на правоотношение недостаточно, требуются характеристики, выделяющие правоотношения по поводу юридической ответственности из общей массы всех правоотношений. Те ученые, которые

предлагают такое понимание юридической ответственности, не приводят соответствующие характеристики [18, с. 280].

Нам представляется наиболее удачным определение юридической ответственности, данное Д. А. Липинским, пожалуй, самым крупным экспертом в России по различным аспектам ретроспективной и позитивной юридической ответственности. Он считает, что «юридическая ответственность — это юридическая обязанность соблюдения и исполнения требований, предусмотренных нормой права, реализуемая в правомерном поведении субъектов, одобряемом или поощряемом государством, а в случае ее нарушения — обязанность правонарушителя претерпеть осуждение, ограничение прав материального или личного характера и ее реализации» [19, с. 29]. Данное определение, по нашему мнению, довольно глубоко и полно отражает сущность юридической ответственности, но оно, к сожалению, несвободно от некоторых недостатков.

Сделаем три замечания. Во-первых, неправильно делать акцент на правомерном поведении лица (это все равно, что перепутать правонарушение и ретроспективную юридическую ответственность), так как это основание позитивной юридической ответственности, но не она сама. По нашему убеждению, суть ее заключается в поощрении за такое поведение, особенно за активное правомерное поведение. Во-вторых, даже к ретроспективной юридической ответственности может привлекать не государство, а любой работодатель независимо от форм собственности, а также муниципальные органы власти. В-третьих, они же могут поощрять тех, кто этого заслуживает; кроме того, поощрение на основе действующих норм права применяется, например, в спортивных клубах (они выступают в роли работодателя в отношении спортсменов, тренеров, медперсонала и др.), федерациях и т. п. В-четвертых, не надо забывать, что при ретроспективной ответственности лишения и ограничения могут носить еще организационный характер (лишение лицензии, аннулирование регистрации политической партии и т. п.). Для нас вывод очевиден: не надо абсолютизировать роль государства в правотворчестве, правоприменении, юридической ответственности и др.

В юридической литературе «позитивную ответственность называют активной, перспективной, позитивно-умеренной, позитивно-активной, поощрительной, отождествляют с чувством долга или юридической обязанностью» [20, с. 22], а ретроспективную — негативной. Оба эти аспекта важны для нормального функционирования правовой системы и поведения индивида и деятельности юридических лиц и государства в рамках права.

Можно также встретить позиции авторов, являющихся сторонниками только ретроспективной ответственности, мотивируя свою точку зрения тем, что законодатель в нормативных правовых актах под юридической ответственностью подразумевает обязанность субъекта претерпевать всякого рода

имущественные и личностные лишения, будь то конфискация имущества, штрафы либо ограничение свободы. Мы придерживаемся другого взгляда и считаем, что необходимо выделять кроме ретроспективной юридической ответственности и позитивную, так как если внимательно проанализировать законодательство РФ, то можно заметить проявления не только ретроспективной юридической ответственности, но и позитивной, которая заключается в обозначении правильного поведения, определенных действий, то есть всего того, что мотивирует и направляет человека на законопослушное поведение [6, с. 92]. Так, например, в ст. 191 ТК РФ указываются примеры поощрения работодателем работника за труд: «...работодатель поощряет работников, добросовестно исполняющих трудовые обязанности (объявляет благодарность, выдает премию, награждает ценным подарком, почетной грамотой, представляет к званию лучшего по профессии». Статья 985 ГК РФ предусматривает вознаграждение за действие в чужом интересе: «...лицо, действия которого в чужом интересе привели к положительному для заинтересованного лица результату, имеет право на получение вознаграждения, если такое право предусмотрено законом, соглашением с заинтересованным лицом или обычаями делового оборота». УК РФ также предусматривает случаи, направляющие человека на правомерное поведение. Так, в примечании к ст. 126 УК РФ указывается, что «лицо, добровольно освободившее похищенного, освобождается от уголовной ответственности, если в его действиях не содержится иного состава преступления». Таким образом, в приведенных примерах статей нормативных правовых актов мы четко видим проявление позитивной ответственности. Также концепцию позитивной ответственности (с теми или иными модификациями) поддерживают различные ученые-правоведы: З. А. Астемиров, Б. Т. Базылев, Н. А. Боброва, Н. В. Витрук, В. А. Елеонский, Ю. И. Еременко, Т. Д. Зражевская, М. А. Краснов, В. Н. Кудрявцев, В. А. Кучинский, Д. А. Липинский, Е. А. Лукашева, Н. И. Матузов, А. С. Мордовец, Б. Л. Назаров, П. Е. Недбайло, Т. Н. Радько, В. М. Рудинский, В. А. Рыбаков, М. С. Строгович, В. А. Тархов, Е. В. Черных, А. П. Чирков, Б. С. Эбзеев, Л. С. Явич, Р. Г. Ягутян и многие другие [8, с. 22].

Негативная (ретроспективная) ответственность признается всеми учеными как следствие правонарушения. Ее можно назвать классическим видом ответственности, существующим на протяжении тысячелетий — с тех пор как возникли государство, право, законы и преступность. Смысл негативной ответственности состоит в том, что она ориентирована на анализ и оценку прошлого поведения субъекта.

Следует отметить, что категории «ретроспективность» и «перспективность» — это парные логические категории, которые неразрывно связаны и характеризуют объект относительно будущего либо прошлого. Эти термины предназначены для обо-

значения хронологического ряда событий, явлений. Всякие парные логические категории, а в данном случае это ретроспективность и перспективность, отрицают друг друга, так как они не могут в одно и то же время характеризовать один и тот же объект, который в определенный момент времени либо перспективен, либо ретроспективен.

Ретроспективность юридической ответственности всегда является следствием и наступает после того, как совершено правонарушение. Если же мы обратимся к словарям, то можем увидеть, что перспективность определяется как способность успешно развиваться в будущем. Таким образом, перспективность — это будущее юридической ответственности, а ретроспективность — это ее прошлое.

Таким образом, однозначной дефиниции юридической ответственности в правовой литературе не существует: многие правоведы остаются на консервативных позициях отрицания позитивной юридической ответственности, видя в ней лишь один из видов (одну из мер) государственного принуждения, наказания, негативных санкций, охранительных правоотношений и т. п. Но, по нашим наблюдениям, число сторонников двухаспектной юридической ответственности, включая позитивную, в отечественной юридической науке неуклонно возрастает. По нашему мнению, весомый вклад в укрепление данного подхода вносит Д. А. Липинский, его коллеги, ученики и последователи, в целом сложившаяся научная школа юридической ответственности в Тольяттинском государственном университете.

Взяв за основу его определение, дополнив и скорректировав, мы даем следующее понятие: юридическая ответственность — это право лица на одобрение, моральное и/или материальное поощрение на основе действующих норм и принципов права за активное правомерное поведение в течение определенного периода времени (позитивный, перспективный аспект) и обязанность правонарушителя претерпевать ограничения, лишения личного, организационного и материального характера (негативный, ретроспективный аспект). Сущность позитивной юридической ответственности, на наш взгляд, заключается в поощрении (наградах) за правомерное поведение, особенно за достижения, успехи, подвиги, героические поступки, добросовестный труд, отличную учебу и т. п., а суть ретроспективной ответственности — в каре, наказании, в том числе нередко она выражается в штрафах.

### Библиографический список

1. Янгунаева Ю. И. Определение понятия и признаков юридической ответственности // Вектор науки ТГУ. Серия: Юрид. науки. 2014. № 1. С. 123–125.
2. Стеблецова Л. А. Ответственность несовершеннолетних по административному праву и практика ее применения органами внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 176 с.

3. Ячменев Ю. В. Юридическая ответственность: понятие, виды и особенности // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2012. Т. 54. № 2. С. 66–74.

4. Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности / под ред. Р. Л. Хачатурова. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 387 с.

5. Баранов В. А. Понятие юридической ответственности // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитар. науки. 2007. № 2. С. 115–119.

6. Савельев Ю. М. К вопросу об актуальности позитивной юридической ответственности как формы реализации юридической ответственности // Вектор науки ТГУ. Серия: Юрид. науки. 2014. № 4. С. 91–94.

7. Погодина Н. А., Пашкевич Я. Г. К вопросу о понятии «юридическая ответственность» // Вектор науки ТГУ. 2010. № 3. С. 153–155.

8. Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности. М.: РАП, 2008. 324 с.

9. Спиридонов Л. И. Теория государства и права. М., 1995. 301 с.

10. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву: монография. М.: Изд-во Московского ун-та, 1981. 240 с.

11. Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности (социологический и юридический аспекты). Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1983. 142 с.

12. Малеин Н. С. Об институте юридической ответственности // Юридическая ответственность: проблемы и перспективы: труды по правоведению. Ученые записки Тартуского ун-та. Вып. 852. 1989. С. 30–38.

13. Фефелов П. А. Механизм уголовно-правовой охраны: основные методологические проблемы. М.: Наука, 1992. 230 с.

14. Калугина Л. В. Юридическая ответственность: понятие и сущность // Вестник академии (Московская академия предпринимательства при Правительстве Москвы). 2011. № 1. С. 136–138.

15. Вершинина С. И. Юридическая ответственность как вид государственного принуждения // Вектор науки ТГУ. 2009. № 5. С. 23–30.

16. Черных Е. В. Юридическая ответственность и государственное принуждение // Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М.: Юрист, 2006. С. 550–555.

17. Серков П. П. О понятии юридической ответственности // Журнал российского права. 2010. № 8. С. 42–49.

18. Пузикова Л. А. О понятии юридической ответственности // Наука и современность (г. Новосибирск). Секция 22. Юрид. науки. 2011. № 10-2. С. 278–281.

19. Липинский Д. А. О системе права и видах юридической ответственности // Известия вузов. Правоведение. 2003. № 2. С. 27–37.

20. Липинский Д. А. Позитивная юридическая ответственность: за и против // Право и политика. 2005. № 12. С. 21–31.

## References

1. Yangunaeva Yu. I. Opredelenie poniatia i priznakov iuridicheskoi otvetstvennosti [Definition of the concept and features of legal liability]. Vektor nauki TGU. Seria: Iurid. nauki [Vector of Science of Togliatti State University. Series: Juridical Sciences], 2014, no 1, pp. 123–125 [in Russian].

2. Stebletsova L. A. Otvetstvennost' nesovershennoletnikh po administrativnomu pravu i praktika ee primeniia organami vnutrennikh del: dis. ... kand. iurid. nauk [Responsibility of minors under administrative law and the practice of its application by the police: Candidate's of Law thesis]. M., 2005, 176 p. [in Russian].

3. Yachmenev Yu. V. Iuridicheskaiia otvetstvennost': poniatie, vidy i osobennosti [Legal responsibility: concept, types and features]. Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii [Bulletin of Saint-Petersburg University of MIA of Russia], 2012, Vol. 54, no 2, pp. 66–74 [in Russian].

4. Lipinskiy D. A. Problemy iuridicheskoi otvetstvennosti. Pod red. R. L. Khachaturova [Problems of legal responsibility. R. L. Khachaturov (Ed.)]. SPb.: Izd-vo «Iuridicheskii tsentr Press», 2003, 387 p. [in Russian].

5. Baranov V. A. Poniatie iuridicheskoi otvetstvennosti [Concept of legal liability]. Vestnik Tambovskogo universiteta. Seria: Gumanitar. Nauki [Tambov University Review. Series: Humanities], 2007, no 2, pp. 115–119 [in Russian].

6. Saveliev Yu. M. K voprosu ob aktual'nosti pozitivnoi iuridicheskoi otvetstvennosti kak formy realizatsii iuridicheskoi otvetstvennosti [On the issue of the relevance of positive legal responsibility as a form of implementation of legal liability]. Vektor nauki TGU. Seria: Iurid. nauki [Vector of Science of Togliatti State University: Series: Juridical Sciences], 2014, no 4, pp. 91–94 [in Russian].

7. Pogodina N. A., Pashkevich Ya. G. K voprosu o poniatii «iuridicheskaiia otvetstvennost'» [On the issue of the concept of «legal responsibility»]. Vektor nauki TGU. Seria: Iurid. nauki [Vector of Science of Togliatti State University: Series: Juridical Sciences], 2010, no 3, pp. 153–155 [in Russian].

8. Vitruk N. V. Obshchaia teoriia iuridicheskoi otvetstvennosti [General theory of legal responsibility]. M.: RAP, 2008, 324 p. [in Russian].

9. Spiridonov L. I. Teoriia gosudarstva i prava [Theory of state and law]. M., 1995, 301 p. [in Russian].

10. Leist O. E. Sanktsii i otvetstvennost' po sovetskomu pravu: monografiia [Sanctions and responsibility according to the Soviet law: monograph]. M.: Izd-vo Moskovskogo un-ta, 1981, 240 p. [in Russian].

11. Denisov Yu. A. Obshchaia teoriia pravonarusheniia i otvetstvennosti (sotsiologicheskii i iuridicheskii aspekty) [General theory of offense and responsibility (sociological and legal aspects)]. L.: Izd-vo Leningradskogo un-ta, 1983, 142 p. [in Russian].

12. Malein N. S. Ob institute iuridicheskoi otvetstvennosti [About institute of legal responsibility].

In: Iuridicheskaja otvetstvennost': problemy i perspektivy: trudy po pravovedeniiu. Uchenye zapiski Tartuskogo un-ta [Legal responsibility: problems and prospects: works on jurisprudence. Scientific notes of the Tartu University], Issue 852, 1989, pp. 30–38 [in Russian].

13. Fefelov P. A. Mekhanizm ugovolno-pravovoi okhrany: osnovnye metodologicheskie problemy [Mechanism of criminal and legal protection: main methodological problems]. M.: Nauka, 1992, 230 p. [in Russian].

14. Kalugina L. V. Iuridicheskaja otvetstvennost': poniatie i sushchnost' [Legal responsibility: concept and essence]. Vestnik akademii (Moskovskaia akademiia predprinimatel'stva pri Pravitel'stve Moskvyy) [Academy's Herald. Scientific journal of Moscow Academy of Entrepreneurship under Government of Moscow], 2011, no 1, pp. 136–138 [in Russian].

15. Verzhinina S. I. Iuridicheskaja otvetstvennost' kak vid gosudarstvennogo prinuzhdeniia [Legal responsibility as a kind of public enforcement]. Vektor nauki TGU [Vector of Science of Togliatti State University], 2009, no. 5, pp. 23–30 [in Russian].

16. Chernykh E. V. Iuridicheskaja otvetstvennost' i gosudarstvennoe prinuzhdenie [Legal responsibility and public

enforcement]. In: Teoriia gosudarstva i prava. Kurs lektsii. Pod red. N. I. Matuzova i A. V. Mal'ko [Theory of State and Law. Course of lectures. N. I. Matuzov and A. V. Malko (Eds.)]. M.: Iurist", 2006, pp. 550–555 [in Russian].

17. Serkov P. P. O poniatii iuridicheskoi otvetstvennosti [On the concept of legal liability]. Zhurnal rossiiskogo prava [Journal of Russian Law], 2010, no 8, pp. 42–49 [in Russian].

18. Puzikova L. A. O poniatii iuridicheskoi otvetstvennosti [On the concept of legal liability]. In: Nauka i sovremennost' (g. Novosibirsk). Sektsiia 22. Iurid. nauki [Science and modernity (Novosibirsk). Section 22. Juridical sciences], 2011, no 10-2, pp. 278–281 [in Russian].

19. Lipinskiy D. A. O sisteme prava i vidakh iuridicheskoi otvetstvennosti [On the system of law and types of legal responsibility]. Izvestia vuzov. Pravovedenie [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie], 2003, no. 2, pp. 27–37 [in Russian].

20. Lipinskiy D. A. Pozitivnaia iuridicheskaja otvetstvennost': za i protiv [Positive legal responsibility: pro et contra]. Pravo i politika [Law and Politics], 2005, no. 12, pp. 21–31 [in Russian].

*E. L. Potseluev, A. E. Gorbunov\**

#### ON THE DEFINITION OF LEGAL RESPONSIBILITY

The article critically analyzes the approaches of Soviet and modern Russian scientists to the notion of «legal responsibility». The authors prove the fallibility of the absolutization of state coercion as the main sign of legal responsibility, including retrospective, and support the idea of a two-facetedness of this institution, give its author's definition.

**Key words:** social responsibility, retroactive liability, prosecution, sanctions, state-executed coercion, positive liability, stimulating and incentive legal norms.

---

\* *Potseluev Evgeniy Leonidovich* (elp777@yandex.ru), Department of Theory and History of State and Law, head of the Centre of German Law, Ivanovo State University, 39, Yermak Street, Ivanovo, 153025, Russian Federation.

*Gorbunov Artyom Evgenievich* (artem-gorbunov-1993@mail.ru), Master of Law, Ivanovo State University, 39, Yermak Street, Ivanovo, 153025, Russian Federation.

УДК 340.13, 340.14

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-23-28

М. Ю. Спирин\*

## СООТНОШЕНИЕ ИСТОКА ПРАВА, ИСТОЧНИКА ПРАВА И ФОРМЫ ПРАВА С ПОЗИЦИИ ВОЛЕВОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВООБРАЗОВАНИЯ

В статье анализируются недостатки монистического и плюралистического подходов к проблеме соотношения источника права и формы права. Предлагается логическая конструкция взаимодействия истока права, источника права и формы права как взаимосвязанных и взаимообусловленных самостоятельных категорий на основании волевой концепции правообразования.

Истоками права определяются объективно существующие и воздействующие на субъектов правотворчества правообразующие факторы. Источником права является внешнее выражение (проявление вовне) воли субъекта правотворческой деятельности в момент принятия решения по созданию норм права и закреплению их в рамках определенной формы. Под формой права понимается формальная (формализованная) оболочка сгруппированных правовых норм, необходимая для последующей реализации права и его толкования.

Линейная логическая конструкция не совпадающих по своему значению и содержанию категорий «исток права» – «источник права» – «форма права» может быть использована для потенциальной унификации теоретических и практических позиций по соответствующей проблематике.

**Ключевые слова:** исток права, источник права, форма права, формальный источник права, монистический подход, плюралистический подход, воля субъекта правотворчества, волевая концепция правообразования.

В течение достаточно длительного времени отечественная теория права исследует многогранную проблему соотношения категорий «источник права» и «форма права». При этом периодически встречаются парадоксальные утверждения некоторых авторов об отсутствии принципиальной научной проблематики в самом соотношении этих категорий, что обычно связано с двумя обстоятельствами:

1) авторы полагают, что источники права являются синонимами элементов (видов, разновидностей) позитивного права и поэтому не должны рассматриваться как самостоятельная категория юриспруденции, являясь по существу нормативными фактами существования самого права (позиция Л. И. Петражицкого) [1, с. 191];

2) авторы считают, что форма права настолько повторяет характер и внешние очертания источника права и настолько близко отстоит от него по времени своего проявления (выражения), что различиями между этими категориями можно пренебречь (позиция С. Л. Зивса, М. И. Байтина и других сторонников монистического подхода) [2, с. 10; 3, с. 66–67]. Категории «форма права» и «источник права» воспринимаются в этом случае как, по сути, единое обозначение «способа выражения правовой нормы» [4, с. 41].

В то же время, как показывает анализ новейшей литературы по данному вопросу, основная масса современных теоретиков права данную научную проблематику соотношения признает, но в то же время производит известные дипломатические «реверан-

сы», определяя, что указанные категории в строго логическом смысле необходимо рассматривать отдельно, однако в силу невысокой практической значимости разработки самостоятельной проблемы источников права необходимо большее внимание уделять именно формальным его источникам [5; 6].

Подобная позиция отражает т. н. «плюралистический подход» к источнику права, когда эта категория может пониматься и в историческом смысле (памятник права), и в идеалистическом значении (нематериальные факторы правотворчества), и в значении материального источника права, когда речь идет о специфике социально-экономических отношений в обществе, на базе которых появляются правовые предписания. Наконец, основное внимание в рамках такого подхода уделяется категории «формальный источник права», которая воспринимается как наиболее удачная и вполне сложившаяся в современной отечественной юридической науке [7, с. 32; 8, с. 32–43].

Плюралистический подход имеет свои положительные черты, главным образом связанные с возможностью полисемантического восприятия тех сил, обстоятельств и факторов, под влиянием либо непосредственным воздействием которых право образуется и начинает проявлять свои общеобязательные нормативные свойства. В то же время, по меткому замечанию В. А. Рудковского, такой подход показывает, что источники права «проблематично не только подвести под некое общее определение, но

\* © Спирин М. Ю., 2018

Спирин Михаил Юрьевич (smy@samaradom.ru), кафедра теории и истории государства и права и международного права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, г. Самара, Московское шоссе, 34.

даже представить в виде какого-то единого класса феноменов» [9, с. 25; 10, с. 73]. В определенной степени это свидетельствует о недостаточной разработанности научной проблематики в данном вопросе (именно этим во многом объясняется известная «дипломатия» авторов), а также — о чрезмерной многозначности соответствующей категории («источник права»), которая тем не менее устоялась в рамках отечественной юридической терминологии. Именно поэтому данную категорию можно встретить в различных (плюралистических) трактовках: как первичный и вторичный источник права, как идеальный и материальный источник права, как типичный и нетипичный источник права, как текстуальный и нетекстуальный источник права, как различные виды формальных (формально-юридических) источников права. Довольно часто можно обнаружить и «дипломатическую» конструкцию «источник (форма) права», которая отражает желание авторов представить желаемое состояние внешних форм выражения права как действительное и, наоборот, существующее положение вещей в сфере нормативного правового регулирования как должное состояние.

С целью избежать повторения некоторых логических ошибок, как представляется, от монистической и плюралистической моделей восприятия категории «источник права» необходимо перейти к линейной структуре логически взаимосвязанных категорий, в которой:

а) источник права будет четко отделен от его последующей формы;

б) самому источнику будет предшествовать еще одна категория: «исток права».

Логическая цепочка «исток права» — «источник права» — «форма права» позволяет отказаться от многих неточностей при анализе самой природы возникновения и реализации правового регулирования, а также обращает внимание исследователей на истинную причину возникающих разногласий по соответствующей проблематике: различие типов правопонимания как методологических основ для восприятия как источника права, так и его многообразных форм [11, с. 29; 12, с. 75; 13, с. 68; 8, с. 8–21; 14, с. 143–144, 150; 15; 16, с. 35].

При этом принципиальную роль для существования такой логической цепочки играет категория воли, которая, по сути, является связующим звеном между объективным по своему характеру процессом правообразования, протекающим в недрах общественных отношений, и субъективными процедурами правотворческой деятельности парламента, суда etc. по созданию соответствующих форм права. Такая воля может пониматься в двух смыслах, во множественном (как коллективная воля нации, народа, общества, государства) и в единичном (как индивидуальная воля субъекта правотворческой деятельности в качестве органа государственной власти или местного самоуправления либо должностного лица такого органа).

Тем самым исток права представляет собой не что иное, как фактор объективного правообразования («фактор, участвующий в образовании права») [17, с. 345], понимание которого (и отношение к которому) полностью зависит от типа восприятия права исследователем. С точки зрения Т. В. Кашаниной, истоки права — это «обстоятельства, обусловившие появление права и его действие; ... в качестве истока права мы можем рассматривать объективную реальность» [18, с. 125]. Система таких истоков (факторов правотворчества) оказывает известное влияние на субъектов воли, уполномоченных выразить ее в юридических нормах и закрепить эти нормы в соответствующих нормативных документах. При этом сама по себе воля (в качестве *Ding an sich*) не является источником правового регулирования, но выступает необходимым фундаментом для своего же развития (движения от субъекта правотворчества к обществу) и представления вовне (для понимания ее характера). Лишь наличие уполномоченного субъекта, наделенного такой правотворческой волей, дает основание предполагать ее собственно юридическое значение.

Как писал в свое время Н. М. Коркунов, «общий источник права есть субъективный разум, или... субъективное сознание. Все другие факторы влияют на правообразование только через посредство нашего сознания. <...> Общее сознание есть лишь суммирование субъективного сознания отдельных личностей. Поэтому субъективное сознание действительно является как бы фокусом, в котором сосредотачивается действие всех факторов правообразования» [17, с. 345].

Таким образом, сам процесс проявления вовне такой воли (процесс волевыражения) выступает в качестве источника права. Например, при объявлении голосования в парламенте по проекту закона в окончательной редакции сам смысл последующей процедуры выражен в «открытии» соответствующей воли каждого отдельного депутата и всего законодательного органа в целом. При этом воля выражается вовне («открывается») достаточно быстро, *ipso facto* в течение нескольких минут существует источник права в чистом виде как процесс выражения вовне правотворческой воли уполномоченного субъекта. После того как воля выражена, подводятся итоги голосования, которые утверждаются и тем самым облекают **уже выраженную волю** в определенную форму, а именно в форму принятого закона, который далее в установленном порядке вступает в силу.

В аспекте различения источника права и формы права и особенно придания источнику права соответствующего волевого характера отчетливо проявляются гегелевские мотивы определения воли как природы права и природы всего правового регулирования как субъективной и системной человеческой деятельности.

Рассмотрим элементы обозначенной логической цепочки по отдельности.



Исток права (*origo iuris*) представляет собой саму природу правового регулирования, которую составляет устойчиво существующая и всякий раз субъективно определяемая совокупность разнообразных правообразующих факторов. Данные факторы по отношению к природе самого человека и общества могут иметь либо внешний характер (климат, географическое положение, язык общения), либо внутреннюю природу (сознание людей, психика человека, устойчивые типы и модели поведения).

Исток права оказывает объективное воздействие на формирование и видоизменение воли субъекта правотворческой деятельности. Например, социально-экономические правообразующие факторы и их элементы во многом определяют политические позиции парламента (бытие определяет сознание).

Данная категория указывает как на конкретный путь происхождения национального права, так и подчеркивает целостное значение генезиса правового регулирования, оказывает влияние на восприятие и последующее решение проблемы партикулярного и сословного права. Исток права объективно образуется в русле устойчивых закономерностей в реализации и развитии регулируемых отношений в значении: 1) их появления; 2) разумного объяснения их существования; 3) выяснения смысла (смыслов) их социального выражения.

Истоки права как факторы правообразования также могут обладать как объективным, так и субъективным характером. При этом важно отметить их: 1) глобальное, подспудное воздействие на социальные связи и 2) точечное, сюжетное влияние на качество последующего правового регулирования конкретного социального взаимодействия.

При этом степень субъективной познаваемости истока права (как правило, не обладающая высоким значением) отражает известную спорность вопроса об истоке права как правовой, а не социологической категории.

Источник права (*fons iuris*) является субъективно осознаваемой и объективно выражаемой волею конкретного субъекта правотворчества. На этом уровне правообразование как объективная категория преобразуется в правотворчество, в содержании которого отчетливо выражена воля данного субъекта. Важно понимать, что последующее документальное (формальное) закрепление этой воли определяется не типом должностного положения такого субъекта, а именно **типом характера выраженной та-ким субъектом правотворческой воли.**

Именно в таком смысле мы можем трактовать волю законодателя и ее выражение в законе, волю судьи и ее выражение в судебном прецеденте и правовой позиции, волю контрагента договора и ее выражение в содержании договора. Несколько особняком стоят долговременно выражаемая воля общества и ее закрепление в правовых обычаях и консенсуальная воля субъектов международных

отношений и ее отражение в обычаях и договорах международного права.

Принципиально важным в этом смысле является следующее замечание В. А. Рудковского: «...источником права является воля субъекта, правомочного устанавливать общеобязательные правовые предписания. Однако для того, чтобы воля могла стать правом, она должна быть выражена в надлежащей юридической форме... Воля должна быть признана источником права *еще до того* (курсив мой. — М. С.), как она воплотится в конкретный закон или другую форму права» [9, с. 26, 27; 10, с. 74].

Воля правотворящего субъекта является своеобразной медианой и нервом последующего правового регулирования, поскольку развитие правотворческой деятельности в значении видоизменения воли (и волевых свойств субъектов, ее проявляющих) определяет качество и само количество форм права в конкретной устойчивой правовой традиции и в отдельно взятой национальной правовой системе. Следовательно, развитие воли субъектов правотворчества устанавливает качество определенной правовой традиции (например, традиции законодательного кодифицированного права или традиции судебного прецедентного права).

Т. В. Кашанина под источником права понимает «волю правотворческих субъектов (через которую объективная реальность преломляется в нормах права); ...результат осознания объективных общественных потребностей посредством ряда правотворческих процедур» [18, с. 127; 19]. Тем самым категория «источник права» включает в себя созидательный аспект, а также аспект ценностный (оценочный), который определяется во многом конъюнктурными предпочтениями субъекта правотворческой деятельности и особенностями общественной оценки той социальной ситуации, в которой данный субъект находится.

Таким образом, выражение воли вовне как источник права зависит от характера и качества правообразующих факторов как истоков правового регулирования, воздействующих на субъектов, выражающих эту волю.

Форма права (*forma iuris*) может выступать в трех аспектах, а именно в качестве:

1) средства документального выражения норм старого (недействующего в данный момент времени) права (*ius vetus*);

2) средства познания, восприятия и запоминания норм современного (действующего) права (*ius novus*);

3) формального (формализованного) средства объективного отражения действующего позитивного права, нормы которого подлежат применению для регулирования социальных отношений (ключевым моментом здесь является возможность единой ссылок всех правоприменителей на установленную норму права).

Нетрудно заметить, что первые два смысла формы права носят познавательный характер (*fontes*

cognoscendi) и по этой причине часто отрицается их юридическое (нормативное) значение [14, с. 147]. Третий же смысл указывает на регулятивное (действующее, активное) содержание формы (*fontes agendi*), т. е., собственно, на то, ради чего такая форма создается и действует (именно в этом смысле в свое время М. Н. Капустин писал о законе как о «законченной норме права») [20, с. 139].

Т. В. Кашаниной формы права определяются как «формы закрепления норм права» [18, с. 124]. Таким образом, форма права является средством закрепления и документального выражения юридических норм, содержащих в себе уже выраженную (отраженную) волю субъекта правотворческой деятельности как источник права. Также, с точки зрения Кашаниной, форма права – это «резервуар, где находятся юридические нормы; то, из чего мы черпаем знания о праве» [18, с. 127].

По мнению Н. М. Коркунова и В. М. Хвостова, формы права технически выражают собой общеобязательный характер тех норм, которые в них закреплены [17, с. 343–344; 21, с. 83]. Следовательно, действующим правом можно назвать только те устойчиво существующие формы, нормы права внутри которых государством и обществом признаются обязательными к исполнению. Таким образом, обязательность является свойством именно норм права, содержащихся внутри форм права, но не наоборот. И значит, более правильным будет выражение «нормы права, выраженные в законе, имеют юридическую силу» (а не «закон имеет юридическую силу»).

Именно в таком смысле Н. М. Коркунов определяет форму права («форму объективирования юридических норм») как «признак общеобязательности нормы... в данном обществе и в данное время» [17, с. 343, 344]. При этом, с точки зрения В. М. Хвостова, «возникают и получают обязательную силу юридические нормы» именно в рамках форм права, основными среди которых автор называет закон и обычай, а также договор между государствами в международном праве [21, с. 83].

Исходя из этого, линейная конструкция «истоки права» – «источники права» – «формы права» дает возможность формирования более четкого представления о самой природе обязательности юридических норм и общеобязательности нормативных предписаний как признака объективного права в целом. Ведь в таком случае, имея в виду именно источники права (как способы выражения воле правотворческой воли соответствующих субъектов) в качестве носителей общеобязательной природы юридических норм, системы которых формируются под воздействием такой воли, мы можем исходить из их принципиального воздействия на образование именно групп норм права, которые (в силу объективной необходимости) сразу же облакаются в определенную оболочку формы права. Соответствующие формы права (закон, судебный прецедент *et al.*) имеют в этом случае лишь опосредованный характер, и их формальная обяза-

тельность есть всего лишь отражение обязательности тех норм права, которые уже входят в их состав (поскольку «пустых» формальных оболочек права также не может быть по определению).

В то же время, если придерживаться традиционного монистического подхода, сами источники (формы) права будут носить первичный (в сравнении с нормами права), обязательный к реализации полномоченными субъектами характер, а содержащиеся в них нормы права, очевидно, будут нуждаться в придании им общеобязательности со стороны таких источников как форм внешнего объективирования права. Именно в таком смысле, например, рассуждает об источниках международного права известный специалист в области теории международного права Л. П. Ануфриева [22, с. 42–44].

Последовательное рассмотрение (в порядке перечисления) форм действующего национального позитивного права, а также – права международного, как правило, создает упрощенную картину как самих этих форм, тройственное значение которых было определено *ut supra*, так и рассматриваемой проблематики соотношения форм и источников права. При этом очевидно, что каждая созданная и действующая форма права в значительной степени отражает характер соответствующего источника права и глобально определяется множеством факторов правообразования как истоков правового регулирования. Подобная ситуация может быть проиллюстрирована существованием в соответствующих широтах Мирового океана айсбергов, надводная часть которых составляет в среднем 1/8 от их массивной подводной части. Изучая состояние и развитие структуры айсберга, мы всегда должны принимать во внимание устойчивые подводные течения, которые увлекают айсберг за собой, в силу чего он может преодолевать многие сотни километров. Если соотнести надводную часть такой ледяной горы с формами права, а ее подводное окончание – с источниками (при этом течения, очевидно, окажутся подобны истокам права), то это являет собой занимательную, но тем не менее достаточно достоверную картину соотношения данных категорий в общей теории права, а также на уровне отраслей национального права.

Необходимое линейно-логическое различие истока права, источника права и формы права базируется на волевой концепции правообразования и правотворческой деятельности, аргументы которой выразительно представлены в соответствующих трудах Т. В. Кашаниной [18; 19], Н. Н. Вопленко [23] и В. А. Рудковского [9; 10].

Важно также отметить, что принципиальное различие источника права и формы права следует проводить и с учетом субъективно-темпорального критерия: наше представление об источнике права должно всегда проявляться в настоящем времени и оценивать выражающуюся волю субъекта правотворчества здесь и сейчас, а представление о форме права (в смысле

ее уже свершившегося создания) всегда определяется нами в прошедшем, перфектном времени.

Таким образом, постепенный отказ как от монистического, так и от плюралистического подходов к соотношению категорий «источник права» и «форма права» и движение в сторону признания источникового значения волевой составляющей всякой правотворческой деятельности, как представляется, будет способствовать потенциальной унификации научных взглядов и оценок соответствующих категорий, введению этих категорий в терминологический корпус действующего законодательства и в конечном итоге послужит необходимому сближению теоретических и практических позиций в сфере оценки процесса формирования нормативных средств регулирования социальных отношений и их документального (формального) закрепления.

### Библиографический список

1. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Ч. 2. М.: Юрайт, 2016. 421 с.
2. Зивс С. Л. Источники права. М.: Наука, 1981. 240 с.
3. Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е, доп. М.: Изд. дом «Право и государство», 2005. 544 с.
4. Васильева Т. А. Понятие и значение источника права // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. 2010. № 73. С. 37–44.
5. Болгова О. С. Основные источники права // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. 2009. № 92. С. 48–50.
6. Изаксон Р. А. Актуальные проблемы источников права // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2014. № 3 (70). С. 12–20.
7. Гаджинова Ф. М. Источники права и их система в современном российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 171 с.
8. Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М.: Норма, 2011. 160 с.
9. Рудковский В. А. Теория источников права: дискуссионные моменты // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 6 (107). С. 23–28.
10. Рудковский В. А. Источники права: проблемы теории // Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки. 2016. № 4 (27). С. 73–75.
11. Марченко М. Н. Источники права. М.: Проспект, 2005. 760 с.
12. Петров К. В. Об источниках и формах права в постсоветском правоведении // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 1. С. 61–75.
13. Реутов В. П. Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. № 2 (8). С. 4–70.
14. Иванюк О. А. Источники права: проблема определения // Журнал российского права. 2007. № 9 (129). С. 142–150.

15. Лапаева В. В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С. 5–15.

16. Мирошник С. В. Источник права и форма права: соотношение понятий // Пробелы в российском законодательстве: юридический журнал. 2013. № 5. С. 35–37.

17. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 430 с.

18. Кашанина Т. В. Структура права. М.: Проспект, 2013. 584 с.

19. Кашанина Т. В. Эволюция форм права // Lex Russica. 2011. № 1. С. 34–53.

20. Капустин М. Н. Теория права (юридическая догматика). Т. 1. Общая догматика. М.: Университетская типография на Страстном бульваре, 1868. 392 с.

21. Хвостов В. М. Общая теория права: элементарный очерк. Изд. 5-е. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. 152 с.

22. Ануфриева Л. П. Понятие «источник права» в международно-правовой науке: догма «классики» и современная доктрина // Современное международное право: теория и практика. М.: Оригинал-макет, 2015. 432 с.

23. Вопленко Н. Н. Очерки общей теории права. Волгоград: Изд-во Волгоградского государственного университета, 2009. 898 с.

### References

1. Petrazhitzkiy L. I. Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriej npravstvennosti. Ch. 2 [Theory of law and state in connection with the theory of morality. Part 2]. M.: Yurajt, 2016, 421 p. [in Russian].
2. Zivs S. L. Istochniki prava [Sources of law]. M.: Nauka, 1981, 240 p. [in Russian].
3. Baitin M. I. Sushhnost' prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dvux vekov). Izd. 2-e, dop. [Essence of law (contemporary normative understanding of law on the verge of two centuries). 2nd ed., enlarged]. M.: Izd. dom «Pravo i gosudarstvo», 2005, 544 p. [in Russian].
4. Vasilieva T. A. Ponyatie i znachenie istochnika prava [Concept and meaning of source of law]. Vestnik Volzhskogo universiteta im. V.N. Tatisheva [Vestnik of Volzhsky University after V. N. Tatischev], 2010, no. 73, pp. 37–44 [in Russian].
5. Bolgova O. S. Osnovny'e istochniki prava [Main sources of law]. Izvestiya Rossijskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta im. A. I. Gercena [Izvestia: Herzen University Journal of Humanities & Sciences], 2009, no. 92, pp. 48–50 [in Russian].
6. Izakson R. A. Aktual'ny'e problemy' istochnikov prava [Actual problems of the sources of law]. Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii («Vestnik of the Eastern Siberia Institute of the Ministry of the Interior of the Russian Federation»), 2014, no. 3(70), pp. 12–20 [in Russian].
7. Gadzhinova F. M. Istochniki prava i ix sistema v sovremennom rossijskom prave: dis. ... kand. jurid. nauk

[Sources of law and their system in the modern Russian law: Candidate's of Law's thesis]. M., 2004, 171 p. [in Russian].

8. Drobyshevsky S. A., Dantseva T. N. Formal'ny'e istochniki prava [Formal sources of law]. M.: Norma, 2011, 160 p. [in Russian].

9. Rudkovskiy V. A. Teoriya istochnikov prava: diskussionny'e momenty' [Theory of the sources of law: discussion points]. Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii [Saratov State Law Academy Bulletin], 2015, no. 6 (107), pp. 23–28 [in Russian].

10. Rudkovskiy V. A. Istochniki prava: problemy' teorii [Sources of law: problems of theory]. Vektor nauki TGU. Seriya: Yuridicheskie nauki [Vector of sciences. Togliatti State University. Series: Juridical Sciences], 2016, no. 4 (27), pp. 73–75 [in Russian].

11. Marchenko M. N. Istochniki prava [Sources of law]. M.: Prospekt, 2005, 760 p. [in Russian].

12. Petrov K. V. Ob istochnikax i formax prava v postsovetskom pravovedenii [About the sources and forms of law in the post-Soviet jurisprudence]. Leningradskij yuridicheskij zhurnal [Leningrad Law Journal], 2009, no. 1, pp. 61–75 [in Russian].

13. Reutov V. P. Tipy' pravoponimaniya i problema istochnikov i form prava [Types of legal understanding and the problem of sources and forms of law]. Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki [Perm University Herald. Juridical Sciences], 2010, no. 2 (8), pp. 54–70 [in Russian].

14. Ivanyuk O. A. Istochniki prava: problema opredeleniya [Sources of law: problem of definition]. Zhurnal rossijskogo prava [Journal of Russian Law], 2007, no. 9 (129), pp. 142–150 [in Russian].

15. Lapaeva V. V. Razlichny'e tipy' pravoponimaniya: analiz nauchno-prakticheskogo potentsiala [Various types of legal understanding: analysis of scientific and practical potential].

Zakonodatel'stvo i e'konomika [Law and economics], 2006, no. 4, pp. 5–15 [in Russian].

16. Miroshnik S. V. Istochnik prava i forma prava: sootnoshenie ponyatij [Source of law and form of law: correlation of concepts]. Probely' v rossijskom zakonodatel'stve: yuridicheskij zhurnal [Gaps in Russian legislation: legal journal], 2013, no. 5, pp. 35–37 [in Russian].

17. Korkunov N. M. Lekcii po obshhej teorii prava [Lectures on general theory of law]. SPb.: Yuridicheskij centr Press, 2003, 430 p. [in Russian].

18. Kashanina T. V. Struktura prava [Structure of law]. M.: Prospekt, 2013, 584 p. [in Russian].

19. Kashanina T. V. E'volyuciya form prava [Evolution of the forms of law]. Lex Russica, 2011, no. 1, pp. 34–53 [in Russian].

20. Kapustin M. N. Teoriya prava (yuridicheskaya dogmatika). T. 1. Obshhaya dogmatika [Legal theory (legal dogmatics). Vol. 1. General dogmatics]. M.: Universitetskaya tipografiya na Strastnom bul'vare, 1868, 392 p. [in Russian].

21. Khvostov V. M. Obshhaya teoriya prava: e'lementarnyj ocherk. Izd. 5-e [General theory of law: elementary sketch. 5th ed.]. M.: Knizhnyj dom «LIBROKOM», 2011, 152 p. [in Russian].

22. Anufrieva L. P. Ponyatie «istochnik prava» v mezhdunarodno-pravovoj nauke: dogma «klassiki» i sovremennaya doktrina [The concept «source of law» in international legal science: dogma of «classic» approach and modern doctrine]. In: Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo: teoriya i praktika [Contemporary international law: theory and practice]. M.: Original-maket, 2015, 432 p. [in Russian].

23. Vopenko N. N. Ocherki obshhej teorii prava [Sketches of the general theory of law]. Volgograd: Izd-vo Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta, 2009, 898 p. [in Russian].

*M. Yu. Spirin\**

#### RELATION BETWEEN INITIAL SOURCE OF LAW, SOURCE OF LAW AND FORM OF LAW ACCORDING TO WILLED LAW-MAKING CONCEPT

The author analyzes some limitations of the monistic and pluralistic approaches to the problem of correlation between the source of law and the form of law. The logical construction of interaction between the initial source of law, the source of law and the form of law as interrelated and independent categories according to willed law-making concept is proposed.

The initial sources of law are determined as the objectively existing and affecting subjects of law-making factors. The source of law is an external expression (outside action) of the will of law-making activity's subject at the moment of making a decision to create norms of law and fixing them within a certain form. As a form of law is understood the formal (formalized) shell of grouped norms of law; this shell is necessary for the subsequent realization of law and its interpretation.

This linear logical construction of the categories «initial source of law» – «source of law» – «form of law» can be used to create potential unification of some theoretical and practical positions on the appropriate issues.

**Key words:** initial source of law, source of law, form of law, formal source of law, monistic approach, pluralistic approach, will of the subject of law-making, willed law-making concept.

\* *Spirin Mikhail Yurievich* (smy@samaradom.ru), Department of Theory and History of State and Law and International Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

---

**КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО**

---

УДК 342.734

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-29-37

С. А. Осетров\*

**ФУНКЦИИ ПРЕЗИДЕНТСКОЙ ВЛАСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

В статье рассматриваются функции Президента Российской Федерации в системе публичной власти, а также предлагается классификация данных функций. Выделена, во-первых, традиционная представительская функция Президента Российской Федерации, во-вторых, специфическая функция главы Российского государства, связанная с осуществлением координации деятельности органов публичной власти и арбитража при возникновении политических конфликтов. В-третьих, выделяется функция государственного управления, осуществляемая специфическими, присущими президентской власти методами. При этом принята попытка разграничить исполнительную и президентскую власть в процессе осуществления государственного управления с указанием на то, что к конституционным функциям президентской власти относится модерирование исполнительной власти. На основе анализа функций автор статьи приходит к выводу о самостоятельной политико-правовой природе функций президентской власти, которые несвойственны иным ветвям государственной власти.

**Ключевые слова:** государственная власть, Президент Российской Федерации, президентская власть, функции президентской власти.

Выделение самостоятельной ветви президентской власти в Российской Федерации основывается на фактически сформированной в конституционных параметрах самостоятельной функциональной нагрузке, выполняемой Президентом Российской Федерации в системе государственного управления.

Ветвь государственной власти представляет собой организационно-юридическую трансформацию определенной функции государственного аппарата по управлению в обществе [1, с. 235]. По мнению В. Е. Чиркина, каждая ветвь государственной власти в ее структуре имеет особую ролевую функцию по государственному управлению [2, с. 84]. В этой связи анализ внешних проявлений ветви президентской власти предполагает и выявление особых функций президентской власти в системе власти, то есть ценностно-функционального содержания президентской власти.

Необходимо отметить, что наименование «классических ветвей государственной власти» указывает, в первую очередь на функциональную составляющую их деятельности — законодательную, исполнительную (или исполнительно-распорядительную) и судебную [2, с. 82]. Наименование президентской власти (подобное наименование в настоящее время является наиболее часто используемым в научной литературе [1, с. 240; 3, с. 326; 4, с. 252; 5, с. 473; 6, с. 264;

7, с. 154; 8, с. 11]) в этом плане производно от наименования государственной должности Российской Федерации и не раскрывает содержательно данное направление государственного властвования. Каково же функциональное содержание президентской власти, отличающее ее от иных ветвей государственной власти и придающее президентской власти самостоятельную значимую роль в системе государственного управления?

Как правило, под функцией понимается деятельность, роль объекта в рамках некоторой системы, к которой он принадлежит [9, с. 890]. В связи с этим вопрос о выделении функций ветви государственной власти на первый взгляд может показаться достаточно простым. Однако более тщательное рассмотрение данного вопроса приводит к различным затруднениям объективного и субъективного характера. Что касается вычленения и классификации функций президентской власти в Российской Федерации, то данный вопрос представляется весьма затруднительным по ряду причин, в том числе ввиду отсутствия нормативной категории функции применительно к президентской власти, неопределенности соотношения функций с конкретными полномочиями главы государства, а также участия Президента Российской Федерации в отдельных случаях в осуществлении функций иных институтов публичной власти.

---

\* © Осетров С. А., 2018

Осетров Сергей Анатольевич (sergey-lupus@mail.ru), кафедра государственного и административного права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

Все это объясняет отсутствие сложившейся доктринальной классификации функций президентской власти в Российской Федерации. У каждого исследователя президентской власти можно обнаружить собственный подход к пониманию президентской власти в содержательном плане.

К примеру, Ю. А. Дмитриев, А. М. Николаев, указывая на становление самостоятельной президентской ветви власти в Российской Федерации, анализируют ее содержание, ограничиваясь взаимоотношениями с иными ветвями власти [10, с. 356–430].

В. Н. Суворов, не проводя жестких границ различия между функциями и полномочиями, выделяет следующие направления деятельности Президента России: 1) традиционные властные полномочия главы государства; 2) функции гаранта и арбитра в системе власти; 3) осуществление исполнительной власти; 4) участие в осуществлении законодательной власти; 5) решение или участие в решении вопросов формирования судебных органов, определении их кадрового состава [11, с. 22].

Е. И. Козлова к функциям Президента относит гарантирование Конституции, прав и свобод человека и гражданина, обеспечение целостности государства, определение основных направлений внутренней и внешней политики, представительство России внутри страны и в международных отношениях. Помимо этого, в качестве важной конституционной функции Президента выделяется обеспечение осуществления полномочий федеральной государственной власти на всей территории Российской Федерации [3, с. 379–383, 388].

Е. И. Колюшин утверждает, что в систему основных функций Президента Российской Федерации входят следующие направления его деятельности: определение основных направлений внутренней и внешней политики, государственное управление, участие в законодательном процессе, консолидация общества и государства, представительство государства [4, с. 252].

В монографии О. Е. Кутафина обращается внимание, что основной характеристикой статуса Президента России выступает то, что он сочетает в себе два качества: органа государственной власти и должностного лица. При этом как орган государства он выполняет возложенные на него Конституцией России и законами функции, а в качестве высшего должностного лица он выполняет различные представительские функции. В обобщенной форме функции главы российского государства сформулированы в статье 80 Конституции Российской Федерации и включают в себя функции гаранта Конституции России, гаранта прав и свобод человека и гражданина, охраны суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной целостности, функцию обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти, определение основных на-

правлений внешней и внутренней политики, а также представительские функции [12, с. 321–340].

Таким образом, в науке конституционного права Российской Федерации до настоящего времени не сложилось единых целостных представлений о функциональном содержании президентской власти. Однако большинство конституционалистов склоняется к мысли о том, что ключевой в плане детерминации функций президентской власти является именно статья 80 Конституции Российской Федерации. Разделяя в целом данный подход, полагаем возможным отметить, что Президентом Российской Федерации осуществляется значительное количество самых разнообразных функций, которые могут быть структурированы следующим образом.

Во-первых, традиционной функцией главы государства и президентской власти выступает представительская функция. В соответствии с частью 4 статьи 80 Конституции Российской Федерации Президент Российской Федерации как глава государства представляет Российскую Федерацию внутри страны и в международных отношениях.

Во-вторых, гораздо более насыщенной выступает деятельность президентской власти в рамках исполнения своих специфических функций, которые в науке права обозначаются следующим образом. Так, Г. В. Дегтев выделяет три специфические функции президентской власти – гарантийная, арбитражно-интегративная и контрольная. Гарантийная функция при этом заключается в том, что Президент Российской Федерации – гарант Конституции, суверенитета, независимости и территориальной целостности государства, прав и свобод человека и гражданина. Арбитражно-интегративная функция объясняется необходимостью обеспечения согласованного взаимодействия, стабильного сотрудничества и единства всех ветвей государственной власти. Контрольная функция реализуется посредством отчетности Правительства перед Президентом Российской Федерации, прямого подчинения ряда министерств и ведомств главе Российского государства, а также отмены Президентом Российской Федерации нормативных актов Правительства России. В отношении парламента контроль осуществляется в рамках процедуры подписания законов, [13, с. 156–158], реализации права вето. Аналогичных взглядов придерживается и С. Г. Паречина [8, с. 13–15]. Следует отметить, что схожие функции президентской власти выделяются и французскими конституционалистами, исследующими конституционные начала государственной власти во Франции, конституционный опыт которой был активно использован и при разработке Конституции Российской Федерации. Так, Ф. Ардан указывает, что Президент Франции выполняет функции хранителя Конституции, арбитра и гаранта [14, с. 61–62].

В. А. Лебедев и В. В. Киреев отмечают, что Президент Российской Федерации в российской модели разделения власти выполняет функции ди-

рижера-арбитра, выступая при этом координатором всей преобразовательной деятельности государства. В дополнение к этому Президент Российской Федерации гарантирует стабильность политической системы [15, с. 132].

Е. И. Козлова утверждает, что принцип разделения власти предполагает наличие такого органа, который обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти, возлагаемое на Президента России [3, с. 378–383].

Часть ученых отстаивает идею особых интегративных функций президентской власти. В целом их позиция заключается в том, что Президент Российской Федерации воплощает единство государственной власти, обеспечивает конституционно-правовые механизмы и содержание генетического, структурного и функционального типов целостности государства [16, с. 248; 17, с. 8]. Профессор Б. С. Эбзеев, обращая внимание на доминирование интеграционной функции президентской власти, также отмечает наличие у главы Российского государства координационной функции, посреднической (арбитражной) функции, функции политического резерва, гарантийной функции, функции правового резерва, государственно-нотариальной функции [18, с. 212–215].

М. А. Краснов обращает внимание на то, что Президент Российской Федерации является институтом, предназначенным, во-первых, для традиционного олицетворения завершенности государственной конструкции, во-вторых, для принятия оперативных мер по защите конституционного строя, государственного суверенитета, целостности страны, а, в-третьих, что особенно важно, для независимого политического арбитража. По его мнению, статус главы государства предполагает выполнение фундаментальной роли хранителя государственности и стабилизатора политической системы. При этом модус хранителя государственности выражается в его функциях выступать в качестве гаранта Конституции России, прав и свобод человека и гражданина, принимать меры по охране суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной целостности, а также представлять Российскую Федерацию внутри страны и в международных отношениях. Модус же стабилизатора политической системы отражается главным образом в обеспечении согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти [19, с. 17–20; 20, с. 68–82]. Правда, профессор М. А. Краснов также указывает и на опасность подобного функционального статуса главы государства, позитивная реализация которого возможна в условиях, когда целью существования института президентства стали бы исключительно цели и задачи по охране, защите и в случае необходимости по восстановлению конституционного строя. Только в этом случае, по мысли ученого, можно говорить о подлинно нейтральной

власти, оберегающей конституционное государство от катаклизмов [21, с. 69].

В. И. Кайнов утверждает, что институт президентства выступает в качестве гаранта стабильности развития общества, действенного инструмента осуществления основных прав и свобод. Именно глава государства способствует сохранению преемственности власти, поддержанию правопорядка в обществе и соблюдению Конституции [22, с. 12].

Таким образом, несмотря на терминологические различия в представленных исследованиях, в науке права сформированы достаточно глубокие представления о специальных, не присущих иным ветвям власти, функциях президентской власти.

Однако на этом функции президентской власти не заканчиваются. Третий блок функций президентской власти, реализуемых главой российского государства – государственным управлением в узком смысле. Президент Российской Федерации В. В. Путин достаточно точно обозначил данное направление деятельности Президента Российской Федерации. Так, в послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 11.07.2000 отмечается, что только действующий глава государства вправе ставить перед органами власти программные задачи и только у него есть реальная возможность организовать их эффективное выполнение [23]. Наиболее последовательно и обстоятельно соответствующее функциональное содержание президентской власти описал И. Т. Беспалый. По мнению ученого, именно инициативная распорядительная властная деятельность Президента Российской Федерации является основной частью его государственно-властной деятельности. Она выражается в следующих формах: Президент Российской Федерации обращается к Федеральному Собранию Российской Федерации с ежегодными посланиями о положении в стране, об основных направлениях внешней и внутренней политики государства (статья 84 Конституции России); Президенту Российской Федерации принадлежит право законодательной инициативы (статья 84 Конституции России); он непосредственно руководит работой Правительства Российской Федерации (пункт «б» статьи 83 Конституции Российской Федерации) при том условии, что президентская и исполнительная власти отделяются; глава государства издает многочисленные указы как в порядке выполнения федеральных законов, так и по собственной инициативе в рамках принадлежащих главе государства полномочий [24, с. 156–158]. В рамках данного функционального направления деятельности президентской власти наиболее отчетливо проявляются функциональные отличия президентской власти от власти исполнительной.

Профессор С. А. Авакьян в рамках детерминации видов властных функций определил, что функция руководства общественно-политическими, народно-хозяйственными и социальными процессами наиболее свойственна применительно к Рос-

сии Президенту Российской Федерации [25, с. 72], а функция управления, предполагающая оперативное, повседневное рассмотрение вопросов хозяйственной жизни, более характерна для органов исполнительной власти.

Исполнительная власть, даже исходя из семантики данного термина, призвана в большей степени исполнять волевые проявления иных властей. Президентская власть в данном смысле, осуществляемая в рамках Конституции и действующего законодательства, реализует прежде всего собственную волю. Иные институты публичной власти не вправе давать поручения Президенту. Единственное исключение представляет Федеральное Собрание Российской Федерации, определяющее параметры функционирования всей системы публичной власти в рамках законодательной деятельности. Вместе с тем роль Президента в данном случае также не сводится к техническому исполнению предписаний федерального законодателя. Прежде всего необходимо отметить, что Конституция Российской Федерации в принципе не предусматривает принятия специального законодательного акта, регламентирующего статус главы Российского государства. Более того, в соответствии со статьей 107 Конституции Российской Федерации принятые федеральные законы в течение пяти дней направляются Президенту Российской Федерации для подписания и обнародования. При этом глава государства вправе отклонить их. Таким образом, Президент Российской Федерации не является статистом в законодательном процессе и имеет действенные правовые механизмы влияния на соответствующий процесс. Не случайны в связи с этим и те положения федеральных законов, в которых Президенту именно предлагают, а Правительству Российской Федерации поручают осуществить определенные действия (статья 41 Федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении» [26], статья 10 Федерального конституционного закона «О государственном гимне Российской Федерации» [27] и др.).

Деятельность Президента России в системе государственного управления в большей степени направлена на стимулирование деятельности иных институтов публичной власти. Для этого глава Российского государства подает необходимые «импульсы» для работы государственного механизма в том или ином направлении, а также распоряжается ресурсами иных государственных органов, прежде всего органов исполнительной власти [28, с. 129]. То, что именно президентская власть становится двигателем реформ, характерно не только для Российской Федерации. В США именно президенты становились главными инициаторами проведения крупномасштабных реформ американского общества: «Новый курс» Ф. Рузвельта, «Великое общество» Л. Джонсона, «Рейгономика» [8, с. 34]. Указанный пример США в данном случае не совсем оптимален ввиду существующей в США президент-

ской формы правления. Вместе с тем он демонстрирует особую роль Президента США именно как главы государства, лидера нации в вопросах государственного управления.

Все это свидетельствует о том, что президентская и исполнительная власть не тождественны. При этом линия разграничения между президентской и исполнительной властью лежит не только в предметно-отраслевой плоскости (президент руководит или полностью контролирует административно-политические отрасли деятельности исполнительного аппарата, а правительство несет ответственность за управление экономикой и социально-культурной сферой), как утверждают отдельные исследователи, обосновывающие идею бицефальной исполнительной власти (дуализма исполнительной власти) [29, с. 13]. Смысл различий между указанными ветвями — в содержании осуществляемой власти. Президент и правительство функционально равноуровневые и конституционно самостоятельные институты власти [30].

В то же время не стоит отрицать и того факта, что президентская и исполнительная власть в Российской Федерации весьма тесно связаны. При этом в отдельные периоды их совместного функционирования политическая конъюнктура складывалась таким образом, что исполнительная власть могла быть охарактеризована как специфическая форма власти президентской [31, с. 101]. Нельзя не согласиться в данном случае с профессором М. А. Красновым, указывающим на наличие элементов внутреннего конфликта российской властной конструкции, заключающегося в фактическом и юридическом совмещении главой Российского государства функций хранителя конституционного строя и функции партийного деятеля, связанной с реализацией отраслевой политики и полномочий по единоличному формированию Правительства Российской Федерации [32, с. 40].

Полагаем, однако, что подобная практика «подмены исполнительной власти властью президентской» не соответствует конституционной модели функционирования государственной власти. Конституция не детерминирует главу государства в качестве главы исполнительной власти. В то же время анализ Конституции Российской Федерации в части взаимоотношений Президента Российской Федерации и институтов исполнительной власти позволяет выделить дополнительную функцию президентской власти — определять параметры исполнительной власти и гарантировать ее осуществление в рамках соответствующих параметров, а также модерировать (умерять, сдерживать) [33, с. 318] ее, то есть удерживать в разумных пределах.

Что касается определения параметров осуществления исполнительной власти и гарантирования ее осуществления в рамках соответствующих параметров, то глава Российского государства в соответствии со статьей 80 Конституции Российской Федерации определяет основные направления внешней и



внутренней политики государства, обязательные для исполнения Правительством Российской Федерации. Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию, как правило, содержат значительный перечень поручений Правительству Российской Федерации. Именно глава государства осуществляет назначение с согласия Государственной думы председателя Правительства Российской Федерации, а также по предложению председателя Правительства Российской Федерации назначает на должность заместителей председателя Правительства Российской Федерации и федеральных министров. В соответствии со статьей 112 Конституции Российской Федерации Президент Российской Федерации утверждает структуру федеральных органов исполнительной власти, а также, исходя из постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 27.11.1999 № 2-П «По делу о толковании статей 71 (пункт «г»), 76 (часть 1) и 112 (часть 1) Конституции Российской Федерации» [34], регулирует вопросы системы федеральных органов исполнительной власти в части, не урегулированной законодателем. В дополнение к этому статьей 113 Конституции России предусматривается, что председатель Правительства Российской Федерации определяет основные направления деятельности Правительства Российской Федерации и организует его работу в соответствии с указами Президента Российской Федерации. Данная норма, по сути, продублирована и в статье 115 Конституции, закрепляющей, что Правительство Российской Федерации издает постановления и распоряжения, в том числе на основании нормативных указов Президента Российской Федерации.

В отношении модерирования Президентом Российской Федерации деятельности Правительства Российской Федерации Конституция устанавливает следующие действенные механизмы. Глава Российского государства вправе председательствовать на заседаниях Правительства Российской Федерации. В данном случае важно обратить внимание на то, что в Конституции России используется именно термин «имеет право», то есть речь идет о том, что соответствующая деятельность для Президента Российской Федерации не является систематической. В этом контексте также видится и прерогатива Президента Российской Федерации принимать решение об отставке Правительства Российской Федерации, освобождении от должности заместителей председателя Правительства Российской Федерации и федеральных министров. В соответствии со статьей 115 Конституции Российской Федерации Президент Российской Федерации также вправе отменить постановления и распоряжения Правительства Российской Федерации в случае их противоречия Конституции Российской Федерации, федеральным законам и указам Президента Российской Федерации.

Таким образом, анализ Конституции Российской Федерации свидетельствует о том, что функ-

ционально президентская и исполнительная власти скорее разведены. В то же время в действующем законодательстве этот вопрос не столь очевиден. Статья 32 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации» закрепляет, что Президент Российской Федерации в соответствии с Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами, федеральными законами руководит деятельностью федеральных органов исполнительной власти, ведающих вопросами обороны, безопасности, внутренних дел, юстиции, иностранных дел, предотвращения чрезвычайных ситуаций и ликвидации последствий стихийных бедствий, утверждает по представлению председателя Правительства Российской Федерации положения о них и назначает руководителей и заместителей руководителей этих органов, а также осуществляет иные полномочия как Верховный главнокомандующий Вооруженными силами Российской Федерации и председатель Совета Безопасности Российской Федерации. При этом Правительство Российской Федерации координирует деятельность соответствующих органов исполнительной власти.

Анализ статуса органов исполнительной власти свидетельствует о том, что они находятся в двойном подчинении (см., например, пункты 3, 4 Положения о Министерстве внутренних дел Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 21.12.2016 № 699 [35], пункты 1, 7, 12 Положения о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 13.10.2004 № 1313 [36], пункты 1, 2, 6, 8 Положения о Министерстве иностранных дел Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 11.07.2004 № 865 [37]).

Профессор Л. А. Нудненко отмечает, что соотношение властных президентских полномочий, с одной стороны, и полномочий федерального Правительства – с другой, в совокупности позволяет говорить о дуалистической природе исполнительной власти в Российской Федерации. По ее мнению, особенностью осуществления исполнительной власти в Российской Федерации является своеобразное разделение труда между высшим коллегиальным органом исполнительной власти и Президентом России при доминировании последнего [38, с. 107].

В то же время руководство со стороны Президента России в отношении органов исполнительной власти осуществляется только в отношении органов, входящих в «силовой блок правительства» и осуществляется также в специфических формах, присущих именно президентской власти и несвойственных власти исполнительной. В частности, именно Президент Российской Федерации инициировал недавнюю реформу министерств «силового блока», в рамках которой была образована Федеральная служба войск национальной гвардии Российской Федерации (Указ Президен-

та Российской Федерации от 05.04.2016 № 157 [39]). Названный Указ Президента Российской Федерации по своей правовой природе относится к «опережающему» нормотворчеству, что следует из преамбулы соответствующего правового акта, указывающей на его действие «впредь до принятия соответствующего федерального закона». При этом сам Президент РФ непосредственно не участвует в оперативно-исполнительской деятельности, которую осуществляют органы исполнительной власти [40, с. 114–115].

С учетом этого можно констатировать, что в современных конституционных параметрах президентская власть и исполнительная власть в России не тождественны. Президентская власть самостоятельна в организационном плане, а также имеет существенные функциональные особенности, отличающие ее от исполнительной власти.

