



ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЕ

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского

Основан в 2016 году

Т. 2, № 4 • 2018

Выходит четыре раза в год

УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ

ФГБОУ ВО «Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского»

Главный редактор – А.Н. Костюков, заведующий кафедрой государственного и муниципального права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации (г. Омск, Россия)

Заместитель главного редактора – К.В. Маслов, доцент кафедры государственного и муниципального права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, канд. юрид. наук (г. Омск, Россия)

Заместитель главного редактора – К.А. Пономарева, доцент кафедры государственного и муниципального права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, канд. юрид. наук (г. Омск, Россия)

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

В.А. Азаров – заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации (г. Омск, Россия)

С.Н. Бабури – главный научный сотрудник ИСПИ РАН, Президент Ассоциации юридических вузов России, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный деятель науки Российской Федерации (г. Москва, Россия)

Е.В. Гриценко – профессор кафедры государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета, д-р юрид. наук, проф. (г. Санкт-Петербург, Россия)

И.А. Исавев – заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д-р юрид. наук, проф., Заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик МСА (г. Москва, Россия)

А.И. Казанник – профессор кафедры государственного и муниципального права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации (г. Омск, Россия)

М.П. Клейменов – заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, Заслуженный деятель науки Российской Федерации (г. Омск, Россия)

С.Д. Князев – заведующий кафедрой конституционного и административного права Дальневосточного федерального университета, судья Конституционного Суда Российской Федерации, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации, Заслуженный деятель науки Российской Федерации (г. Санкт-Петербург, Россия)

М.В. Сенцова (Карасева) – заведующая кафедрой финансового права Воронежского государственного университета, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный работник высшей школы России (г. Воронеж, Россия)

В.Л. Слесарев – заведующий кафедрой гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации (г. Москва, Россия)

Л.А. Терехова – заведующая кафедрой гражданского и арбитражного процесса Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, д-р юрид. наук, проф. (г. Омск, Россия)

Т.Ф. Яцук – профессор кафедры теории и истории государства и права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, д-р юрид. наук (г. Омск, Россия)

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

С.А. Авакьян – заведующий кафедрой конституционного и муниципального права МГУ им. М.В. Ломоносова, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный деятель науки Российской Федерации (г. Москва, Россия)

К.В. Арановский – профессор кафедры конституционного и административного права Дальневосточного федерального университета, судья Конституционного Суда Российской Федерации, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации (г. Санкт-Петербург, Россия)

А.В. Бутаков – профессор кафедры теории и истории государства и права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации (г. Омск, Россия)

В.В. Векленко – заместитель начальника Омской академии МВД России по научной работе, д-р юрид. наук, проф. (г. Омск, Россия)

Ю.В. Голик – заведующий кафедрой правовых средств борьбы с преступностью Европейского университета права JUSTO, д-р юрид. наук, проф., академик МСА (г. Москва, Россия)

В.Б. Исаков – заведующий кафедрой теории права и сравнительного правоведения Высшей школы экономики, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Российской Федерации, академик МАН ИПТ (г. Москва, Россия)

А.Д. Керимов – профессор кафедры конституционного права юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, главный редактор научного журнала «Российский журнал правовых исследований», д-р юрид. наук, проф. (г. Москва, Россия)

А.И. Коробеев – заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Дальневосточного федерального университета, д-р юрид. наук, проф. (г. Владивосток, Россия)

С.Э. Несмеянова – профессор кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, директор института государственного и международного права, д-р юрид. наук, проф. (г. Екатеринбург, Россия)

В.В. Сонин – научный сотрудник кафедры конституционного и административного права Дальневосточного федерального университета, д-р юрид. наук (г. Владивосток, Россия)

Е.С. Шугрина – директор Центра поддержки и сопровождения органов местного самоуправления Высшей школы государственного управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, д-р юрид. наук, проф. (г. Москва, Россия)

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ЧЛЕНЫ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

Г.А. Василевич – заведующий кафедрой конституционного права Белорусского государственного университета, д-р юрид. наук, проф., Заслуженный юрист Республики Беларусь (г. Минск, Беларусь)

Стефания Карневале – ассоциированный профессор кафедры уголовного процесса Университета Феррары, д-р юрид. наук (г. Феррара, Италия)

Мария Карфинова – заведующая кафедрой финансового права и финансовой науки Карлова университета, д-р юрид. наук, проф. (г. Прага, Чехия)

В.А. Малиновский – член Конституционного Совета Республики Казахстан, д-р юрид. наук, проф. (г. Астана, Казахстан)

Горазд Мешко – директор института уголовного правосудия и безопасности Университета Марибора, д-р юрид. наук, проф. (г. Марибор, Словения)

Махеш Налла – директор по учебной работе Школы уголовного правосудия Мичиганского государственного университета, д-р юрид. наук, проф. (г. Лансинг, США)

Срето Ного – профессор факультета права, государственного управления и безопасности Университета Джона Несбитта, д-р юрид. наук (г. Белград, Сербия)

Славомир Преснарлович – судья Высшего административного суда, д-р юрид. наук, проф. (г. Варшава, Польша)

Евгений Ружковский – заведующий кафедрой финансового права и публичных финансов Университета в Белостоке, д-р юрид. наук, проф. (г. Белосток, Польша)

Элизабетта Сильвестри – профессор кафедры гражданского процессуального права Университета Павии, д-р юрид. наук, проф. (г. Павия, Италия)

Бронюс Судавичюс – профессор кафедры публичного права Вильнюсского университета, д-р юрид. наук, проф. (г. Вильнюс, Литва)

Лю Сянвань – профессор Юридического института Чжэнчжоуского университета, д-р юрид. наук, проф. (г. Чжэнчжоу, Китай)

Серена Форлати – ассоциированный профессор кафедры международного права Университета Феррары, д-р юрид. наук (г. Феррара, Италия)

Лю Хунянь – заместитель заведующего лабораторией экономического права Института права Академии общественных наук КНР, д-р юрид. наук, проф. (г. Пекин, Китай)

Андреас Штайнингер – профессор экономического права в Университете г. Висмара, д-р юрид. наук (г. Висмар, Германия)

Адрес редакции: 644065, Россия, Омская область, г. Омск, ул. 50 лет Профсоюзам, д. 100/1, каб. 311. E-mail: omsk.ler@gmail.com

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Регистрационный номер ПИ № ФС 77-73726 от 21 сентября 2018 года.

Журнал имеет полнотекстовую электронную версию на сайте <http://enforcement.omsu.ru>.

Авторы несут полную ответственность за подбор и изложение фактов, содержащихся в статьях; высказываемые ими взгляды могут не отражать точку зрения редакции. Рукописи, присланные в журнал, не возвращаются.

Перепечатка материалов журнала допускается только по согласию с редакцией. Любые нарушения авторских прав преследуются по закону.

Дата выхода: 29.12.2018. Ризографическая печать. Формат 60x84 1/8. Заказ 338. Тираж 60 экз. Свободная цена.

Технический редактор Е.В. Лозовая. Дизайн обложки З.Н. Образова.

Отпечатано в типографии Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского.

Адрес издателя и типографии: 644077, Россия, Омская область, г. Омск, пр. Мира, д. 55-А



LAW ENFORCEMENT REVIEW

Dostoevsky Omsk State University

Founded in 2016

Vol. 2, no. 4 • 2018

Published four times a year

FOUNDER AND PUBLISHER

Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education "Dostoevsky Omsk State University"

Chief editor – Alexander N. Kostyukov, Head, Department of State and Municipal Law, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (Omsk, Russia)

Deputy chief editor – Kirill V. Maslov, Associate Professor, Department of State and Municipal Law, Dostoevsky Omsk State University, PhD in Law (Omsk, Russia)

Deputy chief editor – Karina A. Ponomareva, Associate Professor, Department of State and Municipal Law, Dostoevsky Omsk State University, PhD in Law (Omsk, Russia)

EDITORIAL BOARD

Vladimir A. Azarov – Head, Department of Criminal Process and Criminalistics, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (Omsk, Russia)

Sergey N. Baburin – chief researcher, Institute of Socio-Political Research RAS, President, Association of Law Universities of Russia, Doctor of Law, Professor, Honoured Scientist of the Russian Federation (Moscow, Russia)

Elena V. Gritsenko – Professor, Department of State and Administrative Law, St. Petersburg State University, Doctor of Law, Professor (St. Petersburg, Russia)

Igor A. Isaev – Head, Department of History of State and Law, Kutafin Moscow State University of Law (MSAL), Doctor of Law, Professor, Honoured Scientist of the Russian Federation, academician, ISA (Moscow, Russia)

Alexey I. Kazannik – Professor, Department of State and Municipal Law, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (Omsk, Russia)

Mikhail P. Kleymenov – Head, Department of Criminal Law and Criminology, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law, Professor, Honoured Scientist of the Russian Federation (Omsk, Russia)

Sergey D. Knyazev – Head, Department of Constitutional and Administrative Law, Far Eastern Federal University, Judge, Constitutional Court of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation, Honoured Scientist of the Russian Federation (St. Petersburg, Russia)

Marina V. Sentsova (Karaseva) – Head, Department of Finance Law, Voronezh State University, Doctor of Law, Professor, Honoured worker of higher school of Russia (Voronezh, Russia)

Vladimir L. Slesarev – Head, Civil Law Department, Kutafin Moscow State University of Law (MSAL), Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (Moscow, Russia)

Lydia A. Terekhova – Head, Department of Civil and Arbitration Process, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law, Professor (Omsk, Russia)

Tatiana F. Yashchuk – Professor, Department of Theory and History of State and Law, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law (Omsk, Russia)

EDITORIAL COUNCIL

Konstantin V. Aranovsky – Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, Far Eastern Federal University, Judge, Constitutional Court of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (St. Petersburg, Russia)

Suren A. Avakyan – Head, Department of Constitutional and Municipal Law, Lomonosov Moscow State University, Doctor of Law, Honoured Scientist of the Russian Federation (Moscow, Russia)

Alexander V. Butakov – Professor, Department of Theory and History of State and Law, Dostoevsky Omsk State University, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (Omsk, Russia)

Yury V. Golik – Head, Department of Legal Means of Fight Against Crime, the European University of law JUSTO, Doctor of Law, Professor, academician, ISA (Moscow, Russia)

Vladimir B. Isakov – Head, Department of Theory of Law and Comparative Law, Higher School of Economics, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation, academician, MAS IPT (Moscow, Russia)

Alexander D. Kerimov – Professor, Department of Constitutional Law, Law Faculty of M.M. Speranskiy, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, chief editor, scientific journal "Russian journal of legal studies", Doctor of Law, Professor (Moscow, Russia)

Alexander I. Korobeev – Head, Department of Criminal Law and Criminology, Far Eastern Federal University, Doctor of Law, Professor (Vladivostok, Russia)

Svetlana E. Nesmeyanova – Professor, Department of Constitutional Law, Ural State Law University, Director, Institute of Public and International Law, Doctor of Law, Professor (Yekaterinburg, Russia)

Ekaterina S. Shugrina – Director, Center for the Support and Maintenance of Local Self-Government Bodies, Higher School of Public Administration, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Doctor of Law, Professor (Moscow, Russia)

Victor V. Sonin – researcher, Department of Constitutional and Administrative Law, Far Eastern Federal University, Doctor of Law (Vladivostok, Russia)

Vasily V. Veklenko – Deputy chief for scientific work, Omsk Academy of the MIA of Russia, Doctor of Law, Professor (Omsk, Russia)

INTERNATIONAL MEMBERS OF EDITORIAL COUNCIL

Stefania Carnevale – Associate Professor, Department of Criminal Procedure, University of Ferrara, PhD (Ferrara, Italy)

Serena Forlati – Associate Professor, Department of International Law, University of Ferrara, PhD (Ferrara, Italy)

Liu Hunian – Deputy head, laboratory of economic law, Law Institute of the Academy of Social Sciences of China, Doctor of Law, Professor (Beijing, China)

Marie Karfikova – Head, Department of Financial Law and Financial Science, Charles University in Prague, Doctor of Law, Professor (Prague, Czech Republic)

Victor A. Malinowski – member of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan, Doctor of Law, Professor (Astana, Kazakhstan)

Gorazd Mesko – Director, Institute of Criminal Justice and Security, University of Maribor, Doctor of Law, Professor (Maribor, Slovenia)

Mahesh Nalla – Director for Academic Affairs, School of Criminal Justice, Michigan State University, Doctor of Law, Professor (Lansing, USA)

Sreto Nogo – Professor, Faculty of Law, Public Administration and Security, John Naisbitt University, PhD (Belgrade, Serbia)

Slawomir Presnarowicz – judge, Supreme Administrative Court, Doctor of Law, Professor (Warsaw, Poland)

Eugeniusz Ruśkowski – Head, Department of Financial Law and Public Finance, University of Białystok, Doctor of Law, Professor (Białystok, Poland)

Liu San Wang – Professor, Law Institute, Zhengzhou University, Doctor of Law, Professor (Zhengzhou, China)

Elisabetta Silvestri – Professor, Department of Civil Procedural Law, University of Pavia, PhD, Professor (Pavia, Italy)

Andreas Steininger – Professor of economic law, University of Wismar, Doctor of Law (Wismar, Germany)

Bronius Sudavičius – Professor, Department of Public Law, Vilnius University, Doctor of Law (Vilnius, Lithuania)

Grigory A. Vasilevich – Head, Department of Constitutional Law, Belarusian State University, Doctor of Law, Professor, Honoured Lawyer of the Republic of Belarus (Minsk, Belarus)

Address of editorial board: app. 311, 100/1, 50 let Profsoyuzov ul., Omsk, Omsk Oblast, 644065, Russia. E-mail: omsk.ler@gmail.com

Registered by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media.

Registration number ПИ № ФС 77-73726 of September 21, 2018.

Full text version of the Journal is available at its website <http://enforcement.omsu.ru>.

The authors are fully responsible for the compilation and presentation of information contained in their papers; their views may not reflect the Editorial Board's point of view. Manuscripts are not returned to the authors.

No part of the Journal materials can be reprinted without permission from the Editors.

Copyright. All rights protected.

Date of publication: December 29, 2018. Risograph printing. Format 60×84 1/8. Order 338. Circulation of 60 copies. Free price.

Technical editor E.V. Lozovaya. Design of cover Z.N. Obrazova.

Published by Dostoevsky Omsk State University.

Address of publisher and printing house: 55-A, Mira pr., Omsk, Omsk Oblast, 644077, Russia



ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЕ

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского

Основан в 2016 году

Т. 2, № 4 • 2018

Выходит четыре раза в год

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЯ

<i>Клеймёнов М.П., Ерохин Д.В.</i> Методология политики правоприменения	5
<i>Бирюков С.В., Бирюкова Т.А.</i> Неправовой закон: проблемы его установления и применения (теоретический аспект)	16
<i>Авдеев Д.А.</i> Конституционализация правовой политики в современной России	25

ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

<i>Матненко А.С.</i> Правовые проблемы обеспечения равных условий реализации конституционного права на получение общего образования	30
<i>Третьяк И.А.</i> Механизм сдержек и противовесов как способ предупреждения и разрешения конституционно-правовых конфликтов: сравнительно-правовой аспект	43
<i>Юхневич Э.</i> Новые пределы налогово-правового регулирования в свете налогообложения электронной торговли	51
<i>Драчук М.А.</i> Государственная идеология и государственная политика на рынке труда в современной России	60
<i>Хорошайлова М.А.</i> О характере платы, взимаемой за предоставление государственных услуг	68

ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА ОРГАНАМИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

<i>Ларичев А.А.</i> Специфика корпоративной модели местного самоуправления и дивергенция современных подходов к самоуправлению на местах в странах Содружества наций	86
--	----

ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА СУДЕБНЫМИ ОРГАНАМИ

<i>Бибик О.Н.</i> Экономический подход при исследовании категории вины в уголовном праве	98
<i>Коряковцев В.В.</i> Пересмотр решений судов с участием присяжных заседателей в надзорном производстве	106

ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЕ В ЧАСТНОМ ПРАВЕ

<i>Маслей С.Э.</i> Заключение прямых договоров с ресурсоснабжающими организациями	125
<i>Вишнякова М.А.</i> Приостановление трудового договора: правовая сущность и перспективы правоприменения	137

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

<i>Пономарева К.А.</i> Тенденции рассмотрения споров в сфере прямого налогообложения (обзор конференции «Актуальная практика Европейского суда справедливости в сфере прямого налогообложения», Вена, 8–10 ноября 2018 г.)	144
--	-----

Правила для авторов	148
----------------------------------	-----



LAW ENFORCEMENT REVIEW

Dostoevsky Omsk State University

Founded in 2016

Vol. 2, no. 4 • 2018

Published four times a year

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF LAW ENFORCEMENT

<i>Kleymenov M.P., Erokhin D.V.</i> The methodology of law enforcement policy	5
<i>Biryukov S.V., Biryukova T.A.</i> Non-legal rules: problems of their determination and enforcement (theoretical aspect)	16
<i>Avdeev D.A.</i> Constitutionalization of legal policy in modern Russia	25

THE LAW ENFORCEMENT BY PUBLIC AUTHORITIES

<i>Matnenko A.S.</i> Legal problems of ensuring equal conditions for realization the constitutional right to education	30
<i>Tretyak I.A.</i> The mechanism of checks and balances as a method of constitutional conflicts solving: comparative law issues	43
<i>Juchniewicz E.</i> New limits of tax law in the light of e-commerce taxation	51
<i>Drachuk M.A.</i> State ideology and state policy in the labor market: Russian experience	60
<i>Khoroshaylova M.A.</i> The nature of fee charged for provision of public services	68

THE LAW ENFORCEMENT BY LOCAL AUTHORITIES

<i>Larichev A.A.</i> The specifics of the corporate model of local self-government and the divergence of modern approaches to self-government at the local level in the Commonwealth countries	86
--	----

THE LAW ENFORCEMENT BY THE JUDGES

<i>Bibik O.N.</i> Category of guilt in criminal law: economic approach	98
<i>Koryakovtsev V.V.</i> Review of court decisions based on the jury's decision in the supervisory instance	106

THE LAW ENFORCEMENT OF PRIVATE LAW

<i>Masley S.E.</i> Conclusion of direct contracts with utilities providers	125
<i>Vishnjakova M.A.</i> Suspension of the employment contract: legal nature and perspectives of law enforcement	137

SCIENTIFIC LIFE

<i>Ponomareva K.A.</i> Trends in resolution of disputes in the field of direct taxation (review of the conference "Recent and Pending Cases at the Court of Justice of the European Union on Direct Taxation", Vienna, November 8–10, 2018)	144
---	-----

Information for contributors	148
---	-----

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

THEORY AND HISTORY OF LAW ENFORCEMENT

УДК 340:307

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).5-15

МЕТОДОЛОГИЯ ПОЛИТИКИ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

М.П. Клеймёнов, Д.В. Ерохин

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

5 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Ключевые слова

Методология правоприменения,
правоприменительная политика,
мониторинг правоприменения,
правовое моделирование,
юридическое прогнозирование,
правоприменение

Представлен анализ методологии правоприменительной политики, основанный на ее структурировании с выделением таких элементов, как моделирование основных направлений осуществления права; конкретизация общей стратегии реализации правовых предписаний; выявление тенденций правоприменительной практики; коррекция тенденций правоприменительной практики; научно-методическое обеспечение правоприменительной политики. Кроме того, определены понятие политики правоприменения и ее организационные и правовые основы. Исследовано значение рассматриваемой категории для правоприменительной деятельности.

THE METHODOLOGY OF LAW ENFORCEMENT POLICY

Mikhail P. Kleymenov, Denis V. Erokhin

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 October 05

Accepted – 2018 December 14

Available online –

2019 January 20

Keywords

Law enforcement methodology,
law enforcement policy, law
enforcement monitoring, legal
modeling, legal forecasting, law
enforcement

The subject of the paper is methodology of law enforcement policy, elements and relevance for law enforcement activity.

The main aim of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that methodology of law enforcement policy is a system of intellectual elements and a part of the higher level system of law enforcement policy simultaneously.

The description of methodology. The methodological basis of research is systematic approach. Authors analyze the methodology of law enforcement policy as a combination of elements influencing on each other. The dialectic and formal-legal methodology is also used when the authors analyze trends in judicial practice.

The main results and scope of their application. Law enforcement policy is a state strategy that defines the main directions, methods and means of implementation of legal regulations. From the standpoint of a systematic approach, law enforcement policy is a system of managerial type that consists of three elements: subject, object and means (methods). The methodology of law enforcement is a system of interacting elements, such as: modeling the main directions of the implementation of the law; specification of the general strategy for the implementation of legal regulations; identifying trends in law enforcement; correction of law enforcement practices; scientific and methodological support of law enforcement policy. The authors analyze each of the listed elements of the law enforcement policy, pointing out their role in improving the practice of law enforcement. The proposed analysis may become a crucial point for research in the field of law enforcement methodology. The results of research may be used as the basis of correction of methodology of law enforcement practice.

Conclusions. The authors conclude that methodology of law enforcement policy is a system of intellectual elements. Methods of information systems theory can be used in the field of law enforcement policy modeling. The methodology of law enforcement policy has a close connection with legal policy in general, so we need to recognize the exceptional importance of legal declarations for the law enforcement.

1. Введение

Правоприменительная политика, по справедливому замечанию Н.Н. Вопленко, фокусирует в себе основные тенденции теории и практики правоприменительной деятельности [1, с. 96–97]. Между тем в теории правовой политики ей не уделено должного внимания, что актуализирует потребность в дополнении теории разработками в сфере методологии правоприменительной политики.

Специфика методологии правоприменительной политики в целом обосновывается необходимостью проведения разделения между ее теоретической основой и собственно практической составляющей. Определенные соображения о критериях такого разделения уже заложены правовой доктриной и могут быть из нее восстановлены. В этой связи значительный интерес представляют работы Г. Кельзена [2], а также труды представителей американского течения социологической школы права – реалистической теории права, в частности, Р. Паунда [3]. Вместе с тем реальность имеющихся на сегодняшний день российских тенденций правоприменения требует использования такого экспликационного подхода с большой осторожностью, поскольку частностей может оказаться больше, чем выявленных на основе ранних теоретических работ закономерностей.

Отметим, что практический компонент правоприменительной методологии понимается нами в достаточно простом виде, как своеобразный ответ на фундаментальные практические вопросы «что делать?» и «как делать?». И в таком понимании практические методы политики правоприменения составляют активную часть ее функционального потенциала, за счет которой она должна перейти из состояния сугубо теоретической конструкции ценностно-ориентационного предназначения в позицию силы, движущей изначально бессистемное и эпизодическое правоприменение к действительно результативной деятельности. Именно такой подход позволяет использовать чисто теоретические концепции для более полного понимания какого-либо аспекта правовой реальности.

Нельзя не отметить и того факта, что иногда юридическая наука не использует в полной мере по-

тенциал обеих составляющих методологии политики правоприменения, а лишь иногда прибегает к ней для того, чтобы давать советы юристам-практикам относительно того, какими должны быть их действия и решения, чтобы соответствовать правовой системе. Как правило, это обосновывается тем фактом, что конечной целью правовой доктрины является ориентация на практику, а не на теорию. Однако практическая значимость правоприменительной политики будет проявлена тогда, когда в полной мере будет задействован ее описательно-объяснительный потенциал.

Таким образом, мы еще раз подчеркиваем важность рассмотрения теоретического и практического в методологии правоприменительной политики как диалектически связанных категорий, например, таких как установление правовых запретов и контроль за их соблюдением. Следует отметить, что взаимосвязанность прослеживается в том, что определенные методы теоретической направленности используются для уяснения содержания норм права; результат же такой деятельности, в свою очередь, составляет основу для чисто практических решений, базирующихся на теоретически первопричинном анализе [4, с. 130–141].

С учетом изложенного, резюмируем, что под методологией политики правоприменения мы понимаем систему методов:

- а) моделирования основных направлений осуществления права;
- б) разработки общей стратегии реализации правовых предписаний;
- в) выявления тенденций правоприменительной практики;
- г) коррекции тенденций правоприменительной практики;
- д) научно-методического обеспечения правоприменительной политики.

2. Системный подход как методологическая база политики правоприменения

Анализ правоприменительной политики в рамках системного подхода требует определения ее места среди смежных категорий. В этом отношении следует указать, что политика правоприменения яв-

ляется составной частью правовой политики, затрагивающей вопросы реализации права. Правовая политика, как правило, понимается как система принципов, стратегических направлений и практических путей создания и реализации правовых норм, укрепления режима законности и безопасности [5]. Вместе с тем данный подход к определению сущности правовой политики критикуется на том основании, что он значительное внимание уделяет теоретическому аспекту, отводя на второй план вопросы правотворчества и правоприменения [6, с. 42]. В связи с этим наиболее обоснованным нам представляется определение социально-правовой политики государства, данное В.Н. Кудрявцевым и В.Е. Эминовым, согласно которому ее можно определить как выработанную государством стратегическую (генеральную) линию, определяющую основные направления, методы, средства правового воздействия на преступность, в частности, путем разработки и совершенствования законодательства, практики его применения, а также выработки и реализации мер антикриминального воздействия [7, с. 131]. На основе данного понятия определим правоприменительную политику как государственную стратегию, определяющую основные направления, методы и средства реализации правовых предписаний.

Отметим также, что эта часть правовой политики государства, несмотря на ее более узкое содержание, вовсе не носит второстепенный, факультативный характер, так как именно практика применения права играет определяющую роль в оценке правовой системы в целом. Это вполне соотносится с положениями марксистской философской школы о практике как критерии Истины. Так, К. Маркс писал, что «вопрос о том, обладает ли человеческое мышление предметной истинностью – вовсе не вопрос истории, а практический вопрос. В практике должен доказать человек истинность, т. е. действительность и мощь, посясторонностью своего мышления» [8, с. 383]. А Истина в юриспруденции является синонимом справедливости, поэтому «уход» от нее есть подрыв фундамента юриспруденции, ее конструктивных основ, своего рода идеологическая диверсия. Когда право начинает обслуживать интересы узкой группы лиц, а не народа, как носителя суверенитета, оно становится антиправом [9].

С позиций системного подхода правоприменительная политика представляет собой систему управленческого типа, в который выделяются три элемента: субъект, объект и средства (методы).

С точки зрения субъектного состава правоприменительная политика осуществляется, соответственно, всеми тремя ветвями власти:

- законодательные органы – Федеральное Собрание РФ, представительные органы субъектов РФ и муниципальных образований;
- исполнительные органы – Правительство РФ, министерства, правоохранительные органы;
- суды;
- специфические субъекты – Президент РФ, его административный аппарат.

Данными субъектами определяется правовая основа правоприменительной политики путем принятия нормативных правовых актов, касающихся отдельных ее аспектов (например, регулирующих вопросы проведения мониторинга правоприменения, о чем будет сказано ниже), либо направленных на закрепление принципиальных и стратегических положений, а также путем принятия организационно-распорядительных документов по вопросам их деятельности.

Основная тяжесть правоприменения ложится на плечи правоохранительных и судебных органов. Здесь следует различать этапы правового реагирования на правовые девиации: от «входа» в систему юстиции (регистрация заявлений и сообщений) до «выхода» из нее (исполнение юридического решения и ликвидация правовых последствий).

Объектами правоприменительной политики выступает деятельность органов государственной власти и органы местного самоуправления. Так, она воздействует на:

- правотворческую деятельность – через обоснование необходимости проведения определенной правотворческой работы по созданию, изменению или отмене правовых норм; посредством предоставления необходимых сведений в процессе подготовки проектов нормативных правовых актов; а также способствуя выработке концептуальных основ правового регулирования тех или иных общественных отношений (например, путем определения стратегии противодействия правонарушениям;
- деятельность органов государственной власти и местного самоуправления – путем определения основных направлений реализации ими своих властных полномочий (в соответствии с их компетенцией);
- правоохранительную деятельность – обосновывая пределы правового регулирования и определяя приоритетные направления активности субъектов правоприменения через выявление основных

тенденций в практике применения ими норм материального и процессуального права.

Объектами правоприменительной практики являются также юридические и физические лица: как в плане позитивной юридической ответственности, так и в ситуациях правового реагирования на их правонарушения.

3. Моделирование основных направлений реализации права

Исследование обозначенной области методологии правоприменительной политики, связанной с концептуальным моделированием в законодательстве, можно условно структурировать с точки зрения правовой политики в целом и правотворческой политики в частности. Это позволит в ходе дальнейшей исследовательской деятельности выявить новые возможности применения моделирования при изучении обозначенных явлений.

Наш исследовательский подход включает в себя следующие основные позиции, составляющие его аксиоматику:

– применение права есть составляющая часть правовой политики;

– моделирование правоприменительной политики основывается не только на применении права, но и на правотворческой деятельности (в ином случае выделение такой методологической подсистемы, как моделирование, в целом является нецелесообразным);

– моделирование как метод правоприменительной политики состоит из четырех основных стадий: разработка и развитие метода, разработка и развитие модели (концепта, вписанного в рамки политики правоприменения); прогнозирование результатов его реализации; апробирование разработанной модели; оценка результата.

Отметим, что структура переноса методов моделирования определяется теорией информационных систем, в которой приведенные выше принципы даются в привязке к конкретному этапу моделирования [10, с. 18–24]. Так, основное внимание здесь следует обратить на такие междисциплинарные методы, как метамоделирование, мультиперспективное моделирование, эталонное моделирование и т. д.

Следует провести разграничение моделирования правоприменительной политики в соответствии с указанными стадиями:

1. Разработка и развитие метода. Данная стадия характеризуется разработкой методов моделирования правоприменительной политики через создание системы подходов к разработке таких моде-

лей, адаптации их к условиям правовой действительности.

2. Разработка и развитие модели. Если в отношении правотворческой политики метод включает в себя разработку законодательства посредством проектирования и управления вариантами моделей законов [11, с. 724], то в правоприменительном аспекте он означает использование данных моделей в контексте юридической практики.

3. Юридическое прогнозирование, которое, во-первых, предполагает расширение диапазона сложившейся практики правовой экспертизы нормативно-правовых актов и их проектов (в частности, антикоррупционной экспертизы). Такое расширения может быть реализовано путем введения в юридическую практику института полноценной криминологической экспертизы [12].

Во-вторых, любое значимое решение в сфере правоприменения также требует прогностической оценки: в частности получения ответов на вопросы: какие органы будут реализовывать правовое предписание; потребуются ли увеличение штатной их численности, изменение организационной структуры, профессиональная подготовка и обучение; насколько будут заинтересованы правоприменители в активной реализации правового установления; вероятность блокирования их активности действиями правонарушителей (подкупом, шантажом, угрозами), решение в этой связи проблем обеспечения безопасности сотрудников компетентных органов, контроля за их поведением.

4. Применение метода. В правотворческой политике рассматриваемый этап моделирования реализуется на уровне создания определенных правовых эталонов, т.е. моделей, ориентированных на реализацию руководящих принципов, утвержденных тем или иным направлением правовой политики в целом. Данная реализация в этом аспекте предстаёт в виде закона. Правоприменительная же политика на данном этапе моделирования воплощается в управляемом использовании созданной модели через официальное толкование права (посредством, например, актов высших судебных инстанций, например, постановлений Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам). При этом релевантность соответствующих интерпретаций должна быть подтверждена устойчивой правоприменительной практикой, в ином случае либо имело место неверное толкование правовой нормы, либо имеется необходимость перехода к начальной стадии моделирова-

ния или созданию нового юридического текста (закона) на основе созданной модели.

5. Оценка результата. Проверка разработанной модели на основе результатов первичного ее применения путем выяснения таких вопросов, как обеспечение ее высокого качества при разработке. В аспекте правотворческой политики качество модели должно соответствовать качеству принятого закона, которое исследуется посредством оценки его законности, соответствия правилам юридической техники, своевременности и актуальности закона и т. д. Некачественная модель приведет к дефектному правотворчеству или к неправовому закону [13]. Для правоприменительной политики такое качество проявляется в законности решений органов государственной власти, исполнимости таких решений и реальном положительном влиянии на регулирование общественных отношений.

Специальной оговорки требует процедура моделирования индивидуально-праворегулирующей практики и толкования права субъектами правоприменения как составляющих частей правоприменения. Так, в деятельности органов государственной власти и местного самоуправления планирование осуществляемых ими контрольно-надзорных мероприятий должно быть построено как раз на основе взаимосвязанного моделирования, во-первых, толкования права субъектами правоприменения (например, поднадзорными организациями), во-вторых, практики применения норм права в аспекте смоделированного образа уясненной конкретным субъектом нормы права. Учет же возможных изъянов в толковании тех или иных обязательных требований позволит сконцентрировать внимание на определенных участках деятельности поднадзорной организации, входящих в сферу регулирования неправильно истолкованного правового акта. Значение методов моделирования правоприменительной практики здесь заключается в том, что они дают возможность составить систему своеобразных индикаторов, при обнаружении которых должностное лицо, непосредственно осуществляющее проверку, может установить, что имеют место нарушения обязательных требований.

Указанный механизм с очевидностью влияет и на правотворческую деятельность, поскольку при конструировании нормы права необходимо предвидеть механизм ее применения, т. е. определиться с потенциальными субъектами правоприменения, адресатами содержащихся в норме правовых предписаний и их структурой (социально-демографической,

географической и т. д.) [14, с. 10–12]. В этом отношении задача методологии правоприменительной политики состоит в том, что она:

– производит отбор случайных элементов моделирования и прогнозирования и как бы отбрасывает все то, что не попадает в сферу ее внимания;

– собирает в единую систему обозначенные априорно разрозненные элементы деятельности по конструированию моделей политики правоприменения, в связи с чем данный аспект методологии и позволяет не ограничиваться только лишь анализом имеющейся объективной действительности, но и предопределить будущее состояние практики реализации права.

4. Конкретизации общей стратегии реализации правовых предписаний

Во время разработки определенного направления правового регулирования субъектам законодательной инициативы иногда приходится прибегать к такому приему, как создание актов, основное назначение которых – закрепление руководящих принципов правового регулирования в той или иной области. Например, Концепция противодействия терроризму в России, утвержденная Президентом Российской Федерации 5 октября 2009 года, как следует из ее текста, определяет основные принципы государственной политики в области противодействия терроризму в Российской Федерации, цель, задачи и направления дальнейшего развития общегосударственной системы противодействия терроризму в Российской Федерации. Как правило, такие стратегии (концепции, планы) представляют собой комплекс основополагающих идей, которые, во-первых, отражают текущее состояние правоприменительной практики, во-вторых, оценивают ближайшие перспективы такого состояния. Предполагается, что такие концепции являются одной из основных гарантий целостности правовой системы, поскольку они в известной мере служат препятствием как для необдуманного законотворчества, так и для бессистемной нормотворческой работы органов государственной и муниципальной власти, что предопределяет характеристику такого метода как ограничительного. При этом в рамках именно этого аспекта вопроса методике конкретизации общих правовых концепций стоит строго отделять от вопросов формирования таких стратегических документов, поскольку ее задачами являются демонстрация того, как именно работает тот или иной документ концептуального характера, а также разъяснение, какой именно правоприменительной или законотворче-

ской работы требует то или иное положение этого документа.

Так, одним из вариантов конкретизации правовых документов стратегического характера являются средства внедрения положений законодательства в практику. Историческая практика советского периода показывает, что такими средствами могут являться кампании (кампания по борьбе с нетрудовыми доходами и т. д.), которым свойственны и положительные черты, определяемые конкретным направлением воздействия и концентрацией правовой политики в одной области, так и отрицательные (данное средство правовой реализации может обладать ярко выраженной политической избирательностью). Отметим, что необходимость в таком подходе должна определяться реальным состоянием обстановки, например, условиями военного времени.

Универсально применимые концептуальные модели должны отличаться, как правило, наиболее полным отражением лучших результатов правоприменительной практики. Вместе с тем политический компонент, изначально присущ правовому регулированию, поскольку право в целом опирается на государственное принуждение, границы которого определяются, в частности, формой государственного устройства. При этом рассмотрение права именно как способа организации социального порядка посредством применения силы со стороны государства ставит ряд вопросов о том, на основании чего и в чьих интересах такая сила применяется. Представляется, что вполне справедливо суждение тех ученых, которые связывают данную проблему с концепцией свободы воли. В силу того, что свобода воли понимается в качестве антропологической константы, характеризующей сущность человека, то право должно с необходимостью выводиться из свободы воли [15, с. 40–43]. Социалистические и коммунистические учения XIX в. в данном вопросе опираются на классовый характер государства и права. Последнее рассматривалось как средство поддержания такого порядка общественных отношений, в котором заинтересован господствующий класс. Таким образом, эксплуатация представлялась как глубинная суть воли законодателя, в связи с чем в праве выделялся классово-волевой элемент. Отметим, что рассмотрение права через призму воли господствующего класса, законодателя, политической воли имеет под собой существенные объективные основания (исторический опыт политической цензуры, подавление рабочего класса посредством права). Отметим, что и политическая воля может испыты-

вать влияние внешних факторов (в демократических государствах в роли такого фактора часто выступает общественное мнение). Российская же правотворческая и правореализационная практика зачастую на словах свободна от таких факторов, что вызывает как обоснованные претензии со стороны общественности, так и критику ученых. Декларативно закрепленные возможности науки влиять на правотворческую практику далеко не всегда реально учитываются законодателем в правотворческой деятельности. Влияние же научных разработок на правоприменительную политику и вовсе сведено к нулю.

5. Выявление тенденций правоприменительной практики

При оценке текущего состояния правоприменительной политики и тенденций её дальнейшего развития, а также при анализе имеющихся ресурсов правоприменительной деятельности, необходимо исследовать вопросы практики реализации правовых норм путем определения ее динамики. Данное направление методологии правоприменительной политики тесно связано с вопросами мониторинга правоприменения, правовые основы которого определены Указом Президента Российской Федерации от 20 мая 2011 г. № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации». Так, под мониторингом правоприменения понимается комплексная и плановая деятельность, осуществляемая федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации (в пределах своих полномочий) по сбору, обобщению, анализу и оценке информации для обеспечения принятия (издания), изменения или признания утратившими силу законов и иных нормативных правовых актов. С точки зрения субъектного состава мониторинг правоприменения осуществляется Президентом РФ, Правительством РФ, федеральным органом исполнительной власти в области юстиции, федеральными органами исполнительной власти, Следственным комитетом РФ, органами государственной власти субъектов Российской Федерации на плановой основе. Кроме того, на инициативной основе мониторинг правоприменения вправе проводить Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Генеральная прокуратура и др. При этом в литературе высказывается мнение о неполноте субъектного состава деятельности по мониторингу правоприменения [16].

Объектами такого мониторинга выступают нормативные правовые акты, в том числе нормативные правовые акты Президента РФ, Правительства РФ, фе-

деральных органов исполнительной власти, иных государственных органов, органов государственной власти субъектов РФ и муниципальные правовые акты.

При этом следует учитывать, что правоприменение как таковое объективизируется в материалах следственной и судебной практики, практике осуществления прокурорского надзора, деятельности федеральных и региональных органов государственной власти. Очевидной проблемой является открытость деятельности названных органов (хотя в определенном отношении намечается тенденция к улучшению ситуации, о чем свидетельствует создание Генеральной прокуратурой РФ информационно-телекоммуникационного сервиса «Эфир» (URL: <http://efir.genproc.gov.ru>), посредством которого размещается в том числе аналитическая информация органов прокуратуры).

Обобщение основных тенденций правоприменительной практики строится на основе:

- определения основной цели такого обобщения;
- выбор объектов изучения;
- разработка основных средств исследования (анкетирование, сбор актов правоприменения и т. д.);
- классификация полученной информации, ее распределение по различным критериям;
- анализ и сопоставление полученной информации.

От мониторинга правоприменения, направленного на изучение состояния реализации норм права следует отличать правовой мониторинг, который определяется как комплексная деятельность по анализу, оценке, обобщению и прогнозу состояния законодательства, которая может быть направлена на контроль обеспечения и закрепления важных элементов подготовки, создания, принятия и введения в действие нормативных правовых актов (процессуальный мониторинг); на осуществление контроля в ходе дополнения, изменения, отмены действующего нормативного правового акта (производственный мониторинг); также правовой мониторинг может быть ориентирован на выявление связей контролируемого нормативного правового акта с уже действующими нормами по идентичным отношениям (системно-структурный мониторинг) [17, с. 38].

6. Коррекция тенденций правоприменительной практики

Настройка механизма правоприменительной политики возможна посредством обеспечения учета результатов производимой в рамках правопримени-

тельной политики аналитической деятельности в правотворчестве, а также посредством изменения вектора деятельности органов государственной власти. Например, итогами государственной систематизации результатов правоприменительной деятельности следует считать информационно-аналитические документы Генеральной прокуратуры РФ и иных органов власти, обзоры судебной практики и информационные бюллетени как судов субъектов Российской Федерации, так и Верховного Суда РФ, которые содержат указания на дефекты практики применения права. Отметим, что проводимая государственными органами систематизация составляет базу методологии правоприменительной политики, поскольку только она обладает наибольшим потенциалом как с точки зрения сбора и обобщения информации, так и с позиций внедрения результатов такой систематизации в правоприменительную практику. Результаты же анализа практики правоприменения, проводимой иными негосударственными субъектами должны учитываться указанными органами при осуществлении соответствующей деятельности. Это позволяет говорить о том, что данный аспект методологии политики правоприменения обладает ярко выраженной информационной функцией, поскольку позволяет субъектам права с точностью установить, каким должно быть их поведение, чтобы соответствовать требованиям закона. «Не случайно практикующие юристы ориентируются на опубликованную практику не в меньшей мере, чем на нормативную правовую информацию» – указывает В.Ю. Панченко [18].

Рассмотренные выше вопросы мониторинга правоприменения как составного элемента методологии политики правоприменения тесно связаны с более частными проблемами наблюдения, оценки и прогноза социальных явлений в контексте уголовной политики. В этом отношении целями такого мониторинга выступают не только получение комплексной информации о преступности, ее причинах, результатах борьбы с ней, но и корректировка соответствующих выводов [19, с. 46].

Между тем практика коррекции правоприменительной политики свидетельствует об ограниченном использовании результатов мониторинга правоприменения, сводящегося зачастую к исследованию данных официальной статистики. Так, М.М. Бабаев и Ю.Е. Пудовочкин отмечают, что «решения законодателя о трансформации уголовного законодательства, облаченные в одежды гуманизации и либерализации, лишены, таким образом, реальных социально-

экономических оснований, и потому нельзя избавиться от ощущения, что они в действительности являются необоснованными и преждевременными» [20, с. 194]. Обосновывается данное положение ролью официальной статистической отчетности, из которой следует, что при сохранении существующих темпов снижения преступности она к 2020 г. должна исчезнуть вовсе [20, с. 195]. Использование таких «результатов» в определении курса уголовной политики, при принятии управленческих решений компрометирует такую правовую политику в целом.

7. Научно-методическое обеспечение правоприменительной политики

Методология правоприменительной политики будет однозначно неполной без внедрения в нее методов правовых исследований. Вместе с тем такой подход открывает дискуссию о том, какое направление методологии юридической науки необходимо использовать в рамках правоприменительной политики. Так, вполне жизнеспособными являются не только традиционные для отечественной науки направления методологии, но и традиции зарубежной юриспруденции, такие как позитивизм, экзегетическая правовая традиция (направленная на выявление подлинной воли законодателя), междисциплинарный подход (рассмотрение правовых предписаний в контексте связанным с ними как правовых, так и иных социальных институтов), социология права, конструктивные идеи постмодернизма и т. д. Выбор того или иного подхода, на наш взгляд, определяется такими факторами, как:

– связь конкретных подходов и методов в различных типах исследований;

– более глубокое изучение одного из подходов (методов) в аспекте конкретного правового исследования.

При этом научно-методическое обеспечение как метод правоприменительной политики выражается в тех или иных правовых исследованиях, таких как:

– методологические – исследование вопроса о том, работает ли закон в действительности и соответствует ли механизм его действия заложенным законодателем моральным, политическим, экономическим целям;

– комментаторские – раскрытие положений закона;

– эмпирические – определение механизма действия рассматриваемого закона и определение наиболее адекватных правовых средств достижения определенных данным законом целей в конкретных социально-правовых условиях;

– поисковые – изучение новых направлений юридических исследований на основе выявленных проблем и тенденций правоприменительной практики;

– экспертные исследования – проведение юридической экспертизы правового акта, его оценка с позиций его законности, юридической техники, правил русского литературного языка, требований формальной логики.

Отметим, что, хотя доктринальные исследования и варьируются от описательных, содержащих в себе комментарии ряда нормативных положений до глубоких теоретических работ, ориентированных на систематизацию имеющегося нормативного материала и практики его применения, это вовсе не означает, что менее сложное исследование является менее ценным. Напротив, они составляют основу для фундаментальных исследований, значение которых велико как для внутригосударственного правового регулирования, так и с международно-политической точки зрения. В частности, значимость российской уголовно-правовой мысли для формирования международной уголовной политики предопределяется множеством факторов, поскольку она содержит в себе аргументы, обосновывающие политику борьбы с преступностью в том формате, в каком она представляется обоснованной с точки зрения интересов Российской Федерации [21, с. 183].

Вторая сторона рассматриваемого элемента методологии политики правоприменения – вопрос о подготовке квалифицированных кадров, способных по своим профессиональным качествам к выполнению работы по обеспечению реализации правоприменительной политики. На сегодняшний день юридическое образование делает попытку объединить настолько, насколько это возможно, изучение реальной практики применения права и внутренний анализ правовой системы, изолированный от любого внешнего контекста (что в большей мере свойственно французской доктрине юридического образования). При этом закон в значительной мере устраняется от реального состояния общественных отношений, а социальные проблемы представляются как сугубо юридические, то есть потенциально разрешимые исключительно правом и ничем другим. Разумеется, такой подход приводит лишь к формированию у обучающихся идеализированных и искусственных представлений о реальной практике применения права, где сформулированные проблемы решаются без необходимой связи с реальностью. Вместе с тем В.Ю. Панченко отмечает, что примене-

ние права, в отличие от многих других видов деятельности в правовой сфере, приближено к экономическим, политическим, социальным и другим потребностям людей и организаций [18, с. 7]. Более плодотворным нам представляется подход, предусматривающий учет реального измерения социальной науки, включающий в себя формирование навыка проведения комплексных, междисциплинарных исследований. Это возможно в том числе за счет полноценного изучения таких дисциплин, как криминология, правовая социология, юридическая психология, юридическая антропология, методики эволюционного анализа в праве, а также путем освобождения современного юридического образования от парадигмы спонтанности, случайности и внимания к незначительному, свойственной культуре постмодерна в целом, эфемерность которой подтверждается и ее деконструктивным характером.

Рассмотренные направления методологии правоприменительной политики, как представляется, отражают всю сложность указанного явления, формируемого и правоприменительной практикой, и ее потребностями. Это определяет необходимость дальнейшего определения различных сторон методологической основы политики правоприменения в ходе научного дискурса, а также более полного определения ее места в структуре правовой политики в целом.

8. Выводы

1. Правоприменительная политика – это государственная стратегия, определяющая основные направления, методы и средства реализации правовых предписаний.

2. С позиций системного подхода правоприменительная политика представляет собой систему управленческого типа, в который выделяются три элемента: субъект, объект и средства (методы).

3. Методология политики правоприменения включает в себя систему методов:

а) моделирования основных направлений осуществления права;

б) разработки общей стратегии реализации правовых предписаний;

в) выявления тенденций правоприменительной практики;

г) коррекции тенденций правоприменительной практики;

д) научно-методического обеспечения правоприменительной политики.

4. Необходимый учет моделирования как метода правоприменительной практики ставит вопросы о том, какие именно методы разработки могут использоваться для создания новых моделей в области правового регулирования, а также о том, какие из существующих методов применимы и к реализации права, но при этом могут быть адаптированы к созданию моделей правотворческой политики. Основная идея здесь состоит в том, чтобы обеспечить перенос методов теории информационных систем в область моделирования правоприменительной политики.

5. Методология правоприменительной политики имеет тесную связь с правовой политикой в целом, что дает основание признать исключительную важность для правоприменения юридических деклараций, признанных человечеством.

СПИСОК ЛИТРАТУРЫ

1. Вопленко Н.Н. Правоприменительная политика: понятие и содержание / Н.Н. Вопленко // Тезисы докладов 9-й научной конференции профессорско-преподавательского состава ВолГУ. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 1992. – С. 96–97.
2. Кельзен Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен. – Вып. 1. – М., 1987. – 213 с.
3. Pound R. Sociology of Law / R. Pound // Twentieth Century Sociology / Ed. by G. Gurvitch and N. E. Moore. – N. Y., 1945. – P. 297–340.
4. Tyler T.R. Methodology in Legal Research / T.R. Tyler // Utrecht Law Review. – 2017. – № 13(3). – P.130–141.
5. Исаков Н.В. Правовая политика современной России: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук / Н.В. Исаков. – Ростов н/Д, 2004. – 459 с.
6. Колесникова А.Ю. Правовая политика России в отношении некоторых категорий инвалидов в 1991–2004 годах / А.Ю. Колесникова // Правовая политика и правовая жизнь. – 2014. – № 1 (54). – С. 42–47.
7. Кудрявцев В.Н. Причины преступности / В.Н. Кудрявцев, В.Е. Эминов. Причины преступности // Криминология / под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. – М.: Норма, 2011. – 128 с.
8. Маркс К. Избр. произв.: в 2 т. / Маркс К., Энгельс Ф. – Т. 2. – М., 1952. – 516 с.

9. Клейменов М.П. Криминализация государства в контексте глобализации / М.П. Клейменов, И.М. Клейменов // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2018. – № 2(55). – С. 146–150.
10. Aguilo-Regla J. Introduction: Legal Informatics and the Conceptions of the Law / J. Aguilo-Regla // Law and the Semantic Web. – Berlin, 2005. – P. 18–24.
11. Knackstedt R. Conceptual Modeling in Law: An Interdisciplinary Research Agenda / R. Knackstedt, M. Hed-dier, J. Becker // Communications of the Association for Information Systems. – 2014. – Vol. 34. – P. 712–736.
12. Клейменов М.П. Криминологическое законодательство и криминологическое право в России / М.П. Клейменов // Lex Russica. – 2018. – № 2 (135). – С. 148–158.
13. Dyzenhaus D. Dworkin and Unjust Law / D. Dyzenhaus. URL: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780190466411.001.0001/acprof-9780190466411-chapter-7>.
14. Клейменов М.П. Прогнозирование правоприменительной деятельности / М.П. Клейменов // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2008. – № 3(16). – С. 10–12.
15. Чукин С.Г. Философия права / С.Г. Чукин, В.П. Сальников, В.В. Балахонский. – М.: ИМЦ ГУК МВД России, 2002. – 240 с.
16. Клейменов М.П. Мониторинг правоприменения в России / М.П. Клейменов, Е.С. Иванов, М.Г. Козловская // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2017. – № 4 (53). – С. 123–129.
17. Томин В.А. Правотворческая деятельность субъектов Российской Федерации: учебное пособие / В.А. Томин. – СПб.: Санкт-Петербургский институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2017. – 96 с.
18. Панченко В.А. Современное правопонимание и правоприменение / В.А. Панченко // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2012. – № 4(33). – С. 6–9.
19. Аминов Д.И. К вопросу о роли мониторинга при реализации современной уголовной политики / Д.И. Аминов // Вестник Московского университета МВД. – 2012. – С. 45–47.
20. Бабаев М.М. Проблемы российской уголовной политики / М.М. Бабаев, Ю.Е. Пудовочкин. – М.: Про-спект, 2014. – 296 с.
21. Ерохин Д.В. Понятие и цели международной уголовной политики / Д.В. Ерохин // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2018. – № 3 (56). – С. 179–185.

REFERENCES

1. Voplenko N.N. Law enforcement policy: notion and content, in: *Tezisy dokladov 9 nauchnoj konferencii pro-fessorsko-prepodavatel'skogo sostava VolGU*. Volgograd, VolGU Publ., 1992, pp. 96-97. (In Russ.).
2. Kelsen H. *Pure Theory of Law*. V. 1., Moscow, 1987. 213 p. (In Russ.).
3. Pound R. *Sociology of Law* // Twentieth Century Sociology / Ed. by G. Gurvitch and N. E. Moore., N. Y., 1945. P. 297-340.
4. Tyler T.R. *Methodology in Legal Research* // Utrecht Law Review. 2017. 13(3). pp.130–141.
5. Isakov N.V. *Legal policy of modern Russia: theory and practice*. Doct. Diss. Rostov on Don, 2004. p. 459. (In Russ.).
6. Kolesnikova A.U. *Legal policy of Russia regarding certain categories of persons with disabilities in 1991 – 2004*. Pravovaya politika i pravovaya zhizn= Legal policy and legal life, 2014, no. 1 (54), pp. 42-47. (In Russ.).
7. Kudryavtsev V.N. (ed), Eminov V.E. *The Causes of crime*. Moscow: Norma publ., 2011. 128 p. (In Russ.).
8. Marx K., Engels F. *Selected works: in 2 parts*. P.2. Moscow, 1952. 516 p. (In Russ.).
9. Kleimenov M.P., Kleimenov I.M. *Criminalization of the state in the context of globalization*. Vestnik Omskogo universiteta. Seria «Pravo» = Herald of Omsk University. Series «Law», 2018, no. 2(55). pp. 146-150. (In Russ.).
10. Aguilo-Regla J. Introduction: Legal Informatics and the Conceptions of the Law // Law and the Semantic Web. Berlin, 2005. pp. 18-24.
11. R. Knackstedt, M. Hed-dier, J. Becker. Conceptual Modeling in Law: An Interdisciplinary Research Agenda // Communications of the Association for Information Systems. 2014. Vol. 34. pp. 712-736. URL: <http://aisel.aisnet.org/cais/vol34>
12. Kleimenov M.P. *Criminological legislation and criminological law in Russia*. Lex Russica, 2018, no. 2 (135). pp. 148-158. (In Russ.).

13. D. Dyzenhaus. Dworkin and Unjust Law. URL: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780190466411.001.0001/acprof-9780190466411-chapter-7>.
14. Kleimenov M.P. *Forecasting of enforcement of law. Vestnik Omskogo universiteta*. Seria «Pravo» = Herald of Omsk University. Series «Law», 2008, no. 3(16). pp. 10-12. (In Russ.).
15. Chukin S.G., Salnikov V.P., Balakhonsky V.V. *Philosophy of Law*. Moscow: IMTS GUK Ministry of Internal Affairs of Russia publ., 2002. 240 p. (In Russ.).
16. Kleimenov M.P., Ivanov E.S., Kozlovskaya M.G. Monitoring law enforcement in Russia. *Vestnik Omskogo universiteta*. Seria «Pravo» = Herald of Omsk University. Series «Law», 2017, no. 4(53). pp. 123-129. (In Russ.).
17. Tomin V.A. *Lawmaking activities of the constituent entities of the Russian Federation: study guide*. St. Petersburg: St. Petersburg Institute (branch) of the Academy of the Prosecutor General of the Russian Federation publ., 2017. 96 p. (In Russ.).
18. Panchenko V.A. *Modern understanding and law enforcement*. *Vestnik Omskogo universiteta*. Seria «Pravo» = Herald of Omsk University. Series «Law», 2012, no. 4(33). pp. 6-9. (In Russ.).
19. Aminov D.I. *On the question of the role of monitoring in the implementation of modern criminal policy*. *Vestnik Moskovskogo Universiteta MVD Rossii*, 2012. pp. 45-47. (In Russ.).
20. Babaev M.M., Pudovochkin Y.E. *Problems of the Russian criminal policy*. Moscow: Prospect publ., 2014. 296 p. (In Russ.).
21. Erokhin D.V. The concept and purposes of international criminal policy. *Vestnik Omskogo universiteta*. Seria «Pravo» = Herald of Omsk University. Series «Law», 2018, no. 3(56). pp. 179-185. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Клеймёнов Михаил Петрович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: klim798@mail.ru.
SPIN-код: 4431-6452; AuthorID: 596245
ORCID: 0000-0002-6942-7059

Ерохин Денис Витальевич – аспирант кафедры уголовного права и криминологии
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: deniserokhin@mail.ru

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Клеймёнов М.П. Методология политики правоприменения / М.П. Клеймёнов, Д.В. Ерохин // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 5–15. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).5-15.

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Mikhail P. Kleymenov – Doctor of Law, Professor, Honoured Scientist of the Russian Federation, Head, Department of Criminal Law and Criminology
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: klim798@mail.ru
SPIN-code: 4431-6452; AuthorID: 596245
ORCID: 0000-0002-6942-7059

Denis V. Erokhin – PhD student, Department of Criminal Law and Criminology
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: deniserokhin@mail.ru

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Kleymenov M.P., Erokhin D.V. The methodology of law enforcement policy. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 5–15. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).5-15. (In Russ.).

НЕПРАВОВОЙ ЗАКОН: ПРОБЛЕМЫ ЕГО УСТАНОВЛЕНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ (ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)

С.В. Бирюков¹, Т.А. Бирюкова²

¹Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

²Главное государственное-правовое управление Омской области, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –
13 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –
14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –
20 января 2018 г.

Рассматривается термин «неправовой закон», использующийся в рамках различных концепций правопонимания для характеристики принципиально дефектных законов. Анализируются подходы к данному понятию, оцениваются критерии, которые предлагаются для выделения неправовых законов, затрагиваются проблемы их выявления и применения в Российской Федерации.

Ключевые слова

Неправовой закон, неправое,
принципы права,
справедливость, эффективность
права, законность нормативного
правового акта, ничтожный
правовой акт, оспоримый
правовой акт

NON-LEGAL RULES: PROBLEMS OF THEIR DETERMINATION AND ENFORCEMENT (THEORETICAL ASPECT)

Sergey V. Biryukov¹, Tatyana A. Biryukova²

¹Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

²General State Legal Department of Omsk Region, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 October 13

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

Keywords

Non-legal rule, non-law, principles
of law, justice, effectiveness of
law, legality of a regulatory legal
act, void legal act, contestable
legal act

The subject of the paper is the approaches to the concept of “non-legal rules”.

The main aim of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that rules become non-legal when they contradict the principles of law and are totally ineffective.

The description of methodology. The authors apply methodology of different legal theories: natural law, libertarian-legal, sociological, communicative, normative and integrative approaches to law, using formal logical and sociological research methods (observation method). The formal-legal method is also used with regard to characteristics of particular Russian laws.

The main results and scope of their application. Legal rule may be unlawful for an external observer – in coordinates of another legal system or in comparison with law in a social sense.

From the point of view of the internal observer, including the law enforcer, the following rules are non-legal: 1) regulations that were adopted, but initially or later it was officially recognized that they contradict the principles of law and the rules of higher legal force; 2) rules that could not be applied principally or that were not implemented until their cancellation.

Many rules widely assessed as unfair, immoral, not consistent with the principles of law could be a part of the current system of law for a long time and could not be officially qualified as defective. Most of the very ineffective rules are still implemented selectively, some of them become quite effective in the future. Rules that are obviously not in conformity with acts of higher legal force may not be recognized as illegal officially because of various reasons. All of the non-legal rules, however, are very problematic for the law enforcement officials in several respects:

– they may come into conflict with other regulatory systems of social regulation, including other social law of large (significant) groups and organizations, such situation entails difficulties in their legitimation and implementation;

– they may come into conflict with other acts (rules, legal principles) within this or a related system of legal law;

– they can be canceled (invalidated) in future, inter alia from the moment of their adoption.

Conclusions. Rules are also potentially illegal, when they: 1) clearly contradict the principles of law and the rules of higher legal force; 2) are extremely ineffective. Such acts of lawmaking are very problematic from the point of view of their legitimation and implementation. Such acts are relatively common in Russian reality. The orientation of the practice to check their legal nature within the framework of the norm control is important for movement towards effective, fair and non-contradictory law, and not in the opposite direction.

1. Подходы к понятию «неправовой закон»

В отечественной юриспруденции проблема дефектного акта правотворчества затрагивается в разных аспектах.

В литературе, специально посвященной дефектам правотворчества (правотворческим ошибкам), отдельно выделяются дефекты правотворческой политики и юридической техники [1, с. 100]. Среди обеих разновидностей дефектных актов есть такие подвиды, которые традиционно привлекают особое внимание. Например, характерным дефектом на уровне правотворческой политики всегда признавался «излишний закон», изначально не годный к тому, чтобы изменить общественные отношения к лучшему. Уже в классической работе Г. Спенсера имеются в виду по преимуществу такие «грехи законодателей» [2, с. 82–139]. Одним из наиболее серьезных и типичных дефектов юридической техники всегда признавалось включение в текст акта неоднозначного, противоречивого положения.

Излишний или противоречивый закон остается в юридической практике в большинстве случаев обязательным к применению правовым актом. Вместе с тем некоторые акты в силу их принципиальной дефектности многие авторы вообще отказываются называть правовыми и, как следствие, общеобязательными. Они употребляют термин «неправовой закон», при этом имея в виду все принципиально дефектные акты правотворчества, в том числе нормативные правовые акты, принятые в различной форме. Здесь возникает целый ряд вопросов, в том числе: существуют ли такие акты, каковы критерии их выделения.

В рамках различных типов правопонимания даются разные ответы на данные вопросы.

Наиболее типична эта проблема для естественно-правового подхода к праву, в котором под неправовым законом, понимается в зависимости от

используемых посылок *аморальный закон, закон, противоречащий естественным правам человека, несправедливый закон, крайне несправедливый закон* и т. п. Широко известны, например, рассуждения Г. Радбруха: «Невозможно (по смыслу – однозначно. – С. Б.) разграничить случаи “законодательного неправа” и закона, действующего вопреки своему несправедливому содержанию. Зато можно четко определить: когда к справедливости даже не стремятся, когда равенство, составляющее ее основу, сознательно отрицается в правотворческом процессе, тогда закон не является лишь «несправедливым правом», но даже более того – он является неправовым по своей природе» [3, с. 234].

Либертарный подход продолжает линию юнатуриализма в версии Г. Гегеля, в которой естественное право не противопоставляется позитивному, а объявляется разумной его основой, и вводится категория «неправо». Стоит согласиться с Е.В. Тимошиной, в том, что либертарная теория может быть охарактеризована как «монистическая деонтологическая антропоцентристская теория естественного права с исторически изменяющимся содержанием» [4, с. 58]. Понятие «неправо», использованное Гегелем для характеристики проявлений особенной, индивидуальной воли, оказалось удобным для применения к ситуации, когда государственный аппарат выражает в форме закона особенные интересы, противоречащие интересам всеобщим (об этом: [5, с. 74]). Собственно, В.С. Нерсесянц оказался одним из тех исследователей, кто использовал эту возможность. В результате неправовым стал считаться *закон, не отвечающий принципам формального равенства, правовой свободы и справедливости и (или) всеобщему интересу*. При этом вопрос разграничения права и закона стал квалифицирующим признаком, отличающим подлинную юриспруденцию от легизма. Уже в работе 1983 года В.С. Нерсе-

сянц писал о том, что различие права и закона «проводит принципиальную грань между концепциями двух противоположных типов правопонимания» [6, с. 360].

Социологический подход к праву выдвигает на первый план реальную способность нормативного положения воплотиться в общественные отношения. В этой связи закон, который не реализуется на практике, правом не признается. Приведем здесь известное высказывание Е.Б. Пашуканиса: «Если был издан только закон или декрет, но соответствующих отношений не возникло, значит, была попытка создать право, но эта попытка не удалась» [7, с. 26]. Поэтому для этого подхода правообразование не заканчивается с окончанием правотворчества и вступлением закона в силу. Необходима еще его легитимация, «социализация позитивного права» [8, с. 10]. Продолжением этой линии можно считать и коммуникативный подход, для которого норма права существует, если она «находится в рамках коммуникации между отправителем и получателем» [9, с. 271].

Сторонники «чистого» юридического позитивизма, по понятным причинам сравнительно редко используют термин «неправовой закон». Так, по М.И. Байтину, положение об антиправовой законности не может восприниматься иначе, чем нонсенс: «какая же это законность, если она «антиправовая»?». Эта «словесная манипуляция» утверждает он, противоречит тезису о единстве правопорядка и отрицательно влияет на подготовку будущих юристов, прежде всего работников правоохранительных органов» [10, с. 310, 314–315]. Вместе с тем думается, что один случай неправового закона последовательными нормативистами не может не признаваться. Речь идет о *принятом законе, который официально признан не соответствующим актам более высокой юридической силы*. В этом плане логичным является учение Г. Кельзена, согласно которому право, беря свое начало в международном правопорядке и в конституции, конкретизируется от одной ступени к другой вплоть до судебных и административных решений. Следовательно, каждый уровень правопорядка является и продуктом правотворчества, и правоприменением («репродукцией права») по отношению к уровню вышестоящему. В этом смысле исполнительный акт и закон могут быть неправомерными [11], по существу, неправовыми.

Широкое или интегративное правопонимание в действительности представлено различными подходами в зависимости от того, на базе какого первичного подхода (подходов) оно образуется. Так, в од-

ном, достаточно типичном для отечественной науки, случае широкое правопонимание – это расширение нормативного подхода. Как правильно подметил В.С. Нерсесянц, цепочка, начинающаяся с «должного» и состоящая из его модификаций (норма законодательства – законоотношение – законосознание как модусы официального), остается на уровне «должного» [6, с. 353]. При таком подходе выводы нормативизма относительно неправового закона не претерпевают изменения.

В другом случае делается реальная попытка совместить разные представления о праве. Сошлемся, например, на известное сегодня определение права Р. Алекси [12, с. 157]. Из него можно вывести, что к числу неправовых законов немецкий правовед относит: 1) *крайне несправедливый закон*; 2) *закон, который в принципе не может быть реализован*; 3) *неконституционный закон*. Как видим, этот подход наследует отдельные положения юснатурализма, «социологизма» и нормативизма. Подобный синтез в той или иной мере характерен и для некоторых отечественных правоведов. Так, для М.М. Борисевича формальное равенство, правовая свобода и справедливость как критерии правового закона, правильно разработанные в либертарно-юридическом учении, должны быть дополнены таким прагматическим критерием как эффективное исполнение закона [13, с. 63].

Предпринятый обзор правовых учений показывает, что термин «неправовой закон» не является простым оборотом речи. Он логично используется в рамках различных концепций правопонимания для характеристики принципиально дефектных законов. Данный термин оказывается, по существу, синонимичным словосочетанию «ничтожные (в том числе, нормативные. – С. Б.) правовые акты», которое также используется в отечественном правоведе [14, с. 549, 550; 15, с. 8, 17–19]. Правда, первое понятие производно от естественно-правового подхода, второе же вводится в рамках юридического позитивизма.

2. Неправовой закон с позиции, принятой в другой системе права

Мы в дискуссии о правопонимании исходим из того, что в различных гуманитарных науках возможно различное понимание права. Такое мнение в советское время обоснованно высказывалось И.Е. Фарбером [16, с. 59]. Понятия права, характерные для различных наук (юриспруденции, социологии, психологии, этики и т. д.), должна синтезировать

социальная философия, предлагая обобщенное представление о праве.

Это обобщенное представление должно, видимо, включать, как юридическое, официальное право конкретного государства и других государств, международное право, так и иное право (*право в социальном смысле*), характерное для первобытного общества и отдельных групп и организаций современного общества, способных в силу различных причин формировать и поддерживать корпус собственных правовых норм (см. подробнее: [17; 18]). В связи с этим совершенно очевидно, что юридический закон может являться неправовым с внешней точки зрения: с позиции, принятой в другой системе юридического права (в другом государстве) или в ином социальном праве (в отдельной социальной группе (организации) внутри общества).

Широко известно, скажем, что российские нормативные акты, связанные с присоединением Крыма к России, являются неправовыми для официальной Украины, также как украинское законодательство о «временно оккупированных территориях» является таковым для Российской Федерации. Менее известно, что Русская православная церковь официально допускает возможность отказать государству в повиновении греховным законам, если «человеческий закон совершенно отвергает абсолютную божественную норму, заменяя ее противоположной» [19].

Эта позиция не превращает правовой закон в неправовой для юриста или иного «внутреннего» наблюдателя, но сама возможность подобной оценки права не вызывает сомнения. Иногда такая оценка опасна, а иногда, напротив, плодотворна и ведет, в конечном счете, к развитию права.

3. Критерии неправового закона с точки зрения внутреннего наблюдателя (правоприменителя)

Что же касается проблемы неправового закона внутри конкретной системы юридического права, то здесь должна учитываться общественная юридическая практика как критерий научной истины для юриспруденции.

Применительно к проблеме неправового закона эта практика однозначно убеждает в следующем.

1. Встречаются такие акты, которые были приняты, но изначально или позднее было официально признано, что они противоречат принципам права и нормам более высокой юридической силы, как по содержанию, так и с точки зрения нарушения процедуры или компетенции при их принятии.

2. Встречаются такие акты, реализация которых в принципе невозможна или которые не реализовывались вплоть до их отмены.

В первом случае имеются в виду акты, изначально недействующие в силу указания нормативного акта более высокой юридической силы или действовавшие, но признанные недействующими со дня принятия в порядке судебного или иного нормоконтроля. Скажем, часть четвертая статьи 8 Трудового кодекса Российской Федерации, часть 4 статьи 30 Федерального закона от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» прямо говорят, что определенные локальные нормативные акты в сфере трудовых и образовательных отношений, несмотря на их существование, не подлежат применению.

В качестве типичного случая для второго пункта укажем на закон, который нарушает объективные пределы правового регулирования (например, в связи с тем, что норма устарела и все возможные субъекты соответствующих правоотношений уже отсутствуют). Так, отсутствуют, скорее всего, субъекты, на которых распространяется норма о ветеранах боевых действий в части участников гражданской войны 1918–1922 годов, сформулированные в Федеральном законе от 12 января 1995 года № 5-ФЗ «О ветеранах» (см. статью 3, приложение к закону).

Данного рода акты, продолжая сложившуюся традицию словоупотребления, можно определить не только как дефектные и ничтожные, но и как *неправовые*. Одним из признаков права является общеобязательность. Поэтому невозможно назвать правом то, чему официально отказано в общеобязательности, а также то, что в принципе не могло или не смогло стать общеобязательным.

4. Критерии потенциально неправового закона

С другой стороны, юридическая практика свидетельствует, что:

1. Многие широко оцениваемые как несправедливые, аморальные, не соответствующие принципам права нормы могут длительное время являться частью действующей системы юридического права и не квалифицироваться официально как дефектные.

2. Большинство весьма неэффективных законов избирательно все же реализуются, некоторые из них в последующем становятся вполне эффективными.

3. Акты, очевидно не соответствующие актам более высокой юридической силы, могут в силу раз-

ных причин не признаваться таковыми официально и активно применяться.

4. Все соответствующие акты правотворчества, тем не менее, являются весьма проблемными для правоприменителя по нескольким параметрам:

– они могут вступать в противоречие с иными нормативными системами социального регулирования, включая иное социальное право больших (значимых) групп и организаций, что влечет сложности при их легитимации и реализации;

– они могут вступать в противоречие с иными актами (нормами, принципами) внутри данной или смежной системы юридического права, что также чревато их нереализацией;

– они в будущем могут быть отменены (признаны недействующими), в том числе с момента принятия.

Игнорирование этих проблемных аспектов может привести к негативным последствиям.

Подобного рода акты сравнительно часто встречаются в российской действительности.

Так, по нашему, возможно субъективному, мнению, к их числу можно отнести, некоторые новации в пенсионной сфере, в том числе, Федеральный закон от 29 декабря 2015 года № 385-ФЗ «О приостановлении действия отдельных положений законодательных актов Российской Федерации, внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и особенностях увеличения страховой пенсии, фиксированной выплаты к страховой пенсии и социальных пенсий» в части отмены индексации пенсий работающим пенсионерам. Он, очевидно, противоречит конституционному принципу равенства граждан перед законом. Факт последующей компенсации этой отмены единовременной выплатой фактически означает как неявное признание произвольности отмены индексации пенсий для данной категории, так и то, что социальная эффективность данного правила оказалась сомнительной.

Отдельные санкции Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях являются, как известно, вполне «драконовскими». Например, неуведомление (и даже нарушение формы или срока уведомления) уполномоченного органа о заключении (расторжении) трудового или гражданско-правового договора с иностранным гражданином, влечет административный штраф на юридических лиц в размере от 400 до 800 тысяч рублей (часть 3 статьи 18.5). Аналогичные действия, связанные с неуведомлением образовательной организацией о факте обучения, предоставлении академи-

ческого отпуска, отчислении в отношении иностранного студента влекут штраф от 500 до 800 тысяч рублей (статья 18.9). При этом незаконный прием на работу или обучение иностранного гражданина образуют иные административные составы. На практике в одном из «безалаберных» вузов было выявлено около сотни нарушений формы и сроков подобных уведомлений в отношении различных студентом, что, если исходить из буквы закона, должно было повлечь отдельные штрафы за каждое правонарушение на вполне астрономическую итоговую сумму. Практическим компромиссом между законностью и справедливостью наказания оказалось оформление протокола о факте одного правонарушения, включающего 95 эпизодов. Надо ли говорить, что этот компромисс, устроивший как уполномоченный орган, так и образовательную организацию, сам противоречит законодательству?

Согласно статье 3 Федерального закона от 12 февраля 2001 года № 12-ФЗ «О гарантиях Президенту Российской Федерации, прекратившему исполнение своих полномочий и членам его семьи» бывший Президент Российской Федерации не может быть привлечен к уголовной или административной ответственности за деяния, совершенные им в период исполнения полномочий Президента Российской Федерации. При этом он может быть лишен данной неприкосновенности в особом порядке лишь в случае возбуждения уголовного дела по факту совершения им тяжкого преступления. Получается, что за совершенные им административные правонарушения, преступления небольшой, средней степени тяжести это лицо никакой юридической ответственности понести не может, что явно противоречит и известному общеправовому принципу, и части 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации. Это не говоря о том, что о существовании особо тяжких преступлений законодатель здесь явно забыл.

Аналогичные нормативные правовые акты и конкретные нормативные положения часто оцениваются в юридической, научной, научно-популярной периодике как неправовые [20, 21]. Это, с одной стороны, свидетельство востребованности критического потенциала естественно-правовой (либертарно-юридической) и социологической (коммуникативной) концепций, с другой – обоснованная или отчасти обоснованная негативная оценка нормативного акта, формальное или диалектическое его отрицание [22].

Собственно юридическая оценка соответствующих актов неизбежно должна являться более осто-

рожной, поскольку только официальный субъект способен выразить легальную позицию относительно статуса спорного акта. Конкретный правоприменитель может иметь собственное мнение или разделять преобладающее общественное мнение, но не должен подменять ими требования закона.

Однако, и в рамках формального юридического подхода подобного рода акты, если их дефектность носит *явный* для многих субъектов характер, вполне можно и нужно определять не просто как оспоримые [14, с. 551; 15, с. 8], а именно как *потенциально неправовые*. Вряд ли можно считать, что такой взятый в отдельности весьма абстрактный принцип права как справедливость является признаком права, но принципы права в целом, отражающие и определенные общепризнанные в обществе моральные ценности, выступают матрицей, отличающей правовой подход от неправового. Поэтому явно не отвечающие принципам права или встречающие резкое неприятие в обществе акты следует соотносить с правовой дисфункцией, при которой юридическое право выполняет несвойственные ему в идеале социальные функции (в частности, вместо интеграции общества ведет к его дезинтеграции).

5. Выводы

В целом мы считаем потенциально неправовыми такие нормативные акты, которые: 1) явно противоречат принципам права и нормам более высокой юридической силы; 2) крайне неэффективны.

Подобная интерпретация указанных актов не противоречит тезису о единстве правопорядка. Она должна ориентировать практика на проверку правовой природы данных актов, что чрезвычайно важно для движения в сторону эффективного, справедливого и непротиворечивого права, а не в обратную сторону. При этом мы полагаем, что если подобный акт в ходе официальной проверки будет ошибочно признан соответствующим актам более высокой юридической силы, это не лишает данный акт признаков оспоримости и потенциально неправовой природы. Практика показывает, что, иногда спорные акты можно подвергнуть и повторной проверке.

Сегодня в юридической литературе широко представлено мнение, что современное юридическое право вобрало в себя естественно-правовое начало. Так, В.М. Шафиров характеризует его как «естественно-позитивное» [23], в ряде работ В.Д. Зорькина с этим, по существу, связывается абсолютная ценность Конституции Российской Федерации [24, с. 11–47]. Это вполне логичное представление, изначально связано с невозможностью удвоения конкретной юридической системы (ее разделения на отдельные позитивное и естественное право) и со стремлением к совершенству права через правотворческую деятельность. В то же время оно не должно приводить к обманчивому ощущению совершенства существующей системы права.

В подлинном естественно-позитивном праве на место фактического представления о полной свободе правотворчества должна заступить хорошо известная мысль о том, что принципы права, в том числе отраженные в конституции страны, имеют реальную правотворческую и правоинтерпретационную функцию, являются критерием правового закона. Кроме того, в случае принятия принципиально неэффективного закона он должен быть устранен из системы законодательства. В этой части естественный и социологический подходы к праву могут и должны быть востребованы.

В России, безусловно, сложилась определенная система судебного и иного нормоконтроля, как в части нормативных требований к ней, так и в части реальной правоприменительной практики. Однако, во всех сложных случаях практический результат нормоконтроля сильно зависит от толкования права, которое и предопределяет, будет ли акт признан соответствующим акту, имеющему большую юридическую силу. Хотелось бы, чтобы практика этого толкования всегда основывалась бы не просто на интересах стабильности и буквальном прочтении конкретных норм, имеющих более высокую юридическую силу, но и на выявлении смысла принципов права и развитии представлений о них. Только в таком случае можно говорить о подлинном нормоконтроле. Благо, порой встречаются такие примеры.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Бирюков С.В. Правотворчество и основы юридической техники / С.В. Бирюков. – Омск: Изд-во Омского гос. ун-та, 2016. – 148 с.
2. Спенсер Г. Личность и государство / Г. Спенсер. – Челябинск: Социум, 2007. – 207 с.
3. Радбрух Г. Законное неправое и надзаконное право / Г. Радбрух // Радбрух Г. Философия права / Г. Радбрух – М.: Международные отношения, 2004. – С. 228 – 238.

4. Тимошина Е.В. Разделительный тезис либертарно-юридической теории и основания действительности права / Е.В. Тимошина // Труды Института государства и права РАН. – 2018. – Т. 13. – № 4. – С. 57–82.
5. Сокольников В.А. Понятие неправа в философии Гегеля / В.А. Сокольников // Пробелы в российском законодательстве. – 2013. – № 6. – С. 71–74.
6. Нерсесянц В.С. Право и закон: из истории правовых учений / В.С. Нерсесянц. – М.: Наука, 1983. – 366 с.
7. Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства / Е.Б. Пашуканис. – М.: Наука, 1980. – 270 с.
8. Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В.В. Трофимов. – СПб., 2011. – 50 с.
9. Хук М. Право как коммуникация / Марк ван Хук. – СПб.: Изд. Дом С.-Петербург. гос. ун-та, ООО «Универ. издат. консорциум», 2012. – 288 с.
10. Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М.И. Байтин. – Саратов: СГАП, 2001. – 416 с.
11. Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (конституционная юстиция). Часть 1 / Г. Кельзен // Право и политика. – 2006. – № 8. – С. 5–14.
12. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Р. Алекси. – М.: Инфотропик Медиа, 2011. – 192 с.
13. Борисевич М.М. Критерии разграничения правовых и неправовых законов / М.М. Борисевич // Закон и право. – 2016. № 5. – С. 60–63.
14. Толстик В.А. Презумпция законности нормативных правовых актов / В.А. Толстик // Юридическая техника. – 2010. – № 4. – С. 546–551.
15. Каменева Е.Н. Дефектные акты органов законодательной и исполнительной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е.Н. Каменева. – М., 2002. – 24 с.
16. О понимании советского права // Советское государство и право. – 1979. – № 7. – С. 56–74.
17. Бирюков С.В. Понятие права между юриспруденцией и социологией / С.В. Бирюков // Lex Russica. – 2017. № 9. – С. 9–21.
18. Бирюков С.В. К вопросу о правовом плюрализме / С.В. Бирюков // Журнал российского права. – 2016. – № 2. – С. 15–26.
19. Пункты III.5 и IV.3 Основ социальной концепции Русской православной церкви. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>; дата обращения: 11.11.2018.
20. Ходжаева Е. Закон неправовой, но это закон / Е. Ходжаева. URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2016/06/30/647374-zakon-nepravovoi-no-eto-zakon> (дата обращения: 11.11.2018).
21. Мельник В. Зорькин признал ценность Конституции и свое бессилие / В. Мельник. URL: <http://sim-kr.ru/News/15531> (дата обращения: 11.11.2018).
22. Бирюков С.В. Отрицание права как теоретико-правовая категория: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С.В. Бирюков. – Омск, 2009. – 22 с.
23. Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. – Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. – 260 с.
24. Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. М.: Норма, 2008. – 594 с.

REFERENCES

1. Biryukov S.V. Lawmaking and the foundations of legal engineering. Omsk, Omsk University Publ., 2016. 148 p (In Russ.).
2. Spenser G. Personality and State. Chelyabinsk, Sotsium Publ., 2007. 207 p. (In Russ.).
3. Radbruch G. Philosophy of law. Moscow, 2004. 238 p. (In Russ.).
4. Timoshina E.V. Dividing thesis of libertarian legal theory and the basis of the validity of law. Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN, 2018, vol. 13, no. 4, pp. 57–82. (In Russ.).
5. Sokolnikova V.A. The concept of non-law in the philosophy of Hegel. Probely v rossijskom zakonodatel'stve. 2013, no 6, pp. 71 – 74. (In Russ.).

6. Nersesyants V.S. Law and statute: from the history of legal doctrines. Moscow, Norma Publ., 1983. 366 p. (In Russ.).
7. Pashukanis E.B. Selected works on the general theory of law and state. Moscow, Norma Publ., 1980. 270 p. (In Russ.).
8. Trofimov V.V. Legal education in modern society: theoretical and methodological aspect. Doct. Diss. Thesis. Saint-Petersburg, 2011. 50 p. (In Russ.).
9. Van Hoek M. Law as communication. Saint-Petersburg, Saint-Petersburg University Publ., 2012. 288 p. (In Russ.).
10. Bajtin M.I. The essence of law (modern regulatory legal thinking on the verge of two centuries). Saratov, Saratov Academy of Law Publ., 2001. 416 p. (In Russ.).
11. Kelzen G. Judicial guarantee of the Constitution (constitutional justice). Part 1. Pravo i politika, 2006, no 8, pp. 5 – 14. (In Russ.).
12. Alexi R. The concept and validity of law (response to legal positivism). Moscow, Infotropic Media 2011. 192 p. (In Russ.).
13. Borisevich M.M. Criteria for distinguishing legal and non-legal laws. Zakon i pravo. 2016, no 5, pp. 60 – 63. (In Russ.).
14. Tolstik V.A. Presumption of legality of regulatory legal acts. Yuridicheskaya tekhnika. 2010, no № 4, pp. 546 – 551. (In Russ.).
15. Kameneva E.N. Defect Acts of the Legislative and Executive Authorities. Cand. Diss. Thesis. Moscow, 2002. 24 p. (In Russ.).
16. On the understanding of Soviet law. Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1979, no 7, pp. 56 – 74. (In Russ.).
17. Biryukov S.V. The concept of law between jurisprudence and sociology. Lex Russica. 2017, no 9, pp. 9 – 21. (In Russ.).
18. Biryukov S.V. On the issue of legal pluralism. Zhurnal rossijskogo prava, 2016, no 2, pp. 15 – 26. (In Russ.).
19. Paragraphs III.5 and IV.3 of the Fundamentals of the Social Concept of the Russian Orthodox Church. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>; 11.11.2018. (In Russ.).
20. Hodzhaeva E. The law is not legal, but it is the law. URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2016/06/30/647374-zakon-nepravovoi-no-eto-zakon>; 11.11.2018. (In Russ.).
21. Melnik V. Zorkin recognized the value of the Constitution and his powerlessness. URL: <http://sim-kr.ru/News/15531>; 11.11.2018. (In Russ.).
22. Biryukov S.V. Denial of law as a theoretical legal category. Cand. Diss. Thesis. Omsk, 2009. 22 p. (In Russ.).
23. Shafirov V.M. Naturally positive law: an introduction to the theory. Krasnoyarsk, Krasnoyarsk University Publ., 2004. 260 p. (In Russ.).
24. Zorkin V.D. Russian Constitution in the 21st Century. Moscow, Norma Publ., 2008. 594 p. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Бирюков Сергей Викторович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: svbir@mail.ru
SPIN-код: 2496-9382; AuthorID: 195718

Бирюкова Татьяна Александровна – советник
Главное государственное-правовое управление Омской области
644007, Россия, г. Омск, ул. Кемеровская, 115
e-mail: tabir84@mail.ru

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Sergey V. Biryukov – PhD in Law, Associate Professor; Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: svbir@mail.ru
SPIN-code: 2496-9382; AuthorID: 195718

Tatyana A. Biryukova – consultant
General State Legal Department of Omsk Region
115, Kemerovskaya ul., Omsk, 644007, Russia
e-mail: tabir84@mail.ru

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Бирюков С.В. Неправовой закон: проблемы его установления и применения (теоретический аспект) / С.В. Бирюков, Т.А. Бирюкова // Правоприменение. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 16–24. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).16-24.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Biryukov S.V., Biryukova T.A. Non-legal rules: problems of their determination and enforcement (theoretical aspect). *Pravoprименение = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 16–24. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).16-24. (In Russ.).

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Д.А. Авдеев

Тюменский государственный университет, г. Тюмень, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

12 августа 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Рассматриваются конституционные основы современной правовой политики. Исследуется генезис конституционных основ регулирования федеративных отношений, выделяется перечень неточностей в Конституции РФ, влияющих на российскую правовую политику. Делается вывод о необходимости выработки концепции правовой политики, которая является одним из элементов дальнейшего реформирования федеративных отношений.

Ключевые слова

Конституционализация, правовая политика, федеративные отношения, Конституция, демократизм, предметы ведения и полномочия, концепция, правоприменение

CONSTITUTIONALIZATION OF LEGAL POLICY IN MODERN RUSSIA

Dmitriy A. Avdeev

Tyumen State University, Tyumen, Russia

Article info

Received – 2018 August 12

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

Keywords

Constitutionalization, legal policy, Federal relations, Constitution, democracy, subjects of jurisdiction and authority, concept, law enforcement

The subject. The paper is devoted to the constitutional basis of modern legal policy.

The purpose of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that constitutional concept of legal policy is necessary basis of reform of legal relations between constituent entities in federative state.

The methodology of the study includes general scientific methods (analysis, synthesis, comparative method, description) as well as particular academic methods (formal-legal method, interpretation of legal acts).

The main results, scope of application. The emergence and further development of a legal policy based on constitutional provisions and norms continues to impact significantly on the organization of state and local authorities. Democracy, federalism, republicanism and legalism are the four components that can form the basis for the development of the doctrinal conception of legal policy aimed to the strategic development of these constitutional axiomatic postulates. In Russia there is no clearly defined "road map", which is based on the strategic planning of the constitutional system. The Constitution of the Russian Federation contains enough inaccuracies of both legal and technical and substantive nature.

Conclusions. It is necessary to develop a concept of legal policy. Such concept is necessary basis of reform of legal relations between constituent entities in federative state.

1. Введение

В настоящее время наметилась тенденция конституционализации тех или иных правовых институтов, а также придание общественно-политическим процессам и явлениям «конституционного» характера [1–5]. Это происходит во многом благодаря положениям Конституции Российской Федерации, которая вот уже на протяжении 25 лет задает вектор

развитие российского государства и общества, определяет правовую направленность законодательства.

Безусловно, ценность конституционных норм и положений очевидна для современного государства, и придание любым социально значимым процессам свойства конституционности, или как принято говорить «конституционализации», не вызы-

вает никаких сомнений и нуждается в поддержке и правоприменительной реализации.

2. Конституционная основа доктринальной концепции правовой политики

В связи с этим появление и дальнейшее развитие правовой политики [6–9], основанной на конституционных положениях и нормах, продолжает оказывать существенное влияние на организацию органов государственной власти и местного самоуправления [10; 11]. Основы конституционного строя составляют матрицу государственно-правовых отношений и содержат новую модель отечественной организации публичной власти, в основе которой лежат фундаментальные постулаты, выступающие в свою очередь конституционными характеристиками. Речь идет о провозглашении Российской Федерации как демократического, правового, федеративного государства с республиканской формой правления.

Демократизм должен проявляться, прежде всего, в создании условий для развития институтов непосредственной демократии и иных форм политического волеизъявления граждан, что в итоге определяет легитимность формируемых органов публичной власти различного уровня. Республиканская форма правления, будучи связанной с такой правовой категорией как «демократия» призвана обеспечивать политическую волю большинства избирателей при образовании органов государственной власти и местного самоуправления, сменяемость, ответственность и срочность их деятельности.

Однако, как известно определение к какому виду следует относить отечественную форму правления является предметом научных дискуссий. Большинство ученых-конституционалистов рассматривают Россию как «типичную президентско-парламентскую республику, в организации государственной власти которой весьма своеобразно сочетаются признаки как президентской, так и парламентской республики» [12, с. 300]. Тем не менее, установленная система организации публичной власти в стране должна отвечать не только свойству легитимности, но и исходя из вышесказанного обеспечивать легальность процедуры как образования органов публичной власти, так и их собственно деятельность.

Переход к действительно федерализму, предполагает гармоничное, сбалансированное размежевание компетенционных полномочий между федеральным центром и регионами, установление принципов и параметров взаимодействия между федеральными и органами государственной власти субъектов Федерации, основной целью которых яв-

ляется создание условий для обеспечения стабилизации политико-правовой обстановки, обеспечения прав и свобод человека и, социально-экономической ситуации, способствующих развитию субъектов Федерации.

Провозглашение Российской Федерации правовым государством, означает не просто признание верховенства права и законодательства над какими-либо иными постулатами и догмами идеологического, религиозного и иного характера, способные подрывать установленный законодательством правопорядок, а доминирование идеи права как социальной ценности в обществе, без преувеличения конечно же его роли и абсолютизации, во избежание иной крайности – правового идеализма.

Таким образом, вышеназванные конституционные характеристики Российской Федерации – демократизм, федерализм, республикализм и легизм (в данном контексте идея правового государства и верховенства права) представляют собой четыре компонента, которые могут лечь в основу разработки доктринальной концепции правовой политики, целью которой будет определение стратегического развития этих конституционных аксиоматических постулатов правовой системы Российской Федерации.

3. Генезис конституционных основ правовой политики

В настоящее время мы не имеем четко выраженной так называемой «дорожной карты», в основе которой лежало бы стратегическое планирование развития конституционного строя. Конституционная концепция претворения в жизнь принципов демократизма, федерализма, республикализма и легизма востребовано сейчас для дальнейшего развития указанных принципов в современной России. Если к примеру, взять проблематику российского федерализма, то она во многом обусловлена, по нашему мнению, отсутствием четко доктринально разработанной, социально-экономическим выверенной, политически выдержанной такой концепции.

Трансформация федеративных отношений, начавшаяся в начале 90-х годов прошлого века, привела к дестабилизации федеративных отношений, что нашло отражение в сепаратистских тенденциях многих республик в составе РСФСР вплоть до отделения и образования самостоятельных государств. Камнем преткновения стали вопросы разграничения предметов ведения и полномочий, что вынудило федеральный центр заключить с субъектами Федерации 31 марта 1992 года Федеративный Договор, в котором были обозначены рамки распределения их ком-

петенционных полномочий в зависимости от особенностей правового статуса субъекта Федерации.

Принятие Конституции Российской Федерации в 1993 году также сопровождалось политическим противостоянием, приведшим к вооруженному столкновению в октябре того же года, между сторонниками Президента и Верховного Совета РСФСР.

Работу Конституционного Сопреждения также нельзя признать полностью успешной и эффективной, так как многие вопросы приходилось решать, выбирая компромиссный вариант, согласованный между различными заинтересованными политическими силами, а часть вопросов после их конституционного закрепления послужили поводом к обращению в Конституционный Суд за их разъяснением и толкованием в силу неясности, обусловленной юридико-техническим содержанием той или иной конституционной нормы (при этом практика толкований Конституционным Судом быстро была свернута).

4. Неточности Конституции РФ, оказывающие влияние на правовую политику

В Конституции Российской Федерации, как показала первая четверть ее действия содержится ряд неточностей как юридико-технического, так и содержательного порядка [13]. В частности, в тексте Конституции Российской Федерации отсутствует ряд важных положений, требующих именно конституционной регламентации:

во-первых, прежде всего в Конституции не содержатся нормы, устанавливающие основы деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации, включая способы их образования и основы правового статуса;

во-вторых, отсутствуют положения, регламентирующие основания, принципы и порядок вмешательства в строго определенных случаях федерального центра для стабилизации обстановки или же правомерного поддержания режима конституционной законности в том или ином субъекте Федерации, как это предусмотрено многими федеральными конституциями зарубежных стран (Президентское правление в Индии, Федеральная интервенция в Бразилии, Федеральное принуждение в ФРГ и др.). В этой части слишком размыто выглядит положение части 4 статьи 78 российской Конституции, согласно которому Президент и Правительство Российской Федерации обеспечивают осуществление полномочий федеральной государственной власти на всей территории страны;

в-третьих, проблема распределения компетенционных полномочий Российской Федерации с од-

ной стороны и субъектов Федерации с другой, в отраженных в трех предметах ведения (исключительная компетенция Российской Федерации, совместная компетенция Российской Федерации с субъектами и собственно остаточная компетенция самих субъектов) является камнем преткновения на пути развития и модернизации федеративных отношений. Субъекты Российской Федерации по сути лишены собственных прерогатив для решения вопросов своего региона непосредственно. В данном аспекте сложно говорить о какой бы то ни было самостоятельности субъектов Федерации, да и децентрализации государственного управления в условиях федерализации. По верному замечанию М.В. Демидова «реальный федерализм невозможен без самостоятельной системы органов государственной власти субъектов» [14, с. 67]. Непроработанность модели федеративного устройства и разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами, вызваны неопределенностью модели российского федерализма;

в-четвертых, эффект «сложноустроенных» субъектов Федерации, выражающийся в особенности правового положения автономных округов, входящих в состав края или области;

в-пятых, в тексте Конституции ничего не говорится по сути об основах бюджетной, налоговой и финансовой политики Российской Федерации, равно как и об основах региональной политики, имеющих стратегическую направленность;

в-шестых, нерешенность относительно вида отечественной формы правления до сих пор порождает проблемы организации публичной власти в стране и приводит к возникновению иных вопросов, касающихся и компетенционного распределения полномочий как между высшими органами государственной власти, так и между федеральными и субъектными органами государственной власти. И это еще далеко не весь перечень вопросов, которые должны быть регламентированы и решены в ходе разработки Конституции Российской Федерации.

5. Выводы

Таким образом, очень много нерешенных проблем и вопросов остается на сегодняшний день, и затягивание с их решением только лишь ухудшают сложившуюся ситуацию по дальнейшему развитию федеративных начал, установленных в Конституции Российской Федерации. Думается верным будет утверждение, что именно нормы Конституции должны содержать основу правового статуса органов государственной власти, а именно – способ их

образования, принципы функционирования и взаимодействия с иными публичными органами управления и власти. Наличие подобных конституционных норм обеспечит определенную стабильность в системе органов государственной власти федерального и регионального уровней.

Как мы видим, отсутствие полноценной концепции правовой политики заметным образом сказывается в деятельности органов государственной власти Федерации и ее субъектов, развитии институтов демократии и воплощение идеи правового государства. Полагаем, что настало время для выработки концепции правовой политики, которая будет являться одним из элементов дальнейшего реформирования федеративных отношений, основанных, прежде всего, на отечественном опыте функционирования публичных органов власти и управления. К

примеру, проводимая в отношении субъектов Российской Федерации региональная правовая политика, реализуемая федеральным центром совместно с субъектами может основываться только на конституционных принципах организации публичной власти, конституционных нормах, предписывающих отношения между Российской Федерацией и ее субъектами при разграничении предметов ведения и полномочий, которые нуждаются в дополнениях и корреляции. Эти и другие вопросы должны найти отражение в конституционном тексте.

Следует отметить, что, существенное, на наш взгляд, отличие правовой политики, проводимой в советский период заключается в том, что в настоящее время, такая политика возможна только если она основана на конституционных положениях и нормах.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Кравец И.А. Российская Конституция и конституционализация правового порядка (некоторые вопросы теории и практики) / И.А. Кравец // Журнал российского права. – 2003. – № 11. – С. 113–124.
2. Крусс В.И. Конституционализация права: основы теории / В.И. Крусс. – М.: Норма: Инфра-М, 2016. – 240 с.
3. Безруков А.В. Конституционализация правопорядка: сущность, реализация, условия / А.В. Безруков // Российская юстиция. 2016. № 5. С. 12–14.
4. Авдеев Д.А. Республиканский монархизм или конституционализация российской формы правления / Д.А. Авдеев // Вестник Тюменского государственного университета. – 2014. – № 3. – С. 54–62.
5. Авдеев Д.А. Конституционализация юридического мышления граждан как условие обеспечения прав человека / Д.А. Авдеев // Конституционное и муниципальное право. – 2017. – № 3. – С. 19–22.
6. Малько А.В. Теория правовой политики: монография / А.В. Малько. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 328 с.
7. Малько А.В. Правовая политика в субъектах Российской Федерации (Обзор материалов Международной научно-практической конференции, которая проходила в форме «круглого стола», журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь») / А.В. Малько, Н.В. Кроткова, К.А. Ишеков // Государство и право. – 2017. – № 3. – С. 105–119.
8. Правовая политика: словарь и проект концепции / под ред. А.В. Малько; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». – Саратов: Изд-во «Саратовская государственная академия права», 2010. – 276 с.
9. Исаков Н.В. Теория правовой политики / Н.В. Исаков, А.П. Мазуренко // Журнал российского права. – 2013. – № 1. – С. 130–133.
10. Малько А.В. Конституционная политика как особая разновидность правовой политики / А.В. Малько // Конституционное и муниципальное право. – 2010. – № 4. – С. 2–5.
11. Багаутдинова Ю.Б. Муниципально-правовая политика: понятие и особенности / Ю.Б. Багаутдинова, А.В. Малько // Государственная власть и местное самоуправление. – 2007. – № 5. – С. 16–18.
12. Конституционное право: университетский курс: учебник: в 2 т. Т. I / под ред. А.И. Казанника, А.Н. Костюкова. – М.: Проспект, 2015. – 432 с.
13. Авдеев Д.А. Юридическое качество Конституции Российской Федерации / Д.А. Авдеев // Современное право. – 2014. – № 8. – С. 18–25.
14. Демидов М.В. Исполнительная власть субъекта Российской Федерации: конституционно-правовой аспект ее статуса / М.В. Демидов // Конституционное и муниципальное право. – 2017. – № 1. – С. 62–65.

REFERENCES

1. Kravets I. A. The Russian Constitution and the constitutionalization of the legal order (some questions of theory and practice). *Zhurnal rossiyskogo prava = Journal of Russian law*, 2003, no. 11, pp. 113-124. (In Russ.).
2. Kruss V. I. Constitutionalization of law: fundamentals of theory. Moscow, Norma: Infra-M Publ., 2016. 240 p. (In Russ.).
3. Bezrukov A. V. Constitutionalization of the rule of law: the nature, implementation conditions. *Rossiyskaya yustitsiya = Russian justice*, 2016, no. 5, pp. 12-14. (In Russ.).
4. Avdeev D. A. Republican monocratic or the constitutionalization of the Russian form of government. *Vestnik Tyumenskogo gosudarstvennogo universiteta = Tyumen State University Herald*, 2014, no. 3, pp. 54-62. (In Russ.).
5. Avdeev D. A. Constitutionalization of legal thinking of citizens as a condition of ensuring human rights. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo = Constitutional and municipal law*, 2017, no. 3, pp. 19-22. (In Russ.).
6. Malko A. V. Theory of legal policy: Monograph. Moscow: Yurlitinform Publ., 2012. 328 p. (In Russ.).
7. Malko A.V., Krotkova N. In. Ishkov K. A. Legal policy in the constituent entities of the Russian Federation (Review of the materials Of the international scientific-practical conference, which was held in the form of "round table", "State and law" and "Legal policy and legal life"). *Gosudarstvo i pravo = State and law*, 2017, no. 3, pp. 105-119. (In Russ.).
8. Malko A.V. (ed.). Legal policy: dictionary and the project concept. Saratov, Publishing House "Saratov state Academy of law", 2010. 276 p. (In Russ.).
9. Isakov N. V., Mazurenko A. P. Theory of legal policy. *Zhurnal rossiyskogo prava = Journal of Russian law*, 2013, no. 1, pp. 130 - 133. (In Russ.).
10. Malko A.V. Constitutional policy as a special kind of legal policy. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo = Constitutional and municipal law*, 2010, no. 4, pp. 2-5. (In Russ.).
11. Bagautdinov, Y. B., Malko A. V. Municipal-legal policy: concept and characteristics. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie = The state power and local self-government*, 2007, no. 5, pp. 16-18. (In Russ.).
12. Kazannik A. I., Kostyukov A. N. Constitutional law: University course: textbook. Vol. 1. Moscow, Prospect Publ., 2015. 432 p. (In Russ.).
13. Avdeev D. A. The legal quality of the Constitution of the Russian Federation. *Sovremennoe pravo = Modern law*, 2014, no. 8, pp. 18-25. (In Russ.).
14. Demidov M. V. The executive power of the constituent entity of the Russian Federation: constitutional legal aspect of the status *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo = Constitutional and municipal law*, 2017, no. 1, pp. 62-65. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Авдеев Дмитрий Александрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права Института государства и права Тюменский государственный университет 625003, Россия, г. Тюмень, ул. Володарского, 6 e-mail: d.a.avdeev@utmn.ru SPIN-код: 4322-4682; AuthorID: 688180

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Dmitriy A. Avdeev – PhD in Law, Associate Professor, Department of Constitutional and Municipal Law, Institute of State and Law Tyumen State University 6, Volodarskogo ul., Tyumen, 625003, Russia e-mail: d.a.avdeev@utmn.ru SPIN-code: 4322-4682; AuthorID: 688180

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Авдеев Д.А. Конституционализация правовой политики в современной России / Д.А. Авдеев // Правоприменение. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 25–29. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).25-29.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Avdeev D.A. Constitutionalization of legal policy in modern Russia. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 25–29. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).25-29. (In Russ.).

ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

THE LAW ENFORCEMENT BY PUBLIC AUTHORITIES

УДК 347

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).30-42

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ РАВНЫХ УСЛОВИЙ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА ПОЛУЧЕНИЕ ОБЩЕГО ОБРАЗОВАНИЯ

А.С. Матненко

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

15 сентября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Ключевые слова

Права граждан,

конституционное право, право

на образование, школьное

образование, общее

образование, образовательное

законодательство,

правоприменение

Исследуются вопросы правотворческой и правоприменильной практики, связанной с выбором гражданами Российской Федерации образовательных учреждений и программ при получении общего образования. Рассматриваются проблемы и конфликты, связанные с недостатками правового регулирования в этой сфере. Анализируется существующая в Российской Федерации «участково-территориальная» модель организации школьного образования, а также предусмотренные законодательством элементы конкурсного отбора при зачислении в школы. Охвачены как федеральный, так и региональный уровни правового регулирования, а также опыт зарубежных стран. Используются материалы судебной практики.

LEGAL PROBLEMS OF ENSURING EQUAL CONDITIONS FOR REALIZATION THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EDUCATION

Alexander S. Matnenko

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 September 15

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

Keywords

Citizens' rights, constitutional

right, right to education, school

education, General education,

educational legislation, law

enforcement

The subject of the paper is legal conditions for realization the constitutional right to education.

The purpose of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that legal measures of realization of the right to education that are used in developed foreign countries can be used in Russia to improve Russian educational legislation.

The methodology. General scientific methods as analysis, synthesis, induction, deduction, comparison were used. The author also uses the formal legal interpretation of Russian judicial decisions as well as comparative legal method.

The main results and scope of their application. The court decisions supporting the principle of territorial consolidation of schools indicate that this principle does not exclude the possibility of citizens not residing in the fixed territory to enter the school of their choice. However, the implementation of this feature, due to the lack of legislative regulations of the procedure, can cause bias, corruption and other abuses of constitutional right to education. Inequality children's opportunities to enter the school due to their place of residence persists in the individual selection process. Situations where there are no clear and consistent rules for the provision school education inevitably generates numerous violations of citizens' rights and inequality based on the financial situation of parents. In Russia, there is no "waiting list", when children wishing to enroll in a particular school, would be taken to the vacant place. Accordingly, the adoption of such decisions by school administrations also lies in the plane of subjective discretion and causes corruption risks. China's experience is inter-

esting because there are transparent, equal conditions for legal attraction of extra-budgetary funds to the school system, which do not turn access to education in the best schools into a corruption scheme or competition of parents' incomes and do not infringe the rights of those who seek to enter them on the basis of their own achievements and knowledge. Speaking about the British experience, it is interesting to note that the lack of vacancies in the school itself can not be a reason for refusing to enroll a child in school.

Conclusions. The legal experience of developed countries, such as the United Kingdom, Germany, Austria, Japan, China, in regulating the grounds and procedures for the provision of school education can be successfully applied in order to improve the Russian legislation, which establishes the legal mechanisms for the implementation of the constitutional right to education.

1. Введение

В отличие от сегмента дошкольного образования школы в России формально полностью покрывают потребность в предоставлении образовательных услуг. В тех населенных пунктах, где школы отсутствуют либо работают в режиме начального общего образования, органы местного самоуправления обязаны организовать подвоз учащихся до школ, оказывающих необходимые образовательные услуги.

Однако отсутствие дефицита мест в системе российского школьного образования не снимает остроты проблемы равенства возможностей в рамках этой системы. Очевиден тот факт, что качество образовательных услуг, предоставляемых школами, разное. Оно может отличаться разительно даже в учреждениях, расположенных через дорогу друг от друга. Такая ситуация типична не только для России [1].

Разумеется, спрос на получение образовательных услуг лучшего качества высок и превышает доступное предложение. Каким образом законодательство регулирует доступ граждан к получению школьного образования?

2. Регулирование доступа к школьному образованию в России

Так же, как и в случае с дошкольным образованием, здесь действует базовый принцип территориального преимущества. На основании части 3 статьи 67 Федерального закона от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об образовании № 273-ФЗ) за каждой школой закрепляется территориальный участки, проживающие на которых граждане обеспечиваются местами в школе в приоритетном порядке [2, с. 240; 3 с. 66; 4, с. 310].

2.1. Территориальное закрепление школ

Включению в закон указанной нормы предшествовала весьма неоднородная судебная практика, которая в том числе выражала позицию о недопустимости предоставления преимуществ при выборе об-

щеобразовательного учреждения по признаку территории проживания.

Судами общей юрисдикции были признаны недействующими положения нормативных правовых актов ряда субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, устанавливающих приоритеты при приеме детей в первый класс. Так, решением Московского городского суда от 13.04.2011 по заявлению прокурора города Москвы были признаны противоречащими федеральному законодательству и недействующими положения статьи 11 Закона города Москвы № 14 «Об общем образовании в городе Москве», согласно которым в первые классы государственных образовательных учреждений в первую очередь принимаются дети, проживающие в домах, расположенных в непосредственной близости от соответствующего образовательного учреждения; дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей; дети из многодетных семей; дети, имеющие братьев и сестер, обучающихся в данном образовательном учреждении; дети, которым федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами города Москвы предоставлено преимущественное право при приеме в государственные образовательные учреждения, реализующие основную общеобразовательную программу соответствующего уровня.

В отсутствие законодательно установленных правил, регулирующих порядок приема детей в школы в условиях, когда количество желающих превышает количество доступных мест, отмена территориального приоритета породила крайне напряженную и конфликтную ситуацию, прежде всего в крупных российских городах [5]. Вот как ее описывает журналист «Российской газеты»:

«Жесткий боевик под условным названием “Кто прорвется в первый класс?” с начала этого года страна смотрела практически в прямом эфире. В но-

востных выпусках периодически появлялись сюжеты, похожие как близнецы-братья. Издерганные взрослые сутками штурмовали школы, вставая в огромные очереди затемно. Писали забытые списки, раздавали номерки и успокаивающие таблетки. Нервные граждане из очередей просто хотели записать в школы своих чад. Но желающих, как водится, было много. А мест в первых классах оказалось вдруг мало. Поэтому градус возмущения в этих очередях рос день ото дня. Доходило до оскорблений, а в особо нервных случаях до мордобоя и милиции. В телевизионных сюжетах менялись только названия школ и городов. А очереди были везде одинаковы. Но самые большие и скандальные битвы за право прийти в "свою" школу оказались в Москве¹.

Спорное решение Мосгорсуда было обжаловано в кассационном порядке Московской городской думой и отменено определением Верховного суда Российской Федерации 15 июня 2011 года. В определении отмечено, что правовое регулирование, при котором каждому гарантировано право на поступление в первый класс того образовательного учреждения, которое расположено в непосредственной близости от его места жительства, не может расцениваться как дискриминационное, ограничивающее право на общедоступное образование. Иное регулирование, по мнению высшей судебной инстанции, напротив, с определенной долей вероятности допускало бы возможность отказа в приеме в первый класс по мотивам отсутствия свободных мест детям, проживающим рядом со школой, умаляя право ребенка на доступность образования (в том числе доступность пешеходную).

Точка в спорах о территориальном закреплении школ была поставлена федеральным законодателем в Федеральном законе от 8 ноября 2011 года № 310-ФЗ «О внесении изменений в статьи 16 и 31 Закона Российской Федерации «Об образовании» в части обеспечения территориальной доступности муниципальных образовательных учреждений». Согласно внесенным изменениям правила приема граждан в муниципальные образовательные учреждения для обучения по основным общеобразовательным программам начального общего, основного общего и среднего (полного) общего образования должны обеспечивать прием в указанные образовательные учреждения граждан, которые проживают на территории муниципального района, городского округа,

закрепленной соответствующими органами местного самоуправления за конкретным муниципальным образовательным учреждением, и имеют право на получение общего образования. Чуть позже в несколько видоизмененной формулировке эта норма была включена в новый, действующий в настоящее время Федеральный закон об образовании № 273-ФЗ.

Правила, о которых идет речь в вышеназванной норме, определены Приказом Минобрнауки России от 22 января 2014 г. № 32 «Об утверждении Порядка приема граждан на обучение по образовательным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования» (далее – Порядок). В соответствии с пунктом 14 Порядка прием заявлений в первый класс для граждан, проживающих на закрепленной территории, начинается не позднее 1 февраля и завершается не позднее 30 июня текущего года. Для детей, не проживающих на закрепленной территории, прием заявлений в первый класс начинается с 1 июля текущего года до момента заполнения свободных мест, но не позднее 5 сентября текущего года.

Таким образом, дети, не проживающие на закрепленной территории, отсекаются от «не своей» школы датой подачи заявления, с наступлением которой вакантные места могут отсутствовать или иметь крайне ограниченное количество. По сути, территориальный принцип означает достаточно жесткую сегрегацию российских школьников, основанную в том числе на имущественном признаке. Как правило, лучшие школы, имеющие богатые традиции, расположены в престижных, наиболее привлекательных для проживания районах и частях населенных пунктов (исторических центрах, районах элитной застройки и т. п.). Соответственно, приоритетную, а иногда и исключительную возможность поступления в такие школы имеют дети из семей с высоким уровнем социального и материального положения.

Критерии определения границ территорий, закрепляемых за школами, законодательством прямо не определены. СанПиН 2.4.2.2821-10 «Санитарно-эпидемиологические требования к условиям и организации обучения в образовательных учреждениях» определил нормативные расстояния пешеходной доступности общеобразовательных организаций в зависимости от типа местности и строительно-климатической зоны (от 300 метров к городской местности, до 4 км в сельской). Однако данные нормативы

¹ Козлова. Н. Первоклассное решение // Российская газета. Федеральный выпуск № 5505 (129) от 17.06.2011.

предназначены для проектирования и строительства школ и, строго говоря, не рассчитаны на процесс принятия решений об определении школьных микрорайонов. Несмотря на то, что Верховный суд Российской Федерации в рамках рассмотрения дела по обжалованию вышеупомянутого решения Московского городского суда от 13 апреля 2011 г., указал на более широкое значение положений СанПиН, связав их с необходимостью территориального закрепления школ в интересах охраны здоровья детей, сами по себе эти положения не могут разрешить коллизии, возникающие при установлении границ школьных микрорайонов. В частности, они не дают ответа на вопрос, как быть в том случае и по какому принципу выбирать дома для закрепления, если школа не в состоянии обеспечить прием всех детей, зарегистрированных на территории в пределах установленного радиуса (300 или 500 метров). По какому принципу производить закрепление, если в установленном радиусе расположено несколько школ? Поэтому нередко решения по конкретным участкам вызывают вопросы и недовольство со стороны граждан. Например, в случаях закрепления дома не за близлежащей, а за более удаленной школой. Гарантии того, что ребенок получит возможность зачисления в территориально ближайшую к нему школу, законодательством не установлены.

Показательны в этом смысле примеры из судебной практики в Пермской и Челябинской области.

В 2012 году многие жители г. Пермь были возмущены установленным в городе территориальным распределением школ. В результате принятого решения значительное количество детей было лишено возможности поступления в территориально наиболее близкие школы, их дома закреплялись за школами, расположенными на расстоянии километр и более, с необходимостью пересечения проезжей части. При этом имела значительная несоразмерность в распределении закрепленных мест за гимназиями, лицеями, школами с углубленным изучением предметов, с одной стороны, и за обычными школами с другой².

Прокурор г. Пермь обратился в суд с заявлением о признании недействующим с момента принятия Перечня территорий г. Пермь, закрепленных за муниципальными общеобразовательными учреждениями, утвержденного Постановлением Администрации города Пермь от 30 марта 2012 г. № 132.

Прокурор полагал, что «Перечень», нарушает права граждан на получение общедоступного основного образования, поскольку за частью образовательных учреждений закреплена значительная часть территории города Перми, а за другой частью образовательных учреждений - незначительная территория города Перми. В соответствии с распоряжением начальника Департамента образования администрации города Перми от 06.04.2012 г. № СЭД-084) 1-26-143 организован учет детей, подлежащих обязательному обучению в образовательных учреждениях реализующих программы общего образования, в связи с чем проведен анализ количества детей, проживающих на закрепленных территориях за образовательными учреждениями и количестве мест в первых классах, из которого следует, что количество мест для приема детей в первый класс недостаточно в тех образовательных учреждениях, за которыми закреплена значительная городская территория и количество детей, проживающих на данной территории, превышает количество мест в первых классах, установленных муниципальным заданием. В тоже время, указал прокурор, за частью образовательных учреждений, занимающихся либо углубленным изучением отдельных предметов, либо обеспечивающих дополнительную (углубленную) подготовку обучающихся по предметам гуманитарного, технического или естественно-научного профиля (статусные образовательные учреждения) закреплена незначительная часть территории и количество проживающих на данной территории детей, заведомо не покрывает потребность школы в первоклассниках. Кроме того, при закреплении территории города Перми за образовательными учреждениями не учтены требования СанПиН 2.4.2.2821-10 о территориальной доступности образовательных учреждений для детей, которая должна составлять не более 0.5 км.

Решением Ленинского районного суда г. Пермь от 28 января 2013 года в удовлетворении заявления прокурора г. Пермь отказано. Апелляционная инстанция (Пермский краевой суд) оставила решение в силе. В своих актах суды указали, в том числе на то, что п. 2.4 Раздела II, СанПиН 2.4.2.2821-10, которым предусмотрено, что при проектировании и строительстве городских общеобразовательных учреждений рекомендуется предусмотреть пешеходную доступность учреждений, расположенных на расстоянии от 0.3 до 0.5 км., относится к проектируемым и

² Подробно об этой ситуации см.: Соколова Т. Первый класс выбрали за вас // Пермский обозреватель. № 15 (565) от

14 апреля 2012 года; Суворова И. Правила черчения // «Российская газета – Неделя» – Пермский край № 6031.

строящимся школам, тогда как в рассматриваемом случае речь идет о функционирующих школах.

В 2014 году Советский районный суд г. Челябинска рассмотрел дело по иску прокурора города Челябинска к администрации города Челябинска о признании незаконным, недействующим и отмене пункта 1 распоряжения администрации города Челябинска № 1077 от 27 февраля 2013 года о закреплении территорий за муниципальными образовательными учреждениями города Челябинска. В иске указывалось, что ряд жилых домов необоснованно, в нарушение требований СанПиН 2.4.2821-10 закреплен за образовательными учреждениями, расположенными на расстоянии от 0.6 до 1-48 км. Также в иск содержал доводы о дискриминационном характере пункта 1 оспариваемого распоряжения администрации, как нарушающего права граждан на общедоступное образование и указывал на преюдиции Определения Верховного Суда Российской Федерации № 5-Г11-106 от 15 июня 2011 года при разрешении гражданского дела по существу. Однако суд в удовлетворении иска отказал, так же, как и пермские суды, указав на рекомендательный характер требований пункта 2.4 СанПиН 2.4.2.2821-10 и их распространение на проектирование и строительство городских общеобразовательных учреждений, невозможность применения к ранее построенным зданиям общеобразовательных учреждений. Челябинский областной суд поддержал выводы суда первой инстанции.

Иными словами, какие-либо основания для судебной защиты прав граждан в связи закреплением жилых территорий за школами практически отсутствуют. Во-первых, органы местного самоуправления при принятии решений не связаны нормативными требованиями об условиях и критериях закрепления территорий. Во-вторых, как указал Пермский краевой суд в апелляционном определении от 17.04.2013 по делу N 33-3486 об оспаривании постановления Администрации города Перми от 30.03.2012 г. № 132 «О закреплении территории города Перми за муниципальными общеобразовательными учреждениями», определяющее значение для разрешения данного спора имеет то обстоятельство, что оспариваемое «Постановление» не регламентирует порядок и основания приема детей в образовательные учреждения. Соответственно, данное «Постановление» не содержит и не может содержать положения, ограничивающие возможность реализации гражданами права на получение общедоступного среднего образования.

Вывод более чем спорный, но это вывод суда.

Точку в данном вопросе поставил Верховный суд Российской Федерации, который 16 сентября 2015 г. (определение № 5-АПГ15-55) рассмотрел апелляционную жалобу жительницы Москвы Анны Рябовой, которая просила отменить с момента принятия приложения к приказу столичного департамента образования от 22 ноября 2013 г. № 804 «О закреплении образовательных организаций за микрорайонами (территориями) города Москвы». Документ, в частности, закрепляет за расположенной рядом с МГУ гимназией № 1514 всего два близлежащих жилых дома. Дом, в котором зарегистрирована дочь заявительницы, находится в 30 м от учебного заведения, но, как и еще более 60 домов микрорайона, приписан к другой, более отдаленной и менее престижной школе. В результате семья, специально купившая квартиру в доме напротив выбранной ими гимназии, не смогла записать туда ребенка. Как указала высшая судебная инстанция в своем определении, «довод заявителя о том, что многоквартирный дом, в котором проживает дочь Рябовой А.П., расположен на территории, за которой закреплена иная образовательная организация (ГБОУ № 118), не свидетельствует о том, что такое распределение противоречит требованиям законодательства. Как усматривается из материалов дела и установлено судом, пешеходная доступность ГБОУ № 118 и Гимназии № 1514 находится в одном диапазоне, предусмотренном санитарно-эпидемиологическими требованиями к условиям организации обучения в общеобразовательных организациях, утвержденными постановлением Главного государственного врача Российской Федерации от 29 декабря 2010 года № 189».

Как правило, в судебных решениях, поддерживающих принцип территориального закрепления школ, указывается на то, что данный принцип не исключает возможность граждан, не проживающих на закрепленной территории, поступить в школу по своему выбору.

2.2. Спорные вопросы зачисления в школы

Однако реализация этой возможности, в силу отсутствия в законодательстве норм о порядке распределения между детьми «дефицитных» школьных мест, лежит в плоскости отношений, предельно уязвимой с точки зрения применения субъективного подхода, коррупционных и других злоупотреблений.

Федеральное регулирование в этой части ограничено возложением на образовательную организацию обязанности проинформировать население о наличии свободных мест для приема детей, не проживающих на закрепленной территории, не позднее

1 июля (на информационном стенде, официальном сайте в сети Интернет, в средствах массовой информации).

Установлено также, что для таких детей прием заявлений в первый класс начинается с 1 июля текущего года до момента заполнения свободных мест. Указанная норма, при отсутствии других конкретизирующих правил, оставляет целый ряд вопросов. В каком порядке фиксируется время подачи заявления? Каким периодом времени определяется момент заполнения свободных мест? В каком порядке информируются граждане о наступлении этого момента? Что считать заполнением свободного места: подачу гражданином заявления или издание распорядительного акта о зачислении ребенка в школу?

Из текста Порядка не вполне ясен также срок издания распорядительного акта о зачислении «незакрепленных» детей в школу.

В соответствии с пунктом 14 Порядка зачисление оформляется распорядительным актом в течение 7 рабочих дней после приема документов. Однако из текста не понятно, относится это ко всем детям, или только проживающим на закрепленной территории. И что значит – «после приема документов»: после приема отдельного взятого заявления или после наступления предельного срока для подачи заявлений?

Еще большую неопределенность вносит пункт 16 Порядка, согласно которому при приеме на свободные места детей, не проживающих на закрепленной территории, преимущественным правом обладают дети граждан, имеющих право на первоочередное предоставление места в образовательную организацию в соответствии с законодательством Российской Федерации и нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации. Сам термин «первоочередное» предполагает наличие некой «очереди», в том время как «очередь» в данном случае не формируется.

Еще более неопределенный характер носит положение пункта 4 статьи 67 Федерального закона об образовании № 273-ФЗ:

«В случае отсутствия мест в государственной или муниципальной образовательной организации родители (законные представители) ребенка для решения вопроса о его устройстве в другую общеобразовательную организацию обращаются непосредственно в орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, осуществляющий государ-

ственное управление в сфере образования, или орган местного самоуправления, осуществляющий управление в сфере образования».

Порядок рассмотрения уполномоченными органами управления таких обращений, условия распределения ими мест в общеобразовательных организациях нормативно не урегулированы.

3. Рыночная экономика и доступ к образованию

Ситуации, когда отсутствуют ясные, непротиворечивые правила предоставления мест в школах, с неизбежностью порождает многочисленные нарушения прав граждан, неравенство, основанное на материальном положении родителей [7–12]. Значительное распространение получили факты зачисления детей при условии перечисления добровольных денежных пожертвований в фонд школы. Судя по тем фактам, которые находят отражение в средствах массовой информации, так называемые «вступительные взносы» в школу могут достигать несколько сотен тысяч рублей. Так, в Москве вступительные взносы (легальный и нелегальный) колеблются от пяти до трехсот тысяч рублей. На Западе и Юго-Западе столицы они достигают максимальной цифры³.

Явление приобрело столь значительные масштабы, что на него вынужден был отреагировать Президент Российской Федерации на встрече с активом партии «Единая Россия» 28 апреля 2011 года. В диалоге с матерью троих детей, лишенной возможности устроить ребенка в близлежащую школу, Д.А. Медведев назвал сложившуюся ситуацию «игрой без правил», а поборы с родителей «цивилизованной формой взятки».

На повсеместное распространение незаконных денежных сборов с родителей под видом благотворительной помощи и добровольных пожертвований на протяжении многих лет указывают органы прокуратуры. Дважды (в 2005 и 2010 годах) Генеральная прокуратура Российской Федерации по итогам проведенных проверок вносила представления Министру образования и науки Российской Федерации А. Фурсенко об устраниии данных нарушений. Однако за последние восемь лет положение существенным образом не изменилась, о чем свидетельствуют результаты многочисленных прокурорских проверок в различных регионах России: Самарская область, Приморский край, Забайкальский край, Республика Калмыкия и др.

Сложность выхода из сложившейся ситуации, изменения ее по существу заключается в том, что по

³ Янс Г. Страшный урок Андрея Кудоярова // Московский комсомолец, № 25769 от 12 октября 2011.

закону образовательным организациям не запрещено принимать благотворительную финансовую помощь, а любой гражданин или организация вправе ее оказывать, что гарантировано Федеральным законом от 11 августа 1995 года № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях». Претензии к администрации школы могут возникнуть только при наличии в ее действиях формальных признаков принуждения родителей к внесению денежных взносов: предоставление им договоров или квитанций с заранее определенными суммами, заключение договоров и тому подобное. В том же случае если соблюдена видимость добровольности и документы оформлены надлежащим образом у прокуратуры и других правоохранительных органов нет оснований для принятия мер реагирования. При отсутствии четко определенных правил это создает почву для практически безнаказанной купли-продажи мест в образовательных организациях.

Кроме того, объектом купли-продажи стало место «прописки» (регистрации), дающее право на зачисление ребенка в желаемое образовательное учреждение. О масштабах этого «бизнеса» свидетельствует статистика: например, в г. Екатеринбурге в 2017 году с 1 по 10 февраля за первые десять дней периода приема заявлений по территориальному принципу более трети (36 процентов) зачисленных первоклассников имеют временную регистрацию; в некоторых школах их доля достигает 70 процентов. Называется и стоимость такой регистрации от 4 тысяч рублей до 50 тысяч рублей. В Новосибирске можно купить «школьную прописку» за 7 тысяч рублей, в Красноярске – за 5 тысяч⁴.

Также неурегулированным остается вопрос о заполнении в школах вакантных мест, образующихся в течение учебного года вследствие перехода ученика в другую школу или иных обстоятельств. В России нет такого понятия как «лист ожидания», находящиеся в котором дети, желающие поступить в ту или иную школу, принимались бы на освободившееся место. Соответственно, принятие таких решений администрациями школ также лежит в плоскости субъективного усмотрения и коррупционных рисков.

4. Исключения из принципа территориального закрепления школ

Единственный механизм, дающий школьнику возможность выбора школы, исходя из его способ-

ностей, академических достижений, предусмотрен пунктом 5 статьи 67 Федерального закона об образовании № 273-ФЗ, допускающем проведение индивидуального отбора при приеме либо переводе в государственные и муниципальные образовательные организации для получения основного общего и среднего общего образования с углубленным изучением отдельных учебных предметов или для профильного обучения в случаях и в порядке, которые предусмотрены законодательством субъекта Российской Федерации.

Приведенная норма, хотя и не содержит прямого исключения из принципа приоритета места проживания при приеме в школу, но все же создает конкурентную основу доступа граждан к обучению в специализированных классах. Ее большим недостатком является отсылочный характер, в полном объеме передающий правовое регулирование этого важнейшего вопроса, включая саму возможность отбора, на уровень регионального законодательства.

Анализ нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации показывает ошибочность такого подхода федерального законодателя, поскольку какой-либо стройной, законченной, а тем более единообразной системы государственных гарантий справедливого и равноправного отбора школьников на региональном уровне не сложилось.