### Библиографический список

1. Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. М.: Норма, 2005. 319 с.
2. Чиркин В. Е. Законодательная власть. М.: Норма, 2008. 335 с.
3. Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России: учеб. 4-е изд., перераб. и доп. М.: ТК «Велби»; Изд-во «Проспект», 2008. 565 с.
4. Колюшин Е. И. Конституционное право России: курс лекций. М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2006. 415 с.
5. Конституционное право России: учебник для студентов вузов / А. С. Прудников [и др.]; под ред. А. С. Прудникова, В. И. Авсеенко. 3-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. 767 с.
6. Венгеров А. Б. Теория государства и права: учеб. [для юрид. вузов]. 4-е изд., стер. М.: Омега-Л, 2007. 528 с.
7. Беспалый И. Т., Полянский В. В. Государственное право Российской Федерации: учебное пособие: в 2 ч. Часть II. 2-е изд., перераб. и доп. Самара: изд-во «Самарский университет», 2008. 539 с.
8. Паречина С. Г. Институт президентства: история и современность / под общ. ред. Е. В. Матусевича. Минск: ИСПИ, 2003. 163 с.
9. Большой энциклопедический словарь: философия, социология, религия, эзотеризм, политэкономия / гл. науч. ред. и сост. С. Ю. Солодовников. Минск: МФЦП, 2002. 1008 с.
10. Дмитриев Ю. А., Николаев А. М. Система государственной власти в России и мире: историко-правовая ретроспектива. М.: ООО «Профобразование», 2002. 839 с.
11. Суворов В. Н. Глава российского государства (правовой статус, положение в системе власти). М., 2000. 352 с.
12. Кутафин О. Е. Глава государства: монография. М.: Проспект, 2013. 560 с.
13. Дёгтев Г. В. Становление и развитие института президентства в России: теоретико-правовые и конституционные основы. М.: Юристъ, 2005. 237 с.
14. Ардан Филипп. Франция: государственная система: пер. с франц. М.: Юрид. лит., 1994. 176 с.
15. Лебедев В. А., Киреев В. В. Суверенная демократия: идеология—политика—право (теоретические аспекты). Челябинск: Челяб. гос. ун-т, 2008. 255 с.
16. Эбзеев Б. С., Красноярцев С. Л., Левакин И. В., Радченко В. И. Государственное единство и целостность Российской Федерации (конституционно-правовые проблемы) / отв. ред. Б. С. Эбзеев. М.: ЗАО «Издательство «Экономика», 2005. 574 с.
17. Плеханова Л. Н. Президент Российской Федерации в системе органов правовой охраны Конституции Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2004. 261 с.
18. Эбзеев Б. С. Конституция, власть и свобода в России: Опыт синтетического исследования. М.: Проспект, 2014. 336 с.
19. Краснов М. А. Персоналистский режим в России: опыт институционального анализа. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2006. 180 с.
20. Краснов М. А. Доктрина «подразумеваемых (скрытых) полномочий» главы государства в российской конституционно-правовой практике // Конституционный вестник. 2010. № 2(20).
21. Краснов М. А. «Нейтральная власть» Б. Констанана и «Президентский арбитраж» Ш. Де Голля // Государство и право. 2017. № 6.
22. Кайнов В. И. Институт президентства: конституционно-правовой статус: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1999. 332 с.
23. Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию «Какую Россию мы строим» // Российская газета. 2000. 11 июля.
24. Беспалый И. Т., Полянский В. В. Государственное право Российской Федерации: учебное пособие: в 2 ч. Часть II / Федеральное агентство по образованию. 2-е изд., перераб. и доп. Самара: Самарский университет, 2008. 539 с.
25. Современные проблемы организации публичной власти: монография / рук. авт. кол. и отв. ред. проф. С. А. Авакьян. М.: Юстицинформ, 2014. 596 с.
26. О чрезвычайном положении: федеральный конституционный закон от 30.05.2001 № 3-ФКЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 23. Ст. 2277.
27. О государственном гимне Российской Федерации: федеральный конституционный закон от 25.12.2000 № 3-ФКЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 52 (часть I). Ст. 5022.
28. Аккаева Х. А. Принцип разделения власти — конституционная основа построения и функционирования государственного механизма в России: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. 196 с.
29. Гаджи-Заде Э. А. Конституционные модели формы правления и институт президентства в странах СНГ: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. 227 с.
30. Окуньков Л. А. Президент и Правительство (в механизме государственной власти) // Журнал российского права. 2001. № 2.

31. Болдырева П. С. Разделение властей: теоретико-правовые аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. 164 с.
32. Краснов М. А. Искажение смысла российской Конституции – следствие несбалансированной системы власти // Конституционное право и политика: сб. материалов международной научной конференции / Юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. 28–30 марта 2012 года; отв. ред. проф. С. А. Авакьян. М.: Юрист, 2012. 800 с.
33. Словарь иностранных слов. 13-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1986. 736 с.
34. По делу о толковании статей 71 (пункт «г»), 76 (часть 1) и 112 (часть 1) Конституции Российской Федерации: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27.11.1999 № 2-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. № 6. Ст. 866.
35. Положение о Министерстве внутренних дел Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 21.12.2016 № 699 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 52. Ст. 7614.
36. Положения о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденные Указом Президента Российской Федерации от 13.10.2004 № 1313 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 42. Ст. 4108.
37. Положение о Министерстве иностранных дел Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 11.07.2004 № 865 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 28. Ст. 2880.
38. Нудненко Л. А. Система исполнительной власти в Российской Федерации: проблемы правовой регламентации: монография. М.: Юрлитинформ, 2017. 320 с.
39. Указ Президента Российской Федерации от 05.04.2016 № 157 // Российская газета. 2016. 7 апреля.
40. Правительство Российской Федерации / под ред. Т. Я. Хабриевой. М.: Норма, 2005. 608 с.
- A. S. Prudnikova, V. I. Avseenko. 3-e izd., pererab. i dop. [Constitutional law of Russia: course book for students. A. S. Prudnikov [et al.]; A. S. Prudnikov, V. I. Avseenko (Eds.). 3rd edition, revised and enlarged]. M.: IuNITI-DANA, 2007, 767 p. [in Russian].
6. Vengerov A. B. Teoriia gosudarstva i prava: ucheb. [dlia iurid. vuzov]. 4-e izd., ster. [Theory of state and law: textbook [for law schools]. 4th edition, stereotype]. M.: Omega-L, 2007, 528 p. [in Russian].
7. Bepaly I. T., Polyansky V. V. Gosudarstvennoe pravo Rossiiskoi Federatsii: uchebnoe posobie: v 2 ch. Chast' II. Federal'noe agentstvo po obrazovaniuu. 2-e izd., pererab. i dop. [State Law of the Russian Federation: in 2 parts. Part II. 2-nd edition, revised and enlarged]. Samara: izd-vo «Samarskii universitet», 2008, 539 p. [in Russian].
8. Parechina S. G. Institut prezidentstva: istoriia i sovremennost'. Pod obshch. red. E. V. Matusevicha [Institute of presidency: history and present. E. V. Matusevich (Ed.)]. Minsk: ISPI, 2003, 163 p. [in Russian].
9. Bol'shoi entsiklopedicheskii slovar': filosiifii, sotsiologiiia, religiiia, ezoterizm, politekonomiia. Glavn. nauch. red. i sost. S. Iu. Solodovnikov [Great encyclopedic dictionary: philosophy, sociology, religion, esoterism, political economy. Chief science editor and compiler S. Yu. Solodovnikov]. Minsk: MFTsP, 2002, 1008 p. [in Russian].
10. Dmitriev U. A., Nikolaev A. M. Sistema gosudarstvennoi vlasti v Rossii i mire: istoriko-pravovaia retrospektiva [System of state power in Russia and in the world: historical and legal retrospective]. M.: OOO «Profobrazovanie», 2002, 839 p. [in Russian].
11. Suvorov V. N. Glava rossiiskogo gosudarstva (pravovoi status, polozhenie v sisteme vlasti) [The head of the Russian Federation (legal status, position in the system of power)]. M., 2000, 352 p. [in Russian].
12. Kutafin O. E. Glava gosudarstva: monografiia [The head of state: monography]. M.: Prospekt, 2013, 560 p. [in Russian].
13. Degtev G. V. Stanovlenie i razvitie instituta prezidentstva v Rossii: teoretiko-pravovye i konstitutsionnye osnovy [Forming and developing of the institute of the President of Russia: theoretical and legal and constitutional bases]. M.: Iurist", 2005, 237 p. [in Russian].
14. Ardan Philippe. Frantsiia: gosudarstvennaia sistema: per. s frants. [France: state system: transl. from French]. M.: Iurid. lit., 1994, 176 p. [in Russian].
15. Lebedev V. A., Kireev V. V. Suverennaia demokratiia: ideologiiia—politika—pravo (teoreticheskie aspekty) [Sovereign democracy: ideology – politics – law (theoretical aspects)]. Chelyabinsk: Cheliab. gos. un-t, 2008, 255 p. [in Russian].
16. Ebzeev B. S., Krasnoryadtsev S. L., Levakin I. V., Radchenko I. V. Gosudarstvennoe edinstvo i tselostnost' Rossiiskoi Federatsii (konstitutsionno-pravovye problemy); отв. ред. B. S. Ebzeev [State unity and integrity of the Russian Federation (constitutional problems). B.S. Ebzeev (Ed.)]. M.: ZAO «Izdatel'stvo «Ekonomika», 2005, 574 p. [in Russian].
17. Plekhanova L. N. Prezident Rossiiskoi Federatsii v sisteme organov pravovoi okhrany Konstitutsii Rossiiskoi

## References

- Federatsii: dis. ... kand. iurid. nauk [President of Russia in the system of bodies of legal protection of the Constitution of the Russian Federation: Candidate's of Law thesis]. Tomsk, 2004, 261 p. [in Russian].
18. Ebzeev B. S. Konstitutsiia, vlast' i svoboda v Rossii: Opyt sinteticheskogo issledovaniia [Constitution, power and freedom in Russia: Experience of synthetical analyzing]. M.: Prospekt, 2014, 336 p. [in Russian].
19. Krasnov M. A. Personalistskii rezhim v Rossii: opyt institutsional'nogo analiza [Personalistic regime in Russia: experience of institutional analysis]. M.: Fond «Liberal'naia missiia», 2006, 180 p. [in Russian].
20. Krasnov M. A. Doktrina «podrazumevaemykh (skrytykh) polnomochii» glavy gosudarstva v rossiiskoi konstitutsionno-pravovoi praktike [The doctrine of the «implied (undetected) powers» of head of the state in Russian constitutional and legal practice]. Konstitutsionnyi vestnik, 2010, no. 2 (20) [in Russian].
21. Krasnov M. A. «Neitral'naia vlast'» B. Konstana i «Prezidentskii arbitrazh» Sh. De Gollia [«Neutral power» by B. Constant and «Presidential arbitration» by Ch. de Gaulle]. Gosudarstvo i pravo [State and Law], 2017, no. 6 [in Russian].
22. Kainov V. I. Institut prezidentstva: konstitutsionno-pravovoi status: dis. ... d-ra iurid. nauk [Institute of the presidency: constitutional and legal status: Doctoral of Law thesis]. SPb., 1999, 332 p. [in Russian].
23. Poslanie Prezidenta Rossiiskoi Federatsii Federal'nomu Sobraniu «Kakuiu Rossiiu my stroim» [Message of the President of the Russian Federation to the Federal Assembly «What kind of Russia do we built»]. Rossiiskaia gazeta, 2000, July 11 [in Russian].
24. Bepaly I. T., Polianskii V. V. Gosudarstvennoe pravo Rossiiskoi Federatsii: uchebnoe posobie: v 2 ch. Chast' II. 2-e izd., pererab. i dop. [State Law of the Russian Federation: in 2 parts. Part II. Federal Agency for Education. 2-nd edition, revised and enlarged]. Samara: Samarskii universitet, 2008, 539 p. [in Russian].
25. Sovremennye problemy organizatsii publichnoi vlasti. Monografiia. Ruk. avtorskogo koll. i otv. redaktor – professor S. A. Avak'ian [Contemporary problems of organizing of public authority. Monograph. Leader of the writing team and responsible editor – professor Avakyan S. A.]. M.: Iustitsinform, 2014, 596 p. [in Russian].
26. O chrezvychainom polozhenii: federal'nyi konstitutsionnyi zakon ot 30.05.2001 № 3-FKZ [On the state of emergency: federal Constitutional Law dated 30.05.2001 № 3-FKZ]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected Legislation of the Russian Federation], 2001, no. 23, Article 2277 [in Russian].
27. O gosudarstvennom gimne Rossiiskoi Federatsii: federal'nyi konstitutsionnyi zakon ot 25.12.2000 № 3-FKZ [On the national anthem of the Russian Federation: federal Constitutional Law dated 25.12.2000 № 3-FKZ]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected Legislation of the Russian Federation], 2000, no. 52 (part I), Article 5022 [in Russian].
28. Akkaeva Kh. A. Printsip razdeleniia vlasti – konstitutsionnaia osnova postroeniia i funktsionirovaniia gosudarstvennogo mekhanizma v Rossii: dis. ... kand. iurid. nauk [Principle of the division of power – constitutional base of forming and functioning of state mechanism in Russia: Candidate's of Law thesis]. SPb., 2005, 196 p. [in Russian].
29. Gadzhi-Zade E. A. Konstitutsionnye modeli formy pravleniia i institut prezidentstva v stranakh SNG: dis. ... kand. iurid. nauk [Constitutional models of the forms of government and the institute of presidency in CIS countries: Candidate's of Law thesis]. Volgograd, 2005, 227 p. [in Russian].
30. Okunkov L. A. Prezident i Pravitel'stvo (v mekhanizme gosudarstvennoi vlasti) [President and Government (in the mechanism of state power)]. Zhurnal rossiiskogo prava [Journal of Russian Law], 2001, no. 2 [in Russian].
31. Boldureva R. S. Razdelenie vlastei: teoretiko-pravovye aspekty: dis. ... kand. iurid. nauk [Division of powers: theoretical and legal aspects: Candidate's of Law thesis]. M., 1998, 164 p. [in Russian].
32. Krasnov M. A. Iskazhenie smysla rossiiskoi Konstitutsii – sledstvie nesbalansirovannoi sistemy vlasti [Distortion of a meaning of the Constitution of Russia is a result of the unbalanced system of power]. In: Konstitutsionnoe pravo i politika: sbornik materialov mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsii: Iuridicheskii fakul'tet MGU imeni M.V. Lomonosova. 28–30 marta 2012 goda. Otv. red. prof. S. A. Avak'ian [Constitutional law and politics: collection of materials of the international scientific conference: Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University. Lomonosov Moscow State University. March 28–30, 2012. S. A. Avakyan (Ed.)]. M.: Urist, 2012. 800 p.
33. Slovar' inostrannykh slov. 13 e izd., stereotip. [Dictionary of foreign words. 13th edition, stereotype]. M.: Rus. iaz., 1986, 736 p. [in Russian].
34. Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii ot 27.11.1999 № 2-P «Po delu o tolkovanii statei 71 (punkt «g»), 76 (chast' 1) i 112 (chast' 1) Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii» [The decision of the Constitutional Court of the Russian Federation dated 27.11.1999 № 2-P «With regard to case of the interpretation of articles 71 (section «Г»), 76 (part 1) and 112 (part 1) of the Constitution of the Russian Federation»]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected Legislation of the Russian Federation], 1999, no. 6, Article 866 [in Russian].
35. Polozhenie o Ministerstve vnutrennikh del Rossiiskoi Federatsii, utverzhdennoe Ukazom Prezidenta Rossiiskoi Federatsii ot 21.12.2016 № 699 [Regulations on the Ministry of the Interior of the Russian Federation, approved by the Decree of the President of Russia dated 21.12.2016 № 699]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected Legislation of the Russian Federation], 2016, no. 52, Article 7614 [in Russian].
36. Polozheniia o Ministerstve iustitsii Rossiiskoi Federatsii, utverzhdennoe Ukazom Prezidenta Rossiiskoi Federatsii ot 13.10.2004 № 1313 [Regulations on the Ministry of Justice of the Russian Federation, approved by the Decree of the President of Russia dated 13.10.2004 № 1313]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii

[Collected Legislation of the Russian Federation], 2004, no. 42, Article 4108 [in Russian].

37. Polozhenie o Ministerstve inostrannykh del Rossiiskoi Federatsii, utverzhdennoe Ukazom Prezidenta Rossiiskoi Federatsii ot 11.07.2004 № 865 [Regulations on the Ministry of Foreign Affairs, approved by the Decree of the President of Russia dated 11.07.2004 № 865]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected Legislation of the Russian Federation], 2004, no. 28, Article 2880 [in Russian].

38. Nudnenko L. A. Sistema ispolnitel'noi vlasti v Rossiiskoi Federatsii: problemy pravovoi reglamentatsii:

monografiia [System of executive power in the Russian Federation: legal regulation problems: monograph]. M.: Iurlitinform, 2017, 320 p. [in Russian].

39. Ukaz Prezidenta Rossiiskoi Federatsii ot 05.04.2016 № 157 [Decree of the President of the Russian Federation dated 05.04.2016 № 157]. Rossiiskaia gazeta, 2016, April 7 [in Russian].

40. Pravitel'stvo Rossiiskoi Federatsii. Pod red. T. Ia. Khabrievoi [Government of the Russian Federation. T. Ya. Khabrieva (Ed.)]. M.: Norma, 2005, 608 p. [in Russian].

*S. A. Osetrov\**

### **FUNCTIONS OF THE PRESIDENTIAL POWER IN THE RUSSIAN FEDERATION**

In the article the functions of the President of Russia in the system of realization of public authority are observed and classification of those functions is offered. The author of the article distinguishes in the first place traditional representational function of the President of Russia, and secondly indicates the presence of specific functions of the head of the Russian country, connected with the coordination of public authorities and arbitration of public authorities in case of political conflicts. Thirdly, function of public administration that is realized by specific inherent presidential power methods, is observed. Meanwhile the author take an attempt to distinguish executive power and presidential power in the system of public administration. So that it is supposed that presidential power have an authority to moderate the executive power. The author of the article comes to the conclusion of the independent political and law nature of the functions of presidential power, that are not peculiar to the other branches of power.

**Key words:** state power, president of Russia, presidential power, functions of presidential power.

---

\* *Osetrov Sergey Anatolievich* (sergey-lupus@mail.ru), Department of State and Administrative Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

---

**МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО**

---

УДК 341.1 / 8

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-38-46

*Duško Dimitrijević\****TERRITORIAL DISPUTES IN THE EAST CHINA SEA**

The issue of territorial delineation in the East China Sea has a geo-economics significance due to the presence of rich energy sources as well as to the intertwined interests of the coastal states and the interests of the United States, that, for strategic reasons, tends to maintain its political and military presence and control. In the last decade, China, Taiwan and Japan have intensified their territorial demands in the East China Sea over the islands that the Chinese call Diaoyu, Taiwanese Diaoyutai, and the Japanese Senkaku (hereinafter: Senkaku/Diaoyu Islands). Due to the increasingly visible escalation in mutual relations arising from different points of view regarding the sovereignty of these islands and different approaches in terms of determining the boundaries of exclusive economic zones and continental shelves, where no party wants to make concessions to the other party, the application of international law seems an inevitable mechanism for overcoming territorial disputes. In this regard, the study deals with the possibilities to resolve territorial disputes in the East China Sea in order to achieve sustainable legal solutions that would be in accordance with the international law of the sea, and whose application would ensure peace and stability in this part of the world.

**Key words:** territorial disputes, maritime delimitation, East China Sea, Senkaku/Diaoyu Islands, China, Taiwan, Japan.

**HISTORICAL FACTS AS A BASIS OF SOVEREIGNTY OVER SENKAKU/DIAOYU ISLANDS**

The dispute over the Senkaku/Diaoyu Islands originates from the distant Chinese-Japanese past. Until the 1970s, China, Taiwan and Japan had demanded sovereignty over the islands located half way from Taiwan and the southwestern end of Okinawa. According to Chinese historical artifacts, China was the first to discover and use the islands of Senkaku/Diaoyu. During the time of the Chinese dynasty Ming (from 1368-1644), this area was considered an integral part of the Chinese territory. The island of Senkaku/Diaoyu was officially mentioned in the 15th century, in a document found in the Bodleian Library in Oxford and in the book *Shun Feng Xiang Song*, published in 1403. Comprehensive evidence of the Chinese affiliation of the island of Senkaku/Diaoyu is found in numerous reports compiled by Chinese emigrants at that time, but also in naval and military charts and defensive documents in which the islands are drawn on a road leading from China to Okinawa. During the Qing dynasty (from 1644-1911), the Senkaku/Diaoyu Islands were under the jurisdiction of Taiwan, which was part of China. As the border between Senkaku/Diaoyu Islands and Okinawa in the 17th century, the area of Heishuigou was taken, which is described in historical sources as the «Black Water Zone» that cultivates the Chinese

continental plateau. Historical sources state that in 1720, the deputy of Chinese Ambassador Xu Baoguang sent a royal sign to the King of Okinawa. Working with local representatives, he succeeded in compiling a travelogue *Zhongshan Chuanxin lu*, in which the westernmost border of the kingdom of Okinawa in Kume-yima south of Heysheigh was identified on the basis of the record of the mission of Chusan. Something similar was done by the deputy ambassador, Zhou Huang, in 1756, confirming that Heishueigou represents the border between Qui Yi and Kume-jima, while envoy Li Dingyuan noticed that there was a traditional practice of sacrificing domestic animals when crossing the Okinawa basin [1].

In the talks with Japan over the sovereignty of Ryukyu Islands, Li Hongzhang, the Qing dynasty diplomat called to the fact that the Japanese writer Hayashi Shihei noticed in his illustrated geography that the Senkaku/Diaoyu Islands were not included into the composition of Ryukyu Islands. In the same period, sea charts and geographical maps of large maritime powers such as the United Kingdom, Spain, the United States of America and France portrayed the Senkaku/Diaoyu Islands with a component part of China (e.g. a geographical map called «China's latest map» in Great Britain in 1811, then a ticket was printed in the United States in 1859, etc.). A naval map of the eastern Chinese coast from Hong Kong to the Liaodong Bay built by the British

---

\* © Dimitrijević Duško, 2018

*Dimitrijević Duško* (dimitrijevic@diplomacy.bg.ac.rs), Ph.D., Professorial Fellow and former Director of the Institute of International Politics and Economics, 25, Makedonska Street, 11103, Belgrade, Serbia.

Navy in 1877 portrayed the Senkaku/Diaoyu Islands as part of Taiwan. In addition, the Senkaku/Diaoyu Islands were clearly separated from the Japanese Nansei (Nansei shotō) or Ryukyu Islands on the maritime chart. After Japan annexed the Ryukyu Islands in 1879 (renaming them to Okinawa Island), Japan began to operate more or less concealed with the aim of occupying the Senkaku/Diaoyu Island, and finally it was able to do it after the end of the Chinese–Japanese War (1894–1895).

On this occasion, the renowned Chinese state reformer Wang Tao, voiced opposition to Japanese expansionism, pointing out that Japan had no right to join Okinawa since this area was more formally in a vassal relation to the Japanese state of Satsum. However, China was too weak to resist the Japanese military force that quickly occupied the whole of Korea (which was previously China's vassal), as well as strategically important Chinese territories in southern Manchuria, the peninsula Liáodōng, Taiwan and the Pescadores/Penghy archipelago in the Taiwan Strait. The occupation of the Senkaku/Diaoyu Islands in 1895 was not regarded by China as a legal act under international law.

Japan ignored the Chinese historical and legal arguments, believing that a request for sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands stemmed from the fact that the islands were discovered in 1884 by a Japanese sailor Koga Tatsushiro who, after the discovery, asked the Japanese state to be the same lease. However, from the available historical sources relating to this case, it appears that the Japanese authorities at that time were not entirely sure of whether the Senkaku/Diaoyu Islands discovery could be a valid legal basis for the Islands to belong to Japan given that there was no clear evidence to support the merits of this requirement. Therefore, the Japanese government dispatched secret missions to establish relevant facts for the purpose of legitimizing the demand that the Senkaku/Diaoyu Islands should belong to Japan. Given that the contested islands were not inhabited or occupied by any country as «no one's land» (*terra nullius*), Japan, on the basis of a decision of the Imperial Council of Ministers on January 14, 1895, put the Senkaku/Diaoyu Islands under the administrative power of the Okinawa Prefecture. Shortly after the victory in the Sino-Japanese War, on April 17, 1895, Japan and China signed the Peace Treaty in Shimonoseki, on the basis of which Taiwan (Formosa), along with all accompanying islands, was transferred to Japan. It is interesting that the Peace Treaty of Shimonoseki did not mention that the Senkaku/Diaoyu Islands were simultaneously transferred to Japan.

From the current Chinese perspective, there are very few arguments to support the Japanese request that these islands are not occupied. According to Chinese legal opinion, there is a clear distinction between the view that the islands were «uninhabited» and the view that the islands «were not occupied». Historical sources prove the exact opposite, because before the Japanese discovery and occupation of Senkaku/Diaoyu, the islands were visited by Taiwanese fishermen whose graves have been preserved to this day. China's territorial claim is also justified by the fact that prior to the Japanese discovery

of Senkaku/Diaoyu, it carried out some state acts such as providing navigation assistance to ships, collecting medicinal herbs and fishing. After the conclusion of the Peace Treaty of Shimonoseki in 1895, the Senkaku/Diaoyu Islands came to Taiwan. By the end of the Second World War, the islands were returned to China. Notably, China persistently insists that, according to the Cairo Declaration and the Potsdam Proclamation rendered during the Second World War by Allied Powers (which Japan accepted as part of a peace treaty concluded in San Francisco in 1951), it was clearly stipulated that Japan was obliged to return China to the administration of these Islands, as well as to all other territories that Japan took over by force. In the Cairo Declaration of December 1943, Allied Powers obliged Japan to return all the territories that were seized by China forcefully. In the Potsdam Proclamation of 1945, Article 8 states that, «the provisions of the Cairo Declaration must be implemented and the sovereignty of Japan is limited to the islands of Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku, and other smaller islands». The Supreme Commander of the Allied Powers (SCAPIN) issued an instruction no. 677, which defines the administrative powers of Japan over these islands and about a thousand smaller islands, including Tsushima and Ryukyu islands north of the 30th parallel of the northern latitude. During the ceremony held on October 25, 1945, Taipei was officially returned to the Chinese Government. In a joint statement of 29 September 1972, the Government of Japan stated that, «it understands and respects the position of the Government of the People's Republic of China that Taiwan is an inalienable part of the territory of China and firmly supports its position under Article 8. The Potsdam Proclamation». In October 1945, Japan renounced the rights over Taiwan. However, the issue of territorial sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands was not explicitly solved. According to the Chinese standpoint, after the Japanese surrender at the end of the Second World War, Taiwan was returned to China along with the Senkaku/Diaoyu Islands [2].

Japan contests China's alleged argument by stating that its sovereignty on the Senkaku/Diaoyu Islands stems from Japanese continuing administration that began with the incorporation of Islands which dates back to the Sino-Japanese War and the conclusion of the Peace Treaty from Shimonoseki, and then on the basis of the absence of Chinese territorial claims in 1895–1970. Finally, Japan believes that it has sovereign rights on the Senkaku/Diaoyu Islands on the ground that they were affiliated to the group of Nansei Shoto islands which have no relation to Taiwan (whose government over Kuomintang was recognized for opportunistic reasons as a legitimate Chinese government until 1972), even with the San Francisco Peace Treaty concluded after the end of the Second World War in which China and Taiwan did not take part. The draft text of the Peace Treaty from San Francisco did not include the Senkaku/Diaoyu Islands, which shows that the creators of the Treaty did not consider that the said islands are part of the Taiwanese or Chinese territory [3, pp. 124–126]. In response to the

possible omission of Senkaku/Diaoyu Islands from the final text of the Peace Treaty, on August 15, 1951, prior to the San Francisco Conference, the Chinese government publicly announced that: «If the People's Republic of China is excluded from the preparation, formulation and signing peace treaty with Japan, regardless of its content and outcome, it would be considered unlawful and invalid by the central national authority». In September 1951, the Chinese government sent another note stating that the San Francisco Peace Treaty was illegal and invalid and that the Government of Diaoyu Islands, China's Inherent Territory [4]. For thorough understanding of this problem, it is important to note that, on the basis of the San Francisco Peace Treaty, the Nansei Islands south of the 29th parallel of the northern latitude, were placed under the care of the United Nations and the civil administration of the United States of America. The US Administration of the Ryukyu Islands (USCAR), adopted on February 29, 1952, Regulation no. 68, and then on December 25, 1953 and Proclamation no. 27, which unilaterally extend the boundaries of this area on Senkaku/Diaoyu Islands [5].

Based on the Japan-US Treaty of Establishment of the Security Area of 1960, the United States was the administrator of Okinawa, including the Senkaku/Diaoyu Islands from 1945 to 1972. Considering that there is a possibility of a different interpretation that could lead to an open territorial dispute, in August 1970, the Okinawa Assembly adopted a decision on the basis of which the Senkaku/Diaoyu Islands were declared as an integral part of the territory of Japan. This decision was supported by the National Parliament of Japan. That same year, Taiwan made an official protest, and China made similar complaints through public media demanding the return of the Senkaku/Diaoyu Islands. On 17 June 1971, Japan and the United States signed the Agreement, which envisioned the return of Okinawa. The Okinawa Reversion Agreement also included the restoration of administrative authority over the Senkaku/Diaoyu Islands from May 15, 1972. On the same day that the said Agreement was signed, the US Government issued a statement that the return of Okinawa would have no effect on the sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands. On this occasion, the Ministry of Foreign Affairs of China made a protest on December 30, 1971, stating that the alleged conduct of the United States leading to an open violation of the territorial sovereignty of China is not acceptable to China and that it would therefore be necessary that United States return China its sovereign rights over the islands. The request came after the Council for the Coordination of the Joint Research on Mineral Resources in the Asian Overseas Area, under the auspices of the UN Economic Commission for Asia and the Far East (ECAFE), geophysical measurements began in 1968 since the report in 1969 stated that the area of the epicontinental plateau between Taiwan and Japan is rich in oil. However, the transfer of administration over the Senkaku/Diaoyu Islands to Japan did not provide the United States with an argument that would confirm the transfer of sovereignty. In truth, during the administration of the Senkaku/Diaoyu Islands, the United States did not

contest the Chinese sovereignty or emphasized that Japan possessed this sovereignty. Officially, the United States insisted that the issues of sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands should be resolved between the interested parties. In October 1971, the United States declared that, «they believe that the return of the administration over the islands to Japan, from which the administration has previously been assigned, does not prejudice the enjoyment of these rights. The United States cannot extend the legal rights that Japan enjoyed prior to the transfer of island administrations, nor can they, after returning, be deprived of the rights of others who claim those rights. The United States does not belong to the islands and considers that the conflict over these islands should be resolved by the parties concerned». During the ratification of the Okinawa Reversion Agreement in 1971, the US State Department noted that the United States had a neutral position on the territorial demands of Japan and China for sovereignty over Senkaku/Diaoyu Islands. However, when the United States returned Okinawa under the sovereignty of Japan in 1972, Japan announced that they were involved in a dispute over Senkaku/Diaoyu Islands. In November 1996, Acting Deputy Assistant Secretary of Defense of the United States of America, Kurt Campbell, said that the provisions of the Treaty Establishing the Security Area between the United States and Japan of 1960 apply to the islands in question. Campbell also stated that the contractual obligation with regard to the contested islands does not mean that the United States recognizes Japanese territorial aspirations. He said: «The Agreement between the United States and Japan on the return of Okinawa to Japan explains that the Senkaku islands are under the control of Japan. This has been clearly specified by the United States for security reasons». Campbell also pointed out that the United States is not on either side in terms of the island dispute, and that the Agreement between the United States and Japan clearly lifted the border between the territory that Japan effectively operates and the territories legally belonging to Japan. The statement was interpreted as a balancing of the United States in relations between China and Japan [6, p. 155].

In connection with the above-mentioned actions of the United States and China, the Ministry of Foreign Affairs of Japan on March 8, 1972, issued a statement entitled: «The Basic View of Sovereignty over the Islands of Senkaku» [7]. That document repeated the claims of Japanese original sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands. Notably, Japan claimed that the islands were terra nullius, and that they had not belonged to Taiwan or the islands of the Pescadores before they were assigned to it by the Qing Dynasty on the basis of the Peace Treaty of Shimonoseki. China, according to the Japanese viewpoint, did not consider these islands as an integral part of Taiwan, and the islands could not have been included in the territories that Japan had renounced under the provision of article 2 of the San Francisco Peace Treaty. The Senkaku/Diaoyu Islands were placed under the administration of the United States of America as part of the Nansei Island in accordance with the provision of Article 3 of the said Peace Treaty. According



to the Japanese view, the Senkaku/Diaoyu Islands were definitely returned to Japan in accordance with the Okinawa Reversion Agreement.

This view was completely unacceptable to China, so China expressed its view that the Japanese incorporation of Senkaku/Diaoyu Islands as *terra nullius* constitutes an unlawful act of occupying a Chinese territory that had no effect in international law. The Treaty of Shimonoseki, by which Japan forced the Chinese dynasty Qing to give him Taiwan, along with all of the associated islands, including the Senkaku/Diaoyu Islands, is of no legal significance, as confirmed by the acts of the Allied Forces of the Second World War – the Cairo Declaration and the Potsdam Proclamation by which the Allied Powers obliged Japan to unconditionally return all the territories it had seized from China. The said acts clearly define the Japanese territory which does not include the Senkaku/Diaoyu Islands. These islands were not placed under the custody of the United Nations and the administration of the United States of America on the basis of the Peace Treaty from San Francisco. The United States arbitrarily extended custody to the Senkaku/Diaoyu Islands, which per se, represented the Chinese territory. The subsequent «return of administrative powers» over the Senkaku/Diaoyu Islands to Japan, represents for China an unlawful attempt by Japan to occupy the Chinese territory, which actually represents a sort of challenge to the post-war international order. However, despite open opposition, China was keen to freeze the existing conflict with Japan for some time, so in that sense, Chinese President Deng Xiaoping proclaimed a new foreign policy, «leaving aside territorial disputes» with Japan, «for the purpose of joint development» [8]. This approach led to the normalization of diplomatic relations in 1972 and signing the Treaty of Peace and Friendship in 1978. On the basis of the Treaty, the two sides agreed not to raise any further questions regarding the sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands, but to leave the issue «for resolution to future generations». However, although the resolution of the problem was left behind, the territorial dispute between China and Japan has not been unfortunately resolved to this day. The dispute came to the surface again, as rich oilfields were discovered in the areas of their unilaterally declared exclusive economic zones. From that moment on, two sides have been asking each other for the delimitation of exclusive economic zones, and then the continental shelves. Chinese estimates of potential gas reserves on the entire shelf range from 175–210 trillion cubic feet. Foreign estimates of potential oil reserves on the shelf are as high as 100 billion barrels. Chinese estimates of proven and probable gas reserves of some 17.5 trillion cubic feet on the Chinese side, much of it in the Xihu Trough. Japan and China assume rich petroleum deposits in the seabed around the disputed Islands, where the Japanese government speaks of over 94.5 billion barrels of quality oil [9].

China stands for the view that the line of demarcation must go along the edge of the epicontinental plateau that is approaching the Okinawa archipelago. On the other hand, Japan believes that the line of delimitation should

go along the central line that separates a part of the coastal area of the two countries. Japan has repeatedly accused China of exploitation near the area belonging to the Japanese exclusive economic zone. China made a proposal for joint investment in the disputed area due to these allegations. Following several unsuccessful bargaining attempts and sending military troops to the disputed areas, the Chinese state overseas oil company China National Offshore Oil Corporation, began the exploitation of gas in the Shirakaba/Chunxiao which China considers to be 4 nautical miles inside the Chinese exclusive economic zone. Since Japan did not agree with China's stated approach, and believes the site was located on the other side of the border line, Japan tried to respond to the Chinese unilateral action by guaranteeing the right to exploit its Empire Oil Company in the Teikoku Sekiyu area. However, for security reasons, this company has never started business. The Ministry of Foreign Affairs of China has filed a protest note to Japan stating that this Japanese act was qualified for an open provocation and violation of Chinese sovereign rights. In the further course of events, the above outburst between Japan led to worsening of relations between the two countries.

The dispute gradually worsened and culminated in 1992, after the promulgation of the Chinese Law on the Territorial Sea and the Outer Seas. The Japanese Ministry of Foreign Affairs strongly protested against the new Chinese Law. Considering that in this case there can be no question of a territorial dispute, Japan strengthened the request for the Senkaku/Diaoyu Islands by giving some of them to private persons. In January 2003, the Japanese government announced that it rented the island of Kuba-shima/ Huangwei Yu, back to 1972, for 20 years. Kuba-shima/ Huangwei Yu, along with Okinawa, were hired by the United States for military purposes. For allegedly preventive reasons, the remaining three islands – Uotsuri-shima/Diaoyu Dao, Minami-kojima/Nan Xiaodao and Kita-kojima/Bei Xiaodao – were rented by the government of Japan in 2002. China reacted harshly to these unilateral acts issuing a protest note. The meeting of the President of China, Hu Jintao and the Japanese Prime Minister Yasuo Fukuda in 2008 caused some melting of mutual relations.

By the Agreement on joint exploitation of gas in Shirakaba/Chunxiao and Asunaro/Longjin areas concluded on June 18, 2008, the two sides principally declared that the East China Sea should not anymore be a crack of the conflict but rather the «Sea of peace, cooperation and friendship». The Agreement literally confirmed that it did not prejudice the merits of the set territorial claims, but was an agreement on mutual «understanding» for cooperation. In this regard, China and Japan decided to no longer undertake unilateral acts related to the exploitation of oil and gas in disputed areas until a final solution is reached. Given that China had already begun to exploit gas in the Shirakaba/Chunxiao area, it sent a call to Japan to provide technological support and invest in exploitation for the purpose of jointly generated profits. In relation to the gas sites of Asunaro-

Longjin, the two countries concluded an Agreement on a common development zone of 2,700 square kilometers. The Agreement represented a milestone in improving bilateral relations between China and Japan [10]. However, due to the fact that China continued to use independently two controversial gas sources: Tianwaitian and Sankei, Japan protested that China was violating the provisions of the Agreement. For Japan, it was not acceptable that China had sovereign rights even to the area of the continental plateau almost to the Japanese island connected to the south by Okinawa, which overlaps with its exclusive economic zone of 200 nautical miles. Following the conclusion of the Agreement of 18 June 2008, along with the above-mentioned disagreement between China and Japan, the problem of South Korea's economic rights in relation to gas sources in the northern region of Asunar was also at the forefront. In addition to the above, South Korea is fighting China along the Socotra Rock offshore on which a Korean science base was built. China believes that building the base violated sovereign rights in its exclusive economic zone [11, pp. 9–12]. In 2009, China submitted to the Secretary-General of the United Nations a preliminary notice on the establishment of the external border of its continental shelf beyond the 200 nautical miles. This notification was also realized through an official request of December 14, 2012, which, on a unilateral basis, formally extended its sovereign rights to the Okinawa Basin [12].

#### **UNILATERAL ATTEMPTS TO RESOLVE TERRITORIAL DISPUTES IN THE EAST CHINA SEA**

Japan ratified the 1982 United Nation Convention of the Law of the Sea in June 1996. After that, Japan adopted the Law on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, as well as the Law on the Exclusive Economic Zone and continental shelf, which were supplemented by procedure for implementation. It also established an exclusive economic zone around the disputed Senkaku Islands. China ratified the 1982 United Nation Convention of the Law of the Sea 1996. In the ratification declaration, China confirmed its sovereignty over the territories which were mentioned in the 1992 Law on its Territorial Waters and their Contiguous Areas that included the disputed Senkaku/Diaoyu Islands. At the same time, China declared the precise location of straight baselines, which is important to delineate the Territorial Sea and the Contiguous Zone. According to the Chinese view, the straight baselines connected the base-points on the mainland coast and the outermost coastal islands [13; 14, p. 442]. In the Law it is set forth that the territorial sea extending 12 nautical miles from these baselines and from offshore islands. China's declaration of sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands does not mean evidence of sovereignty over a continental shelf or exclusive economic zone extending from the features. Given to this, the baselines for the Territorial Sea including the baseline for the disputed Islands will be announced at a future date. Japan does not agree with China's base lines. In principle, straight baselines must be drawn to satisfy

several requirements: they must not depart from the general direction of the coast, the sea areas lying within the lines must be sufficiently closely linked to the land domain to be subject to the regime of internal waters, they not be drawn to and from low-tide elevation, and shall not cut off the territorial sea of another State from the high seas of an exclusive economic zone [15, p. 6]. Both States claim their exclusive economic zones extending for 200 nautical miles (nm) from its coasts. China claims its exclusive economic zone on the basis of its continental shelf, which extends beyond Japan's declared area. From a topographical, a geomorphologic and a geological points of view, the continental shelf of the East China Sea is the continuity and underwater natural prolongation of the Chinese continent. The continental shelf of the Chinese continent ends at the Okinawa Trough. China holds that the Okinawa Trough, which does not follow the Japanese coast closely, proves that the continental shelves of China and Japan are not connected, and that the Okinawa Trough serves as a natural boundary between them. On the ground of that approach, which allows for claims up to 350 nm from the coast, China claims the area stretching extends from its coast up to the Okinawa Trough, which is within the 350 nm limit. China's continental shelf on this way represent an area which is extending throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, i.e., presumably to the Okinawa Trough [16, p. 199]. China argues that the Okinawa Trough delineates the edge of the continental margin and that the axis of the Okinawa Trough thus serves as the boundary between the continental shelves of the two States.

Japan contests the Chinese interpretation and asserts that the Okinawa Trough basically cannot be considered a natural border. It argues that the Okinawa Trough is just an incidental depression in a continuous continental margin between the two States. In essence, Okinawa is sitting on the continental shelf. For this connotation Japan cited the International Court of Justice's precedent in the Case Concerning the continental shelf (Libya vs. Malta) where the Court concluded that, if there were a fundamental discontinuity between the continental shelf areas between adjacent States, the boundary should lie along the general line of the fundamental discontinuity. Japan claims that the continental shelf boundary should be the line equidistant between the undisputed territories of the two countries. It argues that the continental shelf should extend only to 200 nm. It estimated that the exclusive economic zone of both sides overlap because the width of the East China Sea is less than 400 nm and therefore the median line drawn through the overlapping area westward of the disputed Senkaku/Diaoyu Islands should be the maritime border. Japan promulgated 200 nm of the exclusive economic zone from the straight baselines. It applies the median line method of delimitation, i.e., the line every point of which is equidistant from the nearest point on the baseline of Japan and the nearest point on the baseline from the breadth of the territorial sea pertaining to the foreign coast which is opposite the

coast of Japan. Japan's proclamation to the west and north of the Senkaku/Diaoyu Islands remained unclear. The extent of overlapping is unknown because neither China nor Japan published maps or specified exclusive economic zone with coordinates the limits of their claims in the East China Sea.

In 1998, China promulgated the Exclusive Economic Zone and Continental Shelf Act which did not mention any specific geographical areas. However, this Act opened the door for settlement with Japan on the basis of international law and in accordance with the principle of equity. On the other hand, the Japanese Law on the exclusive economic zone and continental shelf gives possibility for both sides to stipulate boundary which may be agreed as a substitute for the median line. However, as long as the border is not agreed upon by neither of the sides, for China the disputed area is therefore between the Japanese-proposed median line and the Okinawa Trough, and for Japan it is the overlapping area of the 200 nm exclusive economic zone.

#### **APPLICABLE RULES TO BOUNDARY DELIMITATION IN EAST CHINA SEA**

The delimitation of sea areas has always had an international aspect [17, p. 132]. It cannot be dependent only upon the will of Japan or China as expressed in its municipal laws which established their exclusive economic zones and continental shelf. Territorial overlapping claims of China and Japan require maritime boundary delimitation. In principle, the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law. The determination of maritime boundaries is governed by international law that has evolved through and progressive development as reflected in the 1982 United Nations Convention of the Law of the Sea [18, p. 3].

According to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, one of the two applicable rules for delimiting maritime boundaries in the East China Sea is possible. The first begins with interpretation of article 76 which defines a coastal state's continental shelf as comprising the seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. Paragraph 6 of the same article 76 provides that, on submarine ridges, the outer limit of the continental shelf shall not exceed 350 nm from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. China adheres to this rule of the natural prolongation of land territory, holding that East China Sea continental shelf is the natural extension of the Chinese continental territory. The Chinese continental-shelf claim extends all the way to the axis of the Okinawa Trough (about 350 nm from the China coast), enclosing in essence all of the oil potential resources in the East China Sea.

The second equally applicable rule safeguarded in the 1982 United Nations Convention on the Law of the

Sea for delimiting maritime boundaries, such as in the East China is by reference to the coastal States respective exclusive economic zones. Article 57 of the 1982 United Nations Convention defines a coastal State's exclusive economic zone as area which is not extending beyond 200 nm from the straight baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. Japan and China are two States with opposite coasts, and the body of waters between them is less than 400 nm in total. The width varies from 180 nm at the narrowest points to 360 nm at the widest. It is 1,300 km (or 702 nm) in length from north to south. The exclusive economic zones present a weighty overlap problem, because these areas, beyond and adjacent to their territorial sea, are subject to a specific legal regime established by the unilaterally promulgated act which is not entirely in conformity with the 1982 United Nations Convention.

The 1982 United Nations Convention contains identical provisions dealing with the delimitation of exclusive economic zone and delimitation of the continental shelf. Hypothetically, a solution is given in accordance with Article 74 and Article 83 of the 1982 United Nations Convention, which set the delimitation of the maritime zones (exclusive economic zone and continental shelf) between Japan and China as the States with opposite coast. In compliance to these rules, the delimitation should be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice [19, pp. 373–401].

First and foremost, the States are bound to apply equitable principles as part of international law to balance up the various considerations which it regards as relevant in order to produce an equitable solution. The goal of achieving an equitable solution when establishing the delimitation of both of continental shelf and of exclusive economic zones requires application of customary law [20, p. 59]. Essentially, customary international law and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea require an equitable result. A logical question arises whether it will be equitable solution if the continental shelf and exclusive economic zone share a common maritime boundary. From the recent case law, there is a trend towards delimitation of single maritime boundary for all the overlapping zones between opposite and adjacent States. Most States would regard this as a pragmatic and workable solution. Whether the boundary of the continental shelf areas and the boundary of the exclusive economic zone have to be identical, depends on the result of delimitation. Few principles of delimitation may be applied under the condition of equitable principles. The first one is the proportionality that is based upon the relationship between the lengths of the relevant coasts of States whose maritime zones have to be delimited, on the one hand, and the area of maritime space to be allocated to each of the parties by the delimitation, on the other. The second one is principle of distance that is not opposed to the principle of proportionality, a contrario, both principle are complementary and both

remain essential elements in the process of delimitation [21, p. 13]. Application of equitable principles, including abstention from refashioning nature, non-encroachment by one party on the areas appertaining to the other, respect due to all relevant circumstances and the notions that equity (*ex aequo et bono*), which does not mean that equality has to be referred on occasion of the delimitation of maritime boundaries between Japan and China [22, pp. 18; 23, pp. 56–58].

In the absence of equitable solution, the Japanese unilaterally drew a median line, which is rejected by China on the ground that it is in favour of Japan. The median line does not only turn into the Chinese side, but also turns to the west to enclose the disputed Senkaku/Diaoyu Islands on the Japanese side of the line. Japan considers all waters east of this unilaterally drawn median line to be Japanese territory. China argues that the delimitation should be effected only by agreement, and that agreement through consultation takes precedence over the equidistant line principle. Its representatives pointed out, that median line or equidistance line is only a method in the delimitation of the sea, which should not be defined as the method that must be adopted, still less as the principle for the delimitation [24]. The delimitation of the sea should follow the fundamental principle, i.e. the equitable principle. In some cases, if equitable and reasonable results in the delimitation may be achieved by using the method of median line or equidistance line, the States concerned can apply it by agreement [25, p. 111–118].

The question of delimitation of maritime border between Japan and China in East China Sea is obviously common with the dispute over the sovereign rights to the Senkaku/Diaoyu Islands. China and Japan argue that they have inviolable sovereignty over the Islands. The disagreement over the evidence of ownership can be summarized as follows. China argues that the Senkaku/Diaoyu Islands had been part of its territory until April 17, 1895, when they were ceded to Japan after losing a war. The Chinese contend that the islands should have been returned under the terms of Article 2 of the San Francisco Treaty of 1951. Therefore, according to China, whatever happened after April 1895 cannot detract from China's longstanding claim. Japan bases its case on the contention that the islands had belonged to no country until January 1895, when they were incorporated into Japanese territory by a cabinet decision. It argues further that since that time, Japan has maintained continuous and effective control of the islands, and therefore what happened before January 1895 cannot diminish Japan's sovereignty. For the purpose of this analysis, it will be important to clarify whether these islands allow the holder State to claim an exclusive economic zone and a continental shelf. Actually, the Senkaku/Diaoyu Islands territories administered by Japan are also claimed by China. The Senkaku/Diaoyu Islands consist of five uninhabited islets and three inhospitable rocks, located just about 120 nm southwest of Okinawa. They are situated at the edge of the East China Sea's continental shelf fronting the Okinawa Trough to the south. The depth of the surrounding waters is about

100–150 meters, with the exception of a deep trough in the continental shelf just south and east of the islands, that separates them from the Ryukyu Islands. According to article 121(3) of the 1982 United Nations Convention of the Law of the Sea, rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf. Japan and China agree that the islands generate the right to a 12 nm territorial sea and to a 12 nm contiguous zone, but whereas China applies article 121(3) and thus denies the islands the right to an exclusive economic zone and continental shelf, Japan upholds such argues. It means that Japan holds that the features are islands and are therefore entitled to have continental shelves and exclusive economic zones. It thus uses them as base points for its continental shelf and exclusive economic zone claims in the East China Sea.

If Japan's interpretation of the 1982 United Nations Convention of the Law of the Sea is accepted, then it can claim up to an equidistant line with China. If China is given the title to the islands under such conditions, it could claim a continental shelf up to the Okinawa Trough, and an exclusive economic zone to an equidistant line with the nearest undisputed Japanese island. Otherwise both countries would have an overlapping continental shelf and exclusive economic zone claims extending from their nearest undisputed territory. China has not taken yet an official position on whether the Senkaku/Diaoyu Islands are a rock or an island, which means that only in the latter case the islands could be entitled to an exclusive economic zone. The answer to the question of ownership of the Senkaku/Diaoyu Islands is a prerequisite for pending to an agreement over the delimitation of the maritime border between Japan and China.

#### **POTENTIAL SOLUTIONS FOR REGULATION OF TERRITORIAL DISPUTES IN THE EAST CHINA SEA**

In accordance with the United Nations 1982 Convention on the Law of the Sea, the delimitation of the sea should be conducted first through consultation and by agreement between parties concerned. It means that in the delimitation of the East China Sea the choices of the parties concerned should be respected to the greatest extent. As long as Japan and China can reach an agreement, any method of the delimitation, provided it can be accepted by the parties concerned, is reasonable. After years of dispute over gas fields in the East China Sea, Japan and China have reached a mutual agreement announced on 18 June 2008. The agreement was made in a spirit of understanding and cooperation. In the current agreement, the two countries agreed to stand the border issue for the time being and promised to refrain from unilaterally exploiting the disputed areas until a resolution was found. The new agreement affects two of the disputed gas fields: Shirakaba/Chunxiao and Asunaro/Longjin. In the case of the Shirakaba/Chunxiao field, which China has already started to develop, Japan has been invited to invest in its development. As for the Asunaro/Longjin gas field, China and Japan have agreed on establishing a joint development zone. The agreement represents a milestone

in the improvement of bilateral relations between China and Japan [26]. Regarding delimitation of their maritime border, Japan and China are free to adopt whatever delimitation line they wish, whether that line is based on political, economic, geographic or any other kind of consideration. On the basis of the rule, the land dominates the sea; Japan and China have liberty to point out particular potential solutions for delimitation of the «inherited» maritime zones (continental shelves and exclusive economic zones). In fact, it means that Japan and China should be obliged to determine the existing facts on basis of the rules of international law which are fundamental for delimitation of maritime border of States with opposite coasts. In order to achieve an equitable solution, Japan and China should take a wider consideration of all facts, principles and rules within the context of general international law. It anticipates the principle of equidistance or different equitable principles of delimitation (historic titles or other special circumstances such is the geographic configuration, geomorphological and geological factors of the seabed and subsoil, economic factors, political and security factors, environment, present of third States, etc.). In the near future, Japan and China should make every effort to negotiate a solution on a common boundary line for both the exclusive economic zones and continental shelves. Such boundary lines between Japan and China are crucial for East Asian security and joint development of fish, minerals, and hydrocarbon resources, which greatly depends on the two regional powers. If no agreement is reached within a reasonable period of time, Japan and China should resort to the conciliation procedures provided for in Part XV of the 1982 United Nation Convention. Either State then may resort to compulsory procedures provided for in the Convention by submitting the dispute to the International Court of Justice, the International Tribunal for the Law of the Sea or to the Arbitration [27, pp. 68–77].

## SUMMARY

The previous analysis has made it clear that there are serious differences between Japan and China regarding the determination of sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands, which is a preliminary issue for the delimitation of the sovereign rights of the two States in the East China Sea. In this respect, the following differences are crucial.

Although China and Japan agree that the possession of sovereignty over islands entails the right to a territorial sea of up to 12 nautical miles and up to 12 nautical miles on the contiguous zone, they disagree about the possibility of declaring exclusive economic zones and the continental shelves. On the one hand, Japan supports China's position towards a consistent application of Article 121 (3) of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, which stipulates that the possession of cliffs and rocks in which people can not live and where it is not possible to develop independent economic life does not entail the right to declare exclusive economic zones and continental shelves. On the other hand, Japan does not consider that the Senkaku/Diaoyu Islands can not have their exclusive economic zones and the continental shelves. By this approach, Japan basically confirms that Senkaku/Diaoyu Islands is viewed as islands, and not as cliffs or rocks whose

status by law must not entail the right to proclaim those seas. If the Japanese interpretation of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea is accepted, then Japan could claim that the delineation with China in the East China Sea goes by a central line or a line of equal distance. However, in the event that it is established that China has sovereign rights over the Senkaku/Diaoyu Islands, it could require the establishment of its continental shelves all the way to the Okinawa Basin and the proclamation of its exclusive economic zone on a line of equal distance with the closest Japanese island in respect of which there is no dispute. In the case of a contrario, both States would retain territorial aspirations on the continental shelves and the exclusive economic zones of the other that overlap and stretch from their nearest territories that are not disputed. Since China has not yet taken an official stand on whether Senkaku/Diaoyu represents rocks or islands, the issue of sovereignty over the disputed sea area will be a preliminary legal issue that needs to be answered before any agreement on territorial delineation in the East China Sea is made.

Therefore, it seems clear, that China and Japan must resolve their territorial dispute by mutual consent and in accordance with the rules and principles of international law codified in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, but also contained in the customary international law. Moreover, achieving a legally sustainable solution to sovereignty over the Senkaku/Diaoyu Islands through peaceful settlement of the dispute foreseen in Chapter XV of the 1982 UN Convention, includes improving the Sino-Japanese relations that are burdened by mutual misunderstanding, nationalist animosities, geopolitical and historical rivalries [28].

## References

1. Joyman Lee. Senkaku/Diaoyu: Islands of Conflict. *History Today*, 2011, Vol. 61, no. 5. Available at: <http://www.historytoday.com/joyman-lee/senkakudiaoyu-islands-conflict> (accessed 30.09.2017) [in English].
2. Diaoyu Dao, an Inherent Territory of China. Available at: <http://english.people.com.cn/90785/7960320.html> (accessed 30.09.2017) [in English].
3. Seokwoo Lee. The 1951 San Francisco Peace Treaty with Japan and Territorial Disputes in East Asia. *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 2002, Vol. 11, no. 1 [in English].
4. Information Office of the State Council of the People's Republic of China. Available at: <http://ba.chineseembassy.org/eng/zt/dydweng/t986956.htm> (accessed 30.09.2017) [in English].
5. Treaty of Peace with Japan. 8 September 1951. 3 U.S.T. 3169 [in English].
6. Mark J. Valencia. The East China Sea Dispute: Context, Claims, Issues and Possible Solutions. *Asian perspective*, 2007, Vol. 31, no. 1 [in English].
7. The Basic View of Sovereignty over the Islands of Senkaku. Available at: [http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/basic\\_view.html](http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/basic_view.html) (accessed 17.08.2017) [in English].
8. PRC Foreign Ministry. Set Aside Dispute and Pursue Joint Development. November 17, 2000 [in English].
9. Selig Harrison Selig, ed. Seabed petroleum in Northeast Asia: Conflict or cooperation? Woodrow Wilson International Center for Scholars. Washington D.C.,

2005. Available at: [http://www.wilsoncenter.org/index.cfm?topic\\_id=1462&fuseaction=topics.documents&group\\_id=132299](http://www.wilsoncenter.org/index.cfm?topic_id=1462&fuseaction=topics.documents&group_id=132299) (accessed 25.08.2017) [in English].

10. Ralph A. Stamm. China, Japan: Getting sensible, finally. ISN Security Watch, 30 June, 2008 [in English].

11. Ji Guoxing. Maritime Jurisdiction in the Three China Seas: Options for Equitable Settlement. In: Policy Papers. Institute on Global Conflict and Cooperation. UC Berkeley, 1995 [in English].

12. Submissions to the Commission: Submission by the People's Republic of China. Available at: [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_chn\\_63\\_2012.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_chn_63_2012.htm) (accessed 30.09.2017) [in English].

13. Reisman W. M., Westerman G. S. Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation. New York, 1992 [in English].

14. Liyu Wang and Peter H. Pearse. The New Legal Regime for China's Territorial Sea. Ocean Development and International Law, 1994, Vol. 25, no. 4 [in English].

15. Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries. Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs. United Nations. New York, 2000 [in English].

16. Zhiguo Gao. China and the LOS Convention. Marine Policy, 1991 [in English].

17. Fisheries Case. Judgment of December 18th, 1951. International Court of Justice Reports, 1951 [in Russian].

18. Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index. Final act of the Third UN Conference on the Law of the Sea. UN Treaty Series, Vol. 1833 [in English].

19. Shigeru Oda. International Law of the Resources of the Sea. Recueil des Cours Académie de Droit International, 1969, Vol. 127, Vol. I [in English].

20. Delimitation in the Maritime Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway). International Court of Justice Reports, 1993 [in English].

21. Continental Shelf Case (Libya v. Malta). International Court of Justice Reports, 1985 [in English].

22. Continental Shelf Case (Tunisia v. Libya). International Court of Justice Reports, 1982 [in English].

23. Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta). International Court of Justice Reports, 1985 [in English].

24. Zhu Fenglan. The Delimitation of East China Sea Continental Shelf: Sino-Japanese Disputes from the Perspective of International Law. China International Studies, 2006 [in English].

25. Gerald H. Blake. Mediterranean Micro-Territorial Disputes and Maritime Boundary Delimitation. Il regime giuridico internazionale del Mare Mediterraneo. U. Leanza, Milano, 1987 [in English].

26. Ralph A. Stamm. China, Japan: Getting sensible, finally. ISN Security Watch, 30 June, 2008 [in Russian].

27. Duško Dimitrijević. International Law Regulation of Territorial Dispute in the East China Sea between Japan and China. Review of International Affairs, 2011, Vol. LXII, No. 1133 [in English].

28. Reinhard Drifte. Japanese-Chinese territorial disputes in the East China Sea – between military confrontation and economic cooperation. In: Working paper, Asia Research Centre, London School of Economics and Political Science. London, 2008. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/20881/> [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_chn\\_63\\_2012.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_chn_63_2012.htm) (accessed 30.09.2017) [in English].

*Душко Димитриевич\**

## ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЕ СПОРЫ В ВОСТОЧНО-КИТАЙСКОМ МОРЕ

Вопрос территориального разграничения в Восточно-Китайском море имеет геоэкономическое значение из-за наличия богатых источников энергии, а также переплетенных интересов прибрежных государств и Соединенных Штатов, которые по стратегическим причинам имеют тенденцию поддерживать политическое и военное присутствие и контроль. В последнее десятилетие Китай, Тайвань и Япония усилили свои территориальные требования в Восточно-Китайском море над островами, которые китайцы называют Дяоюй, тайваньским Дяоютай и японским Сенкаку (в дальнейшем – острова Сенкаку/Дяоюй). Из-за все более заметной эскалации взаимоотношений, возникающих из-за разных точек зрения относительно суверенитета этих островов и различных подходов к определению границ исключительных экономических зон и континентальных шельфов, где ни одна из сторон не хочет идти на уступки другой стороне, применение международного права представляется неизбежным механизмом преодоления территориальных споров. В этой связи в исследовании рассматриваются возможности разрешения территориальных споров в Восточно-Китайском море в целях обеспечения устойчивых правовых решений, которые будут соответствовать международному морскому праву и применение которых обеспечило бы мир и стабильность в этой части Земного шара.

**Ключевые слова:** территориальные споры, морская делимитация, Восточно-Китайское море, острова Сенкаку / Дяоюй, Китай, Тайвань, Япония.

\* *Димитриевич Душко* (dimitrijevicd@diplomacy.bg.ac.rs), Ph.D., профессор и экс-директор Института международной политики и экономики, 11103, Белград, ул. Македонска, 25, Сербия.

УДК 343.1

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-47-53

*Dušan Jerotijević, Zoran Jerotijević \**

## FACILITIES, PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE REPRESENTATIVES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND INTERNATIONAL OFFICIALS

International organizations represent the creations of recent times and respond to the needs of the modern world. Achieving awareness of the need for international cooperation is conditioned by economic and technological development. Bilateral interstate relations, from occasional contact to permanent interchange by diplomatic envoys, could meet the needs of the times of moderate international exchange and poor means of ties. International organizations have a special significance for tackling the contradiction between the existence of a number of sovereign states and the demands of those human activities that have global or regional exchanges and seek for a basis broader than the territory of an individual state. The simplest definition of an international organization is that they are established by an international treaty, which is ratified in accordance with the constitution established by the Member States. In addition to rare exceptions, the creation of an international organization begins with convening a conference of proxies of states, where the status of the organization is signed after the negotiations have been completed. Such conferences can precede a period in which countries agree on the important issues of a future organization. These can be raised through diplomatic channels, or negotiations at one or more previous meetings with the participation of all or some of future founders of the organization. The privileges and immunities of international organizations themselves, as subjects of international law, include the following forms: immunity from jurisdiction, inviolability of premises and archives, fiscal and currency privileges, freedom of communication.

**Key words:** international organization, cooperation, states, diplomacy, privileges.

### 1. THE CONCEPT OF INTERNATIONAL ORGANIZATION

Since international organizations came to the forefront of scientific interest, many definitions of the term «international organization» have been offered. After the great initial differences, some agreement has shown up in terms of the definition and the main elements that such a creation usually has or must have.

The simplest definition is that international organizations are established by an international treaty, which is ratified in accordance with the established procedure of the member states, and have their statutes that the constitutive elements would be reduced to the «state» and «international agreement» contained in the statute of the organization. According to another older definition, an international organization established by an international treaty, achieves international cooperation in order to meet some common interest and is directly subject to international law [1, p. 120].

A number of definitions, however, take into account another element of the term «international organization», the existence of permanent organs. It is thus claimed that an international organization is a «form of cooperation of sovereign states, based on a multilateral international treaty, which includes a relatively stable circle of participants and whose basic characteristic is the

existence of permanent organs with certain competencies and powers to act on the implementation of common goals» (Morawiecki).

An international organization often needs to have a «legal personality» and / or «will» in itself, which the theoreticians have a lot of debate about. According to some authors, on the basis of contracts, organizational cooperation is organized within an independent institutionalized community, which can have the subjectivity, possibly the formal recognition of international legal subjectivity» (Ibler); secondly, the term «international organization» means the «collectivity of states established by contract, with the statute and common authorities, which has an identity different from the identity of the member states and which is a subject of international law with the ability to conclude a contract» (Ficmoris Fitzmaurice); thirdly, it is «the union of states founded by a treaty, which has a statute and common authorities and has a legal personality different from the personality of the Member States» (El Erian).

The definitions that take into account the specific «will», presume that international organizations are «collective bodies, established by several states, whose joint declaration of will, expressed in accordance with international law, conferred on that collectivity a certain jurisdiction, which, between members produce certain

---

\* © Jerotijević Dušan, Jerotijević Zoran, 2018

*Jerotijević Dušan* (dusanjerotijevic@gmail.com), Ph.D., assistant professor, Business and Law Faculty, University Nikola Tesla Belgrade, 62-64, Cara Dušana Street, Belgrade, 11000, Serbia.

*Jerotijević Zoran* (zoranjerotijevic@gmail.com), Ph.D., full professor, Business and Law faculty, University Nikola Tesla Belgrade, 62-64, Cara Dušana Street, Belgrade, 11000, Serbia.

legal consequences «(Anzilotti); or, even more clearly: the term «organization» means that it is a group capable of continuously manifesting its «will» other than the will of the member state (Reuter).

According to the first draft of the rules of responsibility of international organizations of the International Law Commission, the term «international organization» refers to «an organization founded by a contract or other instrument governed by international law, which also has its own international legal subjectivity. International organizations can, as members, include other entities, in addition to states».

A group of authors from Serbia (Dimitrijević, Račić, Đerić, Papić, Petrović, Obradović) see the main elements of the definition of an international organization: it is a permanent form of international cooperation, it is a member of the state, although it is possible that it is another subject, it arises with the consent of the will of the states (by international treaty or other form of consent); and it has a certain autonomy in relation to members [2, p. 105].

### **1.1. The emergence of an international organization**

Unlike states that arise as soon as certain concrete conditions (territory, population, government) are implemented, and where recognition by other states is of a predominant opinion, whereas there is no constitutive but only declarative character, an international organization arises from the acquisition of legal and factual conditions. As follows from the constituent elements of the term «international organization», the legal requirement is multilateral international treaty coming effective, and in fact the creation of the statute of the foreseen bodies that start to operate.

Apart from rare exceptions, the creation of an international organization begins with convening a conference of proxies of states, where the status of the organization is signed after the negotiations are completed. Such conferences can precede a period in which countries agree on the important issues of a future organization. These can be raised through diplomatic channels, or negotiations at one or more previous meetings with the participation of all or part of future founders of the organization. Thus, the United Nations Charter, after the adoption of the London Declaration (1941), the Atlantic Charter (1941) and the United Nations Declaration (1942), was gradually formed at the Moscow Conference (1943) and the Conference in Dambarton Oaks (1944, where a draft was adopted. Finally, the final text was signed at the San Francisco Conference (1945), with the participation of all the founding states of the United Nations.

### **1.2. Statute of an international organization**

The Statute of an international organization can be adopted at an international conference convened to resolve other issues (thus the Pact of the Peoples' Party was part of the Peace Treaty ending the First World War), or at a conference whose sole task was the adoption of an organization's statute (e.g. the San Francisco Conference, 1945, a hotspot in Hot Springs, 1943, at which the

Statute of the Food and Agriculture Organization of the United Nations was adopted and signed, a conference in Bretton Woods, 1944, which adopted the statutes of the International Bank for Reconstruction and Development and the International Monetary Fund). Finally, the statute of an international organization can be adopted through an international organization and at a conference convened for this purpose (for example, the creation of the International Atomic Energy Agency in Vienna, 1956, International Finance Corporations and the International Development Association, 1955, or 1960). Regardless of the circumstances, the Statute shall be signed by the authorized representatives of the States [3, p. 89].

By signing the Statute, however, the formal conditions for the existence of an international organization have not yet been met. For this end, the statute must be ratified. Ratification is done in accordance with the laws of each state. The statute of an organization comes into force when it is ratified by a predetermined number of states.

The statutes of limited membership organizations usually enter into force when ratified by all signatory states (eg European Communities Statutes). However, this requirement is for an organization of a wider membership, especially those with a tendency toward universalism, which is difficult to achieve. Moreover, the statute's coming into force is conditioned by the ratification of a certain number or percentage of States Parties. Thus, for example, the UNESCO Statute coming into force was conditioned by the ratification by 20 state parties; the World Health Organization – by 26 States Parties; the Statute of the Organization of African Unity coming into force – by the ratification by two thirds of the signatories; and the International Bank for Reconstruction and Development and the International Monetary Fund – by ratification by those who had a total of 75 % of the capital of the respective organization. There are also cases when the statute coming into force is conditioned by the ratification by a number of states, with the number of countries with special significance in a given area found in that number.

Thus the United Nations Charter came into force after it was ratified by half of the signatories, including the five great powers of the World War II winners. The the statute coming in force fulfills the legal requirements for the emergence of an international organization. To come in force, it is necessary to fulfil a factual condition, the formation of bodies that will operate in the statute of the foreseen area. It is normal that, after the entry into force of the Statute, the highest authority comes to a meeting within a reasonable time, and then the other bodies set up by the statute start to form. However, in cases where it is considered necessary for the organization to start immediately, it is possible to create a temporary body (such as the Provisional Organization for International Civil Aviation) before the entry into force of the statute, which will operate until the final establishment of the mechanism envisaged by the statute.



## 2. PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

By means of all these instruments, privileges and immunities can be summarized in the following groups: privileges of international organizations, officials of international organizations and representatives of states with international organizations [4, p. 299–300].

The privileges and immunities of international organizations themselves, as subjects of international law, include the following forms: immunity from jurisdiction, inviolability of premises and archives, fiscal and currency privileges, freedom of communication.

### 2.1. Immunity from jurisdiction

Immunity from jurisdiction is one of the essential elements for independent functioning of international organizations. The reasons for the recognition of this institution lie in the fact that, unlike states, it cannot be defended by reciprocity measures from biased proceedings or the unjustified interference of the authorities of another state with international legal guarantees of this kind. Therefore, it is customary for international organizations and their property, regardless of where they are and who is holding them, to have «immunity from all forms of legal proceedings» [5, p. 200]. In an individual case, an international organization may waive immunity from jurisdiction: the waiver, however, must be «explicit». It does not mean consent to the compulsory execution of a court decision.

Acceptance of immunity from jurisdiction was greatly facilitated by the latest development in the course of which it created the obligation of an international organization to provide an international procedure that would achieve legal certainty at another level. In this sense, with some differences in relation to individual organizations, several procedures are envisaged. First, it is envisaged that an international organization cooperates with the appropriate authorities of the member states to facilitate the achievement of justice, the respect of police regulations, and the prevention of the abuse of the privileges and immunities of the international organization. Secondly, it is envisaged that the organization provides appropriate ways of resolving disputes arising from contracts or other disputes of a private legal character, as well as those relating to an official of an organization that enjoys immunity, unless there is a waiver of immunity.

Thirdly, with regards to officials and experts of the organization, the right, but also the duty of the Chief Administrative Officer, to waive immunity in cases where, in his opinion, the preservation of immunity would prevent the course of justice, and this waiver would not harm the interests of the organization.

### 2.2. Inviolability of rooms and archives

The inviolability of premises and archives undoubtedly finds its root in diplomatic and consular prisons and immunities. The needs for this institution stem from the necessity of protecting the freedom to consider the issues that the organization deals with, preserving the confidentiality of confidential negotiations and

correspondence, and enabling international officials to perform their functions completely independently of the interference of authorities outside the organization. The inviolability of the premises and the archives of the organization is usually proclaimed in the agreements on privileges and immunities, while the details are left to the headquarters agreements [6].

On the one hand, the state of the headquarters is obliged to ensure the smooth functioning of the organization, which means that it is obliged to take measures to protect the premises of the premises from all external influences that could act negatively. It must be taken into account, that the property of an organization is immune from search, confiscation, expropriation and other forms of disturbance, regardless of whether these are administrative, judicial or legislative measures. Finally, the organization's archive, like all its documents, is inviolable no matter where it is. It is obvious that all this is aimed at ensuring the functioning of the organization, including all forms of multilateral diplomacy within its framework, without interference by any external authority [7, p. 213–214].

On the other hand, since the authorities of the state of the country can not enter the premises of the organization, except in the case of consent and under the conditions set by the responsible person of the organization, the issue of jurisdiction in criminal matters remains open, as well as the problem of providing asylum. Regarding criminal proceedings, international organizations do not have criminal jurisdiction, nor a criminal justice organization that could pronounce and enforce criminal sanctions; Moreover, the crimes that could be encountered in the premises of an international organization in most cases would not have much to do with the law of the state of the seat. As far as the rights of asylum are concerned, agreements on privileges and immunities do not normally contain certain provisions; only a certain number of seat agreements relate to this problem, but as in the case of a seat agreement between the United Nations and the United States - it obliges the organization not to become a refuge for persons seeking to evade regulations of the host countries, the extradition that the host country should enforce or disable the normal course of legal proceedings in that country. Although usually an international organization is obliged to cooperate with the authorities of the host country in order to facilitate legal procedures that would not harm the interests of the organization, the issues of criminal jurisdiction and asylum remain partially open. In this way, the eventual conflict between the interests of the absolute inviolability of the premises of the organization and the justified interests of the host state can be solved by official contacts that will seek to reconcile both interests.

### 2.3. Fiscal and currency privileges

Fiscal and currency privileges arise from the need to make funds of an organization that are sometimes significant, bearing in mind the core business, as in the case of the International Bank for Reconstruction and Development and the International Monetary Fund,

or technical assistance activities, primarily the United Nations and the major the number of specialized institutions of protection against measures that could impose their mobility and possible financial control of the state of the headquarters over the funds provided by the Member States for the corresponding purposes.

Under the General Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, whose provisions are in principle followed by the instruments of many other international organizations, the United Nations may keep funds, gold and currency of any kind and keep accounts in any currency, and are free to «gold or currencies from one country to another ... without restrictions which may be subject to financial control, regulations or moratoria of any kind». In addition, the fiscal immunities of international organizations include the exemption from direct taxation; exemption from customs and import prohibitions and restrictions, and exemption from indirect taxes to the extent feasible.

#### **2.4. Freedom of communication**

Given the breadth of international organizations in geographical terms, but also in relation to competencies, freedom of communication is necessary for international organizations, as well as for diplomatic relations between states.

Almost all agreements on the privileges and immunities of international organizations, as well as seat agreements, in accordance with that commonly recognized need, follow the provisions of the General Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations. In accordance with these instruments, international organizations enjoy immunity from every form of censorship of official correspondence and other forms of official communications; have the right to use the code and diplomatic valise, with the treatment being the same as in diplomatic law. Finally, the organization enjoys, in the territories of the Member States, in relation to its official communications, equally favorable treatment that is accorded to governments, including their diplomatic missions, in terms of priority and price for mail, telegrams, radiograms, telephones and telephone services, or any other form of communication. However, it should be kept in mind that some agreements, including the Agreement on the Privileges and Immunities of Specialized Institutions, foresee that these provisions will not prevent the adoption of appropriate «security measures» by the state in relation to the use of the code and diplomatic valise, but which will be determined by an agreement between states and related international organizations.

### **3. PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF OFFICIALS OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS**

International officials are persons who, in accordance with the basic principles of international organizations, should, although they are nationals of individual members, act exclusively in the interest of the organization itself. In order to carry out their functions independently of the influence of the governments of the states of those whose

citizens, the state of the organization's headquarters or others are granted privileges and immunities and, as expressly indicated, in order to ensure the performance of their functions. The current international instruments, although somewhat different in formulations, contain essentially similar provisions [8, p. 250]. They are consequences of the consent of the states in terms of scope and methods of protection that are given to officials of international organizations in order to ensure the independent exercise of their duties.

The basic problem in the statutes of international organizations is dealt with similarly to Article 100 of the Charter of the United Nations: in the performance of his duties, the Secretary General and the staff will neither receive instructions from any government nor any authority outside the Organization; on the other hand, each member undertakes to respect only the international character of the responsibilities of the Secretary-General and the staff and will not seek to influence them during the performance of their duties.

Although this principle is generally accepted, in practice there are some difficulties that are reflected in the insufficiently balanced provisions of the privileges and immunities agreements and the headquarters agreements of individual organizations. The main problems do not arise so much from the unwillingness of states to gain international privileges and immunities, but rather from how many of them are difficult to accept the exemption from jurisdiction and tax privileges of their own citizens.

#### **3.1. Immunity from jurisdiction**

As a rule, they are recognized as the highest officials of international organizations (chiefs of administrative bodies, their deputies and assistants), and they are, in fact, very close to those who, under international law, are recognized as diplomatic representatives of the states. As for other officials of the administrative bodies of international organizations, immunity from jurisdiction is somewhat more limited in terms of substance. The great difference between the immunity from the jurisdiction of the highest officials and others, however, does not relate to the extent of the guaranteed immunity, or whether the act was committed in any period or during the performance of official functions.

Namely, the immunity from jurisdiction protects the most senior officials of international organizations regardless of whether they are moving within the domain of official duties or not; the immunity of other officials of administrative bodies, however, protects them only as they move within the domain of their official duties. Specifically, the highest officials of the administrative bodies of international organizations can not be held accountable before the authorities of the state in which they are located, regardless of whether they committed any offense or criminal offense during their official duties or in their free time (e.g during recreation on weekends); lower-ranking officials, however, are covered by immunity only while performing official duties.

The problem is even more complicated due to the fact that seat agreements do not regulate this matter

uniformly; sometimes, the provisions of valid agreements on privileges and immunities are taken over (as in the case of United Nations agreements Switzerland or the International Civil Aviation Organization of Canada), or the problem is left open (as in the case of the United Nations Headquarters Agreement), thereby opening the way for diverse interpretations [9, p. 199].

The fact that the situation is not regulated in the best way, and that the practice demonstrates uneven behavior is shown by the resolution of the UN General Assembly adopted at its 41st session. By the resolution of this body 41/205, namely, it was noted with concern that there is a tendency of increased violation of the privileges and immunities of the official of the United Nations, specialized agencies and related organizations, and therefore calls on the Member States to strictly adhere to the privileges and immunities of international organizations.

### **3.2. Exemption from taxation**

Exemption from taxation of salaries and other benefits that officials of international organizations receive for their work privileges which, similar to the decision adopted in the conventions on privileges and immunities of the United Nations and specialized institutions, is contained in a substantial part of the contracts on the seats of the international organizations. In a large part, it aims to avoid some of the funds that all members give to the organization to cover its costs to the host country. Exceptions to this principle are seat agreements between the United Nations and the United States, where nothing is said about this privilege, a seat agreement between the International Civil Aviation Organization and Canada, where this privilege is expressly excluded in relation to nationals of the country of the seat, and an agreement about NATO in which it is possible to conclude bilateral agreements under which a particular state pays its own citizens employed in that international organization and thus significantly undermines the conception of special positions of international officials.

When it comes to officials of international organizations, then in the issues that may appear peripheral as a problem of income taxation, there is a need to solve the problem uniquely. There is no doubt that it is necessary to avoid discrimination between the officials of the country's nationals and those other Member States. The solution accepted within European communities seems to be the best: according to the protocols on the privileges and immunities of the European Economic Community and Euratom, namely, the exemption from the taxation of the income of international officials by the state is envisaged, but also the possibility that their income will be taxed in accordance with the decision of the competent organs, by the organization and in its favor.

### **3.3. Exemption from the duty of the national service**

This exemption is even a more controversial aspect of the privileges and immunities of international

organizations. While the United Nations Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations stipulates, without limitation, that United Nations officials will be exempted from this obligation in relation to their own State, the Convention on the Privileges and Immunities of Specialized Institutions is far less categorical and allows the obligations of the National Service to be postponed, at the request of the relevant institution and on the basis of its needs. While this example is followed by the Arab League, a number of regional organizations, especially European organisations (Council of Europe, European Community, NATO), leave this issue open [10, p. 130].

While an agreement concluded between the International Civil Aviation Organization and Canada appears to be the only one providing full exemption from the national service without exception, even in relation to Canadian citizens; exceptions are usually related to the country's citizens, in the sense of the principle contained in the Convention on the Privileges and Immunities of Specialized Institutions.

It seems that the problem of protecting officials of international organizations from the government of their own state is the greatest in the area of privileges and immunities. If it is understood that the aim of the immunity of the officers of international organizations is to ensure their complete independence of government, and of the state. Outside the organization, immunities must also include protection from the power of their own states.

The international travel documents of international organizations (*laissezpasser*) are partly in the issue of privileges and immunities. Their goal is to facilitate official trips of officials of international organizations across the territories of the member states, without national travel documents (passports and visas). The first attempt, which in practice has not led to the expected results, is still from the Society of Nations. According to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, these may issue travel documents to the authorities of the Member States as valid travel documents and, on the basis of them, timely issue visas. A similar possibility exists for officials of specialized institutions. However, agreements on the headquarters of international organizations differently address the issue of international travel documents. In practice, there is still no universally accepted solution according to which international travel documents in the territories of the member states will completely replace passports and visas. Nevertheless, they facilitate obtaining diplomatic and official visas and, consequently, the application of the privileges and immunities of officials of international organizations.

## **CONCLUSION**

Unlike diplomatic privileges and immunities in respect of which there used to be a lot of theoretical

debates on the nature of the necessary protection of international organizations based on the demands of the administrative, legislative and judicial authorities of the states, there was a consensus on the basis of the privileges and immunity of international organizations. Given that international organizations do not have their own territory, their privileges could not be tied to the function of extraterritoriality. Since they were not sovereign, it was obvious that they were not based on the representation theory. By contrast, with the adoption of the Charter of the United Nations, functional theories of the privileges and immunities of international organizations have been rooted. Namely, privileges and immunities are recognized in order to protect the independent exercise of functions entrusted to international organizations.

Apart from theoretical, there are also practical needs of handling the privileges and immunities of international organizations from those that have been respected in the bilateral (i.e. diplomatic) relations since ancient times. The main difference stems from the fact that the diplomatic and cosmic relations between the states are bilateral, while in the case of international organizations (including the conference), these relations, apart from multilateral lines, include a three-way relationship: a member state is an international organization of the headquarters of an international organization. The State Party sends its official representatives to represent them permanently (in the case of permanent state missions by international organizations) or occasionally (when it comes to meetings of individual bodies of international organizations or conferences held under their auspices).

In contrast to diplomatic relations of states, privileges and immunities, they are primarily given to protect from the intervention of the receiving State, with the diplomatic staff remaining fully under the jurisdiction of their own state, so that international organizations are required to extend the institution of privileges and immunities to the protection of international staff organizations from their own states. It is often emphasized that in order to independently perform their functions, international

officials need more protection from the possible efforts of the state whose citizens are to perform their duties exclusively in the interest of the international organization for which they work.

These are also the main reasons (with a series of individual ones) which have made many countries to ratify (draft) the Convention on the Relations of States and International Organizations. In other words, the countries on whose territories there are headquarters of international organizations, believe that their burden is too heavy and that there is no sufficiently effective way to protect their interests against possible misconduct.

### References

1. Varady T., Bordas B., Knezhevich G. Private international law. Beograd: Savremena administracija, Beograd, 2002, 120 p. [in Serbian].
2. Dimitrijević V. International law basis. Beogradski centar za ljudska prava. Beograd: Dosije, 2005, 105 p. [in Serbian].
3. Dimitrijević B., Rachich O. International organizations. Beograd, 2007, 89 p. [in Serbian].
4. Krecha M. International law. Beograd: Pravni fakultet Beograd. Centar za izdavaštvo i informisanje, 2010, pp. 299–300 [in Serbian].
5. Mitich M., Djordjevic C. Diplomatic and Consul law. Beograd, 2000, 200 p. [in Serbian].
6. Mitrovich D., Kupman A. Private international law basis. Beograd, 2007 [in Serbian].
7. Krecha M., Milisavlevich B. International law of external relations. Beograd: Pravny fakultet Universiteta Beograd, 2016 [in Serbian].
8. Abramov S., Krecha M. International law. Beograd, 2006, 250 p. [in Serbian].
9. Gershich G. Diplomatic and consular law. Beograd, 1998, 199 p. [in Serbian].
10. Mitich M. Diplomacy as a means to promote, implement and protect business interests. Beograd, 2003, 130 p. [in Serbian].

*Душан Джеротиевич, Зоран Джеротиевич\**

## **ЛЬГОТЫ, ПРИВИЛЕГИИ И ИММУНИТЕТЫ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ И МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ**

Международные организации представляют собой творения последних времен и отвечают потребностям современного мира. Достижение понимания в вопросах необходимости международного сотрудничества обусловлено экономическим и технологическим развитием. Двусторонние межгосударственные отношения, от случайного контакта до постоянного обмена дипломатическими посланниками, могут удовлетворять потребности временного международного обмена. Международные организации имеют особое значение для преодоления противоречия между существованием ряда суверенных государств и требованиями тех видов человеческой деятельности, которые имеют глобальные или региональные обмены, и стремятся к более широкой основе, чем территория отдельного государства. Простейшим определением международной организации является то, что они устанавливаются международным договором, который ратифицирован в соответствии с конституцией, установленной государствами-членами. В дополнение к редким исключениям создание международной организации начинается с созыва конференции прокси государств, где статус организации подписывается после завершения переговоров. Такие конференции могут предшествовать периоду, когда страны соглашаются с важными вопросами будущей организации. Они могут быть подняты по дипломатическим каналам или переговорам на одном или нескольких предыдущих встречах с участием всех или некоторых будущих основателей организации. Привилегии и иммунитеты самих международных организаций как субъектов международного права включают следующие формы: иммунитет от юрисдикции, неприкосновенность помещений и архивов, налоговые и валютные привилегии, свобода общения.

**Ключевые слова:** международная организация, сотрудничество, государства, дипломатия, привилегии.

---

\* Джеротиевич Душан (dusanjerotijevic@gmail.com), Ph.D., доцент, факультет бизнеса и права, Университет Никола Тесла, 11000, Сербия, г. Белград, ул. Кара Душана, 62-64.

Джеротиевич Зоран (zoranjerotijevic@gmail.com), Ph.D., полный профессор, факультет бизнеса и права, Университет Никола Тесла, 11000, Сербия, г. Белград, ул. Кара Душана, 62-64.

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

УДК 347.45.47

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-54-60

М. В. Шмелева\*

РАСПИРЕНИЕ ВОЗМОЖНОСТЕЙ УЧАСТИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ  
В ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПКАХ

В статье рассматриваются вопросы обеспечения равных возможностей для участия в государственных закупках. Многие системы государственных закупок основываются на принципе равенства лиц, участвующих в закупках. Равенство может служить не просто средством достижения различных целей системы государственных закупок, таких как развитие добросовестной конкуренции, предотвращение коррупции и других злоупотреблений и удовлетворение потребностей юридических лиц (заказчиков) в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, но и объективно присутствовать в процессе закупок как самостоятельное право. Одной из главных проблем, связанной с принципом равного обращения, является то, что этот принцип часто недостаточно четко определен законодателем, и непонятно, какую роль он должен играть в системе закупок – будет лишь средством для других целей или самостоятельной целью в закупочном праве. Автор полагает, что расширение возможностей участия в закупках выступает базовой задачей института государственных закупок, которая должна учитываться при проведении закупочных процедур, а также при формировании содержания и структуры российского законодательства. В статье раскрывается значение указанной цели. В результате проведенного исследования автор приходит к выводу, что проведение закупочной процедуры, в которой все заинтересованные лица имеют равные возможности для участия, может выступать для государственного заказчика юридическим механизмом поиска лучших условий на поставку товаров, выполнение работ и оказание услуг.

**Ключевые слова:** государственные закупки, контрактная система, субъекты контрактных отношений, цели государственных закупок, равноправие участников закупок.

**Введение**

Система государственных закупок может решать различные государственные задачи; это и поддержка экспорта, и стимулирование экономического роста, и поощрение развития малого и среднего предпринимательства в стране. При этом конкретные направления, виды, масштаб регулирования определяются тяжестью и характером существующих экономических и социальных проблем.

Существует целый ряд целей государственных закупок, которые могут быть идентифицированы и которые преследуют некоторые или даже большинство систем государственных закупок. Эти цели реализуются с помощью различных средств, а также нормативных правил по проведению процедур государственных закупок, которые являются одними из этих средств. При разработке, применении и толковании нормативных правил крайне важно учитывать эти возможные цели, а также понимать, каким образом они связаны друг с другом – и, конечно же,

принимать во внимание их значимость для конкретной системы закупок.

Обобщая опыт различных подходов к трактовке целей государственных закупок, можно выделить восемь основных целей системы государственных закупок: 1) создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц (заказчиков) в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности; 2) развитие добросовестной конкуренции; 3) эффективная реализация социальных, промышленных и экологических целей («горизонтальной политики») в области закупок; 4) расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия; 5) предотвращение коррупции и других злоупотреблений; 6) подотчетность; 7) импортозамещение и поддержка отечественных производителей; 8) открытие рынка для международной торговли.

\* © Шмелева М. В., 2018

Шмелева Марина Владимировна (civil2012@mail.ru), кафедра гражданского права, Саратовская государственная юридическая академия, 410056, Российская Федерация, г. Саратов, ул. Вольская, 1.

Расширение возможностей участия юридических и физических лиц в государственной закупке товаров, работ, услуг, следует полагать, можно рассматривать в качестве самостоятельной и важнейшей цели системы государственных закупок.

#### **Законодательное закрепление указанной цели и практическая реализация**

Закрепив в качестве одной из важнейших целей Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» [1] (в ред. от 31 декабря 2017 г.) (далее по тексту – Закон № 223-ФЗ) расширение возможностей участия юридических и физических лиц в государственной закупке товаров, работ, услуг, законодатель утвердил и практически неограниченный круг лиц, которые могут участвовать в закупках.

Так, действующее закупочное законодательство предусматривает, что участниками закупки могут быть:

– любое юридическое лицо или несколько юридических лиц, действующих на стороне одного участника закупки, независимо от формы собственности, организационно-правовой формы, места нахождения и места происхождения капитала;

– любое физическое лицо или несколько физических лиц, действующих на стороне одного участника закупки, в том числе индивидуальный предприниматель или несколько индивидуальных предпринимателей, которые соответствуют установленным заказчиком требованиям.

Из изложенного очевидно, что закон допускает участие нескольких физических или (и) юридических лиц (холдинга, консорциума, товарищества или иного объединения) на стороне участника закупки, что, в свою очередь, в большей мере отвечает международному опыту и сложившимся экономическим реалиям, в отличие от ранее действующего Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» [2], запрещающего множественность лиц на стороне участника размещения заказа.

Исследуемая нами цель реализуется посредством ряда правовых механизмов:

1) путем закрепления практически неограниченного круга субъектов, которые могут выступать участниками закупки.

Из указанного положения существуют определенные исключения, в частности:

– в закупках может отдаваться приоритет товарам российского происхождения, работам, услугам, выполняемым, оказываемым российскими лицами, по отношению к товарам, происходящим из иностранного государства, работам, услугам, выполняемым, оказываемым иностранными лицами (реализовано в законодательстве путем установления ценовых преференций в торгах для участников, предложивших товары, произведенные на территории государств –

членов Евразийского экономического союза и входящие в утвержденный перечень) [3; 17];

– законом предусмотрены особенности участия в закупке субъектов малого и среднего предпринимательства (реализовано путем установления требования об обязательной закупке у субъектов малого предпринимательства в размере не менее чем пятнадцать процентов общего годового объема поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, установленным Правительством Российской Федерации) [4].

С ноября 2015 года даже компании с государственным участием, работающие по Закону № 223-ФЗ, стали проводить 10 % прямых закупок для субъектов малого и среднего предпринимательства. Соблюдение этой нормы контролирует Корпорация развития малого и среднего предпринимательства. Корпорация МСП осуществляет свою деятельность в качестве института развития в сфере малого и среднего предпринимательства в целях координации оказания субъектам малого и среднего предпринимательства поддержки, предусмотренной законом о развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации после изменения наименования акционерного общества «Небанковская депозитно-кредитная организация «Агентство кредитных гарантий» [5]. Сейчас под нее подпадают порядка 400 крупных госкомпаний (Среди них АО «Авиакомпания «Россия», АР «Гражданские самолеты Сухого», АО «РЖД-Логистика», ООО «Газпром экспорт», ПАО «Туполев»);

2) путем запрета на предъявление необоснованных требований к закупаемым товарам, работам, услугам и к участникам закупки.

Это означает в первую очередь, что требования к участникам закупки должны быть сформулированы заказчиком таким образом, чтобы каждый участник закупки на стадии подачи заявки смог самостоятельно и объективно оценить свое соответствие установленным закупочной документацией требованиям. Например, требование, сформулированное как «наличие достаточного опыта выполнения работ аналогичного профиля», не будет соответствовать указанному требованию, поскольку имеет оценочный субъективный характер (из-за отсутствия четкого определения критерия «достаточности»), что, в свою очередь, приводит к наделению заказчика широкими дискреционными полномочиями по отклонению любой поданной заявки на участие в закупке.

Соответственно, при установлении указанных требований должны быть сформулированы конкретные измеряемые параметры определения и точные показатели соответствия участника закупки установленным закупочной документацией требованиям в соответствующих единицах измерения. В качестве конкретного примера можно привести: оказание участником закупки за последние три года,

предшествующие дате окончания срока подачи заявок на участие в конкурсе, услуг по осуществлению аудиторской проверки консолидированной финансовой отчетности в объеме не менее пяти договоров (контрактов) с ценой каждого договора (контракта) не менее пятидесяти тысяч рублей. Для определения соответствия данному требованию учитываются договоры (контракты), заключенные в течение последних трех лет, предшествующих дате окончания срока подачи заявок на участие в конкурсе, а также договоры (контракты), исполнение которых завершилось в указанный период. Очевидно, что для целей определения соответствия участника закупки установленному требованию не должны учитываться договоры (контракты), расторгнутые заказчиком в связи с нарушением участником закупки условий такого договора (контракта).

Кроме того, мы считаем, что важным фактором, способствующим повышению качества составления закупочной документации, стало принятие закона, закрепляющего обязанность заказчика применять законодательство о стандартизации при описании объекта закупки [6]. Мы надеемся, что принятие настоящего закона также будет способствовать достижению цели расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков;

3) путем обеспечения предсказуемости и относительной прозрачности закупочного процесса, включая процедуру осуществления оценки и сопоставления заявок на участие в закупке и исполнения контракта.

Безусловно, важно отличать требования к участникам закупки от критериев оценки и сопоставления поданных для участия в закупке предложений участников. На основании рассматриваемых критериев определяется победитель из числа лиц, соответствующих установленным требованиям к участникам закупки. В отношении критериев оценки и сопоставления заявок отсутствуют нормативные требования об их «измеряемости», что, в свою очередь, позволяет для целей осуществления оценки заявок использовать параметры, подлежащие субъективной оценке членов закупочной комиссии. Примером такого критерия может служить «степень проработанности и обоснованности методик, предполагаемых к применению в ходе выполнения работ», если закупка проводится на выполнение работ;

4) путем обеспечения равноправия участников закупок.

Многие системы государственных закупок основываются на принципе равенства лиц, участвующих в закупках. Например, такой принцип является основополагающим принципом права для закупок ЕС, и он часто упоминается в системах государственных закупок Соединенных Штатов Америки [7, р. 37]. Так, в Соединенном Королевстве правительство закрепило на законодательном уровне, что конкурс важен не только как достижение оптимального соотношения цены и качества товаров (работ, услуг), но как сред-

ство обеспечения справедливого доступа к работе и оплаты за счет средств налогоплательщиков [8].

При этом само понятие «равноправия участников закупок» в исследуемой сфере может предполагать два различных смысла.

Во-первых, равенство может служить просто средством достижения других целей системы государственных закупок, таких как развитие добросовестной конкуренции, предотвращение коррупции и других злоупотреблений и удовлетворение потребностей юридических лиц (заказчиков) в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности. Таким образом, проведение закупочной процедуры, в которой все заинтересованные лица имеют равные возможности для участия, выступает юридическим механизмом поиска лучших условий на поставку товаров, выполнение работ и оказание услуг.

Во-вторых, равноправие может объективно присутствовать в процессе закупок как самостоятельное право. Наиболее убедительно объяснил это О. Декель: «При выборе своих деловых партнеров закупающая организация определяет, кто выиграет от экономических преимуществ, присущих договорным отношениям с ним... Тот факт, что в сделке участвуют государственные средства или активы, в сочетании с тем, что правительство выполняет фидуциарные обязанности перед обществом, обязывает закупающие организации предоставлять всем членам общества равные возможности получения публичного блага, которое правительство приняло решение выделить» [7, р. 246].

Кроме того, по мнению ряда авторов, равное обращение может также рассматриваться как самостоятельная цель системы государственных закупок, и являться отражением более общего значения, принятого в некоторых странах равного обращения с людьми со стороны административных органов [9, р. 12].

Думается, в общих чертах такое широкое понимание равного обращения, обозначенное в работах указанных авторов, заслуживает поддержки, однако в рамках настоящей работы наиболее продуктивным представляется использование узкого подхода к пониманию рассматриваемого принципа.

Одной из главных проблем, связанной с принципом равного обращения, является то, что этот принцип часто недостаточно четко определен законодателем, и непонятно, какую роль он должен играть в системе закупок — будет лишь средством для других целей или самостоятельной целью в закупочном праве. Декель, для примера [7, р. 37], отмечает, что некоторые американские инструменты, кажется, рассматривают этот принцип как отдельную задачу, но в целом в это же время суды определяют его как фундаментальный (существенный) принцип и как вспомогательное средство достижения других целей закупок. Аналогичная формулировка и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров, работ и



услуг, в преамбуле Типового Закона; в руководстве по принятию, кажется, предполагается, что достижение равноправия является объективным дополнением к другим перечисленным задачам государственных закупок.

В свою очередь, на наш взгляд, обеспечение равноправия участников закупок выступает базовым принципом, который должен учитываться при проведении закупочных процедур, а также при формировании содержания и структуры российского законодательства посредством трансформации в принцип-требование о должном обращении со всеми участниками государственных закупок. Подчеркнем, что признание в качестве основополагающего принципа равноправия участников закупок, а также его соблюдение и реализация при проведении закупочных процедур будет способствовать достижению расширения возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирования такого участия, а также других целей системы государственных закупок;

5) путем ограничения возможности для заказчика принимать волонтаристские решения, которые могут привести к злоупотреблениям в пользу конкретного участника закупки.

Такое положение позволяет повысить качество принимаемых заказчиком решений и тем самым избежать необоснованного отстранения участника закупки, который сможет предоставить лучшее предложение по поставке товаров (оказанию услуг, выполнению работ).

Настоящие ограничения базируются на праве участников закупок осуществлять контроль процесса закупок и праве требования обоснования принятых против них решений закупочных комиссий.

Так, например, согласно ст. 27 Закона № 44-ФЗ [10] в случае, если заказчиком принято решение об ограничении участия в закупочной процедуре, информация о таком ограничении должна быть указана в извещении с обоснованием его причин. Статьей 104 предусмотрено, что в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта заказчик в течение трех рабочих дней с даты расторжения контракта направляет в ФАС в письменной форме обоснование причин одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта. Кроме того, в случае отказа в заключении контракта какому-либо участнику закупки заказчик должен предоставить письменные объяснения принятого решения по запросу такого участника;

6) путем поддержки доверия заинтересованных физических и юридических лиц к процессу закупок и, таким образом, поощрения лучших поставщиков (исполнителей, подрядчиков) к участию в закупочных процедурах.

Доверие заинтересованных физических и юридических лиц к процессу закупок в основном поддерживается соблюдением принципа обеспечения восстановления нарушенных прав в государственных закупках.

Указанный принцип вытекает из присущей всему гражданскому праву восстановительной функции нарушенного субъективного права. И как пишет В. Ф. Попондопуло, «действительно, равенство участников частнопроводимых отношений и их широкая самостоятельность, выражающаяся в возможности действовать по своему усмотрению, предполагает их ответственность за результаты собственных действий. Если эти действия причиняют убытки другим лицам, умаляя их имущественную сферу, то эти убытки должны быть полностью возмещены правонарушителем» [11, с. 29].

Принцип обеспечения восстановления нарушенных прав означает восстановление положения, существовавшего до нарушения права, или пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, а также привлечение правонарушителей к ответственности.

Действующее законодательство предусматривает ограниченный круг субъектов, имеющих право требовать восстановления нарушенных прав. К таким субъектам закон о государственных закупках относит только заинтересованных лиц, то есть лиц, имеющих определенный юридический интерес в исходе дела. К сожалению, официального закрепления понятия «заинтересованное лицо» в законе нет, и на практике такая ситуация приводит к злоупотреблениям со стороны недобросовестных лиц, а также к противоречивой судебной практике, что выражается в том, что два дела со схожими правовыми и фактическими основаниями могут быть решены судьями совершенно по-разному.

Мы разделяем точку зрения авторов, обосновывающих необходимость законодательного закрепления права на обжалование, а также статуса участника, имеющего такое право, поскольку считаем, что закрепление в законе условия о том, что только заинтересованные лица могут обжаловать действия (бездействие) заказчика, поможет минимизировать количество необоснованных жалоб от лиц, злоупотребляющих своими правами.

Так, в частности, Д. Ю. Борисов предлагает закреплять такой статус «за любым юридическим или физическим лицом, права и законные интересы которого нарушены действиями (бездействием) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, оператора электронной площадки до вскрытия конвертов с заявками на участие в открытом конкурсе, до рассмотрения и оценки заявок на участие в запросе цен» [12, с. 9].

На наш взгляд, наиболее полно понятие «заинтересованное лицо» будет отражать следующее определение: «заинтересованное лицо — это физическое или юридическое лицо, в том числе лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, которое имеет юридический интерес в заключении контракта (договора) по результатам участия в государственных (муниципальных) закупках и выразившее этот интерес путем совершения определенных юридически значимых действий

Таблица

## Результаты рассмотрения жалоб с 1 января 2017 г. по 12 сентября 2017 г. для всех субъектов РФ

Наименование	Показатель, шт.
Количество жалоб (обращений) в ФАС	41 545
Количество жалоб (обращений), признанных обоснованными	12 711
Количество жалоб (обращений), признанных обоснованными (частично)	7 070
Количество жалоб (обращений), признанных необоснованными	21 764
Общее количество внеплановых проверок	7 050
Количество внеплановых проверок с выданным предписанием	66

(например, подав заявку на участие в закупке, запросив документацию или ее разъяснения).

На основе анализа российского законодательства и сложившейся судебной практики [13] можно говорить о том, что обеспечение восстановления нарушенных прав достигается при помощи различных способов, в частности, путем:

1) выдачи предписания об устранении нарушения действующего законодательства РФ, а в случае неисполнения выданного предписания – понуждения к совершению указанных в предписании действий. Данные выводы подтверждаются и сложившейся судебной практикой. Так, по делу № А53-12633/2010 Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа отметил, что, ссылаясь на положения закона, федеральный орган исполнительной власти, имеющий полномочия на осуществление контроля и надзора в сфере проведения государственных закупок, вправе выдать обязательное для выполнения предписание об устранении выявленных в результате проверки нарушений закона, в том числе предписание об аннулировании торгов [14];

2) полной или частичной отмены незаконных действий или решений заказчика, уполномоченного органа;

3) признания проведенной закупки недействительной.

При этом закупка может быть признана недействительной только в случае существенного нарушения закупочной процедуры и наличия причинно-следственной связи между таким нарушением и ущемлением прав и охраняемых законом интересов лица, обратившегося с иском в суд.

Такие выводы подтверждаются и сложившейся судебной практикой. Так, по делу № А58-4284/2010 (Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 27 апреля 2011 г.) [15] суд пришел к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения иска организации о признании аукциона недействительным, посчитав допущенные нарушения процедуры проведения аукциона несущественными, поскольку несвоевременное направле-

ние заказчиком уведомления о допуске к участию в аукционе не помешало организации стать его участником и победителем закупки, а действия заказчика по несвоевременному направлению контракта победителю аукциона не повлияли на результат аукциона и не могли повлиять на порядок его проведения;

4) внесения данных об участнике закупочной процедуры в реестр недобросовестных поставщиков. Порядок внесения сведений в реестр недобросовестных поставщиков определяется в соответствии со ст. 104 Закона № 44-ФЗ и ст. 5 Закона № 223-ФЗ;

5) привлечения виновных лиц к ответственности. Так, согласно ст. 107 Закона № 44-ФЗ, виновные лица в случае нарушения законодательства, регулирующего порядок проведения государственных закупок, будут нести уголовную, административную, гражданско-правовую и дисциплинарную ответственность;

6) понуждения к заключению контракта (или договора) победителя закупки (второго участника в случае уклонения победителя) или заказчика. В соответствии с п. 5 ст. 528 Гражданского кодекса РФ, если сторона по контракту, для которой его заключение является обязательным условием по закону, уклоняется от заключения контракта, другая сторона по контракту вправе обратиться в суд с иском о понуждении этой стороны заключить контракт;

7) невозвращения заказчиком денежных средств участнику закупок, внесенных им в качестве обеспечения заявки на участие в закупочной процедуре, в случае уклонения участника закупок от заключения контракта. Из системного анализа Закона № 44-ФЗ можно сделать вывод, что обеспечение заявки служит гарантией того, что заказчик получит денежное возмещение в случае уклонения участника закупок от заключения контракта.

Подтверждая вышеизложенное, представим доступный для исследования материал о количестве закупок, по которым были пресечены нарушения и восстановлены нарушенные права в 2017 г., по следующим показателям [16] (см. таблицу).

### Заключение

Подводя итог нашим рассуждениям, отметим, что достижение цели расширения возможностей участия юридических и физических лиц в государственной закупке товаров, работ, услуг имеет большое практическое значение, поскольку от ее осуществления зависит реализация других целей системы государственных закупок, в частности, таких как эффективность закупок и развитие добросовестной конкуренции. Как показало проведенное нами исследование, указанная цель реализуется посредством следующих правовых механизмов: 1) закрепления практически не ограниченного круга субъектов, которые могут выступать участниками закупки; 2) запрета на предъявление необоснованных требований к закупаемым товарам, работам, услугам и к участникам закупки; 3) обеспечения предсказуемости и относительной прозрачности закупочного процесса, включая процедуру осуществления оценки и сопоставления заявок на участие в закупке и исполнения контракта; 4) обеспечения равноправия участников закупок; 5) ограничения возможности для заказчика принимать волонтаристские решения, которые могут привести к злоупотреблениям в пользу конкретного участника закупки; 6) поддержки доверия заинтересованных физических и юридических лиц к процессу закупок и, таким образом, поощрения лучших поставщиков (исполнителей, подрядчиков) к участию в закупочных процедурах.

Однако, как показывает статистика, реализация исследуемой цели государственных закупок в настоящее время находится на достаточно низком уровне. Так, из всего объема поданных на рассмотрение в ФАС жалоб только 1/4 часть признаны обоснованными, что, следует полагать, может свидетельствовать, во-первых, о низком уровне профессионализма заказчиков; во-вторых, о недостаточной предсказуемости и прозрачности закупочного процесса; в-третьих, об отсутствии доверия заинтересованных физических и юридических лиц к процессу закупок.

### Библиографический список

1. Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571; 2018. № 1 (Часть I). Ст. 54.
2. Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.
3. Приказ Министерства экономического развития РФ от 25 марта 2014 г. № 155 «Об условиях допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей осуществления закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (в ред. от 13 ноября 2015 г.) // Российская газета. 2014. 21 мая.
4. Постановление Правительства РФ от 4 ноября 2006 г. № 642 «О перечне товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд, размещение заказов на которые осуществляется у субъектов малого предпринимательства» (в ред. от 13 ноября 2013 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 46, Ст. 4793; 2013. № 47. Ст. 6100.
5. URL: <http://corpmsp.ru/about> (дата обращения: 06.09.2017).

6. Федеральный закон от 5 апреля 2016 г. № 104-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам стандартизации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 15. Ст. 2066.

7. Dekel O. The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts // *Public Contract Law Journal*, 2008, no. 37, p. 237.

8. In the 1995 White Paper, Setting New Standards: a Strategy for Government Procurement, (1995). Cm. 2840.

9. Arrowsmith S., Treumer S., Fejsh J., Jiang L. Public procurement regulation: an introduction. University of Nottingham. 204 p.

10. Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (в ред. от 31 декабря 2017 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 14. Ст. 1652; 2018. № 1 (Часть I). Ст. 90.

11. Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: учебник. 3-е изд. М., 2008. 800 с.

12. Борисов Д. Ю. Гражданско-правовая регламентация торгов на размещение заказов для государственных и муниципальных нужд: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2010. 200 с.

13. «Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28 июня 2017 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

14. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11 марта 2011 г. по делу № А53-12633/2010. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

15. Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 27 апреля 2011 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

16. Реестр жалоб, плановых и внеплановых проверок, их результатов и выданных предписаний // Единая информационная система в сфере закупок: офиц. сайт. URL: <http://zakupki.gov.ru/epz/main/public/aggregate-feedback.html> (дата обращения: 13.09.2017).

17. Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 8 февраля 2016. № 6.

### References

1. Sbranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected legislation of the Russian Federation], 2011, no. 30 (Part 1), Article 4571; 2018, no. 1 (Part I), Article 54 [in Russian].
2. Sbranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected legislation of the Russian Federation], 2005, no. 30 (Part 1), Article 3105 [in Russian].
3. Prikaz Ministerstva ekonomicheskogo razvitiia RF ot 25 marta 2014 g. № 155 «Ob usloviiakh dopuska tovarov, proiskhodiashchikh iz inostrannykh gosudarstv, dlia tselei osushchestvleniia zakupok tovarov, rabot, uslug dlia obespecheniia gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd» (v red. ot 13 noiabria 2015 g.) [Order of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation № 155 dated March 25, 2014 «On the conditions for the admission of goods originating from foreign countries for the purpose of

purchasing goods, works, services to ensure state and municipal needs» (as amended on November 13, 2015)]. Rossiiskaia gazeta [Russian Newspaper], May 21, 2014 [in Russian].

4. Postanovlenie Pravitel'stva RF ot 4 noiabria 2006 g. № 642 «O perechne tovarov, rabot, uslug dlia gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd, razmeshchenie zakazov na kotorye osushchestvlietsia u sub»ektov malogo predprinimatel'stva» (v red. ot 13 noiabria 2013 g.) [Decree of the Government of the Russian Federation dated November 4, 2006 № 642 «On the list of goods, works, services for state and municipal needs, placement of orders for which is carried out by small businesses» (as amended on November 13, 2013)]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected legislation of the Russian Federation], 2006, no. 46, Article 4793; 2013, no. 47, Article 6100 [in Russian].

5. Available at: <http://corpmsp.ru/about/> (accessed 06.09.2017) [in Russian].

6. Federal'nyi zakon ot 5 aprelja 2016 g. № 104-FZ «O vnesenii izmenenii v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiiskoi Federatsii po voprosam standartizatsii» [Federal Law dated April 5, 2016 № 104-FZ «On amendments being made to certain legislative acts of the Russian Federation on the issue of standardization»]. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected Legislation of the Russian Federation], 2016, no. 15, Article 2066 [in Russian].

7. Dekel O. The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts. Public Contract Law Journal, 2008, no. 37, p. 237 [in English].

8. In the 1995 White Paper, Setting New Standards: a Strategy for Government Procurement, (1995). Cm. 2840.

9. Arrowsmith S., Treumer S., Fejsh J., Jiang L. Public procurement regulation: an introduction. University of Nottingham, 204 p. [in English].

10. Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii [Collected legislation of the Russian Federation], 2013, no. 14. St. 1652; 2018, no. 1 (Part I). St. 90.

11. Popondopulo V.F. Kommercheskoe (predprinimatel'skoe) pravo: uchebnik. 3-e izd. [Commercial (business) law: textbook. 3rd edition]. M., 2008, 800 p. [in Russian].

12. Borisov Yu. D. Grazhdansko-pravovaia reglamentatsiia torgov na razmeshchenie zakazov dlia gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd: dis. ... kand. iurid. nauk [Civil-legal regulation of the auction on placement of orders for state and municipal needs: Candidate's of Law thesis]. Volgograd, 2010. 200 p. [in Russian].

13. «Obzorsudebnoi praktiki primeneniia zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii o kontraktnoi sisteme v sfere zakupok tovarov, rabot, uslug dlia obespecheniia gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd», utv. Prezidiumom Verkhovnogo Suda RF 28 iyunia 2017 g. [«Review of the judicial practice of the application of legislation of the Russian Federation on the contract system in the procurement of goods, works, services to ensure state and municipal needs», approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on June 28, 2017]. Available at legal reference system «ConsultantPlus» [in Russian].

14. Postanovlenie FAS Severo-Kavkazskogo okruga ot 11 marta 2011 g. po delu № A53-12633/2010 [Resolution of the Federal Antimonopoly Service of the North Caucasus District dated March 11, 2011 with regard to case № A53-12633/2010]. Available at legal reference system «ConsultantPlus» [in Russian].

15. Postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Vostochno-Sibirskogo okruga ot 27 aprelja 2011 g. [Decision of the Federal Arbitration Court of the East Siberian District dated April 27, 2011]. Available at legal reference system «ConsultantPlus» [in Russian].

16. Ofitsial'nyi sait Edinoi informatsionnoi sistemy v sfere zakupok. Reestr zhalob, planovykh i vneplanovykh proverok, ikh rezul'tatov i vydannykh predpisanii [The official site of the Unified Information System in the field of procurement. The register of complaints, planned and unscheduled inspections, their results and issued regulations]. Available at: <http://zakupki.gov.ru/epz/main/public/aggregate-feedback.html> (accessed 13.09.2017) [in Russian].

17. Biulleten' normativnykh aktov federal'nykh organov ispolnitel'noi vlasti [Bulletin of Normative Acts of Federal Executive Bodies], April 8, 2016, no. 6 [in Russian].

*M. V. Shmeleva\**

## EMPOWERING THE PARTICIPATION OF ENTREPRENEURS IN PUBLIC PROCUREMENT

The article deals with the issues of equal opportunities for participation in public procurement. Many public procurement systems are based on the principle of equality of persons involved in procurement. Equality can serve not only as a means to achieve various objectives of the public procurement system, such as the development of fair competition, preventing corruption and other abuses and meeting the needs of legal entities (customers) in goods, works, services with the necessary price, quality and reliability, but also to be objectively present in the procurement process as an independent right. One of the main problems related to the principle of equal treatment is that this principle is often not sufficiently clearly defined by the legislator and it is not clear what role it should play in the procurement system – it will only be a means for other purposes or a separate purpose in the procurement law. The author believes that the expansion of opportunities for participation in procurement is the basic task of the Institute of public procurement, which should be taken into account in the procurement procedures, as well as in the formation of the content and structure of the Russian legislation. The article reveals the meaning of the specified goal. As a result of the study, the author comes to the conclusion that the procurement procedure, in which all interested persons have equal opportunities to participate, can act as a legal mechanism for the state customer to find the best conditions for the supply of goods, performance of work and provision of services.

**Key words:** public procurement, contract system, subjects of contractual relations, objectives of public procurement, equality of participants in procurement.

\* *Shmeleva Marina Vladimirovna* (civil2012@mail.ru), Department of the Civil Law, Saratov State Legal Academy, 1, Volskaya Street, Saratov, 410056, Russian Federation.

---

## ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

---

УДК 349.2

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-61-67

М. Н. Бронникова\*

### ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ТРУДА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Государство заинтересовано в жесткой регламентации привлечения детей к труду, особенно в раннем возрасте. В статье делается вывод о том, что к процедуре трудоустройства несовершеннолетних предъявляются более жесткие требования по сравнению с трудоустройством совершеннолетних. Междисциплинарный характер настоящей статьи обусловлен рассмотрением в ней особенностей организации труда несовершеннолетних как путем заключения гражданско-правового договора, так и трудового, ученического договора, использования труда при прохождении практики, дежурства. Установлено, что, как правило, в силу возраста несовершеннолетний выполняет работу под контролем и управлением заказчика, использует его имущество, а потому отношения по выполнению работы несовершеннолетним являются трудовыми, а не гражданско-правовыми. Не противоречит интересам несовершеннолетнего и заключение ученического договора. Однако в условиях современного правового регулирования сделать однозначный вывод относительно правовой природы ученического договора с несовершеннолетним, ищущим работу, не представляется возможным. Сделан вывод, что для заключения ученического договора с несовершеннолетним не требуется разрешения и согласия родителей (опекунов, попечителей) и государственных (муниципальных) органов. Подробно раскрываются в статье социально значимые вопросы охраны труда несовершеннолетнего, в том числе обязанность проводить инструктажи, стажировку, обучение безопасным методам и приемам выполнения работы, проверку знаний требований охраны труда.

**Ключевые слова:** несовершеннолетние, наемный труд, самостоятельный труд, трудовой договор, ученический договор, прием на работу, обучение, охрана труда, инструктаж, стажировка, обучение безопасным методам и приемам выполнения работы, проверка знаний требований охраны труда.

Труд имеет множество разновидностей. В частности, работа, осуществляемая в целях удовлетворения личных потребностей человека, например работа по дому, на приусадебном участке, не подлежит непосредственно правовой регламентации. Однако при ее выполнении необходимо соблюдать публично-правовые (конституционные) и семейно-правовые обязанности, выражающиеся в воздержании от нарушений прав соседей, членов семьи. Согласно ст. 8, 24 Международного пакта от 16 декабря 1966 г. «О гражданских и политических правах» (принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН, ратифицирован Указом Президиума Верховного Совета СССР от 18.09.1973 № 4812-VIII), никто не имеет права принуждать несовершеннолетнего к принудительному или обязательному труду, и каждый ребенок без всякой дискриминации имеет право на защиту со стороны семьи, общества и государства.

Правовыми формами, опосредующими выполнение работы, могут быть как трудовой договор, так и гражданско-правовые договоры (подряда и др.) [1, с. 41–50].

Заключение с несовершеннолетними гражданско-правовых договоров на выполнение работ или оказание услуг возможно, во-первых, с согласия родителей (ст. 26, 28 Гражданского кодекса Российской Федерации), во-вторых, выполнение работ или оказание услуг не должно отвечать признакам наемного труда, регулируемого нормами трудового законодательства. В частности, несовершеннолетний должен самостоятельно организовать свой труд (сам управляет и контролирует), используя при этом собственное имущество, принадлежащее на праве собственности или ином праве. Как правило, в силу возраста, несовершеннолетнему сложно выполнять работу самостоятельно, поэтому целесообразно в

---

\* © Бронникова М. Н., 2018

Бронникова Марина Николаевна (cl-su@mail.ru), кафедра гражданского и предпринимательского права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, г. Самара, Московское шоссе, 34.

каждом случае учитывать индивидуальные особенности ребенка. В правоприменительной практике нередко встречаются ситуации заключения гражданско-правовых договоров с несовершеннолетними, притом что работу несовершеннолетний выполняет под контролем и управлением заказчика, использует его имущество. Такие отношения по сути являются трудовыми и могут быть признаны трудовыми в административном и судебном порядке на основании норм ст. 19.1. Трудового кодекса РФ № 197-ФЗ от 21.12.2001.

Большинство льгот и гарантий для детей в сфере труда сосредоточено именно в Трудовом кодексе РФ. Российское правовое регулирование трудовых и непосредственно связанных с ними отношений с участием несовершеннолетних осуществляется в целях создания благоприятных и безопасных условий труда и обеспечения равенства возможностей в осуществлении трудовых прав и свобод указанными работниками; российским законодательством установлен ряд ограничений для работодателей при приеме несовершеннолетних граждан на определенные виды работ, которые могут нанести вред их здоровью. Содержание и правовое значение данных ограничений достаточно широко изучено в юридической литературе [2, с. 11–21]. Одной из первых гарантий, связанных с реализацией права несовершеннолетних на труд, является содействие им в трудоустройстве.

Процедура трудоустройства несовершеннолетних в возрасте до 18 лет и все, что с этим связано, предусмотрены ст. ст. 63, 94, 242, 265–272 Трудового кодекса РФ. К трудоустройству несовершеннолетних предъявляются более жесткие требования по сравнению с трудоустройством совершеннолетних.

В соответствии с п. 2 ст. 5 Закона РФ от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет относятся к категории лиц, особо нуждающихся в социальной защите и испытывающих трудности в поиске работы. Для них государство обеспечивает дополнительные гарантии занятости путем:

- разработки и реализации целевых программ содействия занятости;
- создания дополнительных рабочих мест;
- установления минимальной квоты для приема на работу;
- организации обучения по специальным программам и др.

В связи с принятием Федерального государственного стандарта государственной услуги по организации временного трудоустройства несовершеннолетних, утвержденного Приказом Минтруда России от 12.02.2013 № 58н, проявлять инициативу при трудоустройстве имеют право сами несовершеннолетние граждане. Согласно п. 5 указанного стандарта, несовершеннолетний гражданин вправе подать заявление о предоставлении соответствующей государственной услуги в органы занятости населения.

В свою очередь, органы занятости населения должны провести все административные процедуры, предусмотренные Стандартом, подобрать подходящего работодателя для несовершеннолетнего, согласовав с ним все условия приема на работу. После чего несовершеннолетнему гражданину выдается направление на работу. При этом органы занятости населения обязаны согласовать с работодателем конкретную кандидатуру несовершеннолетнего, что позволяет работодателю оценить возможности лица, принимаемого на работу.

Вторая гарантия, связанная с трудом несовершеннолетних, это повышенный контроль со стороны государства за приемом на работу несовершеннолетних. Суть гарантии заключается в необходимости получения письменного согласия одного из родителей (попечителя) и разрешения органа опеки и попечительства при приеме на работу несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 15 лет, письменное согласие одного из родителей (опекуна) и разрешение органа опеки и попечительства – при трудоустройстве лиц до 14 лет (ст. 63 Трудового кодекса РФ). Прием несовершеннолетнего на работу без предварительного разрешения и (или) согласия уполномоченных лиц является нарушением трудового законодательства РФ и влечет административную ответственность.

Трудовое законодательство Российской Федерации, с учетом международно-правовых актов и норм ст. 11 Федерального закона № 124-ФЗ от 03.07.1998 «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» устанавливает и иные преимущества. В частности, ребенку до 18 лет гарантированы вознаграждение за труд без каких-либо ограничений, несмотря на сокращенное рабочее время, дополнительное время отдыха, предварительный и ежегодный медицинский осмотр, нормы по подъему и перемещению тяжестей и другие льготы.

К иным правовым формам, опосредующим право несовершеннолетних на труд, представляется возможным отнести ученический договор. В науке трудового права выделяют два вида данного соглашения: как дополнение к трудовому договору, предусматривающее обязанность работодателя обучить работника определенной профессии, и как самостоятельный договор для лица, ищущего работу [3, с. 210–221; 4, с. 593–596]. Данная классификация имеет легальное закрепление в норме ст. 198 Трудового кодекса РФ.

Если ученический договор заключается как дополнение к трудовому договору (договор первого вида), то действуют все перечисленные выше правила, установленные Трудовым кодексом РФ относительно регулирования труда несовершеннолетних.

Если заключается ученический договор с лицом, ищущим работу (договор второго вида), то относительно правового регулирования этих отношений в юридической литературе существует несколько точек зрения. Одни авторы полагают, что такой договор является гражданско-правовым [5], другие

рассматривают его как самостоятельный договор – договор об обучении, регулируемый нормами образовательного законодательства [6, с. 51–58], третьи относят его к иным видам договоров, регулируемым нормами трудового права [7]. Представляется, что в условиях современного правового регулирования сделать однозначный вывод относительно правового регулирования ученического договора с несовершеннолетним, ищущим работу, не представляется возможным. Каждый из перечисленных подходов имеет аргументированные возражения [8, с. 44; 9, с. 121 – 126; 10, с. 43; 11, с. 9–13].

Вместе с тем представляется, что, во-первых, ученический договор с несовершеннолетним может быть заключен; во-вторых, действующим законодательством Российской Федерации какие-либо ограничения в связи с этим не установлены. В частности, Трудовым кодексом РФ не предусмотрены нормы, касающиеся необходимости получения согласия (разрешения) родителей (или опекунов и попечителей) и уполномоченных государственных (муниципальных) органов на заключение ученического договора. Установленные в нормах ст. 63 Трудового кодекса РФ ограничения касаются заключения трудового договора с несовершеннолетними, а не ученического.

Нормы Гражданского кодекса РФ о дееспособности несовершеннолетнего ограничивают его на совершение лишь гражданско-правовых действий. Ученический договор не является сделкой, не порождает гражданские права и обязанности. Предметом ученического договора является обучение, осуществляемое безвозмездно для несовершеннолетнего (ст. 199 Трудового кодекса РФ). При этом предусмотрена обязанность обучающей стороны выплачивать стипендию ученику (ст. 204 Трудового кодекса РФ). Данные отношения, на наш взгляд, не являются эквивалентно-возмездными, не основаны на методе юридического равенства сторон, а потому их нельзя рассматривать как гражданско-правовые.

Заключение ученического договора, на наш взгляд, не противоречит интересам несовершеннолетнего [12; 13; 14, с. 56]. Однако разумные ограничения должны быть урегулированы законом в части вида работ, обучение которым осуществляется посредством ученического договора с лицом, ищущим работу. К ним относится, например, запрет обучения опасным, вредным работам, а также иным видам работ, которые могут нанести ущерб здоровью, безопасности или нравственности подростка, т. е. аналогично видам работ, к которым запрещено привлекать несовершеннолетних по трудовому договору (ст. 3 Конвенции Международной Организации Труда № 138 о минимальном возрасте для приема на работу, принятой в Женеве 26 июня 1973 г.).

Отвечает интересам несовершеннолетнего и общая для всех видов ученического и трудового договора обязанность работодателя по охране труда (ст. 205 Трудового кодекса РФ).

В соответствии со ст. 212 Трудового кодекса РФ работодатель обязан обеспечить проведение инструктажа по охране труда. Порядок организации всех видов инструктажа и оформление результатов его проведения установлены Постановлением Минтруда России, Минобразования России от 13.01.2003 № 1/29 «Об утверждении Порядка обучения по охране труда и проверки знаний требований охраны труда работников организаций». Кроме того, с 1 января 2017 года на основании Приказа Росстандарта от 09.06.2016 № 600-ст для добровольного применения подлежит ГОСТ 12.0.004-2015 «Межгосударственный стандарт. Система стандартов безопасности труда. Организация обучения безопасности труда. Общие положения» вместе с «Программами обучения безопасности труда».

Проведение инструктажей по охране труда включает в себя ознакомление работников с имеющимися опасными или вредными производственными факторами, изучение требований охраны труда, содержащихся в локальных нормативных актах организации, в том числе в инструкциях по охране труда, технической, документации.

Так, **вводный инструктаж** проводит **специалист по охране труда** (или работник, прошедший обучение в аккредитованных обучающих организациях) для каждого работника, для учащихся образовательных учреждений, проходящих в организации производственную практику.

Вводный инструктаж по охране труда проводится по программе, разработанной и утвержденной в установленном порядке работодателем (или уполномоченным им лицом) с учетом специфики производственной деятельности предприятия – организатора обучения. В приложении Б «Программа 5.1» к ГОСТ 12.0.004-2015 «Межгосударственный стандарт. Система стандартов безопасности труда. Организация обучения безопасности труда. Общие положения» приведена рекомендуемая Программа обучения безопасности труда.

**Первичный инструктаж** на рабочем месте проводит **непосредственный руководитель** (начальник отдела, мастер, прораб, преподаватель и так далее), прошедший обучение и проверку знаний требований охраны труда в специализированных организациях, аккредитованных в соответствии с Приказом Минздравсоцразвития России от 01.04.2010 № 205н. Первичный инструктаж проводится до начала самостоятельной работы, прежде всего, со всеми вновь принятыми на работу лицами, с учащимися образовательных учреждений, проходящими производственную практику (практические занятия). Примерная программа первичного инструктажа по охране труда на рабочем месте приведена в приложении Б, программа Б.2 к ГОСТ 12.0.004-2015 «Межгосударственный стандарт. Система стандартов безопасности труда. Организация обучения безопасности труда. Общие положения».

Окончание первичного инструктажа фиксируется в журнале регистрации инструктажа путем

внесения записи о дате его проведения, подписи инструктируемого и инструктирующего. Форма журнала регистрации инструктажа на рабочем месте приведена в Приложении А к ГОСТ 12.0.004-2015. Кроме того, запись о проведении первичного инструктажа производится в личной карточке прохождения обучения, если она применяется (Приложение А к ГОСТ 12.0.004-2015 (форма А.2), п. 6.11 ГОСТ 12.0.004-2015).

**Повторный инструктаж** проводит непосредственный руководитель (начальник отдела, мастер, прораб, преподаватель и так далее), прошедший обучение и проверку знаний требований охраны труда в специализированных организациях, аккредитованных в соответствии с Приказом Минздравсоцразвития России от 01.04.2010 № 205н. Повторный инструктаж работника должен проводиться не реже одного раза в шесть месяцев. В организации должны быть разработаны программы проведения первичного инструктажа на рабочем месте. По окончании повторного инструктажа в журнале регистрации инструктажа должна делаться запись о дате проведения повторного инструктажа с обязательными подписями инструктируемого и инструктирующего. Форма журнала регистрации инструктажа на рабочем месте приведена в Приложении А к ГОСТ 12.0.004-2015 (форма А.5). Кроме того, запись о проведении повторного инструктажа производится в личной карточке прохождения обучения, если она применяется (Приложение А к ГОСТ 12.0.004-2015 (форма А.2), п. 6.11 ГОСТ 12.0.004-2015).

**Внеплановый инструктаж** проводит непосредственный руководитель (начальник отдела, мастер, прораб, преподаватель и так далее), прошедший обучение и проверку знаний требований охраны труда в специализированных организациях, аккредитованных в соответствии с Приказом Минздравсоцразвития России от 01.04.2010 № 205н. Основания для проведения внепланового инструктажа в исчерпывающем виде определены законодательством по охране труда. К ним относятся, например, введение в действие новых или изменение законодательных и иных нормативных правовых актов, содержащих требования охраны труда, а также инструкций по охране труда, изменение технологических процессов, замена или модернизация оборудования, приспособлений, инструмента и других факторов, влияющих на безопасность труда. Внеплановый инструктаж проводят по локальным нормативным актам, в том числе по программам, разработанным и утвержденным организатором обучения либо по новым инструкциям по охране труда и (или) безопасному выполнению работ на данном рабочем месте.

По окончании внепланового инструктажа в журнал регистрации инструктажа вносятся дата его проведения; запись о его проведении с обязательными подписями инструктируемого и инструктирующего.

Форма журнала регистрации инструктажа приведена в Приложении А к ГОСТ 12.0.004-2015 (форма А.5).

Кроме того, запись о проведении внепланового инструктажа производится в личной карточке прохождения обучения, если она применяется (Приложение А к ГОСТ 12.0.004-2015 (форма А.2), п. 6.11 ГОСТ 12.0.004-2015).

**Целевой инструктаж** проводит непосредственный руководитель (начальник отдела, мастер, прораб, преподаватель и так далее), прошедший обучение и проверку знаний требований охраны труда в специализированных организациях, аккредитованных в соответствии с Приказом Минздравсоцразвития России от 01.04.2010 № 205н.

Целевой инструктаж проводится, например, при выполнении разовых работ; выполнении работ по ликвидации последствий аварий, стихийных бедствий. В журнале регистрации инструктажа делается запись о дате его проведения с обязательными подписями инструктируемого и инструктирующего. Форма журнала регистрации целевого инструктажа приведена в Приложении А к ГОСТ 12.0.004-2015 (форма А.6).

По окончании каждого инструктажа инструктирующий проводит устную проверку приобретенных инструктируемым знаний и навыков безопасных приемов работы. Лица, показавшие неудовлетворительные знания, к работе не допускаются до момента повторной проверки, которую они обязаны пройти в течение одного месяца. В этом случае издается приказ об отстранении данного лица от работы (ч. 1 ст. 76 Трудового кодекса РФ). Если получен положительный результат проверки приобретенных знаний и навыков, издается приказ о допуске к работе.

В соответствии со ст. 212 ТК РФ работодатель обязан обеспечить проведение стажировки на рабочем месте. **Стажировка** — это выполнение работником своих обязанностей под присмотром наставника, временная трудовая деятельность для приобретения опыта работы или повышения квалификации по специальности.

Целью проведения стажировки является приобретение навыков и умений (компетенций) для самостоятельного безопасного выполнения трудовых функций (обязанностей) по занимаемой должности (профессии, трудовой функции), а также для практического освоения передового опыта и эффективной организации работ по охране труда. Необходимость стажировки, ее содержание и продолжительность определяет руководитель подразделения, в котором работает стажирующийся работник, в зависимости от его уровня образования, квалификации, опыта работы и т. п.

Для работников рабочих профессий, не имеющих опыта работы и соответствующей квалификации, для которых проводится профессиональное обучение, сроки стажировки, включая освоение вопросов охраны труда и безопасности выполнения работ, определяются программами стажировки длительностью от одного до шести месяцев.

Для работников рабочих профессий и младшего обслуживающего персонала, имеющих соответству-



ющую требованиям безопасного выполнения порученной им трудовой функции профессиональную квалификацию, сроки стажировки определяются программами стажировки длительностью от трех до 19 рабочих смен.

Подведение итогов стажировки для работников рабочих профессий проводится комиссией, которая оценивает уровень теоретической и практической подготовки стажирующегося, уровень его знаний требований охраны труда в соответствующей организации и оформляет соответствующий протокол. При удовлетворительных итогах стажировки руководитель организации издает распоряжение о допуске стажирующегося к самостоятельной работе.