Прежде всего следует отметить, что только в единичных случаях основания и порядок отбора регулируются законами субъектов Российской Федерации. В абсолютном большинстве регионов соответствующие полномочия закреплены за органами исполнительной власти, которые, в свою очередь нередко, передают решение ключевого вопроса – о критериях конкурсного отбора – на уровень непосредственно образовательных учреждений. Например, полностью отсылочный в этой части характер имеет постановление Правительства Пензенской области от 12 сентября 2014 года № 641-п «Об утверждении случаев и порядка организации индивидуального отбора при приеме либо переводе в государственные и муниципальные образовательные организации Пензенской области для получения основного общего и среднего общего образования с углубленным изучением отдельных учебных предметов или для профильного обучения». Согласно пункту 7 утвержденного им Порядка критерии проведения индивидуального отбора несовершеннолетних

⁴ Дубичева К. Первоклашка Мишка, где твоя прописка? // Российская газета. Федеральный выпуск № 7204 (38) от 20.02.2017.

граждан устанавливаются образовательной организацией самостоятельно и утверждаются распорядительным актом образовательной организации.

Похожие отсылочные положения имеют нормативные правовые акты Архангельской, Амурской, Мурманской, Нижегородской, Тюменской, Свердловской, Тульской, Рязанской, Воронежской и ряда других областей.

Как следствие, формы и условия индивидуального отбора могут различаться не только по регионам, но и по школам одного населенного пункта. При этом нередко школьники информируются об этом за 10-30 дней до дня отбора, что крайне ограничивает время для подготовки.

На практике далеко не все школы, имеющие классы с углубленным изучением отдельных предметов или профильные классы, проводят индивидуальный отбор в них. При этом законодательство не дает ясного ответа на вопрос является ли проведение отбора в таком случае правом или обязанностью школы.

Лишь в некоторых субъектах Российской Федерации предусмотрено утверждение органами управления образованием перечня образовательных организаций, в которых проводится индивидуальный отбор.

Формально декларируемый конкурентный принцип отбора, тем не менее, как правило, не исключает территориального ценза. В большинстве случаев утвержденные порядки содержат ограничения для лиц, обучающихся в других школах, и преимущества для тех детей, которые уже обучаются в организации, осуществляющей отбор, или факт проживания на закрепленной территории. Например, в соответствии с пунктом 5 статьи 4 Закона Хабаровского края от 30 октября 2013 года № 316 при принятии решения об индивидуальном отборе, в случае превышения количества поданных заявлений над общим количеством мест в классе (классах) с углубленным изучением отдельных учебных предметов или в классе (классах) профильного обучения и при равенстве показанных обучающимися результатов тестирования (собеседования) по соответствующим

учебным предметам или результатов государственной итоговой аттестации по профильным предметам, учитывается проживание обучающегося на территории, закрепленной за образовательной организацией. В Новгородской области прием обучающихся в образовательные организации, реализующие общеобразовательные программы углубленного изучения отдельных учебных предметов и (или) профильного обучения осуществляется вне зависимости от места жительства обучающихся только при наличии свободных мест⁵.

Согласно пункту 10 Порядка, установленного постановлением Правительства Республики Коми от 4 апреля 2014 года № 137, прием в образовательную организацию обучающегося из другой образовательной организации, реализующей общеобразовательную программу соответствующего уровня, осуществляется при наличии свободных мест.

Аналогичные положения, предоставляющие право учащимся других школ участвовать в отборе только по остаточному принципу (при наличии свободных мест), содержатся в нормативных правовых актах Приморского, Краснодарского краев, Волгоградской, Омской областей и многих других регионов.

Законодательство субъектов Российской Федерации при этом не содержит требований по минимальным квотам мест, на которые могли бы претендовать учащиеся других образовательных организаций.

В Свердловской области провозглашено, что комплектование классов с углубленным изучением отдельных предметов, классов профильного обучения производится независимо от места проживания обучающихся⁶. Однако образовательные организации самостоятельно устанавливают квоты приема учеников из других школ⁷.

Таким образом, неравенство возможностей детей, обусловленное местом их проживания, сохраняется и при проведении индивидуального отбора в школы.

Существуют и другие ограничения дискриминационного характера. Например, в соответствии с

⁵ Пункт 4 Порядка организации индивидуального отбора обучающихся при приеме либо переводе в государственные и муниципальные образовательные организации, расположенные на территории Новгородской области, для получения основного общего и среднего общего образования с углубленным изучением отдельных учебных предметов или для профильного обучения, утвержденного Постановлением Правительства Новгородской области от 12 августа 2014 года № 429.

⁶ Пункт 3 Порядка организации индивидуального отбора при приеме либо переводе в государственные образовательные организации Свердловской области и муниципальные образовательные организации для получения основного общего и среднего общего образования с углубленным изучением отдельных учебных предметов или для профильного обучения, утвержденного постановлением Правительства Свердловской области от 27 декабря 2013 года № 1669-ПП.

⁷ См., напр., приказ директора Гимназии № 9 г. Екатеринбург № 18 от 25 февраля 2015 года.

пунктом 6 порядка индивидуального отбора, утвержденного постановлением Правительства Республики Хакасия от 31 декабря 2014 года № 732, перевод обучающегося из другой образовательной организации в образовательную организацию для получения основного общего и среднего общего образования с углубленным изучением отдельных предметов осуществляется в случае реализации первой общеобразовательных программ соответствующего уровня. То есть право на перевод обусловлено не академическими достижениями и способности индивида, а фактом обучения в школе, реализующей аналогичные образовательные программы.

В несколько видоизменном виде (в качестве преимущества при поступлении) данное условие определяется в нормативных правовых актах большинства субъектов Российской Федерации. В частности, в Тюменской области преимущественным правом приема либо перевода на обучение в образовательные организации (классы) пользуются обучающиеся, принимаемые в образовательную организацию в порядке перевода из другой образовательной организации, если они получали основное общее или среднее общее образование в классе с углубленным изучением соответствующих отдельных учебных предметов либо в классе соответствующего профильного обучения (пп. 3 п. 27 Порядка).

Отдельно следует остановиться на вопросе о формах и критериях индивидуального отбора. Законодательство субъектов Российской Федерации предусматривает, в основном, две формы отбора:

- 1) по существующим достижениям, подтверждаемым документально;
- 2) по результатам специальных вступительных испытаний.

Иногда предусматривается только одна форма отбора, иногда – их сочетание. Кроме того, как уже отмечалось, используются критерии, характеризующие не личность ребенка, а место его жительства или учебы.

Первая форма отбора потенциально имеет под собой достаточно объективную основу. Значительным шагом вперед стало внедрение с 2017 года в российских школах промежуточной аттестацией выпускников младшей школы (окончивших четыре класса). Аттестация проводится в централизованном порядке, на принципах, схожих ЕГЭ, с использованием единых контрольно-измерительных материалов и методик, что обеспечивает сопоставимость ее результатов. Однако действующие нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, устанавливающие пра-

вила отбора, за редкими исключениями, фактически игнорируют показатели аттестации либо учитывают их в системе с другими показателями успеваемости и достижениями учащегося, которые носят более субъективный характер. Показатели успеваемости не всегда отражают реальный уровень подготовки учащихся. Реальная «цена» оценок может существенно отличаться и ученики школ с более высоким уровнем требований к знанию и объективности в их оценке могут оказаться в невыгодных условиях при проведении индивидуального отбора.

Что касается второй формы отбора - специальных вступительных испытаний, - то нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации их процедуры и содержание не регулируются даже в части самых общих, принципиальных моментов, обеспечивающих объективность и равенство условий их проведения. Как правило, содержится только указание на вид испытания (например, собеседование или тестирование). Все остальное (принципы построения содержательной части испытания, темы или вопросы, критерии определения результатов и т. д.) в лучшем случае определяется локальными актами самой школы, а часто и вовсе не получает какого-либо документального закрепления. Это не только затрудняет качественную и на равных условиях подготовку к испытанию, но и создает широкие возможности для проявления субъективного и, не исключено, коррупционного, подхода к оценке его результатов.

Возможность доступа граждан к более качественному обучению снижается не только вышеперечисленными факторами, но и тем, что согласно нормативным требованиям обучение в школах с углубленным изучением отдельных предметов, в гимназиях и лицеях возможно только в одну смену, что уменьшает их проектную наполняемость по сравнению с обычными школами в два раза.

5. Мировой опыт реализации права на образование

Переходя от российских реалий к мировой практике, следует отметить, что в ней существует много примеров организации доступа детей к услугам школьного образования, направленных на преодоление различий в социальном и экономическом статусе семей, субъективного и несправедливого распределения мест в школах [13].

Так, в Китае публичные средние общеобразовательные школы, начинающие обучение с 7 класса, подразделяются на участковые (территориальные) и элитные. В среднем в городах количество мест в

элитных школах составляет 20 процентов от общего количества мест. Исторически, элитные школы создавались для приема учащихся исключительно по результатам вступительных экзаменов. С конца 1990 годов, когда в китайских школах отказались от вступительных испытаний в рамках обязательного 9-летнего обучения, система приема в элитные школы была изменена, разделившись на две квоты. Первая – для талантливых и одаренных детей, победителей академических, творческих и спортивных состязаний. Вторая (после заполнения первой) – для лиц, выбираемых по результатам лотереи, с последующим внесением платы за обучение, предельный размер которой устанавливается органами власти (в среднем около 400 американских долларов в год). Лотерея проводится с использованием технологий и наблюдателей, позволяющих исключить какие-либо нарушения при ее проведении. Конкурс составляет в среднем 3–4 человека на место. По окончании обязательного девятилетнего школьного образования лица, желающие получить полное общее образование, проходят процедуру отбора и зачисления в старшую среднюю школу на основании результатов национального экзамена (жанкао) по семи предметам. В наиболее престижных школ могут устанавливаться квоты для лиц, набравших количество баллов не достаточное, но близкое к проходному (в диапазоне 2 баллов) и готовых заплатить за обучение. При этом сумма оплаты зависит от количества набранных баллов. Например, обещание ученика, которому не хватило двух баллов, будет стоить в четыре раза дороже обучения в случае нехватки 0,5 балла.

Опыт Китая интересен тем, что созданы прозрачные, равные для всех условиях легального привлечения внебюджетных средств в систему школьного образования, не превращающие доступ к обучению в лучших школах в коррупционную схему или состязание доходов родителей и не ущемляющие права тех, кто стремится поступить в них на базе собственных достижений и знаний.

В Великобритании (Англии и Северной Ирландии) наряду с обычными школами, принимающими учеников по территориальному принципу без вступительных испытаний, существует система «селективных» школ, набор в которые осуществляется по результатам экзамена «11+» (сдается с 10 лет, в последний год начальной школы или после ее окончания; включает в себя тест по арифметике, сочинение и тест на общие знания и логику). Прототипом этой системы был

заложен Актом об образовании принятым британским парламентом в 1944 году. В нее входили так называемые грамматические школы «grammar schools», технические и современные школы. Зачисление в них осуществлялось по результатам экзамена 11+, который был введен в этом же году.

С 2007 года в Англии действует Кодекс поступления в школы, принятый на основании Акта о школьных стандартах и правилах 1998 года и Акта об образовании и инспекциях 2006 года. Это 100-страничный документ, подробнейшим образом регулирующий отношения, возникающие при приеме детей в английские школы. Его главная цель, как обозначено в самом Кодексе, – реализация стремления Правительства создать школьную систему, которая бы несла в себе лучшие качества и справедливость, развивая таланты и потенциал каждого ребенка, независимо от его положения; систему, где бы все родители чувствовали, что имеют одинаковые возможности в выборе школы для своих детей.

На основании вышеназванных нормативных актов помимо полностью селективных школ действуют также частично селективные школы, около 10 процентов мест в которых заполняется по результатам экзамена 11+.

Кроме того, установлена система критериев и правил отбора учащихся в обычные (неселективные школы) в случае, если количество заявлений о приеме превышает число имеющихся свободных мест, что достаточно частое явление, особенно в престижных, популярных школах. В этом случае используются два основных метода: 1) деление и отбор по группам (banding) и 2) случайная выборка, или лотерея (random allocation, lottery). Применяются они либо по отдельности, либо в комбинации, с учетом установленных приоритетов. Например, приоритет имеют дети, чьи братья или сестры уже учатся в соответствующей школе.

Деление и отбор по группам осуществляются по результатам оценки знаний и способностей учащихся. Группы формируются по мере убывания академических показателей, и каждая группа имеет пропорциональную квоту для зачисления в школу, с тем чтобы обеспечить для поступления в престижные школы детям с различным уровнем подготовленности.

Количество британских школ, использующих методы отбора по группам и лотереи, сравнительно невелико (121 и 42, соответственно, по данным 2013 года), но и их количество ежегодно растет⁸.

⁸ Harrison A. Lotteries “used more” to decide on school place // www.bbc.com/news/education-26354648; Noden Ph. How

ballots and banding are shaking up school admissions // *The Conversation*, 27.02.2014.

Говоря о британском опыте, интересно отметить тот факт, что отсутствие вакантных мест в школе само по себе не может являться основанием для отказа в зачислении ребенка в школу. Такое решение было принято Верховным судом Англии, рассмотревшим жалобу матери ребенка, которой по этому основанию было отказано в зачислении и предложено поступление в другую школу. Суд постановил, что школа обязана предоставить место ребенку, если это не приведет к нарушению интересов уже обучающихся в ней детей⁹.

Одна из самых селективных систем школьного образования – в Германии. Уже после окончания первой ступени образования, с 10-летнего возраста дети, по показателям успеваемости и тестовых испытаний, распределяются по трем видам школ (*Gymnasium*, *Realschulen*, *Hauptschulen*) рассчитанных на получение в дальнейшем, соответственно, университетского и техническо-прикладного образования.

В Японии полностью на конкурентной, селективной основе осуществляется набор для обучения на завершающей его образования. Схожая система существует в Австрии, где стадии школьного образования подразделяются на академическое и техническое направления. Зачисление производится по результатам вступительных экзаменов и показателей успеваемости в предшествующий период обучения.

В Казахстане создана сеть государственных интеллектуальных школ физико-математической и химико-биологической направленности, действующих на основании Закона Республики Казахстан от 19 января 2011 «О статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд». Для обучения в школах, начиная с 7-го

класса, на конкурсной основе предоставляются образовательные гранты первого Президента Республики Казахстан.

Правилами проведения конкурса предоставляются равные права для претендентов, независимо от их социально-экономического статуса, места проживания и состояния здоровья.

Конкурс состоит из двух этапов. На первом этапе проводится комплексное тестирование претендентов по профильным предметам, соответствующим направлениям школ, а также по казахскому, русскому и английскому языкам. Комплексное тестирование является отборочным ко второму этапу. К нему допускаются претенденты, набравшие 40% и более правильных ответов от общего количества вопросов. На втором этапе проводятся письменные экзамены по профильным предметам. Гранты присуждаются претендентам, набравшим более высокие баллы по результатам конкурса. При этом формируется резервный список, кандидатам из которого гранты предоставляются в случае появления вакантного места в школе в течение учебного года. Конкурс проводится республиканской комиссией, возглавляемой Министром образования и науки Республики Казахстан.

6. Выводы

Опыт развитых государств, таких, как Великобритания, Германия, Австрия, Япония, Китай в регулировании оснований и процедур предоставления школьного образования может быть успешно применен в целях совершенствования российского законодательства, закрепляющего правовые механизмы реализации конституционного права на образование.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. БРИКС: контуры многополярного мира: монография / О.А. Акопян, Н.М. Бевеликова, К.М. Беликова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева. – М.: ИЗИСП, Юриспруденция, 2015. – 300 с.
2. Образовательное законодательство России. Новая веха развития: монография / Л.В. Андриченко, В.Л. Баранков, Б.А. Булаевский и др.; под ред. Н.В. Путило, Н.С. Волковой. – М.: ИЗИСП, 2015. – 480 с.
3. Шугрина Е.С. Территориальные пределы юрисдикции органов местного самоуправления (на примере школьного образования) // Российский юридический журнал. – 2018. – № 3. – С. 61–71.
4. Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. – М.: ИЗИСП, НОРМА, ИНФРА-М, 2017. – 432 с.
5. Лунгу Е.В. Конституционные правоотношения в социальной сфере / Е.В. Лунгу // Социальное и пенсионное право. – 2018. – № 3. – С. 17–21.

⁹ Paton G. Schools can still admit pupils when full // The Telegraph. 16.10.2009

6. Пешин Н.Л. Проблемы и перспективы экономического и социального развития местного самоуправления / Н.Л. Пешин // Конституционное и муниципальное право. – 2017. – № 12. – С. 58–62.
7. Калигин М.Б. Опыт работы прокуратуры Саратовской области по защите прав детей при обеспечении общедоступного и бесплатного образования / М.Б. Калигин, Д.Х. Беккалиев // Прокурор. – 2016. – № 3. – С. 76–78.
8. Косова О.Ю. Обеспечение доступности образования для несовершеннолетних // Законность. – 2017. – № 4. – С. 6–10.
9. Санникова Л.В. Гражданско-правовые и публичные услуги: проблемы соотношения / Л.В. Санникова // Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование: сборник статей / под ред. Е.А. Суханова, Л.В. Санниковой. – М.: Инфотропик Медиа, 2011. – 240 с.
10. Горбунова О.Н. Фонды оплаты труда в государстве – объект изучения финансового права / О.Н. Горбунова // Финансовое право. – 2012. – № 11. – С. 3–6.
11. Савинский А.В. Бытовая коррупция в сфере медицины и образования: вопросы криминализации / А.В. Савинский // Журнал российского права. – 2018. – № 11. – С. 152–160. – DOI: 10.12737/art_2018_11_15.
12. Николаева Ю.В. К вопросу о стратегии и видах государственной политики в сфере защиты прав несовершеннолетних / Ю.В. Николаева // Адвокат. – 2011. – № 5. – С. 57–63.
13. Козырин А.Н. Право на образование в конституциях и законодательстве зарубежных стран / А.Н. Козырин // Реформы и право. – 2016. – № 4. – С. 31–39.
14. Кривченко А.В. Отчет о конференции / А.В. Кривченко // Юридическая психология. – 2010. – № 2. – С. 35.
15. Манцуров А.Ю. Система образовательных учреждений Министерства общественной безопасности Китайской Народной Республики / А.Ю. Манцуров // Административное и муниципальное право. – 2009. – № 9. – С. 49–51.

REFERENCES

1. Khabrieva T. Ya. (ed.). BRICS: the contours of the multipolar world: monograph. Moscow, Institute of legislation and comparative law Publ., 2015. 300 p. (In Russ.).
2. Putilo N.V., Volkova N.S. (eds.). Educational legislation of Russia. A new milestone of development: monograph. Moscow, Institute of legislation and comparative law Publ., 2015. 480 p. (In Russ.).
3. Shugrina E. S. Territorial limits of jurisdiction of local governments (on the example of school education). Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal = Russian legal journal, 2018, no. 3, pp. 61-71. (In Russ.).
4. Khabrieva T. Ya., Lazarev V.V. (ed.). Judicial practice in the modern legal system of Russia: monograph. Moscow, Institute of legislation and comparative law Publ., NORMA, INFRA-M Publ., 2017. 432 p. (In Russ.).
5. Lungu E. V. Constitutional legal relations in the social sphere. Sotsial'noe i pensionnoe pravo = Social and pension law, 2018, no. 3, pp. 17-21. (In Russ.).
6. Peshin N. L. Problems and prospects of economic and social development of local self-government. Konstitucionnoe i munitsipal'noe pravo = Constitutional and municipal law, 2017, no. 12, pp. 58-62. (In Russ.).
7. Kaligin M. B., Bekkaliev D. H. Experience of Prosecutor's office of Saratov region for the protection of children's rights while ensuring public and free education. Prokuror, 2016, no. 3, pp. 76-78. (In Russ.).
8. Kosova O. Y. Providing access to education for juveniles. Zakon = Law, 2017, no. 4, pp. 6 - 10.
9. Sannikova L. V. Civil and public services: problems of correlation, in: Sukhanov E. A, Sannikova L. V. (eds.). Services: civil regulation. Moscow, Infotropic Media, 2011. 240 p. (In Russ.).
10. Gorbunova O. N. Payroll in the state-the object of study of financial law. Finansovoe pravo = Financial law, 2012, no. 11, pp. 3-6. (In Russ.).
11. Savinskiy A. V. Domestic corruption in the field of medicine and education: issues of criminalization. Zhurnal rossiyskogo prava = Journal of Russian law, 2018, no. 11, pp. 152 - 160. DOI: 10.12737/art_2018_11_15. (In Russ.).
12. Nikolaeva Yu.V. A question of strategy and types of the state policy in the field of protection of the rights of minors. Advokat, 2011, no. 5, pp. 57-63. (In Russ.).
13. Kozyrin A.N.. The right to education in the constitutions and legislation of foreign countries. Reformy i pravo, 2016, no. 4, pp. 31-39. (In Russ.).

14. Krivchenko A.V. Conference report. *Yuridicheskaya psihologiya = Legal psychology*, 2010, no. 2, p. 35. (In Russ.).

15. Mantsurov, A. Y. System of educational institutions of the Ministry of public security people's of Republic of China. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo = Administrative and municipal law*, 2009, no. 9, pp. 49-51. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Матненко Александр Сергеевич – доктор юридических наук, профессор кафедры государственного и муниципального права
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: kafedragmp@mail.ru
SPIN-код: 4023-3647; AuthorID: 380006

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Alexander S. Matnenko – Doctor of Law, Professor,
Department of State and Municipal Law
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: kafedragmp@mail.ru
SPIN-code: 4023-3647; AuthorID: 380006

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Матненко А.С. Правовые проблемы обеспечения равных условий реализации конституционного права на получение общего образования / А.С. Матненко // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 30–42. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).30-42.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Matnenko A.S. Legal problems of ensuring equal conditions for realization the constitutional right to education. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 30–42. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).30-42. (In Russ.).

МЕХАНИЗМ СДЕРЖЕК И ПРОТИВОВЕСОВ КАК СПОСОБ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ И РАЗРЕШЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ КОНФЛИКТОВ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

И.А. Третьяк

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

24 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Рассматриваются категории сдержек и противовесов в контексте конституционно-правового принуждения. Анализируется правовой механизм сдержек и противовесов в концепции разделения властей в науке и правоприменительной практике зарубежных стран (Франция, США и Великобритания). Делается вывод, что не все проявления механизма сдержек и противовесов совпадают с мерами конституционно-правового принуждения по содержанию, однако и то, и другое правовое явление служит цели предупреждения и разрешения конституционно-правовых конфликтов.

Ключевые слова

Конституционный конфликт, сдержки и противовесы, конституционно-правовое принуждение, право вето, делегированное законотворчество, меры принуждения, сравнительно-правовой аспект

THE MECHANISM OF CHECKS AND BALANCES AS A METHOD OF CONSTITUTIONAL CONFLICTS SOLVING: COMPARATIVE LAW ISSUES

Irina A. Tretyak

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 October 24

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

The subject. The paper is devoted to legal analysis of category "checks and balances" in the scope of constitutional legal coercion.

The purpose of the paper is to confirm or disprove hypothesis that mechanism of checks and balances is a method of prevention and resolution of constitutional conflicts.

The methodology of the study includes comparative legal method as well as general scientific methods (analysis, synthesis, description) and particular academic legal methods (formal-legal method, interpretation of legal acts).

The main results and scope of their application. While the Russian legal tradition focused on the search for optimal "checks" and "balances" as well as defended the theoretical model of formalism in this matter, the English legal tradition, on the contrary, focused on finding the optimal functional balance of all branches of government. The system of checks and balances serves the purpose of resolving constitutional and legal conflicts, when it is based on a functional approach rather than a formal one. The factors of "checks and balances" mechanism are:

– formation of the three branches of government in different ways;

– comparability of powers of the Supreme authorities belonging to various branches of the powers with discrepancy of terms of their powers;

– authorities of every branch of government must have "counterbalance" – the powers of compensatory, substituting type – besides its traditional powers. The executive and legislative authorities have "quasi-judicial" powers, the executive authorities have "quasi-legislative" powers often.

– authorities of every branch of government must have "checks" – possibility to participate in the mechanism of constitutional and legal coercion in relation to another branch of the power.

Keywords

Constitutional conflict, checks and balances, constitutional enforcement, veto, delegated law, enforcement measures, comparative law

The executive branch can prevent a constitutional conflict generated by a gap or defect of laws through delegated law-making. The executive branch receives "quasi-legislative" powers with delegated law-making. It allows this authorities not only to respond promptly to changing public relations, but also to fill legislative gaps in a timely manner. This "counter-balance" is aimed at preventing constitutional and legal conflicts.

Conclusions. The mechanism of checks and balances, which is based on the principle of separation of powers, is the primary way to prevent constitutional and legal conflicts, and also serves the purpose of resolving conflicts that have already arisen. The main manifestations of this function are the presence of compensatory and substitutive powers of various branches of government and the possibility of one branch of government to participate in the mechanism of constitutional and legal coercion in relation to another branch of government.

1. Введение

Традиционным для конституционного права является понятие «сдержек и противовесов», которое не раз становилось предметом исследования на всем протяжении развития отечественной науки конституционного права. Как отмечает Ю.А. Тихомиров, наличие системы сдержек и противовесов служит необходимым механизмом «легального разрешения коллизий между властями» [1, с. 205]. Вместе с тем система сдержек и противовесов служит проявлением феномена разделения властей, который состоит в создании государственной системы, позволяющей свести к минимуму возможные ошибки в управлении, односторонность подхода к решаемым вопросам [2, с. 92; 3, с. 204]. В большей степени данный механизм справедлив только для конституционного права.

В классическом понимании термина «сдержек и противовесов» мы не найдем в административном, уголовном, муниципальном праве, поскольку данные отрасли не регулируют правоотношения, объектом которых служит разделение властей. В связи с чем возникает закономерный вопрос: почему в указанных отраслях права речь идет о правовом принуждении при разрешении аномалий в праве, в то время как в конституционном праве применяется «особый» механизм сдержек и противовесов? Каким образом соотносится механизм сдержек и противовесов с конституционно-правовым принуждением? Чтобы ответить на данный вопрос достаточно представить механизм сдержек и противовесов в конституционном праве в виде весов с «тремя равными плечами», соответствующими трем ветвям государственной власти, то правовое принуждение – это сила притяжения, которая в зависимости от веса каждого плеча уравнивает общую конструкцию конституционализма. В этом примере правовое принуждение в буквальном смысле сосредоточено на рычагах сдержек и противовесов.

Вместе с тем если бы система сдержек и противовесов являлась обычной совокупностью разнородных мер конституционно-правового принуждения, то сложно объяснить, как данный механизм зародился много ранее постановки вопроса о санкциях конституционных норм и в различных правовых системах. Очевидно, что, являясь одной из основ конституционного строя современных демократических государств, система сдержек и противовесов представляет собой определенный механизм разрешения краевых противоречий различных ветвей государственной власти, но при этом в каждом государстве данный механизм имеет свое собственное «звучание».

2. Развитие научных взглядов на принцип разделения властей как основу механизма сдержек и противовесов

Прежде всего, обратимся к доктрине французского и американского конституционного права – родоначальникам принципа разделения власти как основы организации государственной власти.

Уже Ш. Монтескье, возражая против практики неделимости государственной власти во времена феодального абсолютизма, по существу предлагал классифицировать все государственные органы на три ветви: законодательную, исполнительную и судебную власть. Сформулированная им концепция разделения властей (фр. *separation des pouvoirs*) составила основу теории и практики конституционализма уже на первичном этапе их формирования [4, с. 56].

Данный принцип, в частности, был положен в основу Конституции США 1787 года. Несмотря на то, что непосредственно в тексте ее статьей данный принцип непосредственно не упоминается, он отражен в определении конституционно-правового статуса высших органов США. В связи с чем принцип разделения властей закономерно исследовался и американскими учеными.

В частности, как указывают Дэвид Карилло и Дэнни Чу, исследователи университета Беркли,

принцип разделения властей является базовой философией американской государственной системы, поскольку устанавливает систему сдержек и противовесов для защиты каждой ветви власти от злоупотреблений других ветвей¹ [5, р. 657]. Разделение властей и система сдержек и противовесов даже более чем Билль о правах является главной защитой свободы личности в Соединенных Штатах².

В американской литературе выделяют две теоретические модели разрешения конфликтов между тремя ветвями власти: формализм и функционализм. Формализм исходит из того, что законодательная, исполнительная или судебная власть легко идентифицируемы. Иными словами, каждый государственный акт может быть классифицирован как законодательный, исполнительный или судебный. Верховный Суд США в ряде решений применяет данную теоретическую модель³.

Функционализм, напротив, исходит из необходимости поддержания оптимального баланса силы между ветвями власти. Вместо того, чтобы полагаться на четкое разграничение властных полномочий, функционализм запрещает «слишком много» присваивать любой ветви власти. В некоторых решениях Верховного Суда США можно проследить отсылки к анализу разделения властей с точки зрения функционального подхода⁴.

Сегодня, как отмечает Ричард Бенвел, разделение властей все чаще рассматривается именно как система сдержек и противовесов, необходимых для оптимального государственного управления. В США, как и в ряде других президентских системах, строгое разделение властей зачастую является фундаментальным конституционным принципом. При этом в Великобритании и других странах общего права теория разделения властей пользовалась гораздо меньшей известностью, поскольку в Великобритании большинство институтов развивались в целях достижения баланса между монархом (а в последнее время и правительством) и парламентом. В связи с чем эта система в Великобритании напоминает больше баланс сил, чем формальное разделение [6, р. 1].

Примечательным в этом плане является смещение аспектов правового регулирования в принципе разделения властей: пока российская правовая традиция ориентировалась на поиск оптимальных «сдержек» и «противовесов», последовательно отстаивая теоретическую модель формализма в данном вопросе, английская правовая традиция, напротив, сосредоточилась на поиске оптимального функционального баланса всех ветвей власти.

На практике многие страны не стремятся к строгому разделению полномочий, а выбирают компромисс, где некоторые функции разделяются между государственными институтами. Так, например, в Великобритании полномочия парламента, правительства и судов тесно переплетены. На самом деле, исполнительная и законодательная ветви власти рассматриваются как «тесный союз», который Уолтер Бэдждот называл «эффективным секретом английской Конституции» [7, р. 67–68].

Представляется, что система сдержек и противовесов тогда служит цели разрешения конституционно-правовых конфликтов, когда опирается на функциональный подход, нежели формальный. Поскольку достижению оптимального баланса как способа разрешения конституционных конфликтов между ветвями власти способствует не их изолирование самостоятельное существование, но наличие «точек соприкосновения» ветвей власти.

Неслучайно, что во многих основных законах различных стран, принятых после 90-х годов XX века, разделение властей было напрямую закреплено конституционными нормами [8, с. 113]. Как отмечает Б.С. Крылов, в конституциях всех стран, даже тех, в которых и теоретически не признается разделение власти (Великобритания и некоторые страны Британского содружества), оно фактически существует [9].

3. Роль системы сдержек и противовесов в конституционных конфликтах: российский опыт

В ходе конституционно-правового развития, по мнению В.Е. Чиркина, принцип разделения властей подвергся значительным модификациям:

– во-первых, в судебной практике, а затем и в конституциях, был сформулирован тезис о системе

¹ California Supreme Court decision *Bixby v. Pierno*, 481 P. 2d 242 (Cal. 1971)

² *Clinton v. City of N.Y.*, 524 U.S. 417, 450 (1998) ("Separation of powers was designed to implement a fundamental insight: Concentration of power in the hands of a single branch is a threat to liberty.... So convinced were the Framers that liberty of the person inheres in structure that at first they did not consider a Bill of Rights necessary").

³ *Clinton v. City of N.Y.*, 524 U.S. 417 (1998); *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986); *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

⁴ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988); *Commodity Futures Trading Comm'n v. Schor*, 478 U.S. 833 (1986); *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982); *Nixon v. Adm'r of Gen. Servs.*, 433 U.S. 425 (1977); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

сдержек и противовесов (checks and balances) ветвей власти – одна должна сдерживать другую, не позволяя ей излишне возвышаться;

– во-вторых, появилось положение не только о балансе, но и о взаимодействии ветвей власти;

– в-третьих, обнаружилось, что некоторые особые государственные органы, учреждения (например, прокуратура, органы конституционного контроля, государственный банк) не вписываются в эту триаду или отношения между ними иные, чем предусматривала первоначальная концепция; глава государства тоже занимает иное положение, чем это виделось первоначально авторам концепции разделения властей;

– в-четвертых, в конституциях появились упоминания о новых ветвях власти (избирательная, гражданская, организационная власти и др.) [10, с. 121–122].

Рассмотрим первую из предложенных профессором В.Е. Чиркиным модификаций принципа разделения властей: систему сдержек и противовесов, – на примере российского конституционного строя.

Помимо ученых-конституционалистов система сдержек и противовесов исследовалась также теоретиками права. В частности, Н.И. Матузов, А.В. Малько определяют систему сдержек и противовесов как установленную в Конституции и законах совокупность правовых ограничений в отношении конкретной государственной власти: законодательной, исполнительной, судебной [11, с. 164]. Данный механизм необходим в особенности российскому конституционному праву, поскольку, как справедливо отметил Б.С. Крылов, анализ действующих конституций и уставов субъектов Федерации показывает, что подчас самостоятельность законодательной и исполнительной ветвей власти как бы выходят за пределы только взаимных сдержек и противовесов и превращаются в средство давления одной ветви государственной власти на другую. При этом чаще всего такое давление происходит со стороны исполнительной власти. Правда, в подавляющем большинстве конституций и уставов субъектов Федерации установлены и поддерживаются деловые отношения между органами исполнительной власти и органами законодательной власти [9].

Особенностью практической реализации принципа разделения властей является наличие механизма сдержек и противовесов, под которым необходимо понимать конституционно-определенные компетенционные взаимосвязи между государ-

ственными органами в контексте принципа разделения властей [8, с. 116]. Факторами сдержек и противовесов являются:

– формирование трех ветвей власти различными способами;

– соизмеримость, но несовпадения сроков полномочий высших органов государственной власти, принадлежащих различным ветвям власти;

– наличие на каждом рычаге взаимодействия «противовеса» – полномочий компенсационного, замещающего типа: например, у исполнительной и законодательной власти «квазисудебных» полномочий, у исполнительной власти – «квазизаконодательных», и т. п.;

– наличие на каждом рычаге взаимодействия ветвей власти соответственно «сдержек» – возможности участия в механизме конституционно-правового принуждения одной ветви власти, к другой, право вето.

По мнению А.А. Здравцевой и К.А. Зуевой, опирающихся на филологическое толкование категорий, «сдержка» – это удержание от какого-либо действия; т. е. такое правомочие, благодаря которому орган власти не может осуществить определенные действия. В свою очередь «противовес» – это то, что противодействует, противостоит; т. е. такое правомочие, (ответная реакция на действие, решение), которое орган власти вправе реализовать (осуществить) в определенных законом случаях. Отсюда логически следует, что одни правомочия являются сдержками, другие являются противовесами [12, с. 1182].

Приведем ряд примеров, иллюстрирующих наличие в российской правовой системе сдержек и противовесов, направленных на разрешение конституционно-правовых конфликтов, но не относящихся непосредственно к мерам конституционно-правового принуждения.

Итак, предупредить конституционный конфликт, порожденный пробелом, либо коллизией законодательства может исполнительная власть в порядке делегированного законотворчества. Делегированное законотворчество (англ. delegated law) – изданные правительством по уполномочию парламента нормативные акты, фактически обладающие силой закона, в порядке уступки (делегирования) парламентом правительству некоторых законодательных полномочий. Такое делегирование есть по своей сути передача права на принятие законов государственному органу (в частности, правительству),

который в соответствии со своей собственной компетенцией такими правами не обладает [13, с. 131]. Явление делегированного законотворчества известно и российской практике конституционного строительства и признано Конституционным Судом Российской Федерации⁵. Так, например, акты Правительства РФ, принятые во исполнение делегированного полномочия парламента, могут быть проверены в порядке конституционного судопроизводства, так как это полномочие возложено федеральным законодателем на Правительство РФ в связи с тем, что какой-то вопрос не получил содержательной регламентации в законе. Такие акты Правительства РФ могут быть проверены именно на предмет их конституционности, для того, чтобы установить не вторгаются ли они в пределы законодательного регулирования [14, с. 1108].

В качестве примеров благотворного воздействия процессов делегирования на экономику и общественно-политическую жизнь указывается, в частности, на американский опыт массивного делегирования законодательной власти от конгресса к исполнительной власти во главе с президентом Ф. Рузвельтом в 30-е гг., в период «великой депрессии», а также на аналогичный опыт США 70-х гг. (президентство Р. Никсона) и отчасти 80-х гг. (президентство Р. Рейгана) [15].

При делегированном законотворчестве исполнительная власть получает «квазизаконодательные» полномочия, что позволяет ей не только оперативно реагировать на изменяющиеся общественные правоотношения, но и своевременно заполнять законодательные пробелы. В связи с чем этот «противовес» направлен на предупреждение конституционно-правовых конфликтов.

Далее, определенные «квазисудебные» полномочия принадлежат в системе сдержек и противовесов законодательной власти. Достаточно наглядно это иллюстрирует механизм импичмента Президента Российской Федерации. Согласно части 1 статьи 93 Конституции Российской Федерации Президент Российской Федерации может быть отрешен от

должности Советом Федерации только на основании выдвинутого Государственной Думой обвинения в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления, подтвержденного заключением Верховного Суда Российской Федерации о наличии в действиях Президента Российской Федерации признаков преступления и заключением Конституционного Суда Российской Федерации о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения. При этом выдвинутое обвинение должно быть обосновано. Таким образом, высший законодательный орган страны фактически должен осуществить квалификацию содеянного Президентом Российской Федерации как государственной измены или иного тяжкого преступления.

Классические примеры механизма сдержек и противовесов можно найти в законодательном процессе Российской Федерации:

– право вето президента. В случае, если Президент Российской Федерации в течение четырнадцати дней с момента поступления федерального закона отклонит его (сдержка), то Государственная Дума и Совет Федерации в установленном Конституцией Российской Федерации порядке вновь рассматривают данный закон. Если при повторном рассмотрении федеральный закон будет одобрен в ранее принятой редакции большинством не менее двух третей голосов от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, он подлежит подписанию Президентом Российской Федерации в течение семи дней и обнародованию (противовес) (часть 3 статьи 107 Конституции Российской Федерации);

– законопроекты о введении или отмене налогов, освобождении от их уплаты, о выпуске государственных займов, об изменении финансовых обязательств государства, другие законопроекты, предусматривающие расходы, покрываемые за счет федерального бюджета, могут быть внесены только при наличии заключения Правительства Российской Федерации (противовес) (часть 3 статьи 104 Конституции Российской Федерации);

⁵ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 ноября 2006 г. № 545-О/2006 об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Александровой Ирины Валентиновны на нарушение ее конституционных прав абзацем первым пункта 8 и абзацами вторым и четвертым пункта 13 Положения об особенностях порядка исчисления средней заработной платы Конституционный Суд Российской Федерации // Сайт Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/>

KSRFDecision15567.pdf; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 ноября 2005 года № 456-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Баяджана Дмитрия Александровича на нарушение его конституционных прав Положением об особенностях порядка исчисления средней заработной платы Конституционный Суд Российской Федерации // Сайт Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision32535.pdf>.

– право законодательной инициативы принадлежит Президенту Российской Федерации, Совету Федерации, членам Совета Федерации, депутатам Государственной Думы, Правительству Российской Федерации, законодательным (представительным) органам субъектов Российской Федерации. Право законодательной инициативы принадлежит также Конституционному Суду Российской Федерации и Верховному Суду Российской Федерации по вопросам их ведения (сдержка) (часть 1 статьи 104 Конституции Российской Федерации).

Аналогичный в части вето президента механизм предусмотрен статьей 7 Конституции США 1787 года⁶. По информации, размещенной на официальном сайте Конгресса США, впервые вето было применено Президентом Джорджем Вашингтоном 5 апреля 1792 года, а первое успешное преодоление вето Конгрессом случилось 3 марта 1845 года (вето Президента Джона Тайлера). При этом за всю историю президентства США всего было внесено 1 508 вето (в среднем 6,7 вето в год) (без учета так называемых «карманных вето» – pocket veto, которое не может быть преодолено), а преодолено из них – 111⁷. Тот факт, что всего 7,3 % законопроектов, по которым Президентом США было наложено вето, удалось в итоге принять Конгрессу США, с очевидностью свидетельствует об эффективности данного проявления механизма сдержек и противовесов (права вето).

Российская правоприменительная действительность не дает столь яркой картины реализации

права вето. По информации, размещенной на официальном сайте Государственной Думы Российской Федерации по состоянию на ноябрь 2017 года, со 2 по 7 созыв Государственной Думы Российской Федерации с 1996 года Президент Российской Федерации воспользовался правом вето 61 раз (в среднем 2,9 вето в год). Указанная статистика преодоления вето весьма условна, поскольку в законодательном процессе учитывается показатель «количество повторно принятых законов (впервые принятых до данного периода и отклоненных (или возвращенных в Государственную Думу без рассмотрения) Советом Федерации или Президентом Российской Федерации», который, таким образом, содержит количество принятых законов как в ходе процедуры преодоления вето Президента Российской Федерации, так и законов, возвращенных Советом Федерации Федерального Собрания. За истекший период с 1996 года по 2017 год данный показатель составил 27 законов⁸.

4. Выводы

Из вышеизложенного необходимо сделать вывод, что механизм сдержек и противовесов, «зашифрованный» в принципе разделения властей, является первичным способом предупреждения конституционно-правовых конфликтов, а также служит цели разрешения уже возникших в таких формах, как наличие у органов различных ветвей государственной власти полномочий компенсационного, замещающего типа и возможности одной ветви власти участвовать в механизме конституционно-правового принуждения по отношению к другой ветви власти.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право / Ю.А. Тихомиров. – М.: Изд-во г-на Тихомирова, 2001. – 394 с.
2. Козлова Е.И. Конституционное право России / Е.И. Козлова, О.Е. Кутафин. – М.: Юрист, 1999. – 520 с.
3. Шаварин М.С. Конституционно-правовой аспект разделения властей в США / М.С. Шаварин // Труды Института государства и права РАН. – 2010. – № 6. – С. 203–214.
4. Азаркин Н.М. Учение Монтескье о разделении властей / Н.М. Азаркин // Правоведение. – 1982. – № 1. – С. 56–62.
5. Carrillo D.A. California Constitutional Law: Separation of Powers / D.A. Carrillo, D.Y. Chou // University of San-Francisco Law Review. – 2010. – Vol. 45. – P. 655–688.
6. Benwell R. The Separation of Powers / R. Benwell, O. Gay // Library House of Commons. URL: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06053/SN06053.pdf> (дата обращения: 22.10.2017).
7. Bagehot W. The English Constitution / W. Bagehot. – London: Chapman & Hall, 1867. – 348 p.

⁶ Конституция США от 17 сентября 1787 года. URL: <https://state-usa.ru/usa-constitution/214-konstitutsiya-ssha-ot-17-sentyabrya-1787-goda> (дата обращения: 19.11.2017).

⁷ Presidential Vetoes. URL: <http://history.house.gov/Institution/Presidential-Vetoes/Presidential-Vetoes/> (дата обращения: 19.11.2017).

⁸ Статистика законодательного процесса в ГД РФ // <http://www.duma.gov.ru/legislative/statistics/?type=convocation&c=7> (дата обращения: 19.11.2017).

8. Шаповал В.Н. Сравнительное конституционное право / В.Н. Шаповал. – Киев: Княгиня Ольга, 2007. – 416 с.
9. Крылов Б.С. Разделение власти: система сдержек и противовесов / Б.С. Крылов // Журнал российского права. – 1998. – № 6. – С. 3–9.
10. Чиркин В.Е. Конституционное право: курс для преподавателей, аспирантов и магистрантов / В.Е. Чиркин. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. – 688 с.
11. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник / Н.И. Матузов, А.В. Малько. – М.: Юристъ, 2004. – 512 с.
12. Здоровцева А.А. Система сдержек и противовесов как непосредственный элемент принципа разделения властей / А.А. Здоровцева, К. А. Зуева // Электронное научное издание «Ученые заметки ТОГУ». – 2013. – Т. 4, № 4. – С. 1181–1196.
13. Дзыбова С.Г. Институт делегированного законотворчества / С. Г. Дзыбова // Вестник Адыгейского государственного университета. – 2006. – № 2. – С. 131–134.
14. Логвинова И.В. Правовые основания делегированных нормотворческих полномочий Правительства Российской Федерации / И.В. Логвинова // Право и политика. – 2015. – № 8. – С. 1105-111. – DOI: 10.7256/1811-9018.2015.8.16050.
15. Боботов С.В. Введение в правовую систему США / С.В. Боботов, И.Ю. Жигачев. – М.: Норма, 1997. – 332 с.

REFERENCES

1. Tikhomirov Yu. A. Conflict of laws. Moscow, Publishing House of Mr. Tikhomirov, 2001. 394 p.
2. Kozlova E. I., Kutafin O. E. Constitutional law of Russia. Moscow, Lawyer Publ., 1999. 520 p.
3. Shavarin M. S. Constitutional and legal aspect of the separation of powers in the USA. Proceedings of the Institute of State and Law of RAS, 2010, no. 6, pp. 203-214.
4. Azarkin, N. M. Montesquieu's doctrine of separation of powers. Pravovedenie, 1982, no. 1, pp. 56 – 62.
5. Carrillo D. A., D. Y. Chou, California Constitutional Law: Separation of Powers. University of San Francisco Law Review. 2010. Vol. 45. Pp. 655-688.
6. Benwell R., Gay O. The Separation of Powers. Library House of Commons. Available at: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06053/SN06053.pdf> (date of access: October 22, 2017).
7. Bagehot W. The English Constitution. London, Chapman & Hall, 1867. 348 p.
8. Shapoval V. N. Comparative constitutional law. Kyiv: Princess Olga Publ., 2007. 416 p.
9. Krylov B.S. The separation of power: the system of checks and balances. Zhurnal rossiiskogo prava = Journal of Russian law, 1998, no. 6, pp. 3-9.
10. Chirkin V. E. Constitutional law: course for teachers, postgraduates and undergraduates. Moscow, Norma, INFRA-M Publ., 2013. 688 p.
11. Matuzov N.I., Malko V. Theory of state and law: textbook. Moscow: Yurist Publ., 2004. 512 p.
12. Zdorovtseva A. A., Zueva K.A. The system of checks and balances as a direct element of the principle of separation of powers. Scientists Notes of TOGU, 2013, vol. 4. no. 4, pp. 1181 – 1196.
13. Zubova S. G. Institute of delegated lawmaking. Bulletin of Adyghe State University, 2006, no. 2, pp. 131-134.
14. Logvinova I. V. Legal grounds of delegated normative powers of the Government of the Russian Federation. Pravo i politika = Law and policy, 2015, no. 8, pp. 1105-111. DOI: 10.7256/1811-9018.2015.8.16050.
15. Bobotov S. V., Rogachev, I. Yu., Introduction to US legal system. Moscow, Norma Publ., 1997. 332 p.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Третьяк Ирина Александровна – кандидат юридических наук, преподаватель кафедры государственного и муниципального права Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского 644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а e-mail: irina.delo@yandex.ru

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Irina A. Tretyak – PhD in Law, lecturer, Department of State and Municipal Law Dostoevsky Omsk State University 55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia e-mail: irina.delo@yandex.ru

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Третьяк И.А. Механизм сдержек и противовесов как способ предупреждения и разрешения конституционно-правовых конфликтов: сравнительно-правовой аспект / И.А. Третьяк // Правоприменение. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 43–50. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).43-50.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Tretyak I.A. The mechanism of checks and balances as a method of constitutional conflicts solving: comparative law issues. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 43–50. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).43-50. (In Russ.).

УДК 347.73

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).51-59

НОВЫЕ ПРЕДЕЛЫ НАЛОГОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СВЕТЕ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ ЭЛЕКТРОННОЙ ТОРГОВЛИ

Э. Юхневич

Университет Гданьска, г. Гданьск, Польша

Информация о статье

Дата поступления –

09 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Анализируются пределы правового регулирования налогообложения в свете развития электронной торговли. Границы налогового права определяются с использованием финансового и философского подхода. Представленное исследование значимо с точки зрения как налоговой определенности, так и финансовой стабильности.

Ключевые слова

Электронная торговля,
виртуальная реальность,
налогообложение, налоговое
право, финансы, финансовая
стабильность, предмет
финансового права

NEW LIMITS OF TAX LAW IN THE LIGHT OF E-COMMERCE TAXATION

Edward Juchniewicz

University of Gdansk, Gdansk, Poland

Article info

Received – 2018 October 09

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

The subject of the paper is the analysis of limits of taxation and tax law in the light of e-commerce taxation

The main aim of the paper is to show at the same time financial approach and philosophical approach to classic tax issues

The methodology of the study includes general scientific methods (analysis, synthesis, description) as well as sociological approach.

Keywords

e-Commerce, virtual reality,
taxation, tax law, finance,
financial stability, the object
of financial law

The main results and scope of their application. The use of new methodology in describing the limits of tax law is not only a matter of tax certainty but also a matter of future fiscal stability. All kinds of behaviours of the internet users we partially owe to the legal regulations. In this perspective, we can give many examples of implementation of the regulative function of law, including also tax law. Constant presence in the virtual world leads to the modification of the object of study. The commonly studied human impact in different areas of the virtual world, including also the creation of the law of Internet, is substituted with a new direction of studies - the analysis of the impact of the virtual world on the behaviour of its users. Not without significance to the issues of taxation of e-commerce are different models (simulations) of behaviours of objects of tax-law relations, which may constitute a basis, on the one hand - for the scientific studies, and on the other hand, the possibility to develop in due time appropriate institutions and mechanisms of tax law.

The presence of new technologies that should be assessed in the light of limits of taxation. We must be aware of the fact that the modern day principles and techniques of taxation shall not stand the test of time and we will be forced to prepare ourselves for their radical change.

Conclusions. Assuming that legal and financial relations are one of the main manifestations of statehood (sovereignty), and their content in terms of this study changes because of the occurring changes of technological nature, the changes in the existing legal and financial relations should be noticed, on the one hand, and on the other hand, the emergence of new legal and financial relations (e.g. legal and financial relation in cyberspace). Due to completely new legal and financial relations (possibly a new type of legal and financial relations),

it must be assumed that the modern object of tax law is expanding. Logically, the object of financial law should be also scientifically extended in order to attempt to regulate the taxation in cyberspace or even taxation of robots (virtual robots).

1. Введение

Мы многим обязаны торговле и, в частности, таким ценностям, как национальное благосостояние, а также мир внутри государства и на международной арене. Международная торговля является политическим инструментом, используемым для создания различных союзов, содружеств и других групп по интересам. Торговля может быть инструментом давления со стороны одних стран на другие, но также способна усиливать экономические и социальные явления. Основой для функционирования государства на международной арене является экономическое сотрудничество между странами. Необходимо признать, что ни одна из современных стран не функционирует в полной изоляции. Стоит добавить, что на разных этапах развития электронной торговли в силу глобализации мы сталкиваемся с расширением информационного производства, а использование Интернета не только увеличивает скорость всего процесса, связанного с торговлей, но и создает новую реальность в этой среде. Новую правовую реальность, где мы должны думать о новых налоговых правилах.

Вопрос налогообложения электронной торговли, в общем понимании, касается сферы мобильности в широком смысле. В экономическом смысле это может означать, с одной стороны, мобильность капитала, а с другой – мобильность участников деловых отношений (например, мобильность потребителей, мобильность работников, мобильность объектов торговли) [1; 2]. В свете вопроса о налогообложении мобильность по существу стимулирует проведение дискуссий и научных исследований по вопросу о влиянии электронной торговли на налоговые поступления от подоходного налога и налога на прибыль организаций. Новые налоги на электронную торговлю в настоящее время могут быть лишь незначительным источником бюджетных поступлений. Доля вышеупомянутых налогов в бюджетах конкретных стран также не должна прогнозироваться на уровне, превышающем отношение стоимости электронной торговли к общей экономике. Специфика электрон-

ной торговли позволяет предположить, что, учитывая возможность уклонения от прямых налогов, доля налоговых поступлений будет ниже доли электронной коммерции в экономике страны. Можно только оптимистично прогнозировать, что, поскольку все мы являемся потенциальными участниками электронной коммерции, то нам придется иметь дело с неким общим налогом (массовым налогом в Интернете), который будет установлен в различных государствах мира.

Для поиска оптимальных налогово-правовых решений необходимо принять принципиально новые концептуальные предпосылки в налоговом праве. Крайне важно в когнитивном процессе наметить новое определение понятия пределов налогообложения. Автор предполагает, что классическое определение пределов налогообложения основано на попытке установить верхние пределы налоговой нагрузки. Не лишен значения и все еще открытый вопрос в сфере определения оптимальных пределов налогообложения в его классическом понимании. Правовая природа среды электронной торговли (включая Интернет) связана с вопросами, связанными с буквальным значением понятия “пределы”. Формально-юридический анализ описываемых институтов налогового права указывает на возможность существования совершенно новых правовых категорий, не описанных до сих пор в литературе по налоговому праву. Признание таких институтов виртуальными (имеются в виду попытки выделить категорию виртуального налогоплательщика, виртуального налога, виртуального объекта налогообложения, электронного (виртуального) налогового убежища) были бы упрощением. Формализованная концепция новых пределов налогообложения (или, возможно, их отсутствия) может стать основой для дальнейшего анализа составляющих правовой структуры подоходных налогов применительно к международному налогообложению электронной торговли.

Круг вопросов, касающихся новых технологий, фактически не имеет границ. Можно, например, поставить вопрос о том, может ли робот быть налого-

плательщиком подоходного налога¹ и попытаться сформировать новую реальность для целей «нового налогового законодательства». (В данном исследовании используется понятие виртуального мира (виртуальной реальности), которое в научных целях часто сравнивают с реальным миром. Под виртуальным миром следует понимать образ искусственной реальности, созданный с использованием информационных технологий. В принципе, способы человеческого опыта ограничены визуализацией и звуками. Современный технологический прогресс позволяет ставить вызовы таким чувствам, как обоняние, прикосновение и взаимодействие, что мы сможем испытать очень скоро. Следует учитывать, что виртуальная реальность может быть, с одной стороны, моделью, а с другой – областью понимания реального мира [3]). Долгое время каноны налогового права оставались неизменными. Таким образом, киберпространство и электронная торговля должны рассматриваться как основания для более глубокого анализа и проведения научных исследований. В свою очередь, в свете других примеров (явлений), например, возможной подмены криптовалютной общей и общепринятого института денег центральных банков (например, биткойнами [4–7]), *проблема налогообложения электронной коммерции кажется все более актуальной и способной вызывать дискуссии в науке налогового права.*

2. Пределы налогообложения: финансовый и философский подход

Термин «пределы налогообложения» часто описывается в учебниках по налогообложению и налоговому праву. В большинство дефиниций его понимают как определение верхнего предела налогообложения применительно к конкретным налогам (в основном, подоходным). В более широком смысле этим термином описываются и пределы государственной фискальной политики. В настоящее время проблема пределов налогообложения приобретает также новое измерение, будучи понимаемой в свете широко освещаемой концепции прав человека [8]. Для определения пределов налогообложения можно привести один из принципов политэкономии и налогообложения, сформулированный Давидом Рикаром в его статье в «Edinburgh Review», который сводится к утверждению: налогообложение должно оставлять всех относительно с тем же доходом и в том же экономическом состоянии, которые

существовали до налогообложения. Этот принцип нужно понимать как постулат защиты источников налогообложения [9–10]. Классический взгляд на понятие «пределы налогообложения» охватывает области научных исследований, в которых авторы непосредственно пытаются измерить эти пределы, оценить максимальный размер налоговых ставок (например, кривая Лаффера [11; 12]), или подчеркивают пределы налогового права в контексте законов и обязательств налогоплательщиков.

Классическое объяснение пределов налогообложения является относительно простым. Это установление и сбор налогов в таком объеме, который позволяет налогам стимулировать экономическое развитие и осуществлять государственные и муниципальные социальные программы (в общем смысле - выполнять публичные задачи) [13, p. 120]. (Пределы налогообложения также анализируются через призму налоговой обязанности, то есть как исполнение конституционной нормы о том, что все мы обязаны платить налоги [14; 15]). Эти проблемы широко освещаются в англоязычной литературе [16–19]. При обсуждении пределов налогообложения формулируются тезисы и даются оценки степени эффективности отдельных налогов и всей налоговой системы [20].

В свете данной работы, с одной стороны, ставятся типичные для налогового права научные вопросы, а с другой – совершенно новые, касающиеся пределов налогообложения в контексте возможности налогообложения электронной торговли [21]. Философско-абстрактное измерение определения пределов налогообложения в электронной торговле напоминает попытку М. Сандела определить пределы рынков (в том числе финансовых) в современном мире. Название публикации М. Сандела в основном отражает основные предположения его исследований – «Что нельзя купить за деньги?» [22–24]. Несомненно, что поставленный вопрос является одним из фундаментальных для современного человечества. В свою очередь, измерение налогообложения носит также денежный характер. Не следует ли по аналогии задать похожие вопросы относительно пределов налогообложения в сфере электронной торговли? Можем ли мы, в терминах виртуальной реальности, использовать виртуальную фикцию в рамках конкретных структурных элементов налога? Совершенно виртуальные субъект и объект

¹ См., напр., дискуссию в Forum Post: Human Workers get Taxed! Why Not the Robot Workers?, source: <http://>

occupywallst.org/forum/human-workers-get-taxed-why-not-the-robot-workers/ [last visit: 26.06.2018].

налогообложения следует рассматривать как отправную точку, которая в реальном мире не имеет смысла.

3. Новые технологии и пределы налогообложения

Сегодня мы являемся свидетелями стремительно меняющихся социально-экономических отношений. Самое простое определение изменений, происходящих в нашей жизни, заключается в том, что мы все находимся под влиянием электроники и также становимся частью различных (электронных) виртуальных миров. (Виртуальный мир в литературе по данной тематике определяется как элемент большого гибридного мира людей, в котором они осуществляют свою деятельность [25]) Новое поведение человека уже имеет свои названия и терминологию. Многие люди делают покупки онлайн и покупают цифровые объекты – не только в Польше или России, но и по всему миру. Для таких людей это очень простая операция. Это так же просто, как сходить в обычный магазин и сделать ежедневные покупки. Помимо любого проявления экономической активности в электронном мире, многие люди изменили свое собственное социальное поведение и многие повседневные действия. В наше время люди встречаются с друзьями через Facebook и отправляют сообщения для коллег и друзей через Twitter или любые другие мессенджеры, они ищут информацию в Google, производят платежи с помощью PayPal или WebMoney, слушают музыку (или аудиокниги) и смотрят видео на планшетах и мобильных телефонах, читают электронные книги, играют в видеоигры (особенно в компьютерные игры с игроками со всего мира; или, например, популярную игру Pokemon GO [26]) с помощью телевизора или компьютера, звонят своим друзьям по скайпу, начинают работать в виртуальных офисах или на виртуальной должности, используют «умные очки» (наиболее сомнительной с точки зрения права из их свойств является функция распознавания лиц, которая при использовании интернет-ресурсов позволит идентифицировать встреченного человека [27]), сохраняют файлы в облачных сервисах и стараются создать что-то новое, по всему миру. Завершить список этих примеров невозможно. Только отдельные примеры участия электроники в нашей жизни перечислены выше. Необходимо признать, что пределы технологического развития ограничены лишь временем и воображением каждого из нас.

Всеми видами поведения пользователей интернета мы частично обязаны правовым нормам. В

этом ракурсе можно привести множество примеров реализации регулятивной функции права, в том числе и налогового. Постоянное присутствие в виртуальном мире приводит к изменению объекта исследований. Общепраспространенное человеческое воздействие на различные области виртуального мира, в том числе и создание закона Интернета, заменяется новым направлением исследований – анализом влияния виртуального мира на поведение его пользователей.

Значимы для вопросов налогообложения электронной торговли различные модели (симуляции) поведения объектов налогового-правовых отношений, которые могут составлять основу, с одной стороны – для научных исследований, а с другой стороны, для своевременного развития институтов и механизмов налогового права. Будучи осторожным в оценках, можно ожидать обвинений в том, что такие модели (моделирование) налогового законодательства и восприятия будущего мира – это проявление фантазии автора, выходящее за рамки области футурологии как научной области (например, что исследования находятся ближе к фантастике, чем науке) [28]. Потому мы крайне редко используем концепции футурологии в юридической науке [29, р. 318], однако мы легко относимся к определенным явлениям в праве, пытаемся оценить, что мы можем ожидать в будущем. (Очень легко найти научные публикации, основной целью которых является определение ближайшего или более отдаленного будущего правового регулирования в выбранных областях исследований [30]).

Интересное понимание будущего мира сформулировал М. Цверховский, который утверждает, что будущее будет напоминать матрицу из трилогии фильмов с Киану Ривзом под тем же названием. За исключением того, что мы будем осведомлены о том, что живем в искусственном мире нашей памяти или компьютеров, а наши тела лежат где-нибудь в кресле или не существуют, потому что мы решили перенести себя полностью на жесткий диск, в так называемую виртуальную реальность. (Виртуальная реальность – одно из самых интересных технических и культурных явлений современности. Проще говоря, виртуальную реальность можно определить как замену «реальной жизни». По сути, это явление в литературе описывается с точки зрения философии и психологии ставится в один ряд с такими явлениями, как сновидение, галлюцинации и компьютерные игры [31–33]). Эта мысль является следствием наблюдения за развитием современного рынка игр,

где их производители конкурируют, предлагая игрокам все более захватывающие технологии – так, чтобы мир игры был таким же реальным для нас и таким же осязаемым, как реальность [34].

С точки зрения финансового (налогового) права, стоит задать вопрос: «Готовы ли мы к этому?». Не следует ли нам, принимая во внимание различные проблемы правового и финансового характера, провести исследования нового понятия «пространство» в финансовом праве [35]? Несомненно, ключевым понятием здесь является виртуальная реальность, которая присутствует в киберпространстве. Термин «виртуальный» в большинстве словарей определяется как созданный в сознании человека, но, вероятно, существующий или могущий существовать². Необходимость анализа пределов налогообложения с точки зрения данной публикации выводится из такого общего принципа государственных финансов, как принцип планирования. С учетом развития экономики, основной задачей государства является планирование и распределение финансовых ресурсов [36–40].

4. Налоги 2.0, налоги 3.0 или налоги 4.0?

Приняв допущение о выходе налогообложения и налогового права за пределы общепринятого объема налогообложения, следует ответить на вопрос, не существует ли общество в качественно новых состояниях, которые можно именовать: демократия 2.0 или даже демократия 4.0 [41–43], глобализация 2.0 [44], экономика 2.0 (экономика, служащая жизни всех людей все время)³, юридические школы 2.0 [45–46] и образование 2.0 (дистанционное обучение), власть 2.0 (передача власти гражданам с использованием электронных платформ) [47], свобода 2.0 [48] (в контексте налогового права – это необходимость разработки «умных налогов» и умных методов предотвращения уклонения от налогообложения), промышленность 2.0 или 4.0 и других. Сущность разработанных новых концепций основывается на том, что вся философия каждого института претерпевает радикальные изменения – например, возникают тенденции автоматизации обмена данными или использования искусственного интеллекта [49–50]. Эти изменения касаются большинства описанных институтов и связаны с новыми технологиями. В таком ракурсе возникает вопрос: могут ли кардинально измениться налоги и налоговое право?