При неудовлетворительных итогах стажировки стажирующиеся обязаны пройти повторную проверку знаний требований охраны труда в течение одного месяца.

В случае если стажирующиеся повторно получили неудовлетворительную оценку, организатор обучения рассматривает вопрос об их соответствии занимаемой профессии (должности).

Кроме того, работодатель обязан организовать в течение месяца после приема на работу **обучение безопасным методам и приемам** выполнения работ всех поступающих на работу лиц, а также лиц, переводимых на другую работу. Порядок, форма, периодичность и продолжительность обучения по охране труда и проверки знаний требований охраны труда работников рабочих профессий устанавливаются работодателем в соответствии с нормативными правовыми актами, регулирующими безопасность конкретных видов работ. Программа обучения должна включать ознакомление работников с требованиями охраны труда, которые содержатся в инструкциях по охране труда, разрабатываемыми работодателями по каждому виду работ. Такие инструкции необходимо доводить до сведения работников под роспись (абз. 10 ч. 2 ст. 22 Трудового кодекса РФ). Кроме того, их можно выдавать работникам на руки при первичном инструктаже либо вывешивать на рабочих местах (участках) или хранить в ином доступном для работников месте.

Работодатель должен организовывать проведение периодического, не реже одного раза в год, обучения работников рабочих профессий оказанию **первой помощи пострадавшим**. Вновь принимаемые на работу проходят обучение по оказанию первой помощи пострадавшим в сроки, установленные работодателем, но не позднее одного месяца после приема на работу. Обучать работников оказанию первой помощи пострадавшим должны лица, которые прошли специальную подготовку, позволяющую им проводить соответствующее обучение (письмо Минтруда России от 09.12.2015 № 15-2/ООГ-6230).

**Проверка знаний требований охраны труда** является показателем профессиональной компетентности лиц, обязанных обеспечивать безопасность труда, выполнять требования охраны труда и организовывать их соблюдение. Проверку теоретических

знаний требований охраны труда и практических навыков безопасного труда представителей рабочих профессий проводят непосредственные руководители в объеме знаний требований правил и инструкций по охране труда, а при необходимости – в объеме знаний дополнительных специальных требований безопасности и охраны труда. Выделяют **очередную проверку знаний** требований охраны труда, которая проводится не реже одного раза в три года, и **внеочередную проверку знаний**, которую, например, необходимо проводить при вводе в эксплуатацию нового оборудования и изменениях технологических процессов, требующих дополнительных знаний по охране труда работников. Объем и порядок процедуры внеочередной проверки знаний требований охраны труда определяются стороной, иницирующей ее проведение. Результаты проверки знаний требований охраны труда работников организации оформляются протоколом по форме согласно приложению № 1 к Порядку обучения по охране труда и проверки знаний требований охраны труда работников организаций, утвержденному Постановлением Минтруда России, Минобразования России от 13.01.2003 № 1/29.

Работнику, успешно прошедшему проверку знаний требований охраны труда, выдается удостоверение за подписью председателя комиссии по проверке знаний требований охраны труда, заверенное печатью организации (при наличии печати), проводившей обучение по охране труда и проверку знаний требований охраны труда, по форме согласно приложению № 2 к Порядку обучения по охране труда и проверки знаний требований охраны труда работников организаций, утвержденному Постановлением Минтруда России, Минобразования России от 13.01.2003 № 1/29.

Работник, не прошедший проверку знаний требований охраны труда при обучении, обязан после этого пройти повторную проверку знаний в срок не позднее одного месяца. До проведения повторной проверки лицо, получившее неудовлетворительную оценку, к самостоятельной работе не допускается. В этом случае издается приказ об отстранении данного лица от работы (ч. 1 ст. 76 Трудового кодекса РФ).

Таким образом, на работодателя возложена обязанность обучить несовершеннолетнего требованиям безопасного труда, процедура такого обучения достаточно последовательно регламентирована действующим законодательством РФ.

Вместе с тем необходимо выделить труд несовершеннолетних, используемый в рамках образовательной деятельности. Согласно ч. 4 ст. 34 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» от 29.12.2012 № 273-ФЗ привлечение обучающихся без их согласия и несовершеннолетних обучающихся без согласия их родителей (законных представителей) к труду, не предусмотренному образовательной программой, запрещается. Таким образом, важнейшим условием привлечения **ребенка к труду**

в образовательном учреждении является наличие добровольного согласия его и его родителей (законных представителей). Данное согласие может быть оформлено в форме отдельного документа (заявления, соглашения, либо условие об этом должно содержаться в договоре между образовательным учреждением и родителями).

В соответствии с Письмом Роспотребнадзора от 24.06.2013 № 01/7100-13-32 «О выполнении перечня поручений по результатам работы мобильной приемной 31 мая 2013 года», если ребенок и его законные представители не давали согласия на использование труда ребенка, его не могут принудить привлекать к труду, в т. ч. дежурить по школе, классу, или принимать участие в летней трудовой практике и др. Если какие-то виды трудовой деятельности можно обосновать в рамках образовательной программы по труду, то все, что находится за пределами учебной программы, выполняется исключительно на добровольных началах, с соблюдением трудового законодательства и законодательства об охране труда детей. Не следует путать дежурство или летнюю трудовую практику, являющуюся, по сути, добровольным трудом на безвозмездной основе, с работой несовершеннолетнего по трудовому договору.

#### На основании изложенного, можно сделать следующие выводы.

1. Правовые формы организации труда несовершеннолетних носят междисциплинарный характер. К ним относятся, во-первых, гражданско-правовой договор, опосредующий выполнение работы самостоятельно, с использованием своего имущества; во-вторых, трудовой договор, заключаемый с разрешения органа местного самоуправления и (или) согласия родителей (опекунов или попечителей), на выполнение легкой работы, не противоречащей нормам нравственности; в-третьих, ученический договор, допускающий возможность работать при прохождении практики; в-четвертых, работа при прохождении производственной практики в рамках образовательной деятельности, дежурство по школе, осуществляемые с согласия родителей (опекунов или попечителей).

2. При использовании труда несовершеннолетних необходимо соблюдать нормы по охране труда, в том числе по проведению инструктажа всех видов, установленных действующим законодательством РФ, по обучению правилам выполнения работы и проверки знаний этих правил. Ответственность за безопасность труда несовершеннолетнего во всех случаях несет работодатель.

#### Библиографический список

1. Бронникова М. Н. Некоторые проблемы определения понятия «труд» по российскому законодательству // Юридический вестник Самарского университета. 2017. № 1. С. 41–50.

2. Пресняков М. В. Особенности регулирования труда лиц до 18 лет // Трудовое право. 2010. № 6. С. 11–21.

3. Новикова Н. В. О соотношении ученического договора и договора об образовании // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 2. С. 210–221.

4. Анохин С. А. Правовое регулирование подготовки и дополнительного профессионального образования несовершеннолетних работников // Административное и муниципальное право. 2016. № 7. С. 593–596.

5. Буянова А. В. Особенности правового регулирования труда несовершеннолетних работников: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 209 с.

6. Лизвинская В. Охрана труда: споры и анализ. Первая часть // Трудовое право. 2015. № 6. С. 51–58.

7. Глебов В. Г. Ученический договор: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2005. 161 с.

8. Брюхина Е. Р., Новикова Н. В. Ученический договор с лицом, ищущим работу, как альтернатива трудовому договору с испытательным сроком // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 3. С. 40–47.

9. Кириллова Л. С. Пределы индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений // Право и политика. 2016. № 1. С. 121–126.

10. Бушуев И. С. Коллективный договор: тенденции развития // Законодательство и экономика. 2015. № 12. С. 41–44.

11. Еремина С. Н. Индивидуальные договоры в трудовом праве: специфические особенности и классификация // Российская юстиция. 2012. № 3. С. 9–13.

12. Frank T., Scharff L. F. V. Learning contracts in undergraduate courses: Impacts on student behaviors and academic performance // Journal of the Scholarship of Teaching and Learning. Vol. 13. № 4. October 2013. P. 36–53. URL: <http://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1017121.pdf> (дата обращения: 31.01.2018).

13. Why and when to apply for vacation schemes in law firms. URL: <https://targetjobs.co.uk/career-sectors/law-solicitors/340002-why-and-when-to-apply-for-vacation-schemes-in-law-firms> (дата обращения: 31.01.2018).

14. Лушников А. М., Лушникова М. В. Право на профессиональное образование и обучение: проблемы реализации в современных условиях // Трудовое право. № 4. С. 55–60.

#### References

1. Bronnikova M. N. Nekotorye problemy opredelenija ponjatija «trud» po rossijskomu zakonodatel'stvu [Some problems of definition of the concept of «labor» under Russian law]. Juridicheskij vestnik Samarskogo universiteta [Juridical Journal of the Samara University], 2017, no. 1, pp. 41–50 [in Russian].

2. Presnyakov M. V. Osobennosti regulirovanija truda lic do 18 let [Features of labor regulation for persons under 18 years of age]. Trudovoe pravo [Labor law], 2010, no. 6, pp. 11–21 [in Russian].

3. Novikova N. V. O sootnoshenii uchenicheskogo dogovora i dogovora ob obrazovanii [On the relationship between the student's contract and the contract of education]. Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki [Perm University Herald. Juridical Sciences], 2017, no. 2, pp. 210–221 [in Russian].
4. Anokhin S. A. Pravovoe regulirovanie podgotovki i dopolnitel'nogo professional'nogo obrazovanija nesovershennoletnih rabotnikov [Legal regulation of training and additional professional education of underage workers]. Administrativnoe i municipal'noe pravo [Administrative and Municipal Law], 2016, no. 7, pp. 593–596 [in Russian].
5. Buyanova A. V. Osobennosti pravovogo regulirovanija truda nesovershennoletnih rabotnikov: dis. ... kand. jurid. nauk [Features of legal regulation of labor of minors. Candidate's of Law thesis]. M., 2005, 209 p. [in Russian].
6. Lizvinskaya V. Ohrana truda: spory i analiz. Pervaja chast' [Labor protection: disputes and analysis. First part]. Trudovoe pravo [Labor law], 2015, no. 6, pp. 51–58 [in Russian].
7. Glebov V. G. Uchenicheskij dogovor: dis. ... kand. jurid. nauk [Student agreement. Candidate's of Law thesis]. Barnaul, 2005, 161 p. [in Russian].
8. Bryukhina E. R., Novikova N. V. Uchenicheskij dogovor s licom, ishushhim rabotu, kak al'ternativa trudovomu dogovoru s ispytatel'nym srokom [Student contract with a job-seeker as an alternative to a labor contract with a probationary period]. Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki [Perm University Herald. Juridical Sciences], 2013, no. 3, pp. 40–47 [in Russian].
9. Kirillova L. S. Predely individual'no-dogovornogo regulirovanija trudovyh otnoshenij [Limits of individual and contractual regulation of labor relations]. Pravo i politika [Law and politics], 2016, no. 1, pp. 121–126 [in Russian].
10. Bushuyev I. S. Kollektivnyj dogovor: tendencii razvitija [Collective agreement: development trends]. Zakonodatel'stvo i jekonomika [Law and economics], 2015, no. 12, pp. 41–44 [in Russian].
11. Yeremina S. N. Individual'nye dogovory v trudovom prave: specificheskie osobennosti i klassifikacija [Individual contracts in labor law: specific features and classification]. Rossijskaja justicija [Russian Justitia], 2012, no. 3, pp. 9–13 [in Russian].
12. Frank T., Scharff L. F. V. Learning contracts in undergraduate courses: Impacts on student behaviors and academic performance. Journal of the Scholarship of Teaching and Learning, Vol. 13, no. 4. October 2013, pp. 36–53. Available at: <http://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1017121.pdf> [in English].
13. Why and when to apply for vacation schemes in law firms. Available at: <https://targetjobs.co.uk/career-sectors/law-solicitors/340002-why-and-when-to-apply-for-vacation-schemes-in-law-firms> [in English].
14. Lushnikov A. M., Lushnikova M. V. Pravo na professional'noe obrazovanie i obuchenie: problemy realizacii v sovremennyh uslovijah [The right to vocational education and training: problems of implementation in modern conditions]. Trudovoe pravo [Labor law], 2007, no. 4, pp. 55–60 [in Russian].

*M. N. Bronnikova\**

### LEGAL FORMS OF LABOR OF MINORS

The state is interested in the strict regulation of the involvement of children in labor, especially at an early age. The paper concludes that there are more stringent requirements for the employment of juveniles in comparison with the employment of adults.

The interdisciplinary nature of this article is due to the consideration in it of the peculiarities of organization of work of minors as by the conclusion of a civil law contract, and also the labor, student's contract, the use of labor in the passage of practice, on duty. It is established that, as a rule, by virtue of age, the minor performs work under the control and management of the customer, uses his property, and therefore the relations of performing work to minors are labor, not civil-law. Does not contradict the interests of the minor and the conclusion of the student's contract. However, in the context of modern legal regulation, it is not possible to make an unambiguous conclusion as to the legal nature of the student's contract with a minor who is looking for a job. The work concludes that for the conclusion of a student's contract with a minor, the permission and consent of the parents (guardians, trustees) and state (municipal) bodies is necessary. In detail, the article reveals socially significant issues of labor protection for a minor, including the obligation to conduct briefings, training, training in safe methods and methods of performing work, testing knowledge of labor protection requirements.

**Key words:** minors, wage labor, independent labor, employment contract, student's contract, recruitment, training, occupational Safety and Health, briefing, Internship, training in safe working methods and techniques, checking knowledge of labor protection.

---

\* *Bronnikova Marina Nikolaevna* (cl-su@mail.ru), Department of Civil and Business Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО

УДК 343.8

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-68-72

О. А. Адоевская\*

**О ВОЗМОЖНОСТИ И ПРЕДЕЛАХ УЧЕТА МЕЖДУНАРОДНОГО ОПЫТА РЕСОЦИАЛИЗАЦИИ  
ОСУЖДЕННЫХ К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ\*\***

В статье рассматриваются возможности и пределы учета международного опыта в сфере ресоциализации осужденных к лишению свободы. Проанализированы обновленные Минимальные стандартные правила ООН в отношении обращения с заключенными (Правила Нельсона Манделы (2015 г.). Особое внимание уделено положениям названного международного акта о социальных связях заключенных и их опеке после освобождения.

Показаны проблемы формирования российской государственной политики в сфере ресоциализации лиц, освобожденных от отбывания наказания. Дано понятие ресоциализации, под которой понимается процесс интеграции лиц, отбывавших наказание, в систему общественных отношений посредством освоения новой социокультурной среды. Сделан вывод о необходимости принятия федерального закона «О ресоциализации лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него», в котором должны быть отражены основные направления и средства постпенитенциарной помощи лицам, освобожденным от отбывания наказания. Поставлен вопрос о необходимости разработки Дорожной карты ресоциализации и реального включения в гражданское общество лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него.

**Ключевые слова:** рецидивная преступность, ресоциализация, уголовно-исполнительная политика, международные стандарты об обращении с осужденными.

Политика Российской Федерации в сфере исполнения наказания непосредственно связана с утверждением человека, его прав и свобод в качестве высшей ценности.

Гуманистические идеи закреплены в ст. 3 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации (далее – УИК РФ), которая провозгласила, что уголовно-исполнительное законодательство Российской Федерации и практика его применения основываются на Конституции Российской Федерации, общепризнанных принципах и нормах международного права и международных договорах Российской Федерации, являющихся составной частью правовой системы Российской Федерации, в том числе на строгом соблюдении гарантий защиты от пыток, насилия и другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения с осужденными (ч. 1). Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила ис-

полнения наказаний и обращения с осужденными, чем предусмотренные уголовно-исполнительным законодательством Российской Федерации, то применяются правила международного договора (ч. 2).

В целях реализации международных стандартов исполнения наказания и защиты прав осужденных Российская Федерация ратифицировала целый ряд международно-правовых актов: Международный пакт о гражданских и политических правах (1966 г.), Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (1984 г.) и др.

Основная часть стандартов в отношении осужденных к лишению свободы сосредоточена в Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными (1955 г.), а также их обновленном варианте – Минимальных стандартных правилах ООН

\* © Адоевская О. А., 2018

Адоевская Ольга Александровна (adoevskaya-olga@mail.ru), кафедра уголовного права и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

\*\* Статья подготовлена в рамках социального образовательного проекта «Дорожная карта ресоциализации и реального включения в гражданское общество лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него (2018–2021 гг.)» с использованием гранта Президента РФ на развитие гражданского общества, предоставленного Фондом президентских грантов. Научное обеспечение этого проекта выполняет кафедра уголовного права и криминологии Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева.

в отношении обращения с заключенными (Правила Нельсона Манделы (2015 г.))<sup>1</sup>.

В Правилах Нельсона Манделы закреплено, что целями приговора к тюремному заключению или к аналогичному лишению свободы являются главным образом защита общества от преступников и сокращение случаев рецидивизма.

На сегодняшний день стабильно высокий уровень рецидивной преступности среди лиц, осужденных к лишению свободы (от 50 до 70 %), подтверждает, что этот вид наказания сам по себе значительной социальной эффективностью не обладает и в дальнейшем препятствует реальному включению осужденного в общество.

На предупреждение рецидивной преступности и сокращение численности осужденных в местах лишения свободы направлены усилия многих стран. Так, в 2017 г. на заседании Европарламента специальный докладчик по ситуации с содержанием заключенных Жоэль Бержерон сообщила, что «по данным Совета Европы, более 1,6 млн человек содержатся в заключении в тюрьмах стран — членов Евросоюза». Она подчеркнула, что «в ЕС удалось сократить уровень перенаселенности в тюрьмах на 7 % в 2013—2014 годах, но в среднем он сохраняется на отметке в 117 %» [1].

В целях укрепления международных стандартов исполнения наказания и сокращения числа осужденных в местах лишения свободы в России в 2010 г. была начата пенитенциарная реформа. Стремление сократить «тюремное» население страны было вызвано тем, что число лиц, содержащихся в условиях не-свободы, оставалось одним из самых высоких в мире и приближалось к миллиону. Например, в 2000 году было зафиксировано рекордное количество осужденных к лишению свободы — 1,92 млн человек [2].

В результате пенитенциарной реформы число лиц, отбывающих лишение свободы, существенно сократилось. Но кардинально ситуация не изменилась. В апреле 2017 г. на парламентских слушаниях в Совете Федерации на тему «Уголовная политика — дорожная карта (2017—2025 гг.)» было заявлено, что Россия по-прежнему занимает первое место в Европе и восьмое в мире по числу заключенных на 100 тысяч населения [3].

По состоянию на 1 января 2018 г., в учреждениях уголовно-исполнительной системы Российской Федерации содержалось 602 176 человек.

Официальная статистика показывает, что снижается количество лиц, впервые осужденных к лишению свободы, но увеличивается число осужденных к этому виду наказания повторно. В 2013 г. впервые к лишению свободы было осуждено 200 786 чел., в 2014 г. — 201 101 чел., в 2015 г. — 194 310 чел., 2016 г. — 192 421 чел, 2017 г. 185 718 чел. Число осужденных к лишению свободы во второй, третий и более раз в 2013 г. составило 359 075 чел., в 2014 г. — 350 032 чел.,

в 2015 г. — 330 772 чел., в 2016 г. — 327 197 чел., в 2017 г. — 309 431 чел. [4].

В связи с этим особую актуальность приобретают положения Правил Нельсона Манделы о том, что цели приговора могут быть достигнуты только в том случае, «если срок заключения используется, насколько это возможно, для обеспечения реинтеграции (ресоциализации) таких лиц в общество после их освобождения с тем, чтобы они могли вести законопослушный и самостоятельный образ жизни» (правило 4).

В самом деле основным направлением в борьбе с рецидивной преступностью является ресоциализация, под которой понимается процесс интеграции лиц, отбывавших наказание, в систему общественных отношений посредством восстановления утраченных социальных ценностей, освоения новой социокультурной среды. Ресоциализация бывших осужденных — это сотворение нового социального статуса личности взамен прежнего, который не может быть сохранен в условиях возвращения в социум [5, с. 41—45].

Самостоятельный раздел Правил Нельсона Манделы посвящен «Социальным связям и опеке после освобождения». В Правилах закреплено, что «с самого начала отбывания срока заключения следует думать о будущем заключенного, которое ждет его после освобождения. К этому его следует поощрять, а также помогать ему поддерживать и укреплять связи с лицами или учреждениями, находящимися за стенами тюрьмы, которые способны содействовать его включению в жизнь общества и защитить наилучшие интересы его семьи» (правило 107). Для этого должны быть созданы правительственные или другие службы и организации, помогающие заключенным находить свое место в обществе после освобождения, аккредитованные представители таких организаций должны иметь необходимую возможность посещать тюремные учреждения и заключенных в них лиц. Деятельность таких организаций должна быть централизованной и скоординированной, с тем чтобы обеспечить максимально эффективное использование их работы (правило 108).

Но на сегодняшний день в Российской Федерации отсутствует как законодательный перечень таких служб и организаций, так и регламентация их деятельности.

Деятельность по оказанию помощи осужденным, освобождаемым от отбывания наказания, описывается в главе 22 УИК РФ «Помощь осужденным, освобождаемым от отбывания наказания, и контроль за ними». Но этих законодательных положений явно недостаточно.

Так, воспитательная работа в целях подготовки к освобождению осужденных к лишению свободы начинается за 6 месяцев до истечения срока лишения

<sup>1</sup> Напомним, что международные стандарты об обращении с осужденными, являясь актами международных правительственных организаций, носят рекомендательный характер, но государства обязаны во внутреннем законодательстве учитывать их положения, т. к. они воспроизводят общепризнанные принципы и нормы ратифицированных международных актов.

свободы (ст. 180 УИК РФ). Очевидно, что этого срока недостаточно. Ресоциализация осужденных должна начинаться с первых дней исполнения (отбывания) наказания, как это определено в Минимальных стандартных правилах ООН в отношении обращения с заключенными (2015 г.). К тому же в УИК РФ не предусмотрены такие формы взаимодействия должностных лиц, осуществляющих воспитательную деятельность, и осужденных, которые способствовали бы формированию и развитию у последних ответственного поведения и самостоятельного образа жизни после освобождения от отбывания наказания.

Считаем, что в УИК РФ необходимо более полно урегулировать содержание воспитательной работы, которая способна улучшить личность осужденного за время отбывания наказания путем целенаправленного исправительного воздействия, а также подготовить его к ведению самостоятельного и социально полезного образа жизни после освобождения от отбывания наказания.

В ст. 180 УИК РФ описываются обязанности администрации учреждений, исполняющих наказания, по содействию в трудовом и бытовом устройстве освобождаемых осужденных и в применении к ним мер медицинского характера. Так, администрация учреждения, исполняющего наказание, уведомляет органы местного самоуправления и федеральную службу занятости по избранному осужденным месту жительства о его предстоящем освобождении, наличии у него жилья, его трудоспособности и имеющихся специальностях. Очевидно, что само по себе простое письменное уведомление исполнительных органов власти о предстоящем освобождении осужденного не гарантирует ему ни трудоустройства, ни получения жилья и т. д.

Согласно ст. 181 УИК РФ, осужденным, освобождаемым от отбывания наказания, обеспечивается бесплатный проезд к месту жительства, они обеспечиваются продуктами питания или деньгами на время проезда в порядке, устанавливаемом уполномоченным федеральным органом (ч. 1). При отсутствии необходимой по сезону одежды или средств на ее приобретение осужденные, освобождаемые из мест лишения свободы, обеспечиваются одеждой за счет средств федерального бюджета. Им может быть выдано единовременное денежное пособие в размере, устанавливаемом Правительством Российской Федерации (ч. 2). Но величина этого пособия составляет 850 рублей (постановление Правительства Российской Федерации от 25 декабря 2006 г. № 800 «О размере единовременного денежного пособия, которое может быть выдано осужденным, освобождаемым из мест лишения свободы»). Очевидно, что этой суммы для жизни в течение периода, непосредственно следующего за освобождением недостаточно.

К тому же у большинства осужденных не формируется т. н. сберегательный фонд освобождения, на который ориентируют международные стандарты обращения с заключенными. Как закреплено в Правилах Нельсона Манделы: «...система исполнения

наказания должна также предусматривать, что часть заработанных заключенным денег остается на хранении тюремной администрации, которая передает ему эти сбережения в момент его освобождения» (правило 103).

На практике этого не происходит, поскольку накопления у большинства лиц, освобожденных от отбывания наказания в виде лишения свободы, отсутствуют, т. к. в период отбывания наказания не трудоустроено от 60 до 80 % осужденных в зависимости от региона страны.

Согласно ст. 182 УИК РФ, «осужденные, освобожденные от ареста или лишения свободы, имеют право на трудовое и бытовое устройство и получение других видов социальной помощи в соответствии с законодательством Российской Федерации и нормативными правовыми актами». Но эти нормы, на которые ссылается ст. 182 УИК РФ, не систематизированы, рассредоточены по различным нормативным правовым актам, а специального закона, регулирующего вопросы социальной адаптации лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него, в Российской Федерации нет.

Таким образом, положения международных стандартов о ресоциализации (реинтеграции) лиц, отбывших уголовное наказание в виде лишения свободы, в российском законодательстве практически не реализуются.

По мнению консультанта Уполномоченного по правам человека в Самарской области Н. В. Герасимова, в целях более полного учета международного опыта ресоциализации осужденных к лишению свободы необходимо создание соответствующего межотраслевого института, образованного за счет системной интеграции норм уголовно-исполнительного права (в части детальной регламентации сроков и содержания подготовки осужденных к освобождению), права социального обеспечения (в части установления субъективных прав отбывших наказание граждан на социальное обеспечение), трудового права (в части установления дополнительных гарантий реализации права на труд для рассматриваемой категории граждан) административного права (в части установления компетенции органов исполнительной власти федерального и регионального уровней, а также органов местного самоуправления по реализации отдельных компонентов подготовки осужденных к освобождению и оказания им содействия в социальной адаптации, а также обеспечения контроля за их поведением), уголовного права (в части установления срока, в течение которого осужденный может обладать специальным правовым статусом (срок погашения или снятия судимости), а также других отраслей права.

Полагаем, что назрела необходимость принятия специального федерального закона с условным названием «О ресоциализации лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него», который выполнял бы базовую роль в законодательстве о воз-

вращении в общество в качестве сограждан лиц, отбывавших уголовное наказание, и гарантировал бы этим лицам всестороннюю и необходимую постпенитенциарную помощь. В законе должна быть скоординирована деятельность органов прокуратуры, ФСИН России, МВД России, а также других исполнительных органов власти и представителей гражданского общества в связи с гарантированием прав и оказанием материальной, социально-бытовой, педагогической, психологической, медицинской, юридической помощи лицам, освобожденным от уголовного наказания. Отдельного законодательного регулирования требуют вопросы организации профессионального обучения и дополнительного профессионального образования лиц, совершивших преступления, по профессиям и специальностям, востребованным на рынке труда. Самостоятельный раздел закона должен быть посвящен участию общественности в ресоциализации лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него.

В основу ресоциализационного процесса должна быть положена официально принятая и одобренная общественностью Дорожная карта ресоциализации и реального включения в гражданское общество лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него (далее – Дорожная карта).

Дорожная карта должна стать официальным источником законодательства о ресоциализации и основываться на международных стандартах ресоциализации осужденных и учитывать достижения российской и зарубежной науки и практики.

В Дорожной карте необходимо определить цели, задачи, принципы и приоритетные направления политики ресоциализации лиц, отбывших наказание и освобожденных от него.

При осуществлении политики ресоциализации необходимо гарантировать реализацию основных прав лиц, освобожденных от отбывания наказания. В первую очередь речь идет о правах человека, закрепленных в Международном пакте о гражданских и политических правах, Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, которые вошли в систему российского права: право на жизнь, здоровье, достойное существование, образование, труд, обеспечение возможностей для благоприятного развития участия в жизни общества и др.

В Дорожной карте необходимо закрепить сбалансированное участие всех ветвей государственной власти и представителей гражданского общества в данном процессе, а также предусмотреть конкретные ресоциализационные мероприятия, субъектов, ответственных за эти мероприятия, и источники их финансирования.

В Дорожной карте должны быть отражены нормы всех разноотраслевых нормативных правовых актов, посвященных в той или иной степени ресоциализации. При этом их следует сконструировать таким образом, чтобы максимально обеспечить органическое взаимодействие органов ФСИН России,

МВД России с иными государственными органами власти и представителями гражданского общества, участвующими в оказании помощи лицам, отбывшим уголовное наказание и освобожденным от него.

Разработка оптимальных форм такого взаимодействия – важная задача науки. Здесь необходимо комплексное использование достижений не только юридической науки, но и педагогики, психологии, социологии, медицины.

Для принятия Дорожной карты необходимо объединить усилия государственных органов и гражданского общества, в том числе некоммерческих организаций, представителей научных кругов и практических специалистов, которые в результате обмена опытом, анализа состояния преступности и исследований в области предупреждения рецидивной преступности смогут разработать основные руководства по ресоциализации лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него, которые будут закреплены в Дорожной карте.

### Библиографический список

1. В европарламенте назвали число заключенных в тюрьмах ЕС. URL: <https://russian.rt.com/world/news/436699-evroparlament-tyurmy-zaklyuchyonnye> (дата обращения: 09.01.2018).
2. В России количество заключенных достигло исторического минимума. URL: <https://russian.rt.com/russia/news/367369-rossiya-zaklyuchyonnye-minimum> (дата обращения: 09.01.2018).
3. Российская газета. 2017. 5 апреля.
4. Официальный сайт ФСИН России. URL: <http://fsin.su> (дата обращения: 27.02.2018).
5. Кленова Т. В., Шукина Н. П., Адоевская О. А. О дорожной карте ресоциализации и реального включения в гражданское общество лиц, отбывших уголовное наказание и освобожденных от него // Вестник Самарского юридического института. 2017. № 4 (26). С. 41–45.

### References

1. V evroparlamente nazvali chislo zaklyuchenny'x v tyur'max ES [The European Parliament named the number of prisoners in EU prisons]. Available at: <https://russian.rt.com/world/news/436699-evroparlament-tyurmy-zaklyuchyonnye> (accessed 09.01.2018) [in Russian].
2. V Rossii kolichestvo zaklyuchenny'x dostiglo istoricheskogo minimuma [In Russia, the number of prisoners reached a historic low]. Available at: <https://russian.rt.com/russia/news/367369-rossiya-zaklyuchyonnye-minimum> (accessed 09.01.2018).
3. Rossijskaya gazeta [Russian Newspaper], 5 April, 2017 [in Russian].
4. Oficial'ny'j sajt FSIN Rossii [Official site of the Federal Penitentiary Service of Russia]. Available at: URL: <http://fsin.su/> (accessed 27.02.2018).

5. Klenova T. V., Shchukina N. P., Adoevskaya O. A. O dorozhnoj karte resocializacii i real'nogo vklyucheniya v grazhdanskoe obshchestvo lic, otby'vshih ugovornoe nakazanie i osvobozhdenny'x ot nego [On the roadmap for resocialization and real inclusion in civil society of persons who have served a criminal sentence and have been released from it]. Vestnik Samarskogo yuridicheskogo instituta [Bulletin of the Samara Law Institute], 2017, no. 4 (26), pp. 41–45 [in Russian].

*O. A. Adoyevskaya\**

**ON THE POSSIBILITY AND LIMITS OF TAKING INTO ACCOUNT THE INTERNATIONAL EXPERIENCE OF THE RESOCIALIZATION OF PRISONERS SENTENCED TO THE DEPRIVATION OF LIBERTY\*\***

The article examines the possibilities and limits of taking into account international experience in the sphere of resocialization of prisoners sentenced to the deprivation of liberty. The updated UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rule, 2015) are analyzed and special attention is paid to the provisions of this international act on the social ties of prisoners and their guardianship after release.

The problems of the formation of the Russian state policy in the sphere of resocialization of persons released from serving their sentences are shown. The notion of resocialization, which is understood as the process of integrating persons who served a sentence, into the system of social relations by means of mastering a new socio-cultural environment is given. The conclusion is made that it is necessary to adopt the federal law «On the resocialization of persons who have served a criminal sentence and were released from it», which should reflect the main directions and means of post-penitentiary assistance to persons released from serving their sentence. The question is raised about the need to develop a Road Map for resocialization and the real inclusion in civil society of persons who have served a criminal sentence and who have been released from it.

**Key words:** recidivist crime, resocialization, criminal-executive policy, international standards on the treatment of convicts.

---

\* *Adoyevskaya Olga Alexandrovna* (adoevskaya-olga@mail.ru), Department of Criminal Law and Criminology, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

\*\* The article was prepared within the framework of the social educational project «Road map for resocialization and real inclusion in civil society of persons who served criminal sentences and were released from it (2018–2021)» using the President's grant for the development of civil society provided by the Foundation for Presidential Grants. Scientific maintenance of this project is carried out by the Department of Criminal Law and Criminology of Samara National Research University.



УДК 343.9.01

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-73-77

Е. В. Бабошина, В. Е. Лоба\*

**ИЗ ИСТОРИИ ФОРМИРОВАНИЯ НАУЧНЫХ ВЗГЛЯДОВ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ  
НА ИНСТИТУТ СОГЛАСИЯ ПОТЕРПЕВШЕГО (ПОСТРАДАВШЕГО) НА ПРИЧИНЕНИЕ ЕМУ ВРЕДА**

В статье раскрываются существовавшие в России XIX – начала XX вв. научные представления об уголовно-правовом реагировании на причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам с так называемого согласия потерпевшего или по его просьбе. Сконцентрировано внимание на вопросах оценки согласия потерпевшего на причинение ему вреда в зависимости от объекта уголовно-правовой охраны.

Источниковой базой статьи послужили монографические и диссертационные исследования ученых-криминалистов XIX–XX вв.

**Ключевые слова:** потерпевший, пострадавший, диссертационные исследования, Российская империя.

В теории уголовного права XIX – начала XX вв. для обозначения лиц, которым причинен преступный вред, используются термины «потерпевший», «пострадавший». Для начала скажем, что вопрос о значении согласия потерпевшего (пострадавшего), в частности, при убийстве и обиде, поднимается юристами XVI–XVII вв. Более же подробная его разработка начинается в конце XVIII – начале XIX вв. В этой связи достаточно упомянуть теории о влиянии согласия потерпевшего на уголовную ответственность содеянного, которые Л.С. Белогриц-Котляревский предлагает делить на три типа: 1) субъективные, с их точкой зрения на преступление как нарушение субъективного права, вследствие чего всякое нарушение благ какого-либо лица, совершенное с его согласия, должно оставаться безнаказанным (Кант, Штубель, Титман, Генке, Вехтер, Эли и др.); 2) объективные, рассматривающие преступление как нарушение объективных прав или, что то же, правопорядка, вследствие чего согласие пострадавшего не позволяло уничтожить преступность деяния (Иарке, Гейб, Марецоль и др.); 3) смешанные, разделявшие все права на отчуждаемые и неотчуждаемые, признавали, что согласие уничтожает противозаконность действий только при нарушении отчуждаемых прав (Фейербах, Грольман, Кестлин, Гельшнер, Бернер, Росси, Ортолан и др.) [1, с. 247]. Как видим, в центре внимания лишь объективная сторона преступления.

Не останавливаясь на путях и способах проникновения этих теорий в Россию, скажем лишь, что, заимствуя вначале базовую основу европейских уголовно-правовых учений в том виде, в каком она сложилась в XVIII–XIX вв., русские ученые XIX – начала XX в. достаточно быстро осознали, что, подобно одежде с чужого плеча, эти идеи выглядят откровенно чуждыми без учета отечественной специфики. Например, критикуя так называемые смешанные теории, С. В. Познышев пишет следующее: «...представляется, прежде всего, непо-

нятным и недоказанным, почему с этим различием благ отчуждаемых и неотчуждаемых должно связываться различное значение согласия пострадавшего, почему в одном случае это согласие имеет одно значение, а в другом – диаметрально противоположное. Во-вторых, самое деление благ на отчуждаемые и неотчуждаемые представляется довольно неопределенным. Какие блага считать отчуждаемыми – те ли, которые субъект может передать или перенести на другое лицо, или те, от которых он вообще может отказаться, хотя бы без передачи кому-либо? Вряд ли можно было придать слову “отчуждаемый” еще какое-либо иное значение» [2, с. 174]. В связи с этим более широкое понимание нашла точка зрения, согласно которой правильное разрешение вопроса может быть осуществлено лишь путем анализа отдельных преступлений.

Принимая во внимание тему нашего исследования, сконцентрируем внимание на вопросах оценки согласия потерпевшего в зависимости от объекта уголовно-правовой охраны. Так, относя к таковым человеческие блага, П. П. Пусторослев, с точки зрения соотношения публичных и частных интересов, делит их на два разряда. К первому принадлежат те блага, неприкосновенность которых, по понятиям данного народа в данное время в данном месте, важна сама по себе для народного благосостояния, независимо от того, желает или не желает отдельное лицо пользоваться этими благами (безопасность государства, доброкачественность правосудия и денежных знаков, свобода от рабства и т. д.). Ко второму разряду ученый относит те человеческие блага, неприкосновенность которых, по понятиям данного народа, важна для народного благосостояния не сама по себе, а потому, что ее желает обладатель этих благ, ради своего частного благосостояния (имущественные блага, личная честь, телесная неприкосновенность, обыкновенно телесная невредимость и т. п.) [3, с. 303–304].

\* © Бабошина Е. В., Лоба В. Е., 2018

Бабошина Елена Владимировна (baboshina.80@mail.ru), кафедра юридических дисциплин, Дагестанский государственный университет, 368800, Российская Федерация, Республика Дагестан, г. Кизляр, ул. С. Стальского, 1е.

Лоба Всеволод Евгеньевич (vsevolodka@inbox.ru), Дагестанский государственный университет, 368800, Российская Федерация, Республика Дагестан, г. Кизляр, ул. С. Стальского, 1е.

Н. Д. Сергеевский считал, что вопрос о значении согласия пострадавшего не может иметь место в следующих случаях: 1) все преступные деяния политические, религиозные, против порядка управления, служебные, нарушения правил благоустройства и безопасности в связи отсутствием субъекта, о согласии которого могла быть речь; 2) деяния, в состав которых входит факт нарушения воли лица (преступные деяния против свободы, изнасилование), поскольку согласие пострадавшего устраняет здесь самое представление о нарушении какого бы то ни было блага; 3) деяния, заключающие в себе посягательство на права и блага лиц недееспособных — малолетних, невменяемых и проч. Согласие, данное таким пострадавшим, не может иметь, очевидно, никакого значения. «К этой же категории относится умерщвление плода» [4, с. 245].

Не отвлекаясь от заданной темы, заметим, что отнесение Н. Д. Сергеевским плода к категории недееспособных лиц может быть и даже скорее всего связано с тем, что медицинская наука XIX в. уже тогда настаивала, что человеческая жизнь начинается с момента зачатия [5, с. 69]. Иначе говоря, в рамках уголовно-правового учения о согласии потерпевшего (пострадавшего) поднимался вопрос и о начале человеческой жизни.

В зависимости от важности защиты объекта уголовно-правовой охраны, подавляющее большинство отечественных исследователей XIX — начала XX вв. сошлись во мнении, что в имущественных преступлениях, согласие пострадавшего, строящееся по принципу: *volenti non fit injuria* — для желающего нет обиды, исключает преступность деяния, «за исключением общепасного повреждения имущества» [2, с. 176]. По мнению Л. Е. Владимирова, не только в имущественных, но и в преступлениях против свободы и чести частных лиц согласие потерпевшего устраняет преступность деяния [6, с. 73–74]. Как справедливо отмечал С. И. Баршев, когда хозяин позволяет взять принадлежащую ему вещь, то не может быть воровства. «Равным образом нет и обиды, когда тот, против кого предпринимается оскорбительное действие, сам соизволяет на это» [7, с. 26–27]. К этому перечню Н. С. Таганцев добавлял посягательства на телесную неприкосновенность, за исключением тяжких повреждений организма, причинения телесного расстройства [8, с. 274–275]. Признания наказуемым причинения тяжких телесных повреждений (членовредительства) с согласия потерпевшего (пострадавшего) придерживался не только Н. С. Таганцев, но и А. Ф. Кистяковский [9, с. 304], Н. Д. Сергеевский [4, с. 283], С. В. Познышев [2, с. 177] и др.

По общему правилу, указывал И. Я. Фойницкий, от каждого блага, ему принадлежащего, человек может отказаться, и тогда о нарушении его не может быть более речи. В то же время подчеркивал, что «отсюда исключается благо жизни, признаваемое, по огромной важности его, неотчуждаемым... невозможно представить всякому убивать другого по выраженному последним желанию» [10, с. 12]. В уголовно-правовой

науке XIX — начала XX вв., как, впрочем, и в настоящее время, убийство по согласию (по просьбе) потерпевшего являлся одним из спорных вопросов. К примеру, Л. С. Белогриц-Котляревский выделял следующие типичные, по его мнению, случаи убийств по согласию (по просьбе): 1) солдат или офицер на войне закалывает своего товарища, снисходя к его просьбе прекратить страдания; 2) доктор по тем же мотивам дает яд больному; 3) влюбленные, встречая препятствие к браку, предпочитают жизнь таким образом, что один должен убить сначала другого, а потом сам себя, причем выполняется только первая часть плана в силу того, что убийца не способен покончить с собою; 4) убийство на дуэли, предполагающее также согласие пострадавшего [1, с. 249].

Анализ имеющихся источников того периода позволяет нам, с определенным огрублением, вопрос дачи согласия потерпевшего при посягательствах на жизнь разделить на три группы: согласие потерпевшего исключает уголовную ответственность; согласие потерпевшего не уничтожает преступность деяния; согласие потерпевшего не устраняет преступности совершенных действий лица, лишившего жизни потерпевшего, но заслуживает смягчения наказания или даже признания ненаказуемыми.

В соответствии с первым подходом, взаимное соглашение на действие посягателя и потерпевшего, если последний не малолетний или психически больной, уничтожает преступность деяния. «Где те уста, которые решились бы сказать «виновен», где та рука, которая добровольно решилась бы подписать смерть или каторгу, где тот исполнитель закона, который бы без внутреннего содрогания, без боли в сердце, исполнил бы смертный приговор над тем, кто, может быть, сам с мучительной болью решился прекратить, вследствие мольбы, страдальческие минуты смертельно раненного товарища; кто, став лицом к лицу со своею совестью, позволяет себе клеймить именем злодеев двух лиц взаимно убивающих друг друга в состоянии голода или безысходного житейского горя», — писал Н. А. Неклюдов [11, с. 264].

Рассматривая случаи, когда солдат на поле сражения закалывает своего смертельно раненного товарища по его мольбе, чтобы сократить его мучения, или когда генерал, окруженный неприятелем, не желая попасть в плен, предлагает своему адъютанту помочь ему в самоубийстве, говорил А. В. Лохвицкий, что «никакой суд не признает подобных поступков убийством, — здесь нет главного элемента убийства — злостного лишения жизни» [12, с. 548–549].

Известно, что огромное воздействие на волеизъявление оказывает мотив. В своей докторской диссертации М. П. Чубинский отстаивал позицию безнаказанности того, кто помогает другому в самоубийстве или убивает лицо, согласившееся умереть, «поскольку виновный был руководим в своей деятельности социальными мотивами (состраданием, любовью и т. д.)». Отстаивая предложенный тезис, диссертант дальше указывает: если же виновный ру-

ководствовался антисоциальными мотивами (ненависть, алчность, обман и прочее), «тогда он является обыкновенным преступником и должен быть наказан как таковой» [13, с. 295].

Н. Д. Сергеевский, скептически относясь к этой точке зрения, категорично утверждал, что в связи с особой ценностью таких благ, как жизнь и здоровье «и для личности, и для государства, невознаградимость их потери, социальное и этическое значение в современном обществе самого факта пролития крови ближнего служат достаточным основанием к признанию» посягательств на жизнь и тяжкое телесное повреждение «достаточным основанием к признанию этих деяний наказуемыми безусловно, то есть независимо от личных отношений пострадавшего к своему благу — его соизволения на нарушение или несоизволения» [4, с. 244].

А еще раньше к преступным относил случаи «кто убил кого просившего о предании его смерти при его отчаянии и какой-либо душевной скорби и досаде» Г. И. Солнцев [14, с. 76], т. е. предлагается учитывать мотив и эмоции в момент совершения убийства.

Предпочтительной в теории уголовного права выглядит третья группа взглядов. В этом отношении интерес представляет мнение А. Ф. Кистяковского, который объяснял смягчение, но не освобождение от наказания при согласии («соизволении») на членовредительство и убийство, тем, что, с одной стороны, наблюдается «разрешение субъективной воли на нарушение известного права», с другой стороны, «объективная воля или воля государства — и не согласна на такое разрешение» [9, с. 304–305]. Говоря современным языком, предлагается своеобразный компромисс с учетом приоритета публичного и значения частного интереса.

В. Д. Спасович в своем диссертационном исследовании «Учебник уголовного права» писал, что «убийство лица по его просьбе или согласию или изуродование его (напр., отрезание ему члена, осклопление) могут быть преследуемы уголовно, потому что они не перестают быть преступлениями против чужой идеальной личности». В то же время согласие должно смягчить наказание либо устранить наказуемость «по судебному приговору или посредством помилования, например, когда лекарь дает яд безнадежно больному, которого нельзя спасти, для сокращения его страданий, или когда солдат оказывает подобную услугу раненому товарищу» [15, с. 101]. Позицию о смягчении наказания при согласии на убийство также отстаивали в своих работах В. Е. Владимиров [6, с. 73–74], В. Д. Набоков [16, с. 9], С. В. Познышев [2, с. 178], И. Я. Фойницкий [10, с. 13] и др.

В литературе рассматриваемого периода стремились определить ту грань согласия, за которой может начаться хаос вседозволенности. Так, по Н. С. Таганцеву, согласие пострадавшего (потерпевшего) на причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам исключает преступность деяния при соблюдении следующих условий: согласие дано с осознанием вредности разрешаемого действия

дееспособным субъектом в отношении только тех личных благ или прав, распоряжаться которыми он имел законное право до или во время причинения вреда, и не направлено на причинение вреда общественным и государственным интересам, а также оно должно относиться «к определенному времени и действию» и восприниматься именно как согласие, «при этом вовсе не требуется, чтобы согласие было прямо выражено пострадавшим, так как часто вполне достаточно согласия молчаливого, подразумеваемого или заявленного конклюдентными действиями» [17, с. 499–501]. Примечательно, что по сути сходного мнения придерживались С. В. Познышев [2, с. 178–179] и П. П. Пусторослев [3, с. 305].

Если же обратиться к законодательству, то Общая часть Уголовного уложения 1903 г., отразившая, в основном, взгляд такого выдающегося исследователя проблем уголовного права европейского масштаба, как Н. С. Таганцев, не упоминает о значении согласия. В объяснительной записке редакторы мотивируют это следующим образом: «Хотя общая часть нового уложения и не упоминает о согласии пострадавшего как о причине, уничтожающей преступность известных деяний, тем не менее таковая непреступность должна быть признаваема как общее правило при всех преступных деяниях, направленных против частных лиц, как имущественных, так и личных, если самим законом не установлены изъятия» [18, с. 264]. Таким изъятием в Уложении 1903 г. может служить включенная в гл. 22 «О лишении жизни» Уложения 1903 г. норма, предусматривающая смягчение наказания виновному за убийство, учиненному по настоянию убитого и из сострадания к нему (ст. 460) [19, с. 90].

Следует подчеркнуть, что согласие потерпевшего на причинение ему вреда как самостоятельный правовой институт незнаком отечественному уголовному законодательству. Вполне возможно, да и скорее всего, за всем этим стоит, во-первых, давно сложившееся мнение, обладающее большим инерционным воздействием, что лишение жизни потерпевшего с его согласия противоречит господствующей в обществе морали; во-вторых, опасениями различного рода злоупотреблений. «Если государство стоит на страже интересов своих граждан, — писал И. И. Карпец, — оно не допустит аморального к ним отношения, не говоря уже о нарушении их прав, установленных законом» [20, с. 129].

В то же время во многих современных теоретических разработках красной нитью проходит мысль об обоснованности и разумности введения общей нормы о признании непреступным причинения вреда интересам потерпевшего с его согласия (по его просьбе) [21, с. 188], и даже предлагаются авторские версии совершенствования законодательства типа «Согласие пострадавшего» [22, с. 111–112], «Причинение вреда с согласия лица, полномочного распоряжаться своим правом» [23, с. 171], «Причинение вреда в особых условиях» [24, с. 470] и др. Увы, в обозримой перспективе эти идеи остаются невостребованными. В этой

ситуации остается, видимо, лишь грустно заметить, что в споре рождается все, что угодно, кроме истины.

Как бы там ни было, никто не станет отрицать, что, во-первых, между теорией и законодательной практикой существует большой разрыв в плане законодательного закрепления причинения вреда с согласия потерпевшего или по его просьбе; во-вторых, законодатель не учитывает степень разработанности целого ряда теоретических достижений, в том числе крупнейших отечественных специалистов в области уголовного права XIX – начала XX в., относительно согласия потерпевшего или по его просьбе.

### Библиографический список

1. Белогриц-Котляревский Л. С. Учебник русского уголовного права. Общая и особенная части. Киев: Типо-лит. И. И. Чоколова, 1903. 618 с.
2. Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. 2-е изд., испр. и доп. М.: Изд-е А. А. Карцева, 1912. 668 с.
3. Пусторослев П. П. Русское уголовное право. Общая часть. Вып. I. Юрьев, 1907. 546 с.
4. Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право: пособие к лекциям. 4-е изд. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1900. 364 с.
5. Будзинский С. М. О преступлениях в особенности. Сравнительное исследование. Варшава: Типография К. Ковалевского, 1887. 451 с.
6. Владимиров В. Е. Учебник русского уголовного права. Общая часть. Харьков: Тип. Каплана и Бирюкова, 1889. 259 с.
7. Баршев С. И. Общие начала теории и законодательства о преступлениях и наказаниях в двух разделах. М.: Универ. тип., 1841. 357 с.
8. Таганцев Н. С. Курс русского уголовного права. Часть общая. Книга 1-я. Учение о преступлении. СПб.: Тип. М. Стасюлевича, 1874. 324 с.
9. Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением русского уголовного законодательства. 3-е изд. Киев: Тип.-лит. И. Н. Кушнерев и К°, 1891. 683 с.
10. Фойницкий И. Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. 5-е изд. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1907. 441 с.
11. Неклюдов Н. А. Руководство к особенной части русского уголовного права. Т. I. Преступления и проступки против личности. СПб.: Тип. П. П. Меркулева, 1876. 555 с.
12. Лохвицкий А. В. Курс русского уголовного права. 2-е изд., испр. и доп. СПб.: Скоропечатня Ю. О. Шрейера, 1871. 714 с.
13. Чубинский М. П. Мотив преступной деятельности и его значение в уголовном праве. Ярославль: Тип.-лит. Э. Г. Фальк, 1900. 350 с.
14. Солнцев Г. И. Российское уголовное право / под ред. Г. С. Фельдштейна. Ярославль, 1907. 302 с.
15. Сласович В. Д. Учебник уголовного права. Т. 1. СПб.: Тип. Иосафата Огризко, 1863. 442 с.
16. Набоков В. Д. Элементарный учебник особенной части русского уголовного права. Выпуск первый. Кн. I и II. СПб.: Сенат. тип., 1903. 220 с.
17. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т. I. 2-е изд., пересмотр. и доп. СПб.: Гос. тип., 1902. 823 с.

18. Есипов В. В. Очерк русского уголовного права. Часть общая: Преступление и преступники. Наказание и наказуемые. 3-е изд., пересмотр. и доп. М.: Тип.-лит. И. И. Пашкова, 1903. 550 с.

19. Уголовное уложение. Высочайше утвержденное 22 марта 1903 г. СПб.: Сенат. тип., 1903. 253 с.

20. Карпец И. И. Уголовное право и этика. М.: Юрид. лит., 1985. 256 с.

21. Блинников В. А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России: монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрлитинформ, 2014. 216 с.

22. Сидоренко Э. Л., Карабут М. А. Частные начала в уголовном праве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. 212 с.

23. Пархоменко С. В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 267 с.

24. Сверчков В. В. Освобождение от уголовной ответственности, прекращение уголовного дела (преследования), отказ в его возбуждении: проблемы теории и практики. СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. 592 с.

### References

1. Belogrity-Kotlyarevsky L. S. Uchebnik russkogo ugodovnoogo prava. Obshchaia i osobennaia chasti [Textbook of Russian criminal law. General and special parts] Kiev: Tipo-lit. I. I. Chokolova, 1903, 618 p. [in Russian].
2. Poznyshev S. V. Osnovnye nachala nauki ugodovnoogo prava. Obshchaia chast' ugodovnoogo prava. 2-e izd., ispr. i dop. [The basic principles of the science of criminal law. General part of criminal law. 2nd edition, revised and enlarged]. M.: Izd-e A. A. Kartseva, 1912, 668 p. [in Russian].
3. Pustoroslev P. P. Russkoe ugodovnoe pravo. Obshchaia chast'. Vypusk I [Russian criminal law. General part. Issue I]. Yuriyev, 1907, 546 p. [in Russian].
4. Sergeevsky N. D. Russkoe ugodovnoe pravo: posobie k lektssiam. 4-e izd. [Russian criminal law: manual to lectures. 4th edition]. SPb.: Tip. M. M. Stasiulevicha, 1900, 364 p. [in Russian].
5. Budzinsky S. M. O prestupleniiakh v osobennosti. Sravnitel'noe issledovanie [About crimes in particular. Comparative research]. Warsaw: Tipografia K. Kovalevskogo, 1887, 451 p. [in Russian].
6. Vladimirov V. E. Uchebnik russkogo ugodovnoogo prava. Obshchaia chast' [Textbook of Russian criminal law. General part]. Kharkov: Tip. Kaplana i Biriukova, 1889, 259 p. [in Russian].
7. Barshev S. I. Obshchie nachala teorii i zakonodatel'stv o prestupleniiakh i nakazaniiakh v dvukh razdelakh [General principles of the theory and legislation on crimes and punishments in two parts]. M.: Univer. tip., 1841, 357 p. [in Russian].
8. Tagantsev N. S. Kurs russkogo ugodovnoogo prava. Chast' obshchaia. Kniga 1-ia. Uchenie o prestuplenii [Course of Russian criminal law. General part. Book I. The doctrine of crime]. SPb.: Tip. M. Stasiulevicha, 1874, 324 p. [in Russian].
9. Kistyakovsky A. F. Elementarnyi uchebnik obshchego ugodovnoogo prava s podrobnym izlozheniem russkogo ugodovnoogo zakonodatel'stva. 3-e izd. [Elementary textbook of general criminal law with a detailed description of Russian criminal law. 3rd edition]. Kyiv: Tip.-lit. I. N. Kushnerev i K°, 1891, 683 p. [in Russian].

10. Foinitsky I. Ya. Kurs ugovnogo prava. Chast' osobennaia. Posiagatel'stva lichnye i imushchestvennye. 5-e izd. [The course of criminal law. Special Part. Personal and property encroachments. 5th edition]. SPb.: Tip. M. M. Stasiulevicha, 1907, 441 p. [in Russian].
11. Neklyudov N. A. Rukovodstvo k osobennoi chasti russkogo ugovnogo prava. T. I. Prestupleniia i prostupki protiv lichnosti [A guide to a special part of Russian criminal law. Vol. I. Crimes and offenses against the person]. SPb.: Tip. P. P. Merkul'eva, 1876, 555 p. [in Russian].
12. Lokhvitsky A. V. Kurs russkogo ugovnogo prava. 2-e izd., ispr. i dop. [The course of Russian criminal law. 2nd edition, revised and enlarged]. SPb.: Skoropchatnia Iu. O. Shreiera, 1871, 714 p. [in Russian].
13. Chubinsky M. P. Motiv prestupnoi deiatel'nosti i ego znachenie v ugovnom prave [Motive of criminal activity and its importance in the criminal law]. Yaroslavl: Tip.-lit. E. G. Fal'k, 1900, 350 p. [in Russian].
14. Solntsev G. I. Rossiiskoe ugovnoe pravo. Pod red. G.S. Fel'dshteina [Russian Criminal Law. G.S. Feldshtein (Ed.)]. Yaroslavl, 1907, 302 p. [in Russian].
15. Spasovich V. D. Uchebnik ugovnogo prava. T. 1 [Criminal law. Textbook. Vol. 1]. SPb.: Tip. Iosafata Ogrizko, 1863, 442 p. [in Russian].
16. Nabokov V. D. Elementarnyi uchebnik osobennoi chasti russkogo ugovnogo prava. Vypusk pervyi. Knigi I i II [Elementary textbook of a special part of Russian criminal law. Issue one. Books I and II]. SPb.: Senat. tip., 1903, 220 p. [in Russian].
17. Tagantsev N. S. Russkoe ugovnoe pravo. Lektsii. Chast' obshchaia. T. I. 2-e izd., peresmotr. i dop. [Russian criminal law. Lectures. General part. Vol. I. 2nd edition, revised and enlarged]. SPb.: Gos. tip., 1902, 823 p. [in Russian].
18. Esipov V. V. Ocherk russkogo ugovnogo prava. Chast' obshchaia: Prestuplenie i prestupniki. Nakazanie i nakazuemye. 3-e izd., peresmotr. i dop. [Essay on Russian criminal law. General part: Crime and criminals. Punishment and offenders. 3rd edition, revised and enlarged]. M.: Tip.-lit. I. I. Pashkova, 1903, 550 p. [in Russian].
19. Uголовное уложение. Vysochaishe utverzhdennoe 22 marta 1903 g. [The criminal code. Approved on March 22, 1903]. SPb.: Senat. tip., 1903, 253 p. [in Russian].
20. Karpets I. I. Uголовное право i etika [Criminal law and ethics]. M.: Iuridicheskaiia literatura, 1985, 256 p. [in Russian].
21. Blinnikov V. A. Obstoiatel'stva, iskluchaiushchie prestupnost' deianiia, v ugovnom prave Rossii: monografiia. 2-e izd., pererab. i dop. [Circumstances that exclude the criminality of the act, in the criminal law of Russia: monograph. 2nd edition, revised and enlarged]. M.: Iurlitinform, 2014, 216 p. [in Russian].
22. Sidorenko E. L., Karabut M. A. Chastnye nachala v ugovnom prave [Private principles in criminal law]. SPb.: Iuridicheskii tsentr Press, 2007, 212 p. [in Russian].
23. Parkhomenko S. V. Dejanija, prestupnost' kotoryh iskljuchaetsja v silu social'noj poleznosti i neobhodimosti [Acts whose crime is excluded because of social utility and necessity]. SPb.: Iuridicheskii tsentr Press, 2004, 267 p. [in Russian].
24. Sverchkov V. V. Osvobozhdenie ot ugovnoi otvetstvennosti, prekrashchenie ugovnogo dela (presledovaniia), otkaz v ego vobuzhdenii: problemy teorii i praktiki [Exemption from criminal liability, termination of criminal proceedings (persecution), refusal to initiate it: problems of theory and practice]. SPb.: Iuridicheskii tsentr Press, 2008, 592 p. [in Russian].

*E. V. Baboshina, V. E. Loba\**

#### **SOME ASPECTS OF THE HISTORY OF SCIENTIFIC VIEWS FORMATION ON THE INSTITUTE OF CONSENT OF THE VICTIM TO BE HARMED IN THE RUSSIAN EMPIRE**

There are considered scientific ideas existed in Russia in the nineteenth and early twentieth centuries which were connected with the criminal justice response to inflicted harm to the interests protected by criminal law from the consent of the victim or at his request.

The article focuses on the issues of assessing the consent of the victim to be harmed, depending on the object of the criminal-legal protection.

The source of the article was monographic and dissertational research of criminology scientists of the XIX–XX centuries.

**Key words:** victim, dissertational research, criminal law, Russian Empire.

\* Baboshina Elena Vladimirovna (baboshina.80@mail.ru), Department of Legal Disciplines, Dagestan State University, 1e, Stalsky Street, Kizlyar, 368800, Republic of Dagestan, Russian Federation.

Loba Vsevolod Evgen'evich (vsevolodka@inbox.ru), Dagestan State University, 1e, Stalsky Street, Kizlyar, 368800, Republic of Dagestan, Russian Federation.

УДК 343.8

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-78-82

Д. В. Голенко\*

**СУДЕБНЫЙ ШТРАФ КАК ИНАЯ МЕРА УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРА**

В статье рассматриваются проблемы реализации освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа. Проведен анализ понятия «судебный штраф» в различных законах Российской Федерации. Автор обращает внимание на соотношение иной меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа и наказания в виде штрафа. Исследованы вопросы практики применения судебного штрафа, проблемы, возникающие у юристов при его исполнении. Показаны возможные негативные последствия применения иной меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа. Проанализированы положения Федерального закона от 3 июля 2016 года № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности». Дан критический анализ иным нововведениям. В статье содержится анализ судебной практики по применению судебного штрафа, а также рекомендаций, изложенных в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2016 № 56.

**Ключевые слова:** судебный штраф, иные меры уголовно-правового характера, основания освобождения от уголовной ответственности.

Современное общество ищет новые пути уменьшения числа лиц, привлекаемых к уголовной ответственности. Политика, направленная на гуманизацию уголовного законодательства, привела к созданию новых правовых явлений, которые ранее не были известны современной теории и практике. Так, Федеральным законом от 3 июля 2016 года № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности» было введено новое основание освобождения от уголовной ответственности. С момента вступления в силу указанного Федерального закона, суд имеет право освободить лицо от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа.

Понятие судебного штрафа не является новым для современного российского законодательства. Так, в Гражданском процессуальном кодексе РФ и Арбитражном процессуальном кодексе РФ имеются отдельные главы, посвященные регулированию вопросов, связанных с его применением. Однако судебный штраф в гражданском и арбитражном процессе используется как средство воздействия на лиц, которые допустили неисполнение судебного акта.

В уголовном законодательстве до нововведений 2017 года понятие судебного штрафа не использовалось. Согласно ст. 104.4 УК РФ, судебный штраф есть денежное взыскание, назначаемое судом при освобождении лица от уголовной ответственности. По логике новых положений закона, виновное лицо не только возмещает причиненный преступлением ущерб, но выплачивает государству денежную компенсацию за противоправное поведение. Полага-

ем, что использование понятия «судебный штраф» в уголовном законодательстве не является обоснованным. Во-первых, в уголовном законе уже используется понятие штрафа как вида наказания, которое применяется с дореволюционного периода. Во-вторых, введение характеристики «судебный» с целью указания на орган, который имеет право его назначить, не отражает сущности явления и не отграничивает его от наказания. Штраф как вид наказания назначается также только судом. Использование одного термина для обозначения различных правовых явлений, полагаем, нецелесообразным. Указанное может повлечь за собой сложности не только в общем понимании, но и в применении положений закона на практике.

Что касается правовой природы судебного штрафа, то следует обратить внимание, что законодатель расположил его в разделе «Иные меры уголовно-правового характера», в котором также находятся положения о принудительных мерах медицинского характера, конфискации имущества. В литературе высказывается мнение, что иные меры уголовно-правового характера наряду с наказанием представляют собой форму реализации уголовной ответственности [1]. Однако применительно к такому виду иных мер уголовно-правового характера, как судебный штраф, вряд ли такие суждения применимы, поскольку он назначается в связи с освобождением от уголовной ответственности.

Существует и другая точка зрения. Так, Н. Н. Апостолов полагает, что есть все основания считать судебный штраф альтернативой уголовной ответственности [2]. Полагаем, что с таким высказыванием нельзя согласиться в полном объеме. Лицо либо

\* © Голенко Д. В., 2018

Голенко Диана Викторовна (golenko.diana@bk.ru), кафедра уголовного права и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, г. Самара, Московское шоссе, 34.

привлекается к уголовной ответственности, либо освобождается от нее. Введение судебного штрафа создает не альтернативу уголовной ответственности, а промежуточную стадию привлечения к уголовной ответственности. С одной стороны, лицо освобождается от уголовной ответственности с возложением на него обязанности уплатить государству денежную компенсацию. С другой стороны, в случае неисполнения этой обязанности, лицо будет привлечено к уголовной ответственности. Следовательно, назначение судебного штрафа не приведет к безусловному освобождению лица от уголовной ответственности. В научной литературе высказываются и иные точки зрения [8; 9].

Интересным является и тот факт, что иная мера уголовно-правового характера определена через один из видов наказания, что, на наш взгляд, приводит к смешиванию различных по своей правовой природе явлений. Так, в статье 104.5 УК РФ указано, что размер судебного штрафа не может превышать половину максимального размера штрафа, предусмотренного соответствующей статьей Особенной УК РФ. Таким образом, размер судебного штрафа определяется со ссылкой на санкцию статьи Особенной части УК РФ, где содержатся исключительно виды наказаний.

Как справедливо отмечает А. А. Гравина, при введении судебного штрафа не учитывается то обстоятельство, что правовая природа наказания и иных мер уголовно-правового характера различна по основаниям, целям и правовым последствиям их применения. Подобное предложение отражает тенденцию дальнейшей «девальвации» института уголовного наказания [3].

Не случайно в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 года № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» указано, что с учетом того, что судебный штраф, назначаемый на основании статьи 76.2 УК РФ лицу, освобожденному от уголовной ответственности, не является уголовным наказанием, а относится к иным мерам уголовно-правового характера, предусмотренным разделом VI УК РФ «Иные меры уголовно-правового характера», правила статьи 46 УК РФ к назначению и исполнению судебного штрафа не применяются [4].

Обратимся к анализу условий применения судебного штрафа. Так, статья 76.2 УК РФ предусматривает возможность освобождения от уголовной ответственности при наличии следующих обязательных условий:

- 1) впервые совершено преступление небольшой или средней тяжести,
- 2) возмещен ущерб или иным образом заглажен причиненный преступлением вред.

Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2016 № 56 в Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении

судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности», а также в ряд других постановлений Верховного Суда РФ введены новые положения, связанные с освобождением от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа.

Напомним, что в пункте 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 года № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» раскрывается содержание круга лиц, впервые совершивших преступление. Так, например, в эту категорию входят не только субъекты, которые никогда ранее не имели судимости, но и лица, у которых судимость снята или погашена, а также лица, которые ранее были осуждены за совершение деяния, которое на момент нового судебного разбирательства декриминализовано. В эту группу также отнесены и субъекты, которые совершили новое преступление в период, когда предыдущий приговор не вступил в законную силу [5]. С введением в действие новых законодательных положений о судебном штрафе, Верховный Суд РФ дополнил разъяснения указанием на то, что совершение лицом впервые нескольких преступлений небольшой и (или) средней тяжести не препятствует освобождению его от уголовной ответственности на основании статьи 76.2 УК РФ [5].

С целью раскрытия содержания второго обязательного условия применения судебного штрафа необходимо также обратиться к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 года № 19. Верховный Суд РФ ущерб связывает с имущественным вредом, который возможно возместить. При этом суд оставляет открытым перечень возможных вариантов возмещения вреда, допуская возможность устранения последствий действиями виновного, с помощью денежных средств, либо любыми иными способами. Перечень вариантов заглаживания вреда также является открытым. Суд допускает принесение извинений виновным, компенсацию морального вреда путем выплаты денежных средств и т. д. Основным критерием при возмещении ущерба и заглаживании вреда является законность действий виновного, а также отсутствие нарушений прав третьих лиц [5]. Следует обратить внимание, что Пленум Верховного Суда РФ указал, что иные лица с согласия виновного могут возместить ущерб и заглазить вред.

Судебный штраф как иная мера уголовно-правового характера может применяться к несовершеннолетним. Так, согласно официальной статистике, размещенной на сайте Судебного департамента РФ, в первом полугодии 2017 года судебный штраф при освобождении от уголовной ответственности назначен 239 несовершеннолетним [6].

При анализе положений Уголовного кодекса РФ, Уголовно-процессуального кодекса РФ и разъяснений Верховного Суда РФ также усматривается, на

наш взгляд, определенная межотраслевая несогласованность. Так, согласно ч. 2 ст. 104.4 УК РФ, в случае неуплаты судебного штрафа в установленный судом срок, судебный штраф отменяется и лицо привлекается к уголовной ответственности по соответствующей статье Особенной части УК РФ. Лицо считается уклоняющимся от уплаты судебного штрафа, назначенного в соответствии со статьей 76.2 УК РФ, если оно не уплатило такой штраф в установленный судом срок (до истечения указанной в постановлении суда конкретной даты) без уважительных причин. Верховный Суд РФ разъяснил, что понимается под уважительными причинами неуплаты судебного штрафа. К ним, например, отнесены утрата заработка лицом, которому назначен судебный штраф, или, например, нахождение в лечебном учреждении в связи с прохождением курса лечения и другие.

Однако данные положения противоречат УПК РФ, а также разъяснениям, содержащимся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2011 года № 21 «О практике применения судами Российской Федерации законодательства об исполнении приговора» (в редакции постановлений Пленума от 9 февраля 2012 года № 3, от 17 ноября 2015 года № 51, от 22 декабря 2015 года № 59), в частности, в пункте 21.1 указано, что уголовно-процессуальным законом не предусмотрено продление срока исполнения решения о применении меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа, а также отсрочка или рассрочка исполнения такого решения [7]. Следовательно, отсутствует правовой механизм продления срока исполнения решения в случае неуплаты судебного штрафа в установленный судом срок. В случае неуплаты штрафа по уважительной причине суд не может продлить срок исполнения постановления. Полагаем, что данный вопрос должен быть урегулирован в процессуальном законодательстве. В настоящее время существует судебная практика, согласно которой в случае установления наличия уважительных причин пропуска срока по оплате судебного штрафа и подтверждения наличия факта оплаты (даже после срока, установленного судом) судебный штраф не отменяется, лицо к уголовной ответственности не привлекается.

Еще один важный, по нашему мнению, момент заключается в том, что все иные основания освобождения от уголовной ответственности являются приоритетными по сравнению с освобождением от уголовной ответственности с назначением штрафа. Так, в пункте 25.5 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2011 года № 21 «О практике применения судами Российской Федерации законодательства об исполнении приговора» (в редакции постановлений Пленума от 9 февраля 2012 года № 3, от 17 ноября 2015 года № 51, от 22 декабря 2015 года № 59) указано, что судья отказывает в удовлетворении ходатайства, уголовное дело или уголовное преследова-

ние должно быть прекращено по иным основаниям, например за отсутствием события или состава преступления, в связи с истечением срока давности уголовного преследования (пункт 2 части 5 статьи 446.2 УПК РФ) [7]. Полагаем, что данные разъяснения породят сложности применения на практике норм об освобождении от уголовной ответственности.

Как свидетельствует статистика, в 2016 году только следственными органами Следственного комитета Российской Федерации в порядке ч. 2 ст. 446.2 УПК РФ (с ходатайством о назначении судебного штрафа) направлено в суд 565 уголовных дел в отношении 604 лиц. Лидирующие места занимают Республика Крым (19), Пензенская (20) Иркутская (22), Московская (23) и Тюменская (35) области. По результатам рассмотрения лишь в 5 % (29) случаев судами приняты решения об отказе в удовлетворении ходатайства о прекращении уголовного дела или уголовного преследования и назначения лицу меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа.

Изучение практики по Самарской области свидетельствует о том, что суды общей юрисдикции в 2016 году не так часто применяли нововведение на практике, можно встретить лишь единичные примеры в нескольких районных судах г. Самары. Более активно нововведения в 2016 году применялись военными судами. Так, анализ официального сайта Самарского гарнизонного военного суда показал, что за конец 2016-го – начало 2017 года порядка 39 дел завершены применением судебного штрафа. В 2017 году ситуация изменилась, количество лиц, освобожденных от уголовной ответственности с применением судебного штрафа, увеличилось. Согласно официально опубликованной статистике за первое полугодие 2017 года, судебный штраф при освобождении от уголовной ответственности назначен 7335 лицам [6].

Изучение практики также показало, что сложности возникают в случае применения судебного штрафа к лицу, совершившему дачу мелкой взятки. Чаще всего суды отказывают в удовлетворении ходатайства о применении судебного штрафа.

Подводя итоги проведенного исследования, полагаем, что с точки зрения уголовной политики во введении судебного штрафа можно увидеть определенные плюсы. Во-первых, сокращается число осужденных лиц. Во-вторых, пополняется бюджет, что позволяет сократить расходы на уголовно-исполнительную систему. Так, только за первое полугодие 2017 года сумма назначенного судебного штрафа по прекращенным уголовным делам составила 116 255 336 рублей [6]. В-третьих, сокращается нагрузка судов, поскольку срок рассмотрения ходатайства о прекращении уголовного дела и назначении меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа значительно меньше срока рассмотрения уголовного дела. С другой стороны, появилась своего рода возможность избежать привлечения к уго-



ловной ответственности путем оплаты установленной судом суммы. Полагаем, что введение судебного штрафа в целом можно рассматривать как позитивное явление, которое требует дальнейшего научного осмысления.

### Библиографический список

1. Гареев М. Кому светят иные меры? // ЭЖ-Юрист, 2013. № 1. Доступ из СПС «Консультант-Плюс».

2. Апостолов Н. Н. Прекращение уголовного дела или уголовного преследования с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа // Российская юстиция. 2016. № 10. С. 34–37.

3. Гравина А. А. Тенденции развития уголовного законодательства на современном этапе // Журнал российского права. 2016. № 11. С. 95–105.

4. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 года № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

5. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

6. Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 1 полугодие 2017 года. Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции. URL: <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 26.02.2018).

7. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2011 года № 21 «О практике применения судами Российской Федерации законодательства об исполнении приговора» // Российская газета. 2011. 30 декабря.

8. Кувалдина Ю. В. Новое основание прекращения уголовного дела (ст. 25.1 УПК РФ): последствия введения // Библиотека криминалиста. 2017. № 1 (30). С. 93–99.

9. Рыжаков А. П. Комментарий к Федеральному закону от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

### References

1. Gareev M. Komu svetjat inye mery? [To whom are other measures shining?]. Ezh-Yurist, 2013, no. 1. Available at: legal reference system «Consultant Plus» [in Russian].

2. Apostolov N. N. Prekrashhenie ugovnogo dela ili ugovnogo presledovanija s naznacheniem mery ugovno-pravovogo haraktera v vide sudebnogo shtrafa [Termination of a criminal prosecution with the purpose of measures of criminal-legal character in the form of a court penalty]. Rossijskaja justicija [Russian Justitia], 2016, no. 10, pp. 34–37 [in Russian].

3. Gravina A. A. Tendencii razvitija ugovnogo zakonodatel'stva na sovremennom jetape [Tendency of criminal legislation development on the modern stage]. Zhurnal rossijskogo prava [Journal of Russian Law], 2016, no. 11, pp. 95–105 [in Russian].

4. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 22 dekabrja 2015 goda № 58 «O praktike naznachenija sudami Rossijskoj Federacii ugovnogo nakazanija» [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated December 22, 2015, No. 58 «On the practice of appointing by the courts of the Russian Federation of a criminal penalty»]. Available at: legal reference system «Consultant Plus» [in Russian].

5. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 27.06.2013 № 19 «O primenenii sudami zakonodatel'stva, reglamentirujushhego osnovanija i porjadok osvobozhdenija ot ugovnoj otvetstvennosti» [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated June 27, 2013 No. 19 «On the application by the courts of legislation regulating the grounds and procedure for exemption from criminal liability»]. Available at: legal reference system «Consultant Plus» [in Russian].

6. Svodnye statisticheskie svedenija o dejatel'nosti federal'nyh sudov obshhej jurisdikcii i mirovyh sudej za 1 polugodie 2017 goda. Otchet o rabote sudov obshhej jurisdikcii po rassmotreniju ugovnyh del po pervoj instancii [Summary statistics on the activities of the Federal Courts of General Jurisdiction and Justices of the Peace for the 1st half of 2017. Report on the work of courts of General Jurisdiction to hear criminal cases of the first instance]. Available at: <http://www.cdep.ru>. (accessed 26.02.2018) [in Russian].

7. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 20 dekabrja 2011 goda № 21 «O praktike primenenija sudami Rossijskoj Federacii zakonodatel'stva ob ispolnenii prigovora» [Decision of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated December 20, 2011 No. 21 «On the practice of enforcement by courts of the Russian Federation of the law on the enforcement of the sentence»]. Rossijskaja gazeta [Russian newspaper], no. 5672 (296), December 30, 2011 [in Russian].

8. Kuvaldina U. V. Novoe osnovanie prekrashhenija ugovnogo dela (st. 25.1 UPK RF): posledstvija vvedenija [New basis of termination of a criminal case (article 25 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation): consequences of implementation]. Biblioteka kriminalista [Criminalist's Library Scientific Journal], 2017, no. 1 (30), pp. 93–99 [in Russian].

9. Ryzhakov A. P. Kommentarij k Federal'nomu zakonu ot 3 ijulja 2016 g. № 323-FZ «O vnesenii izmenenij v Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii i Ugolovno-processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii po voprosam

sovershenstvovaniya osnovanij i porjadka osvobozhdenija ot ugolovnoj otvetstvennosti» [The commentary to the Federal Law dated July 3, 2016 № 323-FA «About alterations being made in the Criminal Code of the Russian Federation and in the Criminal Procedure Code of the Russian Federation concerning the questions of improving foundations and basis of exemption from the criminal liability»]. Available at: legal reference system «Consultant Plus» [in Russian].

*D. V. Golenko\**

#### **COURT FINE AS THE OTHER MEASURE OF CRIMINAL-LEGAL STATUS**

The article observes the problems of exemption from criminal liability realization with court fine imposition. The author analyzed the term «court fine» in various laws of the Russian Federation. The author draws attention to the correlation of another measure of a criminal-legal nature in the form of a court fine and punishment in the form of a fine. The questions of practice of application of the judicial penalty, problems arising at lawyers at its execution are investigated. The author illustrated possible negative consequences of the other measure of criminal-legal status implementation in the means of court fine. The critical analysis is given to the provisions contained in the Federal Law No. 323-FZ dated July 03, 2016 «About alterations being made in the Criminal Code of the Russian Federation and in the Criminal Procedure Code of the Russian Federation concerning the questions of improving foundations and basis of exemption from the criminal liability» and other innovations. The article contains an analysis of judicial practice on the application of a court fine, as well as recommendations set forth in Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No. 56 dated November 29.

**Key words:** court fine, other measures of criminal-legal status, reasons of exemption from criminal liability.

---

\* *Golenko Diana Viktorovna* (golenko.diana@bk.ru), Department of Criminal Law and Criminology, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

УДК 343.3/7

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-83-87

Ю. С. Норвартян\*

## О ПРОБЛЕМЕ УЧЕТА СОЦИАЛЬНО ЗНАЧИМОГО ЗАБОЛЕВАНИЯ КАК ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, СМЯГЧАЮЩЕГО НАКАЗАНИЕ

На основе материалов современной судебной практики исследуется проблема признания смягчающим наказанием обстоятельством наличие у виновного лица социально значимого заболевания. Автор приходит к выводу, если лицо на момент совершения преступления страдало социально значимой болезнью, но к моменту назначения наказания выздоровело, правоприменителю также необходимо учитывать это обстоятельство как смягчающее наказание, т. к. указанные обстоятельства существенно уменьшают степень общественной опасности совершаемого им преступления и подлежат обязательному учету при назначении наказания. Кроме того, указанное состояние здоровья не подлежит безусловному признанию судом в качестве обстоятельства, смягчающего наказание. В случае если лицо, страдающее социально значимой болезнью, не заботится о здоровье окружающих, ведет беспорядочный половой образ жизни, совершает преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности либо иные преступления, связанные с опасностью заражения потерпевших социально опасными заболеваниями, недопустимо считать наличие у него такого рода заболевания обстоятельством, смягчающим наказание.

**Ключевые слова:** дифференциация уголовной ответственности, уголовное наказание, смягчающие наказание обстоятельства, наличие у виновного социально значимого заболевания.

При назначении уголовного наказания суды нередко наряду с обстоятельствами, указанными в ч. 1 ст. 61 УК РФ, учитывают в качестве смягчающих наказание такие обстоятельства, которые не предусмотрены законом. Одно из таких обстоятельств – наличие у виновного социально значимого заболевания. Признание не предусмотренных уголовным законом обстоятельств в качестве смягчающих наказание является возможным благодаря принципам справедливости и гуманизма уголовного закона. В части 2 ст. 61 УК РФ определено: «При назначении наказания могут учитываться в качестве смягчающих и обстоятельства, не предусмотренные частью первой настоящей статьи».

В связи с ростом социально значимых заболеваний и проблемой противодействия таким преступлениям Правительством Российской Федерации было принято постановление от 1 декабря 2004 г. № 715 «Об утверждении перечня социально значимых заболеваний и перечня заболеваний, представляющих опасность для окружающих» [1]. В этом постановлении социально значимыми названы: туберкулез; инфекции, передающиеся преимущественно половым путем; Гепатит В; гепатит С; ВИЧ-инфекция; злокачественные новообразования; сахарный диабет; психические расстройства и расстройства поведения; болезни, характеризующиеся повышенным кровяным давлением. Следует заметить, что указанные заболевания дублируются и в блоке II «Перечень заболеваний, представляющих опасность для окружающих». Таким образом, официально до-

пускается определение заболевания одновременно как социально значимого и представляющего опасность для окружающих. Согласно ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» под заболеванием, представляющим опасность для окружающих, следует понимать такие инфекционные заболевания человека, которые характеризуются тяжелым течением, высоким уровнем смертности, инвалидности, быстрым распространением среди населения (эпидемия) [2].

Как показывает судебная практика, в качестве обстоятельств, смягчающих наказание, суды часто признают наличие у виновных лиц социально значимых заболеваний<sup>1</sup>. Так, приговором Новосибирского гарнизонного военного суда Р. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ. Виновному назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 1 год 6 месяцев без дополнительных наказаний в виде штрафа и ограничения свободы, при этом в качестве смягчающего наказание обстоятельства учтено состояние его здоровья – сахарный диабет [3].

Другой пример. Ленинградский областной суд признал И. виновным в совершении преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ, пп. «ж», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ, и назначил ему по этим статьям наказание в виде лишения свободы на срок 17 лет. Обстоятельствами, смягчающими назначенное И. наказание, суд признал «состояние здоровья подсудимого, страдающего туберкулезом легких» [4].

\* © Норвартян Ю. С., 2018

Норвартян Юрий Сергеевич (norvartyan@yandex.ru), кафедра уголовного права и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, г. Самара, Московское шоссе, 34.

Еще один пример. Приговором Алтайского краевого суда К. признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ, пп. «а», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Ему назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 20 лет без штрафа с отбыванием в исправительной колонии строгого режима. Как усматривается из приговора, суд, разрешая вопрос о назначении К. наказания, учел в качестве смягчающего обстоятельства наличие у подсудимого ВИЧ-инфекции [5].

Следует отметить, что при решении данного вопроса в судебной практике встречаются и прямо противоположные позиции. Например, приговором Слободского районного суда Кировской области К. осужден по ч. 1 ст. 158 УК РФ, ч. 1 ст. 161 УК РФ. В соответствии с ч. 2 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений ему назначено наказание в виде лишения свободы на срок один год шесть месяцев с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима. Согласно вынесенному приговору суд, назначая К. наказание, не учел в качестве смягчающего обстоятельства наличие у виновного таких хронических заболеваний, как ВИЧ-инфекция (стадия III, фаза прогрессирования) и хронический вирусный гепатит С [6].

Последняя позиция аргументируется тем, что наличие у виновного социально значимого заболевания не включено законодателем в перечень обстоятельств, смягчающих наказание (ч. 1 ст. 61 УК РФ). Признание такого заболевания основанием для смягчения наказания в силу ч. 2 ст. 61 УК РФ является правом, а не обязанностью суда, который принимает такого рода решение, исходя из всех обстоятельств дела, включая оценку наличия либо отсутствия у преступника какого-либо заболевания [7].

Итак, наличие у виновных лиц социально значимых заболеваний расценивается в современной судебной практике по-разному. В одних случаях суды при назначении уголовного наказания рассматривают указанные заболевания в качестве обстоятельств, смягчающих наказание. В других – не принимают во внимание при назначении уголовного наказания наличие у подсудимых социально значимых заболеваний.

Более обоснованной представляется позиция тех практиков, которые признают такое состояние здоровья виновного смягчающим обстоятельством. Признание судом наличия у подсудимого рассматриваемых заболеваний смягчающим обстоятельством является проявлением гуманизма и справедливости по отношению к правонарушителю, а также может способствовать его ресоциализации.

Напротив, игнорирование наличия у виновных заболеваний в качестве смягчающих обстоятельств не соответствует принципам назначения наказания, является несправедливым [8].

При названных обстоятельствах, сокращая срок наказания в виде лишения свободы или вовсе отказываясь от назначения наказаний, связанных с лишением

свободы, суд учитывает, что в местах лишения свободы условия не относятся к благоприятным. Условия содержания напрямую влияют на здоровье и общее самочувствие лиц, больных теми или иными социально значимыми заболеваниями. Понятно, что в настоящее время в местах лишения свободы невозможно гарантировать необходимое лечение и правильное питание инфицированных. Лица, страдающие рассматриваемыми заболеваниями, должны получать высококалорийную пищу с повышенным содержанием белка, различных витаминов и т.д.

Вместе с тем рассматриваемые обстоятельства не могут, на наш взгляд, признаваться в качестве смягчающих в тех случаях, когда они указаны в соответствующей норме Особенной части УК РФ в качестве конструктивного признака состава преступления (например, ст. 121 и 122 УК РФ). А также если они являются квалифицирующим обстоятельством, предусмотренным уголовным законом, например п. «в» ч. 2 ст. 131 УК РФ «Изнасилование, повлекшее заражение потерпевшей венерической болезнью». Иное означало бы нарушение запрета на повторный учет при назначении наказания одного и того же обстоятельства (ч. 3 ст. 61 УК РФ).

Кроме того, на наш взгляд, нельзя признать смягчающим обстоятельством наличие у подсудимых названных заболеваний, если они сами не заботятся о здоровье окружающих, ведут беспорядочный половой образ жизни, совершают преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности либо иные преступления, связанные с опасностью заражения социально значимыми заболеваниями.

В свете вышеизложенного возникает также и такой вопрос: нужно ли учитывать при назначении наказания фактор времени заболевания? Виновный может быть носителем рассматриваемой группы болезни на момент совершения преступления или может быть заражен позже, к моменту назначения наказания.

По нашему мнению, неудовлетворительное состояние здоровья виновного, связанное с социально значимой болезнью, может учитываться судом как обстоятельство, смягчающее наказание независимо от времени заражения (до или после совершения преступления).

Если лицо на момент совершения преступления страдало социально значимой болезнью, но к моменту назначения наказания выздоровело, правоприменителю также необходимо учитывать это обстоятельство как смягчающее наказание<sup>2</sup>, т. к. указанные обстоятельства существенно уменьшают степень общественной опасности совершаемого им преступления и подлежат обязательному учету при назначении наказания потому, что рассматриваемые заболевания меняют восприятие и отношение больного к окружающим событиям, к самому себе, в результате болезни для него создается особое положение среди близких людей, иное положение в обществе.

Анализ судебных приговоров свидетельствует о том, что суды не всегда в описательно-мотивировочной части приговора указывают время заражения той или иной болезнью осужденного. Страдал ли виновный социально значимой болезнью до совершения преступления, или он заразился после совершения им общественно опасного посягательства. Уместно напомнить, что патогенетический процесс рассматриваемых заболеваний включает ряд периодов, стадий. Первая из них – стадия инкубации, которая длится от момента заражения (т. е. момента попадания вируса соответствующего заболевания в организм жертвы) до появления реакции в виде клинических проявлений «острой инфекции» или выработки антител. Вторая – стадия первичных проявлений, характеризующаяся относительным равновесием между иммунным ответом организма и действием вируса. На третьей стадии – вторичных заболеваний имеет место выявление клинических симптомов, свидетельствующих об углублении поражения иммунной системы. Наконец, на терминальной стадии (т.н. исходе) происходит поражение органов и систем организма, отличающееся необратимым течением [9].

Следует отметить, что для некоторых преступлений это имеет принципиальное значение. Так, приговором Кировского районного суда г. Самары А. осужден по ч. 1 ст. 131, ч.1 ст. 132, в соответствии с ч. 3 ст. 69 УК РФ к 4 годам 6 месяцам лишения свободы. Рассмотрев материалы дела, суд апелляционной инстанции снизил наказание до 4 лет и 4 месяцев лишения свободы, указав при этом следующее: «Как видно из материалов уголовного дела, в период предварительного расследования находящийся под стражей А. проходил курс лечения в ФК ЛПУ ОСБ ГУФСИН России по Самарской области по поводу венерического заболевания. Однако официальные сведения о состоянии здоровья осужденного суд не запросил и не учел данное обстоятельство в качестве смягчающего наказание. Таким образом, в связи с наличием у осужденного заболевания назначенное наказание подлежит снижению» [10].

Суд апелляционной инстанции при учете смягчающих наказание обстоятельств не указал: 1) стадию венерической болезни у А.; 2) мог ли А. быть зараженным на момент совершения изнасилования и насильственных действий сексуального характера; 3) мог ли он заразить потерпевшего той или иной венерической болезнью.

Ответы же на эти вопросы имеют существенное значение. Если А. был болен венерической болезнью и знал об этом и при этом совершил изнасилование, но не заразил потерпевшую соответствующей болезнью, то, на наш взгляд, ни при каких обстоятельствах наличие такого рода инфекционной болезни не может быть признано судом как смягчающее обстоятельство, т.к. законодатель предусмотрел квалифицирующий признак изнасилования – п. «в» ч. 2 ст. 131 УК РФ «Изнасилование, повлекшее заражение потерпевшей венерической болезнью».

Если А. заразился венерической болезнью после совершения им преступления, то тогда, как пред-

ставляется, суд имеет право учесть данное обстоятельство как смягчающее наказание.

В судебных приговорах встречается и такая погрешность, когда суд не конкретизирует, какое хроническое заболевание признает в качестве обстоятельства, смягчающего наказание. Например, Б. осужден по ч. 3 ст. 159, ч. 3 ст. 30 и ч. 3 ст. 159 УК РФ. На основании ч. 3 ст. 69 УК РФ по совокупности преступлений ему назначено наказание в виде лишения свободы сроком на четыре года, в силу ст. 73 УК РФ – условно, с испытательным сроком три года... В соответствии с ч. 2 ст. 61 УК РФ суд признал в качестве смягчающего наказание обстоятельства состояние здоровья осужденного, страдающего рядом заболеваний [11]. Другой пример. Г. осужден по п. «в» ч. 2 ст. 158 УК РФ к наказанию в виде лишения свободы сроком два года с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима. В соответствии со ст. 61 УК РФ суд установил в качестве смягчающего наказание обстоятельства то, что осужденный «страдает рядом серьезных заболеваний» [12].

Представляется, что правоприменитель может учесть наличие социально значимого заболевания как смягчающее наказание обстоятельство, если это заболевание так или иначе может повлиять на претерпевание уголовно-правовых ограничений, которые могут быть наложены государством.

В заключение еще раз подчеркнем, что наличие у подсудимого социально значимого заболевания может быть признано судом смягчающим наказанием обстоятельством. При этом суд должен указать в описательно-мотивировочной части приговора на наличие у виновного конкретного вида заболевания на момент совершения преступления либо на момент назначения наказания, а также на влияние такого заболевания на претерпевание подсудимым уголовно-правовых ограничений.

В случае, если социально значимое заболевание уже предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ в качестве конструктивного, квалифицирующего или особо квалифицирующего признака состава преступления, оно не может быть учтено судом при назначении наказания в качестве смягчающего наказание обстоятельства. Также не следует признавать смягчающим обстоятельством наличие у подсудимого названных заболеваний в случае злостного нарушения им санитарно-гигиенических норм, когда лицо осознанно ставит окружающих в опасность заражения.

## Примечания

<sup>1</sup> Под социально значимым заболеванием следует понимать такие заболевания, обусловленные преимущественно социально-экономическими условиями, гнлжст гбhyjczn ущерб обществу и требую социальной защиты человека.

<sup>2</sup> Следует иметь в виду, что если виновное лицо на момент совершения преступления являлось носителем той или иной социально значимой болезни и спровоцировало ситуацию, которая могла повлечь за собой заражение, то это обстоятельство в некоторых случаях (например, при изнасиловании) выступает как квалифицирующий признак состава преступления.

### Библиографический список

1. Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 49. Ст. 4916.
2. Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. № 14. Ст. 1650.
3. Приговор Новосибирского гарнизонного военного суда от 31.10.2011 по делу № 1-107/2011. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2017).
4. Приговор Ленинградского областного суда от 18.02.2010 по делу № 2-3/2010. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2017).
5. Приговор Алтайского краевого суда от 12.04.2012 по делу № 2-45/2012. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2017).
6. Обзор апелляционной практики судебной коллегии по уголовным делам Кировского областного суда за 2013 год. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2017).
7. Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 01.11.2016 № 127-АПУ16-14. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2017).
8. Постановление Президиума Нижегородского областного суда от 25.05.2016 № 44у-59/2016. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.12.2017).
9. Приложение № 1 к Приказу Минздравмедпрома РФ от 16.08.1994 № 170 «Методические указания по организации лечебно-диагностической помощи и диспансерного наблюдения за больными ВИЧ-инфекцией и СПИДом» (ред. от 07.08.2000). Доступ из СПС КонсультантПлюс (дата обращения: 23.12.2017).
10. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда от 14 января 2015 г., уголовное дело № 22-114 // Архив Самарского областного суда за 2015 г.
11. Кассационное определение Верховного Суда РФ от 22.09.2006 № 14-о06-35. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.12.2017).
12. Постановление Московского городского суда от 28.06.2017 № 4у-2778/2017. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.11.2017).
13. Приказ Росстата от 22.11.2010 № 409 «Об утверждении Практического инструктивно-методического пособия по статистике здравоохранения». Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.12.2017).

### References

1. Sbornie zakonodatelstva Rossijskoj Federacii [Collected legislation of the Russian Federation], 2004, no. 49, Article 4916 [in Russian].
2. Sbornie zakonodatelstva Rossijskoj Federacii [Collected legislation of the Russian Federation], 1999, no. 14, Article 1650 [in Russian].
3. Prigovor Novosibirskogo garnizonnogo voennogo suda ot 31.10.2011 po delu № 1-107/2011 [The sentence of Novosibirsk garrison military court dated 31.10.2011 with regard to case № 1-107/2011]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 29.12.2017) [in Russian].
4. Prigovor Leningradskogo oblastnogo suda ot 18.02.2010 po delu № 2-3/2010 [The sentence of Leningrad regional court dated 18.02.2010 with regard to case № 2-3/2010]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 29.12.2017) [in Russian].
5. Prigovor Altajskogo kraevogo suda ot 12.04.2012 po delu № 2-45/2012 [The sentence of the Altay regional court dated 12.04.2012 with regard to case № 2-45/2012]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 29.12.2017) [in Russian].
6. Obzor apellyacionnoj praktiki sudebnoj kollegii po ugovolny'm delam Kirovskogo oblastnogo suda za 2013 god [Review of the appellate practice of the judicial division for criminal cases of the Kirov regional court within 2013]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 29.12.2017) [in Russian].
7. Apellyacionnoe opredelenie Verhovnogo Suda RF ot 01.11.2016 № 127-APU16-14 [Appeal determination of the Supreme Court of the Russian Federation dated 01.11.2016 № 127-APU16-14]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 29.12.2017) [in Russian].
8. Postanovlenie Prezidiuma Nizhegorodskogo oblastnogo suda ot 25.05.2016 № 44у-59/2016 [Decree of the Presidium of Nizhny Novgorod regional court dated 25.05.2016 № 44у-59/2016]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 11.12.2017) [in Russian].
9. Prilozhenie № 1 k prikazu Minzdravmedproma RF ot 16.08.1994 g. № 170 «Metodicheskie ukazaniya po organizacii lecebno-diagnosticheskoy pomoshhi i dispansernogo nablyudeniya za bol'ny'mi VICH-infekcij i SPIDom» (red. ot 07.08.2000) [Appendix № 1 to the order of Minzdravmedprom of the Russian Federation dated 16.08.1994, № 170 «Methodological instructions on organizing medical-diagnostic assistance and clinical supervision of patients with HIV-infection and AIDS» (as amended on 07.08.2000)]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 23.12.2017) [in Russian].
10. Apellyacionnoe opredelenie Sudebnoj kollegii po ugovolny'm delam Samarskogo oblastnogo suda ot 14 yanvara 2015 g., ugovolnoe delo № 22-114 [Appeal determination of judicial division on criminal cases of the Samara regional court dated January 14, 2015, criminal

case № 22-114]. Arxiv Samarskogo oblastnogo suda za 2015 g. [Archive of the Samara regional court within 2015] [in Russian].

11. Kassacionnoe opredelenie Verxovnogo Suda RF ot 22.09.2006 № 14-о06-35 [Appeal decision of the Supreme Court dated 22.09.2006 № 14-о06-35]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 23.12.2017) [in Russian].

12. Postanovlenie Moskovskogo gorodskogo suda ot 28.06.2017 № 4u-2778/2017 [Resolution of the Moscow

city court dated 28.06.2017 № 4U-2778/2017]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 23.11.2017) [in Russian].

13. Prikaz Rosstata ot 22.11.2010 № 409 «Ob utverzhdenii Prakticheskogo instruktivno-metodicheskogo posobiya po statistike zdravookhraneniya» [Order Rosstat of November 22, 2010 № 409 "On the approval of the Practical Guidance Toolkit on Health Statistics"]. Available at: legal reference system «ConsultantPlus» (accessed 23.11.2017) [in Russian].

*Yu. S. Norvartyan\**

### **ABOUT THE PROBLEM OF TAKING INTO ACCOUNT SOCIALLY SIGNIFICANT DISEASES AS CIRCUMSTANCES MITIGATING PUNISHMENT**

On the basis of materials of modern litigation practice the author focuses on the problem of recognition of mitigating punishment circumstance as the presence at the perpetrator of socially significant diseases. The author comes to the conclusion, if the person at the time of commission of a crime was suffering socially significant disease, but by the time of sentencing recovered, enforcers also need to take this into account as a mitigating punishment, as specified circumstance significantly reduce the degree of public danger of committed crimes and are subject to mandatory accounting in sentencing. In addition, the specified condition is not subject to unconditional acceptance by the court as an attenuating circumstance. In case a person suffering from socially significant disease does not care about the health of others, leads a promiscuous sexual lifestyle, committing crimes against sexual inviolability and sexual freedom of the person or other crimes related to the risk of infection victims socially dangerous diseases, you should not consider the presence of such diseases as the circumstance commuting punishment.

**Key words:** differentiation of the criminal liability, criminal punishment, mitigation of punishment, presence at the perpetrator of socially significant diseases.

---

\* *Norvartyan Yury Sergeevich* (norvartyan@yandex.ru), Department of Criminal Law and Criminology, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

## ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ И ПРАВООБРАЗОВАТЕЛЬНАЯ

## ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

УДК 340.15; 347.9.

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-88-92

С. В. Юношев\*

## ОЧЕРК РАЗВИТИЯ АДВОКАТУРЫ В РОССИИ

В статье рассматриваются исторические тенденции развития адвокатуры в России. Прослеживается путь становления и развития профессионального адвокатского представительства — от истоков зарождения представительства в отечественном судебном процессе в XV веке и до принятия действующего российского закона об адвокатуре в 2002 году. Показаны сложные и в целом противоречивые отношения между государством и адвокатурой на всем протяжении ее существования. Отдельное внимание уделено «золотому веку» российской адвокатуры, начавшемуся после Великой судебной реформы императора Александра II и длившемуся всего полстолетия. В этой связи подвергнуты анализу как институт присяжных поверенных, так и введенный позднее и вызывавший немало нареканий институт частных поверенных. Далее прослеживается тернистый путь адвокатуры в советский период государства и права — от Декрета о суде № 1 до Положения об адвокатуре РСФСР 1980 года. Принятие действующего Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» в 2002 году было обусловлено коренными преобразованиями российского общества, вызвавшими рост спроса на квалифицированную правовую помощь, и потребностями эффективной защиты прав и свобод человека.

**Ключевые слова:** представительство, адвокатура, адвокат, историческое развитие, инквизиционный процесс, состязательный процесс, судебная реформа, советский период.

Вплоть до XV века в российском законодательстве доминировал принцип «личной явки». По Псковской судной грамоте (1467 г.), приглашать поверенных могли только женщины, дети, монахи, глубокие старики и глухие. В остальных случаях судебная защита могла повлечь наказание защитника — вздергивание на дыбу и штраф [1, с. 22].

Постепенно зарождается родственное представительство, а позже и наемное. В Соборном уложении царя Алексея Михайловича (1649 г.) [2] о наемных поверенных говорится как о распространенном институте. Лица, облеченные государственной властью, не могли быть представителями по чужим делам — уже тогда адвокатура отделялась от государственной власти, и эта власть пыталась ограничить рост профессионального ходатайства по делам. По Уложению, негодные власти ходатаи по чужим делам могли быть подвергнуты телесному наказанию и тюремному заключению, а после троекратного наказания лишались права ходатайствовать. Вплоть до Свода законов Российской империи какие-либо организации, объединяющие поверенных, отсутствовали. Никаких формальных требований к лицам, выступающим в судах в качестве поверенных, не предъявлялось, по-

этому этой профессией занимались люди, не имеющие не только юридического, но и хотя бы какого-то образования. Они нередко прибегали к различным обманам, подлогам, чем вызывали к себе недоверие. Свою задачу поверенные видели в том, чтобы запутать дело и затянуть процесс его разрешения, по этому умению и оценивались способности адвоката.

До тех пор пока уголовный процесс не отделился от гражданского, поверенные участвовали в делах всякого рода. С появлением же сыска (инквизиционного процесса) их роль по уголовным делам свелась практически на нет. По остальным делам деятельность поверенного заключалась в «хождении по делу», то есть в написании бумаг, подаче их, явке в суд, представлении доказательств, присутствии при докладах дела.

Интересно, что даже в такое переломное время, как эпоха Петра, отношение к поверенным не изменилось. Известно крайне негативное отношение к ним самого Петра: «...нанимают за себя в суд... ябедников, воров и душепродавцев» [3, с. 640]. Однако именно в этот период в России впервые возник и вошел затем в обиход термин «адвокат».

Все последующие российские самодержцы вплоть до Николая I были настроены решительно

\* © Юношев С. В., 2018



против учреждения в России адвокатуры западного образца. Так, например, на предложение князя Голицына о введении адвокатуры Николай I ответил: «Нет, князь, пока я буду царствовать, России не нужны адвокаты» [4, с. 172].

Однако идеи Просвещения, распространившиеся в России к началу нового времени, вызвали к жизни необходимость правового регулирования профессиональной защиты и нашли отражение в Своде законов Российской империи (1857 г.). Свод предоставил любому лицу, истцу или ответчику, право производить тяжбу через поверенного, определив, что поверенный действует в суде вместо доверителя и представляет его. Существовавший в то время институт стряпчих должен был обеспечить обвиняемому возможность пользоваться всеми известными закону способами защиты.

В этот период стряпчие и поверенные были аморфной группой без соответствующего профессионального обучения и организации. Судебным представительством занимались в основном государственные служащие невысокого ранга в свободное от работы время или находясь в отставке. Будучи сведущими в тонкостях бюрократических процедур и языка, стряпчие, как правило, пытались запутать дело, затемнить его или воздействовать закулисными средствами на всемогущую канцелярию или конкретных судей.

При подготовке судебной реформы Государственный совет в 1861 году констатировал, что «в обществе и правительстве распространено мнение, очень верное и вполне основательное, что одна из причин бедственного положения нашего суда заключается в том, что лица, имеющие хождение по делам, большей частью люди очень сомнительной нравственности, не имеющие по большей части никаких сведений — ни юридических, ни практических» [5, с. 50].

Однако главный «корень зла» заключался в самих дореформенных судах с их общей коррумпированностью, волокитой, неразберихой. И. С. Аксаков характеризовал эти суды как «воистину мерзость запустения на месте святом» [6, с. 11]. В таких судах не могло быть иного рода поверенных.

Великая судебная реформа 1864 года утвердила небывалые для России принципы судостроительства и судопроизводства: полная самостоятельность судебной власти, гласность и состязательность судопроизводства, широкое привлечение к отправлению правосудия представителей народа. Предварительное следствие наконец-то было отделено от прокуратуры и полицейского сыска, был введен институт независимости и несменяемости судей, провозглашена и обеспечена состязательность судебного процесса, в котором обвинение и защита получили равные права и равные возможности. Судебный процесс становился гласным, суд отделялся от законодательной и исполнительной властей.

Сердцевину реформы составило учреждение суда присяжных взамен прежнего сословного суда и создание впервые в истории страны отделенной от государства свободной адвокатуры. Профессиональная

адвокатура явилась для России принципиально новым учреждением. Вместо прежних полуграмотных, невежественных и недобросовестных ходатаев по делам в суд пришли хорошо образованные и прогрессивно настроенные юристы.

Поэтому день вступления в силу Судебных уставов 1864 года — 17 апреля 1866 года — не случайно считается днем рождения российской адвокатуры.

«Отцы» судебной реформы, учитывая отечественные традиции, восприняли отчасти германский тип адвокатуры, соединив в лице адвоката функции правозаступничества и судебного представительства, однако организационное устройство адвокатуры было списано с французской модели.

Адвокаты разделялись на две категории: высшую — присяжных поверенных и низшую — частных поверенных, которые появились в 1874 году.

Частные поверенные должны были выдержать экзамен в суде, при этом они могли не иметь высшего юридического образования. Данный экзамен зачастую был чистой формальностью, и свидетельство частного поверенного получали все обращающиеся за этим лица. Многие представители сословия частных поверенных самым серьезным образом компрометировали адвокатское сословие в целом.

Присяжными поверенными могли быть лица, достигшие 25-летнего возраста, имеющие высшее юридическое образование и 5-летний стаж судебной практики в качестве чиновника судебной власти или помощника присяжного поверенного (хотя закон предусматривал некоторые исключения из этого общего правила). Помимо этих условий, адвокаты должны были быть финансово независимыми и безукоризненными в нравственном отношении. Они не имели права совмещать свою адвокатскую деятельность с государственной службой, за исключением неоплачиваемых почетных и общественных должностей.

Присяжные поверенные приписывались к судебным палатам, образовывали при каждой палате особую коллегия и избирали свой совет. Совет присяжных поверенных заведовал всеми делами корпорации, в том числе решал вопросы приема и увольнения адвокатов. Защита могла быть предоставлена как на договорной основе, так и по назначению, что подчеркивало ее роль служения общественным интересам. При этом следует подчеркнуть, что защита по назначению обеспечивалась именно присяжными, а не частными поверенными. Это означает, что государство принимало на себя дополнительные обязанности по предоставлению неимущим квалифицированной юридической помощи, поскольку, как отмечали современники, институт частных поверенных не гарантировал «в достаточной степени ни юридических познаний, ни нравственных качеств, ни независимости частных поверенных» [7, с. 351]. Отказ от защиты по назначению не допускался. Нетрудно заметить преемственность этих положений в современном уголовном процессе.

В связи с тем что защитников не хватало для удовлетворения нужд населения, представлять интересы

обвиняемых могли помощники присяжных поверенных, о которых упоминала статья 354 Устава уголовного судопроизводства; их статус формально не был определен, но предполагалось, что это лица, имеющие высшее юридическое образование. Они обязаны были не только осуществлять определенное количество защит по уголовным делам под присмотром присяжного поверенного, но и участвовать в научно-практических конференциях, выступать с докладами по вопросам права. Помощники присяжного поверенного могли быть впоследствии приняты в число присяжных. Как видим, тем самым создавался прообраз нынешних стажеров и помощников адвокатов.

Таким образом, русская пореформенная адвокатура базировалась на следующих принципах: 1) совмещение правозаступничества с судебным представительством; 2) относительная свобода профессии; 3) формальное отсутствие связи с магистратурой; 4) сословная организация и отчасти дисциплинарная подчиненность судам; 5) договорное определение суммы гонорара. Участие защитника допускалось только со стадии судебного разбирательства.

Примерно первые 15 лет своего существования русская адвокатура постоянно чувствовала настроенность к себе отношение как со стороны правительства, так и общества в целом. Однако с конца 1879-х годов адвокатура буквально потрясла общество мужественными выступлениями в целом ряде политических процессов. Возникла целая плеяда имен, которые доныне составляют славу и гордость русской адвокатуры: В. Д. Спасович (по признанию современников, «король» адвокатуры), Ф. Н. Плевако, князь А. И. Урусов, П. А. Александров, Д. В. Стасов, К. К. Арсеньев и многие другие. Их яркие, образные судебные речи быстро стали явлением не только судебной жизни, но и жизни общественной. Они и до сих пор служат образцами судебного ораторского искусства.

В последующие годы правительство царской России неоднократно создавало разного рода комиссии по пересмотру судебных уставов, в том числе правил, касающихся роли и организации адвокатуры. Законодательство, особенно регулирующее деятельность частных поверенных, было несовершенно, количество присяжных поверенных — недостаточным, а их распределение по территории Российской империи — неравномерным. Однако основы деятельности адвокатуры оставались неизменными вплоть до осени 1917 года.

Пришедшие к власти большевики, некоторые из которых сами ранее практиковали в качестве адвокатов (П. Красиков, Н. Крестинский, П. Стучка, Д. Курский, да и В. Ленин был 1,5 года помощником присяжного поверенного в г. Самаре), прекрасно осознавали опасность адвокатуры для нового режима. В определенных кругах (преимущественно прокурорско-следственных) до сих пор весьма популярно следующее высказывание В. Ленина: «Адвоката надо брать ежовыми рукавицами, ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто

паскудничает...» [8, с. 171]. Не случайно чуть позже А. Вышинский назовет адвокатуру «самым ярким контрреволюционным сословием» [5, с. 62]. Вследствие этого первым же законодательным актом о суде — Декретом о суде № 1 от 22 ноября 1917 года — адвокатура была распущена, а также было объявлено, что «каждый человек может выступать в качестве адвоката, пока у него имеется правильное сознание». Нельзя не отметить, что адвокаты по всей стране отказались подчиняться этому декрету, указав, что он исходит от организации, не являющейся законной властью, и продолжали, пока было возможно, свою профессиональную деятельность.

Позднее Декретом о суде № 2 от 07.03.1918 при местных советах рабочих и крестьянских депутатов учреждались коллегии правозаступников, которые должны были осуществлять как обвинение, так и защиту в суде. Отбор лиц в эти коллегии осуществлялся самим советом, поэтому туда попадали только те, кто пользовался доверием новой власти. Не зря коллегии правозаступников не пользовались в народе популярностью. Исследователи отмечают, что в этот период граждане редко обращались к членам таких коллегий, поскольку они, по существу, являлись коллегиями обвинителей и предпочитали адвокатов «из бывших» [9, с. 5].

Принятое 30 ноября 1918 года Положение о народном суде учредило взамен коллегий правозаступников коллегии обвинителей, защитников и представителей сторон в гражданском процессе. При этом члены новых коллегий становились государственными служащими, назначаемыми местными советами, работающими за оклад. Гражданам запрещалось выбирать адвоката и обращаться к нему лично, они подавали заявление в коллессию или суд, которые и назначали по делу любого адвоката по их усмотрению. Таким образом, государство приобрело полную возможность влиять на дело еще до начала его рассмотрения. В 1920 году прежние коллегии были ликвидированы, а для представления интересов граждан в суде введена обязательная трудовая повинность для всех юристов, работавших в государственных или частных учреждениях, которые периодически привлекались для этого. Адвокатура как корпорация профессиональных защитников была ликвидирована.

Однако спустя два года — 5 июля 1922 года — Наркомат юстиции РСФСР утвердил Положение о коллегии защитников. Эти коллегии образовывались при губернских отделах юстиции, а позднее — при губернских судах. Их первый состав утверждался губернским исполкомом по представлению отдела юстиции, в дальнейшем прием в члены производился самой коллегией, однако исполкому предоставлялось право отвода любого нового члена коллегии. Руководил коллегией президиум, решавший все ее вопросы, в том числе имеющий право налагать дисциплинарные взыскания на адвокатов. Большевики осуществляли постоянный контроль за кадровым составом коллегий защитников и их деятельностью, для чего в их состав

обязательно вводились члены партии, которые, как правило, адвокатскую деятельность не осуществляли, но занимали все руководящие посты в коллегиях. Положение 1922 года не устанавливало какого-либо образовательного ценза для вступления в члены коллегии. Была введена такая организационная форма деятельности коллегии, как юридическая консультация.

В 1926 году Положение о судостроительстве РСФСР учредило за коллегиями защитников непосредственный надзор и руководство со стороны губернских и окружных судов, а в 1928 году этим судам было предоставлено право устанавливать предельное число членов коллегий защитников.

16 августа 1939 года Совнарком СССР утвердил Положение об адвокатуре СССР, которое в своей основе определило формы существования адвокатуры вплоть до 2002 года.

В соответствии с этим положением действовали областные, краевые и республиканские коллегии адвокатов. Общее руководство их деятельностью осуществлял НКЮ СССР, имевший право отвода кандидатур. Непосредственное руководство коллегией осуществлял выборный президиум. Членами коллегии могли быть лица с высшим или средним образованием, последние — при условии стажа работа в органах юстиции не менее года.

Заниматься адвокатской деятельностью могли только члены коллегии и только через юридическую консультацию. Заведующие юридических консультаций назначались президиумом коллегии адвокатов и были подотчетны только ему, а не членам консультации.

В период сталинских репрессий роль адвокатов в уголовном процессе была практически сведена к нулю. Участвуя в политических процессах, адвокаты не могли открыто высказывать собственной позиции и, как правило, не рисковали утверждать о невиновности подзащитных. Выражать свое мнение адвокаты могли лишь в гражданском судопроизводстве.

В эпоху Н. С. Хрущева на волне определенной либерализации общества были сделаны попытки вернуть адвокатуре ее истинное предназначение, чему способствовало принятие нового Положения об адвокатуре РСФСР (1962 г.). С этого времени в юридической литературе все чаще стали говорить о позитивной роли как адвокатуры в целом, так и адвокатов, участвующих в уголовных делах в качестве защитников. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, принятые 25 декабря 1958 года, допустили адвоката к участию в уголовном процессе с момента объявления обвиняемому об окончании предварительного следствия, а по делам несовершеннолетних, а также лиц, которые в силу психических или физических недостатков не могут самостоятельно осуществлять право на защиту, даже с момента предъявления обвинения, что давало основания считать защитника самостоятельным субъектом уголовного процесса, облеченным процессуальными правами и обязанностями [10, с. 289–297]. Это был прорыв, однако по-прежнему государственное руководство адвокатурой не позволило реализовать важнейший из принципов ее деятель-

ности — независимость, общественный, а не государственный статус адвокатуры. При этом в Положении 1962 года существенный крен был сделан на обязанности каждого адвоката оказывать юридическую помощь не только гражданам, но и государственным предприятиям, организациям, совхозам и колхозам. Таким образом, адвокаты по существу становились государственными юрисконсультами, судебное представительство оставалось на периферии их деятельности.

Следующий этап развития российской адвокатуры связан с принятием Конституции СССР 1977 года, после чего последовало введение в действие Закона СССР от 30 ноября 1979 года «Об адвокатуре в СССР» и Положения об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 года. Каких-либо принципиальных изменений в организацию и деятельность адвокатуры эти акты не привнесли, однако они закрепили требование о наличии высшего юридического образования как обязательного условия для вступления в коллегию адвокатов. Общее руководство адвокатурой было возложено на Советы народных депутатов и их исполнительные органы как непосредственно, так и через органы юстиции. Министерство юстиции РСФСР и его органы на местах контролировали соблюдение адвокатами законодательства СССР и РСФСР, издавали инструкции и методические рекомендации для коллегий адвокатов. Министерство юстиции, местные органы юстиции, а также исполкомы областных, краевых советов могли приостанавливать любое не соответствующее, по их мнению, законодательству решение общего собрания (конференции) или постановление президиума коллегии адвокатов. Таким образом, Положение 1980 года, как и прежде, допускало непосредственное вмешательство государственных органов в деятельность адвокатских объединений. Инструкциями Министерства юстиции контролировались даже размеры как гонорара за ведение конкретного дела, так и общий месячный доход каждого адвоката (в крупных городах — не более 300 рублей), поэтому обычной стала практика передачи гонораров клиентами адвокатам, минуя кассу. Эти ограничения были сняты только в 1988 году [11, с. 34–41].

Положение об адвокатуре РСФСР 1980 года формально действовало до 1 июля 2002 года, когда вступил в силу Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 года, действующий в настоящее время. Принятие нового закона было обусловлено коренными преобразованиями российского общества, вызвавшими рост спроса на квалифицированную правовую помощь, и потребностями эффективной защиты прав и свобод человека. Знаменательно то, что принятие этого закона совпало с вступлением в действие нового Уголовно-процессуального кодекса России, закрепившего защиту прав и свобод человека назначением уголовного судопроизводства. Объективная необходимость реформирования системы уголовной юстиции обусловила и новые представления о роли адвокатуры в обществе и государстве.

**Библиографический список**

1. История отечественного государства и права: хрестоматия. М.: МГУ, 1996. 468 с.
2. Российское законодательство X–XX веков. Т. 3. Акты Земских соборов. М., 1985. 512 с.
3. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. СПб.; Киев, 1909. 699 с.
4. Виленский Б. В. Судебная реформа и контрреформа в России. Саратов, 1969. 400 с.
5. Адвокатура в России: учебник для вузов / под ред. проф. Л. А. Демидовой, В. И. Сергеева. М.: Юстицинформ, 2005. 569 с.
6. Лазарева В. А., Юношев С. В., Таран А. С. Адвокат в уголовном процессе: учебное пособие. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2008. 174 с.
7. Васильковский Е. В. Организация адвокатуры. Ч. 1–2. СПб., 1893. 621 с.
8. Ленин В. И. Полное собрание сочинений. 5-е изд. Т. 9 (Июль 1904 – март 1905). М.: Издательство политической литературы, 1967. 580 с.
9. Филиппова Ю. А. Из истории русской адвокатуры // Адвокатская практика. 2005. № 5. С. 11–16.
10. Памятники российского права: в 35 т. Т. 29. Уголовно-процессуальные кодексы РСФСР: учебно-научное пособие / под общ. ред. проф. В. А. Лазаревой, проф. Р. Л. Хачатурова. М.: Юрлитинформ, 2016. 608 с.
11. Смоленский М. Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. Ростов н/Д.: Феникс, 2004. 256 с.
3. Vladimirsky-Budanov M. F. *Obzor istorii russkogo prava* [Review of the history of Russian law]. SPb., Kiev, 1909, 699 p. [in Russian].
4. Vilensky B. V. *Sudebnaia reforma i kontreforma v Rossii* [Judicial reform and counter-reform in Russia]. Saratov, 1969, 400 p. [in Russian].
5. *Advokatura v Rossii: uchebnik dlia vuzov*. Pod red. prof. L. A. Demidovoi, V. I. Sergeeva [Advocacy in Russia: textbook for universities. Prof. L. A. Demidova, V. I. Sergeeva (Ed.)]. M.: Iustitsinform, 2005, 569 p. [in Russian].
6. Lazareva V. A., Iunoshev S. V., Taran A. S. *Advokat v ugolovnom protsesse: uchebnoe posobie* [Lawyer in criminal proceedings: textbook]. Samara: Izd-vo «Samarskii universitet», 2008, 174 p. [in Russian].
7. Vas'kovsky E. V. *Organizatsiia advokatury*. Ch. 1–2 [Organization of the bar. Part 1–2]. SPb., 1893, 621 p. [in Russian].
8. Lenin V. I. *Polnoe sobranie sochinenii*. 5 izdanie. T. 9 (Iul' 1904 – mart 1905) [Complete works. 5th edition. Volume 9 (July 1904 – March 1905)]. M.: Izdatel'stvo politicheskoi literatury, 1967, 580 p. [in Russian].
9. Filippova Yu. A. *Iz istorii russkoi advokatury* [From the history of the Russian Bar association]. *Advokatskaia praktika* [Advocate's Practice], 2005, no. 5, pp. 11–16 [in Russian].
10. *Pamiatniki rossiiskogo prava: v 35 t. T. 29. Ugolovno-protsessual'nye kodeksy RSFSR: uchebno-nauchnoe posobie*. Pod obshch. red. dokt. iurid. nauk, prof. V. A. Lazarevoi, dokt. iurid. nauk, prof. R. L. Khachaturova [Monuments of Russian law: v 35 Vols. Vol. 29. Criminal Procedural Codes of the RSFSR: educational-scientific manual. Doctor of Juridical Sciences, professor V. A. Lazareva, Doctor of Juridical Sciences, professor R. L. Khachaturov (Eds.)]. M.: Iurlitinform, 2016, 608 p. [in Russian].
11. Smolensky M. B. *Advokatskaia deiatel'nost' i advokatura Rossiiskoi Federatsii* [Advocacy and legal profession of the Russian Federation]. Rostov-on-Don: Feniks, 2004, 256 p. [in Russian].

**References***S. V. Iunoshev\****ESSAY ON THE DEVELOPMENT OF THE BAR IN RUSSIA**

The article examines the historical trends of the development of the Bar in Russia. The way of formation and development of a professional lawyer's representation from the origins of representation in the domestic legal process in the 15th century is traced, and up to the adoption of the current Russian law on advocacy in 2002. Complex and generally contradictory relationship between the state and legal profession throughout its existence is shown. Special attention is paid to the «golden age» of the Russian advocacy, which began after the Great Judicial Reform of Emperor Alexander II and lasted only half a century. In this connection, both the institution of sworn attorneys and the institute of private attorneys introduced later and causing a lot of criticism were subjected to analysis. Further, the thorny path of legal profession during the Soviet period of state and law from the Decree on Court No. 1 to the Regulation on the Bar of the RSFSR of 1980 is traced. The adoption of the current Federal Law «On Advocacy» in 2002 was due to radical changes in Russian society, which led to an increase in the demand for qualified legal assistance and the needs for effective protection of human rights and freedoms.

**Key words:** representation, advocacy, lawyer, historical development, inquisition process, adversarial process, judicial reform, Soviet period.

\* *Iunoshev Stanislav Victorovich* (svyunoshev@gmail.com), Department of the Criminal Process and Criminalistics, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

---

## УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

---

УДК 343.16

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-93-99

К. А. Савельев\*

### СЛЕДОВАТЕЛЬ В ПОСТСОВЕТСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Статья посвящена развитию законодательства о досудебном производстве по уголовным делам в постсоветских странах. Рассмотрены изменения в правах защиты на предварительном расследовании этих стран. Указано на отсутствие связи между действиями судебного следователя и состязательностью предварительного расследования. Проведен сравнительный анализ исторических и современных форм участия следственных судей в уголовном процессе. Установлены общие тенденции развития законодательства постсоветских стран. Даны рекомендации по улучшению законодательства.

**Ключевые слова:** законная процедура, реформы, инквизиционная модель, доказательства, реорганизация предварительной процедуры, расследование, суд.

Существенной задачей современного этапа реформирования уголовного процесса является определение роли и значения следователя в досудебном производстве. Несмотря на коренное преобразование структуры предварительного следствия — ограничение прокурорского надзора, введение имеющего широкие полномочия руководителя следственного органа, — остались актуальными претензии к собственной данному правовому институту инквизиционности.

Хотя закон наделяет сторону защиты широкими правами по опровержению или смягчению обвинения, их реализация сводится к адресованным органам уголовного преследования ходатайствам и жалобам. Так, в условиях действующей системы уголовного процесса России не смогли стать эффективным средством защиты полномочия защитника по собиранию доказательств (ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Во многом это объясняется тем обстоятельством, что решение о приобщении собранных защитником материалов принимает противостоящая ему сторона обвинения. Следует отметить, что аналогичные российским способы собирания доказательств предусмотрены уголовно-процессуальным законодательством Республики Сербия (ст. 301 УПК РС). В сербской теории уголовного процесса они также критикуются в связи с неравенством защиты и обвинения, исключающим реальное использование полученных доказательств [1–3].

Право подозреваемого представлять «средства доказывания» закреплено пп. 13 ч. 2 ст. 64 УПК Молдовы; аналогичные права имеет также обвиня-

емый, подсудимый (пп. 15 ч. 2 ст. 66 УПК Молдовы) и защитник (пп. 5 ч. 1 ст. 68 УПК Молдовы). Хотя уголовно-процессуальное законодательство Молдавии не содержит указания на специальные способы получения доказательств защитой, в отсутствие у этих лиц властных полномочий они не могут существенно отличаться от предусмотренных российским уголовно-процессуальным правом.

Защитник осуществляет меры по собиранию доказательств для выяснения вопросов, связанных с осуществлением защиты подозреваемого или обвиняемого, и в Азербайджане (ст. 92.9.9. УПК Азербайджана). При этом если уголовное преследование проводится в порядке частного обвинения, он опрашивает с этой целью физических и юридических лиц с их согласия, а также на основе договора получает заключение эксперта и узнает мнение специалиста. Тем не менее об отношении практиков к данной правовой норме косвенно свидетельствует ст. 33.4 УПК Азербайджана, запрещающая предвзятое отношение судей и присяжных заседателей к доказательствам и иным материалам, придание одним из них большего или меньшего по сравнению с другими значения до исследования в пределах существующей правовой процедуры.

Нормы, устанавливающие права защиты по собиранию и представлению доказательств, существуют также в Казахстане (ч. 3 ст. 125 УПК) и Беларуси (ч. 4 ст. 24 УПК).

Более категорично в этой части законодательство Грузии. Обвиняемый там вправе лично или с адвокатом собирать доказательства, имеющие равную силу

---

\* © Савельев К. А., 2018

Савельев Константин Анатольевич (konsav67@gmail.com), кафедра уголовного процесса и криминалистики, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

с доказательствами обвинения. Сверх этого, если для получения доказательств необходимы следственные или процессуальные действия – обвиняемый вправе втайне от обвинения просить об их производстве судью по месту расследования (ст. 39 УПК Грузии), который должен назначить для этого другого следователя. При этом в любом заявленном ходатайстве может быть отказано, если оно направлено на затягивание уголовного процесса или воспрепятствование ему (ч. 1 ст. 94 УПК Грузии).

Несмотря на традиционность упомянутых норм для уголовно-процессуального закона постсоветских стран, их эффективность незначительна. Защите предоставлены способы собирания доказательств, которые не основаны на уголовно-процессуальных правоотношениях. Защитник не вправе требовать предоставления ему сведений или материалов – опрос он проводит только с согласия опрашиваемого лица; в интересующие его помещения вправе попасть только с разрешения собственника; справки от организаций получает только при отсутствии в них охраняемой законом тайны. Отказ от предоставления защитнику информации не влечет какой-либо ответственности. Можно констатировать, что всеми предусмотренными законом средствами (ч. 3 ст. 86 УПК РФ) способен воспользоваться любой гражданин – никто не запретит ему беседовать с любым лицом, которое против этого не возражает, или посетить его жилище.

Однако и в случае получения важной для защиты информации возникают проблемы. Легитимизация материалов защиты производится следователем или дознавателем путем приобщения их к материалам дела и вынесения процессуального решения о признании доказательством. Хотя эти должностные лица и обязаны удовлетворить ходатайства защитника в приобщении к материалам уголовного дела доказательств, имеющих значение для дела (пп. 2.2. ст. 159 УПК РФ), оценка значения доказательства производится с точки зрения обвинения. Тем самым органы предварительного расследования получают возможность отсеять часть доказательств защиты.

Проблемы собирания и представления доказательств защитой на предварительном расследовании в постсоветских странах – не единственная, но очень яркая структурная проблема. Длительность ее существования и распространенность на территории многих стран смешанного типа уголовного процесса свидетельствуют о неразрешимости данного вопроса в рамках существующей парадигмы досудебного производства.

Отдельные авторы видят выход в ограниченной конвергенции англо-саксонской и континентальной форм досудебного производства [4, р. 48], то есть розыскных и состязательных начал судопроизводства. По их мнению, это позволило бы соединить достижение объективной истины и наделение сторон широкими правами. Это представляется маловероятным – как показывает история, никакие

правила *favor defense* (благоприятствования защите) и состязательные элементы не позволят преодолеть имеющиеся у следователя властные полномочия. С другой стороны, В.И. Самарин и В.В. Луцкик правильно отмечают, что смешанная модель уголовного процесса может в разных пропорциях содержать обвинительный или состязательный уклон [5, с. 24–25]; тем не менее инквизиционный характер предварительного расследования не исключает появления у подозреваемого реального права на защиту, квинт-эссенцией которого является допуск защитника на самых ранних этапах. Полностью согласиться с этим нельзя – как бы рано ни появлялся защитник в деле и какие бы права ни имел, его возможности ограничены обвинительной властью.

Другим популярным направлением реформирования постсоветского досудебного расследования стало введение «следственного судьи». Этим путем пошло законодательство Украины с принятием нового УПК в 2012 году; функцией этого участника досудебного производства стал судебный контроль за соблюдением закона в отношении участников расследования, а также санкционирование следственных действий. Аналогичны и полномочия следственного судьи в уголовно-процессуальном законодательстве Латвии, а также грузинского «судьи-магистранта» (ст. 20 УПК Грузии). Как и в Российской Федерации, где судебный контроль (хотя и без выделения отдельной фигуры следственного судьи) начал внедряться с 90-х годов, существенных улучшений в порядок уголовного судопроизводства это не внесло. Следственный судья принял на себя часть функций, которые в этих странах ранее выполнялись прокурорами (санкционирование следственных действий, реагирование на допущенные органами расследования нарушения прав граждан и т. д.). При этом в каждом случае сохранилась развитая система имеющих широкие полномочия органов уголовного преследования (следователи, руководители следственных органов и прокуроры); защита же ограничена ходатайствами и жалобами. Поэтому появление на следствии еще одной контрольной инстанции ситуацию изменить не могло.

Несколько иначе был решен вопрос в Молдавии: там появилась фигура «судьи по уголовному преследованию» (ст. 41 УПК Молдовы). В его полномочия кроме судебного санкционирования следственных действий и мер пресечения входит также обеспечение доказательств. В случае когда свидетель по уважительным причинам будет отсутствовать в предстоящем судебном разбирательстве, прокурор вправе потребовать его допроса судьей по уголовному преследованию с участием подозреваемого, обвиняемого, защитника, потерпевшего с правом ставить свидетелю собственные вопросы (ч. 3 ст. 109 УПК Молдовы). Судья по уголовному преследованию вправе также допрашивать свидетеля вне места расследования или судебного разбирательства для обеспечения его безопасности (ст. 110 УПК Молдовы).

Похожее положение занимает в Литве судья досудебного расследования (ст. 164 УПК); этот судья совмещает функции судебного контроля с допросами потерпевших, свидетелей и подозреваемых по представлению прокурора (ст. 173 УПК Литвы).