Пытаясь ответить на этот вопрос, можно выдвинуть тезис о том, что их сущность остается неизменной. Физические лица по-прежнему несут налоговое бремя в публичных интересах. Мы не должны инициировать радикальные изменения, когда речь идет о константах налогообложения или принципах налогового права, которые фактически эволюционируют. Однако именно наличие новых технологий следует оценивать в свете пределов налогообложения. Эти технологии получили широкое признание в доктрине налогового права и экономических наук. Многочисленные примеры универсальной виртуализации людей в компьютерных сетях, в том измерении, которое мы иногда используем сейчас и которое будем использовать в ближайшем будущем, существенно актуализируют вопросы, касающиеся пределов налогообложения. Научные проблемы в сфере финансового права затрагивают, с одной стороны, поиск возможностей реализации фискальных интересов государства, а с другой – обусловленность пределов налогообложения в свете вопросов законодательства и ответственности налогоплательщиков. Мы должны осознавать, что современные принципы и методы налогообложения не выдержат испытания временем, и мы будем вынуждены готовиться к их радикальному изменению [51]. Например, согласно различным статистическим сведениям – половина всех данных в Интернете являются информацией порнографического характера в широком смысле. Это потенциально представляет существенную базу для налогообложения новым налогом на порнографию в Интернете. Министра финансов Великобритании предложил ввести более высокую ставку налога на прибыль для таких компаний, как Google и Facebook⁴.

Непредсказуемый мир позволяет нам создавать модели новых явлений и поведения людей, а также разрабатывать налоговые принципы для электронной торговли, в том виде, в каком мы ее уже знаем и узнаем в будущем. В то же время необходимо осознавать, что удовлетворение различных потребностей с точки зрения отдельного человека и государства должно измениться, что также изменит электронную торговлю. Преодолевая современные пределы налогообложения, мы ставим вопрос, не будем ли в ближайшее время вынуждены разраба-

² Słownik języka polskiego PWN, source: <http://sjp.pwn.pl/sjp/wirtualny;2536590> [last visit: 26.06.2018].

³ <http://livingeconomiesforum.org/the-new-economy> [last visit: 26.06.2018].

⁴ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2859989/Google-tax-make-tech-titans-pay-dues-Multinationals-including-Facebook-Google-face-25-levy-UK-profits.html> [last visit: 26.06.2018].

тывать новую налоговую политику, принципы налогообложения, налоговое регулирование и налоги 2.0 и 3.0 и 4.0 или itaxes (или etaxes) [52–54]? Видение будущих налогов можно попытаться определить через термин – киберналогообложение. В отношении налогообложения доходов международных корпораций предлагается такое название, как «корпоративный налог 2.0» [55].

Материальная основа всех процессов и сфер, связанных с функционированием государства и его общества (например, в политике, экономике, государственном управлении, культуре, образовании, социальной сфере и т. д.) – это государственные финансы в широком смысле и нормативно-правовое регулирование в этой сфере, главную роль в котором играют налоги и налоговое право. На основе налогового законодательства собираются, перераспределяются и используются средства бюджетов и государственных внебюджетных фондов. Посредством налогообложения как физических, так и юридических лиц, реализуются направления государственной политики и решаются различные социальные проблемы. Афоризм Уинстона Черчилля "демократия - худшая форма правления, если не считать всех остальных" должен быть изменен. Нужно признать, что использование денежных фондов - это лучший и наиболее эффективный способ управления государством и его экономикой [56, с. 60–61]. Финансы и налоги должны рассматриваться как институты, сопровождающие все процессы, происходящие в государстве и обществе. Исходя из того, что финансово-правовые отношения являются одним из основных проявлений государственности (суверенитета), а их содержание с точки зрения данного исследования корректируется в связи с происходящими изменениями технологического характера, следует отметить, с

одной стороны, трансформации в существующих финансово-правовых отношениях, а с другой – появление новых (например, финансово-правовых отношений в киберпространстве). В связи с этим, возможно, даже новым типом финансово-правовых связей расширяется предмет современного налогового права. Логично, что предмет финансового права как науки также необходимо расширить, чтобы пытаться регулировать налогообложение в киберпространстве или даже налогообложение роботов (виртуальных личностей).

5. Выводы

Несомненно, что вопросы, касающиеся пределов налогообложения в целях реализации фискальной функции налогов, являются одними из важнейших в современной теории налогообложения и налогового права. Важно иметь в виду, что анализируемые проблемы носят в некотором смысле мировоззренческий характер. Однако при анализе этих новых социально-экономических явлений следует исходить из того, что они касаются всей налоговой системы, а не только отдельных правовых институтов и механизмов налогообложения доходов от электронной торговли.

Круг новых теоретических и практических вопросов налогового права огромен. Вопросы, лежащие на границе права и философии, касаются обоснованности анализа одновременно новых и старых налогово-правовых институтов – налогов налоговых феноменов, а также совершенно новых явлений (электронной торговли), что позволяет трансформировать традиционные научные проблемы, касающиеся налоговых теорий, принципов налогообложения и налогового права, содержания налогово-правовых отношений.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ (REFERENCES)

1. Fuest, Clemens and Huber, Bernd and Mintz, Jack, Capital Mobility and Tax Competition: A Survey. Foundations and Trends in Microeconomics, Vol. 1, No. 1, pp. 1-62, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=415042>.
2. Kirsch, Michael S., The Role of Physical Presence in the Taxation of Cross-Border Personal Services (2010). Boston College Law Review, Vol. 51; Notre Dame Legal Studies Paper No. 09-47. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1526998>.
3. Bloomfield, Robert J., Worlds for Study: Invitation - Virtual Worlds for Studying Real-World Business (and Law, and Politics, and Sociology, and....) (May 25, 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988984> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988984>.
4. Grinberg, Reuben, Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency (December 9, 2011). Hastings Science & Technology Law Journal, Vol. 4, p.160. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1817857> [last visit: 26.06.2016].

5. Plassaras, Nicholas, *Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin within the Reach of the IMF* (April 7, 2013). *Chicago Journal of International Law*, 14 *Chi J Intl L* (2013) Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2248419>.
6. Marian, Omri Y., *A Conceptual Framework for the Regulation of Cryptocurrencies* (October 23, 2014). *University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 81, 2015 Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509857>
7. Miscione, Gianluca and Kavanagh, Donncha, *Bitcoin and the Blockchain: A Coup D'État in Digital Heterotopia?* (July 8, 2015). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2624922> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2624922>.
8. Georg Kofler, Miguel Poiaras Maduro and Pasquale Pistone, *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD 2011.
9. Gomulowicz A., *Ekonomiczne a etyczne granice opodatkowania – rodowód problemu* [in:] edited by Z. Ofiarski, *XXV lat przeobrażeń w prawie finansowym i prawie podatkowym*, Szczecin 2014.
10. Gomulowicz A., *Ochrona wolności i praw ekonomicznych a granice opodatkowania – zasady i kontrowersje*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Year LXVII.
11. Wanniski, Jude (1978). "Taxes, Revenues and the 'Laffer Curve'". *The Public Interest*. Retrieved 2009-11-21, source: http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080528_197805001taxesrevenuesandthelaffercurvejudewanniski.pdf.
12. Стругова Л. Р. [Strugova L.R.]. *Зависимость налоговых поступлений от налоговой нагрузки на основе закона Артура Лаффера* [Dependence of tax revenues on tax burden based on Arthur Laffer's law] // *Вестник ПГУ. Серия: Экономика* [PGU Herald. Economics]. 2012. №4.
13. Gliniecka J., *Granice opodatkowania* [in:] *Leksykon prawa finansowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2009, issue no. 1; see also W. Łączkowski, *Granice opodatkowania*, in: *System podatkowy. Zagadnienia teoretycznoprawne*, „Acta Universitatis Lodzensis”, *Folia Iuridica* no. 54, Wyd. Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1992.
14. Pietrasz P., *Potrzeba opodatkowania dochodów nieujawnionych, i Konstytucyjne przesłanki opodatkowania dochodów nieujawnionych* [in:] *Opodatkowanie dochodów nieujawnionych*, LEX 2007.
15. Kosikowski C., *Granice opodatkowania jako zasada konstytucyjna* [in:] edited by Z. Ofiarski, *XXV lat przeobrażeń w prawie finansowym i prawie podatkowym*, Szczecin 2014.
16. Goode, Richard, and Colin Clark. 1952. "An economic limit on taxes: some recent discussions". *National Tax Journal* 5 (3). *National Tax Association*: 227–33. <http://www.jstor.org/stable/41790014>.
17. Lewis H. Kimmel. 1949. "Our Tax Burdens and Taxable Capacity". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 266. [Sage Publications, Inc., *American Academy of Political and Social Science*]: 152–60. <http://www.jstor.org/stable/1027581>.
18. R. N.. 1954. "The Concept of Taxable Capacity". *Indian Economic Review* 2 (1). *Department of Economics, Delhi School of Economics, University of Delhi*: 115–21. <http://www.jstor.org/stable/29792953>.
19. Tallman, O. J.. 1954. *Virginia Law Review* 40 (2). *Virginia Law Review*: 241–44. doi:10.2307/1070099.
20. O'Reilly, Terrance, *Principles of Efficient Tax Law: Apocrypha* (September 25, 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017186> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1017186>.
21. *Scand. J. of Economics* 86 (2), 102-114, 1984. *The Ethical Limits of Taxation*. James M. Buchanan*. *Center for Study of Public Choice, George Mason University.*, source: <http://www.jstor.org/pss/3439684>.
22. Michael J. Sandel *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Straus and Giroux; 1 edition (April 24, 2012).
23. D. Satz, *Why Something Should not be for Sale, The Moral Limits of Markets*, Oxford University Press 2010.
24. Curchin, Katherine, *From the Moral Limits of Markets to the Moral Limits of Welfare* (June 1, 2015). *Journal of Social Policy*, Vol. 45(1), p. 101-118, Jan 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2834713>.
25. Zacher L. W., *Hybrydowy świat człowieka i ewolucja systemów socjotechnicznych*, Elbląg 2014.
26. Adam Thimmesch, *The Tax Aspects of Pokémon Go*, source: <https://surlysubgroup.com/2016/07/19/the-tax-aspects-of-pokemon-go/>.
27. Gershowitz, Adam M., *Google Glass While Driving* (August 11, 2014). *William & Mary Law School Research Paper No. 09-280*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2478673>.

28. Шмырина Т.А. [Shmyrina T.A.]. Футурология как Наука и как предсказание (социально-философский аспект) [Futurology as a science and prediction: social and philosophical issues] // Вестник ТГУ [TGY Herald]. 2011. № 9.
29. The Futurology of International Law [in:] Joel P. Trachtman, *The Future of International Law*, Global Government, Cambridge University Press 2013.
30. Morley, John and Romano, Roberta, *The Future of Financial Regulation* (June 5, 2009). Yale Law & Economics Research Paper No. 386. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1415144> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1415144>.
31. Lauria, Rita M., *Virtual Reality: An Empirical-Metaphysical Testbed* (September 1, 1997). *Journal of Computer Mediated Communication*, Vol. 3, No. 2, 1997. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1872267> [last visit: 26.06.2016].
32. Biocca, Frank and Lauria, Rita M. and McCarthy, Mark, *Virtual Reality* (1997). *communication technology update*, 6th Ed., p. 176, A. Grant, ed., Focal Press, 1997. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1872242> [last visit: 26.06.2016].
33. Ashley John Craft, *Sin in cyber-eden: understanding the metaphysics and morals of virtual worlds*, *Ethics and Information Technology* (2007) 9:205–217, source: http://urbanteach.org/uploads/2/9/4/0/2940299/sin_cybereden.pdf.
34. Zwierzchowski M., *Fantastyka bardziej naukowa*, *Polityka* No. 45, 11.11.2014.
35. Каламкарян А. [Kalamkaryan A.] Понятие «пространство» в науке и практике современной международной юриспруденции [The concept of "space" in the science and practice of modern international jurisprudence], in: *Актуальные проблемы современного международного права* [Actual problems of modern international law], Москва 2010.
36. Яндиев, М.И. [Yandiev M.I.]. Прогнозирование доходов нуждается в усовершенствовании [Revenue forecasting needs to be improved]. *Финансы* [Finance], 2001, № 4.
37. Алехин С.Н. [Alekhin S.N.]. Налоговое прогнозирование на проблемном этапе развития экономики [Tax forecasting at the problematic stage of economic development]. *Налоговая политика и практика* [Tax politics and practice], 2009. № 3.
38. Lotko E., *Planowanie dochodów budżetowych a bezpieczeństwo finansowe państwa*, [w]: edited by E. M. Guzik - Makaruk, E. W. Pływaczewski, *Współczesne oblicza bezpieczeństwa*, Białystok 2015.
39. Owsiak S., *Jakość planowania budżetowego w Polsce – próba oceny*, source: <https://www.nik.gov.pl/plik/id,1565.pdf>.
40. Тихонова С. В. [Tikhonova S.V.]. Коммуникационное пространство как объект правовой политики: Теоретические проблемы формирования пространственного подхода [Communication space as an object of legal policy: Theoretical problems of spatial approach formation], *Изв. Сарат. ун-та. Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право.* [Saratov University News. Management. Economic. Law]. 2014. Т. 14.
41. Barth T. D. and Schlegelmilch W., *Cyber Democracy: The Future of Democracy?* [in:] Elias G. Carayannis, David F.J. Campbell, Marios Panagiotis Efthymiopoulos, *Cyber-Development, Cyber-Democracy and Cyber-Defense. Challenges, Opportunities and Implications for Theory, Policy and Practice*, Springer 2014.
42. Hague B.N. L., *Digital Democracy. Discourse and Decision Making in the Information Age*, Routledge Taylor & Francis Group, 2005.
43. Сундатова О.Ю. [Sundatova O.Yu], Ходина Э.В. [Khodina E.V.] Развитие «электронной демократии» в странах Запада [Development of "electronic democracy" in the Western countries], *Государственная власть и местное самоуправление* [State power and local self-government], 2008. № 9.
44. Thomas L. Friedman, *The World Is Flat 3.0: A Brief History of the Twenty-first Century*, Picador 2007.
45. Thomson, David I. C., *Law School 2.0* (July 13, 2008). U Denver Legal Studies Research Paper No. 08-27. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1162928>.
46. *Law School 2.0: How Legal Tech Disrupted Traditional Legal Education*, Data-driven law school decisions and more hands-on technology courses are upending conventional legal education, Ricci Dipshan, *Legaltech News*, source: <http://www.legaltechnews.com/id=1202763028170/Law-School-20-How-Legal-Tech-Disrupted-Traditional-Legal-Education>.

47. Harper, Logan (27 March 2013). "Gov 2.0 Rises to the Next Level: Open Data in Action". Open Source. Retrieved 24 July 2013. Source: <http://opensource.com/government/13/3/future-gov-20>.
48. Sam Williams, 2nd edition revisions by Richard Stallman, *Free as in Freedom (2.0)*, Free Software Foundation 2010.
49. Caytas, Joanna, *European Perspectives on an Emergent Law of Robotics* (April 4, 2017). *Columbia Journal of European Law: Preliminary Reference* (Apr. 4, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2956958> [last visited: 26.11.2018].
50. Alarie, Benjamin and Niblett, Anthony and Yoon, Albert, *Using Machine Learning to Predict Outcomes in Tax Law* (December 15, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2855977> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2855977> [last visited: 26.11.2018].
51. Juchniewicz E., *Taxing virtual world - the legal limit of taxation [in:] Tax and Budget Law: Modern Problems of Property Relations*, Wyd. Voronezh State University, Voronezh 2012.
52. Ting, Antony, *iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue* (March 19, 2014). *British Tax Review* 2014 No.1. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2411297>.
53. *Corporate Tax 2.0: Why France and the World Need a New Tax System for the Digital Age*, source: <http://www.forbes.com/sites/singularity/2013/01/28/corporate-tax-2-0-why-france-and-the-world-need-a-new-tax-system-for-the-digital-age/>.
54. Beth Simone Noveck, *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*, Brookings Institution Press; Reprint edition (November 2, 2010).
55. Wilde, Maarten Floris, 'Sharing the Pie'; *Taxing Multinationals in a Global Market* (January 15, 2015). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2564181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2564181>.
56. Горбунова О.Н. [Gorbunova O.N.]. *Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России* [Financial law and financial monitoring in modern Russia], Moscow, 2003.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Юхневич Эдвард – доктор юридических наук, адъюнкт-профессор кафедры финансового права *Университет Гданьска*
80-309, Польша, г. Гданьск, ул. Яна Бажинского, 6
E-mail: e.juchnevicius@prawo.ug.edu.pl
ORCID: 0000-0001-7390-4885

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Edward Juchniewicz – Doctor of Law, Adiunkt, Department of Financial Law *University of Gdansk*
6, Jana Bażyńskiego ul., Gdańsk, 80-309, Poland
E-mail: e.juchnevicius@prawo.ug.edu.pl
ORCID: 0000-0001-7390-4885

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Юхневич Э. Новые пределы налогово-правового регулирования в свете налогообложения электронной торговли / Э. Юхневич // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 51–59. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).51-59.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Juchniewicz E. New limits of tax law in the light of e-commerce taxation. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 51–59. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).51-59. (In Russ.).

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ИДЕОЛОГИЯ И ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОЛИТИКА НА РЫНКЕ ТРУДА В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

М.А. Драчук

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

13 сентября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Анализируется рынок труда и его элементы. Обосновывается важность государственной идеологии в системе обязательных структурных элементов рынка труда: она сопровождает социально-экономическое развитие общества, предопределяет государственную политику в сфере труда и занятости и служит ее целям. Делается вывод, что основу государственной идеологии на рынке труда должна составить позитивная мотивация граждан к систематической длительной занятости, а также социальная ответственность бизнеса.

Ключевые слова

Занятость, государственная идеология, сфера труда, рынок труда, мотивация к занятости, социальная ответственность, правоприменение

STATE IDEOLOGY AND STATE POLICY IN THE LABOR MARKET: RUSSIAN EXPERIENCE

Maria A. Drachuk

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 September 13

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

The subject of the paper is state ideology is an element of labor market.

The main aim of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that main tasks of state ideology as a key element of labor market are positive motivation to systematic long-term employment, as well as social responsibility of business by strengthening the information function of labor legislation.

Keywords

Employment, state ideology, labor sphere, labor market, motivation to employment, social responsibility, law enforcement

The methodology of the study includes general scientific methods (analysis, synthesis, comparative method, description) as well as particular academic methods (formal-legal method, interpretation of legal acts).

The main results and scope of their application. The modern labor market should be defined as the vacancy market. At the same time, neither the concept of a vacancy nor its characteristics are established by legislation. The state ideology plays an important role among other information flows in the system of mandatory structural elements of the labor market. The state ideology accompanies the socio-economic development of society. The formation of labor motivation holds the dominant position in the organization of the labor market. State policy in relations on the organization of the labor market is a set of management decisions of the authorities, which form the state ideology among other things. The state, when realize its interests in the sphere of labor legislation, should actively use the so-called advisory type of legal regulation of labor relations. The proposed analysis may become a crucial point for future legal research in the field of labor market.

Conclusions. Positive motivation to systematic long-term employment, as well as social responsibility of business are the main tasks of state ideology as a key element of labor market. The formation and consolidation of such ideology will make it possible to apply the provisions of labor legislation more accurately in accordance with its meaning and purpose.

1. Введение

Значительное число ученых-юристов полагает, что понятие «рынок труда» является социально-эко-

номическим и не подлежит нормативному закреплению. Несмотря на то, что законодательство о занятости населения в Российской Федерации [1] упоминает

данный термин многократно, отдельные авторы (С.Ю. Головина, А.М. Лушников и некоторые другие) отмечают самодостаточность этого понятия вне сферы действия права и не считают необходимым ставить вопрос о его нормативном определении.

Представляется, что данное явление все же имеет нормотворческий потенциал и требует своего закрепления, как минимум, для определения того, по поводу какого «товара» возникают рыночные отношения на рынке труда. Например, Г.Д. Данилин полагает, что «рынок труда можно определить как совокупность социально-экономических и правовых отношений, возникающих и функционирующих в сфере реализации спроса и предложения способности человека к труду (рабочей силы)» [2, с. 58].

Это не вполне верная точка зрения. В силу запрета на уровне международно-правовых принципов считать труд товаром, так как это свойство неотделимо от личности его носителя и присуще только человеку, современный рынок труда должен быть определен как рынок вакансий. При этом ни понятие вакансии, ни ее характеристик законодательство не устанавливает. Поэтому решение многих проблем организации рынка труда могло бы быть предложено через нормативное регулирование как собственно самого рынка, так и его структурных элементов.

2. Определение наукой права понятия и элементов рынка труда

С.П. Маврин указывает: «Определение рынка труда, пригодное к использованию в юридической науке, должно содержать элементы, характерные для правовых категорий... объект рынка труда; субъекты рынка труда; характер взаимоотношений между субъектами по поводу объекта» [3, с. 59]. Экономическая теория раскрывает понятие рынка труда через систему отношений по поводу условий найма, по использованию и обмену рабочей силы на жизненные средства. В данное понятие включается механизм его самореализации в виде спроса и предложения, функционирующий на основе информации о цене труда (заработной плате) [1, с. 39]. Советское трудовое право, дабы не рисковать с «буржуазным» термином, который критиковался за его потенциальную опасность допускаемой в его толковании торговли «живым товаром», вместо понятия рынка труда использовало иное его обозначение – движение рабочей силы (кадров) либо (пере)распределение трудовых ресурсов.

А.И. Ставцева еще в 1974 году отмечала, что «в реальной жизни экономические, социально-правовые и демографические процессы взаимосвязаны, и

это надо иметь в виду при исследовании правового регулирования рационального распределения общественной рабочей силы по территории страны, – и далее. – Знание и определение численности и квалификационного состава трудовых ресурсов, которыми располагает экономический район, область, республика и страна, – объективная необходимость, вытекающая из планомерной организации общественного производства» [4, с. 25].

А.С. Пашков и В.Г. Ротань также указывали на «необходимость совершенствования правовых форм подготовки и распределения рабочей силы, приспособления норм трудового права к изменяющимся условиям общественного производства» [5, с. 130–131]. Подобная же мысль была сформулирована А.С. Пашковым в соавторстве с Е.В. Магницкой, когда ученые в 1980 году написали, что «возможности правового воздействия на обеспечение полной занятости населения в общественном труде не исчерпаны. Ощущается настоятельная потребность в непосредственном правовом урегулировании ряда вопросов, а также в усилении косвенного воздействия права на процессы занятости» [6, с. 71].

К.П. Уржинский, утверждая, что с первых лет существования отечественного трудового законодательства нормы, воздействующие на рынок труда, издавались с учетом потребностей экономики, также отмечал, что правовое регулирование трудоустройства обязательно базируется на знании действия соответствующих экономических законов [7, с. 6].

Экономисты же, в свою очередь, структурными элементами рынка труда называют:

а) юридические нормы, экономические программы, государственную рыночную идеологию и прочие управленческие решения, оформляющие и фиксирующие систему рынка труда;

б) субъектов рынка труда;

в) механизм саморегулирования рынка труда и внешней организации занятости;

г) механизм выявления и учета безработицы, социальную защиту трудоспособного населения от негативных последствий невостребованности на рынке труда и организацию уменьшения числа незанятых в экономике из числа трудоспособного населения;

д) рыночную инфраструктуру – государственные и частные агентства занятости любого типа и наименования, ориентированные на посредничество в организации спроса и предложения рабочей силы, а также органы власти, отвечающие за социальное обеспечение безработных и адаптацию их к условиям рынка [1, с. 39–51; 8, с. 107–109].

3. Государственная идеология как элемент рынка труда и ее связь с государственной политикой в сфере труда и занятости

Из сказанного выше следует, что в системе обязательных структурных элементов рынка труда важную роль среди прочих информационных потоков призвана играть государственная идеология, сопровождающая социально-экономическое развитие общества. Она может содержать в себе основной дискурс законодательства или, напротив, быть нацеленной на «сглаживание углов» политических и социально-экономических реформ с умалчиванием истинных целей и задач, ставящихся перед собой партией власти и / или правительством.

Не исключен вариант и с использованием обесценилигистического настроения населения по отношению к праву и его применению с умалчиванием целей и задач построения рынка труда и занятости, а также с использованием недостоверной информации или специально созданной «легенды». Допустимы также сочетания различных форм и методов воздействия на массовое сознание населения, в том числе на основе знаний о законах проявления и уровне восприятия (критичности) коллективного разума из многих областей гуманитарного знания.

Раньше, в условиях монополии (монополии государства на средства производства) наша страна могла использовать различные методы воздействия на рынок труда, в том числе принудительно-завуалированное движение и перераспределение кадров, карательные, воспитательные и политические санкции для тунеядцев, алкоголиков и прочего маргинального элемента. Однако для рыночной экономики данный тип воздействия практически исключен, так как основу движения рынка составляют, помимо всего прочего, конкурентные преимущества работодателей различных форм собственности, а государство при таком явном карательно-административном подходе свои преимущества утратит и, как следствие, поставленных целей не добьется.

Следовательно, доминирующее положение в системе организации рынка труда занимает формирование трудовой мотивации, обусловленное постоянно изменяющимся и усиливающим свое социальное значение содержанием международно-правовых норм о запрете принудительного труда и прак-

тике его выявления и искоренения. Поскольку «движение рабочей силы направляется методами косвенного правового воздействия на участников общественных отношений, в частности путем установления материальных и моральных стимулов к труду» [5, с. 7], их поиск и использование становятся приоритетными элементами метода правового регулирования трудовых и социально-обеспечительных отношений.

Стимулирование занятости законодатель обеспечивает также нормами Закона РФ «О занятости населения в Российской Федерации»¹ и Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации»². Например, через государственный заказ на профессиональное обучение (переобучение), соотнесение уровней образования с требованиями к той или иной профессиональной деятельности, отказ в признании безработным лица, отказавшегося в течение 10 дней со дня регистрации в органах службы занятости в целях поиска подходящей работы от двух вариантов подходящей работы (ст. 3 Закона о занятости) и т. п.

Государство декларирует определенные направления собственной политики в области занятости (ст. 5 Закона о занятости), например осуществление мероприятий, способствующих занятости граждан, испытывающих трудности в поиске работы (инвалиды; лица, освобожденные из учреждений, исполняющих наказание в виде лишения свободы; несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет; лица предпенсионного возраста (за два года до наступления возраста, дающего право выхода на трудовую пенсию по старости, в том числе досрочно назначаемую трудовую пенсию по старости); беженцы и вынужденные переселенцы; граждане, уволенные с военной службы, и члены их семей; одинокие и многодетные родители, воспитывающие несовершеннолетних детей, детей-инвалидов; граждане, подвергшиеся воздействию радиации вследствие чернобыльской и других радиационных аварий и катастроф; граждане в возрасте от 18 до 20 лет, имеющие среднее профессиональное образование и ищущие работу впервые), предупреждение массовой и сокращение длительной (более одного года) безработицы, объединение усилий участников рынка труда и согласованность их действий при реализа-

¹ Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 (ред. от 03.07.2018) «О занятости населения в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 02.10.2018) // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 18. Ст. 565.

² Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 27.06.2018) «Об образовании в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.07.2018) // Собрание законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

ции мероприятий по содействию занятости населения и т. д. Также производится прогнозирование баланса трудовых ресурсов³.

Следует согласиться с В.Г. Сойфером в том, что «системный анализ законодательства о занятости, сложившийся за многие годы трудоустройства неработающих граждан, свидетельствует о сохраняющемся приоритете одного вида занятости – работы по трудовому договору – перед другими видами... С этим видом занятости... связывается информация о рабочих местах, деятельности субъектов по их формированию, учету, отчетности, квотированию, бронированию и проч., а также аттестация рабочих мест, проводимая в целях обеспечения их соответствия требованиям правил по охране труда и социальному страхованию» [9, с. 55–56]. Хотя отдельные формы трудоустройства граждан через обеспечение их самозанятости уже начинают понемногу использоваться, их организация менее формализованна и разнообразна, что, безусловно, связано и с самой спецификой самозанятого труда.

Многие авторы делают акценты на социально-обеспечительном характере содействия занятости [10, с. 23–26; 11, с. 211–212; 12, с. 21–22; 13, с. 22–25; 14, с. 73–81]. Безусловно, это один из важнейших ее аспектов, но не главный. С точки зрения логики построения рынка труда первостепенное значение имеет государственное управленческое воздействие на занятость, в том числе за счет снижения безработицы, трудовой адаптации незанятого населения, профессиональной ориентации и стимулирования трудовых ресурсов страны к производительной деятельности в экономике.

Так, на федеральном уровне государство стимулирует занятость (ст. 7 Закона о занятости) путем разработки и реализации федеральных программ в сфере занятости населения, разработки прогноза баланса трудовых ресурсов Российской Федерации, определения перечня территорий с напряженной ситуацией на рынке труда, информирования граждан и работодателей о положении на рынке труда в Российской Федерации, правах и гарантиях в области занятости населения и защиты от безработицы и

т. д. Оно также имеет возможности организации трудоустройства через предоставление жилья или целевых субсидий (например, при поиске специалистов для работы в сельской местности), обещание (нормативное закрепление) разного рода привилегий отраслевого характера, социальную рекламу, организацию обучения безработных необходимым на рынке труда профессиям и специальностям (определение перечня приоритетных профессий (специальностей) для профессионального обучения и дополнительного профессионального образования безработных граждан по ст. 7.1-1 Закона о занятости – полномочие органов власти субъекта Федерации), ограничение труда иностранцев.

Государственная политика в системе отношений по организации рынка труда – это совокупность управленческих решений органов власти, которые, наряду с прочим, формируют государственную идеологию. Одним из основных направлений государственной политики на современном этапе, как пишет Г.С. Скачкова [15, с. 15], явилось усиление роли и значения деятельности субъектов РФ в регулировании рынка труда путем передачи им значительной части федеральных полномочий в области занятости населения с выделением субсидий из федерального бюджета на софинансирование региональных программ по снижению напряженности на рынке труда в соответствующем субъекте РФ. По этому поводу принято и действует Постановление Правительства РФ от 31.12.2008 № 1089 «О дополнительных мероприятиях, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации» (вместе с «Правилами предоставления субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации на реализацию дополнительных мероприятий, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации»)⁴.

Как предпосылка государственной идеологии на рынке труда, государственная политика в этой области отношений также ориентирована на мотивацию граждан к систематичной (длительной) занятости в любых организуемых государством правовых

³ Приказ Минздравсоцразвития РФ от 29 февраля 2012 г. № 178н «Об утверждении Методики разработки прогноза баланса трудовых ресурсов» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 27.

⁴ Постановление Правительства РФ от 31 декабря 2008 г. № 1089 «О дополнительных мероприятиях, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов

Российской Федерации» (вместе с «Правилами предоставления субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации на реализацию дополнительных мероприятий, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации») // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 2. Ст. 266.

формах. Так, согласно п. 2 Правил предоставления субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации на реализацию дополнительных мероприятий, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации, субсидии предоставляются на софинансирование региональных программ, утвержденных в установленном порядке и предусматривающих следующие дополнительные мероприятия, направленные на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации: а) опережающее профессиональное обучение работников в случае угрозы массового увольнения (установление неполного рабочего времени, временная приостановка работ, предоставление отпусков без сохранения заработной платы, мероприятия по высвобождению работников); б) организация общественных работ, временного трудоустройства, стажировки в целях приобретения опыта работы безработных граждан, граждан, ищущих работу, включая выпускников образовательных учреждений, а также работников в случае угрозы массового увольнения; в) оказание адресной поддержки гражданам, включая организацию их переезда в другую местность для замещения рабочих мест, в том числе создаваемых в рамках реализации федеральных целевых программ и инвестиционных проектов; г) содействие развитию малого предпринимательства и самозанятости безработных граждан; д) иные.

На уровне регионов также имеются самостоятельные полномочия по стимулированию занятости. В настоящее время в ст. 7.1-1 Закона о занятости предполагаются такие мероприятия: содействие гражданам в поиске подходящей работы, а работодателям в подборе необходимых работников; информирование о положении на рынке труда в субъекте Российской Федерации; организация ярмарок вакансий и учебных рабочих мест; организация профессиональной ориентации граждан в целях выбора сферы деятельности (профессии), трудоустройства, прохождения профессионального обучения и получения дополнительного профессионального образования; профессиональное обучение и дополнительное профессиональное образование безработных граждан, включая обучение в другой местности; организация проведения оплачиваемых общественных работ; организация временного трудоустройства несовершеннолетних граждан в возрасте от 14 до 18 лет в свободное от учебы время, безработных граждан, испытывающих трудности в поиске работы, безработных граждан в возрасте от 18 до 20 лет,

имеющих среднее профессиональное образование и ищущих работу впервые; социальная адаптация безработных граждан на рынке труда; содействие самозанятости безработных граждан; содействие безработным гражданам в переезде и безработным гражданам и членам их семей в переселении в другую местность для трудоустройства по направлению органов службы занятости; организация и проведение специальных мероприятий по профилированию безработных граждан (распределению безработных граждан на группы в зависимости от профиля их предыдущей профессиональной деятельности, уровня образования, пола, возраста и других социально-демографических характеристик в целях оказания им наиболее эффективной помощи при содействии в трудоустройстве с учетом складывающейся ситуации на рынке труда) и т. д. С 1 января 2019 года п. 3 ст. 7.1-1 будет изложен в новой редакции и к региональным полномочиям будут, соответственно, отнесены разработка и реализация региональных программ, предусматривающих мероприятия по содействию занятости населения, включая программы содействия занятости граждан, находящихся под риском увольнения, а также граждан, особо нуждающихся в социальной защите и испытывающих трудности в поиске работы, в том числе по организации сопровождения при содействии занятости инвалидов.

В связи со сложной демографической ситуацией на современном рынке труда предпринимаются меры к глобальному сокращению числа безработных и прочих видов социального иждивения. Так, например, в ст. 7.1-1 Закона о занятости сейчас предусмотрена единовременная финансовая помощь безработным при государственной регистрации в качестве юридического лица, индивидуального предпринимателя либо крестьянского (фермерского) хозяйства, профессиональное обучение и дополнительное профессиональное образование женщин в период отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет, незанятых граждан, которым в соответствии с законодательством Российской Федерации назначена трудовая пенсия по старости и которые стремятся возобновить трудовую деятельность; мероприятия, направленные на создание условий для совмещения незанятыми многодетными родителями, родителями, воспитывающими детей-инвалидов, обязанностей по воспитанию детей с трудовой деятельностью.

В значительной мере стимулирующим фактором занятости является принцип выплаты пособий по безработице, поскольку их безусловное

предоставление кредит организации и динамике рынка труда.

Тенденция ограничения выплаты пособия по безработице в России усиливается. Так, по ч. 4–5 ст. 31 и ч. 1–2 ст. 33 Закона о занятости период выплаты пособия по безработице не может превышать 12 месяцев в суммарном исчислении в течение 18 месяцев, а при повторном обращении за пособием в связи с тем, что трудоустройство не состоялось, общий период выплаты пособия по безработице гражданину не должен превышать 24 месяца в суммарном исчислении в течение 36 месяцев. Отдельным категориям граждан каждый период выплаты пособия по безработице не может превышать 6 месяцев в суммарном исчислении в течение 12 месяцев. Размер пособия по безработице должен стимулировать поиск или выбор из предлагаемой службой занятости подходящей работы и лишь минимально поддерживать безработного, в том числе в пределах общей тенденции выплаты заработной платы на рынке труда, ведь пособие – это часть перераспределяемого валового национального дохода, и оно не может быть даже близко приравненным к заработной плате аналогичного работника. В этой связи размеры минимальной и максимальной величин пособия по безработице ежегодно определяются Правительством Российской Федерации. Кроме того, в целях усиления заинтересованности в поиске работы размеры пособия в первом периоде безработицы периодически уменьшаются.

В частности, в первом (12-месячном) периоде выплаты в первые три месяца предусмотрены в размере 75 % их среднемесячного заработка (денежного довольствия), в следующие четыре месяца – в размере 60 %; в дальнейшем – в размере 45 %, но во всех случаях не выше максимальной величины пособия по безработице и не ниже минимальной величины пособия по безработице, увеличенных на размер районного коэффициента. Во втором (12-месячном) периоде выплаты пособие выплачивается в размере минимальной величины пособия по безработице, увеличенной на размер районного коэффициента.

При этом теперь имеет значение полная или неполная занятость – пособие по безработице выплачивается гражданам при условии их работы в течение 12 месяцев, предшествовавших началу безработицы и наличия в этот период оплачиваемой работы не менее 26 недель на условиях полного рабочего дня (полной рабочей недели) или на условиях неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной

рабочей недели с пересчетом на 26 недель с полным рабочим днем (полной рабочей неделей). Кроме того, теперь пособие по безработице гражданам, уволенным в течение 12 месяцев, предшествовавших началу безработицы, с военной службы по призыву в связи с истечением ее срока и имевшим до увольнения в связи с призывом на военную службу оплачиваемую работу не менее 26 недель на условиях полного рабочего дня (полной рабочей недели) или на условиях неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели с пересчетом на 26 недель с полным рабочим днем (полной рабочей неделей), на общих основаниях.

Идеологическое сопровождение организации современного национального рынка труда, соответствуя его принципам и целям, должно вырабатывать у граждан позитивную трудовую мотивацию, в том числе с использованием неправовых форм стимулирования (кинопрокат, социальная реклама, рекрутинг среди выпускников образовательных организаций, формирование социального имиджа профессий, усиление информированности населения в вопросах содержания трудовых функций и сопровождающих их льгот и привилегий и т. п.). Государство, реализуя свои интересы в сфере действия трудового законодательства, должно активнее использовать и так называемый рекомендательный тип правового регулирования трудовых отношений, раскрывая работникам и работодателям вариативные возможности трудовой правореализации и вызывая у них интерес к пониманию сути закона и права при достижении каждым из участников рынка труда собственных утилитарных целей.

4. Основные выводы

Как итог сказанному, в сфере идеологического сопровождения государственного управления трудом необходимо сформировать целостную управленческую парадигму, под которой учеными, в частности, понимается собственно постановка проблемы и основной метод (способ) разрешения «проблемных» ситуаций, а также формирование научного алгоритма правового управления (регулирования) в рыночных отношениях [16, с. 24]. В ней должны быть прямо сформулированы основные направления государственной политики в сфере труда и занятости для исключения нарушения трудовых прав работников и экономических прав работодателей.

Основу государственной идеологии на рынке труда должна составить позитивная мотивация граждан к систематической длительной занятости, а также социальная ответственность бизнеса. Формирование

и закрепление такой идеологии позволит точнее применять положения трудового законодательства в соответствии с его смыслом и назначением.

Кроме того, в необходимой для обычной право-реализации части трудовое законодательство, даже идеологически окрашенное, должно быть понятным и в силу этого востребованным, так как «идеологическая функция трудового права способствует затуханию характера производственных отношений и

созданию иллюзий по поводу их природы, с тем чтобы, сделав их приемлемыми, увековечить эти отношения» [17, с. 137]. Следовательно, одна из задач государственной политики и государственной идеологии на рынке труда – это усиление информационной функции трудового законодательства, активное использование достижений юридической лингвистики для улучшения качества законодательных текстов и повышения правовой грамотности населения.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Рынок труда: учебник / под ред. проф. В.С. Буланова и проф. Н.А. Волгина. – М.: Экзамен, 2003. – 480 с.
2. Данилин Г.Д. Понятие рынка труда как объекта правового регулирования нормами трудового права / Г.Д. Данилин // Трудовое право в России и за рубежом. – 2011. – № 2. – С. 58–59.
3. Курс российского трудового права. Т. 2: Рынок труда и обеспечение занятости (правовые вопросы) / под ред. С.П. Маврина, А.С. Пашкова, Е.Б. Хохлова. – М.: Юрист, 2001. – 560 с.
4. Ставцева А.И. Правовые вопросы перераспределения трудовых ресурсов / А.И. Ставцева – М.: Юрид. лит., 1974. – 160 с.
5. Пашков А.С. Социальная политика и трудовое право / А.С. Пашков, В.Г. Ротань. – М.: Юрид. лит., 1986. – 240 с.
6. Магницкая Е.В. Распределение трудовых ресурсов (правовые вопросы) / Е.В. Магницкая, А.С. Пашков. – М.: Юрид. лит., 1980. – 176 с.
7. Уржинский К.П. Трудоустройство граждан в СССР / К.П. Уржинский. – М.: Юрид. лит., 1967. – 144 с.
8. Рофе А.И. Экономика труда: учебник / Рофе А.И. Рофе. – М.: КНОРУС, 2010. – 400 с.
9. Сойфер В.Г. Занятость рабочих мест: некоторые актуальные проблемы / В.Г. Сойфер // Законодательство и экономика. – 2011. – № 10. – С. 55–62.
10. Корсаненкова Ю.Б. Квотирование рабочих мест для инвалидов: проблемы правового регулирования / Ю.Б. Корсаненкова // Трудовое право в России и за рубежом. – 2010. – № 2. – С. 23–26.
11. Непочатая И.В. Меры по поддержанию трудовой занятости в условиях финансово-экономического кризиса (организационно-правовые вопросы) / И.В. Непочатая // Российский юридический журнал. – 2010. – № 5. – С. 203–212.
12. Парфенова Т.А. Проблемы занятости инвалидов / Т.А. Парфенова // Социальное и пенсионное право. – 2010. – № 1. – С. 21–22.
13. Рындина А.Р. Специальное образование для трудовых мигрантов как фактор их социально-правовой адаптации / А.Р. Рындина // Миграционное право. – 2009. – № 3. – С. 22–25.
14. Серегина Л.В. Социальные гарантии в сфере занятости населения: понятие, признаки и классификация / Л.В. Серегина // Журнал российского права. – 2011. – № 2. – С. 73–81.
15. Скачкова Г.С. Регулирование рынка труда: новые ориентиры и направления / Г.С. Скачкова // Трудовое право в России и за рубежом. – 2012. – № 1. – С. 15–22.
16. Фролов И.В. Управление процедурами банкротства: теория и юридическая практика: учебное пособие / И.В. Фролов. – Новосибирск: ООО «Альфа-Порте», 2013. – 586 с.
17. Коллэн Ф. и др. Трудовое право в капиталистическом государстве / Ф. Коллэн и др.; под ред. С.А. Иванова. – М.: Прогресс, 1980. – 263 с.

REFERENCES

1. Bulanov V.S., Volgina. M. (eds.). The labor market: the textbook. Moscow, Ekzamen Publ., 2003. 480 p. (In Russ.).
2. Danilin G. D. the Concept of the labor market as an object of legal regulation of labor law. Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom = Labor law in Russia and abroad, 2011, no. 2, pp. 58-59. (In Russ.).

3. Mavrina S.P., Pashkov A.S., Khokhlov E.B. (eds.). The course of Russian labor law. Vol. 2: labour Market and employment (legal issues). Moscow, Yurist Publ, 2001. 560 p. (In Russ.).
4. Stavtseva I. Legal issues of redistribution of labor resources. Moscow, Yurid. lit. Publ., 1974. 160 p. (In Russ.).
5. Pashkov A.S., Rotan V.G. Social policy and labour law. Moscow, Yurid. lit. Publ., 1986. 240 p. (In Russ.).
6. Magnitskaya E.V., Pashkov A.S. Distribution of labor resources (legal issues). Moscow, Yurid. lit. Publ., 1980. 176 p. (In Russ.).
7. Urginsky K.P. Employment of citizens in the USSR. Moscow, Yurid. lit. Publ., 1967. 144 p. (In Russ.).
8. Rofe A.I. Labour Economics: the textbook. Moscow, KNORUS Publ., 2010. 400 p. (In Russ.).
9. Soifer V.G. Employment: some actual problems. *Zakonodatel'stvo i ehkonomika = Legislation and Economics*, 2011, no. 10, pp. 55-62. (In Russ.).
10. Korsnakova Y.B. Employment quotas for disabled people: problems of legal regulation. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom = Labour law in Russia and abroad*, 2010, no. 2, pp. 23-26. (In Russ.).
11. Nepochataya I.V. Measures to maintain employment during the financial and economic crisis (legal issues). *Rossijskij yuridicheskij zhurnal = The Russian legal magazine*, 2010, no. 5, pp. 203-212. (In Russ.).
12. Parfenova T.A. Problems of employment of disabled persons. *Social'noe i pensionnoe pravo = Social and pension law*, 2010, no. 1, pp. 21-22. (In Russ.).
13. Special education for labour migrants as a factor of their social and legal adaptation. *Migracionnoe pravo = Migration law*, 2009, no. 3, pp. 22-25. (In Russ.).
14. Seregina L.V. Social guarantees in the sphere of employment of population: concept, characteristics and classification. *ZHurnal rossijskogo prava = Journal of Russian law*, 2011, no. 2, pp. 73-81. (In Russ.).
15. Skachkova G.S. Regulation of the labor market: new guidelines and directions. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom = Labor law in Russia and abroad*, 2012, no. 1, pp. 15-22. (In Russ.).
16. Frolov I.V. Bankruptcy procedures Management: theory and legal practice: textbook. Novosibirsk: LLC "Alfa-Port" Publ., 2013. 586 p. (In Russ.).
17. Collen F., et al. Labor law in the capitalist state. Moscow, Progress Publ., 1980. 263 p. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Драчук Мария Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового и социального права
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: maria.omsu@mail.ru
SPIN-код: 8042-8310; AuthorID: 314506

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Maria A. Drachuk – PhD in Law, Associate Professor, Department of Labor and Social Law
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: maria.omsu@mail.ru
SPIN-code: 8042-8310; AuthorID: 314506

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Драчук М.А. Государственная идеология и государственная политика на рынке труда в современной России / М.А. Драчук // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 60–67. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).60-67.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Drachuk M.A. State ideology and state policy in the labor market: Russian experience. *Pravoprimenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 60–67. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).60-67. (In Russ.).

О ХАРАКТЕРЕ ПЛАТЫ, ВЗИМАЕМОЙ ЗА ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УСЛУГ

М.А. Хорошайлова

*Комитет по градостроительству и архитектуре Администрации Санкт-Петербурга,
г. Санкт-Петербург, Россия*

Информация о статье

Дата поступления –
15 октября 2018 г.
Дата принятия в печать –
14 декабря 2018 г.
Дата онлайн-размещения –
20 января 2019 г.

Исследуется вопрос о правовой природе платы, взимаемой органами государственной власти за предоставление государственных услуг, от решения которого зависит выбор заинтересованных лиц способов защиты своих прав. Делается вывод, что в случае, если орган государственной власти осуществляет деятельность, связанную с выполнением государственно-властных полномочий, то плата за ее осуществление носит публично-правовой характер; с утратой деятельностью характера государственно-властного полномочия становится возможным ее гражданско-правовое регулирование.

Ключевые слова

Государственная услуга,
функции государства,
полномочия органов
государственной власти,
фискальный сбор, публичный
интерес, правоприменение

THE NATURE OF FEE CHARGED FOR PROVISION OF PUBLIC SERVICES

Marina A. Khoroshaylova

*Committee for Architecture and Urban Development of Government of St. Petersburg,
St. Petersburg, Russia*

Article info

Received – 2018 October 15
Accepted – 2018 December 14
Available online – 2019 January 20

The subject. This paper is devoted to the study of the legal nature of fees charged by the public authorities for the provision of public services.

The main aim of the paper is to substantiate the answer on the question is this fee a price or a fiscal charge?

The methodology of the study includes general scientific methods (analysis, synthesis, description) as well as particular academic methods (formal-legal method, interpretation of legal acts). The decisions of Russian Constitutional Court are also analyzed.

The main results and scope of their application. The article focuses on analysis of the features and functions of the government, ratio of functions of the government and functions of the public authorities, their powers. State power is exercised by bodies of state power or specially authorized entities on behalf of the state and in the public interest. It excludes the exchange nature of the relations when these bodies and entities implement state power. The nature of the establishment and collection of the fee excludes the equivalence between the size of fee and the size of collection costs of the authorized entity. Therefore, there is no equivalence in the relations on payment of the fee, and therefore the fee has no compensatory character. In turn, the nature of the actions performed by the authorized entity on behalf of and in the interests of the public legal entity, excludes their absolute determination by actions of the payer of the fee. The results of research may become a crucial point for future research of legal regulation of fees.

Conclusions. If a public authority carries out activities related to implementation of governmental and authoritative powers, the fee is based on public law. If an activity can not be associated with implementation of governmental and authoritative powers, the fee can be subject to civil law regulation.

Keywords

Public service, functions of the
state, powers of public authorities,
fiscal charge, public interest, law
enforcement

1. Постановка проблемы

Одним из вопросов, обсуждаемых в литературе, посвященной проблемам правового регулирования предоставления государственных услуг (как деятельности исполнительных органов государственной власти, осуществляемой по запросам граждан и юридических лиц), является вопрос об основаниях взимания платы, носящей гражданско-правовой характер, за исполнение органами государственной власти своих полномочий [1, с. 76–79; 2, с. 45; 3, с. 223; 4, с. 214–215; 5, с. 87; 6, с. 358–361; 7, с. 78–85].

В частности, в научной литературе по налоговому праву ставится вопрос о критериях, позволяющих разграничить фискальный сбор (сбор, пошлину, плату) и гражданско-правовую плату (цену) [8, с. 183, 188, 192–194, 197; 9, с. 37–38; 10, с. 29–30, 35; 11, с. 7; 12, с. 34].

Так, некоторые авторы, разделяя подход к признанию функций государства главными, основными направлениями его деятельности, классифицируют функции государства на основные и неосновные.

С учетом принадлежности какой-либо функции государства к одной из названных групп решается вопрос о финансировании ее реализации: либо за счет налоговых источников доходов государственного бюджета, либо за счет взимания платы в виде сборов и иных платежей [13, с. 3].

К основным функциям государства относят важнейшие направления деятельности государства, связанные с реализацией приоритетных задач и целей в интересах всего населения, подчеркивая, что в основных функциях государства отражается сущность и роль государства в обществе.

К ним относят такие виды деятельности государства, которые направлены на создание, функционирование и сохранение определенного социального, экономического, политического, правового режима, то есть системной организации общества в границах определенной территории, в соответствующем экономическом, политическом, социальном и ином состоянии, с помощью различных правовых и функциональных институтов.

В рамках данного подхода отмечается, что основные функции осуществляются государством в интересах непосредственного носителя общественной власти (класса, нации, народа и т.п.), то есть их реализация непосредственным образом затрагивает каждого члена общества. Посредством основных функций государство обеспечивает гарантии и защиту интересов граждан, правовые и экономические условия для предпринимательской деятельно-

сти, содержит государственный аппарат, армию, реализовывает социальную политику и решает иные задачи. Финансовое обеспечение основных функций государства осуществляется за счет уплаты налогов.

Неосновные функции государства входят в состав основных функций как элемент их внутренней структуры, выражаются через специфическую деятельность отдельных государственных органов и реализуются, как правило, в отношении отдельных граждан [13, с. 2–3].

Таким образом, неосновные функции представляют собой реализацию отдельных полномочий государственных органов в целях удовлетворения частного интереса конкретного гражданина.

Ввиду того, что неосновные функции не затрагивают прав и законных интересов одновременно всех членов общества, сделан вывод о том, что государство вправе взимать плату индивидуально с каждого гражданина за реализацию неосновных функций. Удовлетворение частных интересов граждан не должно обеспечиваться за счет средств всех налогоплательщиков, не заинтересованных в деятельности государственного аппарата в каждом конкретном случае.

В качестве платы за реализацию неосновных государственных функций выступают сборы, предусмотренные налоговым и иным законодательством Российской Федерации, а также иные виды платежей.

По мнению автора, между плательщиком сбора и государством возникают индивидуально-возмездные отношения, таким сборам присущи признаки гражданско-правовых, а не публичных платежей [13, с. 3].

Об этом свидетельствует тот факт, что большинство юридически значимых действий, совершаемых от имени государства различными государственными органами, по своей правовой природе не могут быть отнесены к исключительному праву, суверенитету, компетенции государства. Такого рода действия осуществляются или могут осуществляться и частными лицами. Например, производство нотариальных действий в Российской Федерации совершается нотариусами, как работающими в государственной нотариальной конторе, так и занимающимися частной практикой [13, с. 4]. Мнение о том, что за предоставление муниципальных услуг необходимо платить столько, чтобы поставщик мог окупить свои расходы и получить минимум прибыли, выражено в учебной литературе по муниципальному праву (см., например: [14, с. 90]).

Также в литературе можно встретить мнение о том, что из содержания нормативных правовых актов следует, что понятием государственных услуг охватывается так называемая «удостоверительная деятельность органов государственной власти», заключающаяся в выдаче различных документов, обладание которыми позволяет гражданам и юридическим лицам совершать те или иные действия по реализации принадлежащих им прав. «В рамках возникающих отношений нормами гражданско-правового характера должны регулироваться вопросы предоставления гражданам и юридическим лицам необходимых сведений для полного и точного их указания в выданном документе, размер и сроки внесения платы за совершение государственными органами необходимых регистрационных действий, сроки совершения действий, возмещение вреда, причиненного несоответствием выдаваемых документов требованиям закона, в том числе ответственность за необоснованный отказ государственных органов в предоставлении в установленные сроки полагающихся документов при условии выполнения контрагентом всех требований, определенных нормативными актами» [15, с. 15].

Подобная точка зрения разделяется не всеми исследователями.

В частности, подчеркивается, что государственные органы реализуют функции государства в рамках публичных правоотношений, с учетом природы которых осуществляется правовое регулирование нормами императивного характера на основе властно-публичных методов [2, с. 45; 3, с. 223].

В целях разграничения публичных услуг, включая государственные услуги, и услуг, являющихся объектом гражданских прав, также выделяют функции, которые осуществляются государством:

– либо в силу их исключительной принадлежности государству. Речь идет о так называемых чистых общественных благах, характеризующихся признаками неисключаемости и неконкурентности в потреблении, то есть благах, которые гарантировано потребляют все граждане независимо от платежеспособности, а именно: государственное управление, поддержание внутреннего правопорядка, национальная оборона [5, с. 86–87; 7, с. 42; 16, с. 96];

– либо вытекающие из Конституции Российской Федерации, или являющиеся социально значимыми благами, состав которых определяется обществом [7, с. 30; 17, с. 74–75];

– либо в силу экономической целесообразности «государственного» способа осуществления функции [7, с. 30].

Однако количество и состав функций, которые могут быть осуществлены государством, в научной литературе четко не определены.

В этой связи нуждаются в рассмотрении вопросы о признаках и функциях государства, о соотношении функций государства и функций органов государственной власти, об их полномочиях.

2. Соотношение функций государства и функций органов государственной власти, полномочия органов государственной власти

В науке теории государства и права распространено представление о государстве как о «развитой форме политически организованного общества» [18, с. 359], «политической организации» [19, с. 13], «политико-территориальной организации общества» [20, с. 24; 21, с. 13], которая управляет «общими делами общества» в изменяющихся условиях внешней и внутренней среды в границах определенной территории [18, с. 366; 19, с. 13; 20, с. 24; 22, с. 6, 17–18], регулирует поведение граждан посредством права [18, с. 376; 19, с. 13] в целях «обеспечения целостности и сохранности общественного организма» [20, с. 47] или «обеспечения и поддержания естественных условий жизни общества» [23, с. 86], «поддержания нормального функционирования общества» [21, с. 10–11], «обеспечения выживания общества как единого социального организма в условиях существования классов и иных социальных слоев с противоречивыми интересами» [22, с. 17].

Под функциями государства в целом принято понимать объективно сложившиеся предметные направления деятельности государства в важнейших сферах общественной жизни, которые:

– выражают его сущность (классовую сущность) и социальное назначение [14, с. 33; 24, с. 190–191],

– призваны решать задачи и достигать цели государства [21, с. 11–12; 23, с. 83],

– осуществляются в определенных формах и при помощи специальных методов [14, с. 33; 18, с. 377; 24, с. 226–230].

Категория «функции государства» используется в целях выявления роли государства относительно потребностей общества [21, с. 4; 22, с. 3; 24, с. 190].

Функции государства или публичной власти обусловлены источником своего возникновения.

Государственная организация пришла на смену родоплеменной организации в силу коренных изменений, произошедших в экономических условиях жизни родового общества и в самом обществе, в связи с возникновением социального неравенства,

основанного на частной собственности [20, с. 19–20; 25, с. 34–50].

Государство (публичная власть) возникает из объективной необходимости решать «общие дела», вытекающие из природы всякого общества, то есть осуществлять управление производством, экономикой и т.п., защищать от внешних врагов, а также регулировать отношения между социально неоднородными группами в обществе, сдерживать классовые противоречия внутри общества [22, с. 17].

Указанные исторические предпосылки возникновения государства рассматриваются как предпосылки существования самого государства: в способности публичной власти обеспечивать, удовлетворять интересы общества заключается причина сохранения и действия возникшей публичной власти [20, с. 19–20; 25, с. 200–202].

Государство, публичная власть, признает, обеспечивает и охраняет публичные интересы, то есть интересы, в основе которых лежит потребность общества в обеспечении целостности, устойчивости и нормального развития общества [19, с. 6; 25, с. 183].

Публичный интерес понимается как интерес, удовлетворение которого является условием и гарантией существования и развития общества [19, с. 6].

Обеспечение целостности и сохранности общественного организма называют главной функцией государства [20, с. 47], функцией, вытекающей из природы всякого общества [22, с. 18], а коренным публичным интересом – саму возможность общественной жизни [25, с. 183].

При этом в отношении категорий «общие дела», «публичный интерес» отмечается, что их содержание не остается неизменным. Содержание «общих дел» задается характером исторически определенного общества [20, с. 40]; содержание публичного интереса зависит от эпохи, народа и его социально политических оценок [25, с. 185].

Однако решая общие для всего общества дела, регулируя общественные отношения внутри общества как целого, реализуя и защищая публичные интересы, государство, публичная власть, действует от имени и в интересах всего общества во внутренних и внешних отношениях.

Публичная власть возникает и действует как власть и как сила, стоящая над обществом: необходимость решать «общие дела» общества, удовлетворять и защищать публичные интересы возвышает публичную власть в обществе, служит причиной неравенства в отношениях с ней. Совпадение государства с населением или с какой-либо социальной

группой исключило бы возможность для него решать «общие дела», реализовывать и защищать публичные интересы [20, с. 19; 25, с. 208].

При характеристике государственной (публичной) власти в науке теории государства и права выделяют следующие ее отличительные признаки: непроизводность (первоначальность), верховенство, самостоятельность, универсальность, монополия на принуждение, аппаратный характер.

Непроизводность или первоначальность государственной власти означает, что ни одна власть в обществе не может действовать в государстве без прямого или косвенного допущения, признания или назначения государственной власти; государственная власть не нуждается для своего существования и деятельности во внешней санкции или внешнем признании [25, с. 206]. Важно отметить, что данный признак включает в себя прерогативу государственной власти отменять проявления всех других властей [20, с. 21].

Признак универсальности означает, что государственная власть распространяется на все общество и может вмешиваться в любые социальные отношения [20, с. 21; 22, с. 17].

Верховенство (суверенитет) государственной власти характеризуется тем, что никакие ограничения государства невозможны без его воли и что только по его воле возможно всякое его ограничение [25, с. 206–207].

Таким образом, государство:

- возникает из потребности общества в организованной жизни;
- выполняет организующую роль по отношению к обществу;
- решая «общие дела», управляя, реализуя и защищая публичные интересы, действует от имени и в интересах всего общества как целого, а не от имени отдельных лиц;
- управляя и охраняя общество как целое, действует в отношении всех и каждого.

С учетом роли, выполняемой государством относительно потребностей общества, в науке теории государства и права функции государства характеризуются тем, что они:

- обусловлены социальным назначением, исторической миссией государства, необходимостью решать «общие дела»;
- носят комплексный, синтезирующий характер и как основные направления его деятельности не сводятся к самой деятельности или отдельным аспектам деятельности [23, с. 82; 24, с. 198–199].

Необходимо отметить, что классификация функций государства на основные и неосновные проводится не только по критерию их приоритетности, важности на конкретном историческом этапе, но и по объему их содержания. Под основными функциями государства понимают наиболее важные направления его деятельности, охватывающие собой ряд отдельных однородных направлений, а под неосновными - более узкие направления деятельности, входящие в состав основных функций как элемент их внутренней структуры [24, с. 207–210];

– реализуются всем государственным аппаратом, не тождественны функциям отдельных органов государственной власти и организаций [23, с. 82];

– зависят от типа и формы государства, изменяются и развиваются в зависимости от целей и задач, возникающих перед государством на конкретном историческом этапе его развития [18, с. 373; 21, с. 8–12; 23, с. 89].

Таким образом, количество и статус функций государства не остаются неизменными; функции государства не сводятся к деятельности отдельного органа государственной власти или организации, тем более осуществляемой в отношении отдельного гражданина; принимая во внимание, что функции государства осуществляются им от имени и в интересах общества, выделение из их состава неосновных функций на основании интереса отдельного частного лица некорректно.

В теории государства и права принято различать следующие основные формы осуществления функций государства: законодательная деятельность, управленческая деятельность, судебная деятельность и прокурорский надзор [24, с. 226].

Таким образом, управленческая деятельность или управление – одна из форм осуществления функций государства. При этом под управленческой деятельностью понимают административную или исполнительно-распорядительную деятельность, представляющую собой основанную на законах оперативную, повседневную и конкретную реализацию органами государственного управления функций государства [24, с. 226].

В теории административного права к функциям управления или составляющим частям, стадиям единого процесса управления принято относить: принятие решения, прогнозирование, организацию, регулирование, руководство, координацию, планирование, стимулирование, контроль, учет [14, с. 33–34; 26, с. 11–71].

Система управления в обществе включает в себя, как правило, управляющее устройство, управ-

ляемый объект и целенаправленное воздействие первого на второй для стабилизации положения или перевода объекта в новое состояние. В качестве управляющего устройства выступает орган государственного управления [19, с. 42; 26, с. 26–33].

Указанные выше функции управления реализуются в функциях органов государственной власти.

В литературе по административному праву отмечается связь между функциями органов государственной власти и функциями государства, функциями управления: первые производны от вторых, поскольку государство закрепляет властным волевым путем за органом государственной власти функции управления применительно к конкретному объекту управления - определенной сфере жизни общества [14, с. 33–34; 19, с. 42–45; 26, с. 26–33].

С учетом изложенного, функции органов государственной власти различаются в зависимости от объекта управления; их содержанием является управляющее воздействие на объект управления в целях достижения социально-значимого результата; осуществляются от имени государства.

Функции управления реализуются посредством форм управления (акт управления, административный договор, совершение юридически значимых действий, осуществление организационных мероприятий, материально-технических операций, не направленных на создание юридического результата) и методов управления (убеждение, принуждение, экономические, административные методы и т. п.).

Государство предоставляет органам государственной власти право и одновременно обязанность применять ту или иную форму управления, т. е. наделяет их полномочиями.

Полномочие рассматривается одновременно как право и как обязанность органа государственной власти действовать в определенной ситуации способом, предусмотренным законом или правовым актом.

Полномочие – правообязанность, которая связывается с необходимостью для органа государственной власти непрерывно функционировать в заданном направлении, с одной стороны, и действовать тогда, когда имеются юридические факты, с другой стороны. Правообязанность нельзя не реализовать в публичных интересах [19, с. 53, 63; 26, с. 26–33].

Властные полномочия наряду с установленными целями деятельности органов государственной власти, юридически определенными объектами воздействия, ответственностью за неисполнение полномочий признаются элементами компетенции органа государственной власти [19, с. 55–56].

Таким образом, органы государственной власти наделяются компетенцией, и, следовательно, полномочиями не по своей воле и не в своем интересе. Орган государственной власти реализует свои властные полномочия в публичных интересах от имени государства.