В уголовно-процессуальной теории неоднократно отмечалось, что разнообразные формы судебного контроля зарекомендовали себя надежным средством оперативного исправления наиболее существенных нарушений прав граждан [6, с. 158; 7, с. 101–111; 8, с. 184; 9, с. 146]; нельзя согласиться с возможностью замены следственного судьи прокурором в этой области [10]. Тем не менее задач по исправлению дисбаланса возможностей обвинения и защиты в досудебном производстве решить они не смогли. Идея судебного контроля была порождена институтом Habeas Corpus Act, возникшим в Англии 1679 года в условиях отсутствия предварительного расследования и прокурорского надзора. Его предназначением было пресечение незаконных задержаний, но никак не обеспечение прав защитника. Исходя из этого, и современные формы судебного контроля в виде действий следственного судьи, судьи по уголовному преследованию, судьи-магистранта или судьи досудебного расследования указанных задач решить не могут. Судебный контроль в настоящее время включает в себя две различные формы – проверку по жалобам участников законности действий и решений, нарушающих их права, а также судебное санкционирование мер пресечения и следственных действий. При этом судебное санкционирование плохо укладывается в концепцию судебного контроля, так как производится не по жалобам (имеет «сплошной» характер) и препятствует последующему судебному контролю в случае выявления незаконности оснований производства процессуальных действий. Более логично было бы отнести санкционирование процессуальных действий к ведению прокурора с возможностью их последующего судебного обжалования. Однако этот вопрос выходит за пределы настоящего исследования. Другим решением является наделение следственного судьи расширенными полномочиями по депонированию и/или легализации доказательств [11, с. 7–8; 12]. Благодаря этому полномочию защита сможет передавать собранные ею доказательства не своему процессуальному противнику, а независимому и беспристрастному следственному судье. Предполагается выполнение этим должностным лицом не одних лишь традиционных функций судебного контроля, но и судебной проверки собранных обвинением и защитой доказательств. Только после их верификации следственным судьей доказательства становятся судебными и допускаются в суд. Тем самым доказательственная деятельность сторон становится составительной уже в досудебной части процесса.

Являясь внешне привлекательной, такая идея страдает целым рядом недостатков, исключающих ее практическое применение. Важнейшим из них

представляется проверка доказательств следственным судьей без принятия дела к своему производству. Не устанавливается требований устности и непосредственности исследования доказательств; отсутствует возможность проверки всей совокупности доказательств по уголовному делу. В этих условиях следственный судья лишен возможности выявить противоречия между различными доказательствами, даже если они ставят под сомнение достоверность средств доказывания. Устанавливается ревизионный порядок проверки доказательств, направленный исключительно на выяснение правильности формы доказательств. Следует отметить, что и выяснение допустимости доказательства возможно только с учетом всей совокупности доказательств по делу, так как о незаконности его получения могут свидетельствовать другие доказательства (показания свидетелей, понятых, заключения экспертов и т. д.). Проверая представленные ему отдельными участниками процесса отдельные доказательства по многим делам одновременно, следственный судья не в состоянии выполнить стоящие перед ним задачи по их верификации.

Проблемой проверки доказательств стороны защиты следственным судьей является соблюдение презумпции невиновности. На обвиняемого и его защитника в этом случае фактически возлагается бремя доказывания законности полученных ими доказательств, что прямо противоречит ст. 14 УПК РФ. Более того, для установления источника получения доказательств во всех случаях потребуются допрос защитника, нарушающий его свидетельский иммунитет и право обвиняемого на защиту. Можно предположить, что опасения ухудшения положения обвиняемого в результате раскрытия источника его осведомленности о местонахождении доказательств во многих случаях воспрепятствуют легализации таких доказательств. Благодаря этому предложенный механизм легализации доказательств защиты направлен против интересов защиты, что отмечается отдельными авторами [13, с. 220]. Парадоксальным образом предоставление следственному судье полномочий досудебной легализации доказательств ведет к возрождению теории формальных доказательств, так как в этом случае сила доказательства связывается исключительно с законностью его формы.

Не случайно законодатели постсоветских стран даже при введении тех или иных разновидностей следственных судей ограничивались возможностью депонирования доказательств, но никак не их проверкой и легализацией в качестве судебных. Следует признать обоснованную критику предложений о введении в отечественный процесс следственного судьи с точки зрения как недопустимости объединения следственных и судебных функций, невозможности «впрягать в одну упряжку державный суд и обвинительную власть» [14, с. 78], так и невозможности имплементации в отечественное судопроизводство чуждых ему англо-саксонских норм [15; 16].

Не стала образцом для реформирования досудебного производства постсоветских стран и модель судебного следователя по Уставу уголовного судопроизводства 1864 года. Его несомненным достоинством было принятие дела к своему производству, позволявшему оценить всю совокупность доказательств. Предназначением судебного следователя стало приведение в известность как обстоятельств, уличающих обвиняемого, так и обстоятельств, его оправдывающих (ст. 265 УУС). Решение такой двойственной задачи требовало размежевания предварительного следствия и обвинительной власти, так как иначе собрание этим органом оправдательных доказательств становилось маловероятным. Поэтому авторы Устава уголовного судопроизводства отнесли предварительное следствие к судебному ведомству и отделили власть обвинительную от судебной. На предварительном расследовании власть обвинительная, то есть обнаружение преступлений и преследование виновных, была передана прокурорам, а судебная – судебным следователям. Статус судебного следователя приравнивался к членам окружного суда; они назначались в том же порядке, пользовались привилегиями судей и были несменяемы.

Как нетрудно заметить, творцы Устава уголовного судопроизводства видели залог эффективности судебного следователя в его независимости. Однако совмещение судебной независимости и следственного процесса оказалось невозможным. Судебный следователь оказался двойственным следственно-судебным органом. Существо его деятельности было связано с тайным розыскным процессом, противоположным действующим в суде началам гласности, состязательности и устности. Поэтому наиболее распространенным упреком в отношении судебных следователей в то время был свойственный им приоритет обвинительной деятельности. Так, В. П. Даневский в 1895 году констатировал, что условия деятельности судебного следователя делают из него хорошего сыщика, видящего в привлеченном лице виновного [17].

На «неравную борьбу между следственным судьей и подсудимыми: первый является всемогущим обвинителем, второй – собственным, обыкновенно плохим, защитником» – указывал и Л. Е. Владимиров [18, с. 150].

Не увенчались успехом и попытки благодаря независимому судебному следователю обеспечить равенство сторон в доказывании на следствии. Отмечалось, что возлагать на сторону обязанность доказывания своих утверждений можно только в том случае, когда средства доказывания одинаково доступны для спорящих [18, с. 153].

Из сказанного следует, что ни одно из популярных предложений по реформированию расследования на основании введения фигуры судебного следователя не оправдалось. Невозможна и реальная состязательность в досудебном производстве: в континентальном процессе этому препятствуют

властные полномочия обвинения, а в англо-саксонском – отсутствие формального расследования и процессуальной функции защиты.

Длительный опыт трансформации постсоветского уголовного процесса разных государств в различных экономических, политических и социальных условиях ведет к неизбежному выводу о необходимости сохранения традиционной структуры расследования, включающей в себя деятельность следователя, надзор прокурора и судебный контроль. Только в такой конфигурации возможно решение главной стоящей перед органами расследования задачи – установления обстоятельств дела (ст. 73 УПК РФ). Должны быть получены доказательства в отношении всех обстоятельств уголовного дела; не менее важно наличие в материалах предварительного расследования объема доказательств, которые могли бы бесспорно определить существование каждого из этих обстоятельств в отдельности. Обеспечение прав обвиняемого в этом случае заключается в обязанности стороны обвинения прекратить уголовное преследование в случае невозможности решить эту задачу. Отказ в прекращении уголовного преследования при недостаточности доказательств (в связи с непричастностью лица к совершению преступления) сам по себе нарушает закон и создает повод для реагирования прокурора и суда.

Следует отметить, что в течение последних 154 лет истории отечественного уголовного судопроизводства состязательность и расширение прав защиты связывались с внедрением концепции «вероятной истины». Не вдаваясь в широко известную дискуссию о характере истины как цели доказывания, можно лишь констатировать несостоятельность этой позиции. «Вероятная истина» во всех случаях основана на недостаточности доказательств. Продолжение уголовного преследования при недостаточности доказательств всегда нарушает права обвиняемого. В еще большей степени «вероятная истина» нарушает принцип состязательности, так как позволяет обвинению самостоятельно определять объем необходимых доказательств, хотя защита этого права лишена. Теория «вероятной истины» нарушает и другой основополагающий принцип демократического судопроизводства, а именно презумпцию невиновности, поскольку ограничивает бремя доказывания обвинения его собственным усмотрением. Поэтому только установление объективной (материальной) истины в качестве цели доказывания соответствует правам защиты.

Конечно, современный уголовный процесс неизбежно включает в себя различные ускоренные и упрощенные формы, в рамках которых доказывание ограничено, поэтому нельзя говорить об установлении объективной истины. Но и здесь можно найти весомые состязательные элементы: упрощенные процедуры возможны только при совпадении позиций обвинения и защиты. Защита исходит из бесперспективности борьбы с обвинением и хода



тайствует о сокращенном дознании или рассмотрении дела в особом порядке, а обвинение руководствуется нецелесообразностью полноценного доказывания по делам об очевидных преступлениях. Каждая из сторон может заблокировать применение ускоренных производств и перейти к доказыванию в общем порядке.

Наряду с правильным определением цели процессуальной деятельности органов предварительного расследования для обеспечения прав защиты необходимо реализовать имеющийся в отечественной науке и практике резерв. Как уже упоминалось, расширение независимости следователя само по себе никогда не приводило к кардинальным улучшениям. Но и без четко определенных границ вмешательства в принятие следователем процессуальных решений нельзя обеспечить реализацию им принципа свободы оценки доказательств (ст. 17 УПК РФ). Установление излишних административных и процессуальных полномочий по надзору, контролю и руководству его деятельностью лишает следователя самостоятельности, а значит, подрывает систему расследования. В отсутствие возможности принимать решения по собственному усмотрению следователь также не может оценить достаточность доказательств для достижения истины по делу. Поэтому требуется система «сдержек и противовесов» властных полномочий следователя, прокурора и судебного контроля.

Именно так решался вопрос в период с 1864 по 1917 год. Так, прокуроры были вправе присутствовать при всех следственных действиях, но не могли их останавливать (ст. 280 УСС); могли давать судебному следователю указания об исследовании преступлений и собирании доказательств, но следователь отмечал в протоколе действия, выполненные им по такому поручению (ст. 281 УСС), и мог обнаружить препятствия к исполнению поручения. Прокурор имел право предложить следователю задержать обвиняемого, но следователь мог не исполнять его и представить о том суду (ст. 285 УСС). Таким образом, взаимоотношения следователя и прокурора носили сбалансированный характер. По окончании предварительного следствия судебный следователь предъявлял следственное производство обвиняемому, проверял указанные им новые обстоятельства и отсылал все производство прокурору окружного суда.

В функции этого должностного лица входила проверка полноты следствия, необходимости его прекращения или приостановления и возможности предания обвиняемого суду. Выяснив неполноту расследования, прокурор окружного суда требовал предоставления ему дополнительных сведений или обращал дело к доследованию. Так как прокурор относился к обвинительной власти, вопросы прекращения и приостановления дел выходили за пределы его компетенции и могли разрешаться только судебной властью. В связи с этим при необходимости в этом прокурор составлял заключение и передавал его на рассмотрение суда.

Усмотрев возможность направления уголовного дела в суд, прокурор составлял обвинительный акт с указанием события преступления, данных об обвиняемом, сущности имеющихся доказательств и определения преступления, которому соответствуют признаки рассматриваемого деяния. Таким образом, обвинение формулировалось не следователем как органом судебной власти, а представителем обвинительной власти. Представляется возможным использовать схожую систему и при отсутствии в Российской Федерации отнесенного к судебной системе следователя.

Возрождение четко определенной законом системы взаимодействия следователя, прокурора и суда позволило бы существенно повысить эффективность защиты. Следует также функционально разделить дознание и следствие, возложив на дознание обнаружение преступлений и установление лица, подлежащего привлечению к уголовной ответственности. В полном объеме дознание должно осуществлять досудебное производство только по очевидным преступлениям небольшой и средней тяжести при ходатайстве подозреваемого о сокращенном дознании. Такая деятельность имеет преимущественно полицейский характер, не связана с полноценным доказыванием и не требует масштабного участия защиты. Следствие же должно производиться в отношении конкретного лица; защита при этом должна быть знакома со всей совокупностью доказательств и иметь возможность предоставлять и получать доказательства.

В заключение следует отметить, что все постсоветские системы уголовного судопроизводства имеют единую траекторию развития – ни в одном случае законодатель не отказался от предварительного расследования; нигде защита не была наделена правом собирания доказательств, тождественным имеющемуся у обвинения; нигде попытки введения судебного следователя не вышли за пределы судебного контроля. Видимо, концепция реформирования предварительного расследования и далее будет сходной во всех странах.

### Библиографический список

1. Bošković A. Analiza primene pojedinih adversarijalnih krivičnoprocesnih instituta u kontinentalnom krivičnom procesnom zakonodavstvu (Analysis of the application of certain adversarial institutions in the continental criminal procedural legislation). *Rev. za Kriminol. i krivično pravo*, 2013, no. 51, pp. 75–94.
2. Bošković A. Osnovne karakteristike policijske istrage u krivičnom procesnom zakonodavstvu Engleske [Basic characteristics of the police investigation according to the English criminal procedure] // *Strani prav. život*, no. 59 (2), pp. 211–232. 2014.
3. Bošković A. Stranačka istraga u srpskom i italijanskom krivičnom procesnom zakonodavstvu i efikasnost istražnog

postupka [Defence investigation in Serbian and Italian criminal procedure legislation and the efficiency of the investigation proceedings] // *Rev. za Kriminol. i krivično pravo*, 2015, no. 53 (1), pp. 89–100.

4. Bošković Aleksandar, Radović Nenad. Comparative overview of the preliminary proceedings in the Republic of Serbia, Germany, and Italy // *International Journal of Law, Crime and Justice*. Volume 52. March 2018.

5. Самарин В. И. Луцки В. В. Уголовный процесс Европейских государств: монография. М.: Проспект, 2018. 752 с.

6. Россинский С. Б. Следственные действия. М.: Норма, 2018. 240 с.

7. Leonid Golovko. La protection des libertés et droits fondamentaux par le juge dans les phases préparatoires du procès pénal russe // *Revista ESMAT*, Vol. 9, no. 12, pp. 101–111.

8. Володина Л. М. Проблемы уголовного процесса: закон, теория, практика. М.: Юрист, 2006. 352 с.

9. Муратова Н. Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики. Казань: Казанский государственный университет им. В. И. Ульянова-Ленина, 2004. 346 с.

10. Барабаш А. С. Прокурор – следственный судья // Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы международной научной конференции. Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 года / сост. А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. М.: ЗАО «Акцион-Медиа», 2012. С. 6–15.

11. Институт следственных судей – путь к состязательности в уголовном процессе. Интервью с советником Конституционного Суда Российской Федерации, доктором юридических наук, профессором Александром Витальевичем Смирновым // *Евразийская адвокатура*, 2015, № 1 (14). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/institut-sledstvennyh-sudey-put-k-sostyazatelnosti-v-ugolovnom-protssesse-intervyu-s-sovetnikom-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoj> (дата обращения: 10.02.2018).

12. Смирнов А. В. Российский уголовный процесс: необходима новая модель. URL: [http://rapsinews.ru/judicial\\_analyst/20150122/273010035.html](http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20150122/273010035.html) (дата обращения: 10.02.2018).

13. Соловьев С. А. Процессуальная конструкция – благоприятствование защите (FAVOR DEFENSIONIS) – в свете новой (состязательной) теории уголовно-процессуальных доказательств // Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права Российской Федерации и комментарии к ней. М.: Юрлитинформ, 2015. 304 с.

14. Петрухин И. Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию М.: Проспект, 2009. 192 с.

15. Головки Л. В. Институт следственных судей: американизация путем манипуляции. URL: [http://rapsinews.ru/legislation\\_publication/20150320/273362096.html](http://rapsinews.ru/legislation_publication/20150320/273362096.html) (дата обращения: 10.02.2018).

16. Головки Л. В. Следственные судьи или очередной раунд «американизации» российского уголовного

процесса? URL: <http://www.iuaj.net/node/1740> (дата обращения: 10.02.2018).

17. Даневский В. П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. М.: Нобель Пресс, 1895. 146 с.

18. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. 464 с.

## References

1. Bošković A. Analiza primene pojedinih adversarijalnih krivičnoprocenih instituta u kontinentalnom krivičnom procesnom zakonodavstvu [Analysis of the application of certain adversarial institutions in the continental criminal procedural legislation]. *Rev. za Kriminol. i krivično pravo*, 2013, no. 51 (1), pp. 75–94 [in Serbian].

2. Bošković A. Osnovne karakteristike policijske istrage u krivičnom procesnom zakonodavstvu Engleske [Basic characteristics of the police investigation according to the English criminal procedure]. *Strani prav. život*, 2014, no. 59 (2), pp. 211–232 [in Serbian].

3. Bošković A. Stranačka istraga u srpskom i italijanskom krivičnom procesnom zakonodavstvu i efikasnost istražnog postupka [Defence investigation in Serbian and Italian criminal procedure legislation and the efficiency of the investigation proceedings]. *Rev. za Kriminol. i krivično pravo*, 2015, no. 53 (1), pp. 89–100 [in Serbian].

4. Bošković Aleksandar, Radović Nenad. Comparative overview of the preliminary proceedings in the Republic of Serbia, Germany, and Italy. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 2018, Vol. 52, March [in English].

5. Samarina V. I., Lutsik V. V. Ugolovnyi protsess Evropejskikh gosudarstv: monografiia [Criminal process of the European states: monograph]. М.: Prospekt, 2018, 752 p. [in Russian].

6. Rossinskiy S. B. Sledstvennye deistviia [Investigative actions]. М.: Norma, 2018, 240 p. [in Russian].

7. Golovko Leonid. La protection des libertés et droits fondamentaux par le juge dans les phases préparatoires du procès pénal russe. *Revista ESMAT*, Vol. 9, no. 12, pp. 101–111 [in French].

8. Volodina L. M. Problemy ugolovnog protssesa: zakon, teoriia, praktika [Problems of the criminal process: law, theory, practice]. М.: Iurist", 2006, 352 p. [in Russian].

9. Muratova N. G. Sistema sudebnogo kontroliia v ugolovnom sudoproizvodstve: voprosy teorii, zakonodatelnogo regulirovaniia i praktiki [System of judicial control in criminal proceedings: issues of theory, legislative regulation and practice]. Kazan: Kazanski gosudarstvennyi universitet im. V. I. Ul'ianova-Lenina, 2004, 346 p. [in Russian].

10. Barabash A. S. Prokuror – sledstvennyi sud'ia [Prosecutor – investigating judge]. In: *Ugolovnaia iustitsiia: sviaz' vremen. Izbrannye materialy mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsii*. Sankt-Peterburg, 6–8 oktiabria 2010 goda. Sost. A. V. Smirnov, K. B. Kalinovskii [Criminal justice: the connection of time. Selected materials of the international scientific conference. St. Petersburg, October 6–8, 2010. Compiled by

A. V. Smirnov, K. B. Kalinovsky]. M.: ZAO «Aktion-Media», 2012, pp. 6–15 [in Russian].

11. Institut sledstvennykh sudei put' k sostizatel'nosti v ugolovnom protsesse. Interv'iu s sovetnikom Konstitutsionnogo suda Rossiiskoi Federatsii, doktorom iuridicheskikh nauk, professorom Aleksandrom Vital'evichem Smirnovym [The Institute of Investigative Judges is the path to adversarial proceedings in criminal proceedings. Interview with the adviser of the Constitutional Court of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor Alexander Vitalievich Smirnov]. Evraziiskaia advokatura [Eurasian Advocacy], 2015, no. 1 (14). Available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/institut-sledstvennyh-sudey-put-k-sostizatel'nosti-v-ugolovnom-protsesse-intervyu-s-sovetnikom-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoy> (accessed 10.02.2018) [in Russian].

12. Smirnov A. V. Rossiiskii ugolovnyi protsess: neobkhodima novaia model' [Russian criminal trial: a new model is needed]. Available at: [http://rapsinews.ru/judicial\\_analyst/20150122/273010035.html](http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20150122/273010035.html) (accessed 10.02.2018) [in Russian].

13. Soloviev S. A. Protssesual'naia konstrukttsiia – blagopriiatstvovanie zashchite (FAVOR DEFENSIONIS) – v svete novoi (sostizatel'noi) teorii ugolovno-protssesual'nykh dokazatel'stv [Procedural construction – the favor of protection (FAVOR DEFENSIONIS) – in the light of the new (adversarial) theory of criminal procedural evidence].

In: Doktrinal'naia model' ugolovno-protssesual'nogo dokazatel'stvennogo prava Rossiiskoi Federatsii i kommentarii k nei [The doctrinal model of the criminal procedural evidentiary law of the Russian Federation and the commentary to it]. M.: Iurlitinform, 2015, 304 p. [in Russian].

14. Petrukhin I. L. Opravdatel'nyi prigovor i pravo na reabilitatsiiu [Acquittal and the right to rehabilitation]. M.: Prospekt, 2009, 192 p. [in Russian].

15. Golovko L. V. Institut sledstvennykh sudei: amerikanizatsiia putem manipuliatsii [Institute of investigative judges: Americanization by manipulation]. Available at: [http://rapsinews.ru/legislation\\_publication/20150320/273362096.html](http://rapsinews.ru/legislation_publication/20150320/273362096.html) (accessed: 10.02.2018) [in Russian].

16. Golovko L.V. Sledstvennye sud'i ili ocherednoi raund «amerikanizatsii» rossiiskogo ugolovnogo protsessa? [Investigating judges or the next round of «Americanization» of the Russian criminal process?]. Available at: <http://www.iuaj.net/node/1740> (accessed 10.02.2018) [in Russian].

17. Danevsky V. P. Nashe predvaritel'noe sledstvie, ego nedostatki i reforma [Our preliminary investigation, its shortcomings and reform]. M.: Nobel' Press, 1895, 146 p. [in Russian].

18. Vladimirov L. E. Uchenie ob ugolovnykh dokazatel'stvakh [The doctrine of criminal evidence]. Tula: Avtograf, 2000, 464 p. [in Russian].

*K. A. Savelev\**

## AN INVESTIGATOR IN POST-SOVIET CRIMINAL PROCESS

The article is devoted to the development of legislation on pre-trial proceedings in criminal cases in the post-Soviet countries. Changes in the rights of the defence during the preliminary investigation of these countries are considered. The lack of a link between the actions of the investigating judge and the competitiveness of preliminary investigation is shown. The comparative analysis of historical and contemporary forms of participation by investigating judges in the criminal process is carried out. The general trends of development of legislation of the former Soviet States are set. Recommendations for improving legislation are given.

**Key words:** criminal legal procedure, reforms, inquisitorial model, evidence, reorganisation of the preliminary proceedings, investigation, court.

---

\* *Savelev Konstantin Anatolevich* (konsav67@gmail.com), Department of the Criminal Process and Criminalistics, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

**КРИМИНАЛИСТИКА И СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА**

УДК 343.98

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-100-107

А. М. Хлус\*

**КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ОБЪЕКТА И ПРЕДМЕТА ПОСЯГАТЕЛЬСТВА  
В СТРУКТУРЕ ПРЕСТУПЛЕНИЙ**

В данной статье рассматривается проблема соотношения понятий объекта и предмета преступного посягательства в уголовном праве и криминалистике. Работа имеет междисциплинарный характер и представляет интерес с позиции развития интеграционных процессов между науками уголовно-правового цикла. Автор на основе проведенного анализа приходит к выводу, что абстрактный характер объекта преступления как элемента уголовно-правового состава не удовлетворяет потребностям криминалистики, т. к. не отражает системы следов, содержащих значимую информацию о совершенном преступлении и его элементах. В статье предлагается с позиции криминалистики рассматривать объект как элемент структуры преступления в виде материальной совокупности или системного образования, на которые оказывается непосредственное воздействие, одна или несколько составляющих их частей могут определять цель преступного деяния. Основное внимание уделяется таким объектам материальной структуры преступления, как человек, имущество, компьютерные и иные электронные системы, денежные средства и ценные бумаги, транспортные средства, предприятия, учреждения, фирмы, государственные органы. Особое внимание в работе акцентируется на соотношении объекта и предмета посягательства, которые в ряде случаев могут соотноситься как общее и частное. Автор с точки зрения криминалистики дает обобщенную характеристику предмету посягательства, который считает материальным элементом преступного деяния, определяющим целевую направленность в деятельности субъекта посягательства.

**Ключевые слова:** криминалистический анализ, уголовное право, объект преступления, предмет посягательства, криминалистика, материальная структура преступления.

Для решения проблем различной сложности, возникающих в процессе криминалистических исследований, а также в практической деятельности по раскрытию и расследованию преступлений используются общенаучные, отраслевые и специфические (криминалистические) методы.

Познание явлений, объектов, предметов невозможно без их анализа, который заключается в мысленном расчленении исследуемого объекта на составные части и является методом получения новых знаний [1, с. 15–16]. Следует заметить, что особенности применяемого метода анализа в криминалистике зависят от объекта исследования. Понятие метода анализа в криминалистике закономерно связано с иными научными юридическими знаниями, полученными на основе философского понимания анализа.

Исследование объекта (предмета), начинающееся, как правило, на первоначальном этапе познания, связано не только с его анализом, но и с синтезом.

В своей совокупности эти методы представляют собой необходимую логическую связь исследуемого явления (объекта, предмета) и его свойств (качеств, признаков), вначале выделяемых, а затем соединяемых в единое целое в процессе познавательной деятельности на основе анализа и синтеза, являющихся логическими методами.

В научной криминалистической литературе одним из первых об анализе и синтезе как методах логики упомянул немецкий ученый-криминалист Эрих Анушат. В своей книге «Искусство раскрытия преступлений и законы логики» [2] он обращает внимание на необходимость соблюдения криминалистами законов логики, приобретения ими навыка последовательного мышления.

Современные ученые-криминалисты, подобно Э. Анушату, также указывают на существенную значимость методов, основанных на логике. Но особое внимание, несмотря на значительное количество методов логики, они уделили методу анализа как об-

\* © Хлус А. М., 2018

Хлус Александр Михайлович (hлus.home@mail.ru), кафедра криминалистики, Белорусский государственный университет, 220030, Республика Беларусь, г. Минск, пр. Независимости, 4.

щенаучному методу, применяемому как в исследованиях криминалистической науки, так и на практике по расследованию преступлений. В различные годы его изучению обращались такие известные ученые, как Р. С. Белкин, Г. А. Густов, А. В. Дулов, Г. А. Зорин, В. К. Лисиченко, В. А. Образцов, Н. П. Яблоков и др.

Сущность метода криминалистического анализа А. В. Дулов видит в максимальном использовании знаний криминалистики для изучения информации, которую приходится обрабатывать при расследовании уголовного дела. Чтобы применение этих знаний сформировалось в научный метод, он предлагает разработать четкий порядок, последовательность применения средств и операций, что и создает структуру метода криминалистического анализа. А. В. Дулов считает, что метод криминалистического анализа призван реализовать системный подход при изучении преступления. Он отмечает, что так как метод криминалистического анализа есть средство реализации в криминалистике системного подхода к исследованию, то при определении его общей структуры надо иметь в виду, что системный подход, в свою очередь, включает системно-структурный, системно-функциональный, системно-исторический (генезисный), системно-коммуникационный, системно-прогностический подходы. А это, в свою очередь, определяет содержание метода криминалистического анализа, его элементов и этапов их применения [3, с. 53].

А. В. Дулов указывает на существующие разновидности метода криминалистического анализа, применяемого при исследовании преступления: 1) структурный анализ; 2) генезисный анализ; 3) системно-коммуникационный анализ; 4) субъектно-функциональный анализ [3, с. 54–59].

В результате структурного анализа подлежит выявлению вся совокупности материальных элементов, образующих преступление. Основанием выделения элементов материальной структуры может служить их свойство к образованию (восприятию) следов различной природы как на самих структурных элементах преступления, так и в окружающей их обстановке. Благодаря этим следам представляется возможным познать оставившие их объекты.

Для типовой структуры преступлений каждого вида характерно наличие определенного количества материальных элементов. Также структура конкретного преступления определенного вида может отличаться от типовой структуры. Количество элементов одного вида не является постоянной величиной и меняется в зависимости от особенностей совершаемого преступления. Криминалистический анализ структуры преступления не ограничивается выделением ее элементов. Целью дальнейшего изучения является познание их признаков, специфических свойств, приведших к преступному деянию.

Для многих преступлений характерно наличие такого элемента, как объект и предмет преступного посягательства [4, с. 48]. Необходимость в криминалистическом анализе данных элементов обуслов-

лена следующими обстоятельствами. Во-первых, с позиции теории имеются различные взгляды на понимание объекта и предмета преступления в науках уголовного права и криминалистики. Устранение указанных разногласий будет способствовать интеграции уголовно-правовых дисциплин, к которым относятся упомянутые науки, что, в свою очередь, будет способствовать более эффективному противодействию преступности. Во-вторых, ученые-криминалисты в качестве элемента криминалистических характеристик преступлений рассматривают, как правило, предмет преступного посягательства. При этом не обращается внимания на объект посягательства, что, соответственно, обедняет информационную модель при формировании методик расследования конкретных видов преступлений. В-третьих, криминалистическое исследование объекта и предмета посягательства имеет не только теоретическую значимость, но и практическую, т. к. эти элементы содержат информативную составляющую об иных, в ряде случаев неизвестных, структурных элементах преступления.

Объект преступного посягательства является материальным элементом структуры преступления, что существенно отличает его от аналогичного по наименованию уголовно-правового элемента состава преступления.

В теории уголовного права до сих пор существуют различные мнения по вопросу о понимании объекта преступления. Разнообразие концепций объекта посягательства рассмотрено И. О. Грунтовым [5, с. 41–46]. Ни одна из проанализированных им концепций не приемлема для рассмотрения объекта посягательства как равноценного понятия для уголовного права и криминалистики. Дело в том, что абстрактные по своей сути общественные отношения, социальные блага или человек [5, с. 45], составляющие содержание концепций уголовно-правового понятия объекта посягательства, не отражают систему следов, содержащих криминалистически значимую информацию о совершенном преступлении и его элементах.

В научной и учебной литературе по уголовному праву Республики Беларусь в течение длительного времени придерживаются традиционной концепции общественных отношений как объекта преступного посягательства [6]. Аналогичный подход закреплен в постановлениях Пленума Верховного Суда Республики Беларусь по вопросам применения права [7].

С позиции криминалистики объект как элемент структуры преступления можно представить в виде материальной совокупности или системного образования, на которые оказывается непосредственное воздействие, одна или несколько составляющих их частей могут определять целевую направленность преступного деяния. Необходимо иметь в виду, что сам по себе объект как единое целое также может являться целью преступной деятельности. Это происходит в тех случаях, когда умысел виновного огра-

ничивается причинением объекту посягательства вреда. Например, статья 218 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее – УК) предусматривает ответственность за умышленное уничтожение либо повреждение имущества. Это имущество, например автомобиль, дом, иное строение и др., является объектом посягательства, совершаемого с целью причинения вреда в виде их уничтожения или повреждения.

Объект преступного посягательства может быть простым и сложным, единым и множественным, многоуровневым. Особенности объекта определяют специфику деятельности субъекта и механизм преступления, что в итоге сказывается на его следовой картине, следах-отражениях, той первооснове, на которой базируется вся криминалистическая деятельность [8, с. 284].

Объектами преступного посягательства являются человек (в единственном числе или группа людей), имущество (движимое и недвижимое), компьютерные и иные электронные системы, денежные средства и ценные бумаги, транспортные средства, предприятия и учреждения, фирмы, государственные органы. Действия в отношении объекта могут быть связаны как с причинением ему вреда, так и без такового.

Человек является объектом преступного посягательства, когда на него в результате преступного деяния оказывается определенное непосредственное воздействие. К таким деяниям относятся, например, насильственные преступления. В этих случаях объекты посягательства могут быть классифицированы в зависимости от выполняемой ими роли в системе преступления. Например, при совершении разбойного нападения потерпевший играет активную либо пассивную роль. Он активен, если совершает определенные действия, движения, оказывает сопротивление преступнику в ходе развития криминалистической структуры разбоя. Данный элемент может быть и пассивным, если не предпринимал никаких действий в отношении нападавшего как следствие нахождения в состоянии сильнейшего душевного волнения, страха. Очевидно, что в первом случае, при оказании сопротивления, противодействия субъекту, совершающему преступление, остается более информативная следовая картина.

Большим разнообразием отличается такой объект преступного посягательства, как имущество. Оно включает множество различных вещей, находящихся в собственности физических и юридических лиц. Все вещи подразделяется на две большие группы имущества: движимое и недвижимое. Деление вещей на движимые и недвижимые известно со времен классического периода Римской империи (III век до н. э. – III век н. э.). К движимым относятся пространственно перемещаемые вещи, а к недвижимым – земельные участки и все создаваемое на них, а кроме того, недра, пространство над землей [9, с. 82]. Не анализируя в деталях

аспекты гражданско-правового понятия «имущество», заметим, что ему как элементу структуры преступления может причиняться вред. Например, объектами посягательства, согласно статье 263 УК, являются природные комплексы или объекты особо охраняемых природных территорий, которые в результате преступного деяния умышленно уничтожаются либо повреждаются.

Компьютерные и иные электронные системы являются объектом преступного посягательства сравнительно недавно. В УК 1999 года содержится глава 31 «Преступления против информационной безопасности». Одним из основных объектов посягательства является компьютерная система, под которой понимается организационно упорядоченная совокупность массивов информации и информационных технологий, реализующая информационные процессы, образующим элементом которой является хотя бы одна ЭВМ: базы справочных данных для населения, базы данных законодательных и нормативных актов, базы архивных, музейных, учебных и прочих данных [10, с. 815]. Данному объекту не всегда причиняется вред. Например, совершая действия, предусмотренные статьей 352 УК, преступник осуществляет несанкционированное копирование либо иное неправомерное завладение информацией, хранящейся в компьютерной системе, но фактического вреда ей не причиняет. Наоборот, в статье 351 УК предусмотрена ответственность за разрушение компьютерной системы, а также умышленные уничтожение, блокирование, приведение в непригодное состояние компьютерной информации или программы либо вывод из строя компьютерного оборудования.

В качестве иных электронных систем можно рассматривать так называемые электронные кошельки. Они представляют собой информацию, находящуюся в распоряжении учреждений финансовой сферы о денежных средствах, которые были переведены в электронный вариант. Его же рассматривают в качестве программного обеспечения, которое позволяет хранить и использовать деньги (национальную и иностранную валюту) в электронной системе. Электронный кошелек предназначен для расчетов онлайн, которые позволяют не расплачиваться лично. Недостатком электронных кошельков является вероятность их криминального взлома [11].

Мировой экономический кризис 2008 года послужил началом для появления и развития криптовалюты, создание и контроль за которой базируются на криптографических методах. Например, в последнее время наибольшую популярность набирает такая криптовалюта, как Bitcoin [12]. Появились и соответствующие кошельки для ее хранения. Но в то же время, при всей сложности предложенной системы, это не гарантировало безопасности от злого умысла. В глобальной сети Интернет содержится инструкция для незаконной деятельности в отношении криптовалюты [13]. Имеют место случаи хищения криптовалюты и в Беларуси [14].

Денежные средства и ценные бумаги нечасто являются объектами преступного посягательства. УК содержит небольшое количество статей, где в качестве объекта посягательства выступают деньги или ценные бумаги. Несколько уголовных статей предусматривают ответственность за посягательство на порядок осуществления экономической деятельности. Так, статья 225 предусматривает ответственность индивидуального предпринимателя или должностного лица юридического лица за невозвращение валюты из-за границы в особо крупном размере, которая в соответствии с законодательством Республики Беларусь подлежит перечислению в уполномоченный банк Республики Беларусь.

Преступным является деяние, связанное с подделкой денег или ценных бумаг. При этом они будут рассматриваться объектом посягательства, когда имеет место их частичная подделка. Уголовная ответственность по статье 221 УК предусмотрена и за полную подделку денег или ценных бумаг, но в этом случае они выполняют в структуре преступления иную роль.

Транспортные средства как объекты посягательства также редко встречаются среди норм УК. Наиболее типичным примером транспортного средства как объекта посягательства является неправомерное завладение им и поездка без цели хищения, т. е. угон (ст. 214 УК), а равно угон либо захват с целью угона железнодорожного подвижного состава, воздушного или водного судна (ст. 311 УК). Еще в качестве примера можно упомянуть умышленное приведение в негодность транспортного средства (железнодорожного, водного, воздушного, автодорожного, магистрального трубопроводного транспорта) (ст. 309 УК).

Предприятия, учреждения и фирмы являются объектом преступного посягательства многих преступлений, относящихся к различным разделам УК, но в первую очередь это преступления против порядка осуществления экономической деятельности. Например, ложная экономическая несостоятельность (банкротство) (ст. 238 УК). Для выделения объекта посягательства, а для данного преступления характерен множественный объект, необходимо представлять связь конкретного субъекта хозяйствования, в отношении которого ставится вопрос о признании экономически несостоятельным, с иными субъектами хозяйственной деятельности. Вот эти последние субъекты, т. е. различные предприятия, учреждения и фирмы, по отношению к которым субъект хозяйствования выступает должником, и являются объектами преступного посягательства.

Аналогичным образом необходимо подходить к выделению объекта посягательства при рассмотрении преступления, связанного с распространением ложной информации о товарах и услугах (ст. 250 УК). В данном случае объектом посягательства выступают не товары и услуги, в отношении которых распространена ложная информация. Фактически вред

причиняется не им, а тому предприятию или фирме, производящим эти товары, оказывающим услуги либо выполняющим работы.

Применительно к должностным хищениям понятие объекта, отмечает Г. А. Шумак, весьма синтетично. К нему относится звено хозяйственного механизма, в рамках которого развивается преступление. Чаще всего это определенное предприятие, учреждение, организация. В ряде случаев объект рассматривается несколько уже – конкретный производственный участок, цех, магазин, склад. Иногда объект хищения может охватывать совокупность предприятий, учреждений, организаций, связанных общей хозяйственной деятельностью [15, с. 138].

Государственные органы как объекты преступного посягательства можно выделить в некоторых составах преступлений. При этом следует иметь в виду, что совершаемым преступлением нарушаются интересы именно государственного органа. Например, объектом посягательства в статье 231 УК является таможенный орган. Эта норма предусматривает ответственность за уклонение от уплаты таможенных платежей в крупном размере. Таможенные платежи – это налоги, сборы (пошлины), взимаемые в республиканский бюджет таможенными органами. К таможенным платежам относятся: ввозные и вывозные таможенные пошлины; специальные, антидемпинговые и компенсационные пошлины; налог на добавленную стоимость, взимаемый при ввозе товаров на таможенную границу; акцизы, взимаемые при ввозе товаров на таможенную территорию; таможенные сборы [10, с. 512].

Объектом посягательства также является суд (как государственный орган) в результате вынесения судьей заведомо неправосудных приговоров, решения или иного судебного акта (ст. 392 УК). Вынесение заведомо неправосудного акта является грубейшим нарушением принципов права (законности, справедливости и др.). Такого рода «правоприменительная деятельность» подрывает авторитет суда, нарушает нормальное функционирование судебной власти, разрушает веру граждан в справедливость правосудия [10, с. 896].

С точки зрения криминалистики предметом посягательства следует считать материальный элемент преступного деяния, который всегда определяет целевую направленность в деятельности субъекта посягательства. Действия в отношении данного элемента материальной структуры преступления не сопряжены с причинением ему вреда. Цель преступника – завладеть этим предметом и в дальнейшем незаконно распорядиться им по своему усмотрению.

Объект и предмет преступного посягательства в ряде случаев могут соотноситься как общее и частное. Это характерно для тех преступлений, где предмет посягательства выступает в качестве элемента материальной системы, которая в структуре преступления является объектом посягательства. Например, при совершении квартирной кражи поме-

щение, в котором она совершена, рассматривается как объект преступного посягательства, а все похищенное из помещения — как предмет преступного посягательства. Другой пример: в криминалистической структуре разбойного нападения потерпевший является объектом посягательства, а отнятые у него деньги (золотые украшения) — предметом посягательства. Эти примеры указывают на целевую направленность совершенных преступных деяний.

Предметом преступного посягательства может являться практически любой материальный объект, представляющий преступный интерес. Для примера можно назвать следующие предметы посягательства: жилые помещения (дома, квартиры, коттеджи), денежные средства и иные ценности, транспортные средства, предметы и вещества, запрещенные в гражданском обороте (оружие, наркотические средства, отравляющие вещества) и т. д.

Предметом посягательства может являться и то, что характеризуется как нематериальное. В первую очередь в качестве такого предмета следует назвать информацию. Хотя, по нашему мнению, информация, имея материальную основу своего происхождения, сама по себе является материальной. Такая позиция представляется спорной, но мы свое мнение по данному вопросу аргументировали ранее [16, с. 56].

Информация может являться как предметом завладения, так и предметом различных манипуляций с ней. В первом случае информация подлежит копированию и последующему использованию в противоправных целях. Согласно статье 352 УК, предусмотрена ответственность за несанкционированное либо неправомерное завладение информацией, хранящейся в компьютерной системе. Компьютерная система с позиции рассмотрения материальной структуры данного преступления является объектом преступного посягательства, а информация, хранящаяся в ней, — предметом посягательства, которому, согласно конструкции состава преступления, вред не причиняется. В другом случае, в результате преступного проникновения в компьютерную систему, сеть, в машинные носители, хранящие информацию, последняя подвергается изменению, в нее вносятся фрагменты заведомо ложной информации (ст. 350 УК).

Развитие информационных технологий, а также объективные процессы, происходящие в мировой экономике, способствовали появлению нового предмета преступного посягательства — криптовалюты. Криптовалюта представляет собой разновидность цифровой валюты, которая имеет вид электронных денег, используемых в качестве альтернативных или дополнительных валютных средств [17, с. 61–64]. Имеют место первые случаи хищения криптовалюты в Беларуси [14], которые показали неготовность правоохранительных органов противодействовать таким преступлениям. Ранее уголовные дела по факту хищения криптовалюты в Беларуси не воз-

буждались [18]. И если в Беларуси это единичный и, в общем-то, мелкий случай хищения криптовалюты, то за рубежом это активно развивающийся вид хищений, причиняющий потерпевшим огромные убытки. Так, в Японии в результате хищения криптовалюты собственникам причинен ущерб, эквивалентный 534 миллионам долларов США. Хищение совершено в результате хакерской атаки в отношении крупнейшей в Японии биржи цифровых валют [19].

Исследуем соотношение объекта и предмета преступного посягательства на примере рассмотрения структуры легализации средств, полученных преступным путем (ст. 235 УК). Объектом легализации средств, полученных преступным путем, является материальная система, на которую направлено преступное посягательство. Такой элемент в криминалистической характеристике рассматриваемого преступления не упоминается. Некоторые авторы, например Ю. В. Крачун, в криминалистической характеристике исследуемого преступления в качестве ее элемента упоминают место легализации средств, полученных преступным путем. В его пределах происходит и отображается преступная деятельность по осуществлению операций, создающих видимость законности средств, полученных преступным путем [20, с. 75–78].

Место совершения и объект преступного посягательства при легализации средств, приобретенных преступным путем, соотносятся как общее и частное. Объект посягательства для данного вида преступлений — это всегда определенное место его совершения, но не каждое место может рассматриваться в качестве объекта, на который посягает виновный.

Под местом совершения легализации (отмывания) средств, приобретенных преступным путем, в широком смысле понимаются участки пространства, на которых осуществляются все этапы введения в легальный оборот денег, иных материальных ценностей, полученных незаконным путем. К месту преступления также относятся места хранения предназначенных для легализации материальных ценностей, места нахождения фиктивных организаций, от имени которых действуют субъекты преступления.

Места, отражающие различные этапы преступной деятельности, нередко находятся на территории различных государств, в том числе и государств, в которых действуют льготные нормативные правовые акты и режимы размещения капиталов. Например, можно упомянуть офшорные, т. е. особые экономические зоны. Об объекте преступного посягательства как элементе материальной структуры можно говорить применительно к конкретному государству, органы которого инициировали уголовное преследование.

Типичными объектами преступного посягательства при легализации (отмывании) средств, полученных преступным путем, являются банковские



либо иные финансовые учреждения, государственные, коммерческие или иные организации. А также государственные органы власти, реализующие различные полномочия (регистрационные, контрольно-надзорные и др.). Например, регистрация права собственности, постановка на учет или снятие с учета объекта недвижимости и т. д. Как правило, объект преступного посягательства ограничивается тем пространством, где совершались действия, непосредственно легализующие преступный доход. Например, регистрировалась сделка о праве собственности на недвижимость, или в банке были размещены на депозитном счете незаконно полученные денежные средства.

Предмет преступного посягательства, как уже было отмечено, указывает на конечную цель преступной деятельности. Он содержит информацию о реализованных в отношении него финансовых и иных сделках, а также сопутствующих им других действиях, создающих видимость законной принадлежности средств (имущества) конкретному лицу. Предмет легализации может иметь отношение к различным сферам экономики. Наиболее криминально активными в данном аспекте сферами являются: торговля, строительство, кредитно-финансовая сфера, потребительский рынок.

Кроме вышеуказанных сфер преступный интерес представляет недвижимость. В подтверждение этого сошлемся на фрагмент интервью заместителя начальника Главного управления по борьбе с организованной преступностью и коррупцией МВД Беларуси В. Тихины: «До 2009 года последним “вором в законе”, который влиял на криминальную среду в Беларуси, был Владимир Бирюков (воровская кличка – Биря). Мы постоянно документировали преступную деятельность Бирюкова в 2008 году. Он начал скупать недвижимость на территории Бобруйска. Люди привозили ему деньги в чемоданах. Он скупал СТО, административные здания, делал в них ремонт, а потом продавал за большие деньги. Он скупил 8 или 10 объектов. Мы установили лиц, которые помогали Бире, привлекли их к ответственности, возбудили в отношении него уголовное дело за незаконную предпринимательскую деятельность и «отмывание» доходов, полученных нелегальным путем. Мы тогда доказали, что недвижимость была куплена на бандитские деньги, после суда все пошло в доход государства» [21].

Следует прогнозировать, что в ближайшее время в качестве предмета преступного посягательства все чаще будет выступать криптовалюта, т. е. цифровые монеты, которые хранят в электронных кошельках, могут осуществлять перевод между ними. Впервые она появилась в 2009 году под названием Bitcoin. Появление такой валюты и возможности ее обмена представляет интерес для организованной преступной деятельности, потому что выпуск и движение криптовалюты никто (ни банки, ни другие государственные контролирующие и надзорные органы) не имеет возможности контролировать.

**Заключение.** На основе вышеизложенного можно сделать некоторые выводы.

Во-первых, уголовно-правовая абстракция объекта преступления не отражает системы следов, содержащих значимую криминалистическую информацию о совершенном преступлении и его элементах.

Во-вторых, с позиции криминалистики объект преступного посягательства следует рассматривать как материальный элемент структуры преступления.

В-третьих, объект как элемент структуры преступления – это материальная совокупность или системное образование, на которые оказывается непосредственное воздействие, одна или несколько составляющих их частей могут определять целевую направленность преступного деяния.

В-четвертых, объектами материальной структуры преступления являются: человек, имущество, компьютерные и иные электронные системы, денежные средства и ценные бумаги, транспортные средства, предприятия, учреждения, фирмы, государственные органы.

В-пятых, с точки зрения криминалистики предметом посягательства является материальный элемент преступной структуры, определяющий целевую направленность в деятельности субъекта посягательства.

В-шестых, объект и предмет посягательства в ряде случаев могут соотноситься как общее и частное.

В-седьмых, предметом преступного посягательства может являться практически любой материальный объект, представляющий преступный интерес: жилые помещения (дома, квартиры, коттеджи), денежные средства и иные ценности, транспортные средства, предметы и вещества, запрещенные в гражданском обороте (оружие, наркотические средства, отравляющие вещества) и т. д.

В-восьмых, устранение терминологических противоречий будет способствовать развитию интеграционных процессов между науками уголовно-правового цикла, что в итоге поспособствует эффективному теоретическому и практическому обеспечению противодействия преступности.

### Библиографический список

1. Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. 5-е изд. М.: Политиздат, 1986. 590 с.
2. Анушат Э. Искусство раскрытия преступлений и законы логики. М.: ЛексЭст, 2001. 100 с.
3. Криминалистика: учебное пособие / А. В. Дулов [и др.]; под ред. А. В. Дулова. Минск: ИП «Экоперспектива», 1996. 415 с.
4. Гучок А. Е. Криминалистическая структура преступления. Минск: БГУ, 2007. 151 с.
5. Грунтов И. О. К вопросу о понимании объекта преступления в уголовном праве // Труд. Профсоюзы. Общество. 2017. № 2(56). С. 41–46.

6. Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть: учеб. пособие / Н. Ф. Ахраменка [и др.]; под ред. Н. А. Бабия, И. О. Грунтова. Минск: Новое знание, 2002. 912 с.

7. О применении судами уголовного законодательства по делам о хищениях имущества [Электронный ресурс]: постановление Пленума Верховного Суда Респ. Беларусь, 21 дек. 2001 г., № 15: в ред. постановления Пленума Верховного Суда Респ. Беларусь, 24.09.2009 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс Беларусь» / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014.

8. Шумак Г. А. Экономическая криминалистика в системе криминалистической науки // Право и демократия: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 11. / отв. ред. В. Н. Бибило. Минск, 2001. С. 284–285.

9. Косарев А. И. Римское частное право. М.: Юриспруденция, 2007. 192 с.

10. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Н. Ф. Ахраменка [и др.]; под ред. А. В. Баркова, В. М. Хомича. 2-е изд., с изм. и доп. Минск: Гос. ин-т упр. и соц. Технологий Белорус. гос. ун-та, 2010. 1064 с.

11. Что такое электронный кошелек и как его создать. URL: <http://bankspravka.ru/bankovskiy-slovar/elektronnyiy-koshelek.html> (дата обращения: 26.01.2018).

12. Участились случаи кражи криптовалюты с кошельков Bitcoin и Ethereum. URL: <https://mining-cryptocurrency.ru/krazhi-kriptovalyuty-s-koshelkov-bitcoin-i-ethereum> (дата обращения: 26.01.2018).

13. Как украсть биткойны? Инструкция в три шага. URL: <https://coinspot.io/analysis/kak-ukrast-bitkoiny-instrukciya-v-3-shaga> (дата обращения: 26.01.2018).

14. Что известно о краже биткойнов в Бресте, из-за которой могут завести уголовное дело. URL: <https://finance.tut.by/pda/news573184.html> (дата обращения: 26.01.2018).

15. Шумак Г. А. Криминалистический анализ должностных хищений // Право и демократия: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 3. Минск, 1990. С. 136–145.

16. Хлус А. М. Защита информации – основное направление обеспечения национальной безопасности Республики Беларусь // Юстиция Беларуси. 2014. № 5. С. 54–59

17. Машенко П. Л., Пилипенко М. О. Технология Блокчейн и ее практическое применение // Наука, техника, образование. 2017. № 32. С. 61–64.

18. В Беларуси хотят завести первое уголовное дело за хищение биткойна. URL: <https://finance.tut.by/news572907.html> (дата обращения: 29.01.2018).

19. В Японии хакеры совершили крупнейшее хищение криптовалюты. URL: <http://www.dsnews.ua/world/v-yaponii-hakery-sovershili-krupneyshee-hishchenie-kriptovalyuty-27012018215700> (дата обращения: 29.01.2018).

20. Крачун Ю.В. Совершенствование методики расследования преступлений, связанных с легализацией (отмыванием) денежных средств и иного имущества, полученных преступным путем: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Тула, 2015. 266 с.

21. Тихиня о «ворах в законе»: всех держим под контролем. URL: <https://news.mail.ru/politics/28968750/?frommail=1> (дата обращения: 22.12.2017).

22. Бабий Н. А. Квалификация убийств. Минск: Тесей, 2009. 284 с.

## References

1. *Filosofskij slovar'*. Pod red. I. T. Frolova. 5-e izd. [Philosophical dictionary. I. T. Frolova (Ed.). 5th ed.]. M.: Politizdat, 1986, 590 p. [in Russian].

2. Anushat E. *Iskusstvo raskry'tiya prestuplenij i zakonov' logiki* [The art of disclosing crimes and the laws of logic]. M.: LeksE'st, 2001, 100 p. [in Russian].

3. Dulov A. V. [et al.] *Kriminalistika: uchebnoe posobie*. Pod red. A. V. Dulova [Forensic science: manual. A. V. Dulov (Ed.)]. Minsk: IP «E'koperspektiva», 1996, 415 p. [in Russian].

4. Guchok A. E. *Kriminalisticheskaya struktura prestupleniya* [Criminalistic structure of the crime]. Minsk: BGU, 2007, 151 p. [in Russian].

5. Gruntov I. O. *K voprosu o ponimanii ob'ekta prestupleniya v ugovnom prave* [On the issue of understanding the object of a crime in the criminal law]. *Trud. Profsoyuzy'. Obshhestvo* [Work. Unions. Society], 2017, no. 2 (56), pp. 41–46 [in Russian].

6. Akhramenka N. F. [et al.] *Ugovnoe pravo Respubliki Belarus'. Osobennaya chast': ucheb. Posobie*; pod red. N. A. Babiya, I. O. Gruntova [Criminal Law of the Republic of Belarus. Special part: training allowance; N. A. Babij, I. O. Gruntov (Eds.)]. Minsk: Novoe znanie, 2002, 912 p. [in Russian].

7. *O primenenii sudami ugovnogo zakonodatel'stva po delam o hishheniyah imushhestva* [E'lektronny'j resurs]: postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda Resp. Belarus', 21 dek. 2001 g., №15: v red. postanovleniya Plenuma Verhovnogo Suda Resp. Belarus', 24.09.2009 g. [On the application by the courts of the Criminal Law with regard to cases of embezzlement of property: Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Republic of Belarus, 21 December, 2001, № 15: as revised by the Decisions of the Plenum of the Supreme Court of the Republic of Belarus, September 24, 2009]. Available at: ConsultantPlus Belarus. LLC «Yurspectr», National center of legal information. Republic of Belarus]. Minsk, 2014 [in Russian].

8. Shumak G. A. *E'konomicheskaya kriminalistika v sisteme kriminalisticheskoy nauki* [Economic criminology in the system of criminal science]. In: *Pravo i demokratiya. Mezhevuz. sb. nauch. tr. Vy'p. 11. Otv. red. V. N. Bibilo* [Law and Democracy. Interuniversity collection of research works. Issue 11. V. N. Bibilo (Ed.)]. Minsk, 2001, pp. 284–285 [in Russian].

9. Kosarev A. I. *Rimskoe chastnoe pravo* [Roman private law]. M.: Yurisprudenciya, 2007, 192 p. [in Russian].

10. Akhramenka N. F. [et al.] *Nauchno-prakticheskij kommentarij k Ugovnomu kodeksu Respubliki Belarus'*; pod red. A. V. Barkova, V. M. Homicha. 2-e izd., s izm. i dop. [Scientific and practical commentary to the

Criminal Code of the Republic of Belarus. A. V. Barkov, V. M. Khomich (Eds.). 2nd edition, revised and enlarged. Minsk: Gos. in-t upr. i soc. Tehnologij Belorus. gos. un-ta, 2010, 1064 p. [in Russian].

11. Chto takoe e'lektronny'j koshelek i kak ego sozdat' [What is an electronic wallet and how to create it]. Available at: <http://bankspravka.ru/bankovskiy-slovar/elektronnyiy-koshelek.html>. (accessed 26.01.2018) [in Russian].

12. Uchastilis' sluchai krazhi kriptovalyuty' s koshel'kov Bitcoin i Etchereum [The cases of theft of the cryptocurrency from the Bitcoin and Etchereum purses became more frequent]. Available at: <https://mining-cryptocurrency.ru/krazhi-kriptovalyuty-s-koshelkov-bitcoin-i-ethereum> (accessed 26.01.2018) [in Russian].

13. Kak ukrast' bitcoiny'? Instrukciya v tri shaga [How to steal the bitcoins? The instruction is in three steps]. Available at: <https://coinspot.io/analysis/kak-ukrast-bitcoiny-instrukciya-v-3-shaga> (accessed 26.01.2018) [in Russian].

14. Chto izvestno o krazhe bitcoinov v Breste, iz-za kotoroj mogut zavesti ugovnoe delo [What is known about the theft of bitcoins in Brest, because of which they can start a criminal case]. Available at: <https://finance.tut.by/pda/news573184.html> (accessed 26.01.2018) [in Russian].

15. Shumak G. A. Kriminalisticheskij analiz dolzhnostny'h hishhenij [Criminalistic analysis of official theft]. In: Pravo i demokratiya. Mezhevuz. sb. nauch. tr. Vy'p. 3 [Law and democracy. Interuniversity collection of scientific works. Issue 3]. Minsk, 1990, pp. 136–145 [in Russian].

16. Khlus A. M. Zashhita informacii – osnovnoe napravlenie obespecheniya nacional'noj bezopasnosti Respubliki Belarus' [Information protection is the main direction of ensuring the national security of the Republic

of Belarus]. Yusticiya Belarusi [Justitia of Belarus], 2014, no. 5, pp. 54–59 [in Russian].

17. Mashchenko P. L., Pilipenko M. O. Tehnologiya Blokchejn i ee prakticheskoe primenenie [Blockchain technology and its practical application]. Nauka, tehnika, obrazovanie [Science, Technology and Education], 2017, no. 32, pp. 61–64 [in Russian].

18. V Belarusi hotyat zavesti pervoe ugovnoe delo za hishhenie bitkoina [In Belarus they want to start the first criminal case for stealing bitcoin]. Available at: <https://finance.tut.by/news572907.html> (accessed 29.01.2018) [in Russian].

19. V Yaponii hakery' sovershili krupneyshee hishhenie kriptovalyuty' [In Japan hackers committed the largest theft of crypto currency]. Available at: <http://www.dsnews.uaworld/v-yaponii-hakery-sovershili-krupneyshee-hishchenie-kriptovalyuty-27012018215700> (accessed 29.01.2018) [in Russian].

20. Krachun Yu. V. Sovershenstvovanie metodiki rassledovaniya prestuplenij, svyazanny'h s legalizaciej (otmy'vaniem) denezhny'h sredstv i inogo imushhestva, poluchenny'h prestupny'm putem: dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.09 [Improving the methodology for investigating crimes related to the legalization (laundering) of money and other property obtained by criminal means: Candidate's of Law thesis: 12.00.09]. Tula, 2015, 266 p. [in Russian].

21. Tihinya o «vorah v zakone»: vseh derzhim pod kontrolem [Tikhinya about «code-bound thieves»: we keep everyone under control]. Available at: <https://news.mail.ru/politics/28968750/?frommail=1> (accessed 22.12.2017) [in Russian].

22. Babij N.A. Kvalifikaciya ubijstv [Qualification of murders]. Minsk: Tesej, 2009, 284 p. [in Russian].

*A. M. Khlus\**

## CRIMINALISTIC ANALYSIS OF THE OBJECT AND THE SUBJECT OF APPROACH IN THE STRUCTURE OF CRIMES

In this article, the problem of the relationship between the concepts of object and the subject of criminal encroachment in criminal law and criminalistics is examined. The work has an interdisciplinary character and is of interest from the standpoint of the development of integration processes between the sciences of the criminal law cycle. The author comes to the conclusion that the abstract character of the object of crime as an element of the criminal-legal structure does not satisfy the needs of criminology. Do not reflect the system of traces containing significant information about the crime and its elements. In the article it is suggested from the point of view of criminalistics to consider an object as an element of the structure of a crime in the form of a material aggregate or systemic formation directly affected, one or several constituent parts of them can determine the purpose of a criminal act. The author focused on such objects of the material structure of the crime as a person, property, computer and other electronic systems, money and securities, vehicles, enterprises, institutions, firms, state bodies. Particular attention in the work the author focuses on the relationship between the object and the subject of encroachment, which in some cases can be correlated as general and particular. The author from the point of view of criminalistics gives a generalized description of the subject of encroachment, which he considers a material element of the criminal act, which determines the target orientation in the activity of the subject of encroachments.

**Key words:** forensic analysis, criminal law, object of crime, object of infringement, criminology, material structure of the crime.

\* *Khlus Alexander Mikhailovich* (hklus.home@mail.ru), Department of Criminalistics, Belarusian State University, 4, Nezavisimosti Avenue, Minsk, 220030, Republic of Belarus.

## ТРИБУНА МОЛОДОГО УЧЕНОГО

УДК 341.9

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-108-113

И. А. Годдард\*

## ТРАНСГРАНИЧНЫЙ ДОГОВОР СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА – ДОГОВОР SUI GENERIS

В статье рассматриваются проблемы нормативно-правового регулирования отношений, возникающих в силу трансграничного договора строительного подряда. Автор анализирует понятие «договор» в его трансграничном смысле, а также принципы выбора права в случаях, когда стороны в договоре не предусмотрели применимое право, исследует общетеоретическую и международно-частноправовую доктрину и арбитражную практику по проблеме трансграничного договора строительного подряда. Для правильного разрешения спора из трансграничного договора строительного подряда суд должен установить трансграничный характер частноправовых отношений, договорной или внедоговорной их характер, юридическую природу (вид) сделки с целью определения применимого права.

Автор исследует характерные черты и особенности трансграничного договора строительного подряда, облегчающие для суда установление указанных фактов, и приходит к выводу о необходимости выделения такого типа договоров в отдельный вид.

Наиболее важные аспекты, раскрытые автором в статье, касаются теоретических и практических аспектов определения характерных черт и особенностей трансграничного договора строительного подряда.

В заключение автор приходит к выводу, что трансграничный договор строительного подряда является договором *sui generis*.

**Ключевые слова:** источники международного частного права, международное частное право, трансграничный договор строительного подряда, критерии трансграничности, договорные и внедоговорные отношения, контракт, строительный подряд, *lex mercatoria*, регулирование строительной деятельности.

Трансграничное строительство – относительно новое явление, получившее широкое развитие благодаря процессам глобализации. Основным нормативным регулятором частноправовых коммерческих отношений, возникающих в процессе трансграничного строительства, является трансграничный договор строительного подряда.

Самому понятию «договор» посвящено немало трудов как российских, советских, так и зарубежных исследователей. Согласно позиции О. С. Иоффе, «договор – это соглашение двух или нескольких лиц о возникновении, изменении или прекращении гражданских правоотношений, причем «иногда под договором понимается самое обязательство, возникающее из такого соглашения, а в некоторых случаях этот термин обозначает документ, фиксирующий акт возникновения обязательства по воле всех его участников» [1, с. 62]. Н. Д. Егоров под договором понимает «и юридический факт, лежащий в основе обязательства, и само договорное обязательство,

и документ, в котором закреплён факт установления обязательственного правоотношения» [2, с. 428].

О. А. Красавчиков полагал, что «при употреблении термина "договор" смешиваются два разных понятия: договора как юридического факта и как формы существования правоотношения» [3, с. 117].

Р. О. Халфина, помимо согласования воли двух или нескольких лиц, включает «их взаимные гражданские права и обязанности», обращая внимание на то, что «права и обязанности, принимаемые на себя каждой из сторон, как правило, различны, но они должны быть взаимно согласованы, должны в своей совокупности дать единый правовой результат» [4, с. 50].

Типовые трансграничные договоры строительного подряда берут свое начало в странах англосаксонского права, где принципы прагматизма и справедливости имеют даже большее значение, чем нормы писаного закона (*black letter law*). Эти договоры получили широкое распространение в стра-

\* © Годдард И. А., 2018

Годдард Инна Алиевна (innagoddard@gmail.com), кафедра международного частного права, Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 125993. Россия, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9.

нах западного мира, в том числе в Великобритании, Франции, Германии, США. Для каждой страны характерны свои особенности применения типовых трансграничных договоров строительного подряда, исходя из общего понимания того, что есть договор в национальном законодательстве некоторых зарубежных стран.

Римское право, оказавшее значительное влияние на развитие правовых систем множества современных государств, рассматривало договор (*contractus*) как основание возникновения конкретного правоотношения, как само правоотношение и, наконец, как форму, которую принимает это правоотношение.

Германское гражданское уложение не дает определения договора, полагая его общеизвестным, и лишь регламентирует порядок его заключения. Так, в ст. 126 указано, что при заключении договора обе стороны должны подписаться под одним документом, если при заключении договора составлено несколько документов с тождественным содержанием, то достаточно, чтобы каждая из сторон подписала экземпляр документа, предназначенный для другой стороны.

Согласно ст. 1101 Гражданского кодекса Франции, договор есть соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются перед одним или несколькими другими лицами дать что-либо, сделать или не делать чего-либо.

Статья 213 Книги 6 Гражданского кодекса Нидерландов указывает, что договор — это «многосторонняя сделка, в которой одна или несколько сторон принимают на себя обязательства по отношению одной или нескольких других сторон».

Согласно положениям Единообразного Торгового кодекса США, договор — это «правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон в соответствии с настоящим Законом и иными подлежащими применению нормами права».

В арбитражной практике разрешения споров условия договора трансграничного строительного подряда имеют приоритет перед диспозитивными нормами национального и международного права. На приоритетное применение обычных норм по сравнению с национальными законодательными нормами указывает И. С. Зыкин: «...в праве Англии, США и Франции обычные правила могут применяться впереди тех норм закона и прецедента, от которых стороны могут отступать по своему соглашению. Что касается Франции, то там допускается также существование и применение обычаев, противоречащих императивным нормам закона. Таким образом, наличие соответствующей нормы в законе далеко не всегда является препятствием для применения обычного правила» [5, с. 60].

Научное понятие, будучи отражением действительности, должно быть столь же подвижным и гибким, как тот предмет либо процесс, обобщением которого оно является [6, с. 63]. Это положение общей

теории права полностью применимо к познанию и теоретическому определению таких постоянно развивающихся явлений, как нормативное регулирование, частноправовые отношения, трансграничный строительный подряд, трансграничная коммерческая деятельность, типовой коммерческий договор. Именно несоответствием между динамично развивающейся реальностью и научно-теоретическим отражением ее в форме юридических категорий, по мнению автора, объясняется наличие теоретических проблем определения трансграничного договора строительного подряда, общепризнанное нормативное определение которого на сегодняшний день отсутствует в доктрине и законодательстве.

Для целей определения документа, регулирующего порядок и условия исполнения договорных обязательств трансграничного характера, используются различные правовые конструкции.

И. Н. Герчикова пишет о международных коммерческих договорах (международных коммерческих контрактах), к которым относится договор трансграничного подряда, характеризуя их как сделку (соглашение) между двумя или более сторонами, находящимися в разных странах (являющимися субъектами права разных государств), по купле-продаже или поставке товара, выполнению работ или оказанию услуг или иным видам хозяйственной деятельности в соответствии с согласованными сторонами условиями [7, с. 103].

Н. Ю. Ерпылева считает международные коммерческие контракты (договоры) центральным институтом международного коммерческого права, которое она рассматривает в качестве отрасли МЧП и нормы которого регулируют порядок заключения, исполнения и прекращения действия таких контрактов [8, с. 11].

Принципы о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам, принятые в Гааге в 2015 г. (далее — Гаагские принципы) [9], являющиеся источником негосударственного регулирования, определяют международный коммерческий контракт как «всякий контракт, не являющийся исключительно внутренним контрактом» [10, ст. 1].

Договор трансграничного строительного подряда представляет собой самостоятельное явление, имеет свои характерные черты и особенности, а объем правоотношений по нему значительно превышает объем правоотношений в традиционном российском понимании строительного подряда. Системообразующими признаками трансграничного договора строительного подряда являются, во-первых, их частноправовая сущность, а во-вторых, их трансграничный характер. Следует отметить, что ни в российском законодательстве, ни во внутреннем законодательстве зарубежных государств, ни в международных соглашениях не содержится договорных видов, имеющих строго определенное наименование трансграничного договора строительного подряда.

В этой связи нередко возникает проблема правовой квалификации при разрешении споров, вытекающих из отношений строительного подряда и смежных с ним частноправовых отношений договорного или внедоговорного характера.

Для правильного разрешения спора из трансграничного договора строительного подряда суд должен установить, во-первых, трансграничный характер частноправовых отношений, во-вторых, определить, относятся ли спорные отношения к договорным или внедоговорным, с целью определения применимости к ним договорного статута, а затем установить юридическую природу (вид) сделки с целью определения применимого права, что достаточно сложно, несмотря на преимущественное использование типовой трансграничной контрактной документации строительного подряда.

К критериям трансграничности (международности) в сфере правового регулирования трансграничных (международных) коммерческих сделок исследователи относят наличие различных условий: а) разная национальность (государственная принадлежность) сторон договора [11, с. 15, 81, 93]; б) нахождение коммерческих предприятий сторон на территории разных государств [12, с. 278]; в) стороны могут иметь коммерческие предприятия на территории одного и того же государства, но работы по строительству в рамках договора осуществляются на территории другого государства. Как правило, в российской доктрине частного права наиболее обоснованным критерием трансграничности считается расположение коммерческих предприятий сторон на территории разных государств. Этот критерий также закреплен в ст. I Венской конвенции 1980 г., других международных договорах, ст. 1211 ГК РФ, ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже». Вместе с тем в российской практике отсутствует нормативное определение понятия «коммерческое предприятие». Судебная и арбитражная практика в этом отношении неоднородна, но чаще всего идет по пути толкования этого термина как «места регистрации» сторон. Сложность определения сделки как трансграничной связана еще и с тем, что российское законодательство не содержит не только четких определений, но и критериев определения или признаков «трансграничности» [13, с. 1–48, с. 195–197].

Отнесение отношений к договорным или внедоговорным также представляет определенную сложность, так как ни в российском праве, ни в праве Евросоюза, ни в ином национальном праве нет определенного, четкого перечня признаков, по которым отношение может быть однозначно отнесено к договорным или внедоговорным обязательствам. Суд может применить метод исключения и отнести к внедоговорным обязательствам те, которые не являются договорными или возникают вне зависимости от договорных отношений между сторонами.

Что касается вида конкретной трансграничной сделки, суд квалифицирует ее по *lex fori* так, как суд понимает на основе своего национального права сущность сделки (п. 1 ст. 1186 ГК РФ). Если понятие неизвестно суду, суд квалифицирует ее по иностранному праву (п. 2 ст. 1187 ГК РФ), определяемому по п. 2 ст. 1186 ГК РФ.

Строительный подряд является одним из ключевых видов подряда. Исходя из ст. 702 ГК РФ, где установлено, что «по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его» [14, ст. 702], можно рассматривать трансграничный договор строительного подряда как осложненный иностранным элементом договор, по которому обязанности подрядчика по выполнению определенной заказчиком работы и передаче ее результата заказчику корреспондирует обязанность заказчика по приемке и оплате результата работы. Особенностью строительного подряда по ГК РФ является наличие как непосредственно работы, строительной и иной деятельности, направленной на создание объекта недвижимости, так и окончательного результата – законченного строительством капитального объекта. Что касается самих работ, кроме непосредственно строительного-монтажных работ в типовой трансграничный договор строительного подряда обычно включаются обязательства подрядчика по выполнению дополнительных и сходных с подрядом видов работ, например выполнение проектных, изыскательских, технологических, монтажных, пусконаладочных работ, а также часто обязательства об оказании отдельных услуг (консультационных, юридических, информационных и др.). Все эти работы можно рассматривать как средство достижения требуемого результата, обозначенного в трансграничном договоре строительного подряда. Что же касается результата, он должен представлять собой материальный объект, удовлетворяющий всем правовым требованиям и ограничениям частного и публичного национального права, на который как на предмет договора у заказчика законным образом могут возникнуть права собственности, владения, пользования, распоряжения.

Характеристика предмета договора строительного подряда является в доктрине предметом дискуссий. Многие известные исследователи придерживаются концепции, согласно которой можно говорить о двух предметах договора строительного подряда: материальном, представляющем результат работ, и нематериальном – непосредственно деятельности сторон в ходе исполнения договора строительного подряда. Так, по мнению О. С. Иоффе, договор подряда на капитальное строительство имеет два предмета: материальный – сооружение, создание которого предусмотрено планом, и юридический – деятельность подрядчика, на которую вправе притязать заказчик [15, с. 87]. Такого же мнения придерживается и М. И. Брагинский [16, с. 136].

О. В. Макаров характеризует предмет договора строительного подряда как строительную деятельность его субъектов, направленную на достижение результата и создание соответствующего объекта — завершенного строительством, реконструкцией или капитальным ремонтом объекта недвижимости. Предмет — процесс, а результат — объект [17, с. 25].

А. М. Эрделевский отмечает, что предметом договора подряда является выполнение подрядчиком определенной работы, завершающейся результатом, который имеет овеществленную форму [18, с. 173]. О. Цуканов указывает, что предметом договора строительного подряда является выполнение подрядчиком сложных и многоэтапных действий, направленных на получение определенного результата, который заказчик обязан принять и оплатить [19, с. 47]. В. Р. Файзулин полагает, что предмет договора строительного подряда состоит в выполнении подрядчиком строительных либо иных связанных со строящимся объектом работ и передачи их заказчику в виде конечного результата [20, с. 183]. О. Г. Ершов, в принципе соглашаясь с тем, что предмет договора строительного подряда образуют выполнение работ и результат выполненной работы, отмечает: «Вместе с тем ч. 1 ст. 740 ГК РФ допускает возможность заказчику и подрядчику определить предмет договора строительного подряда в виде выполнения отдельных строительных работ. В связи с необходимостью определения предмета договора строительного подряда предлагается уточнить редакцию ч. 1 ст. 740 ГК РФ: «По договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы, а также передать объект строительства, результат выполненных строительных работ заказчику, который обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работ, принять их результат и уплатить обусловленную цену» [21, с. 6].

В зарубежном праве строительный подряд определяется менее четко и подробно, в большинстве случаев предмет договора строительного подряда рассматривается как материальный результат, достигаемый выполнением работ. Как правило, стороны свободны в описании предмета договора строительного подряда.

Трансграничный договор строительного подряда в его разновидностях может рассматриваться как смешанный договор или договор *sui generis*. Таким образом, существенные условия таких договоров заключаются прежде всего в их предмете, а также в тех условиях, которые стороны признают существенными.

Предмет трансграничного договора строительного подряда отражает цель его заключения — создание объекта капитального строительства, готового к сдаче его заказчику, а также обеспечение выполнения всех сопутствующих видов работ и услуг, направленных на достижение этой цели: купли-продажи и поставки материалов, аренды, лизинга оборудования, оказания возмездных услуг по управлению

проектом и т. п., в связи с чем трансграничный договор строительного подряда характеризуется системами норм, регулирующих его отдельные составные части: купли-продажи, лизинга, аренды, подряда.

К разным частям сложных и непоименованных договоров могут быть применимы нормы различных правопорядков. Однако при разрешении споров суды и иные органы, рассматривающие спор, стремятся избежать расщепления статута во избежание усложнения рассмотрения спора.

Например, разрешая спор между ООО «СКС» и MARINI S. r. A. (Италия), Арбитражный суд Ростовской области, исследовав условия заключенного между сторонами контракта, в Решении от 24.12.2014 пришел к выводу, что контракт является смешанным договором поставки и подряда. В контракте стороны согласовали, что за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору стороны несут ответственность согласно действующему законодательству по месту нахождения истца. Истцом была российская организация, требовавшая расторжения договора. Поскольку истцом является российская организация, то, согласно условиям договора, российскому гражданскому праву подчинено регулирование только вопроса о гражданско-правовой ответственности, что соответствует части 4 статьи 1210 Гражданского кодекса Российской Федерации: «Стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей». Однако расторжение договора в российском гражданском праве не является мерой гражданско-правовой ответственности, поэтому надлежит определить применимое к остальной части договора материальное право с учетом норм международного частного права. В отношении применимого материального права апелляционный суд отмечает, что, согласно пункту 1 и 2 статьи 1211 Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции, действовавшей на день заключения договора), при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Поскольку стороной, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение, является итальянская фирма, указанная норма отсылает к итальянскому праву.

Вместе с тем, согласно пункту 2 и 3 статьи 1210 Гражданского кодекса Российской Федерации, соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определено вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела. Выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после

заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным без ущерба для прав третьих лиц с момента заключения договора. Апелляционный суд пришел к выводу, что поскольку истец мотивировал свои требования ссылками на Гражданский кодекс Российской Федерации, а ответчик в отзыве на исковое заявление также сослался на положения Гражданского кодекса Российской Федерации и не сослался на необходимость применения иного права, нежели российское, то стороны достигли соглашения о применимом праве – праве Российской Федерации. Соответствующее толкование дано в пункте 13 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 09.07.2013 № 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» [22, с. 3].

Таким образом, в процессе разрешения спора из непоименованного в стране суда или сложного договора, включающего в себя элементы различных договорных обязательств, каким является трансграничный договор строительного подряда, суд может применить различные системы норм различных правопорядков к разным частям договора. Однако при выборе судом применимого права (в отсутствие соглашения сторон о выборе применимого права) трансграничный договор строительного подряда целесообразно квалифицировать как договор *sui generis*, рассматриваемый в целом. В этом случае задача суда – установить право страны, с которой договор наиболее тесно связан, во избежание расщепления статута, когда разные обязательства могут регулироваться разными правопорядками, что в значительной мере усложнит процесс не только выбора права, но и разрешения спора.

Таким образом, проведенный анализ позволил прийти к выводу, что договор трансграничного строительного подряда представляет собой самостоятельное явление, договор *sui generis* и имеет свои характерные черты и особенности, а объем правоотношений по нему значительно превышает объем правоотношений в традиционном российском понимании строительного подряда.

### Библиографический список

1. Иоффе О. С. Обязательственное право. М.: Госюриздат, 1975. 880 с.
2. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2005. 776 с.
3. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. 182 с.
4. Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1952. 238 с.
5. Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле // Юридические аспекты осуществления

внешнеэкономических связей: труды кафедры международного частного и гражданского права. М., 1979. 391 с.

6. Радько Т. Н. Теория государства и права: учебник. М.: Проспект, 2009. 496 с.
7. Герчикова И. Н. Международная коммерческая практика. М.: МГИМО, 1992. Т. 1, вып. 2. 461 с.
8. Ерпылева Н. Ю. Международное коммерческое право: учебник. М.: Проспект, 2009. 396 с.
9. URL: [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf) (дата обращения: 03.03.2018).
10. Draft Hague. Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts.
11. Мусин В. А. Международные торговые контракты. Л., 1986. 152 с.
12. Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Междунар. отношения, 1994. 300 с.
13. Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. 608 с.
14. Гражданский кодекс Российской Федерации от 26.01.1996 № 14-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
15. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Т. 2. Л.: ЛГУ, 1961. 447 с.
16. Гражданское право России. Обязательственное право: курс лекций / отв. ред. О. Н. Садилов. М., 2004. 397 с.
17. Макаров О. В. К вопросу о понятии, сущности и существенных условиях договора строительного подряда // Правовые вопросы строительства. 2009. № 2. С. 24–28.
18. Эрделевский А. М. Общие положения о подряде. Доступ из СПС «КонсультантПлюс», 2001.
19. Цуканов О. Контракт «под ключ»: загадка за семью замками // Бизнес-адвокат. 1999. № 13. С. 45–52.
20. Файзулин В. Р. Договор строительного подряда по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 187 с.
21. Ершов О. Г. Договор строительного подряда в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 199 с.
22. Постановление арбитражного суда апелляционной инстанции города Ростова-на-Дону от 2 апреля 2015 года по делу № А53-23014/2014. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

### References

1. Ioffe O. S. Obiazatel'stvennoe pravo [Liability law]. M.: Gosiurizdat, 1975, 880 p. [in Russian].
2. Grazhdanskoe pravo: uchebnik: v 3 t. Tom 1. 6-e izd., pererab. i dop., pod red. Sergeeva A. P., Tolstogo Iu. K. [Civil law: textbook: in 3 Volumes. Volume 1: 6th ed., revised and enlarged. Sergeev A. P., Tolstoy Yu. K. (Eds.)]. M.: TK «Velbi», Izd-vo «Prospekt», 2005, 776 p. [in Russian].
3. Krasavchikov O. A. Iuridicheskie fakty v sovetskom grazhdanskom prave [Legal facts in Soviet civil law]. M.: Gosiurizdat, 1958, 182 p. [in Russian].
4. Khalфина R. O. Znachenie i sushchnost' dogovora v sovetskom sotsialisticheskom grazhdanskom prave



[Meaning and essence of the treaty in Soviet socialist civil law]. M.: Izd-vo AN SSSR, 1952, 238 p. [in Russian].

5. Zykin I. S. Obychai i obyknoveniia v mezhdunarodnoi torgovle [Customs and usages in international trade]. Iuridicheskie aspekty osushchestvleniia vneshneekonomicheskikh svyazei: Trudy kafedry mezhdunarodnogo chastnogo i grazhdanskogo prava [Legal aspects of foreign economic relations: Proceedings of the Chair of International Private and Civil Law]. M., 1979, 391 p. [in Russian].

6. Radko T. N. Teoriia gosudarstva i prava: Uchebnik [Theory of state and law: Textbook]. M.: Prospekt, 2009, 496 p. [in Russian].

7. Gerchikova I. N. Mezhdunarodnaia kommercheskaia praktika [International commercial practice]. M.: MGIMO, 1992, Vol., Issue 1, Issue 2, 461 p. [in Russian].

8. Yerpyleva N. Yu. Mezhdunarodnoe kommercheskoe pravo: uchebnik [International commercial law: textbook]. M.: Prospekt, 2009, 396 p. [in Russian].

9. Available at: [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf) (accessed: 03.03.2018) [in English].

10. Draft Hague. Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts [in English].

11. Musin V. A. Mezhdunarodnye torgovye kontrakty [International trade contracts]. L., 1986, 152 p. [in Russian].

12. Zykin I. S. Vneshneekonomicheskie operatsii: pravo i praktika [Foreign economic transactions: law and practice]. M.: Mezhdunar. otnosheniia, 1994, 300 p. [in Russian].

13. Kanashevsky V. A. Vneshneekonomicheskie sdelki: material'no-pravovoe i kollizionnoe regulirovanie [Foreign economic transactions: substantive and legal regulation]. M.: Volters Kluver, 2008, 608 p. [in Russian].

14. Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii ot 26.01.1996 № 14-FZ [The Civil Code of the Russian Federation dated 26.01.1996 № 14-FZ]. Available at: legal reference system «Consultant» [in Russian].

15. Ioffe O. S. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. T. 2 [Soviet civil law. Vol. 2]. L.: LGU, 1961, 447 p. [in Russian].

16. Grazhdanskoe pravo Rossii. Obiazatel'stvennoe pravo: kurs lektsii. Otv. red. O. N. Sadikov [Civil law of Russia. Liability law: course of lectures. O.N. Sadikov (Ed.)]. M., 2004, 397 p. [in Russian].

17. Makarov O. V. K voprosu o poniatii, sushchnosti i sushchestvennykh usloviakh dogovora stroitel'nogo podriada [On the issue of the concept, essence and essential conditions of the construction contract]. Pravovye voprosy stroitel'stva [Legal Issues of Construction], 2009, no. 2, pp. 24–28 [in Russian].

18. Erdelevsky A. M. Obshchie polozheniia o podriade [General provisions on the contract]. Prepared for the system «ConsultantPlus», 2001 [in Russian].

19. Tsukanov O. Kontrakt «pod kluch»: zagadka za sem'iu zamkami [The «turn-key» contract: the mystery behind the seven locks]. [Business – Lawyer], 1999, no. 13, pp. 45–52 [in Russian].

20. Faizulin V. R. Dogovor stroitel'nogo podriada po rossiiskomu grazhdanskomu pravu: dis. ... kand. iurid. nauk [The construction contract according to the Russian civil law]. M., 2005, 187 p. [in Russian].

21. Ershov O. G. Dogovor stroitel'nogo podriada v rossiiskom grazhdanskom prave: dis. ... kand. iurid. nauk [The construction contract in the Russian civil law: Candidate's of Law thesis]. M., 2005, 199 p. [in Russian].

22. Postanovlenie arbitrazhnogo suda apeliatsionnoi instantsii goroda Rostova-na-Donu ot 02 aprelia 2015 goda po delu № A53-23014/2014 [Decision of the arbitration court of the appeal instance of the city of Rostov-on-Don dated April 2, 2015 with regard to Case No. A53-23014/2014]. Available at legal reference system «ConsultantPlus» [in Russian].

*I. A. Goddard\**

## TRANSBORDER CONSTRUCTION CONTRACT AS A SUI GENERIS CONTRACT

The author investigates the problems of normative and legal regulation of relations arising due to a cross-border construction contract. The author analyzes the concept of «contract» in its transborder meaning, analyses the principles of choice of law in cases when parties to the treaty have not provided for the applicable law, examines general theoretical and international private law doctrine and arbitration practice on the issue of a cross-border construction contract.

In order to properly resolve a dispute from a cross-border construction contract, the court must establish the transborder nature of private-law relations, whether their contractual or non-contractual nature, establish the legal nature (type) of the transaction in order to determine the applicable law.

The author examines the features and peculiarities of a cross-border construction contract, which facilitates the establishment of these facts for the court and concludes that it is necessary to separate this sort of contracts into a separate type.

The most important aspects revealed by the author in the article concern the theoretical and practical aspects of defining the characteristics and features of the transboundary construction contract.

In conclusion, the author comes to the conclusion that the cross-border construction contract is a contract sui generis.

**Key words:** sources of private international law, private international law, cross-border construction contract, cross-border criteria, contractual and non-contractual relations, contract, construction contract, lex mercatoria, regulation of construction activities.

\* *Goddard Inna Alievna* (innagoddard@gmail.com), Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), 9, Sadovaya-Kudrinskaya Street, Moscow, 123001, Russian Federation.

УДК 347.42

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-114-117

Э. А. Гурова\*

## ПОСЛЕДСТВИЯ НЕИСПОЛНЕНИЯ КРЕДИТОРСКИХ ОБЯЗАННОСТЕЙ

В статье рассматриваются меры, применяемые к кредитору в случае неисполнения им кредиторских обязанностей. Автор утверждает, что исполнение кредиторских обязанностей обеспечивается гражданско-правовой санкцией, которая понимается в широком смысле и включает в себя меры ответственности и иные меры защиты. В отношении кредитора ГК РФ допускает применение такой меры ответственности, как возмещение должнику убытков, однако чаще имеют место иные защитные механизмы (например, одностороннее изменение условий договора должником). По мнению автора, это связано со вспомогательным характером кредиторских обязанностей. В то же время подкрепление исполнения таких обязанностей гражданско-правовой санкцией подчеркивает их значимость для надлежащего исполнения обязательства и позволяет сделать вывод, что они представляют собой самостоятельный элемент содержания обязательства, а не включаются в состав субъективного права кредитора.

**Ключевые слова:** кредиторские обязанности, последствия неисполнения обязанностей, гражданско-правовая санкция, меры ответственности, меры защиты.

Для обязательственного правоотношения характерна определенная правовая позиция сторон, состоящая в том, что право одной стороны (кредитора) осуществляется посредством исполнения обязанностей другой стороной (должником) (ст. 307 ГК РФ). Однако, несмотря на то, что кредитор является управомоченной стороной обязательства и в основе его правового статуса лежит субъективное право, в содержании обязательственного правоотношения нередко можно выделить так называемые кредиторские обязанности (например, обязанности по оказанию содействия (п. 3 ст. 307, ст. 718, 750, 762, п. 2 ст. 1031 ГК РФ), принятию надлежащего исполнения (п. 1 ст. 406 ГК РФ), выдаче расписки, принятию долгового документа (п. 2 ст. 408 ГК РФ)). Очевидно, что они не являются частью субъективного права кредитора, а представляют собой отдельный элемент содержания обязательственного правоотношения хотя бы потому, что в случае неисполнения таких обязанностей кредитор может претерпеть некоторые негативные последствия, т. е. кредитор не может отказаться от их исполнения, как от реализации своего права. В связи с этим мы не можем согласиться с В. В. Груздевым, который включает кредиторскую обязанность в состав субъективного права кредитора [1, с. 167, 168].

Некоторые авторы также отмечают, что кредитор как управомоченную сторону обязательства называть обязанной стороной можно очень условно [2; 3, с. 57], в связи с чем возникает вопрос о допустимости использования термина «обязанность» в отношении кредитора. Действительно, кредитор как носитель субъективного права, определяющего его правовой статус, не является обязанной стороной

правоотношения. В случае если в процессе развития правоотношения у кредитора возникнет какая-либо обязанность, то, следуя логике п. 2 ст. 308 ГК РФ, его статус должен измениться на статус должника. Между тем если речь идет о «кредиторской обязанности», этого не происходит. Дело в том, что в отличие от обязанности должника кредиторская обязанность не образует основу правового статуса кредитора как субъекта обязательства, т. е. не вытесняет, а в некотором роде дополняет субъективное право кредитора, способствуя его реализации посредством оказания содействия должнику. Следовательно, кредитор, оставаясь управомоченной стороной, может иметь кредиторские обязанности, которые в силу своего вспомогательного характера не изменяют его статус на статус должника. Несмотря на указанное различие между обязанностью кредитора и обязанностью должника, они идентичны по своей юридической природе, поэтому применение такого термина по отношению к кредитору представляется вполне допустимым.

Важно заметить, что любая обязанность должна быть подкреплена средствами правового принуждения к ее исполнению, т. к. правовое поле не должно предоставлять субъектам правоотношения возможности неисполнения обязанности без претерпевания каких-либо негативных последствий. Такие средства правового принуждения к надлежащему исполнению обязанностей в доктрине традиционно обозначаются общим понятием гражданско-правовой санкции. При этом категорию «санкция» мы понимаем в широком смысле как объединяющую меры гражданско-правовой ответственности и иные защитные меры [4, с. 15, 17; 5, с. 26; 6, с. 11].

\* © Гурова Э. А., 2018

Гурова Эльвира Александровна (elvira.gurova@mail.ru), кафедра гражданского и предпринимательского права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

Между тем такое понимание санкции вызывает вопрос о соотношении понятий «санкция», «ответственность» и «меры защиты».

Проводя разграничение рассматриваемых понятий, некоторые исследователи в качестве отличительного признака гражданско-правовой ответственности называют наступление негативных последствий для правонарушителя [6, с. 12]. С этим сложно согласиться, т. к. иные меры, входящие в понятие гражданско-правовой санкции наряду с мерами ответственности, тоже влекут для нарушителя нежелательные последствия. Как справедливо отмечает И. О. Ромашенко, негативные последствия применения санкций могут проявляться не только в наложении на нарушителя дополнительных обязанностей или лишении его каких-либо прав, но и, например, в моральных страданиях, обусловленных признанием лица виновным в совершении правонарушения, либо в применении к нему принуждения, поэтому ошибочно считать, что неблагоприятным характером для правонарушителя наделены только меры гражданско-правовой ответственности [5, с. 27].

Другой характеристикой мер ответственности исследователи называют их воспитательный характер, причем В. А. Тархов обращал внимание на то, что воспитательное воздействие оказывается и на нарушителя, и на всех окружающих лиц [7, с. 20]. На наш взгляд, данное замечание заслуживает поддержки, поскольку меры ответственности не только несут негативные последствия, но и имеют целью недопущение подобных нарушений в дальнейшем как со стороны несущего ответственность участника правоотношения, так и со стороны других лиц.

Однако следует отметить, что воспитательный характер свойственен и иным мерам защиты (т. е. всем санкциям), поэтому этот признак мер ответственности также нельзя назвать отличительным. При этом «превентивная» функция санкции касается и потенциальных участников аналогичных правоотношений, т. к. начинает реализовываться до ее применения в конкретном случае. Как верно заметил И. О. Ромашенко, «свой воспитательный смысл и реальное значение санкция приобретает... много раньше, с момента ее установления в норме права» [5, с. 52].

Считаем, что особенностями мер ответственности, позволяющими отделить их от иных мер защиты, можно признать их форму и функцию. Так, О. С. Иоффе писал, что ответственность, являющаяся следствием неисполнения обязанности, выражается либо в замене неисполненной обязанности новой обязанностью (например, возмещение причиненного вреда), либо в присоединении к нарушенной обязанности дополнительной обязанности (исполнение договора + возмещение причиненных убытков), либо в лишении права, из которого вытекало нарушенная обязанность (изъятие жилого строения у собственника, не выполняющего обязанности по его ремонту). Вместе с тем меры гражданско-правовой ответвен-

ности, вызывая отрицательные для правонарушителя последствия, обеспечивают восстановление прежнего положения для потерпевшего [8, с. 14]. Такие отличительные признаки ответственности выделяются и некоторыми современными исследователями [5, с. 26–28; 9, с. 6, 8; 10, с. 204].

Глава 25 ГК РФ, посвященная мерам ответственности за нарушение обязательств, касается в основном гражданско-правовых санкций за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязанностей должника (за исключением ст. 404 ГК РФ о вине кредитора и ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора). Так, ГК РФ называет такие меры гражданско-правовой ответственности, как возмещение убытков, взыскание неустойки и процентов на сумму долга при неисполнении денежного обязательства. Иные меры ответственности могут быть предусмотрены договором.

Что касается неисполнения кредиторских обязанностей, то в целях защиты интересов должника ГК РФ предусмотрено применение к кредитору возмещения убытков (ст. 406, ст. 718 ГК РФ). При этом возможность понуждения кредитора к непосредственному исполнению кредиторской обязанности, в том числе в судебном порядке, законодательством не предусмотрена. В отношении же должника законом прямо установлено, что применение мер ответственности не освобождает его от исполнения обязательства в натуре (если иное не предусмотрено законом или договором) (п. 1 ст. 396 ГК РФ). Если принимать во внимание три группы обременений, в которых выражается ответственность, выделенные О. С. Иоффе [8, с. 14] и приведенные выше, то сохранение за должником обязанности по исполнению обязательства в натуре даже после претерпевания за его неисполнение (ненадлежащее исполнение) соответствующих мер ответственности как раз представляет собой пример присоединения дополнительной обязанности к нарушенной обязанности. Тем временем применимой к кредитору в гражданско-правовом обязательстве (в рамках действующего законодательства) представляется только замена неисполненной кредиторской обязанности новой обязанностью по возмещению убытков.

Помимо мер ответственности в ГК РФ предусмотрены и иные механизмы, направленные на защиту интересов должника в случае неисполнения кредиторских обязанностей. Так, в соответствии со ст. 404 ГК РФ, суд вправе уменьшить размер ответственности должника, а ст. 406 ГК РФ освобождает должника по денежному обязательству от уплаты процентов за время просрочки кредитора. Также в ГК РФ установлены иные неблагоприятные для кредитора последствия, в частности, при отказе кредитора выдать расписку, вернуть долговой документ или отметить в расписке невозможность его возвращения должник вправе задержать исполнение (ст. 408 ГК РФ).

Дополнительно к общим нормам ГК РФ специальными правилами о договоре подряда в целях за-

щиты интересов должника (подрядчика) в случае неоказания заказчиком содействия в выполнении работы предусмотрена возможность перенесения сроков исполнения работы либо увеличения указанной в договоре цены работы (ст. 718 ГК РФ), а в ст. 750 ГК РФ о договоре строительного подряда установлено, что в случае неисполнения обязанности по принятию всех разумных мер по устранению препятствий к надлежащему исполнению договора не оказавшая сотрудничество сторона утрачивает право на возмещение убытков, причиненных неустранением соответствующих препятствий.

Таким образом, можно разделить последствия нарушения кредиторских обязанностей на две группы: применение мер гражданско-правовой ответственности и иных мер защиты интересов должника. Иные защитные меры можно, в свою очередь, разделить на меры, непосредственно воздействующие на кредитора (например, задержка исполнения должником (ст. 408 ГК РФ), одностороннее изменение условий договора (ст. 718 ГК РФ)), и меры, касающиеся ответственности должника (уменьшение судом размера ответственности должника (ст. 404 ГК РФ), освобождение должника по денежному обязательству от уплаты процентов за время просрочки кредитора (ст. 406 ГК РФ), утрата кредитором права на возмещение убытков, причиненных неустранением препятствий к надлежащему исполнению договора (ст. 750 ГК РФ)).

Полагаем, что наличие различных представлений о юридической природе мер гражданско-правовой ответственности и их соотношении с иными мерами защиты связано с отсутствием общих правил ГК РФ, координирующих применение к должнику и к кредитору норм о гражданско-правовых санкциях. В целях упорядочения применения рассмотренных в настоящей статье защитных механизмов и выделения значения кредиторских обязанностей для надлежащего исполнения обязательства предлагаем дополнить ст. 309 ГК РФ соответствующими пунктами и изложить ее в следующей редакции:

«1. Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

2. В случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательства применяются правила главы 25 настоящего Кодекса.

3. Если неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства связано с неисполнением кредиторских обязанностей, подлежат применению правила статей 404 и 406 настоящего Кодекса, если иное не предусмотрено законом или договором».

При этом следует иметь в виду, что предусмотренные законом механизмы представляют собой не только меры гражданско-правовой ответственности, но и иные защитные меры. Среди мер, применяемых

в случае, если препятствием к надлежащему исполнению обязательства явилось неисполнение или ненадлежащее исполнение кредиторских обязанностей, преобладают иные защитные меры, а не меры ответственности, что связано с организационным, вспомогательным характером таких обязанностей. Тем временем обеспеченность исполнения кредиторских обязанностей гражданско-правовой санкцией подчеркивает их значимую роль в обеспечении надлежащего исполнения гражданско-правового обязательства.

### Библиографический список

1. Груздев В. В. Гражданско-правовые возражения обязанного лица // Вестник Томского государственного университета. 2014. № 389. С. 166–170.
2. Егоров А. В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
3. Кулаков В. В. О кредиторских обязанностях // Вестник Тверского государственного университета. 2013. № 36. С. 56–64.
4. Антимонов Б. С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М.: Юрид. лит., 1962. 176 с.
5. Ромашенко И. О. Соотношение мер ответственности, санкций и способов защиты в гражданском праве // Гражданское право. 2013. № 3. С. 26–29.
6. Байков А. М. Гражданско-правовые санкции и ответственность: проблемы взаимосвязи и взаимодействия // Право и общество. 2016. № 3 (19). С. 11–15.
7. Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов: Издательство Саратовского университета, 1973. 456 с.
8. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1955. 308 с.
9. Кожевников В. В. Функции юридической ответственности: общетеоретический и отраслевые аспекты // Современное право. 2015. № 4. С. 5–14.
10. Кожина Ю. А. Общие положения о гражданско-правовой ответственности // Цивилистические записки: Вып. 3: Гражданско-правовая ответственность: проблемы теории и практики / под науч. ред. В. А. Рыбакова. М.: Издательская группа «Юрист», 2003. 328 с.

### References

1. Gruzdev V. V. Grazhdansko-pravovye vozrazheniia obiazannogo litsa [Civil law objections of the obligated person]. Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta [Tomsk State University Journal], 2014, no. 389, pp. 166–170 [in Russian].
2. Egorov A. V. Struktura obiazatel'stvennogo otnosheniia: narabotki germanskoi doktriny i ikh

primenimost' v Rossii [Structure of the obligatory relationship: practices of the German doctrine and their applicability in Russia]. Vestnik grazhdanskogo prava [Civil Law Review], 2011, no. 3. Access from legal reference system «ConsultantPlus» [in Russian].

3. Kulakov V. V. O kreditorskikh obiazannostiakh [About creditor's obligations]. Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta [Herald of Tver State University], 2013, no. 36, pp. 56–64 [in Russian].

4. Antimonov B. S. Osnovaniia dogovornoj otvetstvennosti sotsialisticheskikh organizatsii [Foundations of contractual responsibility of socialist organizations]. M.: Iurid. lit., 1962, 176 p. [in Russian].

5. Romashchenko I. O. Sootnoshenie mer otvetstvennosti, sanktsii i sposobov zashchity v grazhdanskom prave [Correlation between liabilities, sanctions and protection measures in civil law]. Grazhdanskoe pravo [Civil Law], 2013, no. 3, pp. 26–29 [in Russian].

6. Baykov A. M. Grazhdansko-pravovye sanktsiia i otvetstvennost': problemy vzaimosvazi i vzaimodeistviia [Civil-law sanctions and responsibility: problems of interconnection and interaction]. Pravo i obshchestvo [Society and Law], 2016, no. 3 (19), pp. 11–15 [in Russian].

7. Tarkhov V. A. Otvetstvennost' po sovetскому grazhdanskomu pravu [Responsibility under Soviet civil law]. Saratov: Izdatel'stvo Saratovskogo universiteta, 1973, 456 p. [in Russian].

8. Ioffe O. S. Otvetstvennost' po sovetскому grazhdanskomu pravu [Responsibility under Soviet civil law]. L.: Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta, 1955, 308 p. [in Russian].

9. Kozhevnikov V. V. Funktsii iuridicheskoi otvetstvennosti: obshcheteoreticheskie i otraslevye aspekty [Functions of legal responsibility: general and sectoral aspects]. Sovremennoe pravo [Modern Law], 2015, no. 4, pp. 5–14 [in Russian].

10. Kozhina Yu. A. Obshchie polozheniia o grazhdansko-pravovoi otvetstvennosti [General provisions about civil legal liability]. In: Tsivilisticheskie zapiski: Vyp. 3: Grazhdansko-pravovaia otvetstvennost': problemy teorii i praktiki. Pod nauchn. redaktsiei V. A. Rybakova [Civilian notes: Issue 3: Civil legal liability: problems of theory and practice. V.A. Rybakov (Ed.)]. M.: Izdatel'skaia gruppa «Iurist», 2003, 328 p. [in Russian].

*E. A. Gurova\**

### CONSEQUENCES OF BREACH OF CREDITOR'S OBLIGATIONS

The article considers the measures which should be applied to a creditor in case of breach of creditor's obligations. The author states that performance of creditor's obligations is protected by civil-law sanction. The term «sanction» is comprehended by the author in a general sense and integrates penalties and other protection measures. Under the Civil Code of the RF compensation of losses can be applied to a creditor as a penalty, but other protection measures are applied to a creditor oftener (for example, one-sided change of contract conditions by a debtor) because of subsidiary character of creditor's obligations. At the same time, ensuring performance of such duties by civil-law sanctions emphasizes their importance for the proper performance of obligation and allows to make a conclusion that creditor's obligations are an independent element of the content of the civil obligation and are not a part of a creditor's right.

**Key words:** creditor's obligations, consequences of breach of duties, civil-law sanction, penalties, protection measures.

---

\* *Gurova Elvira Aleksandrovna* (elvira.gurova@mail.ru), Department of Civil and Business Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

УДК. 343.13

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-118-124

Ю. О. Мещерякова\*

### РЕАБИЛИТАЦИЯ КАК ЦЕЛЬ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ В ОТНОШЕНИИ УМЕРШЕГО

В статье рассматривается реабилитация как цель производства по уголовно-му делу после смерти подозреваемого (обвиняемого). Актуальность исследования определяется необходимостью защиты чести и доброго имени умершего, сохранения достойного к нему отношения. Реабилитация рассматривается автором как один из способов такой защиты, в связи с чем является единственной целью производства по уголовному делу в отношении умершего. Тема раскрывается через анализ содержания института реабилитации. Автор приходит к выводу, что для умершего реабилитация состоит в признании его невиновным в совершении преступления, путем принятия соответствующего уголовно-процессуального акта (приговора, постановления, определения). Правовым последствием такого признания является возникновение у близких родственников умершего или иных заинтересованных лиц права на обращение за восстановлением доброго имени и доброй памяти об умершем, а также права на обращение за возмещением вреда, причиненного уголовным преследованием умершего.

**Ключевые слова:** уголовное судопроизводство, подозреваемый (обвиняемый), прекращение уголовного дела, смерть подозреваемого (обвиняемого), реабилитация, нереабилитирующие основания, назначение уголовного судопроизводства.

Уголовное судопроизводство не только служит инструментом уголовного преследования и наказания виновных, но и является способом защиты от любого необоснованного обвинения. Эта мысль, развиваемая учеными с момента начала в нашей стране процесса преобразования общественных отношений [1, с. 3], получила закрепление в ст. 6 УПК РФ и является в настоящее время доминирующей.

В тех случаях, когда лицо было незаконно и необоснованно подвергнуто уголовному преследованию, уголовно-процессуальный закон предусмотрел способ восстановления нарушенных прав и свобод необоснованно обвиненного. Таким способом является реабилитация. Реабилитация каждого, необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, является такой же органической частью назначения уголовного судопроизводства, как и уголовное преследование виновных и назначение им справедливого наказания (ч. 2 ст. 6 УПК РФ).

Из буквального содержания п. 4 ч. 1 ст. 24 УПК РФ следует возможность реабилитации лиц, незаконно и необоснованно подвергнутых уголовному преследованию не только прижизненно, но и посмертно.

Распространение конституционного права на охрану достоинства личности не только на период жизни человека подтвердил Конституционный Суд РФ, указав, что оно обязывает государство создавать правовые гарантии для защиты чести и доброго имени умершего, сохранения достойного к нему отношения [2].

Идея восстановления прав лица, незаконно подвергнутого уголовному преследованию, появилась как воплощение потребности в справедливости при разрешении уголовных дел и осуществлении правосудия [3, с. 19]. Естественным представляется освободить из-под стражи невиновного, возместить ему причиненный незаконным преследованием вред. Интерес государства и общества заключается не только в том, чтобы виновный понес наказание, но и в том, чтобы невиновный не пострадал от незаконного уголовного преследования. Такая мысль высказывалась многими отечественными процессуалистами [4–6]. М. С. Строгович отмечал, что «цель советского уголовного процесса - установление истины по уголовному делу, установление и наказание совершившего преступления лица и ограждение невиновного лица от необоснованного обвинения и осуждения» [7, с. 40]. Эта цель фактически была воплощена в ст. 2 УПК РСФСР в качестве цели, на которую направлена реализация задач уголовного процесса. Быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных и обеспечение правильного применения закона необходимы с тем, чтобы, каждый, совершивший преступление, был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден. В научной литературе все более широкое распространение получает взгляд на уголовный процесс как средство защиты обвиняемого от необоснованного и незаконного обвинения [8, с. 49–56, 9; 10].

\* © Мещерякова Ю. О., 2018

Мещерякова Юлия Олеговна (julia.maksimikhina@legalclinic.ru), кафедра уголовного права и процесса, Тольяттинский государственный университет, 445020, Российская Федерация, г. Тольятти, ул. Белорусская, 14.

Идея реабилитации получила развитие не только в национальном законодательстве, но и в международном [11, с. 1]. Так, в ст. 5 Европейской конвенции предусмотрено право каждого, кто стал жертвой ареста или заключения под стражу в нарушение положений этой статьи, на компенсацию. Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. содержит аналогичную норму о необходимости предоставления компенсации жертвам незаконного ареста и заключения под стражу, а также судебной ошибки. В протоколе № 7 к Европейской конвенции предусмотрено право на компенсацию в случае, если лицо понесло наказание в результате незаконного осуждения.

Конституция РФ закрепляет право каждого на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст. 53). Эти положения ст. 53 Конституции детализированы в ст. 1069, 1070 ГК РФ.

Реабилитация как институт уголовно-процессуального права впервые получила нормативное оформление в гл. 18 УПК РФ.

Сам термин «реабилитация» (от латинского *rehabilitatio* — восстановление) означает восстановление в правах [12, с. 516]. В современных словарях русского языка содержатся следующие определения реабилитации: «Восстановление чести, репутации неправильно обвиненного или опороченного лица, восстановление (по суду или в административном порядке) в прежних правах» или «Восстановление доброго имени, репутации неправильно обвиненного, опороченного лица; отмена всех правовых последствий» [13, с. 1051], или «реабилитировать - восстанавливать прежнюю незапятнанную репутацию (или в прежних правах)» [14, с. 598].

Законодательное определение реабилитации до введения в действие УПК РФ отсутствовало, вследствие чего единого подхода к ее пониманию в теории и на практике выработано не было. Определение реабилитации в Основах уголовного судопроизводства СССР и УПК РСФСР 1960 г. отсутствовало, тем не менее термин «реабилитация» в тексте закона употреблялся дважды. Так, в ст. 5 Основ уголовного судопроизводства и ст. 5 УПК РСФСР указывалось на невозможность прекращения уголовного дела при необходимости реабилитации умершего. Статья 385 УПК РСФСР допускала возможность возобновить производство по уголовному делу в отношении умершего осужденного по вновь открывшимся обстоятельствам в целях его реабилитации. При этом значение термина «реабилитация» в законе не разъяснялось.

В научной литературе вопрос о понятии реабилитации все еще является дискуссионным. Учеными высказываются различные мнения относительно реабилитации как института уголовно-процессуального права. Каждый стремится подчеркнуть ту или иную черту, которая наиболее точно выражает его

сущность. Существующие точки зрения на понятие реабилитации можно разделить на три группы: 1) реабилитация отождествляется с фактом оправдания лица или прекращения дела по реабилитирующим основаниям [6, с. 13]; 2) реабилитация заключается в реализации мер по восстановлению прав и интересов лиц, незаконно подвергнутых уголовному преследованию [15, с. 48]; 3) реабилитация включает в себя и оправдание, и процедуру восстановления в правах и возмещения вреда [16, с. 16; 17, с. 23–24].

Согласно первой точке зрения, реабилитация заключается только в оправдании, т. е. постановлении оправдательного приговора или прекращения уголовного дела по реабилитирующим основаниям без обеспечения реализации этого решения. Последствия оправдания в виде восстановления на работе или возмещения имущественного ущерба выходят за пределы понятия реабилитация. Этой точки зрения придерживаются Б. Т. Безлепкин, А. Г. Эдиян, Т. Т. Таджиев, Ч. С. Касумов и др. [6, с. 13; 17, с. 23–24; 18, с. 15].

Однако понимание реабилитации как факта установления непричастности лица к совершению преступления, факта его оправдания не отражает в полной мере сущности данного института, поскольку исключает процедуру восстановления других, помимо чести и достоинства, прав и свобод лица, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, и возмещения причиненного ему вреда.

Как указывает А. А. Подопригора, принятием в отношении лица оправдательного решения процесс реабилитации не завершается. Напротив, именно этот момент является отправной точкой реабилитационного процесса [19, с. 23].

Такой подход к понятию реабилитации поддерживается Л. В. Бойцовой, Н. В. Зинькевичем, А. А. Подопригорой, М. Ф. Поляковой и др. [19, с. 34; 20, с. 8; 21, с. 3]. Приверженцы этой точки зрения настаивают на понимании реабилитации как процесса, процедуры восстановления прав и возмещения вреда, причиненного лицу незаконным уголовным преследованием. Процессуальный документ, оправдывающий лицо, по их мнению, является основанием для запуска восстановительных реабилитационных процедур. Реабилитация в уголовном процессе является лишь процессуальной формой возмещения вреда и восстановления в правах.

Такое понимание реабилитации, по мнению этих авторов, соответствует смыслу, заложенному в УПК РФ. Согласно УПК РФ, реабилитация есть следствие признания лица невиновным в совершении преступления, т. е. именно восстановление прав и свобод лица, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, и возмещение причиненного ему вреда. Пункт 34 ст. 5 УПК РФ определяет реабилитацию исключительно как «порядок восстановления прав и свобод лица, незаконно и необоснованно подвергнутого уголовному

преследованию, и возмещения причиненного ему вреда». Как видим, о реабилитации как официальном признании в уголовно-процессуальном акте невиновности лица в УПК РФ речи не идет.

В то же время нормы действующего УПК в этом отношении противоречивы. Если п. 35 ст. 5 УПК определяет реабилитированного как лицо, имеющее право на возмещение вреда, причиненного ему в связи с незаконным и необоснованным уголовным преследованием, то есть подразумевает, что реабилитация как основание обращения лица за восстановлением прав уже состоялась, то ч. 1 ст. 134 УПК РФ устанавливает, что за оправданным или лицом, в отношении которого прекращено уголовное преследование, признается право на реабилитацию, которая еще должна состояться и которая по смыслу закона (ч. 1 ст. 133 УПК РФ) дает право на возмещение имущественного вреда, устранение последствий морального вреда и восстановление в трудовых, пенсионных, жилищных и иных правах.

Такой (последний) подход к понятию реабилитации представляется не совсем верным. Из него следует, что оправдательное решение (приговор или постановление о прекращении уголовного преследования) само по себе не является свидетельством реабилитации, содержание реабилитации, как отмечает Д. В. Татьяна, составляют только «компенсационные процедуры, осуществляемые на основании указанного решения» [22, с. 25]. Но лицо, за которым признано право на восстановительные процедуры, не обязано обращаться за реальным возмещением причиненного вреда, особенно, если причиненный вред является исключительно моральным. При таком подходе к понятию реабилитации лицо, с которого в той или иной форме сняты незаконные обвинения, не является реабилитированным, что не соответствует точному смыслу этого понятия.

Изложенное позволяет признать наиболее обоснованной точку зрения тех авторов, которые рассматривают реабилитацию и как факт вынесения реабилитирующего (т. е. оправдывающего) решения, и как правовые последствия такого решения, процедуру восстановления в правах и возмещения вреда, причиненного незаконным и необоснованным уголовным преследованием. Такая позиция поддерживается А. П. Гуляевым, М. И. Пастуховым, Л. А. Прокудиной, Н. А. Хузиной, Н. Я. Шило и др. [16, с. 36–37; 23, с. 12].

Таким образом, приходим к выводу: термин «реабилитация» в уголовном процессе имеет два значения. Прежде всего, он означает «признание в уголовно-процессуальном акте невиновности лица, незаконно и необоснованно подвергнутого уголовному преследованию и/или наказанию» [23, с. 13]. Оправдательное решение (приговор, постановление, определение) можно считать реабилитацией в материальном, то есть уголовно-правовом смысле — обвиненное в совершении преступления лицо признается не нарушившим уголовный закон. Отсюда и

вытекает последующее восстановление нарушенных прав реабилитированного — лицо, не нарушившее закон, не может и не должно нести никаких последствий, с которыми этот закон связывает факт его нарушения. Именно поэтому акт о реабилитации рассматривается нормами уголовно-процессуального права как основание возмещения реабилитированному имущественного, морального вреда и иных причиненных убытков. В этом смысле мы можем говорить о реабилитации как процессуальном понятии, то есть как о процедуре (процессе) обращения за восстановлением нарушенного статуса.

Рассмотренное различие в понимании термина «реабилитация» имеет для нас не только теоретическое значение. Право на реабилитацию гарантируется законом любым лицам, перечень которых содержится в ч. 2 ст. 133 УПК РФ, однако в случае смерти подозреваемого (обвиняемого) восстановление прав и возмещения вреда, причиненного незаконным уголовным преследованием, может оказаться невозможным. В связи с этим представляется важным ответить на вопрос о том, в каком значении термин «реабилитация» употребляется в п. 4 ч. 1 ст. 24 УПК РФ.

Отвечая на это вопрос, приведем в качестве аргумента Закон РФ от 18 октября 1991 г. № 1761-I «О реабилитации жертв политических репрессий», большинство которых было расстреляно или умерло по иным причинам к моменту принятия закона. Содержание этого закона однозначно говорит о раздельном использовании понятий «реабилитация» и «возмещение вреда», «восстановление прав». Реабилитация по смыслу этого закона означает признание факта применения к лицу необоснованных репрессий. При этом реабилитированные лица имеют право на восстановление в утраченных правах, социальную поддержку и компенсационные выплаты (ст. 12). В частности, признается право реабилитированных лиц, утративших жилые помещения в связи с репрессиями, возвращаться для проживания в те местности и населенные пункты, где они проживали до применения к ним репрессий. В случае возвращения на прежнее место жительства реабилитированные лица и члены их семей принимаются на учет и обеспечиваются жилыми помещениями в порядке, предусмотренном законодательством субъектов Российской Федерации (ст. 13).

Представляется очевидным, что понятие «реабилитированное лицо» здесь имеет иной смысл, чем тот, что вытекает из п. 36 ст. 5 УПК, где реабилитированным названо «лицо, имеющее право на возмещение вреда», как будто именно признание этого права ставит человека в положение реабилитированного, а не наоборот. Использование права на возмещение ущерба не является обязательным признаком реабилитации, оно лишь элемент права на реабилитацию [24, с. 14–21], рассматриваемую в процессуальном смысле этого термина. Реабилитированное лицо не обязано обращаться за возмещением причиненного



вреда, с момента реабилитации оно автоматически наделяется таким правом.

Подводя итоги, мы определяем реабилитацию как признание в уголовно-процессуальном акте (постановлении, определении, приговоре) факта невиновности лица в инкриминируемом ему деянии и влекущее за собой право на восстановление нарушенного статуса и возмещение причиненного уголовным преследованием вреда.

При такой трактовке этого понятия о реабилитации умершего можно говорить как об официальном признании его непричастным к совершению преступления, незаконно и необоснованно подвергнутым уголовному преследованию. Правовым же последствием реабилитации является возникновение у родственников умершего или иных заинтересованных лиц права на обращение за восстановлением доброго имени и доброй памяти об умершем, а также права на обращение за возмещением вреда.

Так, А. А. Орлова указывает, что, «приняв решение о невиновности умершего лица в инкриминируемом деянии, исключив все обвинения и тем самым реабилитировав его, компетентный орган или должностное лицо могут констатировать в приговоре, постановлении, определении тот факт, что его реабилитация влечет право на возмещение вреда. Это право переходит к предусмотренным в законе преемникам умершего» [25, с. 101].

Таким образом, смерть подозреваемого (обвиняемого) не препятствует признанию лица реабилитированным. Момент принятия процессуального акта, в котором устанавливается невиновность умершего, является и моментом его реабилитации. Правовые же последствия такого признания умершим реализованы быть не могут. Однако в их реализации могут иметь интерес иные лица: близкие родственники и родственники умершего, иные близкие ему лица. И уголовно-процессуальный закон такую возможность им предоставляет. В соответствии со ст. 134 УПК РФ при отсутствии сведений о месте жительства наследников, близких родственников, родственников или иждивенцев умершего реабилитированного извещение с разъяснением порядка возмещения вреда, связанного с уголовным преследованием направляется им не позднее 5 суток со дня их обращения в органы дознания, органы предварительного следствия или в суд, Из этого следует, что при наличии таких сведений соответствующее извещение направляется им непосредственно по вынесении соответствующего процессуального акта, хотя такую форму правового регулирования нельзя признать удачной.

Притязания на возмещение вреда могут заявлять и законные представители (ч. 3 ст. 135 УПК РФ), в случае смерти реабилитированного лица требовать возмещения вреда вправе его наследники.

Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 29.11.2011 № 17 «О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве» [26]

указал, что исходя из положений части 2 статьи 134 УПК РФ при наличии у суда, прокурора, следователя, дознавателя на момент вступления в законную силу решения о признании права на реабилитацию сведений о смерти реабилитированного и месте жительства его наследников, близких родственников, родственников или иждивенцев они обязаны направить данным лицам извещение с разъяснением порядка возмещения вреда, связанного с уголовным преследованием. Если сведения о месте жительства указанных лиц отсутствуют, извещение должно быть направлено им не позднее 5 суток со дня их обращения в органы дознания, органы предварительного следствия, к прокурору или в суд.

Поскольку уголовно-процессуальный закон не регулирует порядок наследования имущественных прав реабилитированного, то вполне логично, что в данном случае должен применяться общий порядок наследования, установленный гражданским законодательством.

С учетом положений гражданского законодательства и правил об очередности наследования с требованием о возмещении вреда, причиненного умершему незаконным уголовным преследованием, могут обратиться лица, являющиеся первоочередными наследниками умершего.

Однако с требованием о принесении официальных извинений реабилитированному (или его родственникам) от имени государства и публикации в СМИ сообщений о реабилитации умершего могут обращаться близкие родственники и родственники умершего (ч. 4 ст. 136 УПК РФ).

Согласно ст. 133 УПК РФ, вред, причиненный гражданину в результате уголовного преследования, возмещается государством в полном объеме независимо от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда. При этом возмещение вреда предполагает возмещение как имущественного вреда, так и морального.

Под вредом в уголовно-процессуальном смысле принято понимать негативные имущественные или неимущественные последствия совершения преступления или незаконного уголовного преследования [27, с. 22].

В главе 18 УПК РФ законодатель указывает на возможность возмещения имущественного и морального вреда реабилитированному (ст. 135, 136 УПК РФ).

Согласно ст. 135 УПК РФ, возмещение реабилитированному имущественного вреда включает в себя возмещение: заработной платы, пенсии, пособия и других средств, которых он лишился в результате уголовного преследования; конфискованного или обращенного в доход государства на основании приговора или решения суда имущества; штрафов и процессуальных издержек, взысканных с него во исполнение приговора суда; сумм, выплаченных им за оказание юридической помощи; иных расходов.

Компенсация же морального вреда, с одной стороны, выражается в принесении официальных изви-

нений от имени государства и публикации сведений о реабилитации лица в средствах массовой информации, с другой стороны, компенсация морального вреда носит и материальный характер и выражается в предоставлении реабилитированному возможности обратиться в суд с иском о выплате денежной компенсации за причиненный моральный вред.

Вопрос восстановления чести, достоинства и деловой репутации реабилитированного регулируется п. 1 ч. 2 ст. 152 ГК РФ, которая гласит, что «по требованию заинтересованных лиц допускается защита чести и достоинства гражданина и после его смерти». В уголовно-процессуальном законодательстве данные положения нашли свое отражение в ч. 3 и ч. 4 ст. 136 УПК РФ, которая предусматривает в случае смерти реабилитируемого по требованию его родственников обязанность суда, прокурора, следователя, дознавателя направлять письменные сообщения о принятых решениях, оправдывающих гражданина по месту его работы, учебы или месту жительства, а если ранее сведения о привлечении к уголовной ответственности умершего лица были опубликованы в средствах массовой информации, то сообщение о реабилитации лица должны быть сделаны и в СМИ.

Право на компенсацию морального вреда в денежном выражении неразрывно связано с личностью реабилитированного. В соответствии со ст. 1112 ГК РФ, компенсация морального вреда не входит в состав наследства и не может переходить в порядке наследования. Поэтому в случае смерти реабилитированного до разрешения поданного им в суд иска о компенсации морального вреда производство по делу подлежит прекращению на основании абзаца седьмого ст. 220 ГПК РФ. Пленум Верховного Суда РФ отмечает, что присужденная реабилитированному лицу, но не полученная им при жизни денежная компенсация морального вреда входит в состав наследства [26]. В дополнение к этому Верховный Суд РФ подтвердил и право наследников самостоятельно настаивать на выплате компенсации в связи с причиненным им моральным вредом в результате незаконного уголовного преследования их близкого родственника.

Подводя итоги рассмотрения вопроса о реабилитации как цели производства по уголовному делу в отношении умершего, приходим к выводу, что под реабилитацией в уголовном судопроизводстве следует понимать признание в уголовно-процессуальном акте следователя, дознавателя или суда непричастности лица, незаконно подвергнутого уголовному преследованию, к совершению преступления, восстановление его нарушенных прав и возмещение вреда. Реабилитация умершего является единственной целью производства по уголовному делу в отношении умершего. Правовым последствием реабилитации умершего является возникновение у его близких родственников или иных заинтересованных лиц права на обращение за восстановлением доброго имени и доброй памяти об умершем и воз-

мещением вреда. Наследники умершего подозреваемого (обвиняемого) имеют право на компенсацию имущественного вреда в том же объеме, что и сам подозреваемый (обвиняемый) при жизни. Компенсация морального вреда в виде принесения официальных извинений реабилитированному и публикации сведений о его реабилитации в средствах массовой информации может осуществляться по требованию его близких родственников и родственников. Право требования компенсации морального вреда в денежном выражении переходит к наследникам умершего только при условии, что решение о такой компенсации было принято при жизни реабилитированного. Наследники умершего могут заявить самостоятельное требование о компенсации морального вреда, причиненного им самим.

### Библиографический список

1. Пастухов М. И. Реабилитация невиновных. Основы правового института. Минск, 1993. 176 с.
2. Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2011 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 части первой статьи 24 и пункта 1 статьи 254 УПК РФ в связи с жалобами граждан С. И. Александрина и Ю. Ф. Ващенко». Доступ из СПС «КонсультантПлюс», 2016.
3. Бахрах Д. Н. Имущественная ответственность государственных органов за вред, причиненный действиями их должностных лиц гражданам // Советское государство и право. 1968. № 11. С. 19–26.
4. Прокудина Л. А. Возмещение ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями должностных лиц в сфере уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1987. 23 с.
5. Глыбина А. Н. Понятие реабилитации и ее правовая природа // Вестник Томского государственного университета. № 4. 2003.
6. Безлепкин Б. Т. Вопросы реабилитации на предварительном следствии. Горький: Изд-во ГВШ МВД СССР, 1975. 36 с.
7. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: Основные положения науки советского уголовного процесса. Т. 1. М.: Наука, 1968. 470 с.
8. Лазарева В. А. Судебная власть и уголовное судопроизводство // Государство и право. 2001. № 5. С. 49–56.
9. Лазарева В. А. Уголовный процесс как способ защиты прав и свобод человека и гражданина (назначение уголовного судопроизводства) // Lex Russica. 2010. Т. LXIX. № 3. С. 540–550.
10. Лазарева В. А. Теоретические и правовые основы судебной защиты прав и свобод личности // Вестник Самарского государственного университета. 2000. № 1 (15). С. 17–26.
11. Бойцова Л. В. Реабилитация необоснованно осужденных граждан: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1990. 375 с.

12. Большая советская энциклопедия. М., 1975. Т. 21. 856 с.
13. Словарь современного русского языка. М., 1961. Т. 12. 1367 с.
14. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. М.: Мир и Образование, Оникс, 2011. 736 с.
15. Савицкий В. М. По поводу уголовно-процессуальных гарантий права невиновного на реабилитацию // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 48–56.
16. Шилов Н. Я. Проблемы реабилитации на предварительном следствии. Ашхабад, 1986. 200 с.
17. Касумов Ч. С. Последствия реабилитации по советскому праву. Баку, 1991. 168 с.
18. Таджиев Т. Т. Проблемы реабилитации в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ташкент, 1991. 37 с.
19. Подопригора А. А. Реабилитация в уголовном процессе России: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2004. 179 с.
20. Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Реабилитация необоснованно осужденных граждан в современных правовых системах: учеб. пособие / Твер. гос. ун-т. Тверь: ТГУ, 1993. 104 с.
21. Полякова М. Ф. Имущественные проблемы реабилитации по советскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1977. 18 с.
22. Татьяна Д. В. Реабилитация в уголовном процессе России: Понятие, виды, основания, процессуальный порядок: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2005. 264 с.
23. Хузина Н. А. Особенности уголовно-процессуальной реабилитации лиц, необоснованно привлеченных к уголовной ответственности за преступления против государственной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2007. 26 с.
24. Раменская В. С. Институт реабилитации в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. 21 с.
25. Орлова А. А. Концепция реабилитации в российском уголовном процессе. М., 2011. 186 с.
26. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2011 № 17 «О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве». Доступ из СПС «КонсультантПлюс», 2016.
27. Даев В. Т. Вопросы гражданского иска в уголовном процессе. Л., 1972. 118 с.
- 1 stat'i 254 UPK RF v sviazi s zhalobami grazhdan S. I. Aleksandrina i Iu. F. Vashchenko» [Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation dated 14.07.2011 No. 16-P «In the case of the verification of constitutionality of the provisions of paragraph 4 of the first part to the Article 24 and paragraph 1 to the Article 254 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation in connection with complaints of citizens S. I. Alexandrin and Yu. F. Vashchenko»]. Available at legal reference system «Consultant Plus», 2016 [in Russian].
3. Bakhrah D. N. Imushchestvennaia otvetstvennost' gosudarstvennykh organov za vred, prichinennyi deistviiami ikh dolzhnostnykh lits grazhdanam [Property liability of state bodies for harm caused by actions of their officials to citizens]. In: Sovetskoe gosudarstvo i pravo [Soviet State and Law], 1968, no. 11, pp. 19–26 [in Russian].
4. Prokudina L. A. Vozmeshchenie ushcherba, prichinnogo grazhdaninu nezakonnymi deistviiami dolzhnostnykh lits v sfere ugovnogo sudoproizvodstva: avtoref. dis. ... kand. iurid. nauk [Compensation for damage caused to a citizen by unlawful actions of officials in the field of criminal proceedings: author's abstract of Candidate's of Law sciences]. M., 1987, 23 p. [in Russian].
5. Glybina A. P. Poniatie reabilitatsii i ee pravovaia priroda [Concept of rehabilitation and its legal nature]. Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta [Tomsk State University Journal], 2003, no. 4 [in Russian].
6. Bezlepkin B. T. Voprosy reabilitatsii na predvaritel'nom sledstvii [Issues of rehabilitation at the preliminary investigation]. Gorky: Izd-vo GVSh MVD SSSR, 1975, 36 p. [in Russian].
7. Strogovich M. S. Kurs sovetskogo ugovnogo protsessa: Osnovnye polozheniia nauki sovetskogo ugovnogo protsessa. T. 1 [Course of Soviet criminal process: Basic conditions of science of Soviet criminal process. Vol. 1]. M.: Nauka, 1968, 470 p. [in Russian].
8. Lazareva V. A. Sudebnaia vlast' i ugovnoe sudoproizvodstvo [Judicial power and criminal justice]. Gosudarstvo i pravo [State and Law], 2001, no. 5, pp. 49–56 [in Russian].
9. Lazareva V. A. Ugovnyi protsess kak sposob zashchity prav i svobod cheloveka i grazhdanina (naznachenie ugovnogo sudoproizvodstva) [Criminal process as a way of protecting human and civil rights and freedoms (the function of criminal proceedings)]. Lex Russica, 2010, Vol. LXIX, no. 3, pp. 540–550 [in Russian].
10. Lazareva V. A. Teoreticheskie i pravovye osnovy sudebnoi zashchity prav i svobod lichnosti [Theoretical and legal basis for judicial protection of individual rights and freedoms]. Vestnik Samarskogo gosudarstvennogo universiteta [Vestnik of Samara State University], 2000, no. 1 (15), pp. 17–26 [in Russian].
11. Boytsova L. V. Reabilitatsiia neobosnovanno osuzhdennykh grazhdan: dis. ... kand. iurid. nauk [Rehabilitation of unjustifiably convicted citizens: Candidate's of Law thesis: 12.00.09]. L., 1990, 375 p. [in Russian].
12. Bol'shaia sovetskaia entsiklopediia [Great Soviet Encyclopedia]. M., 1975, Vol. 21, 856 p. [in Russian].