С учетом приведенных выше выводов науки теории государства и права и науки административного права можно подвести следующие итоги применительно к рассматриваемому вопросу:

1. Исходя из потребностей общества, государство признает тот или иной интерес публичным, реализует и охраняет его посредством выполнения государственных функций, определяя при этом их приоритетность, статус, количество, объем и способы их осуществления, а также субъектов их выполнения. Таковыми могут быть органы государственной власти или специально уполномоченные государством субъекты. В литературе по административному праву органы и организации, оказывающие государственные услуги, включаются в систему исполнительной власти в широком смысле (см., например: [17, с. 80–81]).

2. Государство, осуществляя свои функции (основные или неосновные), действует от имени и в интересах общества.

3. В целях реализации своих функций государство наделяет органы государственной власти или специально уполномоченных им субъектов государственно-властными полномочиями.

4. Государственно-властные полномочия реализуются органами государственной власти или специально уполномоченными субъектами от имени государства и в публичных интересах, что исключает меновый характер отношений, в которые вступают указанные органы и субъекты при реализации государственно-властных полномочий.

5. В отличие от субъектов гражданского права, которые приобретают свои гражданские права своей волей и в своем интересе, органы государственной власти или специально уполномоченные государством субъекты не могут реализовать свои полномочия в гражданско-правовых отношениях, и, следовательно, за плату, носящую гражданско-правовой характер.

В этой связи представляются ошибочными тезисы о том, что существуют некие юридически значимые действия, которые по своей правовой природе осуществляются или могут быть осуществлены от имени государства частными лицами наряду с органами государственной власти, и что в виду осуществления таких действий частными лицами, за их совершение возможно взимание гражданско-правовой платы [13, с. 3, 4].

3. Нормативно-правовое регулирование

В качестве примера выше приводилось совершение нотариальных действий нотариусами, занимающимися частной практикой.

Согласно части 1 статьи 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11.02.1993 № 4462-1¹ (далее – Основы) нотариат в Российской Федерации призван обеспечить в соответствии с Конституцией Российской Федерации, конституциями (уставами) субъектов Российской Федерации, данными Основами защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путем совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации.

На основании части 2 данной статьи нотариальные действия совершают нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе или занимающиеся частной практикой.

В соответствии с абзацем 2 статьи 15 Основ нотариусы совершают предусмотренные данными Основами нотариальные действия в интересах обратившихся к ним физических и юридических лиц.

В силу части 6 статьи 1 Основ нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли.

С учетом приведенных положений, нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе, и нотариусы, занимающиеся частной практикой, выполняют государственную функцию.

Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно подчеркивал, что нотариальная деятельность носит публично-правовой характер; нотариальные действия, совершаемые как государственными, так и частными нотариусами от имени Российской Федерации, являются публично-значимыми действиями; нотариусы имеют публично-правовой статус².

¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // Российская газета. 1993. 13 марта.

² См., напр.: постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ

В соответствии со статьями 61.1 и 61.2 БК РФ³ денежные средства, взимаемые нотариусами, работающими в государственных нотариальных контролах, в виде пошлин поступают в бюджет муниципальных районов и городских округов.

На основании части 2 статьи 23 Основ денежных средств, полученные нотариусом, занимающимся частной практикой, после уплаты налогов, других обязательных платежей поступают в собственность нотариуса.

В данном случае нотариус, занимающийся частной практикой, выступает в качестве получателя фискального сбора [8, с. 193, 197, 204, 208].

Приведенный выше пример демонстрирует, что нотариус, занимающийся частной практикой, – субъект, уполномоченный государством осуществлять от его имени государственную функцию.

Для характеристики деятельности, и, следовательно, платы за ее осуществление важен не субъект, который осуществляет данную деятельность, а то, сохраняет ли она значение деятельности, осуществляемой от имени государства или иного публично-правового субъекта, и направлена ли она на реализацию публичных интересов.

Проиллюстрируем данный вывод с помощью других примеров.

Так, статьей 57 ГрК РФ⁴ и постановлением Правительства Российской Федерации от 09.06.2006 № 363 «Об информационном обеспечении градостроительной деятельности»⁵ (далее – постановление Правительства РФ № 363) предусмотрены полномочия органов местного самоуправления по ведению информационной системы обеспечения градостроительной деятельности (далее – ИСОГД) и выдаче сведений, содержащихся в ней.

Сведения, содержащиеся в ИСОГД, предоставляются физическим и юридическим лицам за плату. Пунктом 2 постановления Правительства РФ № 363 предусмотрен максимальный размер платы.

В соответствии с пунктом 3 постановления Правительства РФ № 363 размер платы за предоставление сведений, содержащихся в ИСОГД, устанавливается органами местного самоуправления на основании методики определения размера платы, утверждаемой Министерством экономического развития и торговли Российской Федерации, и не должен превышать максимальный размер платы, установленный пунктом 2 данного постановления.

На основании пункта 15 Положения об информационном обеспечении градостроительной деятельности, утвержденного постановлением Правительства РФ № 363, плата за предоставление сведений, содержащихся в ИСОГД, зачисляется в доход

законодательства Российской Федерации о нотариате» // Российская газета. 1998. 28 мая; постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1999 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 1, 2, 4 и 6 Федерального закона от 4 января 1999 года «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» и статьи 1 Федерального закона от 30 марта 1999 года «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1998 год» в связи с жалобами граждан, общественных организаций инвалидов и запросами судов» // Российская газета. 2000. 19 января; определение Конституционного Суда РФ от 11 июля 2006 г. № 349-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан С.В. Бирюковой, Е.А. Лепехиной, Т.И. Сопиной, Е.Е. Тимофеевой, А.Г. Цымбаренко и Г.Н. Шаншиевой на нарушение их конституционных прав положениями части четвертой статьи 22 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате и

абзаца девятого статьи 22 Федерального закона от 2 ноября 2004 года «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации, а также о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 1; определение Конституционного Суда РФ от 1 марта 2011 г. № 272-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Чераневой Антонины Афанасьевны на нарушение ее конституционных прав абзацем третьим части первой статьи 15 и частью первой статьи 23 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» // СПС «Консультант-Плюс».

³ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 31. Ст. 3823.

⁴ Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 16.

⁵ Постановление Правительства РФ от 9 июня 2006 г. № 363 «Об информационном обеспечении градостроительной деятельности» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 25. Ст. 2725.

бюджета соответствующего муниципального образования.

С учетом особенностей осуществления градостроительной деятельности в субъекте Российской Федерации - городе федерального значения Санкт-Петербурге, установленных статьей 63 Градостроительного кодекса Российской Федерации, Федеральным законом от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁶ и Законом Санкт-Петербурга от 23.09.2009 № 420-79 «Об организации местного самоуправления в Санкт-Петербурге»⁷, в субъекте Российской Федерации - городе федерального значения Санкт-Петербурге органы местного самоуправления внутригородских муниципальных образований Санкт-Петербурга не наделены полномочиями в области градостроительной деятельности.

В соответствии с абзацем 8 статьи 1, пунктами 5 и 17-3 статьи 3, статьей 8 Закона Санкт-Петербурга от 24.11.2009 № 508-100 «О градостроительной деятельности в Санкт-Петербурге»⁸ Правительство Санкт-Петербурга:

- ведет ИСОГД в Санкт-Петербурге;
- предоставляет сведения, содержащиеся в ИСОГД;
- определяет размер платы за предоставление сведений ИСОГД в Санкт-Петербурге.

В свою очередь Правительство Санкт-Петербурга наделило полномочиями по ведению ИСОГД в Санкт-Петербурге и по предоставлению сведений, содержащихся в ней, Комитет по градостроительству и архитектуре (пункты 3.4-6 и 3.4-6-1 Положения о Комитете по градостроительству и архитектуре, утвержденного постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 19.10.2004 № 1679⁹).

В целях технического обеспечения деятельности Комитета по градостроительству и архитектуре Правительством Санкт-Петербурга создано государ-

ственное учреждение «Центр информационного обеспечения градостроительной деятельности» (далее – учреждение).

В соответствии с пунктом 2.2 постановления Правительства Санкт-Петербурга от 19.12.2006 № 1594 «О создании государственного учреждения «Центр информационного обеспечения градостроительной деятельности»¹⁰ предметом деятельности учреждения является техническое обеспечение реализации полномочий Комитета по градостроительству и архитектуре по ведению ИСОГД в Санкт-Петербурге, включая предоставление физическим и юридическим лицам сведений, содержащихся в ней.

Таким образом, ведение ИСОГД в Санкт-Петербурге и предоставление сведений, содержащихся в ней, являются полномочиями Комитета по градостроительству и архитектуре – исполнительного органа государственной власти Санкт-Петербурга.

Деятельность учреждения, направленная на обеспечение реализации Комитетом по градостроительству и архитектуре полномочий от имени Санкт-Петербурга, носит технический, вспомогательный характер.

Ведение ИСОГД в Санкт-Петербурге и выдача сведений, содержащихся в ней, не утрачивают статус полномочий исполнительного органа государственной власти Санкт-Петербурга. Плата за предоставление сведений, содержащихся в ИСОГД, зачисляется в бюджет Санкт-Петербурга и носит публично-правовой характер.

Другой пример. На основании статьи 62 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»¹¹ (далее – Федеральный закон № 218-ФЗ) орган регистрации прав по запросам любых лиц предоставляет сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре недвижимости.

⁶ Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

⁷ Закон Санкт-Петербурга от 23 сентября 2009 г. № 420-79 «Об организации местного самоуправления в Санкт-Петербурге» // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2009. № 11.

⁸ Закон Санкт-Петербурга от 24 ноября 2009 г. № 508-100 «О градостроительной деятельности в Санкт-Петербурге» // Вестник Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. 2009. № 31.

⁹ Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 19 октября 2004 г. № 1679 «О Комитете по градостроительству и архитектуре» // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2005. № 1.

¹⁰ Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 19 декабря 2006 г. № 1594 «О создании государственного учреждения «Центр информационного обеспечения градостроительной деятельности» // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2007. № 1.

¹¹ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 29 (ч. 1). Ст. 4344.

Согласно части 2 статьи 63 Федерального закона № 218-ФЗ сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре недвижимости, предоставляются за плату. Размер такой платы, порядок ее взимания и возврата устанавливаются органом нормативно-правового регулирования.

В соответствии с частью 1 статьи 51 БК РФ плата за предоставление федеральными государственными органами сведений, документов, содержащихся в государственных реестрах (регистрах), ведение которых осуществляется данными государственными органами, относится к неналоговым доходам федерального бюджета.

С учетом положений частей 3 и 4 статьи 3 Федерального закона № 218-ФЗ федеральное государственное бюджетное учреждение «Федеральная кадастровая палата Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии» (далее - ФГБУ «ФКП Росреестра») наделено отдельными полномочиями органа регистрации прав по ведению Единого государственного реестра недвижимости и по предоставлению сведений, содержащихся в нем.

Согласно пункту 2 приказа Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии от 18.10.2016 № П/0515 «О наделении федерального государственного бюджетного учреждения «Федеральная кадастровая палата Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии» отдельными полномочиями органа регистрации прав»¹² финансовое обеспечение осуществления ФГБУ «ФКП Росреестра» в соответствии с утвержденным государственным заданием отдельных полномочий органа регистрации прав, плата за которые не взимается, осуществляется за счет субсидии на финансовое обеспечение выполнения государственного задания на оказание государственных услуг (выполнение работ) в пределах бюджетных ассигнований, предусмотренных в федеральном бюджете на эти цели.

Финансовое обеспечение осуществления ФГБУ «ФКП Росреестра» отдельных полномочий органа регистрации прав, за предоставление которых взимается плата, осуществляется за счет поступлений от

оказания платных услуг, сверх утвержденного государственного задания.

Таким образом, деятельность ФГБУ «ФКП Росреестра» по ведению Единого государственного реестра недвижимости и по выдаче сведений, содержащихся в нем, сохраняет статус государственно-властного полномочия.

Поскольку в приведенных примерах имеет место реализация государственно-властных полномочий, плата за их осуществление не является гражданско-правовой.

С утратой какой-либо деятельностью характера государственно-властного полномочия становится возможным взимание платы, носящей гражданско-правовой характер, за ее осуществление. Проиллюстрируем это на следующем примере.

Статьей 17 Федерального закона от 10.12.1995 № 196-ФЗ «О безопасности дорожного движения»¹³ предусматривалось, что находящиеся в эксплуатации на территории Российской Федерации и зарегистрированные в установленном порядке транспортные средства подлежат обязательному государственному техническому осмотру.

Положением о государственной инспекции безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел Российской Федерации, утвержденным Указом Президента Российской Федерации от 15.06.1998 № 711 «О дополнительных мерах по обеспечению безопасности дорожного движения»¹⁴, организация и проведение в порядке и сроки, которые установлены законодательством Российской Федерации, государственного технического осмотра автотранспортных средств и прицепов к ним были отнесены к полномочиям Госавтоинспекции.

В соответствии с пунктом 3 постановления Правительства Российской Федерации от 31.07.1998 № 880 «О порядке проведения государственного технического осмотра транспортных средств, зарегистрированных в Государственной инспекции безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел Российской Федерации»¹⁵ (далее – постановление Правительства РФ № 880) Госавтоинспекция могла привлекать в установленном порядке на кон-

¹² Приказ Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии от 18 октября 2016 г. № П/0515 «О наделении федерального государственного бюджетного учреждения «Федеральная кадастровая палата Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии» отдельными полномочиями органа регистрации прав» // СПС «Консультант-Плюс».

¹³ Федеральный закон от 10 декабря 1995 г. № 196-ФЗ «О безопасности дорожного движения» // Российская газета. 1995. 26 декабря.

¹⁴ Указ Президента РФ от 15 июня 1998 г. № 711 «О дополнительных мерах по обеспечению безопасности дорожного движения» // Российская газета. 1998. 23 июня.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 31 июля 1998 г. № 880 «О порядке проведения государственного технического осмотра транспортных средств, зарегистрированных

курсной основе юридических лиц и индивидуальных предпринимателей к участию в проверке технического состояния транспортных средств с использованием средств технического диагностирования при государственном техническом осмотре.

С учетом поручения, содержащегося в пункте 5 постановления Правительства РФ № 880, Министерством внутренних дел Российской Федерации совместно с Министерством транспорта Российской Федерации определялись требования к производственно-технической базе, на основе которой осуществлялась проверка технического состояния транспортных средств при государственном техническом осмотре, и персоналу, участвовавшему в такой проверке, а также требования к технологии работ по проверке транспортных средств при государственном техническом осмотре с использованием средств технического диагностирования.

Согласно пункту 7 Положения о проведении государственного технического осмотра автотранспортных средств и прицепов к ним Государственной инспекцией безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства РФ № 880 (далее – Положение), проверка технического состояния транспортных средств при государственном техническом осмотре проводилась с использованием средств технического диагностирования, имевшихся в Госавтоинспекции, а также у привлеченных в установленном порядке юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

При этом на основании пункта 9 Положения подразделения Госавтоинспекции осуществляли контроль за качеством работ по проверке технического состояния транспортных средств при государственном техническом осмотре, проводимых юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями.

На транспортное средство, прошедшее государственный технический осмотр, Госавтоинспекция выдавала талон о прохождении государственного технического осмотра, форма которого утверждалась Министерством внутренних дел Российской Федерации.

Талон выдавался после предъявления собственником (представителем собственника) платежного документа об уплате государственной пошлины за выдачу талона о прохождении государственного технического осмотра (пункт 10 Положения).

Проведение государственного технического осмотра транспортных средств осуществлялось на платной основе.

В соответствии с пунктом 8 постановления Правительства РФ № 880 Министерству внутренних дел Российской Федерации совместно с Министерством финансов Российской Федерации, Министерством транспорта Российской Федерации и органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации поручалось установить размер платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств, в том числе с использованием средств технического диагностирования; разработать порядок взимания и распределения средств, получаемых в виде платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств.

Порядок установления размеров платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств и Порядок взимания и распределения средств, получаемых в виде платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств, утверждены приказом МВД России, Минфина России, Минтранса России от 03.08.2001 № 708/61н/126¹⁶.

Согласно пункту 4 Порядка установления размеров платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств размер платы за проведение государственного технического осмотра, в том числе с использованием средств технического диагностирования, устанавливался органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации с учетом данного Порядка.

По общему правилу денежные средства за проведение осмотра перечислялись уполномоченными банковскими учреждениями, привлеченными на конкурсной основе, на соответствующие бюджетные счета субъектов Российской Федерации (пункт 3 Порядка взимания и распределения средств, получаемых в виде платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств).

в Государственной инспекции безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел Российской Федерации» // Российская газета. 1998. 11 августа.

¹⁶ Приказ МВД РФ № 708, Минфина РФ № 61н, Минтранса РФ № 126 от 3 августа 2001 г. «Об утверждении нормативных правовых актов, подготовленных во исполнение постановления Правительства Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 880» // СПС «Консультант-Плюс».

В соответствии с пунктом 11 постановления Правительства РФ № 880 органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации было рекомендовано создавать в субъектах Российской Федерации за счет средств, получаемых в виде платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств, целевые бюджетные фонды Госавтоинспекции для финансирования затрат и развития материально-технической базы специализированных подразделений Госавтоинспекции.

В соответствии с пунктом 4 Порядка взимания и распределения средств, получаемых в виде платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств, средства, поступившие таким образом, направлялись:

– целевым назначением на финансирование затрат на проведение осмотра и развитие материально-технической базы специализированных подразделений Госавтоинспекции в соответствии со сметой, утверждаемой соответствующим должностным лицом, уполномоченным органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации;

– для осуществления расчетов с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями за работы, выполненные ими в соответствии с договорами на участие в проверке технического состояния транспортных средств с использованием средств технического диагностирования при осмотре, заключенными с Госавтоинспекцией.

Таким образом, проведение государственного технического осмотра транспортных средств являлось государственной функцией, которая исполнялась уполномоченным в соответствии с законодательством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти – Госавтоинспекцией; юридические лица и индивидуальные предприниматели лишь привлекались к участию в проверке, проводимой Госавтоинспекцией.

С принятием Федерального закона от 01.07.2011 № 170-ФЗ «О техническом осмотре транспортных средств и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федера-

ции»¹⁷ (далее – Федеральный закон № 170-ФЗ) ситуация изменилась.

В соответствии с пунктом 12 статьи 1 Федерального закона № 170-ФЗ технический осмотр – проверка технического состояния транспортных средств (в том числе их частей, предметов их дополнительного оборудования) на предмет их соответствия обязательным требованиям безопасности транспортных средств в целях допуска транспортных средств к участию в дорожном движении на территории Российской Федерации и в случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации, также за ее пределами.

На основании статьи 5 Федерального закона № 170-ФЗ технический осмотр проводится операторами технического осмотра (юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями (в том числе дилерами)), аккредитованными в соответствии с данным Федеральным законом профессиональным объединением страховщиков, созданным в соответствии с Федеральным законом от 25.04.2002 № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»¹⁸, то есть Российским союзом автостраховщиков.

Технический осмотр проводится в соответствии с Правилами проведения технического осмотра транспортных средств, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 05.12.2011 № 1008 «О проведении технического осмотра транспортных средств»¹⁹ (далее – Правила).

С учетом части 4 статьи 5, частей 5 и 6 статьи 17 Федерального закона № 170-ФЗ и пункта 6 Правил проведение технического осмотра осуществляется на платной основе в соответствии с договором о проведении технического осмотра, заключенным владельцем транспортного средства или его представителем и оператором технического осмотра по типовой форме указанного договора, утвержденной Министерством экономического развития Российской Федерации.

¹⁷ Федеральный закон от 1 июля 2011 г. «О техническом осмотре транспортных средств и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 27. Ст. 3881.

¹⁸ Федеральный закон от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности

владельцев транспортных средств» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 18. Ст. 1720.

¹⁹ Постановление Правительства Российской Федерации от 5 декабря 2011 г. «О проведении технического осмотра транспортных средств» // Российская газета. 2011. 14 декабря.

Форма типового договора о проведении технического осмотра утверждена приказом Министерства экономического развития Российской Федерации от 14.10.2011 № 573²⁰ (далее – Форма типового договора).

Согласно части 3 статьи 16 Федерального закона № 170-ФЗ предельный размер платы за проведение технического осмотра устанавливается высшим исполнительным органом государственной власти субъекта Российской Федерации в соответствии с методикой, утверждаемой органом исполнительной власти, уполномоченным осуществлять правовое регулирование в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на товары (услуги).

Пунктом 2.1 Методики расчета предельного размера платы за проведение технического осмотра, утвержденной приказом Федеральной службы по тарифам от 18.10.2011 № 642-а²¹ (далее – Методика), определено, что предельный размер платы за проведение технического осмотра должен обеспечивать возмещение экономически обоснованных и документально подтвержденных расходов на проведение технического осмотра и получение прибыли, необходимой для развития и финансирования расходов на проведение технического осмотра.

В силу пункта 7 Правил размер платы за проведение технического осмотра определяется объемом выполненных работ, устанавливается оператором технического осмотра и не может превышать предельный размер, установленный высшим исполнительным органом государственной власти субъекта Российской Федерации в соответствии с Методикой.

При этом наличие нарушений, связанных с превышением предельного размера платы за проведение технического осмотра, в соответствии с частью 5 статьи 11 Федерального закона № 170-ФЗ является одним из оснований для аннулирования аттестата аккредитации.

На основании пункта 3.4 Формы типового договора оплата стоимости услуг по техническому осмотру производится в валюте Российской Федерации в безналичном порядке путем перечисления денежных средств на расчетный счет оператора технического осмотра либо наличными деньгами путем

внесения денежных средств в кассу оператора технического осмотра.

По завершении процедуры технического диагностирования оператор технического осмотра осуществляет оформление и выдачу владельцу транспортного средства диагностической карты, содержащей заключение о возможности или невозможности эксплуатации транспортного средства (пункт 15 Правил, часть 7 статьи 17 Федерального закона № 170-ФЗ).

В соответствии со статьей 14.4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ²² оператор технического осмотра несет административную ответственность в том числе за выдачу диагностической карты, подтверждающей допуск к участию в дорожном движении транспортного средства, в отношении которого не проведен технический осмотр или при проведении технического осмотра которого выявлено несоответствие этого транспортного средства обязательным требованиям безопасности транспортных средств.

Таким образом, проведение технического осмотра было выведено из компетенции Госавтоинспекции, утратило значение государственной функции, но осуществляется под контролем государства.

В связи с этим стало возможным регулирование проведения технического осмотра как гражданско-правовой услуги.

4. Об индивидуальной возмездности сбора

В отдельном рассмотрении нуждается вопрос об индивидуальной возмездности сбора.

В финансово-правовой литературе признак индивидуальной возмездности нередко характеризуется как признак, позволяющий отличить сбор от налога [8, с. 191, 194; 11, с. 7; 27, с. 32–33].

При этом возмездность понимается как одно из условий совершения государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами, должностными лицами или специально уполномоченными субъектами (для целей рассмотрения данного вопроса назовем их всех вместе уполномоченными субъектами) действий, направленных на выполнение публично-правовых обязанностей, предусмотренных нормативными

²⁰ Приказ Минэкономразвития России от 14 октября 2011 г. № 573 «Об утверждении формы типового договора о проведении технического осмотра» // Российская газета. 2011. 30 ноября.

²¹ Приказ ФСТ России от 18 октября 2011 г. «Об утверждении Методики расчета предельного размера платы за про-

ведение технического осмотра» // Российская газета. 2011. 16 ноября.

²² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

правовыми актами и связанных с функционированием государственной власти или местного самоуправления [8, с. 185, 190–191; 11, с. 13–14; 28, с. 48; 29, с. 22; 31, с. 60].

Одновременно признается, что в отношениях, возникающих в связи с уплатой сбора, отсутствует встречность действий уполномоченного органа или должностного лица, с одной стороны, и плательщика сбора, с другой, поскольку уплата сбора не влечет безусловного исполнения уполномоченным субъектом соответствующих действий; сборы выполняют фискальную (имеют целью финансирование расходов публичной власти, расходов иных субъектов, связанных с выполнением публично-правовых функций государства, местного самоуправления) и регулятивную (установление сбора побуждает плательщика сбора к совершению определенных действий или воздержанию от их совершения, стимулирует плательщика сбора к ответственному обращению к уполномоченным субъектам) функции.

Существует и иная точка зрения, согласно которой индивидуальная возмездность не является признаком сбора, а, следовательно, и критерием, разграничивающим сбор и налог, поскольку в отношениях, возникающих в связи с уплатой сбора, отсутствует встречность действий сторон отношения. В качестве функций, выполняемых сбором, указывают также фискальную и регулятивную функции [32, с.37–39; 33, с. 46].

Таким образом, в рамках указанных подходов, независимо от того, признают ли их сторонники признак индивидуальной возмездности в качестве критерия разграничения сбора и налога, отрицается эквивалентность в отношениях, связанных с уплатой сбора, а также выполнение последним компенсационной функции.

Однако существует точка зрения, совмещающая в себе два утверждения:

- сбор уплачивается в связи с услугой, то есть является одним из условий совершения уполномоченным субъектом соответствующих действий;
- сбор выполняет компенсационную функцию, то есть предназначен для покрытия издержек уполномоченного субъекта [3, с. 222–224; 5, с. 88; 10, с. 27–28].

В определениях и постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации отмечается, что:

- сбор – обязательный публичный платеж;
- сбор наряду с признаками, характерными и для налога, обладает отличительным признаком – индивидуальной возмездностью;
- уплата сбора – одно из условий совершения уполномоченным субъектом юридически значимых действий в отношении плательщика сбора;
- сбор выполняет фискальную, регулятивную и компенсационную функции²³.

²³ См., напр.: постановление Конституционного Суда РФ от 11 ноября 1997 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности статьи 11.1 Закона Российской Федерации от 1 апреля 1993 года «О Государственной границе Российской Федерации» в редакции от 19 июля 1997 года» // Российская газета. 1997. 18 ноября; определение Конституционного Суда РФ от 10 декабря 2002 г. № 283-О «По запросу Правительства Российской Федерации о проверке конституционности Постановления Правительства Российской Федерации от 14 января 2002 года № 8 «О внесении изменений и дополнений в Положение о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров» // Российская газета. 2002. 25 декабря; определение Конституционного Суда РФ от 10 декабря 2002 г. № 284-О «По запросу Правительства Российской Федерации о проверке конституционности Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воз-

действия» и статьи 7 Федерального закона «О введении в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2002. 25 декабря; постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа» // Российская газета. 2006. 14 марта; постановление Конституционного Суда РФ от 18 июля 2008 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца четырнадцатого статьи 3 и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» в связи с жалобой гражданина В.В. Михайлова» // Российская газета. 2008. 1 августа; постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2009 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения подпункта «б» пункта 4 Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» в связи с запросом Верховного суда Республики Татарстан» // Российская газета. 2009.

Компенсационную функцию сбора видят в том, что он соразмерен или должен быть соразмерен издержкам уполномоченного субъекта, предоставляющего государственную или муниципальную услугу, то есть осуществляющего свои полномочия.

Так, позиция о том, что только компенсационным характером пошлины можно было бы оправдать ее удержание в случае отказа уполномоченного органа в выдаче лицензии, а государство, не предложив плательщику пошлины «экономически значимых приобретений», то есть отказав в выдаче лицензии и удержав пошлину, неосновательно себя обогащает, выражена в особом мнении судьи Конституционного Суда Российской Федерации К.В. Арановского к постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 23 мая 2013 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Встреча».

В указанной позиции можно выделить мысль о некотором соотношении размера пошлины либо с издержками государственного органа в связи с осуществлением им полномочия по выдаче лицензии, либо с экономическими выгодам получателя лицензии.

Как видно, вопрос о компенсационном характере сбора тесно связан с вопросом об эквивалентности в отношениях между уполномоченным субъектом и плательщиком сбора, а также с вопросом о возмездности сбора в смысле обусловленности действий уполномоченного субъекта действиями плательщика сбора по его уплате, то есть о встречности.

Необходимо отметить, что в финансово-правовой литературе в качестве признака, общего и для налога, и для сбора, выделяют их публично-правовой характер [11, с. 7; 33, с. 46].

Данный признак означает, что установление и взимание налога и сбора является исключительной прерогативой публично-правовых субъектов.

Налоги и сборы рассматриваются как атрибуты публичной власти.

Публичная власть суверенна в установлении и взимании налогов и сборов.

В этой связи представляется обоснованной позиция тех авторов, которые не признают за сбором выполнение компенсационной функции.

Характер установления и взимания сбора исключает соразмерность сбора издержкам уполномоченного субъекта или результату действий уполномоченного субъекта в отношении плательщика сбора.

Следовательно, в отношениях по уплате сбора отсутствует эквивалентность, а значит, и сбор не имеет компенсационного характера.

В свою очередь, характер действий, совершаемых уполномоченным субъектом от имени и в интересах публично-правового субъекта, исключает их абсолютную обусловленность действиями плательщика по уплате сбора.

5. Выводы

Подводя итоги, необходимо отметить следующее.

При решении вопроса о характере платы за осуществление государственно-властных полномочий статус функций государства, то есть их деление на основные и неосновные, не имеет значения, поскольку функции государства осуществляются в публичных интересах, в интересах всего общества.

Функции государства выполняются посредством реализации органами государственной власти или специально уполномоченными субъектами государственно-властных полномочий, переданных им государством.

Орган государственной власти или специально уполномоченный субъект, реализуя государственно-властные полномочия, действует от имени государства в общих, публичных интересах.

Следовательно, при решении вопроса о характере платы также не имеет значение, кто выступает в качестве субъекта реализации государственно-властных полномочий: орган государственной власти или специально уполномоченный субъект.

Главное – это характер действий, совершаемых органом государственной власти или специально

27 мая; постановление Конституционного Суда РФ от 5 марта 2013 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 16 Федерального закона «Об охране окружающей среды» и Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды

вредного воздействия» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Тополь» // Российская газета. 2013. 15 марта; постановление Конституционного Суда РФ от 23 мая 2013 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Встреча» // Российская газета. 2013. 31 мая.

уполномоченным субъектом, то есть являются ли они государственно-властными полномочиями.

Государственно-властные полномочия реализуются в публично-правовых отношениях, а плата, взимаемая в связи с их исполнением, носит публично-правовой характер.

Таким образом, если государственный орган или специально уполномоченный субъект совершает действия, осуществляет деятельность в связи с выполнением государственно-властных полномочий, то плата за их совершение носит публично-правовой характер.

С утратой деятельностью публично-правового характера, значения государственно-властного полномочия, становится возможным гражданско-правовое регулирование ее.

Применительно к деятельности органов местного самоуправления можно сказать, что если эта деятельность направлена на реализацию публично-правовых задач, связанных с функционированием публичной власти, то такая деятельность и плата за ее осуществление носят публично-правовой характер.

Ввиду характера установления и взимания указанной платы, в отношениях, связанных с ее внесением, отсутствует эквивалентность.

Ввиду характера действий, совершаемых уполномоченным субъектом от имени и в интересах публично-правового субъекта, в отношениях, возникающих между ним и плательщиком платы, отсутствует абсолютная взаимообусловленность их действий, и, следовательно, возмездность.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Белов С.А. Принципы правового регулирования деятельности по оказанию государственных услуг / С.А. Белов // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) / под ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 71–85.
2. Жукова Т.В. К вопросу о понятии и содержании правовой категории «государственные услуги»: взгляд цивилиста / Т.В. Жукова // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) / под ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 38–46.
3. Кустова М.В. К вопросу о финансовой основе оказания публичных услуг / М.В. Кустова // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) / под ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 220–236.
4. Шевелева Н.А. Публичные услуги и их финансирование / Н.А. Шевелева // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) / под ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 201–219.
5. Щекин Д.М. О коммерциализации деятельности российского государства / Д.М. Щекин // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) / под ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 86–93.
6. Публичные услуги и право: научно-практическое пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова. – М.: Норма, 2007. – 415 с.
7. Публичные услуги и функции государственного управления / под ред. А.Е. Шаститко. – М.: ТЕИС, 2002. – 159 с.
8. Васянина Е.Л. Фискальные доходы государства: правовой анализ: монография / Е.Л. Васянина; под ред. С.В. Запольского. – М.: Контракт, 2015. – 263 с.
9. Винницкий Д.В. Фискальный сбор: понятие и проблемы отграничения от смежных институтов / Д.В. Винницкий // Фискальные сборы: правовые признаки и порядок регулирования / под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: Статус-Кво 97, 2003. – С. 35–41.
10. Демин А. Сбор как разновидность налоговых доходов (проблемы правовой идентификации) / А. Демин // Финансовое право. – 2003. – № 1. – С. 27–35.
11. Моисеев В.Н. Сбор как категория финансового права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.Н. Моисеев. – М., 2008. – 21 с.
12. Пепеляев С.Г. О правовом понятии фискальных сборов и порядке их установления / С.Г. Пепеляев // Фискальные сборы: правовые признаки и порядок регулирования / под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: Статус-Кво 97, 2003. – С. 11–34.

13. Боженок С.Я. О финансовом обеспечении государственных функций / С.Я. Боженок // Финансовое право. – 2010. – № 12. – С. 2–6.
14. Киселева Н.В. Административно-правовое регулирование государственных и муниципальных услуг: монография / Н.В. Киселева. – Воронеж: Кварта, 2012. – 149 с.
15. Величкина Е.А. Гражданско-правовое регулирование обязательств по оказанию публичных услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е.А. Величкина. – Волгоград, 2010. – 32 с.
16. Санникова Л.В. Гражданско-правовые и публичные услуги: проблемы соотношения / Л.В. Санникова // Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование: сборник статей / под ред. Е.А. Суханова, Л.В. Санниковой. – Москва; Берлин: Инфотропик Медиа, 2011. – С. 88–102.
17. Терещенко Л.К. Функция государственных услуг / Л.К. Терещенко // Административная реформа в России: научно-практическое пособие / под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. – М.: Юридическая фирма «Контракт» Инфра-М, 2006. – С. 72–82.
18. Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций / А.В. Поляков. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 642 с.
19. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции / Ю.А. Тихомиров. – М.: Юринформцентр Тихомиров М.Ю., 2001. – 351 с.
20. Спиридонов Л.И. Теория государства и права: учебник / Л.И. Спиридонов. – М.: ПБОЮЛ М.А. Захаров, 2001. – 304 с.
21. Харченко О.В. Функции государства и организационно-правовые формы их реализации: учебное пособие / О.В. Харченко. – СПб.: Санкт-Петербургский институт гуманитарного образования, 2008. – 110 с.
22. Каск Л.И. Функции и структура государства / Л.И. Каск; отв. ред. А.Д. Керимов. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1969. – 65 с.
23. Теория государства и права: курс лекций / под ред. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1997. – 475 с.
24. Байтин М.И. Сущность и основные функции социалистического государства / М.И. Байтин. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1979. – 302 с.
25. Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права / Я.М. Магазинер; отв. ред. А.К. Кравцов. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 352 с.
26. Лазарев Б.М. Компетенция органов управления / АН СССР. Ин-т государства и права. – М.: Юрид. лит., 1972. – 280 с.
27. Чапух Э.У. Правовое регулирование сборов в системе общегосударственных налоговых поступлений / Э.У. Чапух // Финансовое право. – 2007. – № 1. – С. 30–34.
28. Карасева М.В. Сущность фискальных сборов и правовые требования к их установлению / М.В. Карасева // Фискальные сборы: правовые признаки и порядок регулирования / под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: Статус-Кво 97, 2003. – С. 48–50.
29. Реут А.В. Государственная пошлина как категория налогового права / А.В. Реут // Финансовое право. – 2006. – № 3. – С. 20–24.
30. Панин А.А. Юридическая природа патентных пошлин / А.А. Панин // Фискальные сборы: правовые признаки и порядок регулирования / под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: Статус-Кво 97, 2003. – С. 124–135.
31. Шубин Д.А. Компенсационный характер сборов / Д.А. Шубин // Фискальные сборы: правовые признаки и порядок регулирования / под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: Статус-Кво 97, 2003. – С. 56–63.
32. Науменко А.М. Налоговый сбор: юридические признаки / А.М. Науменко, Е.Н. Хильченко // Финансовое право. – 2007. – № 7. – С. 37–40.
33. Пацуркивский П.С. Особенное и общее в правовой природе налогов и неналоговых фискальных сборов / П.С. Пацуркивский, Р.О. Гаврилюк // Фискальные сборы: правовые признаки и порядок регулирования / под ред. С.Г. Пепеляева. – М.: Статус-Кво 97, 2003. – С. 42–47.

REFERENCES

1. Belov S.A. Principles of legal regulation of the provision of public services, in: Gritsenko E.V., Sheveleva N.A. (ed.). *Publicnyye uslugi: pravovoye regulirovaniye (rossiyskiy i zarubezhnyy opyt)*. Moscow, Walters Kluver, 2007, pp. 71–85. (In Russ.).

2. Zhukova T.V. Re: issue on the concept and content of the legal category “public services”: a view of a civilist, in: Gritsenko E.V., Sheveleva N.A. (ed.). *Publichnyye uslugi: pravovoye regulirovaniye (rossiyskiy i zarubezhnyy opyt)*. Moscow, Walters Kluver, 2007, pp. 38–46. (In Russ.).
3. Kustova M.V. On the issue of financial basis for the provision of public services, in: Gritsenko E.V., Sheveleva N.A. (ed.). *Publichnyye uslugi: pravovoye regulirovaniye (rossiyskiy i zarubezhnyy opyt)*. Moscow, Walters Kluver, 2007, pp. 220–236. (In Russ.).
4. Sheveleva N.A. Public services and their financing, in: Gritsenko E.V., Sheveleva N.A. (ed.). *Publichnyye uslugi: pravovoye regulirovaniye (rossiyskiy i zarubezhnyy opyt)*. Moscow, Walters Kluver, 2007, pp. 201–219. (In Russ.).
5. Schekin D.M. On commercialization of activities is the Russian government, in: Gritsenko E.V., Sheveleva N.A. (ed.). *Publichnyye uslugi: pravovoye regulirovaniye (rossiyskiy i zarubezhnyy opyt)*. Moscow, Walters Kluver, 2007, pp. 86–93. (In Russ.).
6. Tikhomirov Y.A. (ed.). *Public services and law: a scientific and practical guide*. Moscow, Norma, 2007. 415 p. (In Russ.).
7. Shastitko A.E. (ed.). *Public services and public administration functions*. Moscow, TEIS, 2002. 159 p. (In Russ.).
8. Vasyanina E.L. *State fiscal revenues: legal analysis*, Monograph. Moscow, Kontrakt, 2015. 263 p. (In Russ.).
9. Vinnitsky D.V. Fiscal charge: the concept and problems of delimitation from related institutions, in: Pepelyaev S.G. (ed.). *Fiskalnyye sbory: pravovyye priznaki i poryadok regulirovaniy*. Moscow, Status Quo 97, 2003, pp. 35–41. (In Russ.).
10. Demin A. A. Fee as a type of tax revenues (problems of legal identification). *Finansovoye parvo*, 2003, no. 1, pp. 27–35. (In Russ.).
11. Moiseyev V.N. A fee as a category of financial law, Cand. Diss. Thesis. Moscow, 2008. 21 p. (In Russ.).
12. Pepelyaev S.G. On the legal concept of fiscal charges and the procedure for their establishment, in: Pepelyaev S.G. (ed.). *Fiskalnyye sbory: pravovyye priznaki i poryadok regulirovaniy*. Moscow, Status Quo 97, 2003, pp. 11–34. (In Russ.).
13. Bozhenok S.Y. On financial support of governmental functions. *Finansovoye parvo*, 2010, no. 12, pp. 2–6. (In Russ.).
14. Kiseleva N.V. *Administrative and legal regulation of state and municipal services*. Voronezh, Quarta, 2012. 149 p. (In Russ.).
15. Velichkina E.A. *Civil-law regulation of obligations to provide public services*, Cand. Diss. Thesis. Volgograd, 2010. 32 p. (In Russ.).
16. Sannikova L.V. *Civil and public services: problems of correlation*, in: Sukhanov E.A., Sannikova L.V. (ed.). *Sfera uslug: grazhdansko-pravovoye regulirovaniye: sbornik statey*. Moscow, Berlin, Infotropik Media, 2011, pp. 88–102. (In Russ.).
17. Tereschenko L.K. *Function of governmental services*, in: Naryshkin S.E., Khabrieva T.Y. (ed.). *Administrative reform in Russia: a scientific and practical guide*. Moscow, Contract Law Office, Infra-M, 2006, pp. 72–82. (In Russ.).
18. Polyakov A.V. *General theory of Law*. St. Petersburg, Legal Center Press, 2001. 642 p. (In Russ.).
19. Tikhomirov Y.A. *Theory of Competence*. Moscow, Jurinformcenter M.Y. Tikhomirov, 2001. 351 p. (In Russ.).
20. Spiridonov L.I. *Theory of Government and Law*. Moscow, Individual Unincorporated Entrepreneur Zakharov, 2001. 304 p. (In Russ.).
21. Kharchenko O.V. *Functions of the government and the organizational and legal forms of their implementation*. St. Petersburg, Saint Petersburg Institute of Humanitarian Education, 2008. 110 p. (In Russ.).
22. Kask L.I. *Functions and Structure of the Government*. Leningrad, Publishing House of the Leningrad University, 1969. 65 p. (In Russ.).
23. Marchenko M.N. (ed.). *Theory of Government and Law*. Moscow, Zertsalo, 1997. 475 p. (In Russ.).
24. Baitin M.I. *Essence and the main functions of the socialistic state*. Saratov, Publishing House of the Saratov University, 1979. 302 p. (In Russ.).
25. Magaziner Y.M. *Selected Works on the General Theory of Law*. St. Petersburg, R. Aslanov Publishing House «Press Law Center», 2006. 352 p. (In Russ.).
26. Lazarev B.M. *Management Bodies Competence*. Moscow, Law Literature, 1972. 280 p. (In Russ.).

27. Chapukh E.Y. Legal regulation of charges in the system of national tax revenues. *Finansovoye parvo*, 2007, no. 1, pp. 30–34. (In Russ.).
28. Karaseva M.V. The essence of fiscal charges and legal requirements for their establishment, in: Pepelyaev S.G. (ed.). *Fiskalnyye sbory: pravovyye priznaki i poryadok regulirovaniy*. Moscow, Status Quo 97, 2003, pp. 48–50. (In Russ.).
29. Reut A.V. State duty as a category of tax law. *Finansovoye parvo*, 2006, no. 3, pp. 20–24. (In Russ.).
30. Panin A.A. Legal nature of patent fees, in: Pepelyaev S.G. (ed.). *Fiskalnyye sbory: pravovyye priznaki i poryadok regulirovaniy*. Moscow, Status Quo 97, 2003, pp. 124–135. (In Russ.).
31. Shubin D.A. Compensatory nature of charges, in: Pepelyaev S.G. (ed.). *Fiskalnyye sbory: pravovyye priznaki i poryadok regulirovaniy*. Moscow, Status Quo 97, 2003, pp. 56–63. (In Russ.).
32. Naumenko A.M., Khilchenko E.N. Tax collection: legal characteristics. *Finansovoye parvo*, 2007, no. 7, pp. 37–40. (In Russ.).
33. Patzurkivsky P.S., Gavrilyuk R.O. Common and different things in the legal nature of taxes and non-tax fiscal charges, in: Pepelyaev S.G. (ed.). *Fiskalnyye sbory: pravovyye priznaki i poryadok regulirovaniy*. Moscow, Status Quo 97, 2003, pp. 42–47. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Хорошайлова Марина Андреевна – начальник сектора правового обеспечения предоставления государственных услуг отдела правовой экспертизы Юридического управления
Комитет по градостроительству и архитектуре Администрации Санкт-Петербурга
191023, Россия, г. Санкт-Петербург, пл. Ломоносова, 2
e-mail: khorosmarina78@yandex.ru

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Marina A. Khoroshaylova – Head, Sector of Legal Support for the Provision of Public Services, Legal Due Diligence Division, Legal Department
Committee for Architecture and Urban Development of Government of St. Petersburg
2, Lomonosova pl., St. Petersburg, 191023, Russia
e-mail: khorosmarina78@yandex.ru

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Хорошайлова М.А. О характере платы, взимаемой за предоставление государственных услуг / М.А. Хорошайлова // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 68–85. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).68-85.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Khoroshaylova M.A. The nature of fee charged for provision of public services. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 68–85. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).68-85. (In Russ.).

ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА ОРГАНАМИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ THE LAW ENFORCEMENT BY LOCAL AUTHORITIES

УДК 342.25

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).86-97

СПЕЦИФИКА КОРПОРАТИВНОЙ МОДЕЛИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ И ДИВЕРГЕНЦИЯ СОВРЕМЕННЫХ ПОДХОДОВ К САМОУПРАВЛЕНИЮ НА МЕСТАХ В СТРАНАХ СОДРУЖЕСТВА НАЦИЙ

А.А. Ларичев

*Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России),
Северный институт (филиал), г. Петрозаводск, Россия*

Информация о статье

Дата поступления –

18 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Ключевые слова

Местное самоуправление,
корпоративная модель,
посткорпоративная модель,
характеристика, местное
сообщество, англосаксонские
государства, Содружество наций

Анализируются основные характеристики корпоративной модели местного самоуправления, отраженные в правовом регулировании и правоприменительной практике ряда англосаксонских государств, входящих в Содружество наций. По мнению автора, несмотря на общие правовые и концептуальные истоки института местного самоуправления, в настоящее время в англосаксонских странах наблюдается дивергенция подходов к самоуправлению на местах, что позволяет сделать вывод о формировании также новой, посткорпоративной модели местного самоуправления. Формулируются основные черты, присущие обоим рассматриваемым моделям местного самоуправления.

THE SPECIFICS OF THE CORPORATE MODEL OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AND THE DIVERGENCE OF MODERN APPROACHES TO SELF-GOVERNMENT AT THE LOCAL LEVEL IN THE COMMONWEALTH COUNTRIES

Alexander A. Larichev

All-Russian State University of Justice, Northern Institute (branch), Petrozavodsk, Russia

Article info

Received – 2018 October 18

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

Keywords

Local self-government, corporate
model, post-corporate model,
characteristics, local community,
Commonwealth countries,
Commonwealth

The subject of the article is models of local self-government in Commonwealth countries.

The purpose of this article is to substantiate or refute the hypothesis post-corporate model of local self-government is evolved.

Methods of theoretical analysis are used, as well as legal methods, including the formal legal method and the method of comparative law.

The main results and scope of their application. The corporate model of local government can be characterized by the following features: the lack of full constitutional recognition of local government as an independent form of public authority; formal institutional autonomy of municipal units as public (private-public) corporations of a special type that are not included into the system of state power; limited functional autonomy; lack of constitutional recognition of citizens' or local communities' right(s) to local self-government; limited accountability of local governments to the population, including the lack of sufficient legislative guarantees for the election of local authorities. These characteristics, grounded also in the historical specificity of local government development in Great Britain and its colonies, as well as in peculiarities of development of municipal units' status in English law, are determined by the corporate character of municipal government, which does not arise from the power of communities, but is formed by the state "from above". The author also ana-

lyzes the differences in approaches to regulation and organization of local government in the Commonwealth countries.

Overcoming the historical heritage, laid by the genesis of municipal corporations, in a number of Commonwealth states, indicates the formation of a new, post-corporate model of local government, which can be characterized by some features: the establishment of constitutional autonomy of local government as a special form of public power, its development as a form of democracy with greater control over the forms of self-government and governance at the local level by the population, as well as the establishment of a link between self-government and the local community. The proposed analysis may become a crucial point for future research in the field of post-corporate model of local self-government. Conclusions. Such countries as Australia and Ireland can presently be considered in a state of transition to the post-corporate model of local self-government.

1. Введение

Корпоративная модель местного самоуправления как следствие развития института муниципальных корпораций получила наибольшее распространение в англосаксонских государствах. Вместе с тем современные тенденции развития законодательства этих государств свидетельствуют об эволюции этой модели.

2. Особенности корпоративной модели местного самоуправления

2.1. Рассматривая корпоративную модель как следствие развития института муниципальных корпораций, следует к классическим характеристикам указанной модели, определяющим ее специфику, отнести, во-первых, отсутствие либо затруднения (в противовес, например, общинной модели) в конституционном (законодательном) признании местного самоуправления в качестве формы публичной власти и установлении гарантий его автономии и деятельности.

Если учитывать институциональную автономию муниципалитетов как содержательный признак местного самоуправления, то следует полагать, что в рамках корпоративной модели она носит формальный характер и заключена в разнородности правовой природы и юридической конструкции институтов местного самоуправления и государственной власти.

Имея иную политическую и юридическую сущность, муниципалитеты как публичные корпорации в ряде англосаксонских государств «не стыкуются» с системой государственной власти (такая ситуация характерна, например, для Великобритании [1, р. 19–20] и Канады). Поэтому прежде чем специально регулировать местное самоуправление на

конституционном уровне, необходимо определиться с тем, какую форму должны принять соответствующие институты. Необходимым, по всей видимости, является и пересмотр регулируемой конституционно концепции «публичной власти» в сторону ее расширения.

Надо отметить, что влияние корпоративной природы муниципалитета в настоящее время не является одинаковым и в некоторых англосаксонских государствах приобретают динамику процессы, нацеленные на решение указанных проблем, включая конституционное признание местного самоуправления в качестве формы публичной власти и установление гарантий его функционирования.

Так, в США ряд конституций штатов содержит институциональные гарантии муниципалитетов, в том числе касающиеся сохранения их границ. Например, согласно ч. 2 ст. 8 Конституции штата Вирджиния¹, законодательным органом штата не может быть принят закон, предусматривающий расширение либо сокращение границ муниципальной единицы. Статья также предписывает получение согласия граждан, выраженного в форме голосования, в случае разработки штатом структуры муниципального управления в конкретном муниципалитете.

В Австралии местное самоуправление также регулируется конституциями в большинстве штатов и территорий. В некоторых из указанных документов, например в Конституционном Акте штата Виктория², установлены институциональные гарантии муниципалитетов. Согласно ст. 74А Конституционного Акта, местное самоуправление признается отдельным и важным (*distinct and essential*) уровнем власти, состоящим из демократически избранных сове-

¹ Constitution of Virginia. URL: <http://law.lis.virginia.gov/constitution/article7/section2/>

² Constitution Act 1975 (Australia, Victoria), N 8750/1975. URL: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/ca1975188/index.html#s74b.

тов. Согласно ст. 74В, муниципальный совет может быть распущен лишь актом парламента штата.

Вопрос о конституционном признании местного самоуправления в Австралии неоднократно поднимался и на общенациональном уровне (1974, 1988 и 2013 гг.), хотя речь в первом и последнем случаях шла об определении финансовых гарантий местного самоуправления, прежде всего в форме установления возможности прямого финансирования деятельности муниципалитетов со стороны федерального центра. Последняя попытка была принята в 2013 г.

Как указывается в экспертных отчетах парламента и правительства Австралии, предшествовавших последней попытке проведения референдума, несмотря на то что специальное признание местного самоуправления в качестве демократически формируемого уровня власти («институциональное признание», *institutional recognition*) не рекомендовано для вынесения на федеральный референдум [2, р. 8], «финансовое признание» (*financial recognition*) само по себе способствовало бы признанию повышающейся роли местного самоуправления в механизме управления и удовлетворения запросов со стороны местных сообществ [3, р. 17].

Наибольший объем конституционного регулирования местного самоуправления содержится в основном законе Ирландии, который в том числе «признает роль местного самоуправления в демократическом представительстве местных сообществ» (ст. 28А Конституции Ирландии³).

2.2. Во-вторых, функциональная автономия муниципалитетов в рамках корпоративной модели хотя и присутствует, но серьезно ограничивается рестриктивным механизмом определения компетенции органов местного самоуправления и действием доктрины *ultra vires* («разрешено то, что прямо предписано законом»). Положение муниципалитетов при этом остается подчиненным вышестоящей власти – в силу хотя бы того, что полученная через механизм инкорпорации местными органами власть является исключительно делегированной и ограниченной. В связи с этим муниципалитеты рассматриваются лишь как подчиненный механизм (*subordinate mechanism*), посредством которого патерналистское правительство может обеспечить предоставление

услуг населению [4, р.22]. Это существенным образом отличает положение муниципалитетов от положения субъектов федеративного государства, которые получают свою власть в результате равного распределения предметов ведения через учредительный либо конституционный акт [5, р.31].

В Великобритании, например, дискреция органов местного самоуправления в решении вопросов местного значения ограничивается вмешательством со стороны различных министерств и правительства, директивы и предписания которых в отношении местных органов принимаются достаточно часто [1, р. 1, 25].

Нельзя сказать, что рассматриваемые условия не подвержены динамике. Так, в последние годы наметился отход от определения компетенции муниципалитетов по принципу: «разрешено то, что прямо предписано законом» (позитивное регулирование).

Важнейшим изменением в Великобритании, например, стало принятие в 2011 г. Акта о локализме (*The Localism Act*⁴), в соответствии с которым местные органы наделяются общей компетенцией и получают расширенную правосубъектность. В 2016 г. был принят Акт о деволуции власти городскому и местному самоуправлению (*Cities and Local Government Devolution Act*⁵), предусматривающий передачу на местный уровень важнейших вопросов в сфере жилищного хозяйства, транспорта, территориального планирования и полиции.

Однако указанные процессы еще не завершены, кроме того, их ускорению мешает ряд юридических и институциональных факторов. Результаты исследований о реформировании местного самоуправления в странах англо-саксонской модели отражают схожие данные по Австралии, Ирландии, Новой Зеландии и США (см., [6, р. 8–14]).

Экспертами местного самоуправления отмечается, что повышение функциональной роли органов местного самоуправления невозможно и без ограничения деятельности специализированных органов (так называемых *quangos* в Великобритании, *ABCs* – в Канаде и США), не входящих в механизм муниципального управления [7; 8]. Присутствие этих органов на местном уровне не только ослабляет функциональную автономию муниципалитетов, но и пре-

³ Constitution of Ireland. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html#part6>

⁴ The Localism Act (UK), 2011. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/20/contents>.

⁵ Cities and Local Government Devolution Act (UK), 2016. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/1/contents/enacted>.

пятствует расширению подконтрольности механизма решения местных вопросов населению, поскольку в большинстве своем формирование специализированных органов осуществляется на профессиональной, невыборной основе.

2.3. В-третьих, в том числе с учетом вышеуказанного, корпоративный характер муниципальной власти препятствует восприятию местного самоуправления как фактора развития демократических институтов и ставит под вопрос ключевой для местного самоуправления вопрос о подконтрольности форм местного управления и самоуправления населению.

С одной стороны, местное самоуправление подробно исследовалось в этом ключе представителями англосаксонской политико-правовой мысли, которые подчеркивали его достоинства.

По словам А. Токвилля, «местные собрания граждан ... есть для свободы то же, что и начальные школы для науки; они приносят ее в пределы досягаемости, учат людей, как пользоваться и наслаждаться ею. Народ может создать механизм свободного правительств, но без духа муниципальных учреждений не сможет обрести духа свободы» [9].

Идею о местном самоуправлении как своеобразной школе демократии разделяли Д.С. Милль, У. Оджерс. По мнению Милля, смешанный, бессловесный состав местных учреждений превращает их в школу для приобретения навыка в политических делах и для низших классов [10, р. 266–274].

По мнению английского правоведа У. Оджерса, лишь путем таких уроков, как организация и функционирование городского собрания, нация возвышается до истинного понимания значения свободы и способов самоуправления [11, р. 236].

Известный британский теоретик местного самоуправления Дж. Тоулмин Смит разделял убеждение в том, что свобода является важным принципом – как для общин, так и для физических лиц. «Централизация заглушает любое чувство щедрой эмуляции; уничтожает все стимулы к усилиям по совершенствованию и гасит азарт к прогрессивному развитию ресурсов», – писал Смит (цит. по: [5, р. 42]).

Менее идеализированный и более рациональный подход к роли местного самоуправления прослеживается в трудах английского философа и государственоведа И. Бентама. В частности, хотя Бентам и считал необходимым сохранение суверенитета центральной власти, однако, по его мнению, решение местных вопросов может быть доверено местным жителям в том случае, если это позволит достичь в их решении оптимального эффекта. Его концепция

нового государственного управления, изложенная в работе «Конституционный кодекс», предполагала выборы населением местных глав (*local headmen*), находившихся, однако, в полной субординации вышестоящим властям [12, р. 20–21].

Многие английские авторы связывали местное самоуправление с механизмом представительной демократии в Англии, в частности функционированием парламента. В 1264 г. представители городов и графств (широв) были впервые включены в состав национального представительного органа. Начиная с середины XIV в. их участие в работе парламента стало постоянным [13, р. 251–261, 331–352].

Английский историк А. Смит проводил идею о том, что английский парламента вырос на почве местного самоуправления. К нему, однако, автор относит прежде всего графства (ширы). По мнению А. Смита, местное самоуправление, основанное на системе графств, получило политическое значение благодаря тому, что королевская власть в своей борьбе с феодалами и папской властью искала опору в графствах (цит. по: [14, с. 255]). На союз местных единиц (включая города и графства) и Короны, в противовес политическому феодализму в Англии, указывал австрийский ученый И. Редлих [15, р. 399].

Вместе с тем в английской литературе базой традиций самоуправления, которые легли в основу современной англосаксонской модели, принято считать не графства, имевшие некоторую функциональную автономию, но управлявшиеся тем не менее централизованно, а прежде всего городские корпорации (бороу). Представляется, однако, что влияние последних на развитие представительной демократии в Англии также не следует преувеличивать.

Так, профессор Оксфордского университета У. Стеббс в своем классическом труде «Конституционная история Англии: ее начало и развитие», не отрицая в целом благотворного влияния на конституционное развитие Англии института представительств городов в парламенте, указывает, что в ключевые моменты развития парламентаризма, во всяком случае на ранних его этапах (XIII–XV вв.), решающую роль в этом процессе играли прежде всего представители графств (*knights of shires*), в то время как представители городов не всегда занимали активную позицию по ключевым вопросам борьбы за полномочия и привилегии с Коронай, предпочитая внепарламентские договоренности [16, р. 514, 588–589].

Говоря о формировании системы представительной демократии в Англии, нельзя также забывать о принципах избирательного права, которое до

второй половины XIX в. предусматривало жесткий имущественный ценз в графствах [17; 18]. Система финансовых и имущественных цензов в городах была еще более разнообразной и подчас носила даже более ограничительный характер. Управление муниципальными корпорациями, как указывалось выше, долгое время находилось в руках торговой элиты, и именно ее интересы, а не интересы местного населения в целом, находили защиту и репрезентацию на национальном уровне.

Что касается вопросов управления графствами и входящими в них приходами (*parishes*), владениями (*manors*), а также прочими единицами, то здесь господство аристократии и зажиточных классов было безусловным. Для представителей аристократии действовал принцип обязательности участия в деятельности местных органов, а должности, как правило, не предполагали оплаты. Вместе с тем этот принцип предусматривал и *self-election* (т. е. «само-назначение»). Замещение должностей в основном производилось Короной по решению (представлению) закрытых групп элит, без участия широких слоев населения и, за рядом исключений, без выборов даже на основе цензов. Соответствующая система существовала вплоть до реформ XIX в. [19, р. 18].

Таким образом, обеспечение представительства интересов регионов и местностей в Парламенте, уравнивающее интересы центральной власти, само по себе является большим достижением и особенностью государственной модели в Англии уже на ранних этапах ее развития, однако вряд ли речь идет о наличии прямой связи муниципального механизма с эволюцией демократических форм управления.

Дискуссия о роли муниципальных институтов в системе демократического управления характерна и для современных источников. Так, известный канадский специалист по местному самоуправлению К. Кроуфорд определял уровень местного самоуправления как идеальный для развития демократии. Как указывал автор, гражданину значительно проще ориентироваться в местных вопросах, нежели чем более сложных и комплексных, которые находятся в ведении вышестоящих органов власти. Кроме того, поскольку результаты принятых на местном уровне решений видны населению, ему проще оценить работу местных органов и степень реализации данных обещаний [20].

Данное позитивное восприятие, однако, не разделяет цитируемый в англосаксонской литера-

туре французский исследователь Дж. Лангрод, рассматривающий местное управление в качестве лишь технического инструмента внутри системы административного управления. По его мнению, заложенные в системе местного самоуправления «структурные анахронизмы, высокая степень внутреннего функционального разделения, доминирование невыборных должностей в механизме управленческого аппарата... являются лишь тормозом к демократизации» [21, р. 25–33]. Эти идеи перекликаются с идеями известного английского теоретика права Дж. Остина, который видел в местном самоуправлении инструмент повышения эффективности решения местных вопросов, однако связанную с ним децентрализацию считал лишь источником хаоса и коррупции [22, р. 248, 253–254].

Канадские эксперты Р. и С. Тиндалы, в свою очередь, указывают: канадское местное самоуправление никогда не задумывалось как инструмент массовой демократии, что очевидно исходя из существовавших продолжительное время в Канаде ограничений избирательного права в пользу собственников недвижимого имущества [23, р. 8].

Приводятся и уже рассмотренные выше концептуальные ограничения корпоративной формы муниципалитета. Так, по мнению профессора Йоркского университета (Канада) Х. Каплана, местное самоуправление не может совмещать в себе роль инструмента массовой партиципаторной демократии и корпорации для собственников [24, р. 63].

Отход от восприятия муниципалитетов как хозяйствующих единиц в пользу подхода к ним как единицам демократического управления, по мнению канадского исследователя А. Каррела, возможен, однако требует передачи главенствующей роли в механизме самим местным жителям, причем этот новый подход должен получить признание не только и не столько на региональном, сколько на муниципальном уровне непосредственно. «Муниципальный совет, – указывает автор, – должен понимать свою обязанность по вовлечению населения в демократические процессы, которая должна ставиться даже выше обязанности по реализации полномочий, делегированных правительством провинции» [25, р.108]. Прецеденты активности населения на местном уровне есть, однако для ее поддержки необходимо отойти от парадигмы «комфортной субординации» и колониально-провинциального патернализма, сложившейся в последние двести лет [26].

3. Описание статуса муниципальных единиц в законодательстве англо-саксонских государств

Следует полагать, что большое значение для решения проблем, связанных с юридической сущностью муниципалитетов в рамках англосаксонского подхода к местному самоуправлению, имеет и правовая терминология, используемая для описания статуса муниципальных единиц.

Например, если в канадском праве для обозначения такой единицы прямо используется понятие «муниципальная корпорация» (*municipal corporation*), в которой «муниципальный совет» (*municipal council*) является управляющим органом, что создает картину *корпоративного управления*, то, например, в австралийской законодательной практике более широко распространена юридическая конструкция, в рамках которой муниципалитет является собирательным понятием, состоящим из «совета, действующего в пределах территории»⁶. Именно избираемый *совет*, а не муниципалитет как корпорация упоминается в большинстве случаев в законодательстве применительно к вопросам компетенции, взаимодействия с другими единицами и уровнями власти.

Смещение акцентов, как представляется, в данном случае имеет важное значение для динамики восприятия не только сущности муниципальных единиц, но и местного самоуправления в целом в более демократическом русле.

В некоторых случаях это смещение прослеживается в выводе на второй план указания на корпоративность местного самоуправления. Так, например, в Акте о местном самоуправлении штата Квинсленд 2009 г. (*Local Government Act 2009*⁷) в Австралии дается следующее определение основного понятия: «Местное самоуправление это *выборный орган*, ответственный за управление и решение местных вопросов на части территории Квинсленда» (ст. 8), и лишь далее по тексту упоминается корпоративный статус самоуправляющейся единицы (ст. 11).