## References

1. Pastukhov M. I. Reabilitatsiia nevinovnykh. Osnovy pravovogo instituta [Rehabilitation of the innocent. Fundamentals of legal institute]. Minsk. 1993, 176 p. [in Russian].
2. Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 14.07.2011g. № 16-P «Po delu o proverke konstitutsionnosti polozhenii punkta 4 chasti pervoi stat'i 24 i punkta

13. Slovar' sovremennogo russkogo iazyka [Dictionary of modern Russian language]. M., 1961, Vol. 12, 1367 p. [in Russian].
14. Ozhegov S. I. Tolkovy slovar' russkogo iazyka [Explanatory Dictionary of the Russian Language]. M.: Mir i Obrazovanie, Oniks, 2011, 736 p. [in Russian].
15. Savitsky V. M. Po povodu ugovolno-protsessual'nykh garantii prava nevinovnogo na reabilitatsiiu [Concerning criminal procedural guarantees of the right of an innocent to rehabilitation]. Sovetskoe gosudarstvo i pravo [Soviet State and Law], 1965, no. 9, pp. 48–56 [in Russian].
16. Shilo N. Ya. Problemy reabilitatsii na predvaritel'nom sledstvii [Problems of rehabilitation at the preliminary investigation]. Ashkhabad, 1986, 200 p. [in Russian].
17. Kasumov Ch. S. Posledstviia reabilitatsii po sovetskomu pravu [Consequences of rehabilitation under Soviet law]. Baku, 1991, 168 p. [in Russian].
18. Tadzhiyev T. T. Problemy reabilitatsii v sovetskom ugovolnom protsesse: avtoref. dis. ... d-ra iurid. nauk [Problems of rehabilitation in the Soviet criminal trial: author's abstract of Doctoral of Law thesis]. Tashkent, 1991, 37 p. [in Russian].
19. Podoprigora A. A. Reabilitatsiia v ugovolnom protsesse Rossii: dis. ... kand. iurid. nauk [Rehabilitation in the criminal process of Russia: Candidate's of Law thesis]. Rostov-on-Don, 2004, 179 p. [in Russian].
20. Boytsova V. V., Boytsova L. V. Reabilitatsiia neobosnovanno osuzhdennykh grazhdan v sovremennykh pravovykh sistemakh: ucheb. posobie. Tver. gos. un-t [Rehabilitation of unjustifiably convicted citizens in modern legal systems: Textbook; Tver State University]. Tver: TGU, 1993, 104 p. [in Russian].
21. Polyakova M. F. Imushchestvennye problemy reabilitatsii po sovetskomu pravu: avtoref. dis. ... kand. iurid. nauk [Property problems of rehabilitation under Soviet law: author's abstract of Candidate's of Law thesis]. M., 1977, 18 p. [in Russian].
22. Tatyaniin D. V. Reabilitatsiia v ugovolnom protsesse Rossii: Poniatie, vidy, osnovaniia, protsessual'nyi poriadok: dis. ... kand. iurid. nauk [Rehabilitation in the criminal process of Russia: Concept, types, grounds, procedural order: Candidate's of Law thesis]. Izhevsk, 2005, 264 p. [in Russian].
23. Khuzina N.A. Osobennosti ugovolno-protsessual'noi reabilitatsii lits, neobosnovanno privilechennykh k ugovolnoi otvetstvennosti za prestupleniia protiv gosudarstvennoi vlasti: avtoref. dis. ... kand. iurid. nauk [Features of criminal procedural rehabilitation of persons unreasonably brought to criminal responsibility for crimes against state power: author's abstract of Candidate's of Law thesis]. Voronezh, 2007, 26 p. [in Russian].
24. Ramenskaya V. S. Institut reabilitatsii v ugovolnom protsesse: avtoref. dis. ... kand. iurid. nauk [Institute of rehabilitation in criminal procedure: author's abstract of Candidate's of Law thesis]. Ekaterinburg, 2004, 21 p. [in Russian].
25. Orlova A. A. Kontseptsii reabilitatsii v rossiiskom ugovolnom protsesse [Concept of rehabilitation in the Russian criminal process]. M., 2011. 186 p. [in Russian].
26. Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo suda RF ot 29.11.2011 № 17 «O praktike primeneniia sudami norm glavy 18 Ugolovno-protsessual'nogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii, reglamentiruiushchikh reabilitatsiiu v ugovolnom» [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated 29.11.2011 № 17 «On the practice of the courts applying the provisions of Chapter 18 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation regulating rehabilitation in criminal law»]. Available at legal reference system «Consultant Plus», 2016 [in Russian].
27. Daev V. T. Voprosy grazhdanskogo iska v ugovolnom protsesse [Issues of civil action in criminal proceedings]. L., 1972, 118 p. [in Russian].

*Ju. O. Meshcheryakova\**

## REHABILITATION AS THE PURPOSE OF PRODUCTION ON THE CRIMINAL CASE AGAINST THE DEAD

The article deals with rehabilitation as the purpose of criminal case after the death of the suspect (accused). The relevance of the study is determined by the need to protect the honor and good name of the deceased, to preserve a worthy relationship to it. Rehabilitation is considered by the author as one of the ways of such protection, in connection with which it is the sole purpose of the proceedings in the criminal case against the deceased. The topic is revealed through the analysis of the content of rehabilitation institute. The author comes to the conclusion that for a deceased, rehabilitation consists in recognizing him as innocent of the commission of a crime, by adopting an appropriate criminal procedural act (verdict, resolution, determination). The legal consequence of such recognition is the emergence of close relatives of the deceased or other interested persons of the right to seek the restoration of a good name and a good memory of the deceased, as well as the right to seek redress for harm caused by unlawful and unreasonable criminal prosecution of the deceased.

**Key words:** criminal trial, suspect (accused), termination of criminal case, death of suspect (accused), rehabilitation, non-rehabilitating grounds, appointment of criminal proceedings.

\* *Meshcheryakova Julia Olegovna* (julia.maksimikhina@legalclinic.ru), Department of Criminal Law and Procedure, Togliatti State University, 14, Belorusskaya Street, Togliatti, 445020, Russian Federation.

УДК 347.254

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-125-128

А. В. Труфанов\*

## СТРУКТУРА ДОГОВОРНЫХ СВЯЗЕЙ ПРИ УПРАВЛЕНИИ МНОГОКВАРТИРНЫМ ДОМОМ ТСЖ ИЛИ СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫМ КООПЕРАТИВОМ

Автор, прибегая к предложенной О. С. Иоффе классификации структуры договорных связей по критерию совпадения или несовпадения договорных и исполняющих звеньев на простую и сложную, анализирует в статье варианты формирования структуры договорных связей в отношениях, складывающихся в процессе управления многоквартирным домом товариществом собственников жилья или специализированным кооперативом. Автор проводит дифференциацию таких вариантов в зависимости от того, осуществляется ли управление указанными субъектами напрямую или путем заключения договора управления многоквартирным домом с управляющей организацией. Делается вывод, что при управлении многоквартирным домом ТСЖ или специализированным кооперативом имеет место быть многоуровневая система управления, для которой характерно построение сложной структуры договорных связей. Также в статье анализируются некоторые достоинства и недостатки того или иного варианта управления, в критическом ключе рассматриваются некоторые формулировки норм действующего жилищного законодательства.

**Ключевые слова:** многоквартирный дом, способы управления многоквартирным домом, товарищество собственников жилья, структура договорных связей.

Как известно, в соответствии с действующим жилищным законодательством собственники помещений могут избрать один из трех способов управления многоквартирным домом: непосредственное управление собственниками помещений; управление товариществом собственников жилья, жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом; управление управляющей организацией.

Все указанные способы являются механизмами решения единых задач, перечисленных в ч. 1 ст. 161 Жилищного кодекса Российской Федерации: обеспечить благоприятные и безопасные условия проживания граждан и надлежащее содержание общего имущества в многоквартирном доме, решить вопросы пользования указанным имуществом, обеспечить качественное и бесперебойное предоставление коммунальных услуг.

Несмотря на идентичность решаемых задач, каждый из способов управления подразумевает под собой разный механизм их решения. Выбор конкретного способа управления предопределяет принципиальные моменты управления, свойственные лишь для этого конкретного способа: субъекты правоотношений по управлению многоквартирным домом; порядок заключения договоров, опосредующих данные отношения; ответственность за нарушение принятых на себя обязательств и т. п. В том числе каждый из способов управления многоквартирным домом предполагает свою не характерную для иных способов структуру договорных связей.

В юридической литературе можно встретить различные определения термина «структура договорных связей». Так, Л. А. Лунц, рассматривая структуру договорных связей в разрезе плановой экономики, указывал, что для решения вопроса о структуре договорных связей требуется определить, какие именно конкретные хозорганизации в силу действующего законодательства должны установить между собой договорную связь для того, чтобы было выполнено данное плановое задание [1, с. 59]. Изучая структуру договорных связей при поставке в советский период, Р. О. Халфина отмечала, что под структурой договорных связей понимается определение тех хозяйственных организаций (как на стороне поставщика, так и на стороне потребителя), между которыми во исполнение плана должен заключаться договор [2, с. 122].

На наш взгляд, наиболее актуальной является позиция О. С. Иоффе [3, с. 31], согласно которой определение структуры договорных связей должно опираться на анализ хозяйственных договоров по их субъектному составу, однако с перенесением центра тяжести на выяснение встречающихся в практике вариантов несовпадения договорных и исполняющих звеньев. Структура договорных связей – понятие, выражающее состав субъектов договорного обязательства и состав его исполнителей. Если оба состава совпадают, уместно говорить о простой, а если не совпадают – о сложной структуре договорных связей [4, с. 51]. Таким образом, из классифика-

\* © Труфанов А. В., 2018

Труфанов Артем Вадимович (truff32@rambler.ru), кафедра гражданского и предпринимательского права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

ции О. С. Иоффе следует, что структура договорных связей может быть простой или сложной.

В юридической литературе можно встретить также выделение в качестве отдельного вида (помимо простой и сложной) промежуточной структуры договорных связей [5, с. 64]. Полагаем, что она имеет место в том случае, когда субъекты, заключающие основной договор, и непосредственные исполнители договора частично совпадают, а частично — нет. На наш взгляд, при таких обстоятельствах речь все же идет о сложной структуре договорных связей с полным или частичным несовпадением субъектов, заключающих и непосредственно исполняющих договор.

Любопытно, что наиболее часто термин «структура договорных связей» используется в работах (в основном в учебной литературе), посвященных коммерческому праву [6] — для характеристики отношений, опосредующих торговый оборот. В цивилистике данный термин используется, на наш взгляд, неоправданно редко. Тем не менее он встречается в работах, посвященных определенным договорным отношениям (например, поставке для государственных и муниципальных нужд [7], строительному подряду [8]), как правило, для подчеркивания наличия сложной структуры договорных связей.

Думается, именно в отношениях, складывающихся в процессе управления многоквартирным домом, наиболее ярко выражены сложные структуры договорных связей. В данных отношениях участвует большое количество лиц, а наличие строгих правил содержания общего имущества в многоквартирном доме и правил предоставления коммунальных услуг обуславливает необходимость заключения сразу нескольких «групп» гражданско-правовых договоров.

При выборе такого способа, как управление товариществом собственников жилья или специализированным кооперативом, в отношении по управлению появляется специальный субъект — юридическое лицо, созданное для целей обеспечения благоприятного проживания в доме. Причем управление многоквартирным домом такой субъект может осуществлять двумя вариантами, которые условно можно назвать прямым и опосредованным.

При прямом варианте управления многоквартирным домом именно ТСЖ или кооператив несут ответственность за надлежащее содержание и ремонт многоквартирного дома, обеспечение наличия и качественного предоставления коммунальных услуг. В процессе реализации прямого варианта управления возможна различная структура договорных связей:

— ТСЖ или кооператив своими силами оказывают услуги по содержанию общего имущества, выполнению работ по его ремонту. В таких целях в штате юридического лица — управленца должны состоять соответствующие специалисты, способные обеспечивать надлежащее содержание дома без привлечения каких-либо третьих лиц;

— ТСЖ или кооператив привлекают на основании договоров лиц, осуществляющих соответствующие виды деятельности. При этом контрагентом в таком случае вполне может быть управляющая организация. Однако важно понимать, что с управляющей организацией заключается не договор управления многоквартирным домом, а договор на оказание услуг и (или) выполнение работ по содержанию и ремонту общего имущества и, несмотря на появление в структуре договорных связей управляющей организации, ответственность за надлежащее содержание общего имущества продолжает нести ТСЖ или кооператив.

Первая из перечисленных ситуаций встречается на практике крайне редко. Это обусловлено экономическими факторами — как правило, дешевле и эффективнее привлечь стороннее лицо для оказания определенного вида услуг или выполнения определенных работ, чем держать в штате соответствующих специалистов. Значимым видится и вопрос ответственности лиц, оказывающих услуги или выполняющих работы. Так, ненадлежащее исполнение своих трудовых обязанностей работником ТСЖ может привести к причинению существенного ущерба, например, имуществу одного из собственников помещения в многоквартирном доме. В таком случае собственник помещения вправе взыскать сумму причиненного ущерба с ТСЖ, а в случае нарушения его прав как потребителя ТСЖ ждут дополнительные санкции, предусмотренные Законом «О защите прав потребителей» (например, компенсация морального вреда, штраф за неисполнение требований потребителя в добровольном порядке). При этом размеры материальной ответственности провинившегося работника ограничены Трудовым кодексом Российской Федерации до пределов его среднего месячного заработка. Тем самым ТСЖ в данной ситуации несет убытки, которые оно не может возместить с виновного лица в полном объеме.

Иная ситуация складывается при заключении гражданско-правового договора на оказание услуг или выполнение работ с третьим лицом и грамотном изложении в нем вопросов ответственности контрагента за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по договору. Здесь ТСЖ вправе рассчитывать на возмещение суммы, выплаченной пострадавшему собственнику, в полном объеме со своего контрагента, допустившего нарушение своих договорных обязательств.

При прямом варианте управления именно ТСЖ или кооператив выступают от имени собственников помещений многоквартирного дома при заключении различных договоров с ресурсоснабжающими организациями, несут ответственность за качественное предоставление коммунальных услуг.

При опосредованном варианте управления многоквартирным домом ТСЖ или кооператив заключают договор управления многоквартирным домом с управляющей организацией. В этом случае именно

управляющая организация несет ответственность за надлежащее содержание и ремонт общего имущества многоквартирного дома, обеспечение наличия и качественного предоставления коммунальных услуг, а ТСЖ или кооператив лишь осуществляют контроль за выполнением управляющей организацией обязательств по такому договору.

Необходимо отметить, что в качестве возможной стороны – заказчика по договору управления многоквартирным домом законодатель называет органы управления товарищества собственников жилья, жилищного или иного специализированного потребительского кооператива. Данная формулировка законодателя в научной литературе и в кругах практикующих юристов подвергается жесткой критике. На наш взгляд, данная критика является абсолютно справедливой. В соответствии с п. 1 ст. 53 ГК РФ, юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы. Очевидно, что органы управления не являются самостоятельным субъектом гражданского права и вообще не могут рассматриваться отдельно от единой конструкции юридического лица, волю которого эти органы управления созданы выражать. Выступая от имени юридического лица, органы управления порождают права и обязанности для самих юридических лиц. Можно сказать, что посредством своих органов юридическое лицо как раз и реализует свою правосубъектность, но сами органы управления, очевидно, не обладают гражданской правосубъектностью и не могут выступать в качестве стороны по договору.

Добавляет сложности структуре договорных связей при рассматриваемом способе управления различный правовой статус самих собственников помещений в многоквартирном доме по отношению к ТСЖ. Согласно действующему законодательству, членство в ТСЖ является добровольным. В связи с этим отношения собственников помещений и ТСЖ могут основываться на членстве или на договоре. Эти отношения совершенно различны по своей правовой природе. При этом положение членов ТСЖ и остальных собственников в вопросе внесения платежей на цели содержания общего имущества дома должно быть равным. Для членов ТСЖ основанием платежа является факт членства в ТСЖ. ЖК РФ не предусматривает заключение между ТСЖ и его членами каких-либо договоров о внесении обязательных платежей. Если собственник помещения не является членом ТСЖ, то он вносит плату за жилое помещение и коммунальные услуги в соответствии с договором, заключенным с ТСЖ.

Необходимо отметить, что приведенные выше схемы договорных связей могут усложняться. Например, ТСЖ вправе заключить договор подряда на ремонт общего имущества дома с условием о возможности привлечения к выполнению работ субподрядчиков. Привлечение субподрядчиков в таком случае еще больше усложняет сложившуюся структуру договорных связей.

Существует мнение о том, что увеличение и усложнение договорных связей при управлении многоквартирным домом негативно сказывается на порядке предоставления и оплаты коммунальных услуг [9, с. 21]. Однако можно встретить и мнения о неэффективности непосредственного управления (при котором, как правило, можно говорить о простой структуре договорных связей) в связи с отсутствием в цепочке договорных связей профессионального участника. Мы считаем, что любой из способов управления многоквартирным домом с разной степенью сложности договорных связей может быть эффективным, а эффективность зависит от различных факторов – как объективных (например, количество квартир в кондоминиуме), так и субъективных (степень профессионализма участников отношений, отношения между собственниками помещений при непосредственном управлении).

Таким образом, при управлении многоквартирным домом ТСЖ или специализированным кооперативом возникает многоуровневая система управления [9, с. 20], для которой характерна сложная структура договорных связей, т.к. в данных отношениях участвует несколько субъектов и наличествует несовпадение договорных и исполняющих звеньев, а сами отношения опосредованы заключением большого массива различных договоров.

#### Библиографический список

1. Братусь С. Н., Лунц Л. А. Вопросы хозяйственного договора. М.: Госюриздат, 1954. 155 с.
2. Халфина Р. О. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве. М.: Изд-во АН СССР, 1963. 267 с.
3. Договоры в социалистическом хозяйстве / О.С. Иоффе, Н.В. Рабинович, В. Ф. Яковлева [и др.]; отв. ред. О. С. Иоффе; кафедра гражданского права Ленинградского государственного университета им. А. А. Жданова. М.: Юрид. лит., 1964. 498 с.
4. Иоффе О. С. План и структура договорных связей // Советское государство и право. 1969. № 6. С. 51–60.
5. Овчинников Н. И. Сущность и значение структуры договорных связей // Правоведение. 1971. № 4. С. 59–66.
6. Пугинский Б.И. Коммерческое право. М.: Изд-во «Зерцало», 2005. 328 с.
7. Курц Н. А. Структура договорных связей в государственных и муниципальных закупках // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом (Москва, 22 апреля 2015 года): сб. научно-практич. ст. II Международной научно-практич. конференции. М.: Юстицинформ, 2015. С. 184–187.
8. Макаров О. В. Проблемы правового регулирования выполнения субподрядных строительных работ во взаимосвязи со структурой договорных связей по

строительным подрядам // Правовые вопросы строительства, 2010. № 1. С. 8–13.

9. Рузанова В. Д., Крюкова Е. С. Особенности предоставления коммунальных услуг при многоуровневой системе управления многоквартирным домом // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 12. С. 20–24.

## References

1. Bratus' S. N., Lunts L. A. Voprosy khoziaistvennogo dogovora [Issues of the economic contract]. M.: Gosiurizdat, 1954, 155 p. [in Russian].

2. Khalfina R. O. Pravovoe regulirovanie postavki produktsii v narodnom khoziaistve [Legal regulation of the supply of products in the national economy]. M.: Izd-vo AN SSSR, 1963, 267 p. [in Russian].

3. O. S. Ioffe, N. V. Rabinovich, V. F. Yakovleva et al. Dogovory v sotsialisticheskom khoziaistve. Otv. red. O. S. Ioffe. Kafedra grazhdanskogo prava Leningradskogo gosudarstvennogo universiteta im. A. A. Zhdanova [Agreements in the socialist economy. O. S. Ioffe (Ed.); Department of Civil Law, Saint Petersburg State University]. M.: Iurid. lit., 1964, 498 p. [in Russian].

4. Ioffe O. S. Plan i struktura dogovornykh svyazei [Plan and structure of contractual relations]. Sovetskoe gosudarstvo i pravo [Soviet State and Law], 1969, no. 6, pp. 51–60 [in Russian].

5. Ovchinnikov N. I. Sushchnost' i znachenie struktury dogovornykh svyazei [Essence and significance of the structure

of contractual relations]. Pravovedenie, 1971, no. 4, pp. 59–66 [in Russian].

6. Putinsky B. I. Kommercheskoe pravo [Commercial law]. M.: Izd-vo «Zertsalo», 2005, 328 p. [in Russian].

7. Kurts N. A. Struktura dogovornykh svyazei v gosudarstvennykh i munitsipal'nykh zakupkakh [Structure of contractual relations in state and municipal purchases]. In: Aktual'nye problemy predprinimatel'skogo i korporativnogo prava v Rossii i za rubezhom (Moskva, 22 aprelya 2015 goda): sbornik nauchno-prakticheskikh statei II Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii [Collection of scientific and practical articles of the II International scientific and practical conference «Topical issues of business and corporate law in Russia and abroad» (Moscow, April 22, 2015)]. M.: Iustitsinform, 2015, pp. 184–187 [in Russian].

8. Makarov O. V. Problemy pravovogo regulirovaniia vypolneniia subpodriadnykh stroitel'nykh rabot vo vzaimosvyazi so strukturoi dogovornykh svyazei po stroitel'nym podriadam [Problems of legal regulation of performance of subcontracting construction works in interrelation with the structure of contractual relations under building contracts]. Pravovye voprosy stroitel'stva [Legal Issues of Construction], 2010, no. 1, pp. 8–13 [in Russian].

9. Ruzanova V. D., Kryukova E. S. Osobennosti predostavleniia kommunal'nykh uslug pri mnogourovnevnoi sisteme upravleniia mnogokvartirnym domom [Features of provision of public services in a multi-level system of management an apartment building]. Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika [Laws of Russia: experience, analysis, practice], 2012, no. 12, pp. 20–24 [in Russian].

*A. V. Trufanov\**

## STRUCTURE OF CONTRACTUAL COMMUNICATIONS AT MANAGING MULTI-FAMILY BUILDING BY HOMEOWNERS ASSOCIATION AND SPECIALIZED COOPERATIVE

The author uses O. S. Ioffe's classification of structure of contractual communications on simple and complex by criterion of concurrence of parties to the contract and implementer, considers different variants of formation of structure of contractual communications at managing multi-family building by homeowners association and specialized cooperative; the author differentiates these variants depending on how these subjects manage multi-family building – directly or by contract with managing organization. The author concludes that process of managing a multi-family building by homeowners association and specialized cooperative has multilevel management system and complex structure of contractual communications. In addition, the author analyzes some advantages and disadvantages of different management options, in critical keys considers some formulations of current housing legislation.

**Key words:** multi-family building, methods of management multifamily building, homeowners association, structure of contractual communications.

\* *Trufanov Artem Vadimovich* (truff32@rambler.ru), Department of Civil and Business Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.



УДК 342.55

DOI: 1018287/2542-047X-2018-4-1-129-134

Е. И. Эсмантович\*

## ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ОРГАНОВ МЕСТНОГО УПРАВЛЕНИЯ И САМОУПРАВЛЕНИЯ КАК ПРИНЦИП ОРГАНИЗАЦИИ МЕСТНОЙ ВЛАСТИ

Проблемные вопросы развития существующих правовых форм самоорганизации муниципалитетов как органов самоуправления и их взаимодействия с органами государственной власти в лице органов управления, в том числе и действующих на низовом уровне, представляют собой давний объект научного исследования ученых.

В статье рассматриваются направления взаимодействия органов местного управления и самоуправления Республики Беларусь, анализируется законодательство в этой сфере; различные виды форм взаимоотношений между органами власти в лице органов управления, действующих в том числе в сфере реализации права граждан на формирование органов власти посредством выборов, и органами местного самоуправления. На современном этапе развития Республики Беларусь все большую роль играет уровень демократии, характеризующийся степенью взаимодействия органов управления с органами местного самоуправления, и влияние органов местного самоуправления как института гражданского общества на процесс формирования публичной власти. Это обусловлено тем, что местное самоуправление является наиболее приближенным к населению уровнем публичной власти и тем самым осуществляет реализацию конституционного права на участие граждан в управлении государством.

По результатам исследования предлагается перечень отдельных видов форм взаимодействия обозначенных субъектов властно-распорядительных отношений. Изложенные в работе теоретические выводы могут стать основой для совершенствования механизма взаимодействия органов государственной власти в лице органов местного управления с органами местного самоуправления.

**Ключевые слова:** Конституция Республики Беларусь, система органов местной власти, местное управление, местное самоуправление, Совет депутатов, территориальное общественное самоуправление, исполнительный комитет, избирательное законодательство, выборы, Совет Республики, Совет депутатов, избирательное право.

Сбалансированному развитию административно-территориальных единиц Республики Беларусь способствует построенная по принципу относительной децентрализации система местных органов власти. Подобный подход в формировании местных органов власти базируется на сочетании общегосударственных интересов и интересов населения, проживающего на определенной территории, и представляет собой наличие как органов управления, формируемых центральной властью, так и органов самоуправления, избираемых местным населением, что позволяет осуществлять управление соответствующей территорией исходя одновременно из общегосударственных интересов и интересов местного значения.

Необходимость совместного разрешения местных дел, взаимодополняемость местного управления и самоуправления содержат принципы осуществления местного управления и самоуправления, закрепленные в ст. 3 Закона о местном управлении и самоуправлении Республики Беларусь – принцип единства и целостности системы местного управления и самоуправления и принцип взаимодействия органов местного управления и самоуправления.

Ни органы государственной власти, ни органы местного самоуправления не могут решать возникающие проблемы без взаимодействия друг с другом. Так, в соответствии с п. 1 ст. 17, ч. 1 ст. 41 Закона о местном управлении и самоуправлении, Совет депутатов и исполком одновременно представляют интересы соответствующей административно-территориальной единицы во взаимоотношениях с другими государственными органами, иными организациями и гражданами, проводят совместную работу по определению стратегии развития соответствующей территории [1].

Законодатель не разграничивает, по каким вопросам данные органы вправе представлять интересы территории. Вместе с тем, исходя из компетенции, определенной законодательством, можно установить, что представлять интересы административно-территориальной единицы по вопросам территориального устройства вправе Совет депутатов, а выступать от имени данной территории вправе исполнительный комитет.

На основании Закона о местном управлении и самоуправлении к компетенции Советов депутатов

---

\* © Эсмантович Е. И., 2018

Эсмантович Евгений Игоревич (ehsirina@yandex.by), кафедра теории и истории государства и права, Гомельский государственный университет имени Франциска Скорины, 246028, Республика Беларусь, г. Гомель, ул. Кирова, 119.

относятся полномочия по утверждению прогнозов и программ социально-экономического развития региона, региональных программ и концепций по широкому спектру вопросов местной жизни (ст. 17 Закона). Разработчиками данных актов выступают исполнительные комитеты, на них же возложено обеспечение выполнения этих программных документов (ст. 41 Закона).

Взаимодействие органов местного управления и самоуправления прослеживается при регулировании вопросов принятия местного бюджета: исполкомы составляют проект бюджета, представляют его на рассмотрение в соответствующий Совет депутатов, который его утверждает. Исполнительный комитет должен обеспечить исполнение утвержденного бюджета и представить отчет о его исполнении.

Совет депутатов в соответствии с Законом определяет порядок распоряжения коммунальной собственностью. Конкретные действия по распоряжению коммунальной собственностью в рамках утвержденного порядка принимают местные органы управления.

Как исполнительные комитеты и местные администрации, так и Советы депутатов в соответствии с Законом о местном управлении и самоуправлении наделены правомочием учреждать средства массовой информации. Зачастую данные органы выступают соучредителями средств массовой информации. К примеру, учредителями газеты «Гомельская правда» являются Гомельский областной исполнительный комитет и Гомельский областной Совет депутатов [2].

Важное направление взаимодействия – совместная информационная и идеологическая работа, работа с обращениями граждан. Органы местного управления и самоуправления готовят совместные документы и обращения, депутаты Совета входят в состав информационно-пропагандистских групп исполнительного комитета для проведения информационных встреч с трудовыми коллективами и гражданами с целью информирования их о направлениях государственной политики и работы местных органов власти. Должностные лица исполкома и местной администрации могут присутствовать при приеме депутатами Совета граждан в качестве консультантов по тем или иным вопросам, и наоборот – депутаты Совета вправе присутствовать при приеме председателем исполкома граждан и представителей юридических лиц.

Законодательством также предусмотрены случаи, в которых могут проводиться совместные заседания и приниматься совместные решения исполнительного комитета и Совета депутатов. В соответствии со ст. 100 Избирательного кодекса Республики Беларусь, право выдвижения кандидатов в члены Совета Республики принадлежит президиумам местных Советов депутатов базового уровня и соответствующим исполнительным комитетам – районным, городским (городов областного подчинения),

а в городе Минске – президиуму Минского городского Совета депутатов и Минскому городскому исполнительному комитету. Решение о выдвижении лица кандидатом в члены Совета Республики подписывается председателями местного Совета депутатов и соответствующего исполнительного комитета. Статья 102 Избирательного кодекса Республики Беларусь предусматривает совместное принятие на совместном заседании решения президиума Совета депутатов и соответствующего исполкома по созыву заседания депутатов местных Советов депутатов базового уровня области, депутатов Минского городского Совета депутатов по выборам членов Совета Республики [3]. Порядок проведения совместного заседания и принятия решения, форма голосования ни в Избирательном кодексе, ни в иных актах законодательства не указаны.

По мнению ряда исследователей, институт совместного заседания президиума Совета депутатов и исполкома, а также принятие ими совместного решения достаточно уникален. Совет депутатов, его Президиум являются представительными коллегиальными органами местного самоуправления, а исполком – органом управления. Следовательно, данные органы не могут принимать совместные решения. Вместе с тем такая ситуация объясняется принципом взаимодействия органов местного управления и самоуправления, необходимостью выдвижения представителей в Совет Республики по территориальному представительству (п. 2 ст. 91 Конституции Республики Беларусь) с учетом мнения органов управления и самоуправления [4].

Органы территориального общественного самоуправления также участвуют в осуществлении принципа взаимодействия органов местного управления и самоуправления. Наряду с осуществлением иных задач, органы территориального общественного самоуправления оказывают помощь исполнительным и распорядительным органам в работе с гражданами. Такое тесное взаимодействие исполнительных комитетов, местных администраций и органов общественного самоуправления способствует реализации прав, свобод и законных интересов граждан, учету мнения местного населения при принятии решений местными органами.

Важными составляющими работы Совета депутатов и исполнительного комитета являются заседания. Решения Советов депутатов принимаются на сессиях и являются обязательными для исполнения на территории соответствующей административно-территориальной единицы. В соответствии со ст. 12 Закона о местном управлении и самоуправлении сессии Совета депутатов созываются и проводятся в соответствии с регламентом Совета председателем Совета, а в случае его отсутствия или по его поручению – его заместителем. Сессия созывается президиумом Совета или председателем Совета по инициативе не менее чем одной трети от числа избранных депутатов Совета, председателя соответствующе-

го исполкома, а также по инициативе не менее 10 процентов граждан, обладающих избирательным правом и проживающих на соответствующей территории; по требованию Президента Республики Беларусь либо вышестоящего Совета – в случае ущемления Советом прав и законных интересов граждан, иного нарушения законодательства.

К примеру, Регламент Гомельского городского Совета наделяет правом созыва сессии Совета председателя соответствующего исполкома. В работе сессии Совета по приглашению председателя Совета или по собственной инициативе (с предварительного уведомления председателя Совета) могут принимать участие председатель Гомельского горисполкома, его заместители, члены горисполкома [5]. На заседаниях Витебского областного Совета депутатов по приглашению президиума Совета вправе присутствовать председатель и члены соответствующего облисполкома, руководители структурных подразделений. Председатель облисполкома и его заместители вправе правом присутствовать, в том числе на закрытых сессиях Совета (п. 37) [6].

Кроме того, ст. 12 Закона о местном управлении и самоуправлении предоставляет возможность председателю исполкома (главе местной администрации) и исполкому (местной администрации) вносить предложения для рассмотрения на сессиях Совета.

В состав президиума сессии Совета, как правило, входит председатель соответствующего исполкома, что дает ему возможность выступать по обсуждаемым вопросам, вносить предложения, а также давать ответы на адресованные ему как руководителю исполнительной власти вопросы.

Возможно участие в заседаниях сессий Советов депутатов представителей юридических служб исполнительных органов. Это можно объяснить необходимостью правовых консультаций по обсуждаемым на сессии вопросам, в том числе юридических последствий, которые могут возникнуть после принятия того или иного решения. Участие должностных лиц исполкома в работе сессии Совета дает возможность депутатам обратиться с устным запросом к данным лицам, которые, в свою очередь, могут дать устный ответ непосредственно на сессии либо предоставить ответ письменно после рассмотрения.

Вместе с тем участвовать в голосовании по рассматриваемым вопросам приглашенные лица, в том числе представители исполкома, не вправе.

Председатель Совета депутатов, в свою очередь, вправе присутствовать на заседаниях исполкома с правом совещательного голоса. С целью конкретного понимания данного правомочия, преодоления возможного возникновения спорных ситуаций в ходе обсуждения вопросов, рассматриваемых на заседаниях исполкомов, целесообразно уточнить понятие «совещательного голоса». Исходя из теории, право совещательного голоса связано с возможностью высказать свое мнение по поводу рассматри-

ваемого вопроса, но невозможностью участия в голосовании по данному вопросу. Представляется, что именно такое понимание права совещательного голоса вкладывал законодатель, когда наделял этим правом руководителей местных представительных органов, участвующих в заседании местных исполнительных и распорядительных органов, что и следует закрепить в Законе о местном управлении и самоуправлении.

Исполнительный комитет как орган местного управления оказывает косвенное влияние на выборы депутатов местных Советов. В соответствии со ст. 16 Избирательного кодекса Республики Беларусь, избирательные округа по выборам в областные, Минский городской, районные, городские (городов областного и районного подчинения), поселковые и сельские Советы депутатов образуются территориальными избирательными комиссиями по выборам в соответствующие Советы депутатов по представлению, соответственно, областных, Минского городского, районных, городских, поселковых и сельских исполнительных комитетов. Важно заметить, что иные государственные органы правом внесения в территориальную избирательную комиссию предложения об образовании избирательных округов по выборам в местные Советы не обладают.

Серьезное значение данное правомочие исполнительного комитета имеет потому, что в Избирательном кодексе не содержится норма, которая бы конкретно определяла количество избирательных округов, а значит депутатов будущего Совета, по выборам в Советы того или иного территориального уровня, в ст. 15 Избирательного кодекса отражены только количественные пределы избирательных округов по выборам в местные Советы депутатов того или иного территориального уровня и правило, согласно которому от каждого избирательного округа избирается один депутат. Таким образом, исполнительный комитет предлагает количество избирательных округов, следовательно, и количество депутатов соответствующего местного Совета.

Кроме того, в соответствии со ст. 24 Избирательного кодекса Республики Беларусь, районные, городские, поселковые, сельские исполнительные комитеты, местные администрации в городах в части выборов в местные Советы депутатов:

1) организуют предоставление избирательным комиссиям, комиссиям по референдуму, комиссиям по проведению голосования об отзыве депутата помещений для размещения комиссий и проведения голосования, а также необходимого оборудования, средств связи, транспортных средств;

2) создают условия для проведения встреч кандидатов в депутаты с избирателями; обеспечивают бесплатное предоставление им помещений для этих целей, а также необходимых справочных и информационных материалов;

3) выделяют на территории участков для голосования места для размещения агитационных печатных материалов;

4) определяют места для проведения кандидатами в депутаты, их доверенными лицами массовых мероприятий (собраний вне помещений, митингов, пикетирования) с целью осуществления предвыборной агитации.

Определенное влияние местные органы управления оказывают на формирование органов территориального общественного самоуправления, как единоличных, так и коллегиальных. Согласно п. 2 ст. 29 Закона о местном управлении и самоуправлении, кандидаты в члены коллегиального органа территориального общественного самоуправления могут выдвигаться гражданами, местными Советами депутатов, исполнительными органами первичного уровня. После создания коллегиального органа территориального общественного самоуправления он подлежит регистрации в соответствующем исполнительном и распорядительном органе (исполкоме или местной администрации). Созданным такой орган считается с момента регистрации.

Несмотря на тесное взаимодействие органов местного управления и самоуправления, одним из основных принципов местного управления и самоуправления в Республике Беларусь является принцип разграничения компетенции органов местного управления и самоуправления. Компетенция данных органов не дублируется.

Пункт 2 статьи 19 Закона Республики Беларусь о местном управлении и самоуправлении подчеркивает, что полномочия, которые относятся к исключительной компетенции Советов депутатов, определенные статьей 121 Конституции Республики Беларусь, а также ряд других наиболее важных полномочий Совета осуществляются исключительно на сессиях Совета депутатов. Таким образом, эти полномочия не могут делегироваться органам территориального общественного самоуправления, исполкому или его председателю.

Согласно статье 121 Конституции Республики Беларусь, к исключительной компетенции местных Советов депутатов относятся:

- утверждение программ экономического и социального развития, местных бюджетов, отчетов об их исполнении;
- установление в соответствии с законом местных налогов и сборов;
- определение в пределах, установленных законом, порядка управления и распоряжения коммунальной собственностью;
- назначение местных референдумов.

Кроме выше обозначенных исключительных полномочий, в соответствии с пунктом 2 статьи 17 Закона о местном управлении и самоуправлении, только на сессиях Совета могут осуществляться следующие полномочия Совета депутатов:

- утверждение прогнозов социально-экономического развития соответствующей административно-территориальной единицы;
- утверждение региональных программ, концепций (Советы первичного уровня – планы мероприятий) по вопросам жилищного строительства,

благоустройства соответствующей территории, дорожного строительства, коммунально-бытового и социального обслуживания граждан, социальной поддержки детей, молодежи, ветеранов, инвалидов и пожилых людей, поддержки малого предпринимательства, здравоохранения, образования, физической культуры и спорта, охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов, улучшения условий и охраны труда, обеспечения радиационной безопасности, охраны историко-культурного наследия и по другим вопросам местного значения, осуществление контроля за выполнением этих программ, концепций (планов мероприятий) и утверждение отчетов об их исполнении;

- предоставление или поручение местным исполнительным и распорядительным органам предоставлять в соответствии с Налоговым кодексом Республики Беларусь и (или) актами Президента Республики Беларусь льготы по республиканским налогам, сборам (пошлинам), полностью уплачиваемым в местные бюджеты;

- определение ставки платежей в случаях, установленных законодательными актами (в том числе ставки платы за аренду охотничьих и рыболовных угодий, водных объектов);

- решение вопросов административно-территориального устройства;

- утверждение регламента и структуры Совета;

- ежегодное утверждение сметы расходов Совета;

- решение вопросов признания полномочий депутатов Совета, досрочного прекращения полномочий;

- избрание и досрочное освобождение от полномочий председателя Совета и его заместителя (заместителей);

- утверждение должности председателя исполкома;

- образование и упразднение органов Совета, утверждение и изменение их состава, избрание и освобождение от полномочий председателей и заместителей председателей (при их наличии) этих органов;

- решение вопросов об участии в создании ассоциаций Советов, о вхождении или выходе из них;

- рассмотрение запросов депутатов Совета и принятия по ним решения;

- заслушивание отчетов председателя Совета, а также органов Совета, избираемых, назначаемых или утверждаемых председателем Совета должностных лиц, отчетов и иной информации председателя и иных должностных лиц соответствующего исполкома по вопросам, отнесенным к компетенции Совета;

- решение вопросов делегирования отдельных полномочий Советам других территориальных уровней, исполкомам, их председателям, органам территориального общественного самоуправления;

- определение сроков и порядка освобождения от исполнения трудовых (служебных) обязанностей депутатов Совета, работающих на основании трудо-

вых договоров (контрактов), на время подготовки и проведения сессий Совета и заседаний его органов;

– отмена не соответствующих законодательству распоряжений председателя Совета и председателя соответствующего исполкома, решений соответствующего исполкома, решений нижестоящего Совета и распоряжений его председателя;

– учреждение местных средств массовой информации;

– принятие решения о самороспуске;

– осуществление международного сотрудничества.

Статья 19 Закона о местном управлении и самоуправлении предоставляет право Совету депутатов делегировать отдельные полномочия и передавать решение ряда вопросов исполкомам и их председателям, не определив порядок делегирования полномочий и срок действия делегированных полномочий. Таким образом, законодатель предоставил возможность Совету депутатов самому это определять. Нам представляется нецелесообразным такое смешение полномочий органов местного управления и самоуправления с точки зрения возможного ограничения влияния местных органов самоуправления на осуществление государственной власти на местном уровне.

Система органов местной власти в Республике Беларусь построена по принципу относительной децентрализации, то есть включает в себя как органы управления, формируемые центральной государственной властью, так и органы самоуправления, избираемые местным населением.

Взаимодействие местных органов управления и самоуправления включает несколько аспектов: политический – распределение властных полномочий между данными органами, организационный – разграничение компетенции и порядка формирования, практический – непосредственное взаимодействие при реализации полномочий. Только высокий уровень взаимопонимания и сотрудничества местных исполнительных и представительных органов будет способствовать эффективной деятельности местной власти и, как следствие, успешному развитию административно-территориальной единицы.

### Библиографический список

1. Закон «О местном управлении и самоуправлении в Республике Беларусь»: Закон Республики Беларусь, 4 янв. 2010 г., № 108-З // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2010. № 17. 2/1660.

2. Гомельская правда. 2018. № 34 (23769). С. 12.

3. Избирательный кодекс Республики Беларусь, 11 февраля 2000 г., № 370-З // Национальный реестр

правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 25. 2/145.

4. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изм. и доп.) // АПС «Бизнес-инфо» (дата обращения: 30.03.2018).

5. Регламент Гомельского городского Совета депутатов: утвержден решением Гомельского городского Совета депутатов от 23 июня 2010 г. № 21 в редакции решения от 27 мая 2011 г. № 89 // АПС «Бизнес-инфо» (дата обращения: 30.12.2017).

6. Регламент Витебского областного Совета депутатов: утвержден решением Витебского областного Совета депутатов, 23 дек. 2010 г., № 75 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2011. № 16. 9/37803.

### References

1. Zakon «O mestnom upravlenii i samoupravlenii v Respublike Belarus'»: Zakon Respubliki Belarus', 4 ianv. 2010 g., № 108-Z [Law «On local government and self-government in the Republic of Belarus»: Law of the Republic of Belarus, January 4, 2010, № 108-Z]. Natsional'nyi reestr pravovykh aktov Respubliki Belarus' [National Register of Legal Acts of the Republic of Belarus], 2010, no. 17, 2/1660 [in Russian].

2. Gomel'skaia pravda, 2018, no. 34 (23769), p. 12 [in Russian].

3. Izbiratel'nyi kodeks Respubliki Belarus', 11 fevralia 2000 g., № 370-Z [Electoral Code of the Republic of Belarus, February 11, 2000, № 370-Z]. Natsional'nyi reestr pravovykh aktov Respubliki Belarus' [National Register of Legal Acts of the Republic of Belarus], 2000, no. 25, 2/145 [in Russian].

4. Konstitutsiia Respubliki Belarus' 1994 goda (s izm. i dop.) [Constitution of the Republic of Belarus of 1994 (as amended and supplemented)]. Available at: APS «Business info» (accessed 30.03.2018) [in Russian].

5. Reglament Gomel'skogo gorodskogo Soveta deputatov: utverzhden reshением Gomel'skogo gorodskogo Soveta deputatov ot 23 iyunia 2010 g. № 21 v redaktsii resheniia ot 27 maia 2011 g. № 89 [Regulations of Gomel city Council of deputies: approved by the decision of the Gomel city Council of deputies dated June 23, 2010 № 21 in the wording of the decision dated May 27, 2011 № 89]. Available at: APS «Business-info» (accessed: 30.12.2017) [in Russian].

6. Reglament Vitebskogo oblastnogo Soveta deputatov: utverzhden reshением Vitebskogo oblastnogo Soveta deputatov, 23 dek. 2010 g., № 75 [Regulation of the Vitebsk regional Council of deputies: approved by the decision of the Vitebsk regional Council of deputies, December 23, 2010, № 75]. Natsional'nyi reestr pravovykh aktov Respubliki Belarus' [National Register of Legal Acts of the Republic of Belarus], 2011, no. 16, 9/37803 [in Russian].

*E. I. Esmantovich\****COOPERATION OF LOCAL GOVERNMENTS AND SELF-GOVERNMENT AS A PRINCIPLE OF ORGANIZATION OF LOCAL GOVERNMENT**

The study of problematic issues of development of existing legal forms of self-organization of municipalities as self-governing bodies, and their interaction with public authorities in the form of governing bodies, including those operating at the grassroots level, is a long-standing object of scientific research of scientists.

The article considers the directions of interaction between local authorities and self-government of the Republic of Belarus, analyzes the legislation in this area. The author analyzes different types of relations between the authorities in the form of governing bodies, including those operating in the sphere of realization of the right of citizens to form authorities through elections, and local governments. At the present stage of development of the Republic of Belarus, the level of democracy plays an increasingly important role, which is characterized, among other things, by the degree of interaction between government bodies and local self-government bodies, and the influence of local self-government bodies, as an institution of civil society, on the process of formation of public power. This is due to the fact that local self-government is the closest to the population level of public authority, and thereby implements the constitutional right to participate in the governance of state.

According to the results of the research the list of separate types of forms of interaction of designated subjects of power and administrative relations is offered. The theoretical conclusions presented in the paper can become the basis for improving the mechanism of interaction of public authorities in the face of local government bodies with local authorities.

**Key words:** Constitution of the Republic of Belarus, system of local authorities, local government, local government, Council of deputies, territorial public self-government, Executive Committee, electoral legislation, elections, Council of the Republic, Council of deputies, electoral law.

---

\* *Esmantovich Evgeniy Igorevich* (ehsirina@yandex.by), Department of Theory and History of State and Law, Faculty of Law, Francisk Skorina Gomel State University, 104, Sovetskaya Street, Gomel, 246028, Republic of Belarus.

## СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

**Митрович Драган М.**, доктор философии, профессор юридического факультета Белградского университета. Поступил на юридический факультет Белградского университета в 1972 году и окончил его в 1976 году. В 1982 году получил ученую степень магистра, а также докторскую степень. Тема докторской диссертации: «Принцип законности – концепция, содержание и форма» (юридический факультет в Белграде, 1987 г.). Был избран помощником в 1978 году, а затем доцентом кафедры, получил звание доцента и наконец стал полным профессором в 1999 году. Является членом Группы по правовой теории Сербской академии наук и искусств и одним из основателей семинарской Группы по теории государства и права юридического факультета в Белграде, а также членом Ассоциации по теории, философии и социологии права Югославии, Ассоциации «Нови Сад» по вопросам теории, этики и философии права, Сербской ассоциации юристов и социальной философии и Международной ассоциации философии права и социальной философии (IVR). Опубликовано более 200 работ.

**Область научных интересов:** теория и философия права, правовое государство, моделирование и вычисления в законодательстве.

**Поцелуев Евгений Леонидович**, кандидат исторических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Ивановского государственного университета, руководитель Центра немецкого права. Автор и соавтор более 200 научных и методических работ, в том числе монографии «Эволюция категории “правонарушение” в истории западной и отечественной юридической мысли»; 25 «ваковских» и 9 зарубежных публикаций (Беларусь, Молдова, Украина, Великобритания, ФРГ и США).

**Область научных интересов:** теория права, теория государства, философия права, сравнительное правоведение, международное уголовное право, история уголовного права России (IX – начало XX вв.).

**Горбунов Артем Евгеньевич**, магистр права (степень присвоена Ивановским государственным университетом в 2017 г.). Автор 18 печатных работ.

**Область научных интересов:** медицинское право, юридическая ответственность.

**Спирин Михаил Юрьевич**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права и международного права; юридический факультет; Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева. Тема кандидатской диссертации: «Теоретические проблемы законотворческой деятельности в Российской Федерации» (защищена в Казанском государственном университете в 2000 г.). Автор 70 научных и методических работ, в том числе 3 учебных пособий (Сравнительное правоведение. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2012 и 2016; Общая теория права и государства. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2016).

**Область научных интересов:** общая теория права, социология права, учение об истоках, источниках и формах

права, сравнительное правоведение, юридическая география мира, теория международного права.

**Осетров Сергей Анатольевич**, кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и административного права Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева. Тема канд. дис.: «Конституционные основания президентской власти в Российской Федерации» (защ. в 2010 г.). Автор 38 научных статей.

**Область научных интересов:** вопросы реализации публичной власти в Российской Федерации.

**Димитриевич Душко**, доктор философии, профессор Института международной политики и экономики, г. Белград. Получил степень доктора философии в 2001 году (юридический факультет в Белграде). Тема докторской диссертации: «Правопреемство государств в отношении государственной собственности». В период с 2009 по начало 2015 года возглавлял Институт международной политики и экономики (ИМПП). В настоящее время возглавляет Центр евразийских исследований. Читал лекции для студентов Дипломатической академии Министерства иностранных дел Сербии и несколько раз был членом комиссий по оценке и защите магистерских и докторских диссертаций на юридическом факультете и факультете политологии Белградского университета. Является членом Ассоциации юристов Сербии, Ассоциации международного права Сербии, национального отделения Ассоциации международного права в Лондоне и Организации выпускников Международной организации по вопросам права в Риме. Главный редактор научного журнала «Европейское законодательство» и член редакционной коллегии журнала «Обзор международных отношений». Опубликовал десятки научных статей в экспертных и научных журналах, а также выдающиеся монографии и тематические материалы по международному праву и международным отношениям.

**Область научных интересов:** международная политика и экономика, европейское законодательство.

**Джертотиевич Душан**, доцент, факультет бизнеса и права, Университет Никола Тесла, г. Белград. Тема докторской диссертации: «Право представлять главу государства в современных монархиях». Автор 22 научных публикаций.

**Область научных интересов:** международное публичное право, теория государства и права, история государства и права.

**Джертотиевич Зоран**, профессор, факультет бизнеса и права, Университет Никола Тесла Белград, факультет бизнеса и права, Университетский союз Никола Тесла, Белград. Тема докторской диссертации: «Правовое представление главы государства в современных монархиях». Количество научных публикаций 22.

**Область научных интересов:** международное публичное право, теория государства и права, история государства и права.

**Бронникова Марина Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского и предпринимательского права Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева.

Тема кандидатской диссертации: «Гражданско-правовая презумпция по российскому законодательству: содержание, правовые формы и применение» (защ. в 2006 г.). Автор и соавтор более 30 научных работ.

**Область научных интересов:** социальная направленность гражданского права, актуальные проблемы нематериального труда.

**Шмелева Марина Владимировна**, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права, Саратовская государственная юридическая академия; начальник юридического отдела ГАУК «Саратовская областная филармония имени А. Шнитке». Автор более 40 научных работ и публикаций.

**Область научных интересов:** гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право.

**Адоевская Ольга Александровна**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева. Тема кандидатской диссертации: «Дифференциация ответственности за кражу по уголовному праву России» (защ. в 2007 г.). Автор и соавтор 60 науч. работ, в т. ч. монографий «Дифференциация ответственности за кражу по уголовному праву России» (2009 г.), «Ответственность за кражу по современному праву России: основание и дифференциация» (2012 г.).

**Область научных интересов:** принципы уголовного и уголовно-исполнительного права, экономические и служебные преступления.

**Бабошина Елена Владимировна**, кандидат юридических наук, доцент кафедры юридических дисциплин, Дагестанский государственный университет в городе Кизляре. Тема кандидатской диссертации: «Региональная правовая политика в сфере конфессиональных отношений: на примере Республики Дагестан» (защ. в 2008 г.). Автор и соавтор 31 научных работ.

**Область научных интересов:** криминология, преступность, правовая политика в области противодействия преступности.

**Лоба Всеволод Евгеньевич**, кандидат юридических наук, научный сотрудник, Дагестанский государственный университет в городе Кизляре. Тема кандидатской диссертации: «Доктрина о наказании в диссертационных исследованиях университетов Российской империи: генезис и развитие» (защ. в 2010 году). Автор и соавтор 75 научных работ.

**Область научных интересов:** история права, криминология, преступность, правовая политика в области противодействия преступности, наказание.

**Голенко Диана Викторовна**, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева. Тема кандидатской диссертации: «Конструирование составов преступлений по моменту окончания: вопросы законодательной техники и судебной практики» (защ. в 2012 г.). Автор и соавтор свыше 20 научных работ.

**Область научных интересов:** конструирование составов преступлений, наказание и иные меры уголовно-правового характера.

**Норвартян Юрий Сергеевич**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного права и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева:

2011 год – специалитет; 2013 год – магистратура. Тема кандидатской диссертации: «Заражение инфекционными заболеваниями, представляющими опасность для окружающих: вопросы криминализации и пенализации». Автор более 35 научных работ.

**Область научных интересов:** преступления против личности, преступления против здоровья населения и общественной нравственности.

**Юношев Станислав Викторович**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева. Тема кандидатской диссертации: «Адвокат – представитель потерпевшего» (защ. в 2000 г.). Автор 44 научных работ, а также 18 учебных и учебно-методических пособий.

**Область научных интересов:** процессуальные гарантии реализации прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства; международные нормы в области уголовного судопроизводства; судебное представительство; профессиональная защита по уголовным делам.

**Савельев Константин Анатольевич**, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминологии, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.09: «Обеспечение права обвиняемого на защиту на этапе окончания предварительного расследования» (2003 год). В соавторстве написаны учебники «Уголовно-процессуальное право. Актуальные проблемы теории и практики», «Уголовный процесс», практикум по уголовному процессу.

**Область научных интересов:** принципы судопроизводства, доказывание по уголовным делам, пересмотр приговоров.

**Хлус Александр Михайлович**, кандидат юридических наук, доцент, докторант, доцент кафедры криминологии, Белорусский государственный университет (г. Минск). Тема будущей докторской диссертации: «Проблемы криминологического противодействия коррупции».

**Область научных интересов:** криминология, ОРД, уголовный процесс, судебная экспертиза.

**Годард Инна Алиевна**, аспирант кафедры международного частного права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Будущая диссертация на соискание степени кандидата юридических наук по теме: «Трансграничный договор строительного подряда: основные нормативные регуляторы». Автор 3 научных статей.

**Область научных интересов:** международное частное право, трансграничный договор строительного подряда.

**Гурова Эльвира Александровна**, аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева.

**Область научных интересов:** обязательственное право, общие положения об обязательствах.

**Мещерякова Юлия Олеговна**, старший преподаватель кафедры уголовного права и процесса, Институт права, Тольяттинский государственный университет. Тема будущей кандидатской диссертации: «Производство по



уголовному делу в отношении умершего». Автор и со-автор 12 научных работ и публикаций.

**Область научных интересов:** уголовный процесс.

**Труфанов Артем Вадимович**, аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева.

**Область научных интересов:** жилищное право, управление многоквартирным домом.

**Эсмантович Евгений Игоревич**, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права юридического факультета, Гомельский государственный уни-

верситет имени Франциска Скорины. Автор 6 научных статей: «Местное самоуправление и развитие общественной активности граждан»; «Образовательный процесс и гражданско-патриотическое воспитание молодежи»; «Правовой статус местного самоуправления» и другие.

**Область научных интересов:** правовое обеспечение деятельности органов местного самоуправления, правовое обеспечение органов государственного управления, развитие гражданского общества, правовое обеспечение избирательного процесса, формирование органов власти.

## INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

**Mitrović Dragan M.**, Ph.D., professor of the Faculty of Law, University of Belgrade. He enrolled into the Faculty of Law, University of Belgrade in 1972 and graduated from it in 1976. He received his academic degree of Magister (magister iuris) in 1982 and also his Ph.D. with the dissertation «The Principle of Legality – The Concept, Content and Form» from the Faculty of Law in Belgrade in 1987 where he began his university career. He was elected assistant in 1978, and thereafter assistant professor, associate professor and finally full professor in 1999. Dragan M. Mitrović is a member of the Group for Legal Theory of the Serbian Academy of Sciences and Arts and one of the founders of the Seminar Group for Theory of the State and Law of the Faculty of Law in Belgrade, as well as member of the Association for Theory, Philosophy and Sociology of Law of Yugoslavia, Novi Sad Association for Theory, Ethics and Philosophy of Law, Serbian Association for Legal and Social Philosophy and International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). Published over 200 works

**Research interests:** theory and philosophy of law, within which the special fields of interest comprise the rule of law and modeling and computing in law.

**Potseluev Evgenyi Leonidovich**, Candidate of Historical Sciences, associate professor, head of the Department of Theory and History of State and Law, Law Faculty, Ivanovo State University, head of the Centre of German law. Author and coauthor of over 200 printed works, including a monograph: «The evolution of the notion of offence in the history of Western and Russian legal thinking». Besides Russia, works of E. Potseluev were published in Germany, in the USA, in the UK, Ukraine, Moldova and Belorussia.

**Research interests:** theory of state, theory and philosophy of law, comparative law studies, international criminal law, history of Russian criminal law (from 9th till early 20th centuries).

**Gorbunov Artyom Evgenievich**, Master of Law (Degree was awarded by Ivanovo State University in 2017). Author of 18 published works.

**Research interests:** medical law, legal responsibility.

**Spirin Mikhail Yurievich**, Candidate of Legal Sciences, associate professor, associate professor of the Department of Theory and History of State and Law and International Law; Law Faculty; Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: «Theoretical problems of legislative procedure in the Russian Federation» (2000). Author of 70 scientific and methodological works (including 3 tutorial guides: «Comparative jurisprudence» (2012 and 2016); «General theory of law and state» (2016).

**Research interests:** general theory of law, sociology of law, study of law's initial sources, sources and forms, comparative jurisprudence, juridical geography of the world, theory of international law.

**Osetrov Sergey Anatolievich**, Candidate of Legal Sciences, associate professor of the Department of State and Administrative Law, Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: Constitutional bases of presidential power in the Russian Federation (2010). Author of 38 scientific works.

**Research interests:** issues of realization of public authority in the Russian Federation.

**Dimitrijević Duško**, Ph.D., Professorial Fellow Institute of International Politics and Economics, Belgrade. Duško Dimitrijević gained a Ph.D. in 2001 from the Law Faculty in Belgrade, defending the dissertation entitled: «Succession of States in respect of State Property». In the period from 2009 to the beginning of 2015, Dr. Dimitrijević has served as Director of the Institute of International Politics and Economics (IMPP). Currently, he is the head of the Center for Eurasian Studies and Editor-in-Chief of the scientific journal European legislation. Dr. Dimitrijević delivered lectures for students of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and on several occasions, he was a member of the commissions for assessment and defence of M.A. and Ph.D. theses at the Faculty of Law and Faculty of Political Science, University of Belgrade. He is a member of the Serbian Lawyers Association, the International Law Association of Serbia, national branch of International Law Association in London and Alumni of International Development Law Organization in Rome. He is Editor-in-Chief of the scientific journal Evropsko zakonodavstvo (European legislation), and a member of the Editorial board of the journal «Review of International Affairs». He has published dozens of scientific papers in expert and scientific journals as well as outstanding monographs and thematic proceedings in international law and international relations.

**Research interests:** international politics and economics, European legislation.

**Jerotijević Dušan**, Ph.D., assistant professor, Business and Law Faculty, University Nikola Tesla Belgrade. The topic of doctoral thesis: «The right to present the head of state in modern monarchies». Author of 22 scientific publications.

**Research interests:** international public law, theory of state and law, history of state and law.

**Jerotijević Zoran**, Ph.D., full professor, Business and Law faculty University Nikola Tesla Belgrade, Business and

Law Faculty University Union Nikola Tesla Belgrade. The topic of the doctoral dissertation «The right to present the head of state in modern monarchies». Number of scientific publications 22.

**Research interests:** international public law, theory of state and law, history of state and law.

**Shmeleva Marina Vladimirovna**, Candidate of Legal Sciences, assistant professor of the Department of Civil Law, Saratov State Law Academy; legal manager of Saratov Regional Philharmony named after A. Shnitke. Author of more than 40 scientific works and publications.

**Research interests:** civil law, entrepreneurial law, family law, international private law.

**Bronnikova Marina Nikolaevna**, Candidate of Legal Sciences, associate professor, associate professor of the Department of Civil and Entrepreneurial Law, Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: «Civil legal presumption under Russian law: content, legal forms and application» (2006). Author and coauthor of more than 30 scientific works including scientific monographs.

**Research interests:** social orientation of civil law, actual problems of wage labor.

**Adoyevskaya Olga Alexandrovna**, Candidate of Legal Sciences, associate professor, associate professor of the Department of Criminal Law and Criminology, Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: «Differentiation of responsibility for theft on criminal law of Russia» (2007). Author and coauthor of 60 scientific works, including monographs «Differentiation of responsibility for theft on criminal law of Russia» (2009), «Responsibility for theft, according to the modern law of Russia: establishment and differentiation» (2012).

**Research interests:** principles of criminal and penal law, economic and business crime.

**Baboshina Elena Vladimirovna**, Candidate of Legal Sciences, assistant professor of the Department of Legal Disciplines, Dagestan State University in the city of Kizlyar. Subject of Candidate's thesis: «Regional legal policy in the sphere of confessional relations: on the example of the Republic of Dagestan» (2008). Author and coauthor of 31 scientific works.

**Research interests:** criminology, crime, legal policy in the field of crime counteraction.

**Loba Vsevolod Evgenievich**, Candidate of Legal Sciences, research associate, Dagestan State University in the city of Kizlyar. Subject of Candidate's thesis: «The doctrine about punishment in dissertation researches of universities of the Russian Empire: genesis and development» (2010). Author and coauthor of 75 scientific works.

**Research interests:** history of law, criminology, crime, legal policy in the field of crime counteraction, punishment.

**Golenko Diana Viktorovna**, Candidate of Legal Sciences, assistant professor of the Department of Criminal Law and Criminology, Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: «Construction of components of crime in regards to the termination time: issues of legislative machinery and judicial practice» (2012). Author and coauthor of over 20 scientific publications.

**Research interests:** construction of components of crime; punishment and other measures of criminal-legal nature.

**Norvartyan Yury Sergeevich**, Candidate of Legal Sciences, senior lecturer of the Department of Criminal Law and Criminology, Samara National Research University; 2013 – graduated from Master's programme. Subject of Candidate's thesis: «Infection of communicable diseases that pose a danger to others: issues of criminalization and penalization». Author of more 30 scientific works.

**Research interests:** crimes against persons, crimes against public health and public morality.

**Iunoshev Stanislav Viktorovich**, Candidate of Legal Sciences, associate professor, associate professor of Department of Criminal Procedure and Criminology, Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: «Advocate as a representative of the victim» (2000). Author of 43 scientific publications and also 18 educational and teaching aids.

**Research interests:** procedural guarantees of rights and legitimate interests of participants in criminal proceedings; international norms in the field of criminal justice; legal representation; professional criminal defense.

**Savelev Konstantin Anatolievich**, Candidate of Legal Sciences, associate professor, head of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics Samara National Research University. Subject of Candidate's thesis: «Ensuring the rights of the accused to defense at the end of the preliminary investigation stage». In coauthorship wrote textbooks: «Criminal procedural law. Topical issues of theory and practice». «Criminal process», workshop on criminal procedure.

**Research interests:** principles of judicial proceedings, proving on criminal cases, resentence.

**Khlus Alexander Mikhailovich**, Candidate of Legal Sciences, associate professor, doctoral candidate, associate professor of the Department of Criminalistics, Belorussian State University. Subject of Candidate's thesis: «Problems of criminalistic fight corruption».

**Research interests:** criminalistics, operational search activity, criminal process, forensic enquiry.

**Goddard Inna Alievna**, postgraduate student of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University. Subject of Candidate's thesis: «Cross-Border Construction Contract; main regulatory regulators». Author of 3 scientific articles.

**Research interests:** private international law, cross-border construction contract.

**Gurova Elvira Aleksandrovna**, postgraduate student of the Department of Civil and Business Law, Samara National Research University.

**Research interests:** contract law, general rules about civil obligations.

**Meshcheryakova Yulia Olegovna**, senior lecturer of the Department of Criminal Law and Process, Institute of Law, Togliatti State University. Subject of Candidate's thesis: «Proceedings in a criminal case against a deceased person». Author and coauthor of 12 scientific works and publications.

**Research interests:** criminal process.

**Trufanov Artem Vadimovich**, postgraduate student of the Department of Civil and Business Law, Samara National Research University.

**Research interests:** housing law, management of multi-family building.

**Esmantovich Evgeniy Igorevich**, senior lecturer of the Department of Theory and History of State and Law, Faculty of Law, Francisk Skorina Gomel State University. Author of 6 scientific articles: «Local self-government and development of public activity of citizens»; «Educational process and civil-patriotic education of youth»; «Legal status of local self-government» and others.

**Research interests:** legal support of the activity of local self-government bodies, legal support of government bodies, development of civil society, legal support of the electoral process, formation of government bodies.

## ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ СТАТЕЙ

Для публикации научных работ в журнале «Юридический вестник Самарского университета» принимаются статьи, соответствующие научным требованиям, общему направлению журнала и представляющие интерес для достаточно широкого круга российской и зарубежной научной общественности.

Предлагаемый в статье материал должен быть оригинальным, не опубликованным ранее в других печатных изданиях, написанным в контексте современной научной литературы, а также содержать очевидный элемент создания нового знания.

Все представленные статьи проходят проверку в программе «Антиплагиат» и направляются на независимое (внутреннее) рецензирование. Решение об опубликовании принимается редколлегией на основании рецензии.

Периодичность выхода журнала – 4 выпуска в год.

### Правила оформления

#### Текст статьи

- Статья предоставляется на русском или английском языке в печатном (формат А4) и электронном (по эл. почте) видах.
- Перед заглавием статьи проставляется шифр УДК.
- Название работы, список авторов в алфавитном порядке (ФИО, место работы, индекс и адрес места работы, должность, электронная почта), аннотация, ключевые слова, библиографический список должны быть представлены на русском и английском языках.
- Текст статьи должен быть набран в текстовом редакторе Word для Windows с расширением doc или rtf гарнитурой Times New Roman 14 кеглем через 1,5 интервала.
- Объем основного текста не должен превышать 8–10 страниц.
- Рисунки и таблицы предполагают наличие названия и сквозную нумерацию.
- Библиографический список оформляется в соответствии с ГОСТ Р 7.05–2008 по порядку цитирования после основного текста. Допускается не более 20–30 источников.
- Ссылки на упомянутую литературу в тексте обязательны и даются в квадратных скобках, например [14, с. 28]. Ссылки на иностранные источники приводятся на языке оригинала.

#### Графика

- Растровые форматы: рисунки и фотографии, сканируемые или подготовленные в Photoshop, Paintbrush, Corel Photopaint, должны иметь разрешение не менее 300 dpi, формат TIF.
- Векторные форматы: рисунки, выполненные в программе CorelDraw 5.0-11.0, должны иметь толщину линий не менее 0,2 мм, текст в них может быть набран гарнитурой Times New Roman или Arial. Не рекомендуется конвертировать графику из CorelDraw в растровые форматы.

#### Формулы

- Единицы измерения следует выражать в Международной системе единиц (СИ).
- В статье приводятся лишь самые главные, итоговые формулы. Набор формул производится в редакторе формул Microsoft Equation с параметрами: обычный – 14, крупный индекс – 9, мелкий индекс – 7, крупный символ – 20, мелкий символ – 14.
- Вставка в текст статьи формул в виде графических объектов недопустима.
- Все использованные в формуле символы следует расшифровывать.

*Статьи, оформленные не по правилам, редколлегией рассматриваться не будут.*