Здесь следует также отметить, что если, например, в Канаде выборность органов местного самоуправления законодательно не гарантирована, то законодательство ряда субъектов Австралийского Со-

юза подчеркивает выборный характер, во всяком случае, муниципальных советов⁸. Требование относительно выборности советов содержится в общенациональном законодательстве о местном самоуправлении Новой Зеландии⁹. Наконец, в Ирландии выборность органов местного самоуправления определена конституционно (ст. 28А Конституции Ирландии).

4. Отношение к правам граждан (территориальных коллективов) на осуществление местного самоуправления как критерий разграничения моделей местного самоуправления

Рассматривая корпоративную модель местного самоуправления на контрасте с общинной (постобщинной) моделью, следует отметить, что следствием корпоративного характера муниципалитетов являются присущие государствам корпоративной модели неразработанность в целом доктрины *коммунальных прав* и непризнание прав граждан либо территориальных коллективов на осуществление местного самоуправления.

Идея о соответствующих правах основана на более широких воззрениях об общественном суверенитете и индивидуальном праве на участие в решении публичных вопросов, разработанных подробно в работах эпохи Просвещения. Как писал Т. Джефферсон, человек способен жить в обществе, управляемом законами, принятыми данным обществом *самостоятельно* и гарантирующими его членам жизнь, свободу, собственность и мир [27].

В XIX в. в Европе получили развитие теории местного самоуправления, фактически определявшие право на местное самоуправление как естественное право общин («общественная теория»), либо позитивное право, данное государством («государственная теория») [28].

В Северной Америке споры по этому поводу включали в себя известные судебные решения, давшие пищу широкой научной дискуссии и известные сегодня как «*правило Диллона*» (*the Dillon's rule*) и «*доктрина Кули*» (*Cooley doctrine*). В доктрине Кули, в отличие от уже упомянутого в настоящем исследовании решения американского судьи Дж.Ф. Диллона, была сформулирована идея о неотъемлемом праве

⁶ Local Government Act 1999 (South Australia), S. 6. URL: <https://www.legislation.sa.gov.au>

⁷ Local Government Act 2009 (Queensland). URL: http://www.austlii.edu.au/au/legis/qld/consol_act/lga2009182/index.html#s8

⁸ Local Government Act 1993 (New South Wales), S. 222. URL: <http://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1993/30/>

whole; Local Government Act 1989 (Australia, Victoria), URL: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/lga1989182/

⁹ Local Government Act 2002 (New Zealand), S. 41. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0084/latest/DLM171806.html/>

на местное самоуправление. В своем мнении по делу 1871 г. судья Верховного суда штата Мичиган Т. Кули писал: «Право на местное самоуправление относится к правам абсолютным; государство не может лишить его»¹⁰. Оба данных подхода сегодня широко цитируются и в Канаде.

В своей научной статье, опубликованной в 1900 г. в Гарварде, известный юрист А. Итон указывала, что право на местное самоуправление существует проистекая из общего права, заимствованного английскими колониями в Америке, даже несмотря на то, что данное право не находит отражения в Конституции [29, р.477]. В другой классической статье, однако, американский юрист Х. Макбейн, ссылаясь на широкий обзор судебной практики, полагал «естественное» право на местное самоуправление (*inherent right to local government*) крайне экзотическим и практически не признаваемым [30, р. 216].

Канадский теоретик местного самоуправления У. Магнуссон, в свою очередь, последовательно выдвигает идею о наличии *права на город* как составной части права на самоуправление. Считая соответствующее право *коллективным*, Магнуссон при этом противопоставляет его праву частных собственников, призывая считать его носителем всех, кто проживает в определенной локации, по соседству (*neighborhood*) [31, р. 277]. В этом смысле идея «права на местное самоуправление», принадлежащего местному сообществу, антагонична принципам, заложенным в представлении о муниципалитете как корпорации, в связи с чем ее реализация невозможна без слома существующей политико-правовой конструкции муниципального механизма, пропитанного «корпоративным духом».

Надо отметить что концепция «права на город» получает признание и на международном уровне, в частности, она нашла отражение в одноименной международной Хартии 2005 г., разработанной при поддержке ЮНЕСКО, где данное право расшифровывается как коллективное право на организацию и деятельность по решению вопросов, связанных с самоопределением и обеспечением достойного уровня жизни в городах¹¹.

Вместе с тем в отчете рабочей группы Генассамблеи ООН по вопросам соблюдения прав человека на местном уровне говорится о лимитированном внед-

рени данного права, при этом приводится в том числе пример Хартии прав и обязанностей г. Монреала в Канаде (*Charte Montréalaise des Droits et Responsabilités*)¹², которая отнесена к «слабым» формам его реализации [32, р. 12], без признания на государственном законодательном уровне.

Рассматривая право на местное самоуправление в сопоставлении с правом на самоуправление коренных жителей Канады, У. Магнуссон полагает фактическое отсутствие признания первого в законодательстве Канады рудиментом государственно-правовой традиции «абсолютистского суверенитета», перенесенной из бывшей метрополии [33, р.6].

Ученый также предлагает считать муниципалитеты «локальным государством» (*local state*), наделенным автономией в решении собственных вопросов по отношению к провинциям, так же, как и провинции наделены автономией по отношению к федеральному центру. Идеалом для У. Магнуссона представляется совпадение *local state* и сообщества (*community*), интересы которого оно выражает [31, р. 94, 96].

Надо, однако, отметить, что несмотря на наличие отдельных исследований, теоретическая дискуссия о праве на самоуправление в Канаде в большей степени связана с исследованием природы и содержания права на самоуправление коренных малочисленных народов, проживающих на территории страны, нежели чем с правом на местное самоуправление, при этом данная дискуссия далека от своего завершения, в том числе относительно коллегияльного либо индивидуального характера его форм [34; 35].

В теории и законодательной практике других англосаксонских государств наблюдается схожая картина, вместе с тем некоторые изменения последнего времени свидетельствуют о поиске юридического оформления прав, которые могут быть связаны с функционированием института местного самоуправления.

Конституция Ирландии не содержит прямого признания права на местное самоуправление, однако в ней зафиксировано (ст. 28А) «право граждан голосовать на выборах должностных лиц муниципальных органов (*local authority*, в данном контексте – *sovetov* [А.Л.]».

¹⁰ *People v. Hurlbut* 24 Mich 44, 95 [1871].

¹¹ World Charter for the Right to the City, 2005. URL: http://www.choike.org/nuevo_eng/informes/2243.html.

¹² *Charte Montréalaise des Droits et Responsabilités*, 2005 (City of Montreal, Quebec). URL: http://ville.montreal.qc.ca/portal/page?_pageid=3036,3377687&_dad=portal&_schema=PORTAL.

В настоящее время также набирает популярность идея о новом механизме самоорганизации граждан по участию в решении вопросов местного значения, именуемом *community governance* («общинное управление») [36–38]. Предусматривающий значительную степень автономии локальных сообществ в решении вопросов местного значения, указанный механизм предполагает активную роль самих граждан в развитии соответствующих институтов «снизу».

В Австралии с начала 2000-х гг. наличие особых «прав местного сообщества» признавалось на региональном уровне в рамках государственной стратегии по развитию «ассоциативного управления» (вовлечения в управление населения и общественных групп), хотя законодательного закрепления данное право не получило [39, р. 51].

В законодательстве Великобритании, в рамках движения «локализма», в нормативной базе (*Localism Act 2011*) нашли отражение такие «права сообществ» (*community rights*), как право на покупку, планирование и строительство объектов общественной инфраструктуры, право на запуск альтернативных механизмов предоставления публичных услуг, право требовать предоставления неиспользуемых земель, находящихся в публичной собственности [40].

Между тем, как указывается в отчете рабочей группы Совета Европы по исследованию состояния местного и регионального управления, в законодательстве Великобритании, помимо прав, закрепленных Актом о локализме 2011 г., право на местное самоуправление как таковое не закреплено. Авторы исследования отмечают и символичность отказа Великобритании от ратификации дополнительного Протокола к Европейской хартии местного самоуправления, предусматривающего необходимость защиты права граждан на участие в деятельности местной власти [1, р. 1–3]. Несмотря на увеличение выборности должностных лиц на местном уровне и оснований применения различных форм непосредственного участия населения в решении вопросов местного значения в рамках законодательных изменений последних лет, экспертами отмечается их половинчатость, указывается на укоренившийся «централистский подход» к организации и осуществлению местной власти [41].

Практика реализации модели «общинного управления» в англосаксонских государствах при этом показывает, что под ним понимается самоорганизация граждан прежде всего на локальном, *субмуниципальном* уровне. Таким образом, рост интереса к «правам сообществ» нельзя отождествлять с движе-

нием в направлении формирования концепции территориального публичного коллектива, имеющего самостоятельные совокупные коммунальные права в границах единой муниципальной единицы.

5. Выводы

Исходя из вышеперечисленного следует считать, что для корпоративной модели местного самоуправления характерны такие черты, как отсутствие полноценного конституционного признания местного самоуправления в качестве самостоятельной формы публичной власти и формальная институциональная автономия муниципальных единиц в качестве публичных (частно-публичных) корпораций особого типа, не включаемых в систему государственной власти, ограниченная функциональная автономия, отсутствие конституционного признания права (прав) на местное самоуправление отдельных граждан либо местных сообществ, ограниченная подконтрольность органов местного самоуправления населению, связанная в том числе с отсутствием достаточных законодательных гарантий выборности местных органов. Данные характеристики, с учетом исторической специфики развития местного самоуправления в Великобритании и ее колониях, а также особенностей формирования статуса муниципалитетов в английском праве, напрямую детерминированы сложившимся корпоративным характером муниципальной власти, вытекающим не из власти общин, но формируемым государством «сверху».

Вместе с тем проведенный выше анализ показывает, что не во всех англосаксонских странах развитие института местного самоуправления носит одинаковый характер и однозначно вписывается в характеристики корпоративной модели. Так, например, в Австралии и США местное самоуправление регулируется конституциями штатов (территорий) и муниципалитеты получают некоторые гарантии своего функционирования. В Ирландии рассматриваемый институт уже признан на общенациональном конституционном уровне, в Австралии ведется подготовительная работа по его конституционному признанию.

В Австралии, Новой Зеландии и Ирландии законодательно устанавливается выборность органов местного самоуправления, в последнем случае она подкрепляется наличием особого конституционного права граждан. Хотя и отсутствует четкая доктрина коммунальных прав, очевидны попытки ее разработки, при этом в законодательстве имеется апелляция к *местным сообществам*, интересы которых должно выражать местное самоуправление (Великобритания, Ирландия).

Таким образом, преодоление в ряде англосаксонских государств исторического наследия, заложенного генезисом института муниципальных корпораций, может свидетельствовать о формировании новой, *посткорпоративной* модели местного самоуправления, которая характеризуется установлением конституционной автономии местного самоуправления как особой формы публичной власти, его развитием как формы народовластия с большей подконтрольностью форм самоуправления и управления на местном уровне населению, установлением связи между самоуправлением и местным сообществом в качестве носителя права на него. В случае окончательного перехода к такой модели корпоративный статус муниципалитета может быть пересмотрен либо сохранен как статус юридического лица в хозяйственном обороте, не оказывая, однако, влияния на решение вопросов публично-правового характера (компетенция, подконтрольность и подотчетность муниципальной власти субъектам самоуправления, взаимодействие с другими уровнями власти).

Повышение роли местных сообществ в механизме местного самоуправления, как представляется,

не будет означать безусловной адаптации в англосаксонских государствах института территориального публичного коллектива и, как следствие, перехода к поселенческому принципу территориальной организации самоуправления на местах. Во всех англосаксонских государствах сохраняется тренд на территориальную реорганизацию в форме объединения и укрупнения муниципалитетов, поэтому реализация прав местных сообществ, по всей видимости, будет происходить преимущественно на субмуниципальном уровне. Вместе с тем в рамках обеих моделей местное самоуправление должно восприниматься прежде всего как демократический институт выражения мнения населения, гарантируемый законодательно.

Исходя из указанных характеристик посткорпоративной модели следует сделать вывод: на сегодняшний день такие государства, как Австралия и Ирландия, можно считать находящимися в состоянии перехода к указанной модели, в то время как Великобритания и в особенности Канада, даже с учетом некоторой динамики статуса муниципальных единиц и органов местного самоуправления, продолжают оставаться в рамках модели корпоративной.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Local and Regional Democracy in the United Kingdom / Congress of Local and Regional Authorities, Council of Europe. March 26, 2014. 60 p.
2. Final Report by Expert Panel on Constitutional Recognition of Local Government / Expert Panel Secretariat within the Department of Regional Australia, Regional Development and Local Government, Commonwealth of Australia. Canberra, 2011. 119 p.
3. Final Report by the Majority Finding of the Expert Panel on Constitutional Recognition of Local Government: the Case for Financial Recognition, the Likelihood of Success and Lessons from the History of Constitutional Referenda / Joint Select Committee on Constitutional Recognition of Local Government, The Parliament of the Commonwealth of Australia. Canberra, 2013. 70 p.
4. Allen H. Cultivating the Grass Roots: Why Local Government Matters / H. Allen. – Hague: IULA, 1990. – 119 p.
5. Wilson D. Local Government in the United Kingdom / D. Wilson, C. Game; 5th ed. – London: Palgrave Macmillan, 2011. – 464 p.
6. Local Government Reform: A Comparative Analysis of Advanced Anglo-American Countries / B. Dollery, J. Garcea, E.C. LeSage, eds. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2008. 267 p.
7. Davis H., ed. Quangos and Local Government: A Changing World. London, Frank Cass, 1996. 104 p.
8. Richmond D., Siegel D., eds. Agencies, Boards and Commissions in Canadian Local Government. Toronto: Inst. of Public Administration of Canada, 1994. 138 p.
9. Tocqueville A. Democracy in America / A. Tocqueville. – Vol. 1. – New York: Harper & Row, 1966.
10. Mill J.S. Considerations on Representative Government, Kitchener, Batoche Books., 2001. 219 p.
11. Odgers W.B. Local Government / W.B. Odgers. – London: Macmillan, 1899. – 293 p.
12. Sancton A. The Doctrine of Local Self-Government in British Political Thought / A. Sancton. – Oxford: The Queen's College, 1969. – 135 p.
13. Maddicott J. The Origins of the English Parliament, 924–1327 / J. Maddicott. – Oxford: Oxford Univ. Press, 2010. – 526 pp.

14. Витте С.Ю. По поводу непреложности законов государственной жизни / С.Ю. Витте. – СПб.: Акц. о-во Брокгауз-Ефрон, 1914. – 376 с.
15. Redlich J. Local Government in England / J. Redlich, F.W. Hirst. – Vol. II. – London, Macmillan, 1903.
16. Stubbs W. The Constitutional History of England in its Origin and Development / W. Stubbs. – Oxford: Clarendon Press, 1875. – Vol. 2. – 646 p.
17. Seymour C.Jr. Electoral Reform in England and Wales / C.Jr. Seymour. – London: General Books, 2010. – 336 p.
18. Cooper A. The Forty-Shilling Freeholder / A. Cooper, S. Cooper. URL: <http://www.chivalryandwar.co.uk/Resource/THE%20FORTY%20SHILLING%20FREEHOLDER.pdf>.
19. Loughlin M. Legality and Locality: The Role of Law in Central-Local Government Relations / M. Loughlin. – Oxford: Clarendon Press, 1996. – 427 p.
20. Crawford K.G. Canadian Municipal Government / K.G. Crawford. – Toronto: Univ. of Toronto Press, 1954. – 407 p.
21. Langrod G. Local Government and Democracy / G. Langrod // Public Administration. – 1953. – Vol. 31.
22. Austin J. Centralization / J. Austin // Edinburgh Review. – 1847. – Vol. 85.
23. Tindal R. Local Government in Canada / R. Tindal, S. Tindal; 7th ed. – Toronto: Nelson, 2009. – 447 p.
24. Kaplan H. Reform, Planning and City Politics: Montreal, Winnipeg, Toronto / H. Kaplan. – Toronto: Univ. of Toronto Press, 1982.
25. Carrel A. Citizens' Hall: Making Local Democracy Work / A. Carrel. – Toronto: Between the Lines, 2001. – 176 p.
26. Siegel D. Changing the Municipal Culture: From Comfortable Subordination to Assertive Maturity / D. Siegel // Municipal World. – 2006. March, April.
27. Jefferson T. The Solemn Declaration and Protest of the Commonwealth of Virginia, in: Jefferson T. Writings, 1825. – P. 482-486.
28. Основные теории местного самоуправления: происхождение и развитие: сб. обзоров / под ред. В.И. Фадеева. – М.: ИНИОН РАН, 1996.
29. Eaton A. The Right to Local Self-Government, I / A. Eaton // Harvard Law Review. – 1900. – Vol. 13. – № 6.
30. McBain H.L. The Doctrine of an Inherent Right of Local Self-Government. I. The Extent of Its Application by American Courts / H.L. McBain // Columbia Law Review. – 1916. – Vol. 16. – № 3.
31. Magnusson W. Local Self-Government and the Right to the City / W. Magnusson. – Montreal-Kingston: McGill-Queen's Press, 2015. – 360 p.
32. Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights. Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee / United Nations General Assembly, 2015. – 19 p.
33. Magnusson W. Are Municipalities Creatures of the Provinces? / W. Magnusson // Journal of Canadian Studies. – 2005. – Vol. 39. – № 2.
34. Fenwick F.R. First Nations Governance Act: The Inherent Right to Self-Government. What's In a Name? / F.R. Fenwick // Law Now. – 2004. – Vol. 28. – № 3.
35. Grammond S. Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities / S. Grammond. – Montreal-Kingston: McGill-Queen's Univ. Press, 2009.
36. Somerville P. Community Governance and Democracy / P. Somerville // Policy and Politics. – 2005. – Vol. 33. – № 1.
37. Sullivan H. Modernisation, Democratisation and Community Governance / H. Sullivan // Local Government Studies. – 2001. – Vol. 27. – Issue 3.
38. Pillora S., McKinlay P. Evolution in Community Governance. Building on What Works: Literature Review. Vol. 2. Univ. of Technology, Sydney. 2011. 36 p.
39. Smyth P., Reddel T., Jones A. Community and Local Governance in Australia. Sydney: UNSW Press, 2005. 266 p.
40. 2010 to 2015 Government Policy: Localism. Policy Paper / Department for Communities and Local Government, UK. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/2010-to-2015-government-policy-localism/2010-to-2015-government-policy-localism>.
41. Pipe J. Two Years on, What Has the Localism Act Achieved? / J. Pipe. URL: <https://www.theguardian.com/local-government-network/2013/nov/02/localism-act-devolution-uk-local-authorities>.

REFERENCES

1. Local and Regional Democracy in the United Kingdom / Congress of Local and Regional Authorities, Council of Europe. March 26, 2014. 60 p.
2. Final Report by Expert Panel on Constitutional Recognition of Local Government / Expert Panel Secretariat within the Department of Regional Australia, Regional Development and Local Government, Commonwealth of Australia. Canberra, 2011. 119 p.
3. Final Report by the Majority Finding of the Expert Panel on Constitutional Recognition of Local Government: the Case for Financial Recognition, the Likelihood of Success and Lessons from the History of Constitutional Referenda / Joint Select Committee on Constitutional Recognition of Local Government, The Parliament of the Commonwealth of Australia. Canberra, 2013. 70 p.
4. Allen H. Cultivating the Grass Roots: Why Local Government Matters. The Hague: IULA, 1990. 119 p.
5. Wilson D., Game C. Local Government in the United Kingdom, 5th ed. London, Palgrave Macmillan, 2011. 464 p.
6. Local Government Reform: A Comparative Analysis of Advanced Anglo-American Countries / B. Dollery, J. Garcea, E.C. LeSage, eds. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2008. 267 p.
7. Quangos and Local Government: A Changing World / H. Davis, ed. London, 1996. 104 p.
8. Agencies, Boards and Commissions in Canadian Local Government / D. Richmond, D. Siegel, eds. Toronto: Inst. of Public Administration of Canada, 1994. 138 p.
9. Tocqueville A. Democracy in America. Vol. 1. New York, Harper & Row, 1966.
10. Mill J.S. Considerations on Representative Government, Kitchener, Batoche Books., 2001. 219 p.
11. Odgers W.B. Local Government. London: Macmillan, 1899. 293 p.
12. Sancton A. The Doctrine of Local Self-Government in British Political Thought. Oxford: The Queen's College, 1969. 135 p.
13. Maddicott J. The Origins of the English Parliament, 924–1327. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010. 526 pp.
14. Vitte S.YU. Po povodu neprelozhnosti zakonov gosudarstvennoj zhizni. Saint-Petersburg, Brockhaus and Efron, 1914. 376 p. (In Russ.).
15. Redlich J., Hirst F.W. Local Government in England. Vol. II. London, Macmillan, 1903.
16. Stubbs W. The Constitutional History of England in its Origin and Development. Oxford: Clarendon Press, 1875. Vol. 2. 646 p.
17. Seymour C. Jr. Electoral Reform in England and Wales. London: General Books, 2010. 336 p.
18. Cooper A., Cooper S. The Forty-Shilling Freeholder. URL: <http://www.chivalryandwar.co.uk/Resource/THE%20FORTY%20SHILLING%20FREEHOLDER.pdf>
19. Loughlin M. Legality and Locality: The Role of Law in Central-Local Government Relations. Oxford: Clarendon Press, 1996. 427 p.
20. Crawford K.G. Canadian Municipal Government. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1954. 407 p.
21. Langrod G. Local Government and Democracy. Public Administration. 1953. Vol. 31. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9299.1953.tb01755.x>
22. Austin J. Centralization. Edinburgh Review. 1847. Vol. 85. Pp. 221-258.
23. Tindal, R., Tindal, S. Local Government in Canada, 7th ed. / R. Tindal, S. Tindal. Toronto: Nelson, 2009. 447 p.
24. Kaplan H. Reform, Planning and City Politics: Montreal, Winnipeg, Toronto. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1982.
25. Carrel A. Citizens' Hall: Making Local Democracy Work. Toronto: Between the Lines, 2001. 176 p.
26. Siegel D., Tindal C.R. Changing the Municipal Culture: From Comfortable Subordination to Assertive Maturity. Municipal World. 2006. No. 116. Pp. 37-40
27. Jefferson T. The Solemn Declaration and Protest of the Commonwealth of Virginia, in: Jefferson T. Writings, 1825. Pp. 482-486.
28. Osnovnye teorii mestnogo samoupravleniya: proiskhozhdenie i razvitie. Moscow, 1996. (In Russ.).
29. Eaton A. The Right to Local Self-Government, I. Harvard Law Review. 1900. Vol. 13. no 6.

30. McBain H.L. The Doctrine of an Inherent Right of Local Self-Government. I. The Extent of Its Application by American Courts. *Columbia Law Review*. 1916. Vol. 16. no 3.
31. Magnusson W. *Local Self-Government and the Right to the City*. Montreal-Kingston: McGill-Queen's Press, 2015. 360 p.
32. Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights. Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee / United Nations General Assembly, 2015. 19 p.
33. Magnusson W. Are Municipalities Creatures of the Provinces? *Journal of Canadian Studies*. 2005. Vol. 39. no. 2.
34. Fenwick F.R. First Nations Governance Act: The Inherent Right to Self-Government. What's In a Name? *Law Now*. 2004. Vol. 28. no. 3.
35. Grammond S. *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*. Montreal-Kingston: McGill-Queen's Univ. Press, 2009. 197 p.
36. Somerville P. *Community Governance and Democracy*. Policy and Politics. 2005. Vol. 33. N 1.
37. Sullivan H. *Modernisation, Democratisation and Community Governance*. *Local Government Studies*. 2001. Vol. 27. Issue 3.
38. Pillora S., McKinlay P. *Evolution in Community Governance. Building on What Works: Literature Review*. Vol. 2. Univ. of Technology, Sydney. 2011. 36 p.
39. Smyth P., Reddel T., Jones A. *Community and Local Governance in Australia*. Sydney: UNSW Press, 2005. 266 p.
40. 2010 to 2015 Government Policy: Localism. Policy Paper / Department for Communities and Local Government, UK. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/2010-to-2015-government-policy-localism/2010-to-2015-government-policy-localism>
41. Pipe J. Two Years on, What Has the Localism Act Achieved? URL: <https://www.theguardian.com/local-government-network/2013/nov/02/localism-act-devolution-uk-local-authorities>.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Ларичев Александр Алексеевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного, финансового и информационного права
Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), Северный институт (филиал)
185034, Россия, г. Петрозаводск, ул. Онежской флотилии, 51
e-mail: alexander.larichev@gmail.com
SPIN-код: 5047-7453; AuthorID: 507509

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Alexander A. Larichev – PhD in Law, Associate Professor; Associate Professor, Department of Administrative, Financial and Informational Law
All-Russian State University of Justice, Northern Institute (branch)
51, Onezhskoi flotilii ul., Petrozavodsk, 185034, Russia
e-mail: alexander.larichev@gmail.com
SPIN-code: 5047-7453; AuthorID: 507509

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Ларичев А.А. Специфика корпоративной модели местного самоуправления и дивергенция современных подходов к самоуправлению на местах в странах Содружества Наций / А.А. Ларичев // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 86–97. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).86-97.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Larichev A.A. The specifics of the corporate model of local self-government and the divergence of modern approaches to self-government at the local level in the Commonwealth countries. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 86–97. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).86-97. (In Russ.).

ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА СУДЕБНЫМИ ОРГАНАМИ

THE LAW ENFORCEMENT BY THE JUDGES

УДК 343.2

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).98-105

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ПОДХОД ПРИ ИССЛЕДОВАНИИ КАТЕГОРИИ ВИНЫ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

О.Н. Бибик

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

07 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Ключевые слова

Экономический подход,
уголовное право, теория
рационального выбора,
управление рисками,
преступное невежество,
встречная вина, заранее
обдуманый умысел

Анализируется категория вины с учетом экономического подхода и теории рационального выбора. Отмечается необходимость управления рисками в целях предупреждения преступлений: в процессе криминализации риски должны оптимально распределяться между государством, устанавливающим уголовно-правовые запреты, и гражданами, соблюдающими данные запреты, а также между потенциальным преступником и жертвой. Доказывается необходимость внедрения новых форм вины (например, преступного невежества), учета вины потерпевшего, который своим поведением способствовал совершению преступления. Обосновывается, что наличие заранее обдуманного умысла, серьезно осложняющего раскрытие преступлений, должно рассматриваться как основание для применения более суровых санкций.

CATEGORY OF GUILT IN CRIMINAL LAW: ECONOMIC APPROACH

Oleg N. Bibik

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 October 07

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

Keywords

Economic approach, criminal law,
rational choice theory, risk
management, criminal ignorance,
counter guilt, premeditated intent

The subject of the paper is guilt as criminal legal category.

The main aim of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that there is a need for risk management in order to prevent crime.

The description of methodology. The author uses economic approach and the theory of rational choice as well as the dialectic and formal-legal methodology.

The main results and scope of their application. The greater the probability of socially dangerous consequences of actions, the greater the risk, the greater the degree of guilt of the subject and the degree of danger of the crime. In criminalization the risks should be optimally distributed between the state (installs criminal prohibitions) and the citizens (complying with those prohibitions), as well as between the potential offender and the victim. It is necessary to quantify the risk of socially dangerous consequences (for example, as a percentage) for each form of guilt. This will make it possible to streamline and develop forms of guilt, to correlate specific types of guilt with specific crimes in terms of the risks that the crime carries. New forms of guilt, in particular criminal ignorance, need to be introduced. Unlike negligence, which is difficult to control, ignorance, as well as competence, can be fully controlled. It is necessary to take into account the guilt of the victim, who by his behavior contributed to the crime. If the victim has not taken all precautions (the more provoked the offender) - he must share the overall result, bear the risk of socially dangerous consequences. If there is a violation of the rules of conduct by the offender and the victim, the court should have the right to substantially mitigate the punishment or to refuse to apply it at all, taking into account the nature and extent of the violations committed by each

party. For example, with regard to crimes of minor gravity when the victim provoking a crime, failure to take precautions should provide for mandatory exemption from criminal liability with compensation for harm in civil law. Premeditated intent seriously complicates the disclosure of crimes. This intent should be seen as a basis for more severe sanctions. The results of research may be used as the basis of correction of the criminal legislation. It is concluded that any form of guilt in any legal system is based on an assessment of the risks of negative consequences.

1. Введение

В научной литературе предлагается учитывать экономический подход при рассмотрении института вины [1, р. 199–210]. По мнению Р. Познера, понятие намерения, используемое для определения одной из форм вины в англо-американском уголовном праве, выполняет три экономические функции: идентификация чистых принудительных трансфертов, оценка вероятности задержания и признания виновным, определение эффективности (экономической обоснованности) применения уголовного наказания как средства контроля за нежелательным поведением [2, р. 1221].

В рамках указанных выше функций реализуют себя практически все формы вины как в англо-американском, так и в романо-германском праве, что делает весьма продуктивным экономический подход при их изучении. Виновность является неотъемлемым признаком преступления, конкретные формы вины используются для разграничения преступных и не преступных деяний. И в этом плане вина действительно помогает идентифицировать чистые принудительные трансферты, к числу которых относятся преступления.

Учение о вине аргументированно связывается также с эффективностью предупреждения преступлений и строгостью уголовного наказания. Так, разница в общественной опасности между умышленными и неосторожными деяниями обусловлена различной вероятностью причинения вредных последствий [3, с. 22]. Чем с большей обдуманностью действует человек, тем больше шансов на достижение преступного результата и тем сложнее правоохранительным органам обнаружить совершенное деяние. А потому в целях сдерживания таких преступников следует наказывать более строго за преднамеренное причинение, а также за причинение с высокой степенью безрассудства, тогда как непреднамеренное причинение, совершение деяния в состоянии аффекта может наказываться сравнительно менее строго [2, р. 1222]. Кроме того, эластичность предложения умышленных и неосторожных деяний серь-

езно различается в зависимости от строгости наказания. Так, верно отмечено, что степень криминогенности ситуации при неосторожных преступлениях значительно выше, чем при умышленных преступлениях. В неосторожных, зачастую ситуативных деяниях наступившие последствия не во всех случаях зависят от воли и «качества» поведения субъекта. При умышленных преступлениях угроза наказания является более серьезным контрфактором [4, с. 18–19, 24, 31]. Отсюда угроза наказанием менее эффективна в отношении неосторожных деяний, в меньшей степени сокращает их предложение.

Игнорирование института вины существенно уменьшает действенность уголовной репрессии. К примеру, если человек допускает ошибку при попытке совершить запрещенное уголовным правом деяние (в частности, убийство при помощи куклы вуду) и его наказание не предотвращает какое-либо преступление в действительности, то применение уголовной репрессии не будет социально полезным [2, р. 1218]. Не требует особых доказательств и тезис о том, что применение уголовного наказания без учета формы вины также существенно снизит эффективность социального обмена соответствующими антиблагами. Поскольку осуществляется дифференциация уголовных наказаний, постольку требуется дифференцированная оценка совершаемых преступлений, и институт вины играет в этом случае не последнюю роль.

Нормативное и доктринальное понимание вины по большей части является вполне оптимальным. Вместе с тем есть немало перспективных направлений совершенствования данного института, повышения его эффективности, в том числе с учетом теории рационального выбора, экономического подхода.

2. Управление рисками в целях предупреждения преступлений

В сущности, любая форма вины в любой правовой системе опирается на оценку рисков наступления негативных последствий. К примеру, в российском уголовном праве наличие прямого умысла

предполагает, что лицо предвидит возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий [5; 6], тогда как при косвенном умысле преступник предвидит только возможность их наступления [7; 8], при легкомыслии человек рассчитывает на некие обстоятельства (пусть и самонадеянно), которые позволят избежать наступления последствий [9; 10]. При небрежности субъект и вовсе не знает, что есть риск наступления указанных последствий [11; 12]. Как отмечают ученые, лицо, проявляющее небрежность, налагает на других чрезмерные риски [1, р. 456]. То есть чем больше предвидимая человеком вероятность наступления общественно опасных последствий ввиду совершения им деяния, чем больше риск, тем больше степень вины субъекта (соответственно и степень опасности преступления).

В экономической теории есть целое направление, посвященное управлению рисками. Накопленные в нем знания вполне могут использоваться при определении признаков конкретных форм вины. Задача состоит не в том, чтобы вовсе исключить риски, а в том, чтобы был достигнут эффективный уровень соблюдения мер предосторожности, эффективный уровень риска [13, р. 197]. Законодатель и правоприменитель в состоянии учитывать названные обстоятельства при выработке форм вины, их признаков и реализации соответствующих норм уголовного права.

В процессе криминализации риски должны оптимально распределяться между: 1) субъектом, устанавливающим уголовно-правовой запрет, осуществляющим применение уголовной репрессии (государство), и субъектом, который данный запрет будет соблюдать (гражданин); 2) между потенциальным преступником и жертвой.

В частности, при закреплении признаков форм вины на индивида могут возлагаться риски, связанные с необходимостью соблюдения дополнительных мер предосторожности во избежание нарушения уголовного запрета. Так, если уголовный закон требует осознания возраста потерпевшего, потенциальный преступник не будет иметь стимулов для того, чтобы выяснить необходимую информацию, избежав тем самым совершения подобных деяний [14, р. 27; 2, р. 1222]. Если же закон при установлении уголовного запрета будет исходить из необходимости соблюдать дополнительные меры предосторожности в поведении, что предполагает выяснение возраста потерпевшего, то такая норма будет стимулировать потенциального преступника исполнять уста-

новленные правила поведения, перестраховываться при принятии решения.

Предложенный выше подход может применяться, в частности, при введении уголовного запрета на половое сношение с лицом, не достигшим установленного в законе минимального возраста. В этом случае уголовная репрессия может применяться независимо от осознания виновным возраста потерпевшего, что поможет предупредить совершение таких деяний при небольших затратах на превентивные меры со стороны добропорядочного гражданина, которому вполне по силам более тщательно выбирать себе сексуальных партнеров. Аналогичным образом обстоит дело в отношении запрета на продажу алкоголя подросткам.

Создавая подобные уголовные запреты, мы, с одной стороны, требуем от человека быть более осторожным в поведении, снижая стандарты доказывания наличия состава преступления (в приведенном выше примере не требуя осознания возраста жертвы), с другой стороны, повышаем степень защищенности общества, более эффективно предотвращая совершение преступлений.

Значительный интерес для уголовного права представляет количественный расчет степени риска наступления общественно опасных последствий (например, в процентном отношении) применительно к каждой форме вины, ее разновидности, что позволит: 1) упорядочить дифференциацию форм вины, развивать ее в дальнейшем, не ограничиваясь сегодняшними двумя основными формами (умысел и неосторожность); 2) с должным научным обоснованием «привязать» конкретные разновидности вины к конкретным составам преступлений с точки зрения тех рисков, которые несет совершение соответствующего деяния, что позволит более эффективно его предотвращать. Например, в отношении прямого умысла коэффициент риска наступления последствий может составить 95–100 %, в отношении косвенного умысла – 50–95 %, в отношении легкомыслия – 1–49 % (при легкомыслии человек хотя и предвидит возможность наступления событий, но самонадеянно рассчитывает, что они не наступят; поэтому он оценивает вероятность меньше, нежели 50 на 50), в отношении небрежности – 0,1–1 %. Если риск события составляет менее 0,1 % или среднестатистической величины, отражающей его случайный характер, то можно сделать выводы о наличии казуса. Безусловно, предложенная шкала риска требует дополнительной аргументации, в том числе при помощи теории вероятностей.

В процессе криминализации мы определяем форму вины, оценивая адекватно степень риска с учетом ценности объекта, специфики объективной стороны и субъекта преступления. Так, если речь идет о жизни человека, то вполне адекватным представляется запрет на причинение смерти не только умышленно, но и по неосторожности (в том числе при наличии как легкомыслия, так и небрежности). Даже самый минимальный риск при угрозе жизни человека (свыше 0,1 %) должен быть исключен. Если речь идет о причинении имущественного ущерба, то в данном случае возможно допустить больший риск наступления последствий (более 49 %), криминализовав деяния, совершенные умышленно.

3. Внедрение новых форм вины

Актуальной является задача обновления учения о вине с учетом усложняющихся общественных отношений, научно-технического прогресса. Управление рисками предполагает, что модель формы вины должна быть адекватной тем отношениям, к которым она применяется. В противном случае эффективность названного института закономерно уменьшится. В этой связи могут быть рассмотрены предложения относительно использования новых форм вины в уголовном праве.

3.1. Преступное невежество

Одной из перспективных представляется идея использования формы вины в виде преступного невежества. Указанное невежество предполагает, что лицо не усвоило знания, которые оно должно было и имело возможность усвоить, в результате чего совершило преступление.

В отличие от небрежности, которую достаточно сложно контролировать, невежество, как и компетентность, поддаются полному контролю! Преступное невежество обоснованно характеризуется как имеющее предельную общественную опасность с учетом повышенного риска наступления последствий. М.С. Гринберг, сравнивая невежество и небрежность, писал: «Если небрежность – явление ситуативное, в известной мере случайное (в той же ситуации растерянности, потери бдительности могло не быть), то невежество ведет к просчету с неизбежностью — рано или поздно события, о которых шла речь, должны были произойти» [15, с. 77]. При рассмотрении указанного вопроса следует учитывать не только невежество самого причинителя,

но и вину других лиц за комплектование социотехнических и иных систем таким негодным персоналом [15, с. 77, 79].

Насколько эффективно противодействует государство совершению преступлений, если не учитывает указанные выше доводы? Проиллюстрируем поставленный вопрос гипотетическим примером. Допущены нарушения в работе социотехнической системы вследствие несоблюдения правил ее эксплуатации, в результате чего погибли люди. Правила были нарушены ввиду некомпетентности персонала, не обладавшего знаниями, необходимыми для принятия решения. Вменить сотрудникам наличие небрежности нет оснований, учитывая хотя бы то обстоятельство, что они объективно не имели возможности предвидеть наступление последствий. При этом лица, допустившие некомпетентных специалистов к управлению системой, также не понесут уголовную ответственность – их поступки с учетом современного понимания вины и отсутствия категории неосторожного сопричинения в уголовном законе не будут признаны преступными. Так, было отказано в возбуждении уголовного дела в отношении лица, ответственного за организацию полетов, по материалам проверки сообщения о преступлении, признаки состава которого предусмотрены ст. 351 УК РФ, в связи с аварией самолета. Причинами аварии явились в том числе непринятие мер к предотвращению нарушений в комплектовании экипажа воздушного разведчика погоды; отсутствие принципиальности и личная недисциплинированность, выразившиеся в передаче управления самолетом лицу, не имеющему допуска к полетам на данном типе воздушных судов; выполнение фигуры высшего пилотажа экипажем, не обладающим необходимыми теоретическими знаниями и практическими навыками¹. Другой пример - на должность временно исполняющего обязанности командира мотострелкового взвода был назначен лейтенант медицинской службы Б., который не обладал достаточными знаниями и по своему назначению был некомпетентен исполнять обязанности командира мотострелкового взвода, в том числе при проведении боевых стрельб и ротных тактических учений. При этом лейтенант Б. был допущен к ротным тактическим учениям без проведения с ним контрольных занятий и занятий по управлению огнем подразделения. В ходе боевых

¹ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 25.11.2015) // СПС «Консультант Плюс».

стрельб Б. после получения команды проверить оружие на разряженность у личного состава ввиду своей некомпетентности и отсутствия необходимых знаний в устройстве вооружения и порядке действий при вооружении и разряжении оружия не убедился в разряженности пулемета на БТР-е 80. Рядовой Ж., являясь наводчиком БТР 80, после прекращения ведения огня оружие не разрядил, не убедился в разряженности оружия и не доложил командиру отделения о разряженности оружия, т.е. нарушил правила обращения с оружием. В результате при демонстраже пулемета потерпевшему вследствие непроизвольного выстрела был причинен тяжкий вред здоровью. Уголовное дело было возбуждено лишь в отношении наводчика БТР Ж.2. Риски, связанные с упущениями в регулировании процесса управления социотехнической системой, в указанном случае возлагаются исключительно на общество.

Даже с учетом того обстоятельства, что уголовная репрессия не является панацеей и средством решения проблемы, позиция законодателя в отношении криминализации невежества, представляется неэффективной. У соответствующих субъектов практически нет отрицательных стимулов избежать причинения общественно опасных последствий. Вместе с тем уголовный закон должен стимулировать кооперативное поведение всех участников общественных отношений по предотвращению совершения подобных деяний.

В этой связи требуется предусмотреть не только дифференцированное применение уголовной репрессии с учетом признаков невежества, в том числе оценивая вероятность риска наступления последствий (по всей видимости, она близка к вероятности последствий при косвенном умысле), но и возможность использования уголовной репрессии в отношении субъектов, допустивших некомпетентных людей к соответствующей деятельности.

Аналогичные правила должны применяться как в отношении лиц, задействованных в эксплуатации социотехнических систем, так и субъектов, принимающих управленческие решения в органах власти всех уровней, организациях, контролируемых государством, местным самоуправлением (прежде всего, высших должностных лиц, топ-менеджеров).

3.2. Встречная вина

Необходимо учитывать вину потерпевшего, который своим поведением способствовал совершению преступления. В результате применения экономического подхода в деликтном праве было доказано, что стратегия взаимной предосторожности (Bilateral Precaution) более продуктивна, поскольку заставляет как виновного, так и потерпевшего принимать все необходимые меры во избежание причинения вреда [1, р. 204–205, 212]. Неэффективно возлагать ответственность только на виновное лицо, если потерпевший не предпринял необходимых мер предосторожности [13, р. 293–294].

В отечественной науке уже высказано предложение относительно учета вины потерпевшего, его виктимного поведения в рамках концепции взаимной вины при взаимном причинении вреда или ущерба [3, с. 4]. Помимо этого, следует принимать во внимание при назначении наказания и провокацию со стороны потерпевшего. Указанная мера будет стимулировать потенциальную жертву не совершать провоцирующих действий, поскольку ею будет учитываться большая вероятность стать потерпевшим ввиду смягчения грозящего потенциальному преступнику уголовного наказания [14, р. 31–32]. Аналогичным образом следует решать вопрос и в том случае, когда потерпевший допустил нарушения установленных правил, что повлекло совершение неосторожного деяния и причинение ему же вреда или ущерба (например, и потерпевший, и водитель автомобиля нарушили правила дорожного движения, что повлекло по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшего).

Если потерпевший не предпринял все меры предосторожности, тем более спровоцировал преступника – он должен разделить общий результат, нести риски наступления общественно опасных последствий. Если имеет место нарушение установленных правил поведения с обеих сторон, то суд должен иметь право существенно уменьшить объем применяемой уголовной репрессии или вовсе отказаться от ее использования с учетом характера и степени допущенных каждой стороной нарушений. Например, в отношении преступлений небольшой тяжести при провокации преступления, непринятии мер

² См.: Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 16.10.2014 по делу № 33-8284/2014 // СПС «Консультант Плюс»; приговор Новосибирского гарнизонного военного суда по делу № 28-2011 г. от 5 апреля 2011

года. URL: <https://rospravosudie.com/court-novosibirskij-garnizonnyj-voennyj-sud-novosibirskaya-oblast-s/act-106086359/> (дата обращения: 17.11.2018)).

предосторожности потерпевшим возможно предусмотреть императивное освобождение от уголовной ответственности с возмещением вреда в гражданско-правовом порядке. В отношении прочих категорий преступлений по усмотрению суда в такой ситуации возможно существенное смягчение уголовного наказания.

3.3. Заранее обдуманый умысел

В уголовном праве России, в отличие от ряда зарубежных стран, не имеет значения тот факт, когда возник умысел на совершение преступления – непосредственно перед ним или задолго до этого события. То есть фактически уравниваются в плане возможного наказания лица, совершившие преступление спонтанно, и преступники, долго готовившие деяние, обдумывавшие возможные последствия, сподобившие избежать уголовной ответственности.

В зарубежном праве встречаются другие подходы к решению проблемы. Например, во Франции предумышленное убийство (ст. 221-3 УК Франции) наказывается пожизненным заключением, тогда как простое убийство без заранее обдуманного умысла (221-1) влечет применение уголовного заключения сроком 30 лет³. Представляется, что зарубежное уголовное право, в котором заранее обдуманый умысел усиливает уголовную ответственность, имеет большую эффективность.

Очевидно, что шансы раскрыть преступление существенно различаются не в пользу деяний, совершенных с заранее обдуманным умыслом. Согласно определению Р. Познера, преступное намерение

есть намерение получить запрещенный объект, инвестируя ресурсы в достижение этой цели [2, р. 1221]. Очевидно, что эти «инвестиции» (в виде потраченных на приготовление к преступлению времени, денежных средств, других материальных ресурсов и т. п.) в предложенной выше модели вообще не учитываются российским законодателем, что делает обмен наказания на такое преступление неравноценным.

Целесообразным представляется дифференцировать уголовно-правовые запреты в отношении наиболее распространенных и наиболее опасных преступлений с учетом момента возникновения умысла (например, в отношении убийства, причинения тяжкого вреда здоровью, кражи, грабежа, разбоя), и в случае если имел место заранее обдуманый умысел – применять более суровые санкции.

4. Выводы

Таким образом, любая форма вины в любой правовой системе основывается на оценке рисков негативных последствий. Но направления совершенствования учения о вине при помощи теории рационального выбора не исчерпываются названными выше проблемами. Задача науки уголовного права состоит в том, чтобы при помощи экономического подхода изменить стереотипное восприятие вины как набора признаков, предусмотренных в законе. Институт вины должен использоваться не столько в прикладных целях квалификации преступлений, сколько для повышения эффективности уголовно-правового регулирования посредством установления оптимальных уголовно-правовых запретов.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Cooter R. Law and economics / R. Cooter, T. Ulen. 6th ed. – New York: Prentice Hall, 2011. – 576 p.
2. Posner R.A. An Economic Theory of the Criminal Law / R.A. Posner // Columbia Law Review. – 1985. – Vol. 85. – № 6. – P. 1193–1231.
3. Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности в сфере взаимодействия человека и техники: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / М.С. Гринберг. – Свердловск, 1973. – 34 с.
4. Кваши В.Е. Преступная неосторожность (криминологические проблемы): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В.Е. Кваши // Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1967–2014 гг.). – СПб.: Юридический центр, 2015. – 1040 с.
5. Соктоев З.Б. Причинность и объективная сторона преступления: монография / З.Б. Соктоев. – М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2015. – 256 с.
6. Научно-практическое пособие по применению УК РФ / В.П. Верин, С.А. Ворожцов, В.В. Демидов и др.; под ред. В.М. Лебедева. – М.: НОРМА, 2005. – 928 с.

³ См.: Уголовный кодекс Франции. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 170–171.

7. Ширяев А.Ю. Косвенный умысел: правовая оценка и доказывание / А.Ю. Ширяев // *Законность*. 2016. – № 12. – С. 42–45.
8. Гладких В.И. Приглашение к дискуссии: все ли нас устраивает в современных формах вины и практике их применения? / В.И. Гладких // *Российский следователь*. – 2016. – № 3. – С. 27–33.
9. Петин И.А. Логические основания вины в уголовном праве / И.А. Петин // *Российский следователь*. – 2009. – № 17. – С. 19–21.
10. Недопекина Т. Проблемные аспекты преступного легкомыслия в правоприменении / Т. Недопекина // *Уголовное право*. – 2009. – № 5. – С. 52–54.
11. Гонтарь И.Я. Содержание преступлений с двумя формами вины / И.Я. Гонтарь, Т.С. Коваленко // *Адвокат*. – 2012. – № 10. – С. 9–25.
12. Агапов А.Б. Корреляция публичных и цивилистических форм вины / А.Б. Агапов // *Административное и муниципальное право*. – 2016. – № 9. – С. 791–798.
13. Friedman D.D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters* / D.D. Friedman. – Princeton: Princeton University Press, 2000. – 337 p.
14. Harel A. *Economic Analysis of Criminal Law: a Survey* / A. Harel // *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*. Edit. Harel A., Hylton K.N. – Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. – P. 10–50.
15. Гринберг М.С. Преступное невежество / М.С. Гринберг // *Правоведение*. – 1989. – № 5. – С. 74–79.
16. Канашина О.А. *Взаимная вина в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук* / О.А. Канашина. – Самара, 2006. – 20 с.

REFERENCES

1. Cooter R., Ulen T. *Law and economics*. 6th ed. New York: Prentice Hall, 2011. – 576 p.
2. Posner R.A. *An Economic Theory of the Criminal Law*. *Columbia Law Review*. 1985. Vol. 85. № 6. – pp. 1193-1231.
3. Greenberg M.S. *Crime against public security in the field human-technology interactions*. Doct. Diss. Thesis. Sverdlovsk, 1973. 34 p. (In Russ.)
4. Kvashis V. E. *Criminal negligence (criminological problems)*. Doct. Diss., in: *Selected works on criminal law and criminology (1967-2014)*. Saint-Petersburg: Law center, 2015. – 1040 p. (In Russ.)
5. Soktoev Z. B. *Causality and objective side of the crime: monograph*. M.: NORMA, INFRA-M, 2015. 256 p. (In Russ.)
6. Verin V. P., Vorozhtsov A. S., Demidov V. V., etc. *Scientific and practical guide on the application of the criminal code of Russian Federation*. Moscow, Norma publ., 2005. 928 p. (In Russ.)
7. Shiryayev, A. Yu. *Indirect intent: a legal assessment and demonstration*. *Zakonnost'*, 2016, no 12, pp. 42 - 45. (In Russ.)
8. Gladkikh V. I. *Invitation to discussion: are we satisfied with modern forms of guilt and practice of their application?* *Rossiiskiy sledovatel'*, 2016, no. 3, pp. 27 - 33. (In Russ.)
9. Petin I. A. *Logical grounds of guilt in criminal law*. *Rossiiskiy sledovatel'*, 2009, no. 17, pp. 19 - 21. (In Russ.)
10. Nedopekina T. *Problematic aspects of criminal carelessness in law enforcement*. *Ugolovnoe pravo=Criminal law*, 2009, no 5, pp. 52 - 54. (In Russ.)
11. Gontar I. Ya., Kovalenko T. S. *Content of crimes with two forms of guilt*. *Yurist*, 2012, no. 10, pp. 9 - 25. (In Russ.)
12. Agapov A. B. *Correlation of public and civil forms of guilt*. *Administrativnoe i munitsipalnoe pravo=Administrative and municipal law*, 2016, no. 9, pp. 791 - 798. (In Russ.)
13. Friedman D.D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000. 337 p.
14. Harel A. *Economic Analysis of Criminal Law: a Survey*, in: Harel A., Hylton K.N. (eds.). *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 10-50. (In English).
15. Greenberg M.S. *Criminal ignorance*. *Pravovedenie*, 1989, no. 5, pp. 74-79. (In Russ.)
16. Kanashina O.A. *Mutual guilt in criminal law*. *Cand. Diss. Thesis*. Samara, 2006. 20 p. (In Russ.)

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Бибик Олег Николаевич – доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии

Омский государственный университет

им. Ф.М. Достоевского,

644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а

e-mail: olegbibik@mail.ru

SPIN-код: 2670-9299; AuthorID: 495309

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Oleg N. Bibik – Doctor of Law, Professor, Department of Criminal Law and Criminology

Dostoevsky Omsk State University

55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia

e-mail: olegbibik@mail.ru

SPIN-code: 2670-9299; AuthorID: 495309

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Бибик О.Н. Экономический подход при исследовании категории вины в уголовном праве / О.Н. Бибик // Правоприменение. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 98–105. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).98-105.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Bibik O.N. Category of guilt in criminal law: economic approach. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 98–105. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).98-105. (In Russ.).

ПЕРЕСМОТР РЕШЕНИЙ СУДОВ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ В НАДЗОРНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

В.В. Коряковцев

*Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России),
Санкт-Петербургский институт (филиал), г. Санкт-Петербург, Россия*

Информация о статье

Дата поступления –
14 октября 2018 г.
Дата принятия в печать –
14 декабря 2018 г.
Дата онлайн-размещения –
20 января 2019 г.

Рассматриваются процессуальные особенности и основания надзорного (кассационного) пересмотра решений, постановленных судами с участием присяжных заседателей. Исследуются основания возможного пересмотра решения судов с участием присяжных заседателей в порядке ст. 401.6 УПК РФ и основания, предложенные Пленумом Верховного Суда РФ в Постановлении от 28 января 2014 г. Предлагается замена действующих оснований для отмены или изменения оправдательных решений судов с участием присяжных заседателей, вступивших в законную силу, более узким перечнем.

Ключевые слова

Правоприменение, уголовный процесс, суд присяжных, вердикт, надзор, приговор, обжалование, существенное нарушение закона

REVIEW OF COURT DECISIONS BASED ON THE JURY'S DECISION IN THE SUPERVISORY INSTANCE

Vyacheslav V. Koryakovtsev

All-Russian State University of Justice, St. Petersburg Institute (Branch), St. Petersburg, Russia

Article info

Received – 2018 October 14
Accepted – 2018 December 14
Available online – 2019 January 20

The subject. The article discusses the procedural peculiarities and grounds for the supervisory (cassation) review of court decisions based on the jury's decision.

The purpose of the article is to assess the effectiveness of the rules on the grounds for review of courts' decisions based on jury's verdict.

The description of methodology. The author uses formal-legal and comparative-legal methods as well as legal interpretation of the text of Russian Criminal Procedure Code and Russian Supreme Court's decisions. The decisions of Russian Constitutional Court and court statistics are also analyzed.

The main results and scope of their application. In the introduction the author substantiates the relevance of the proposed research by creating a separate cassation and appeal courts of General jurisdiction, a significant extension of jurisdiction of the Russian court with participation of jurors in the district courts as of 1 June 2018., that will result in a manifold increase in the cases before the courts with participation of jurors in the first instance, and a manifold increase in appeals and representations on the decision of the jury. In the second section of the work the characteristic of legal institution of possible turn to the worst for the condemned situation in cassation and Supervisory instances is given, the analysis is widely known of the resolution of the constitutional court of the Russian Federation of May 11, 2005. The third section of the work considers the grounds for possible review of the decision of the courts with the participation of jurors in the order of Art. 401.6 of the Code of Criminal Procedure and grounds proposed by the Plenum of the RF Supreme Court in the Decree of January 28, 2014. The fourth section of the work is devoted to the characteristics of the rules and procedure of Supervisory proceedings, specifies the types of appealed decisions, powers and limits of the rights of the Presidium of the Russian armed forces, provides examples of review of judicial decisions with the participation of juries that have entered into force.

Keywords

Law enforcement, criminal trial, jury trial, verdict, supervision, sentence, complaint, substantial breach of law

Conclusions. The author suggests to replace the grounds for cancellation or amendment of acquittal decisions of courts based on the jury's decision with the grounds of cassation review of jury trials that are included in art. 664 and 665 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Kazakhstan due to their clearer legal definition and lack of evaluative concepts.

1. Введение

2018 год был достаточно интересен для российской правовой системы, юридического сообщества и всех иных заинтересованных лиц очередными (пусть в определенной мере и формально – декларативными) попытками российского законодателя и российского правоприменителя усовершенствовать в направлении реальной демократизации систему российского правосудия через, во-первых, вступление в законную силу с 1 июня 2018 г. Федерального закона № 190-ФЗ от 23 июня 2016 г., в соответствии с которым предлагается расширение подсудности суда с участием присяжных заседателей введением такового в районных (межрайонных, городских) судах РФ для рассмотрения коллегией из шести присяжных заседателей и одного профессионального судьи уголовных дел об умышленном убийстве без отягчающих и смягчающих обстоятельств, умышленном причинении тяжкого вреда здоровью, повлекшем смерть потерпевшего по неосторожности и четырех особо тяжких преступлений (ст. 277, 295, 317, 357 УК РФ), где невозможно назначение смертной казни или пожизненного лишения свободы (например, в отношении женщин) [1, с. 43]. Во-вторых, через принятие и опубликование закона № 1-ФКЗ от 29 июля 2018 г., в связи с которым вводятся (не позднее 1 октября 2019 г.) отдельные кассационные и апелляционные суды общей юрисдикции для рассмотрения кассационных и апелляционных жалоб на решения нижестоящих судов. В-третьих, через принятие и опубликование Федерального закона от 3 октября 2018 г., по которому в УПК РФ вносятся изменения и дополнения, вызванные созданием отдельных кассационных и апелляционных (судов) инстанций и соответствующими изменениями порядка подачи и рассмотрения апелляционных и кассационно-надзорных жалоб и представлений.

Будучи убежденным сторонником суда присяжных, не могу не приветствовать подобное расширение применения такого суда, но, объективности ради надо сказать, что подобному расширению предшествовало в последние годы значительнейшее сокращение подсудности суда присяжных, что,

к сожалению, показывает незаинтересованность современного российского государства в суде присяжных и нежелание сохранить его впоследствии в таком виде (думается, в обозримом будущем российский законодатель придет к совместному принятию решения присяжными и профессиональным судьей, что не является и не может являться судом присяжных в классическом понимании этого института). Подобные формальные улучшения вызваны подспудным (или намеренным) желанием воздействовать (показать положительное отношение судебно-следственной системы) на общественное мнение, общественное настроение, общественные симпатии, которые в целом на стороне суда присяжных. Более того, нет и значимой целесообразности в рассмотрении присяжными дел о преступлениях, предусмотренных ч. 1 ст. 105 и ч. 4 ст. 111 УК РФ, так как подавляющее большинство таких (на взгляд автора – адвоката) представляет собой конфликт на бытовой почве после совместного распития спиртного с наличием убедительной доказательственной базы против подсудимого.

Отсутствие отдельных (с точки зрения организационного построения) кассационных и апелляционных судов для обжалования решений нижестоящих судов вряд ли является одним из основных недостатков российского уголовного судопроизводства или его главной проблемой. По мнению Председателя КС РФ, например, такими системными недостатками являются нарушение разумных сроков судопроизводства на стадии расследования, чрезмерное содержание под стражей, неэффективность рассмотрения судом жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ, нарушение права потерпевшего на доступ к правосудию и защиту его интересов, злоупотребление органами уголовного преследования тайной предварительного расследования, некачественная регламентация возвращения дела прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ, отсутствие института следственных судей, ограничение права обвиняемого на защиту на досудебных стадиях процесса. В крайне интересной и познавательной статье В.Д. Зорькина отмечается и заметное увеличение жалоб, оспаривающих конституционность норм, устанавливающих новый порядок

апелляционного, кассационного и надзорного производства [2].

К иным подобным недостаткам, по мнению автора, можно добавить и отсутствие у защиты права параллельного расследования, и главенствующее все и вся определяющее значение признания (даже частичного) своей вины, и практическое отсутствие оправдательных решений в суде первой и апелляционных инстанций (за исключением суда присяжных), и преобладающее применение особого порядка принятия судебного решения при полном признании своей виновности, что почти всегда выгодно правосудию, но не всегда полезно (нужно) подсудимому.

Выделение кассационных и апелляционных судов (инстанций) в отдельные звенья судебной системы РФ в целях их большей независимости не означает их выделение из общей судебной системы, которая живет, существует, действует по определенным правилам (официальным и неофициальным), и главным неофициальным правилом работы наших судов, по мнению автора, является оправдание подсудимого в самом крайнем случае, когда не оправдать нельзя или когда уголовное дело приобрело громадный общественный резонанс. Более того, выделение кассационных и апелляционных инстанций из состава, например, суда субъекта Федерации в отдельные и более независимые девять кассационных и пять апелляционных судов означает их значительную удаленность от места проживания или нахождения лиц, подающих кассацию или апелляцию, если они не проживают или не находятся в месте постоянного пребывания одного из девяти кассационных или пяти апелляционных судов общей юрисдикции. Части 3 статей 23.1 и 23.9 глав 2.1 и 2.2 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (в ред. от 29 июля 2018 г.) предлагает для решения подобных проблем удаленности возможность образования постоянных судебных присутствий (обособленных подразделений суда) вне места постоянного пребывания кассационного или апелляционного суда общей юрисдикции.

Начало деятельности суда с участием присяжных заседателей в районных судах повлечет как многократное увеличение самих дел по первой инстанции с участием присяжных, так и значимое увеличение апелляционных жалоб и представлений на решения этих судов, так и значимое число кассационных жалоб и представлений (после 1 октября 2019 г.

таковые будут подаваться в соответствующий суд кассационной инстанции) на решения районных судов с участием присяжных заседателей, вступивших в законную силу. По своему процессуальному содержанию кассация и надзор являются практически тождественными правовыми понятиями (институтами), в данной работе основное внимание уделяется надзорному пересмотру решений судов с участием присяжных заседателей, главным образом, в силу отсутствия на сегодня практики обжалования решений районных судов с участием присяжных в кассационном порядке.

2. Возможность поворота к худшему в суде надзорной (кассационной) инстанции

В статистических данных о работе судов в надзорном производстве практически отсутствует выделение данных (или подобное носит фрагментарный характер) об отмене или изменении решений судов с участием присяжных заседателей, потому в тексте данной работы приводятся данные общего характера. По данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в первом полугодии 2018 года в Президиуме Верховного Суда Российской Федерации рассмотрено 2 923 надзорных жалобы и представления по уголовным делам. В порядке надзора в судебном заседании Президиума Верховного Суда Российской Федерации рассмотрено 119 уголовных дел (включая дела военной подсудности) в отношении 138 лиц. Удовлетворены жалобы и представления в отношении 135 лиц. В отношении 5 лиц отменен обвинительный приговор с направлением дела на новое судебное рассмотрение. Изменены приговоры в отношении 6 осужденных: в отношении 2 осужденных изменена квалификация со смягчением наказания и 4 – наказание смягчено без изменения квалификации. В отношении 21 лица отменены апелляционные определения с направлением дела на новое апелляционное рассмотрение. Всего по удовлетворенным жалобам и представлениям (в том числе одновременно с отменой приговора, определения, постановления первой инстанции) отменены и изменены апелляционные определения в отношении 97 лиц¹.

Надзорное производство, как и кассационное, в нынешней редакции УПК РФ, имеет своей задачей проверку законности судебных актов (в том числе принятых с участием присяжных заседателей), вступивших в законную силу и подлежащих исполнению [3–5]. Принято считать, что в кассационной и надзор-

¹ Официальный сайт ВС РФ

ной инстанциях выявляется и исправляется примерно треть судебных ошибок, не устраненных в апелляции. Еще одной формой пересмотра решений как обычных судов, так и решений судов с участием присяжных заседателей, вступивших в законную силу, является пересмотр решения по уголовному делу по новым и вновь открывшимся обстоятельствам в порядке гл. 49 УПК РФ (что крайне редко в отношении суда с участием присяжных, но все-таки встречается в судебной практике²) [6–7].

В соответствии с ч. 2 ст. 401.2 и ч. 3 ст. 412.1 УПК РФ до 1 октября 2019 г. решения судов субъекта Федерации (под таковыми нами понимаются верховные суды республик, краевые областные суды, суды городов федерального значения, суды автономной области и автономных округов РФ) с участием присяжных заседателей в порядке кассации (как упоминалось, в настоящее время это разновидность надзорного производства) могут быть обжалованы в Судебную коллегию по уголовным делам Верховного Суда РФ (если они не были предметом рассмотрения Верховным Судом РФ в апелляционном порядке) или обжалуются в порядке надзора в Президиум ВС РФ (если они были предметом рассмотрения ВС РФ в апелляционном порядке). Со дня начала деятельности кассационных и апелляционных судов общей юрисдикции Президиум ВС РФ рассматривает надзорные жалобы и представления на судебные решения Апелляционной коллегии ВС РФ, кассационные определения СК по уголовным делам и делам военнослужащих ВС РФ, постановления Президиума ВС РФ (ст. 412.1 ч. 3 УПК РФ в редакции ФЗ РФ от 3 октября 2018 г. № 361-ФЗ).

Достаточно критично оценивая как действующую судебную систему России, так и правовую базу деятельности таковой, следует отметить в качестве положительной характеристики российского правосудия (с точки зрения действующего адвоката) наличие временного периода, когда ст. 405 УПК РФ (в редакции от 18 декабря 2001 г.) полностью запрещала пересмотр в порядке надзора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении, ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также

пересмотр оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела не допускались, в связи с этим такие судебные акты и исключались из сферы надзорного пересмотра.

Безусловно, что подобный запрет имел как положительные, так и негативные моменты, и самым весомым его недостатком по сути являлась невозможность исправления грубой судебной ошибки, пусть и в пользу осужденного. В целом автор негативно относится к возможности ухудшения положения осужденного в надзорном и кассационном производстве, но наблюдаемые им судебные примеры все таки не позволяют говорить об однозначности и бесспорности подобного отношения. Так, например, в небезызвестном деле пластического хирурга Тапия Ф. (автор – адвокат участвовал на стороне потерпевших в надзорном производстве), обвинявшемся в многолетних и многократных половых преступлениях против своих детей были в двух первых инстанциях вынесены оправдательные решения, несмотря на практическое отсутствие оправдательных доказательств и массу процессуальных нарушений со стороны защиты в суде первой инстанции, на что судом апелляционной инстанции так и не было обращено какого либо внимания. Попытка надзорного пересмотра ожидаемо была безуспешной, хотя в надзорной жалобе указывалось множество различных процессуальных нарушений, при каковых Президиум ВС РФ в подавляющем большинстве случаев отменяет решение суда присяжных³.

В не менее известном уголовном деле бывшего судьи Приморского районного суда г. Санкт-Петербурга В.А. Казакова, обвинявшегося в умышленном убийстве с отягчающими обстоятельствами своей бывшей жены по причинам нежелания делить спорное имущество (гараж, автомашина, доли в квартире) стоимостью около 6 млн. руб. (в ценах 2006 г.) также наличествовали оправдательные решения первых двух судебных инстанций, опять таки несмотря на преобладающее количество обвинительных доказательств и процессуальные нарушения со стороны защиты⁴, лишение стороны обвинения обжаловать подобное в надзорном производстве вряд ли бы соответствовало принципу справедливости, состязательности и равноправия сторон.

² Определение ВС РФ от 22 мая 2014 г. № 25 – Д 14 – 9 // СПС «КонсультантПлюс». Постановление Президиума ВС РФ от 24 декабря 2014 г. № 150 – П 14 // БВС РФ. 2015. № 6. С. 28–29.

³ Архив Московского городского суда. 2013. Уголовное дело № 2-122/13.

⁴ Архив Санкт-Петербургского городского суда. 2010. Уголовное дело № 2-01/10 г.

Наличие подобной редакции ст. 405 УПК РФ вызвало, наверное, необходимость принятия соответствующих судебных решений и Конституционным Судом Российской Федерации. Так, еще в июле 2002 г. КС РФ принимает Постановление № 13–П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 342, 371, 379, 380 и 382 УПК РСФСР...»⁵, в котором, в частности, было по сути определено, что пересмотр вступившего в законную силу оправдательного приговора возможен в порядке надзора только при наличии фундаментальных (существенных, принципиальных) нарушений, повлиявших на исход дела, как это предусмотрено пунктом 2 статьи 4 протокола № 7 (в редакции Протокола № 11) Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (в редакции 1998 г.).

В мае 2005 г. принимается широко известное Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 405 УПК РФ в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие», общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан»⁶, на анализе которого мы позволим себе остановиться чуть подробнее.

В тексте данного Постановления, в частности, сформулировано, что, правом на обжалование приговора или иного судебного решения в вышестоящий суд обладает и сторона обвинения (потерпевший и прокурор) в силу чего законодатель в целях создания механизма эффективного восстановления нарушенных прав предусмотрел в УПК РФ процедуры пересмотра неправосудных решений, не вступивших в законную силу, и в качестве дополнительной гарантии законности и обоснованности судебных решений - производство по пересмотру вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда, а именно производство в надзорной инстанции и возобновление производства по уголовному делу ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств. Судебная ошибка, устранение которой сопряжено с ухудшением положения осужденного (оправданного), как следует из УПК РФ, не может служить ни основанием пересмотра судебного решения в порядке надзора, поскольку прямо запрещается поворот к худшему, ни основанием возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, поскольку вновь открыв-

шимися обстоятельствами могут признаваться только преступные действия участников уголовного судопроизводства, установленные вступившим в законную силу приговором суда, а новыми обстоятельствами - лишь такие обстоятельства, не известные суду на момент вынесения судебного решения, которые устраняют преступность и наказуемость деяния. Исправление судебной ошибки, если это ведет к ухудшению положения осужденного, в действующей системе уголовно-процессуального регулирования невозможно - ни при пересмотре судебного решения в порядке надзора, ни в порядке возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (это не совсем так, если обратить внимание на ч. 3 ст. 414 УПК РФ - *примечание автора*). Пересмотр вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда и новое рассмотрение дела по своему содержанию и предназначению являются дополнительным способом обеспечения правосудности судебных решений, который, имея резервное значение, используется, когда неприменимы или исчерпаны все обычные средства процессуальной защиты.

Надзорное производство по уголовным делам призвано обеспечить (как обоснованно подчеркивается КС РФ) исправление судебных ошибок путем пересмотра вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений, с тем чтобы - исходя из принципов справедливости, соразмерности и правовой безопасности - гарантировать эффективную защиту конституционных ценностей, прежде всего прав и свобод человека и гражданина. По смыслу положений Конституции РФ и международно-правовых актов, произвольное изменение правового режима для лица, в отношении которого вынесен окончательный приговор, невозможно - поворот к худшему для осужденного (оправданного) при пересмотре вступившего в законную силу приговора, как общее правило, недопустим. Вместе с тем Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., устанавливая, что право не привлекаться повторно к суду или повторному наказанию не препятствует повторному рассмотрению дела в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами соответствующего государства, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или в ходе предыдущего разбирательства было допущено имеющее фундаментальный, прин-

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Российская газета. 2005. 20 мая.

ципиальный характер существенное нарушение, повлиявшее на исход дела, проводит различие между повторным обвинением или повторным преданием суду за одно и то же преступление и возобновлением дела в исключительных случаях. Из приведенных правовых позиций следует, что требования правовой определенности и стабильности не являются абсолютными и не препятствуют возобновлению производства по делу в связи с появлением новых или вновь открывшихся обстоятельств или при обнаружении существенных нарушений, которые были допущены на предыдущих стадиях процесса и привели к неправильному разрешению дела.

Конституционный Суд России напомнил, что законодатель, предусматривая – с соблюдением закрепленных в них критериев и условий – процессуальные механизмы и процедуры пересмотра и отмены вступившего в законную силу приговора, обязан сформулировать их *безусловные* основания (курсив наш), чтобы исключить произвольное применение закона и с учетом того, что речь идет о пересмотре такого решения судебной власти, которое уже вступило в законную силу и которым окончательно решены вопросы о виновности лица и мере наказания. При этом исключения из общего правила о запрете поворота к худшему допустимы лишь в качестве крайней меры, когда неисправление судебной ошибки искажало бы саму суть правосудия, смысл приговора как акта правосудия, разрушая необходимый баланс конституционно защищаемых ценностей, в том числе прав и законных интересов осужденных и потерпевших. Отсутствие возможности пересмотра окончательного судебного решения в связи с имевшим место в ходе предшествующего разбирательства существенным (фундаментальным)⁷ нарушением, которое повлияло на исход дела, означало бы, что – вопреки принципу справедливости и основанном на нем конституционным гарантиям охраны достоинства личности и судебной защиты прав и свобод человека – такое ошибочное судебное решение не может быть исправлено. Суд надзорной инстанции не вправе отменить вступивший в законную силу оправдательный приговор со ссылкой на его необоснованность, если в ходе предыдущего разбирательства не было допущено нарушение, отвечающее критерию фундаменталь-

ности. Соответственно, и прокурор или потерпевший не вправе ставить перед судом надзорной инстанции вопрос о пересмотре приговора со ссылкой на необоснованность, не подпадающую под этот критерий. В суде сторону обвинения, помимо прокурора, который в целях обеспечения верховенства закона, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства осуществляет уголовное преследование путем поддержания обвинения от имени государства и оспаривание противоречащих закону судебных актов в соответствии с имеющимися полномочиями, представляет, в частности, потерпевший – лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред и которое имеет в уголовном судопроизводстве свои собственные интересы. Необходимой гарантией судебной защиты и справедливого разбирательства дела является равно предоставляемая сторонам реальная возможность довести до сведения суда свою позицию относительно всех аспектов дела, поскольку только при этом условии в судебном заседании реализуется право на судебную защиту, которая должна быть справедливой, полной и эффективной.

Безусловно и то, что интересы потерпевшего в уголовном судопроизводстве в значительной степени связаны с разрешением вопросов, которые ставит перед судом прокурор, поддерживающий от имени государства обвинение по делам публичного и частно-публичного обвинения (о доказанности обвинения, его объеме, применении уголовного закона и назначении наказания). Обеспечивая потерпевшему возможность отстаивать в уголовном судопроизводстве свои права и охраняемые законом интересы, а прокурору – реализовывать предоставленные ему полномочия, законодатель наделил их правом наравне со стороной защиты – обвиняемым, осужденным, оправданным, их защитниками и законными представителями – оспаривать вступившие в законную силу приговор, определение, постановление суда, инициируя тем самым их пересмотр. Такой пересмотр, по мнению КС РФ, должен осуществляться с учетом конституционных предписаний об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон. Право потерпевшего и его представителя, а также прокурора хода-

⁷ Под таковыми ВС РФ понимаются как безусловные нарушения, предусмотренные УПК РФ (например, п. 2 ч. 2 ст. 389.17); так и нарушения, при неисправлении которых искажается смысл правосудия и смысл приговора как акта

правосудия; нарушения повлиявшие на исход дела; нарушения более узкого перечня, по сравнению с основаниями пересмотра в суде апелляционной инстанции.

тайствовать о пересмотре вступившего в законную силу судебного постановления по основаниям, ухудшающим положение осужденного (оправданного), сводится лишь к формальной возможности обратиться в суд надзорной инстанции с соответствующим ходатайством и заведомо не предполагает его удовлетворение. Это связано с тем, что в отличие от действующего правила, согласно которому пересмотр приговора по основанию, влекущему ухудшение положения осужденного (оправданного), не допускается, если только по этому основанию не принесены жалоба потерпевшего или представление прокурора, - для надзорного производства установлен абсолютный запрет на такой пересмотр, в том числе в тех случаях, когда в предыдущем судебном разбирательстве допущено существенное нарушение, ведущее к неправильному разрешению дела. Такая обусловленная существенным нарушением судебная ошибка не предусмотрена и в качестве основания для возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, предусмотренных ст. 413 УПК РФ. Осужденный (оправданный), напротив, не ограничен в возможности ходатайствовать о пересмотре судебного решения по основаниям, улучшающим его положение, и такое ходатайство является обязательным для рассмотрения и разрешения по существу приведенных в нем доводов судом надзорной инстанции. Подобным сторона защиты ставится в преимущественное положение по отношению к стороне обвинения (потерпевшему, его представителю и прокурору), что не согласуется с конституционными предписаниями об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон, ведет к нарушению баланса конституционно защищаемых ценностей, в том числе прав и законных интересов осужденных, с одной стороны, и прав и законных интересов других лиц, публичных интересов – с другой, к неправомерному ограничению прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью и противоречит требованиям обеспечения им доступа к правосудию, компенсации причиненного ущерба, гарантий судебной защиты. Кроме того, в силу абсолютного запрета на пересмотр судебного решения по основаниям, ухудшающим положение осужденного (оправданного), суд надзорной инстанции лишается возможности рассмотреть жалобу потерпевшего, его представителя и представление прокурора по существу.

КС РФ пришел к выводу, ст. 405 УПК РФ (в ныне действующей редакции УПК РФ это ст. 401. 6 – примечание автора) в той мере, в какой в системе действующего уголовно-процессуального регулирования пересмотра вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда она, не допуская поворот к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора по жалобе потерпевшего или по представлению прокурора, не позволяет тем самым устранить допущенные в предшествующем разбирательстве существенные фундаментальные нарушения уголовного и уголовно-процессуального закона, ведущие к неправильному разрешению дела, не соответствует Конституции РФ.

В связи с признанием положений ст. 405 УПК РФ противоречащими Конституции КС РФ предписал законодателю внести соответствующие изменения и дополнения в УПК (что было осуществлено принятием ФЗ РФ от 14 марта 2009г. № 39-ФЗ «О внесении изменений в статьи 404 и 405 УПК РФ» через добавление в ст. 405 частей второй и третьей, каковыми устанавливался один год для подобного пересмотра и перечень фундаментальных нарушений уголовно – процессуального законодательства, повлиявших на законность приговора, постановления, определения суда⁸), с тем чтобы не допустить произвольный, не ограниченный по времени и основаниям пересмотр вступивших в законную силу судебных решений, влекущий ухудшение положения осужденного или оправданного. Кроме того, как законодателю в ходе совершенствования уголовно-процессуального законодательства, так и правоприменителю – до внесения соответствующих изменений и дополнений в УПК при решении вопросов, связанных с пересмотром вступивших в законную силу судебных решений по основаниям, влекущим ухудшение положения осужденного или оправданного, надлежало исходить из того, что сохраняет свое значение правовая позиция КС РФ, согласно которой пересмотр и отмена судебного решения в надзорном порядке, если это влечет ухудшение положения осужденного, должны быть обусловлены достаточно кратким сроком (в течение одного года с момента вступления приговора в законную силу). Правовая позиция КС РФ относительно необходимости установления определенного срока пересмотра вступивших в законную силу судебных решений как условия обеспечения принципа правовой определенности разделялась и ЕСПЧ, признававшим, что возможность рас-

⁸ Информационно-правовой портал «Гарант.ру».

смотрения требования о пересмотре оправдательного приговора только в течение одного года с момента вступления его в силу согласуется с требованиями Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. КС РФ пришел к выводу, что этим не исключается право федерального законодателя предусмотреть иные сроки и процедуры обжалования и пересмотра вступивших в законную силу приговоров и иных судебных решений, с учетом того, что исключения из общего правила о запрете возврата к худшему допустимы лишь в качестве крайней меры, когда неисправление судебной ошибки искажало бы самую суть правосудия, смысл приговора как акта правосудия, разрушая необходимый баланс конституционно защищаемых ценностей, в том числе прав и законных интересов осужденных и потерпевших.

В связи с принятием Постановления Конституционного Суда от 11 мая 2005 г. до внесения соответствующих изменений и дополнений в уголовно-процессуальное законодательство пересмотр в порядке надзора по жалобе потерпевшего, его представителя и по представлению прокурора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении, ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела, допускался (и допускается) лишь в течение года по вступлении их в законную силу.

В дальнейшем КС РФ подтвердил свою вышеуказанную правовую позицию, например, в Определении от 3 февраля 2010 г. № 148-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запросов Курганского областного суда о проверке конституционности положений статьи 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»⁹, в котором еще раз было указано на фундаментальные нарушения закона, как основания пересмотра судебных актов в надзорной инстанции в сторону ухудшения положения осужденного. В Постановлении КС РФ от 28 марта 2014 г. № 8-П «По делу о проверке консти-

туционности ряда положений статей 401.3, 401.5, 401.8, 401.17 УПК РФ...»¹⁰ Конституционный суд ссылается на решения ЕСПЧ (постановления от 28 октября 1998 г. по делу «Брумареску против Румынии», от 24 июля 2003 г. по делу «Рябых против России» [8, с. 67–77], от 18 января 2007 г. по делу «Кот против России», от 31 июля 2008 г. по делу «Проценко против России»), позволяющие отступление от принципа правовой определенности (отмена вступившего в законную силу решения не в пользу заинтересованного лица) при наличии существенных (фундаментальных) ошибок, повлиявших на исход дела, хотя указанные решения ЕСПЧ все таки не касаются пересмотра в области уголовного процесса.

В очередной раз отметим, например, что оправдательные решения суда присяжных в США пересмотру не подлежат, даже если они оправдали заведомо виновного, возможна отмена только обвинительного вердикта, если он не основан на достаточных доказательствах [9, с. 174–177, 298–299], крайне интересной в американском праве является возможность подачи иска в гражданском процессе на подсудимого, оправданного судом присяжных, как это было в «знаменитом» деле известного футболиста (имеется в виду американских футбол, в российском понимании – регби) Симпсона, оправданного (при практически полном отсутствии оправдательных доказательств) по обвинению в убийстве двух человек, когда в гражданском суде присяжных в пользу потерпевших была взыскана многомиллионная сумма в долларах США.

Позднее и Пленум ВС РФ подчеркнул, что годичный срок для пересмотра решений, вступивших в законную силу, не подлежит восстановлению вне зависимости от уважительности причин его пропуска. В данном случае ходатайство о восстановлении пропущенного срока возвращается заявителю без рассмотрения. Решение о повороте к худшему не может быть принято и в тех случаях, когда указанный годичный срок истек после передачи кассационной (надзорной) жалобы или представления на рассмотрение по существу, при этом суд оставляет жалобу, представление без удовлетворения¹¹.

⁹ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ П. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47.1 УПК РФ, регулирующих производство в суде кассационной инстанции (в редакции от 03.03.2016) // БВС РФ. 2014. № 4. С. 11. В связи

с принятием данного Постановления утратило силу Постановление Пленума ВС РФ от 11 января 2007 г. № 1 «О применении судами норм главы 48 УПК РФ, регламентирующих производство в надзорной инстанции».

В качестве одного из первых судебных решений по практике применения Постановления КС РФ от 11 мая 2005 г. в отношении ст. 405 УПК (ныне это ст. 401.6 УПК) РФ отметим решение Президиума ВС РФ от 28 сентября 2005 г. № 609-ПО 5ПР, коим было оставлено без удовлетворения надзорное представление (в отношении одного осужденного из трех) на кассационное определение СК по уголовным делам ВС РФ от 23 мая 2005 г. (каковым вышеуказанный осужденный был фактически оправдан), так как в надзорном представлении не указаны какие-либо доводы, по которым допущенная в кассационном определении ошибка может рассматриваться как существенное (фундаментальное) нарушение, подпадающее под критерии, указанные в Постановлении КС РФ от 11 мая 2005 г. Сама же по себе ссылка в надзорном представлении на противоречивость суждений суда кассационной инстанции не может служить основанием для пересмотра судебного решения в сторону ухудшения положения осужденного¹².

3. Основания для пересмотра решений суда с участием присяжных заседателей в надзорном производстве

Как было сказано, ст. 412. 9 ч. 2 и 401. 6 УПК РФ предусматривает поворот к худшему как в надзорной, так и в кассационной инстанции только при тех существенных нарушениях уголовно-процессуального или уголовного закона, которые повлияли на исход дела (на вывод о виновности, на юридическую оценку содеянного, назначение судом наказания или применения иных мер уголовно-правового характера, на решение по гражданскому иску¹³) и исказили сам смысл судебного решения как акта правосудия. (В одном из интереснейших уголовных дел (рассмотренных без участия присяжных) доводом удовлетворенного надзорного представления на отмену решения суда второй инстанции было указание на ошибочное исключение данным судом конфискации пяти объектов недвижимости осужденного по причине их приобретения до введения в действие гл. 15.1 УК РФ (27 июля 2006г.). В надзорном представлении также было указано, что применение конфискации имущества обусловлено международными обязательствами РФ, что операции с недвижимостью проводились осужденным и после 27 июля 2006г. и что осужденный осужден еще и за легализацию преступных доходов путем приобретения объ-

ектов недвижимости. Постановление Президиума ВС РФ от 10 декабря 2014 г. № 122-П14пр // СПС «КонсультантПлюс». Отметим, что в 2017 г. УПК РФ был дополнен гл. 55.1 «Производство по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с признанием и принудительным исполнением приговора, постановления суда иностранного государства в части конфискации находящихся на территории РФ доходов, полученных преступным путем»). Как упоминалось, понятие подобных нарушений предлагается в вышеуказанном Постановлении КС РФ от 11 мая 2005г., ранее предлагалось в ч. 3 ст. 405 УПК РФ (в редакции ФЗ РФ от 14 марта 2009 г.). Фундаментальными нарушениями признавались нарушения уголовно-процессуального закона, которые повлекли за собой постановления приговора незаконным составом суда или вынесение вердикта незаконным составом коллегии присяжных заседателей, а равно лишили участников уголовного судопроизводства возможности осуществления прав, гарантированных УПК, на справедливое судебное разбирательство на основе принципа состязательности и равноправия сторон либо существенно ограничили этих права, если такие лишения или ограничения повлияли на законность приговора, определения или постановления суда.

В действующей редакции УПК РФ понятие подобных нарушений предусматривается ст. 401. 6 УПК РФ и детализируется в упомянутом Постановлении Пленума ВС РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47. 1 УПК РФ, регулирующих производство в суде кассационной инстанции» (п. 21), хотя, на наш взгляд, Пленум явно выходит за рамки правового смысла ст. 401. 6 УПК РФ, если таковой в данной статье присутствует и прослеживается. В качестве таковых нарушений Пленумом ВС РФ на сегодня предлагается:

– незаконный состав суда или незаконный состав коллегии присяжных заседателей (применительно к нашей теме исследования, например, наличие у одного из присяжных заседателей непогашенной судимости, нарушение порядка избрания присяжного заседателя, нарушение порядка приведения присяжных заседателей к присяге);

– нарушение тайны совещания коллегии присяжных заседателей при вынесении вердикта или тайны совещания судей при постановлении приговора (например, присутствие защитника при обсуж-

¹² БВС РФ. 2006. № 2. С. 23–24.

¹³ П. 20 Постановления № 2 Пленума ВС РФ от 28 января 2014 г.

дении вердикта, хотя подобное крайне невероятно и практически невозможно);

– отсутствие подписи судьи или одного из судей на соответствующем судебном решении (например, приговоре суда первой инстанции или апелляционном определении);

– отсутствие протокола судебного заседания (подобный процессуальный документ крайне значим для судов с участием присяжных заседателей – именно из текста протокола можно понять и проанализировать суть имеющихся доказательств и процессуальный порядок их допустимого получения, так как в приговоре, постановленном на основе вердикта присяжных заседателей, анализ имеющихся доказательств не производится). Подобные безусловные существенные нарушения уголовно-процессуального закона в качестве основания для отмены или изменения судебного решения (апелляционного) предусмотрены п.п. 2, 8, 10 и 11 ч. 2 ст. 389.17 УПК РФ;

– неправильное применение уголовного закона (в частности, применение не той статьи, или части статьи, или пункта части статьи Особенной части УК РФ, которые подлежали применению). Так, например, Ивановским областным судом с участием присяжных заседателей за умышленное убийство с особой жестокостью Н. был осужден к длительному сроку лишения свободы. Апелляционным определением СК по уголовным делам ВС РФ его действия были переклассифицированы на умышленное убийство без отягчающих и смягчающих обстоятельств со значимым снижением срока лишения свободы. По надзорной жалобе потерпевшей, каковая была передана судьей ВС РФ для рассмотрения по существу в соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 412.5 УПК РФ, Президиумом ВС РФ вышеуказанное апелляционное определение (противоречащее вердикту присяжных заседателей) обоснованно было отменено с передачей дела на новое апелляционное рассмотрение, так как погибшему прижизненно было нанесено в течении не менее 30 минут графином, ножом, неустановленным тупым предметом 5 ушибленных ран, 3 резаные раны и 52 колото-резаные раны, что и было присяжными заседателями справедливофактически квалифицировано как убийство с особой жестокостью¹⁴;

– существенные нарушения уголовно-процессуального закона, предусмотренные в качестве оснований для отмены или изменения апелляцией

оправдательных решений суда с участием присяжных заседателей в порядке ст. 389.25 УПК РФ. Подробный и критический анализ данных оснований применительно к апелляции предлагался нами в предыдущих публикациях по данной тематике [10, с. 343–347], повторяться нет необходимости, но отметим еще раз, что, по мнению автора, содержание данной правовой нормы (в отношении условных нарушений), позволяет по сути отменить любое оправдательное решение присяжных в апелляционной инстанции;

– иные нарушения, который лишили участников уголовного судопроизводства возможности осуществления гарантированных законом прав на справедливое судебное разбирательство на основе принципов состязательности и равноправия сторон либо существенно ограничили эти права, если такое лишение или такие ограничения повлияли за законность приговора, постановления или определения суда. Подобное основание носит оценочный характер и по сути позволяет надзорной инстанции отменить любое решение нижестоящего суда, например, при отказе в предыдущих судах стороне государственного обвинения в очередной вызвать неоднократно не являющегося свидетеля обвинения, чьи показания имеют определенное значение; при проведении судебного заседания на территории следственного изолятора; при недопуске публики в зал судебного заседания в силу отсутствия мест; при вручении своей визитки адвокатом одному из присяжных заседателей перед началом судебных прений по просьбе самого присяжного; при выражении внешнего одобрения кем то из присяжных заседателей содержанию речи защитника в судебных прениях и т. п.;

– выявление данных свидетельствующих о несоблюдении осужденным условий и невыполнение им обязательств, предусмотренных досудебным соглашением о сотрудничестве (данное основание было добавлено в ст. 401.6 УПК РФ ФЗ РФ от 3 июля 2016 г. № 322-ФЗ). Сам институт досудебного соглашения о сотрудничестве (гл. 40.1 УПК РФ) появился в российском уголовно-процессуальном законодательстве в 2009 г. Суть такового состоит в значительном снижении наказания подсудимому в обмен на способствование им раскрытию и расследованию преступления, изобличению других соучастников преступления, розыску имущества, добытого преступным путем.

¹⁴ Постановление Президиума ВС РФ от 18 октября 2017 г. № 170-П 17 // Официальный сайт ВС РФ.

Анализ данного правового института явно выходит за пределы данной научной статьи, но при определенных плюсах досудебного соглашения о сотрудничестве, главным минусом такового, по мнению автора, является легальная возможность особо опасного преступника избежать наказания, адекватного совершенному деянию. Так, в известнейшем деле по обвинению большого количества членов преступного сообщества в похищениях и убийствах людей с отягчающими обстоятельствами, мошенничествах в особо крупном размере и других преступлениях (подсудимым вменялось восемь убийств с отягчающими обстоятельствами, но в реальности их было совершено намного больше), где автор принимал участие в качестве защитника на стадии предварительного расследования, один из организаторов, руководителей, непосредственных участников этого сообщества получил по приговору суда с участием присяжных заседателей наказание всего в виде 12 лет лишения свободы, при частичном сложении такого срока из 10, 9, 8, 10, 6, 7, 6 и т. п. лет лишения свободы, назначенных по каждому преступлению. Подобное объясняется тем, что обвиняемый Ш. заключил досудебное соглашение о сотрудничестве (хотя дело в его отношении и не выделялось в отдельное производство в суде), тем самым обезопасив себя как от наказания в виде пожизненного лишения свободы, так и от наказания выше определенного максимального предела¹⁵. Более того, находясь на подписке о невыезде, ему удалось совершить побег из зала суда и до настоящего времени, судя по публикациям в СМИ, он скрывается от российского правосудия на территории Украины.

С другой стороны обвиняемому и далеко не всегда в реальности гарантируется итоговое выполнение заключенного соглашения со стороны прокурорских и судебных органов. В адвокатской практике автора также был случай, когда подсудимый К. практически выполнил все условия заключенного добровольного досудебного соглашения о сотрудничестве по уголовному делу (за счет его действий удалось в день нападения задержать двух соучастников разбойного нападения и узнать место хранения похищенных 9 млн. 322 тыс. руб.), но заместителем районного прокурора впоследствии было отказано в передаче заключенного соглашения в суд, так как при изъятии похищенного было обнаружено всего 3 млн руб. вместо вышеуказанной суммы, оставшуюся

часть отыскать не удалось. Подзащитный автора был задержан почти сразу после нападения, два соучастника после помещения денег в ячейку магазина на хранение, уехали в другой (значительно удаленный от места нападения) район г. Санкт-Петербурга, где и были задержаны по информации, полученной от К. Часть изымаемого (изъятого) могли фактически присвоить только те лица, которые и осуществляли изъятие. В итоге К. был осужден на 8 лет лишения свободы, соучастники получили по 9 лет лишения свободы, гражданский иск потерпевшего был полностью удовлетворен солидарно на сумму свыше 6 млн рублей¹⁶.

Возвращаясь к основаниям отмены или изменения решений суда с участием присяжных заседателей, вступивших в законную силу, в сторону возможного ухудшения положения осужденного, нельзя не согласиться с мнением о том, что нечеткую, расплывчатую формулировку фундаментальных нарушений уголовно-процессуального закона в ч. 3 ранее действовавшей ст. 405 УПК РФ, нельзя признать удачной [11, с. 183], хотя, как и нельзя признать удачной сегодняшнее содержание ст. 406. 1 УПК РФ. Более того, трактовка подобных нарушений Пленумом ВС РФ в вышеуказанном Постановлении № 2 от 28 января 2014 г. представляется излишне расширительной по сравнению с основаниями отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке (таковых в кассации и надзоре должно быть существенно меньше) и излишне оценочной, позволяющей расценить любое нарушение, как нарушение, влияющее на исход дела (по мнению автора, в большинстве случаев невозможно установить как нарушения повлияли на исход дела).

Справедливости ради стоит отметить, что случаев отмены или изменения в надзоре оправдательных решений присяжных встречается крайне редко. Например, в 2013 г. по основаниям ст. 401.6 УПК было отменено всех решений всех нижестоящих судов, вступивших в законную силу, лишь в отношении 36 лиц, в 2017 г. было обжаловано 14 решений присяжных, вступивших в законную силу, три приговора были изменены в сторону смягчения без изменения квалификации. В первом полугодии 2018 г. также было рассмотрено 14 дел с участием присяжных, в 5 случаях были отменены обвинительные решения присяжных с направлением на новое рассмотрение в суд первой инстанции, два дела были направлены

¹⁵ Архив Ленинградского областного суда. 2011. Уголовное дело № 2 - 3 / 2011.

¹⁶ Архив Петроградского районного суда г. Санкт-Петербурга. 2012. Уголовное дело № 1 - 126 / 12.

в апелляционную инстанцию, одно в кассационную, одно дело было возвращено для ужесточения наказания и четыре для смягчения¹⁷ (в основном, вышестоящие суды достаточно успешно используют свои полномочия для отмены оправдательных решений судов с участием присяжных заседателей в апелляционном порядке).

Отметим, что ст. 666 УПК Казахстана полностью запрещает надзорный пересмотр судебных решений с участием присяжных в сторону ухудшения положения осужденного, разрешая подобное только на стадии кассационного пересмотра (разновидность надзорного) при наличии (ч. 1 ст. 664 УК РК) существенных нарушений уголовно-процессуального закона, 1) повлекших постановление незаконного приговора незаконным составом коллегии присяжных заседателей или 2) лишение потерпевшего права на судебную защиту, если потерпевший или прокурор оспаривают в этих двух случаях существо оправдательного приговора и в ходе кассационного разбирательства будут установлены как вышеуказанные нарушения, так и незаконность оправдательного приговора. Ч. 2 ст. 664 УПК РК также предусматривает, что пересмотру подлежат: 1) неправильное определение вида рецидива и вида режима учреждения уголовно-исполнительной системы, 4) неправильное разрешение гражданского иска, кроме случаев оставления гражданского иска без рассмотрения (ст. 664 УПК РК).

Отметим, что УПК РСФСР в ст. 466 и 465 ч. 1 предлагал тождественные основания для отмены или изменения оправдательных или обвинительных решений присяжных в надзоре и кассации (ныне это апелляционная инстанция для обжалования решений, не вступивших в законную силу) среди каковых указывалось: 1) односторонность или неполнота судебного следствия возникшая, например, ввиду ошибочного исключения из разбирательства допустимых доказательств, которые могут иметь существенное значение для исхода дела, 2) существенное нарушение уголовно-процессуального закона, 3) неправильное применение закона к обстоятельствам дела, как они были установлены судом присяжных, 4) назначение несправедливого наказания.

Основания отмены или изменения обвинительного судебного решения, вступившего в законную силу, указаны в ст. 412. 9 УПК РФ и нами уже частично раскрывались выше:

1) существенные нарушения уголовно-процессуального закона, повлиявшие на исход дела (ст. 389. 17 УПК РФ);

2) существенные нарушения уголовного закона, повлиявшие на исход дела (ст. 389. 18 УПК РФ);

3) выявление данных, свидетельствующих о несоблюдении осужденным условий и невыполнения им обязательств, предусмотренных досудебным соглашением о сотрудничестве по уголовному делу (достаточно критично относясь к подобному институту, автор полагает необходимым исключение подобного основания из положений ст. 401. 6 УПК РФ, хотя вряд ли выделенное в отношении лица, заключившего подобное соглашение, уголовное дело будет рассматриваться судом с участием присяжных заседателей, даже если подобного прямого запрета и не предусматривается гл. 40. 1 УПК РФ). Думается, что подобное основание вообще не может быть основанием пересмотра, вступивших в законную силу судебных актов по ст. 412. 9 УПК РФ (в том числе и потому, что все-таки именно апелляция является основной формой пересмотра судебных решений), дабы избежать, например, возможных злоупотреблений со стороны представителей правоохранительных органов в отношении отбывающего наказание осужденного или в отношении лица, отказывающегося продолжать негласное сотрудничество с таковыми после применения к ним порядка судопроизводства, предусмотренного гл. 40. 1 УПК РФ.

4. Порядок и правила надзорного пересмотра

Субъектами обжалования в порядке надзора (кассации) выступают, в частности, осужденный, оправданный, их защитники, законные представители осужденного или оправданного, потерпевший, представитель потерпевшего, прокурор соответствующего уровня (ст. 412. 1 ч. 1 и 401. 2 УПК РФ).

Срок для обжалования судебных актов в порядке надзора в сторону ухудшения положения осужденного, как упоминалось, составляет один год со дня их вступления в законную силу, пересмотр в сторону улучшения с недавнего времени максимальными сроками не ограничен.

В отличие от обжалования судебных актов, не вступивших в законную силу (обжалуемых в апелляции), надзорные (кассационные) жалобы и представления подаются непосредственно в суд надзорной инстанции (в Президиум ВС РФ).

Отметим, что в порядке надзора по правилам гл. 48.1 УПК РФ могут обжаловаться только судебные

¹⁷ Официальный сайт Судебного департамента при ВС РФ.

решения, вступившие в законную силу после 1 января 2013 г. В отношении обжалования судебных решений, вступивших в законную силу до указанной даты, применяются положения гл. 48 УПК РФ.

Надзорные жалобы или представления должны содержать (ст. 412.3 УПК РФ):

1) наименование суда, в который они адресуются;

2) наименование лица, подающего жалобу или представление, его место жительства или место нахождения и процессуальное положение по делу;

3) указание на суды, рассматривавшие дело по первой и второй инстанции, и содержание принятых ими решений;

4) указание на судебные решения, которые обжалуются;

5) указание на то, в чем заключаются допущенные судами нарушения закона;

6) просьба лица, подающего жалобу или представление.

В жалобе или представлении нет смысла приводить подробный текст обжалуемых судебных постановлений, поскольку к жалобе прилагаются копии судебных постановлений, принятых по делу. Кроме того, не нужно подробно ссылаться на исследованные по делу доказательства, так как надзорная инстанция не устанавливает фактические обстоятельства дела и не занимается оценкой доказательств. Поэтому следует сосредоточиться на процессуальных или материально-правовых нарушениях, допущенных по делу.

Просительная часть жалобы или состоит в указании одного из следующих последствий:

- отмены судебного постановления;
- изменения судебного постановления;
- оставления в силе одного из принятых судебных постановлений;
- принятия нового судебного постановления.

Поступившие надзорные жалоба или представление должны быть рассмотрены в течение одного месяца со дня поступления (или двух в случае истребования уголовного дела).

В надзорном производстве, как и ранее, как и в нынешнем кассационном производстве, по сути являющимся разновидностью надзорного, можно выделить два этапа.

На первом этапе (его можно назвать предварительным) поступившая надзорная жалоба (представление прокурора) передается на рассмотрение одному из судей суда надзорной инстанции. Ч. 1

ст. 412. 5 УПК РФ предусматривает, что в необходимых случаях судья, рассматривающий надзорные жалобы или представления, вправе истребовать в пределах своей компетенции любое уголовное дело для разрешения надзорных жалобы или представления. Изучив надзорные жалобу или представление, судья выносит одно из следующих постановлений:

1) об отказе в удовлетворении надзорных жалобы или представления в силу отсутствия оснований для пересмотра;

2) опередаче надзорных жалобы или представления на рассмотрение суда надзорной инстанции (Президиум ВС РФ) вместе с уголовным делом, если оно было истребовано По данным С.А. Пашина, в кассационном производстве передается для рассмотрения по существу в президиумы соответствующих судов примерно 7% поданных жалоб осужденными и их защитой [12, с. 10].

Форма постановления о передаче надзорной жалобы ранее была установлена Приложением 59 к ст. 460 УПК РФ (ныне содержание подобного постановления предусмотрено ст. 412. 8 УПК).

Председатель Верховного Суда РФ либо его заместители вправе не согласиться с решением судьи об отказе в удовлетворении надзорных жалобы или представления. В этом случае он отменяет такое решение и выносит постановление о передаче жалобы на рассмотрение (ч. 3 ст. 412.5 УПК).

Второй этап включает в себя непосредственно рассмотрение надзорной жалобы или представления по существу. Сроки рассмотрения для ВС РФ указаны в ч. 1 ст. 412.10 УПК РФ (не позднее двух месяцев со дня вынесения постановления о передаче дела в суд надзорной инстанции).

Лица, имеющие право на обжалование приговора в порядке надзора, должны быть извещены судом надзорной инстанции о дате, месте и времени рассмотрения дела.

В судебном заседании принимают участие прокурор (в обязательном порядке), а также осужденный, оправданный, их защитники и законные представители, иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются жалобой или представлением, при условии заявления ими ходатайства об этом или при их явке в судебное заседание. Указанным лицам предоставляется возможность ознакомиться с надзорными жалобой или представлением. Не могут участвовать в рассмотрении дела Председатель ВС РФ, заместитель такового, а также член Президиума ВС РФ, если ими передавалась надзорная жалоба в Президиум для рассмотрения по существу.

Порядок рассмотрения дела в суде надзорной инстанции установлен в ст. 412.10 УПК РФ. Как и в кассации, рассмотрение дела начинается докладом члена президиума суда (или другого судьи, ранее не участвовавшего в рассмотрении данного дела). В докладе излагаются:

- обстоятельства дела;
- содержание обжалуемых судебных решений по делу;
- мотивы надзорной жалобы (представления);
- доводы послужившие основанием для передачи жалобы для рассмотрения в судебном заседании Президиума ВС РФ.

Далее слово предоставляется прокурору (обычно это заместитель Генерального прокурора РФ) для поддержания внесенного им надзорного представления. Если в судебном заседании участвуют осужденный, оправданный, их защитники или законные представители, потерпевший и его представитель, они могут после выступления прокурора дать свои объяснения. Далее рассмотрение дела происходит без участия сторон, они удаляются из зала судебного заседания.

После удаления сторон из зала судебного заседания Президиум Верховного Суда РФ выносит постановление, которое обращается к исполнению в порядке ст. 389.33 УПК РФ. Форма постановления суда надзорной инстанции ранее была указана в Приложении 61 к ст. 477 УПК РФ (в настоящее время содержание постановления должно соответствовать требованиям ч. 3 и 4 ст. 389.28 УПК РФ). Решение по всем вопросам принимается большинством голосов судей. Первым выносятся на голосование предложение, наиболее благоприятное для осужденного. При равенстве голосов судей, поданных за пересмотр дела и против его пересмотра надзорные жалоба или представление считаются отклоненными.

В результате рассмотрения уголовного дела суд надзорной инстанции в соответствии с ч. 1 ст. 412.11 УПК РФ, в частности, вправе:

1) оставить надзорные жалобу или представление без удовлетворения, а обжалуемые судебные решения без изменения. Так, например, Президиум ВС РФ оставил без удовлетворения протест (представление) заместителя Генерального прокурора на оправдательный приговор Московского областного суда присяжных и определение СК по уголовным делам ВС РФ в деле по обвинению Р. по ч. 1 ст. 205 УК

РФ, не установив нарушений уголовно-процессуального закона и обстоятельств, на которые делаются ссылки в протесте, указав, например, что отказ в постановке дополнительного (факультативного) вопроса в условиях отрицательного ответа присяжных на вопрос о доказанности совершения преступного деяния подсудимым не мог повлечь за собой искажение воли коллегии присяжных либо ограничение законных прав подсудимого [13, с. 809–810].

В апреле 2006 г. Президиум ВС РФ оставил в силе оправдательный приговор Московского городского суда присяжных и кассационное определение ВС РФ в отношении небезызвестного В. Иванькова, хотя основным доводом надзорного представления Генеральной прокуратуры РФ и была ссылка на то, что якобы семеро из двенадцати присяжных заседателей либо были ранее судимы, либо имели судимых родственников¹⁸.

2) отменить приговор, определение или постановление суда и все последующие судебные решения и прекратить производство по данному уголовному делу.

Так, например, Президиум ВС РФ отменил обвинительный приговор Московского областного суда присяжных и кассационное (ныне – апелляционное) определение СК по уголовным делам ВС РФ, прекратив дело в отношении П. производством на основании примечания к ст. 222 УК РФ, в силу процессуальных нарушений порядка производства обыска на следствии (не арестованному подозреваемому не была предоставлена имевшаяся возможность его участия в обыске для добровольной выдачи оружия) [13, с. 267–268].

3) отменить приговор, определение или постановление суда и все последующие судебные решения и передать уголовное дело на новое судебное рассмотрение. Так, например, в широко известном деле по обвинению Б., Л. и В. в умышленном убийстве и мошенничестве Президиум ВС РФ отменил оправдательный приговор Московского областного суда присяжных и определение Кассационной палаты ВС РФ, но в подготовительной части нового судебного слушания по ходатайству защитника оно было прекращено на основании п. 7 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, Определения КС РФ от 3 июля 1997 г. и п. 9 ч. 1 ст. 5 УПК РСФСР (п. 4 ч. 1 ст. 27 УПК РФ) (наличие в отношении лица вступившего в законную силу при-

¹⁸ Дело Вячеслава Иванькова (Япончика) // ВестиRu. 10 апреля 2006. Коммерсантъ. 2006. 11 апр.

говора по тому же обвинению) в силу того, что уголовно-процессуальный закон не содержит особого порядка пересмотра приговоров вынесенных судом на основании оправдательного вердикта присяжных [14, с. 291, 295–296].

В деле 3. обвинительный приговор ВС Республики Дагестан с участием присяжных заседателей и апелляционное определение СК по уголовным делам ВС РФ были отменены с направлением дела на новое рассмотрение в тот же суд со стадии судебного разбирательства иным составом судов в силу нарушения требований ст. 267 УПК РФ, выразившееся в неразъяснении осужденным их процессуальных прав, предусмотренных ст. 47 УПК РФ, а именно права участвовать в судебных прениях после роспуска коллегии присяжных заседателей и возобновления слушания дела новым составом присяжных¹⁹.

4) отменить определение суда кассационной или апелляционной инстанции и передать уголовное дело на новое кассационное или апелляционное рассмотрение.

Так, Президиумом ВС РФ было отменено кассационное (ныне апелляционное) определение об изменении обвинительного приговора Московского областного суда присяжных по обвинению З., Б. и С. в умышленном убийстве и разбоях по причинам того, что кассационная инстанция ухудшила положение осужденных при отсутствии протеста (представления) прокурора или жалоб потерпевшего по данному основанию, переквалифицировав действия виновных хотя и на более мягкую часть статьи, но с вменением большего количества квалифицирующих признаков, и вердиктом присяжных признана недоказанность того, что именно С. произвел выстрелы в голову и плечо потерпевшего, а З. и Б. совершение подобных выстрелов в вину не вменялось²⁰.

Крайне интересно, до сих пор в судебной практике можно встретить случаи и отмены решения суда второй инстанции в силу нарушения права на защиту подсудимого (подсудимых) по причине его(их) необеспечения адвокатом, от которого он (они) не отказывался (отказывались) при слушании дела в этой инстанции²¹;

5) отменить все предыдущие судебные решения и направить дело прокурору при выявлении нарушений, предусмотренных ст. 237 УПК РФ.

В интереснейшем примере по обвинению И. в хранении оружия и соучастии в убийстве последний, в силу досудебного соглашения о сотрудничестве, был осужден отдельно от трех своих соучастников в убийстве с отягчающими обстоятельствами по правилам гл. 40.1 УПК РФ. При рассмотрении дела по обвинению в убийстве с отягчающими обстоятельствами этих трех соучастников в Амурском областном суде с участием присяжных заседателей все трое были оправданы и апелляционная инстанция их оправдание оставила в силе. В силу противоречия двух судебных решений И. обратился с надзорной жалобой о пересмотре своего дела в части осуждения за соучастие в убийстве. По итогам данного рассмотрения в надзоре дело с отменой предыдущих решений в отношении И. было отправлено соответствующему прокурору по основаниям нарушений п. 1 ч. 1 ст. 237 УПК РФ²².

б) внести изменения в приговор, определение или постановление суда. Так, например, Президиум ВС РФ исключил из обвинительного приговора Московского областного суда с участием присяжных квалифицирующие признаки умышленного убийства с целью сокрытия преступления и лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии, так как убийство было совершено с целью завладения имуществом, т. е. из корыстных побуждений, отсутствует доказанность умысла на убийство именно с целью сокрытия преступления, сон потерпевшего к обстоятельствам, в силу которых он не может оказать активное сопротивление преступнику или уклониться от посягательства, не относится [14, с. 420–421].

По надзорной жалобе осужденного М., Президиум ВС РФ исключил из приговора Краснодарского краевого суда с участием присяжных указание на наличие в действиях М. опасного рецидива преступлений, мотивируя это тем, что судимости, полученные в несовершеннолетнем возрасте, для рецидива преступлений не учитываются²³. Подобная ситуация была и в деле П., осужденного Тамбовским областным судом с участием присяжных, где в по надзор-

¹⁹ Постановление Президиума ВС РФ от 4 февраля 2015 г. № 158 – П 14 // БВС РФ. 2015. № 8. С. 39.

²⁰ См. например: БВС РФ. 2005. № 5. С. 22–23; № 7. С. 18–19.

²¹ См. Постановления Президиума ВС РФ от 14 мая 2014 г., от 11 сентября 2013 г. и от 21 мая 2014 г. №№ 55- П14, 145 –П13 и 21 –П14. // СПС «КонсультантПлюс».

²² Постановление Президиума ВС РФ от 2014 г. № 119-П14 // СПС «КонсультантПлюс».

²³ БВС РФ. 2005. № 12. С. 4.

ной жалобе осужденного и надзорному представлению заместителя Генерального прокурора РФ в приговоре суда и кассационном определении вместо колонии особого режима была назначена колония строго режима, т.к. предыдущими судами не были учтены изменения, согласно которых преступления по предыдущему приговору отнесены к категории тяжких²⁴.

Подобная ситуация же была и в деле четырех подсудимых в этом же суде, когда деяния всех четырех были ошибочно признаны особо опасным рецидивом с отбыванием наказания в колонии особого режима с последующим частичным удовлетворением двух надзорных жалоб и надзорного представления снижению наказания и исключении признака особо опасного рецидива, так как новые преступления были совершены подсудимыми в период рассмотрения кассационных (ныне апелляционных) жалоб до вступления первого приговора в законную силу²⁵.

В деле по обвинению Г., осужденной по нескольким пунктам ч. 2 ст. 105 УК РФ Волгоградским областным судом с участием присяжных заседателей к 15 годам лишения свободы, надзорная инстанция смягчила наказание до 13 лет и 3 месяцев по причине неправильной оценки судами первой и второй инстанций смягчающих обстоятельств, влияющих на максимальный размер назначаемого наказания²⁶.

В деле братьев Д. надзорная инстанция снизила срок назначенного им длительного срока лишения свободы за совершение особо тяжких преступлений в силу неверного применения понятия совокупности преступлений по редакции соответствующей статьи Общей части УК в 2003 году (что повлекло квалификацию действий подсудимых т.ч. по двум статьям УК о разбойном нападении) указав, что в данном случае должна была применяться редакция данной статьи о совокупности 1996г. и эпизоды данногоразбойного нападения охватываются одним составом преступления²⁷.

В одном из уголовных дел надзорная инстанция снизила срок наказания с 19 до 18 лет лишения свободы по причинам наличия неучтенного смягчающего обстоятельства, переквалифика-

ции одной из статей УК РФ на редакцию, не предусматривающую наказание в виде лишения свободы, исключению признака «насилия» в одной из вменяемых подсудимому статей УК²⁸.

В деле К., осужденного Приморским краевым судом с участием присяжных заседателей к 12 годам лишения свободы за вымогательство и похищение человека с отягчающими квалифицирующими обстоятельствами, надзорная инстанция освободила К. от наказания за вымогательство в виде 8 лет лишения свободы в связи с истечением сроков давности уголовного преследования по этому составу преступления, оставив без изменения осуждение в части похищения человека с отягчающими квалифицирующими обстоятельствами с наказанием в виде 7 лет лишения свободы²⁹.

В случаях вынесения Президиумом ВС РФ решений, предусмотренных п. 2–7 ч. 1 ст. 412.11 суд надзорной инстанции должен указать конкретное основание отмены или изменения судебного решения (ч. 2 ст. 412.11 УПК). Реквизиты постановления суда надзорной инстанции аналогичны реквизитам кассационного определения. Определение суда кассационной инстанции подписывается всем составом суда, а постановление надзорной – председательствующим в заседании президиума. Постановление суда приобщается к уголовному делу вместе с надзорными жалобой или представлением, послужившими поводом для возбуждения надзорного производства, постановлением судьи суда надзорной инстанции, в производстве которого находились данные надзорные жалоба или представление.

В связи с тем, что надзорное производство – исключительная стадия процесса, в ст. 412.12 УПК РФ установлены пределы прав суда надзорной инстанции. Во-первых, при рассмотрении уголовного дела в порядке надзора суд, хотя и рассматривает дело в пределах доводов надзорной жалобы или представления, none связан доводами надзорных жалобы или представления и вправе проверить все производство по уголовному делу в полном объеме в интересах законности. Во-вторых, если по уголовному делу осуждено несколько лиц, а надзорные жалоба

²⁴ Постановление Президиума ВС РФ от 28 июня 2017 г. № 115 – П 17пр // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Постановление Президиума ВС РФ от 19 февраля 2014 г. № 299 – П13 ПР // Информационно-правовой портал ГАРАНТ.РУ.

²⁶ Постановление Президиума ВС РФ от 19 февраля 2014 г. № 321 –П13 //СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ Постановление Президиума ВС РФ от 23 апреля 2014 г. № 275–П13ПР // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ Постановление Президиума ВС РФ от 9 апреля 2014 г. № 28–П14ПР // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Постановление Президиума ВС РФ от 28 июня 2017 г. № 115 П17пр // СПС «КонсультантПлюс».

или представление принесены только одним из них или в отношении некоторых из них, то суд надзорной инстанции вправе проверить уголовное дело в отношении всех осужденных. В-третьих, при рассмотрении уголовного дела в порядке надзора может быть смягчено (или возвращено для усиления) назначенное осужденному наказание или применен уголовный закон о менее тяжком преступлении.

При возвращении уголовного дела на новое рассмотрение, суд надзорной инстанции должен указать, в суд какой инстанции возвращается данное уголовное дело. При этом указания суда надзорной инстанции обязательны при повторном рассмотрении данного уголовного дела судом нижестоящей инстанции. Вместе с тем, аналогично апелляционному и кассационному производству, суд надзорной инстанции не вправе предрешать вопросы о доказанности или недоказанности обвинения, достоверности или недостоверности того или иного доказательства и преимущества одних доказательств перед другими, а также принимать решения о применении судом первой или апелляционной инстанции того или иного уголовного закона и о мере наказания. Отменяя определение суда кассационной инстанции, надзорная инстанция не вправе предрешать выводы, которые могут быть сделаны судом кассационной инстанции при повторном рассмотрении данного уголовного дела.

Последствием отмены первоначального приговора суда или определения апелляционной или кассационной инстанции является новое рассмотрение уголовного дела по первой инстанции или в апелляционном или кассационном порядке. Приговор, постановленный судом первой инстанции при новом рассмотрении уголовного дела с участием присяжных, может быть обжалован в апелляционном, кассационном или надзорном порядке.

В гл. 48.1 УПК РФ отсутствует запрет внесения повторных надзорных жалоб или представлений в суд надзорной инстанции, ранее оставивший их без удовлетворения, хотя скорее всего, подобное вряд ли допустимо. Данный запрет (правовая позиция ВС РФ), в частности, подтверждается и решениями КС РФ, например, Определением КСот 18 сентября 2014г. № 2099-О «Об отказе в принятии жалобы гражданина Ляшкова Андрея Васильевича...»³⁰ в жалобе, где заявитель (которому в удовлетворении надзорных жалоб было отказано судьей ВС РФ и зам-

председателя ВС РФ), осужденный Тамбовским областным судом с участием присяжных заседателей по ст. 295 УК РФ к 13 годам лишения свободы, оспаривал конституционность ст. 403. 17 УПК РФ, согласно которой не допускается внесение повторных жалоб и представлений по тем же или иным правовым основаниям теми же или иными лицами в тот же суд кассационной инстанции, если ранее жалоба или представление в отношении одного и того же лица рассматривались этим судом в судебном заседании либо оставлены без удовлетворения постановлением судьи (подобный запрет фактически и практически касается и надзорного пересмотра). Таким образом, решение суда надзорной инстанции является окончательным, но, по мнению КС РФ, изложенному в том числе и в вышеуказанном Определении, не запрещен дальнейший пересмотр дела по вновь открывшимся обстоятельствам для устранения неправоисудности приговора и по основаниям, в том числе не предусмотренным ст. 413 УПК РФ.

Надзорные жалоба или представление на приговор, определение или постановление суда, вынесенные после отмены предыдущих решений в апелляционном, кассационном, надзорном порядке, могут быть внесены в порядке надзора независимо от мотивов, по которым были отменены первоначальные приговор, определение или постановление суда.

5. Выводы

Во-первых, следует высказать хотя бы мнение (пожелание российскому законодателю) о необходимости запрета пересмотра оправдательных решений судов с участием присяжных заседателей в стадии надзорного производства в сторону ухудшения, так как на самом деле запрет отмены решений суда присяжных, вступивших в законную силу и есть проявление реального народовластия, тем более, что для возможного пересмотра имеется еще одна исключительная стадия уголовного процесса, предусмотренная гл. 49 УПК РФ.

Во-вторых, понимая сложность реализации данного предложения, следует поставить вопрос об установлении исчерпывающего перечня оснований для пересмотра решений судов с участием присяжных в надзорном (кассационном) производстве в сторону ухудшения положения осужденного, как это предусмотрено, например, новым УПК Казахстана в ч. 1 ст. 664.

³⁰ СПС «КонсультантПлюс».

В-третьих, из ст. 401.6 УПК РФ, как и из ст. 412.9 УПК РФ должно быть исключено такое основание отмены или изменения вступившего в силу судебного решения как выявление обстоятельств невы-

полнения условий досудебного соглашения о сотрудничестве, предусмотренных гл. 40.1 УПК РФ, оставив возможность подобного в апелляционном производстве.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Брежнев О.В. Право на рассмотрение уголовного дела судом с участием присяжных заседателей в свете решений Конституционного Суда Российской Федерации / О.В. Брежнев // Российская юстиция. – 2018. – № 7. – С. 40–43.
2. Зорькин В.Д. Конституция живет в законах / В.Д. Зорькин. – Российская газета. – 2014. 28 декабря. – 20 с.
3. Панокин А.М. Критерии эффективности российского надзорного производства, выработанные Европейским судом по правам человека / А.М. Панокин // Международное уголовное право и международная юстиция. – 2017. – № 6. – С. 3–6.
4. Борисевич Г.Я. Коллизии процессуального законодательства Российской Федерации, регулирующего основания для изменения или отмены судебных решений в кассационном порядке / Г.Я. Борисевич // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2016. – № 1. – С. 90–97.
5. Алексеева Т.М. Пределы действия принципа правовой определенности в надзорном производстве по уголовным делам / Т.М. Алексеева // Уголовное право. – 2015. – № 2. – С. 99–107.
6. Лазарева В.А. К вопросу о возможности отмены вступившего в законную силу оправдательного приговора / В.А. Лазарева, М.А. Миронова // Уголовное судопроизводство. – 2018. – № 3. – С. 22–28.
7. Осипов А.Л. Исполнение решений Европейского суда по правам человека в ходе возобновления производства по уголовным делам по новым обстоятельствам: проблемы правоприменения / А.Л. Осипов // Lex russica. – 2018. – № 6. – С. 82–91.
8. Европейский Суд по правам человека и Российская Федерация: постановления и решения, вынесенные до 1 марта 2004 года / отв. ред. Ю.Ю. Берестнев. – М.: Норма, 2005. – 960 с.
9. Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки / У. Бернам. – М.: РИО «Новая юстиция», 2006. – 1216 с.
10. Коряковцев В.В. Суд присяжных в России: история и современность / В.В. Коряковцев. – СПб.: АЛЕФ – ПРЕСС, 2015. – 413 с.
11. Лазарева В.А. Участие прокурора в уголовном процессе: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / В.А. Лазарева. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Юрайт, 2017. – 253 с.
12. Пашин С.А. Обжалование приговора в апелляционном порядке. Апелляционная жалоба / С.А. Пашин. – М.: РОО «Центр содействия реформе уголовной юстиции», 2017. – 52 с.
13. Судебная практика по уголовным делам Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека / сост. Е.Н. Трикоз. – М.: Городец, 2006. – 1408 с.
14. Рабцевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование / О.И. Рабцевич. – М.: Лекс-Книга, 2005. – 318 с.

REFERENCES

1. Brezhnev O. V. the Right to consideration of criminal case by court with participation of jurors in the light of decisions of the constitutional Court of the Russian Federation. Rossijskaya yustitsiya, 2018, no. 7, pp. 40 - 43.
2. Zorkin V.D. The Constitution lives in the laws. Rossijskaya gazeta, 2014, December 28th. P. 20.
3. Panokin A.M. The effectiveness of the Russian Supervisory proceedings, developed by the European court of human rights. Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya, 2017, no. 6, pp. 3 - 6.
4. Borisevich G. Ya. Collisions of the procedural legislation of the Russian Federation regulating the bases for change or cancellation of judgments in the cassation order. Vestnik Permskogo universiteta. YUridicheskie nauki = Bulletin of the Perm University. Legal science, 2016, no 1, pp. 90 - 97.

5. Alekseeva T. M. Limits of the principle of legal certainty in the Supervisory proceedings in criminal cases. *Ugolovnoe pravo*, 2015, no. 2, pp. 99 - 107.
6. Lazarev V. A., Mironova M.A. The question of the possibility of cancellation of the acquittal entered into force. *Ugolovnoe sudoproizvodstvo*, 2018, no 3, pp. 22 - 28.
7. Osipov A. L. Enforcement of decisions of the European court of human rights in the course of the resumption of criminal proceedings in new circumstances: problems of law enforcement. *Lex russica*, 2018, no 6, pp. 82 - 91.
8. Berestnev Yu.Yu. (ed.). *The European Court of Human Rights and the Russian Federation: rulings and decisions issued before March 1, 2004*. Moscow, Norma Publ., 2005. 960 p.
9. Burnham, W. *United States Legal System*. Moscow, New Justice Publ., 2006. 1216 p.
10. Koryakovtsev V.V. *The jury in Russia: history and modernity*. Saint-Petersburg, Publishing House "ALEF - PRESS", 2015. 413 p.
11. Lazareva V.A. *The participation of the prosecutor in the criminal process: a textbook and a workshop for undergraduate and graduate*. Textbook. Moscow, Yurayt Publ., 2017. 253 p.
12. Pashin S.A. *Appeal of the sentence on appeal*. Moscow, Center for the Promotion of Reform of Criminal Justice Publ., 2017. 52 p.
13. Trikoz E.N. *Judicial practice in criminal cases of the Constitutional Court of the Russian Federation, the Supreme Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights*. Moscow, Gorodets Publishing House, 2006. 1408 p.
14. Rabtsevich O.I. *The right to a fair trial: international and domestic legal regulation / O.I. Rabtsevich*. - M.: Lex-Kniga, 2005 318 p.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Коряковцев Вячеслав Васильевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и процесса *Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), Санкт-Петербургский институт (филиал)* 199034, Россия, г. Санкт-Петербург, 10-я линия В.О., 19
e-mail: vvkoryakovtsev@rambler.ru
SPIN-код: 6993-2457; AuthorID: 564749

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Vyacheslav V. Koryakovtsev – PhD in Law, Associate Professor; Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminal Procedure *All-Russian State University of Justice, St. Petersburg Institute (Branch)* 19, 10-ya liniya V.O., St. Petersburg, 199034, Russia
e-mail: vvkoryakovtsev@rambler.ru
SPIN-code: 6993-2457; AuthorID: 564749

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Коряковцев В.В. Пересмотр решений судов с участием присяжных заседателей в надзорном производстве / В.В. Коряковцев // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 106–124. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).106-124.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Koryakovtsev V.V. Review of court decisions based on the jury's decision in the supervisory instance. *Pravoprimerenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 106–124. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).106-124. (In Russ.).

ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ В ЧАСТНОМ ПРАВЕ

THE LAW ENFORCEMENT OF PRIVATE LAW

УДК 347.4

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).125-136

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПРЯМЫХ ДОГОВОРОВ С РЕСУРСОСНАБЖАЮЩИМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ

С.Э. Маслей

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

12 октября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Рассматривается закрепленная в жилищном законодательстве и подтвержденная правоприменительной практикой концепция «исполнителя коммунальных услуг», допускающая возможность осуществления прямых расчетов и заключения прямых договоров потребителей коммунальных услуг с ресурсоснабжающими организациями, анализируются проблемы, связанные с введением нового порядка заключения прямых договоров с ресурсоснабжающими организациями и региональным оператором по обращению с твердыми коммунальными отходами.

Ключевые слова

Коммунальные услуги, оплата коммунальных услуг, исполнитель коммунальных услуг, прямые договоры, ресурсоснабжающая организация, ответственность исполнителя коммунальных услуг, жилищное право

CONCLUSION OF DIRECT CONTRACTS WITH UTILITIES PROVIDERS

Svetlana E. Masley

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 October 12

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

The subject of the paper is conclusion and execution of direct contracts between consumers and utilities providers.

The main aim of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that direct contracts between consumers and utilities providers are more convenient for utilities providers than for consumers.

Keywords

Utilities, payment of utilities, performer of utilities, direct contracts, utilities provider, the responsibility of the contractor of utilities, housing law

The methodology of the study includes general scientific methods (analysis, synthesis, comparison, generalization, description) as well as particular academic legal methods (formal-legal analysis of theoretical and regulatory sources, interpretation of legal acts, judicial and arbitration practice).

The main results and scope of their application. The current procedure for the provision and payment of utilities is based on the concept of "performer of utilities", which are the management organizations, homeowners' associations, housing cooperatives. The performer of utilities enters into a contract with utilities provider. These utilities are acquired by the contractor at the border of its operational responsibility (on the border of an apartment building), then this resource is already provided as a utility service to final users – tenants and owners of premises in an apartment building. Consumers pay for utility services to the contractor of utilities, and he, in turn, transfers the received payments to the utilities provider (resource supplying organization). Such a scheme of contractual relations leads to problems, including the following: the performers do not enter into contracts with the utilities providers (resource-supplying organizations), thereby trying to exclude their responsibility for the quality of services; do not pay fully or partially for the supplied utility resource. In this regard, the legislation has been amended to allow direct contracts between consumers of public services and resource organizations and, accordingly, directly pay for utilities.

Conclusions. Direct contracts between consumers and utilities providers are more convenient for utilities providers than for consumers in the scope of responsibility for the poor quality of utilities.

1. Введение

Федеральный закон от 03.04.2018 г. № 59-ФЗ¹ дополнил Жилищный кодекс Российской Федерации² (далее – ЖК РФ) ст. 157.2 «Предоставление коммунальных услуг ресурсоснабжающей организацией, региональным оператором по обращению с твёрдыми коммунальными отходами», закрепившей возможность заключать прямые договоры о предоставлении коммунальных услуг с ресурсоснабжающими организациями и региональным оператором по обращению с твёрдыми коммунальными отходами, и, соответственно, напрямую осуществлять расчёты за предоставленные услуги с указанными лицами. Название данной статьи и её содержание выпадает из контекста статей, помещённых в Раздел VII. «Плата за жилое помещение и коммунальные услуги» ЖК РФ. В соответствии со ст. 8 ЖК РФ «к жилищным отношениям, связанным спредоставлением коммунальных услуг, внесением платы за коммунальные услуги, применяется соответствующее законодательство с учётом требований, установленных настоящим Кодексом.». К регулированию таких отношений прежде всего применяются нормы ЖК РФ, а в части неурегулированной Кодексом, к таким отношениям применяются субсидиарно нормы иных отраслей законодательства [1, с. 50]. Прежде всего, гражданского законодательства. И если вопросы оплаты жилого помещения и коммунальных услуг регулируются ЖК РФ, в связи с тем, что основным нормативным актом, заложившим нынешний подход к оплате жилья и коммунальных услуг, стал Закон РФ «Об основах федеральной жилищной политики» [2, с. 87], утративший силу с принятием ЖК РФ, то правила предоставления коммунальных услуг в большей степени остались за рамками правового регулирования ЖК РФ. При этом в ст. 157 ЖК РФ есть ссылка на подзаконные нормативные правовые акты непосредственно регулирующие правила предоставления коммунальных услуг и порядок заключения соответствующих договоров, а также правила, обязательные при заключении управляющей

организацией или товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом договоров с ресурсоснабжающими организациями, региональным оператором по обращению с твёрдыми коммунальными отходами. В.Н. Литовкин отмечает, что жилищное законодательство взяло на себя регулирование бытового потребления коммунальных услуг [3, с. 23].

Думается, что включение столь нетипичной для данного раздела ЖК РФ статьи обусловлено необходимостью решения ряда проблем, возникших при реформировании отношений в сфере предоставления и оплаты коммунальных услуг.

Основополагающим элементом в регулировании отношений по предоставлению и оплате коммунальных услуг является использование договорных конструкций, которые разделяют на три группы договоров, опосредующих предпринимательскую деятельность в сфере жилищно-коммунального хозяйства: договоры в секторе производства и поставки ресурсов, удаления и обработки сточных вод, договоры в секторе управления жилищным фондом, договоры в секторе выполнения подрядных работ [4, с. 18–20]. Следует учесть, что в последнее время в сфере жилищно-коммунального хозяйства было принято большое количество правил, сменяющих и дополняющих друг друга. Названные правила относятся как к особенностям предоставления коммунальных услуг, так и к особенностям заключения и исполнения договоров ресурсоснабжения, заключаемых между управляющими компаниями и ресурсоснабжающими организациями [5, с. 3]. Несмотря на достаточно длительное реформирование жилищно-коммунального хозяйства и совершенствование нормативной базы, регулирующей данные отношения, остаётся немало проблем как теоретического, так и практического характера. В частности, это проблемы: определения специфики договорного регулирования отношений по ресурсоснабжению [6, с. 12]; конкуренции норм гражданского и жилищ-

¹ Федеральный закон от 03.04.2018 г. № 59-ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 15 (Часть I). Ст. 2030.

² Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 14.

ного законодательства, регулирующих отношения по предоставлению коммунальных услуг [7, с. 37]; выявления сущности жилищно-коммунальных услуг как объекта гражданских прав [8, с. 446]; оптимизации структуры договорных связей, складывающихся на оптовом и розничных рынках электроэнергии [9, с. 44]; определения лица, ответственного за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора энергоснабжения [10, с. 86].

Практическая составляющая проблем связана с неурегулированностью ряда вопросов, например, как и кем должны предоставляться и кому оплачиваться коммунальные услуги при отсутствии договора ресурсоснабжения, в ситуации, когда одной из сторон направлена заявка на его заключение, а волеизъявление другой стороны отсутствует [11, с. 30] и ряд других проблем.

Очевидно, что даже перечисленные проблемы невозможно решить путём дополнения ЖК РФ единственной статьёй. Но, представляется, что данные изменения направлены на решение задач, обозначенных в Стратегии развития жилищно-коммунального хозяйства в Российской Федерации на период до 2020 года³:

1. Совершенствование системы расчётов за коммунальные услуги.

2. Повышение ответственности потребителей за своевременную оплату жилищно-коммунальных услуг, а также ответственности ресурсоснабжающих и управляющих организаций за качество коммунальных услуг и ресурсов.

2. Прямые расчёты и прямые договоры с ресурсоснабжающими организациями

Действующий порядок предоставления и оплаты коммунальных услуг регулируется ст. 155 и 161 ЖК РФ и Правилами предоставления коммунальных услуг⁴ (далее – Постановление № 354) и заключается в следующем. Исполнитель коммунальных услуг, в качестве которого выступает управляющая организация, товарищество собственников жилья, жилищный кооператив, жилищно-строительный кооператив или иной потребительский кооператив, приобретает коммунальные ресурсы у ресурсоснабжающей организации по договору о приобрете-

нии коммунальных ресурсов в целях использования таких ресурсов при предоставлении коммунальных услуг потребителям на границе общего имущества в многоквартирном доме, и затем эти коммунальные ресурсы предоставляет (уже в качестве коммунальной услуги) собственникам помещений в многоквартирном доме, нанимателям и иным лицам, использующим помещения в многоквартирном доме для проживания или иных целей, на основании возмездного договора, заключаемого в письменной форме или путём конклюдентных действий (условия договоров, заключаемых с потребителями коммунальных услуг, определяются в договоре управления многоквартирным домом либо в договоре о предоставлении коммунальных услуг, заключаемом с товариществом или кооперативом с собственниками жилых помещений в многоквартирном доме, в котором создано товарищество или кооператив).

Исполнитель получает оплату за предоставленные коммунальные услуги, которую перечисляет ресурсоснабжающей организации и отвечает перед потребителями за надлежащее качество и объёмы предоставленных коммунальных услуг, и надлежащее содержание инженерного оборудования в многоквартирном доме, необходимого для предоставления коммунальных услуг. Следовательно, в отношениях по предоставлению коммунальных услуг между собственниками многоквартирного дома и энергоснабжающими организациями включены посредники – ТСЖ и управляющие организации, в связи с чем полностью изменена система ответственности энергоснабжающих организаций за поставленные ресурсы, которые модифицируются для собственников помещений многоквартирных домов в коммунальные услуги [12, с. 77].

Такая схема взаимоотношений между исполнителем коммунальных услуг, ресурсоснабжающей организацией и потребителями коммунальных услуг является базовой и должна применяться даже в тех случаях, когда между указанными лицами фактически сложился иной порядок оплаты коммунальных услуг, например, в ситуации, когда между исполнителем услуг и ресурсоснабжающей организацией не был заключён договор приобретения коммунальных ресур-

³ Утв. Распоряжением Правительства РФ от 26 января 2016 г. № 80-р // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (28.01.2016).

⁴ Постановление Правительства РФ от 6 мая 2011 г. № 354 (ред. от 15 сентября 2018 г.) «О предоставлении коммунальных услуг собственникам и пользователям помеще-

ний в многоквартирных домах и жилых домов» (вместе с «Правилами предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов») // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 22. Ст. 3168.

сов и потребители напрямую оплачивали коммунальную услугу ресурсоснабжающей организации.

Так, по одному из дел, ответчик – ТСЖ «Гознак-1», не признавая требования истца – МУП «Водоканал» о взыскании задолженности за оказанные коммунальные услуги по водоснабжению и водоотведению на общедомовые нужды, процентов за пользование чужими денежными средствами, свои возражения мотивировал тем, что он отказался от заключения договора с истцом, во избежание ответственности за качество коммунальной услуги – водоснабжение; между ним и истцом заключён договор на оказание услуг по учёту и расчёту оплаты населения за коммунальные услуги; он никогда не осуществлял функции исполнителя коммунальных услуг по водоснабжению и водоотведению в отношении МКД, входящих в состав ТСЖ, а фактически выступал в качестве единого расчетного центра для истца. Кроме этого, ответчик полагал, что именно истец является исполнителем по отношению жителям спорных МКД.

Суд, учитывая возражения ответчика, тем не менее указал, что ответчик, являясь исполнителем коммунальных услуг обязан заключать договоры ресурсоснабжения с целью предоставления коммунальных услуг собственникам жилых помещений, при этом не заключение такого договора с одной из РСО (в данном случае в части услуг водоснабжения и водоотведения) не может рассматриваться в качестве обстоятельства освобождающего исполнителя коммунальных услуг от предоставления соответствующих коммунальных услуг и внесения платы за оказанные услуги в адрес РСО. Поэтому ссылки ответчика на то, что он не ассоциирует себя с исполнителем коммунальных услуг (водоснабжение и водоотведение), в том числе ссылаясь на договор между сторонами (в котором ответчик поименован в качестве РКЦ), не принимаются⁵.

Такая конструкция договорных связей неоднократно подвергалась критике, в том числе по причине подмены субъектов, так как исполнитель коммунальных услуг фактически выступает продавцом коммунальных ресурсов [13, с. 22], а также по причине неперечисления платежей исполнителями ресурсоснабжающим организациям. В частности было

отмечено, что долг управляющих компаний перед ресурсоснабжающими организациями составляет на 2018 год более триллиона рублей⁶.

Поэтому в законодательстве была предусмотрена возможность осуществлять прямые расчёты за коммунальные услуги, минуя исполнителя, и заключать прямые договоры о предоставлении коммунальных услуг с ресурсоснабжающими организациями.

Порядок осуществления прямых расчётов за коммунальные услуги регулировался частями 6.3 и 7.1 ст. 155 ЖК РФ, ныне утратившими силу. Правила осуществления прямых расчётов заключалась в следующем. На основании решения общего собрания собственников помещений, членов товарищества собственников жилья либо жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива собственники и наниматели помещений в многоквартирном доме могли вносить плату за все или некоторые коммунальные услуги непосредственно ресурсоснабжающей организации, а за коммунальную услугу по обращению с твёрдыми коммунальными отходами – региональному оператору по обращению с твёрдыми коммунальными отходами. Такое внесение платы признавалось надлежащим исполнением обязанностей собственниками и нанимателями. При этом управляющая организация, товарищество собственников жилья или жилищный кооператив отвечали перед собственниками и нанимателями за предоставление коммунальных услуг надлежащего качества. Следовательно, переход на прямые расчёты не являлся основанием для признания ресурсоснабжающей организации исполнителем коммунальных услуг. Это нашло подтверждение и в судебной практике, неоднократно в судебных решениях указывалось, что в многоквартирном жилом доме может быть только один способ управления и одна управляющая компания, которая обязана оказывать весь комплекс коммунальных услуг. Поэтому при наличии управляющей компании прямые расчёты граждан не меняют схему отношений между ресурсоснабжающей организацией и управляющей компанией как исполнителем коммунальных услуг⁷, такой способ расчётов означает установление нового способа исполнения обязательств потребите-

⁵ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 апреля 2016 г. по делу № А50-21789/2015 // Документ опубликован не был.

⁶ Без посредников! Обзор закона о прямых расчетах в сфере ЖКХ в 2018 году. URL: <http://takovzakon.ru> (дата обращения: 07.11.2018).

⁷ Определение Верховного Суда РФ от 22 июля 2016 г. № 303-ЭС16-7694 по делу № А73-5016/2015 // Документ опубликован не был.

лями коммунальных услуг перед исполнителем в лице управляющей организации⁸.

Прямые договоры с ресурсоснабжающей организацией и региональным оператором по обращению с твёрдыми коммунальными отходами заключались и могут заключаться в настоящее время в следующих случаях.

1. Отсутствие исполнителя коммунальных услуг.

– при заключении договоров с собственниками индивидуальных жилых домов (ч. 9 ст. 155 ЖК РФ);

– при непосредственном управлении многоквартирным домом (ч. 8 ст. 155 ЖК РФ). Договоры холодного и горячего водоснабжения, водоотведения, электроснабжения, газоснабжения (в том числе поставки бытового газа в баллонах), отопления (теплоснабжения) заключаются каждым собственником помещения от своего имени [14, с. 51]. Такая модель отношений является оптимальной, так как при неисполнении обязанностей по таким договорам, в частности по оплате, требование будет предъявляться контрагенту по договору [15, с. 66]. Однако данная схема заключения договоров не устанавливает порядок обеспечения энергией и иным товаром, передаваемым через присоединённую сеть, мест общего пользования, которые бесспорно в таком товаре нуждаются. В частности речь идёт об отоплении и освещении подъездов, работе лифта и т. п. [16, с. 23];

– при отсутствии исполнителя услуг по иным причинам (например, не выбран или выбран, но реализован способ управления многоквартирным домом) (п. 17 Постановления № 354).

2. Предоставление услуг собственникам жилых помещений (абз. 4 п. 6 Постановления № 354).

3. Заключение договора ресурсоснабжения с исполнителем услуг, в котором прямо предусмотрена возможность одностороннего отказа ресурсоснабжающей организации от договора⁹ при наличии у исполнителя задолженности за поставленный коммунальный ресурс, в размере, превышающем стоимость коммунального ресурса за три расчётных месяца¹⁰. Включение данного положения в действующее

законодательство послужило основанием для подачи заявления обществом с ограниченной ответственностью «Управляющая компания «Жилфонд» города Ижевска о признании его недействующим по причине его несоответствия ст. 155, 161, 162 ЖК РФ, п. 64 Правил предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 6 мая 2011 г. № 354; нарушения прав, свобод и законных интересов общества в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности по управлению многоквартирными домами, в том числе создания препятствий для осуществления такой деятельности. В подтверждение заявленного требования, общество указало, что оспариваемая норма не содержит порядок отказа ресурсоснабжающей организацией от договора, сроки и порядок уведомления потребителей, не предусматривает порядок оплаты коммунальных ресурсов потребителями либо управляющей организацией до принятия собственниками решения о выборе способа оплаты коммунальных услуг либо до принятия собственниками решения о выборе способа управления многоквартирным домом или иной управляющей организации.

Рассмотрев заявление ООО, суд отказал в удовлетворении заявленного требования, определив, что в силу абз. 2 п. 1 ст. 546 Гражданского кодекса РФ в случае, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает юридическое лицо, энергоснабжающая организация вправе отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке по основаниям, предусмотренным ст. 523 ГК РФ, за исключением случаев, установленных законом или иными правовыми актами. Статьей 523 ГК РФ односторонний отказ от исполнения договора поставки (полностью или частично) или одностороннее его изменение допускается в случае существенного нарушения договора одной из сторон, в том числе при неоднократном нарушении сроков оплаты товаров. Подпунктом «а» пункта 30 Правил Правительство Российской Фе-

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 6 июля 2015 г. по делу № 310-КГ14-8259, А68-1080/2014 // Документ опубликован не был.

⁹ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 мая 2014 г. № ВАС-1248/14 по делу № А42-7501/2012; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17 марта 2014 г. № Ф07-33/2014 по делу № А42-2299/2013; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 5 февраля 2018 г. № Ф09-6/18 по делу № А71-3364/2017 // Документы опубликованы не были.

¹⁰ Пункт 30 Правил, обязательных при заключении управляющей организацией или товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом договоров с ресурсоснабжающими организациями. Утв. постановлением Правительства РФ от 14 февраля 2012 г. № 124 (ред. от 27 февраля 2017 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 8. Ст. 1040.

дерации относит к понятию существенного нарушения, в рамках договора о поставке коммунального ресурса, наличие у исполнителя признанной им по акту сверки расчетов или подтвержденной решением суда задолженности перед ресурсоснабжающей организацией за поставленный коммунальный ресурс в размере, превышающем стоимость соответствующего коммунального ресурса за 3 расчетных периода (расчетных месяца). С учетом имеющихся у Правительства Российской Федерации полномочий данная конкретизация понятия «существенное нарушение» не противоречит приведенным нормам ГК РФ и не может рассматриваться как нарушение прав и законных интересов административного истца¹¹.

Порядок одностороннего отказа ресурсоснабжающей организации от договора ресурсоснабжения может быть условно разделён на следующие этапы. Во-первых, ресурсоснабжающая организация должна уведомить потребителей о наличии задолженности исполнителя коммунальных услуг. Форма уведомления определяется ресурсоснабжающей организацией самостоятельно. Во-вторых, ресурсоснабжающая организация обязана предоставлять коммунальные услуги добросовестным потребителям вплоть до заключения договора с другим исполнителем коммунальных услуг или с собственниками напрямую [17, с. 36]. Такой порядок подтверждается и материалами судебной практики¹².

4. В договоре ресурсоснабжения предусмотрено, что выполнение исполнителем коммунальных услуг обязательств по оплате поставленного коммунального ресурса осуществляется путём уступки в пользу ресурсоснабжающей организации прав требования к потребителям, имеющим задолженность по оплате коммунальной услуги¹³.

Уступка прав требования является распорядительной сделкой, направленной на передачу (переход) права требования от правообладателя (перво-

начального кредитора, cedenta) к правоприобретателю (новому кредитору, цессионарию) [18, с. 26]. Уступка прав требования к потребителям в пользу ресурсоснабжающей организации возможна при наличии следующих условий.

Поскольку цессия влечет замену кредитора в обязательстве (полностью или в части), условие договора цессии о предмете уступаемого права должно быть сформулировано таким образом, чтобы исключить неоднозначное толкование объема уступаемых прав. То есть должно быть указано конкретное обязательство, по которому уступается право требования, объем уступаемых прав, ссылка на документы, подтверждающие задолженность (например: конкретные договоры найма и обслуживания жилья, по которым уступается право требования, с указанием размера уступаемого права по каждому из них), сведения о встречном предоставлении¹⁴.

Должны быть представлены доказательства исполнения основного обязательства. При рассмотрении конкретного дела суд, отказывая во взыскании задолженности за коммунальные услуги в порядке уступки права требования, в том числе указал, что из представленных в деле документов (счета-фактуры) также невозможно установить фактическое исполнение первоначальным кредитором своих обязательств, вследствие чего у должника в силу пункта 1 статьи 328 Гражданского кодекса Российской Федерации возникла встречная обязанность по их оплате. Указанные счета-фактуры не содержат достоверных подписей уполномоченных лиц должника. Иные документы об исполнении кредитором своего обязательства истец в силу обязанности доказывания не представил¹⁵.

Договор по уступке права требования, возникшего из дящегося обязательства, должен содержать сведения (ссылку) о периоде образовавшейся

¹¹ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 6 февраля 2018 г. № АПЛ17-523 // Документ опубликован не был.

¹² Определение Верховного Суда РФ от 22 февраля 2018 г. № 309-ЭС17-23290 по делу № А71-528/2017 // Документ опубликован не был.

¹³ Пункт 26 Правил, обязательных при заключении управляющей организацией или товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом договоров с ресурсоснабжающими организациями. Утв. Постановлением Правительства РФ от 14.02.2012 № 124 (ред. от

27 февраля 2017 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 8. Ст. 1040.

¹⁴ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 января 2016 г. по делу № А76-19380/2014; Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27 июня 2012 г. № Ф01-2817/12 по делу № А17-2457/2011 // Документ опубликован не были.

¹⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13 октября 2010 г. по делу № А75-1526/2010 // Документ опубликован не был.

задолженности либо о документах, однозначно позволяющих определить этот период¹⁶.

Кроме этого, цессия не должна приводить к подмене исполнителя коммунальных услуг ресурсоснабжающей организацией без соответствующего волеизъявления собственников и нанимателей жилых помещений, а также не может распространяться на права требования оплаты коммунальных услуг, срок обязательства по оплате которых не наступил, так как такая уступка не является уступкой задолженности по смыслу пункта 26 Правил, обязательных при заключении управляющей организацией или товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом договоров с ресурсоснабжающими организациями¹⁷.

Следует отметить, что есть и иная практика, связанная с уступкой прав по получению задолженности по коммунальным платежам. ОАО «ОмскВодоканал» обратилось в суд с иском к Л.С.Н., Л.А. о взыскании задолженности за водоснабжение и водоотведение. Ответчик Л.С.Н., не оспаривая факт задолженности, иск не признал, указывая, что договор на оказание коммунальных услуг истцом с ними не заключен, поэтому ОАО «ОмскВодоканал» надлежащим лицом по заявленному иску, а они – надлежащим ответчиками, не являются.

Решением мирового судьи судебного участка № 48 Кировского АО г. Омска от 04.03.2009 г. в удовлетворении исковых требований ОАО «ОмскВодоканал» отказано. Апелляционным определением Кировского районного суда г. Омска от 15.06.2009 г. решение мирового судьи оставлено без изменения, апелляционная жалоба ОАО «ОмскВодоканал» – без удовлетворения. Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд указал, что обязанность внесения платы за предоставленные коммунальные услуги возникает у потребителя коммунальных услуг перед исполнителем, непосредственно предоставляющим коммунальные услуги и отвечающим за обслуживание внутридомовых инженерных систем, с использованием которых они предоставляются. Поскольку законом обязанность по приобретению коммунальных ресурсов в целях их предоставления гражданам возложена на управляющую компанию, то исполнителем по предоставлению указанных

коммунальных услуг и надлежащим истцом по заявленному спору является ОАО «Левобережье».

Суд надзорной инстанции, отменяя апелляционное решение и направляя дело на новое рассмотрение в суд второй инстанции, указал, что услуги по водоснабжению и водоотведению фактически управляющей компанией гражданам не оказываются. Пунктом 6 дополнительного соглашения к договору № 15740/1 от 09.10.2006 г., заключенному между ресурсоснабжающей организацией и управляющей компанией, предусмотрено, что расчёты населения за оказанные ОАО «ОмскВодоканал» услуги производятся по единой расчётной квитанции через банк и на расчётный счёт ОАО «ОмскВодоканал». Приведённое соглашение закону не противоречит, поскольку заключено в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 23.05.2006 г. № 307 «О порядке предоставления коммунальных услуг гражданам» и предусматривает определённый порядок расчётов населения и разделения платежей.

Таким образом, ОАО «ОмскВодоканал» является организацией, фактически оказывающей услуги юридическим и физическим лицам по водоснабжению и водоотведению, что в силу правил ст. 426 ГК РФ свидетельствует о возникновении между сторонами спора публичного договора на оказание услуг по водоснабжению и водоотведению, в соответствии с которым ответчики являются обязанными лицами по оплате потребленных услуг.

Возможность применения на практике прямых расчётов между потребителями и ресурсоснабжающей организацией в условиях выбранного и реализуемого в многоквартирном доме способа управления управляющей организацией, квалифицируя рассматриваемые отношения, подтвердил и Верховный Суд РФ (определение от 23.12.2008 г. № КАС08-666), посчитав, что соответствующее условие направления платежей потребителей непосредственно в адрес ресурсоснабжающей организации осуществляется на основании ст. 382 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона. Для перехода к другому лицу прав кредитора не требуется

¹⁶ Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2016 г. № 16АП-5499/2015 по делу № А63-5064/2015 // Документ опубликован не был.

¹⁷ Определение Верховного Суда РФ от 27 января 2015 г. № 310-КГ14-9029 «Об отказе в передаче кассационной жалобы в Судебную коллегия Верховного Суда Российской Федерации» // Документ опубликован не был.

согласие должника, если иное не предусмотрено законом или договором¹⁸.

3. Новые правила заключения прямых договоров с ресурснабжающими организациями и региональным оператором по обращению с твёрдыми коммунальными отходами

Новые правила заключения прямых договоров предусмотрены ст. 157.2 ЖК РФ. Суть правил в следующем. При сохранении прежнего порядка управления многоквартирным домом – при управлении многоквартирным домом управляющей организацией, товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом коммунальные услуги собственникам и нанимателям помещений в многоквартирном доме могут предоставляться ресурснабжающей организацией, региональным оператором по обращению с твёрдыми коммунальными отходами (далее – РСО) в соответствии, с заключённым с каждым собственником помещения¹⁹ договором.

Основанием для заключения таких договоров является:

1) Решение общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме о заключении договоров с РСО. Договор считается заключённым с даты, определённой в решении общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме, по решению РСО, определённый общим собранием собственников помещений срок, может быть перенесён, но не более чем на три календарных месяца, о чём уведомляются собственники.

2) Договор между собственниками и РСО (здесь речь имеет о ситуации, когда собственники помещений в многоквартирном доме не выбрали или выбрали, но не реализовали способ управления многоквартирным домом либо когда в доме был реализован способ управления – непосредственное управление и, соответственно есть договор по которому расчёты за коммунальные услуги осуществлялись напрямую РСО) в котором содержатся положения о сохранении порядка предоставления коммунальных услуг

и расчётов за коммунальные услуги с РСО при изменении способа управления многоквартирным домом или при выборе управляющей организации. Договор считается заключённым с даты заключения договоров, действовавших до принятия собственниками помещений в многоквартирном доме решения об изменении способа управления многоквартирным домом или о выборе управляющей организации.

3) Прекращение заключённых договоров между РСО и исполнителем услуг (управляющей организацией, товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом) вследствие одностороннего отказа РСО от исполнения договора при наличии у исполнителя услуг, признанной им или подтверждённой решением суда, задолженности перед РСО за два месяца и более, за исключением случая полного погашения данной задолженности исполнителем услуг до вступления в законную силу судебного акта о взыскании данной задолженности. Односторонний отказ от договора реализуется путём направления исполнителю услуг и органу государственного жилищного надзора субъекта РФ уведомления об отказе от договора. По истечении 30 дней с даты направления уведомления, договор считается прекращённым, а договоры о предоставлении коммунальных услуг и услуг по обращению с твёрдыми коммунальными отходами со всеми собственниками и иными пользователями жилых помещений, уведомлёнными о таком отказе, считаются заключёнными, за исключением положений ранее заключённых договоров в части приобретения коммунальных ресурсов, потребляемых при использовании и содержании общего имущества в многоквартирном доме.

Прямые договоры с РСО также заключаются:

- при непосредственном управлении многоквартирным домом;
- в случае если собственники помещений в многоквартирном доме не выбрали способ управления таким домом или выбранный способ управления не реализован;

¹⁸ Постановление Президиума Омского областного суда от 28 декабря 2009 г. по делу № 44-Г-76 // Документ опубликован не был.

¹⁹ Кроме собственников в данных отношениях могут участвовать: наниматель жилого помещения по договору социального найма, наниматель жилого помещения по договору найма жилого помещения жилищного фонда социального использования, наниматель жилого помещения по договору найма жилого помещения государственного

или муниципального жилищного фонда, член жилищного кооператива, лицо, принявшее от застройщика помещения в многоквартирном доме по передаточному акту или иному документу о передаче, застройщик в отношении помещений в данном доме, не переданных иным лицам по передаточному акту или иному документу о передаче, и, соответственно, с этими лицами могут заключаться прямые договоры.

– при отсутствии договора ресурсоснабжения между РСО и исполнителем коммунальных услуг.

Договоры с РСО признаются заключёнными со всеми собственниками одновременно на неопределённый срок в соответствии с типовыми договорами, утверждёнными Правительством РФ²⁰, письменной формы не требуют.

Позволят ли прямые договоры решить проблему неплатежей и смогут ли введённые нормы повлиять на ответственность за качество предоставляемых коммунальных услуг – по-видимому, нет. Проблема неплатежей будет решена только в отношении «бывшего» исполнителя коммунальных услуг, так как потребители будут напрямую платить РСО. Но при этом уже РСО вынуждена будет вести претензионно-судебную работу по взысканию задолженности за поставленные коммунальные услуги. Следует отметить, что РСО проще взыскивать долги с исполнителя услуг, чем с каждого потребителя.

При сохранении прежнего порядка предоставления и оплаты коммунальных услуг, за их качество коммунальных услуг отвечает лицо, осуществляющее управление многоквартирным домом. По новым правилам лицо, осуществляющее управление многоквартирным домом, отвечает только за обеспечение готовности инженерных систем (ч. 2.3 ст. 161 ЖК РФ). Минстрой России в письме № 20073-АЧ/04 вопросы ответственности определил следующим образом. В силу ч. 15 ст. 161 ЖК РФ организация, осуществляющая поставки ресурсов, необходимых для предоставления коммунальных услуг, отвечает за поставки указанных ресурсов надлежащего качества до границ общего имущества в многоквартирном доме и границ внешних сетей инженерно-технического обеспечения данного дома, если иное не установлено договором с такой организацией. Лицо, осуществляющее управление многоквартирным домом, выступает «единым окном» для приема жалоб потребителей на нарушение качества предоставляемых коммунальных услуг и обязано отвечать за качество предоставляемых коммунальных услуг внутри многоквартирного дома в части надлежащего содержания внутридомовых инженерных ком-

муникаций²¹. А кто проверит какого качества ресурсы дошли до границы многоквартирного дома, ведь качество может быть определено только при использовании данных ресурсов в конкретном помещении. Думается, что в данной ситуации РСО и является исполнителем коммунальных услуг и именно РСО должна нести ответственность за некачественный ресурс, дошедший до потребителя. Данный тезис подтверждён правоприменителем, в частности, Верховный Суд РФ, рассматривая дело по административному исковому заявлению ООО «Управляющая компания «Жилфонд» об оспаривании абз. 4 п. 2 письма Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 30 декабря 2016 г. № 45097-АЧ/04 «О применении отдельных положений законодательства Российской Федерации по вопросам заключения договоров о предоставлении коммунальных услуг», указал: «По смыслу пунктов 8, 9, 10 Правил № 354, исполнителями коммунальных услуг могут выступать: управляющая компания, товарищество собственников жилья, жилищный, жилищно-строительный или иной специализированный потребительский кооператив, а также РСО. При этом в соответствии с подпунктом «е» пункта 17 Правил № 354 РСО, для которой в соответствии с законодательством Российской Федерации о водоснабжении, водоотведении, электроснабжении, теплоснабжении, газоснабжении заключение договора с потребителем является обязательным, приступает к предоставлению коммунальной услуги соответствующего вида собственникам и пользователям помещений в многоквартирном доме, в отношении которого расторгнут договор о приобретении управляющей организацией, товариществом или кооперативом коммунального ресурса в целях предоставления коммунальной услуги, – до заключения нового договора о приобретении коммунального ресурса в отношении этого многоквартирного дома. Из приведенного положения Правил № 354 следует, что в случае расторжения договора о приобретении управляющей организацией, товариществом или кооперативом коммунального ресурса в целях предоставления коммунальной

²⁰ Проект Постановления Правительства РФ «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросу договорных отношений между собственниками помещений в многоквартирных домах и ресурсоснабжающими организациями» (подготовлен Минстроем России 15.03.2018). URL: <http://www.garant.ru>. (дата обращения: 07.11.2018).

²¹ Письмо Минстроя России от 4 мая 2018 № 20073-АЧ/04 «Об отдельных вопросах, возникающих в связи с принятием Федерального закона от 3 апреля 2018 г. «59-ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации» // Документ опубликован не был.

услуги, которые являлись её исполнителями, до заключения нового договора о приобретении коммунального ресурса в отношении этого многоквартирного дома исполнителем коммунальной услуги является РСО22.

Целесообразно было бы закрепить в ЖК РФ правило о том, что в случае заключения прямых договоров с РСО, именно РСО является исполнителем коммунальных услуг.

Нуждается в совершенствовании и порядок принятия решения общим собранием собственников помещений о переходе на прямые договоры с РСО. Общее собрание собственников помещений в многоквартирном доме проводится в целях управления многоквартирным домом путем обсуждения вопросов повестки дня и принятия решений по вопросам, поставленным на голосование) [19, с. 29].

Решения о переходе на прямые договоры с РСО принимаются на общем собрании собственников помещений большинством голосов от общего числа голосов собственников, принявших участие в собрании (пп. 4.4 ч. 2. ст. 44 и ч. 1 ст. 46 ЖК РФ), то есть минимальное количество голосов для принятия решения – 26 %. Можно ли принудить собственников, не принимавших участия в собрании, или, голосовавших против, заключить соответствующие договоры с РСО? Положения ч. 7 ст. 157.2 ЖК РФ закрепляют правило о том, что договоры заключаются с момента, указанного в решении собрания, то есть автоматически со всеми собственниками. Данное положение противоречит нормам гражданского законодательства. Обязательность заключения договоров, опосредующих предоставление ресурсов через присоединённую сеть, установлена только в отношении ресурсоснабжающих организаций. Ведь при данной конструкции договоров, с потребителями будут заключаться договоры энергоснабжения, которые ранее заключались исполнителем коммунальных услуг (п. 1 ст. 539 Гражданского кодекса РФ²³). Представляется, что для решения данного вопроса необходимо, чтобы за заключение договора с РСО проголосовали собственники, обладающие большинством голосов от общего числа голосов собственников помещений в многоквартирном доме, тогда был бы оправдан

принцип, заложенный в жилищном законодательстве, касающийся принятия решений собственниками помещений в многоквартирном доме: «меньшинство подчиняется большинству». Принцип большинства фактически является единственным путём, следуя которым можно принять необходимые решения, если отталкиваться от тезиса, что совладельцы должны принуждаться как можно меньше к мероприятиям, с которыми они не соглашаются) [20, с. 70].

4. Выводы

Таким образом, можно сделать вывод о том, что прямые договоры с ресурсоснабжающими организациями введены для того, чтобы законодательно закрепить прямой порядок расчётов за коммунальные услуги, который фактически сложился во многих субъектах РФ и установить для ресурсоснабжающих организаций более простую процедуру прекращения договоров ресурсоснабжения с лицами, управляющими многоквартирными домами, в случае, если указанные лица имеют задолженность перед ресурсоснабжающими организациями.

Для собственников установленные правила, менее удобны в части определения лица, ответственного за качество коммунальных услуг, ответственность за качество коммунальных услуг по новым правилам возложена на ресурсоснабжающую организацию (за поставленные ресурсы до границы многоквартирного дома) и лицо, управляющее многоквартирным домом (за надлежащее содержание инженерных сетей внутри многоквартирного дома). Кто отвечает за конечный результат – законодатель не определяет. Более того, не совсем ясной представляется цель принятия решения общим собранием собственников помещений в многоквартирном доме о переходе на прямые расчёты с ресурсоснабжающей организацией, если лицо, управляющее многоквартирным домом, добросовестно исполняет обязанности по перечислению оплаты за коммунальные ресурсы. К тому, количество голосов, необходимых для принятия такого решения, явно свидетельствует о том, что принятие решения общим собранием – это формальный повод для перехода на прямые расчёты.

²² Решение Верховного Суда РФ от 26.10.2017 г. № АКПИ17-729 // Документ опубликован не был.

²³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 29 июля 2018) //

Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 5. Ст. 410.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Постатейный комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации / под ред. д-ра юрид. наук П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2005. – 653 с.
2. Толстой Ю.К. Жилищное право: учеб. / Ю.К. Толстой. – М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 176 с.
3. Литовкин В.Н. Комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В.Н. Литовкин. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 304 с.
4. Ручкина Г.Ф. Договоры в сфере жилищно-коммунального хозяйства: правовой аспект / Г.Ф. Ручкина, Я.А. Ключникова // Юрист. – 2014. – № 1. – С. 17–21.
5. Канцер Ю.А. Ресурсоснабжение жилищно-коммунального хозяйства России: вопросы теории и практики: монография / Ю.А. Канцер; отв. ред. В.А. Вайпан. – М.: Юстицинформ, 2017. – 196 с.
6. Чеговадзе Л.А. Договор о снабжении теплом или о продаже теплоносителя / Л.А. Чеговадзе // Гражданское право. – 2015. – № 6. – С. 11–14.
7. Гордеев Д.П. Новое регулирование отношений по предоставлению коммунальных услуг / Д.П. Гордеев, В.Ю. Прокофьев // Жилищное право. – 2006. – № 8. – С. 36–59.
8. Огонев А.А. Гражданско-правовая характеристика жилищно-коммунальных услуг / А.А. Огонев // Сборник «Актуальные проблемы частноправового регулирования» по материалам Всероссийского IX научного форума (г. Самара, 27-28 мая 2011 г.) – Самара: Изд-во «Самарский университет», 2011. – С. 446–449.
9. Витрянский В. Договор энергоснабжения и структура договорных связей по реализации и приобретению электроэнергии / В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2005. – № 3. – С. 34–49.
10. Матияшук С. Общий подход к договорному регулированию отношений по электро- и теплоснабжению в условиях развития когенерации / С. Матияшук // Хозяйство и право. – 2012. – № 11. – С. 83–89.
11. Разин Р.А. Практика заключения договора ресурсоснабжения / Р.А. Разин // Юрист. – 2015. – № 5. – С. 30–35.
12. Тарасова А. Правовая квалификация модели управления многоквартирными домами в жилищном законодательстве РФ / А. Тарасова // Жилищное право. – 2011. – № 9. – С. 69–95.
13. Михайлов В.К. Предоставление услуг или снабжение ресурсами – вот в чём вопрос / В.К. Михайлов // Жилищное право. – 2009. – № 4. – С. 19–26.
14. Симанович Л.Н. Непосредственное управление многоквартирным домом / Л.Н. Симанович // Юрист. – 2009. – № 2. – С. 48–52.
15. Корнилова Н.В. О способах управления многоквартирными домами / Н.В. Корнилова // Закон. – 2007. – № 6. – С. 59–70.
16. Дроздов И.А. К вопросу о передаче многоквартирных домов в управление / И.А. Дроздов // Закон. – 2007. – № 6. – С. 19–29.
17. Киракосян С.А. Односторонний отказ ресурсоснабжающей организации от договора ресурсоснабжения: основание, порядок / С.А. Киракосян // Семейное и жилищное право. – 2016. – № 6. – С. 34–37.
18. Новоселова Л. Сделка уступки права требования и основания её совершения / Л. Новоселова // Хозяйство и право. – 2003. – № 7. – С. 23–35.
19. Илюшина М.Н. Общее собрание собственников помещений в многоквартирном доме: актуальные изменения правового регулирования / М.Н. Илюшина // Семейное и жилищное право. – 2017. – № 6. – С. 28–31.
20. Филатова У.Б. Решение собрания собственников: сравнительно-правовое исследование / У.Б. Филатова // Сибирский юридический вестник. – 2018. – № 1. – С. 69–73.

REFERENCES

1. Commentary to the Housing code of the Russian Federation / Under the editorship of doctor. the faculty of law. Sciences P. V. Krasheninnikov. Moscow, Statut Publ. 2005. 653 p. (In Russ.).
2. Tolstoy Yu. C. Housing law: studies. Moscow, TK Velbi, Prospect Publ., 2007. 176 p. (In Russ.).
3. Litovkin V. N. Comment to the Housing code of the Russian Federation (article). Moscow, TK Velbi, Prospect Publ., 2008. 304 p. (In Russ.).
4. Ruchkina G. F., Kluychnikova Y. A. Contracts in the field of housing and communal services: legal aspect. Yurist = Lawyer, 2014, no. 1, pp. 17-21. (In Russ.).

5. Kantser Y.A. Resource supply of housing and communal services in Russia: theory and practice. Monograph. / Ed. V.A. Vaypan. Moscow, Yustitsinform Publ, 2017. 196 p. (In Russ.).
6. Chegovadze L. A. Heat supply or heat carrier sale contract. *Grazhdanskoye pravo = Civil law*, 2015, no. 6, pp. 11-14. (In Russ.).
7. Gordeyev D.P., Prokofyev V.Yu. New regulation of relations on the provision of public services. *Zhilishchnoye pravo = Housing law*, 2006, no. 8, pp. 36-39. (In Russ.).
8. Ogonev A.A. Civil-legal characteristics of housing and communal services. Collection «Actual problems of private law regulation» based on the all-Russian IX scientific forum (Samara, may 27-28, 2011), Samara, Samara University Publ, 2011, pp. 446-449. (In Russ.).
9. Vitryanskiy V. Energy supply contract and structure of contractual relations for sale and purchase of electricity. *Khozyaystvo i pravo = Economy and law*, 2005, no. 3, pp. 34-49. (In Russ.).
10. Matiyatsuk S. General approach to contractual regulation of relations on electricity and heat supply in the conditions of cogeneration development. *Khozyaystvo i pravo = Economy and law*, 2012, no. 11, pp. 83-89. (In Russ.).
11. Razin R.A. Practice of conclusion of the contract of resource supply. *Yurist = Lawyer*, 2015, no. 5, pp. 30-35. (In Russ.).
12. Tarasova A. E. Legal Qualification of Management of Multi-Unit Housing Stock in Russian Housing Law. *Zhilishchnoye pravo = Housing Law*, 2011, no. 9, pp. 69-95. (In Russ.).
13. Mikhaylov V.K. The provision of services or the provision of resources – that is the question. *Zhilishchnoye pravo = Housing law*, 2009, no. 4, pp. 19-26. (In Russ.).
14. Simanovich L.N. Direct management of the apartment building. *Yurist = Lawyer*, 2009, no. 2, pp. 48-52. (In Russ.).
15. Kornilova N. V. About ways of management of apartment houses. *Zakon = Law*, 2007, no. 6, pp. 59-70. (In Russ.).
16. Drozdov I.A. To the question of transfer of apartment houses in management. *Zakon = Law*, 2007, no. 6, pp. 19-29. (In Russ.).
17. Kirakosyan S. A. Unilateral Withdrawal by a Utility Company from a Utility Supply Contract: Grounds and Procedure. *Semeynoye i zhilishchnoye pravo = Family and housing law*, 2016, no. 6, pp. 34-37. (In Russ.).
18. Novoselova L. Transaction of assignment of the right of claim and grounds for its execution. *Khozyaystvo i pravo = Economy and law*, 2003, no. 7, pp. 23-35. (In Russ.).
19. Ilyushina M.N. General Meeting of Premise Owners in Apartment Blocks: Relevant Changes in Legal Regulation. *Semeynoye i zhilishchnoye pravo = Family and housing law*, 2017, no. 6, pp. 28-31. (In Russ.).
20. Filatova U. B. The Decision of the Meeting of Co-Owners: Comparative Legal Research. *Sibirskiy yuridicheskiy vestnik = Siberian legal Bulletin*, 2018, no. 1, pp. 69-73. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Маслей Светлана Эдуардовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: svetlana.masley@mail.ru
SPIN-код: 7273-8504; AuthorID: 595987

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Svetlana E. Masley – PhD in Law, Associate Professor, Department of Civil Law
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: svetlana.masley@mail.ru
SPIN-code: 7273-8504; AuthorID: 595987

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Маслей С.Э. Заключение прямых договоров с ресурсоснабжающими организациями / С.Э. Маслей // *Правоприменение*. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 125–136. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).125-136.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Masley S.E. Conclusion of direct contracts with utilities providers. *Pravoprimerenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 125–136. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).125-136. (In Russ.).

ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА: ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ И ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

М.А. Вишнякова

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

12 сентября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

Ключевые слова

Трудовой договор,
приостановление трудового
договора, перевод, секондмент,
садовый отпуск,
правоприменение

Утверждается, что изменения в способах производства и глобальный экономический кризис ведут к тому, что стандартные схемы отношений между работником и работодателем не отвечают современным требованиям. Обосновывается потребность российского трудового права в настоящее время в пересмотре конструкций регулирования трудовых отношений. Делается вывод, что приостановление трудового договора (трудовых правоотношений) позволит внедрить в трудовое право такие конструкции, как временный перевод работника к другому работодателю (не в рамках гл. 53.1 ТК РФ) и секондмент.

SUSPENSION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT: LEGAL NATURE AND PERSPECTIVES OF LAW ENFORCEMENT

Marina A. Vishnjakova

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 September 12

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

Keywords

Employment contract, suspension
of employment contract,
redeployment, secondment,
garden leave, law enforcement

The subject of the paper is legal nature of suspension of the employment contract.

The main aim of the paper is to confirm or disprove the hypothesis that it would be reasonable to provide for the possibility of suspension of the employment contract.

The methodology of the study includes general scientific methods (analysis, synthesis, description) as well as particular academic legal methods (formal-legal method, interpretation of legal acts).

The main results and scope of their application. Changes in industrialization and the global economic crisis inevitably lead to the fact that the standard schemes of relations between the employee and the employer do not meet the requirements of modern times. It needs to revise the structures of regulation of labour relations in Russian labor law. The suspension of an employment contract must be temporary and must continue until the circumstances giving rise to the suspension have been eliminated. The usage suspension of the employment contract entails the need for direct determination of the following guarantees for employees for the entire period: preservation of the employee's place of work (position); prohibition of dismissal of an employee on the initiative of the employer; inclusion of suspension period in the length of seniority for annual basic paid leave; preservation of the employee's right to get a job with another employer on a part-time basis.

The usage of suspension of the employment contract will allow to regulate new forms of employment activity: temporary redeployment of the employee to another employer and secondment into the labor law.

Conclusions. It would be reasonable to provide for the possibility of suspension of the employment contract.

1. Введение

На сегодняшний день, с учетом глобализации экономики, совершенствования производства, из-

менения конъюнктуры рынка труда, задачей трудового права является поиск необходимых конструкций регулирования трудовых отношений.

Одной из таких конструкций может быть приостановление трудового договора [1–4].

2. Регулирование приостановления трудового договора в зарубежных странах

Нормы о приостановлении трудового договора именно в этом значении закреплены в законодательстве некоторых иностранных государств.

Например, в США применяется такая своеобразная форма, как «временное увольнение в связи с отсутствием работы». В этом случае работникам не выплачивается заработная плата, но в течение установленного времени (не более 1 года) работники числятся в штате данного предприятия, сохраняется их трудовой стаж и, если предприятие расширит производство, они смогут вновь приступить к работе. По истечении 1 года такое временное увольнение переходит в постоянное [5, с. 161].

Приостановление трудового договора с работником, который по медицинскому заключению не может выполнять работу предусмотрено французским трудовым законодательством (L1226-3 Трудового кодекса Франции). Приостановление договора происходит на весь период профессионального переобучения такого сотрудника [6].

Согласно праву занятости Великобритании в период срока предупреждения работодателя работником или работника работодателем о прекращении трудового договора работник имеет право на «садовый отпуск» (garden leave). «Садовый отпуск» практикуется по трудовым договорам с руководителями, причем на основе прецедентного права он может и подразумеваться. Работник наделен правом заявить отказ от него. В период «садового отпуска» запрещено находиться на работе и даже в помещениях работодателя, невозможны контакты с клиентами. Работодатель может потребовать вернуть оборудование и другую свою собственность. По мнению ряда специалистов, на период «садового отпуска» трудовой договор приостанавливается, невзирая на то, что у работника может существовать право на его оплату [7, с. 431-432].

В Трудовом кодексе Республики Молдова закреплена специальная глава IV «Приостановлении действия индивидуального трудового договора»¹. Под приостановлением действия индивидуального трудового договора предполагается приостановление работы работником и выплаты ему вознаграждений (заработной платы, надбавок, других выплат)

работодателем. На весь период приостановления действия индивидуального трудового договора права и обязанности сторон, кроме указанных в части 2, продолжают действовать, если иное не предусмотрено действующими нормативными актами, коллективными соглашениями, коллективным и индивидуальными трудовыми договорами. Также кодексом определены случаи приостановления действия индивидуального трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (например, отпуск по беременности и родам, болезнь или травма, участие в забастовке, объявленной в соответствии с законодательством, призыв на срочную военную, сокращенную военную или гражданскую службу), по соглашению сторон (например, предоставление отпуска без сохранения заработной платы на срок более одного месяца, прохождение курса профессиональной подготовки или стажировки с отрывом от работы на срок более 60 календарных дней, технический простой) или по инициативе одной из сторон (например, отпуск по уходу за ребенком в возрасте до шести лет, невыплата или частичная выплата, не менее двух месяцев подряд, заработной платы или других обязательных платежей, неудовлетворительные условия здоровья и безопасности труда, на время служебного расследования, проводимого в соответствии с требованиями настоящего кодекса).

3. Регулирование приостановления трудового договора в российском законодательстве

В российском трудовом праве в настоящее время такая конструкция используется для регулирования трудовых отношений спортсменов [8] и государственных служащих определенных видов государственной службы [9–12].

Согласно статье 37 Федерального закона «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»² служба в органах внутренних дел приостанавливается в случае:

– назначения (избрания) сотрудника органов внутренних дел на государственную должность Российской Федерации, членом Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации или депутатом Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, депутатом законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации,

¹ http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3836 (дата обращения 18.06.2018).

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 49 (часть I). Ст. 7020.

депутатом представительного органа муниципального образования, главой муниципального образования или назначения сотрудника на должность главы местной администрации;

– наделения сотрудника органов внутренних дел полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) или назначения временно исполняющим обязанности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации);

– направления сотрудника органов внутренних дел по решению руководителя федерального органа исполнительной власти в сфере внутренних дел или уполномоченного руководителя в международную организацию на основании международного договора Российской Федерации или в иных случаях, установленных нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, в порядке и на условиях, которые действуют в данной международной организации;

– безвестного отсутствия сотрудника органов внутренних дел;

– в иных случаях, связанных с выполнением сотрудником органов внутренних дел государственных обязанностей, установленных федеральными законами и (или) нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации.

Аналогичные случаи предусмотрены статьей 43.1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»³, статьей 45 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе»⁴.

В статье 348.4 ТК РФ⁵ законодатель попытался определить правовую сущность приостановления трудового договора [13]. Так, на период временного перевода спортсмена к другому работодателю действие первоначально заключенного трудового договора приостанавливается, то есть стороны приостанавливают осуществление прав и обязанностей, установленных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, а также осуществление прав и обязанностей, вытекающих из условий коллективного

договора, соглашений, трудового договора, за исключением прав и обязанностей, установленных частью второй статьи 348.7 ТК РФ.

Однако понимание приостановления трудового договора, заложенное в статье 348.4 ТК РФ, является расширенным и не соответствует его действительной правовой природе.

4. Правовая природа приостановления трудового договора

Трудовая функция работника является обязательным условием трудового договора. Дополнительными являются условия, которые сами по себе не характеризуют содержание трудового договора, а лишь уточняют, развивают или дополняют основные условия. К ним относятся: условие о совмещении профессий, о сроке трудового договора, об испытании на приеме на работу и другие.

Природа основных и дополнительных условий такова, что факт достижения или недостижения соглашения по ним порождает разные правовые последствия. Недостижение соглашения по основным условиям не может привести к заключению трудового договора. Недостижение соглашения между сторонами по дополнительным условиям не может влиять на факт заключения трудового договора

Исходя из этого, обязанности одной стороны трудового договора обеспечить другую сторону работой и оплатить такую работу будут основными в силу того, что благодаря им заключаются трудовые договоры, без них трудовые договоры бессмысленны.

Основываясь на идеях профессора Л.Ю. Бугрова (как основоположника идеи выделения подинститута приостановления трудового договора) [7, с. 121–122], полагаю, что приостановление действия трудового договора необходимо связывать с приостановлением обязанности работодателя предоставлять работнику работу, а следовательно, и с приостановлением выполнения работником его трудовой функции. При этом указанное приостановление происходит как в отношении сторон, так и третьих лиц. Объясняется это тем, что юридическая природа трудового договора, трудовых правоотношений такова, что их полное приостановление невозможно. Определенные права и обязанности сторон, прямо предусмотренные трудовым договором или вытека-

³ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 8. Ст. 366.

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 13. Ст. 1475.

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1 (Часть 1). Ст. 3.

ющие из факта его заключения (о ведении кадровых документов, материальной ответственности сторон, неразглашении конфиденциальной информации и т. д.), всегда будут действующими, если нет прекращения трудового договора.

Приостановление действия трудового договора имеет временный характер и продолжается до устранения обстоятельств, явившихся основанием для приостановления.

В связи с тем, что трудовые отношения связаны с трудовым договором, то приостановление действия трудового договора неизбежно повлечет и приостановление трудовых правоотношений. Однако приостановление трудовых правоотношений происходит не в полном объеме, так как их существование может продолжаться непосредственно на основании норм трудового права, а приостановление, вместо расторжения трудового договора, позволяет применять к сторонам трудовое законодательство.

Основываясь на вышеизложенном, представляется верным следующее определение приостановления трудового договора: это временное неисполнение обязанности работников по выполнению работы (как входящей в трудовую функцию работника, так и любой другой) вследствие приостановления обязанности работодателя обеспечивать работника работой в силу причин, указанных в законодательстве по своей инициативе, или по инициативе работника, или по инициативе третьих лиц с одной стороны.

Введение конструкции приостановления трудового договора влечет необходимость прямого определения для работников следующих гарантий на весь его период:

- сохранение за работником его место работы (должность);
- запрет увольнения работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем);
- включение в стаж, дающий право работнику на ежегодный основной оплачиваемый отпуск;
- сохранение права устроиться на работу к другому работодателю на условиях совместительства.

5. Временный перевод работника к другому работодателю как следствие приостановления трудового договора

Использование приостановления трудового договора позволит осуществить временный перевод работника к другому работодателю, когда в усло-

виях экономического кризиса в одних организациях идет процесс высвобождения работников, а в других – дефицит квалифицированного персонала. Работодатель, заинтересованный в том, чтобы к нему вернулись работники, которых он сегодня не обеспечивает работой, мог бы по согласованию с другим работодателем и с письменного согласия работника перевести его к другому работодателю на срок, определяемый соглашением сторон.

Введение указанной нормы, безусловно, даст предпосылку к повышению гибкости и мобильности трудовых ресурсов, но в свою очередь работодателям со своей стороны необходимо изменить отношение к трудовым ресурсам, ведь порой в кризисной ситуации легче и дешевле прекратить трудовые отношения, чем пытаться их «сохранить».

Отмечу, что такой временный перевод работника к другому работодателю был предусмотрен в советском трудовом праве.

Статья 37.1 Кодекса законов о труде 1922 года закрепляла право администрации предприятия или учреждения в случаях производственной необходимости переводить работников на срок до одного месяца на другую работу в том же или другом предприятии или учреждении в той же местности, а в случае простоя на все время простоя. При этом на время простоя временный перевод работников на другую работу являлся не только правом, но и прямой обязанностью администрации предприятия. В то время в научной литературе отмечалось, что в случае временного перевода работника на другое предприятие рабочий или служащий остается работником того предприятия, где он работал до перевода, трудовое отношение с этим предприятием не прерывается, но его повседневная реализация приостанавливается. В этом случае работник вступает в параллельные отношения с основным трудовым правоотношением по месту постоянной работы. Однако, несмотря на то, что временно переведенный работник подчиняется внутреннему трудовому распорядку по месту его временной работы, несет дисциплинарную ответственность перед администрацией этого предприятия, отвечает перед ним за материальный ущерб и т. д., это не означает, что работник состоит в каком-либо самостоятельном трудовом правоотношении с предприятием, в которое он временно переведен. Вся работа в этом предприятии протекает именно во исполнение обязанностей, лежащих на работнике как на субъекте трудового правоотношения по месту его постоянной работы. Также было обращено внимание, что «другое» предприятие или

учреждение должно находиться в той же системе, в которой работник состоит на постоянной работе, в ином случае требуется соглашение работника [14, с. 170–171].

Кодекс законов о труде 1971 года перенял указанную выше норму и закрепил ее в статьях 26, 27. Таким образом, советское трудовое законодательство давало возможность администрации предприятия достаточно гибко регулировать занятость населения.

Конструкция приостановления действия трудового договора (трудовых правоотношений) также позволит ввести российское трудовое право «такое явление, которое в зарубежной практике получило название «секондмент» (от англ. secondment – командирование). Этот термин, применяемый в области управления персоналом, означает временный перевод к другому работодателю при сохранении трудовых отношений с основным (первоначальным) работодателем. Считается, что секондмент является актуальным способом приобретения откомандированным сотрудником нового опыта работы, специфических знаний и навыков, которые он впоследствии сможет использовать на благо своего основного работодателя. Иными словами, секондмент рассматривается в первую очередь как инструмент развития персонала, эффективное средство обучения и стажировки работников. Временное откомандирование может широко использоваться и в других целях, а именно для обеспечения мобильности персонала в рамках кластеров, транснациональных корпораций, группы компаний, ротации персонала как внутри компании, так и за ее пределами. Временный перевод к другому работодателю может понадобиться для разработки новых или совершенствования

действующих бизнес-процессов, участия в создании и реализации новых продуктов интеллектуальной деятельности, внедрения инновационных моделей управления экономикой» [15, с. 380].

6. Выводы

В связи с этим, целесообразно применять механизм приостановления трудового договора не только к спортсменам и государственным служащим, но и ко всем работникам и усилить соответствующие нормы, касающиеся приостановления трудового договора.

Это возможно сделать путем введения отдельной главы «Приостановление трудового договора» в раздел III части III ТК РФ или включением соответствующих норм в главу 12 «Изменение трудового договора», изменив при этом название «Изменение и приостановление трудового договора», так как приостановление трудового договора и не изменяет его в том смысле, который дает изменению трудового договора законодатель, но несомненно, трансформирует права и обязанности работника и работодателя.

Для устранения терминологической неопределенности в главе о приостановлении трудового договора логичным было бы дать определение соответствующего понятия, указать его основные формы с отсылками к другим нормам ТК РФ или иных федеральных законов, установить основные гарантии для работников.

Полагаю, что законодательное закрепление приостановления трудового договора улучшит положения работника и работодателя и будет способствовать появлению в российском трудовом праве новых форм трудовых отношений (таких например как «секондмент»), что, несомненно, отразится на мобильности трудовых ресурсов.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Бондаренко Э.Н. Динамика трудового правоотношения / Э.Н. Бондаренко. – М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2015. – 192 с.
2. Ершова Е.А. Трудовые правоотношения государственных гражданских и муниципальных служащих в России / Е.А. Ершова. – М.: Статут, 2008. – 668 с.
3. Избиенова Т.А. Приостановление трудового договора как механизм обеспечения "стабильности" трудовых отношений / Т.А. Избиенова, А.А. Целищев // Трудовое право. – 2009. – № 8. – С. 86–90.
4. Бугров Л.Ю. Приостановление трудового договора / Л.Ю. Бугров // Рос. юрид. журнал. – 2009. – № 1. – С. 112–124.
5. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель. – М.: Юристъ, 2002. – 687 с.
6. Филипова И.А. Особенности правового регулирования труда по законодательству России и Франции. Сравнительно-правовое исследование: монография / И.А. Филипова. – Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2016. – 115 с.

7. Бугров Л.Ю. Трудовой договор в России и за рубежом: монография / Л.Ю. Бугров. – Пермь, 2013. – 642 с.
8. Завгородний А.В. Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров в России / А.В. Завгородний // Трудовое право в России и за рубежом. – 2010. – № 1. – С. 41–51.
9. Подзин А.А. Особенности перевода или восстановления на службе в ОМВД / А.А. Подзин // Российский следователь. – 2013. – № 20. – С. 42–46.
10. Бессарабов В.Г. Защита российской прокуратурой прав и свобод человека и гражданина / В.Г. Бессарабов, К.А. Кашаев. – М.: Городец, 2007. – 464 с.
11. Захаров И.В. Особенности осуществления полномочий выборных лиц местного самоуправления сотрудниками органов внутренних дел в Российской Федерации / И.В. Захаров // Конституционное и муниципальное право. – 2011. – № 8. – С. 62–65.
12. Акчурин З.Х. Актуальные вопросы правового регулирования прохождения военной службы не на воинских должностях / З.Х. Акчурин, М.Н.Федулова // Право в Вооруженных Силах. – 2006. – № 5. – С. 8–14.
13. Договоры о труде в сфере действия трудового права: учебное пособие / К.Н. Гусов, К.Д. Крылов, А.М. Лушников и др.; под ред. К.Н. Гусова. – М.: Проспект, 2010. – 256 с.
14. Роль советского трудового права в плановом обеспечении народного хозяйства кадрами / Е.И. Астрахан, С. Каринский, А. Ставцева. – М.: Госюриздат, 1955. – 192 с.
15. Головина С.Ю. О некоторых тенденциях развития трудового права России с современных экономических условиях / С.Ю. Головина // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов: избранные материалы / Г.В. Абшилава, В.В. Акинфиева, А.Б. Афанасьев и др.; отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. – М.: Статут, 2015. – 400 с.

REFERENCES

1. Bondarenko E. N. The dynamics of the employment relationship. Moscow, NORMA Publ., INFRA-M Publ., 2015. 192 p. (In Russ.).
2. Ershova E. Labor relations of the state civil and municipal employees in Russia. Moscow, Statute Publ., 2008. 668 p. (In Russ.).
3. Izbienova T.A., Tselishchev, A.A. The suspension of the employment contract as an ensuring mechanism of the "stability" of labor relations. *Trudovoe Pravo = Labor Law*, 2009, no. 8, 86-90 pp. (In Russ.).
4. Bugrov L.Yu. Suspension of the employment contract. *Rossiiskij juridicheskij zhurnal = Russian law journal*, 2009, no. 1, 112-124 pp. (In Russ.).
5. Frenkel E.B. (Ed.). Labor and social law of foreign countries: basic institutions. Comparative legal research. Moscow, Yurist Publ., 2002. 687 s. (In Russ.).
6. Features of legal regulation of labor under the legislation of Russia and France. Comparative legal research: monograph. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod state University Publ., 2016. 115 pp. (In Russ.).
7. Bugrov L.Yu. The Employment contract in Russia and abroad. Perm, 2013. 642 p. (In Russ.).
8. Features of regulation of athletes' and trainers' work in Russia. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom = Labor law in Russia and abroad*, 2010, no. 1, pp. 41-51. (In Russ.).
9. Pozin A.A. Peculiarities of transfer or reinstatement in the Department of the Ministry of the interior. *Rossiiskij sledovatel' = Russian investigator*, 2013, no. 20, pp. 42-46. (In Russ.).
10. Bessarabov V. G., Kashaev K. A. Protection of human and civil rights and freedoms by the Russian Procuracy. Moscow, Gorodets Publ., 2007. 464 p. (In Russ.).
11. Zakharov I. V. Features of exercise of the powers of local government's elected officials by the staff of the bodies of internal affairs in the Russian Federation. *Konstitucionnoe i municipal'noe pravo = Constitutional and municipal law*, 2011, no 8, pp. 62-65. (In Russ.).
12. Akchurin Z.H., Fedulova M.N. Topical issues of legal regulation of military service not in military positions. *Pravo v Vooruzhennyh Silah = Law in the Armed Forces*, 2006, no. 5, pp. 8-14. (In Russ.).
13. Gusov K.N., Krylov K.D., Lushnikov A.M. et al. Labor agreements within the labour law: textbook. Moscow, Prospect Publ., 2010. 256 p. (In Russ.).

14. Astrakhan E.I., Karinskii S., Starczeva A. The role of the Soviet labour law in the planned staffing of the national economy. Moscow, Gosyurizdat Publ., 1955. 192 p. (In Russ.).

15. Golovina S.U. On some trends in the development of labor law in Russia with modern economic conditions in: Abshilava G.V., Akinfieva V.V., Afanas`ev A.B. The fifth Congress of the Perm legal scholars: featured content. Moscow, Statut Publ., 2015. 400 p. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Вишнякова Марина Анатольевна – преподаватель кафедры трудового права
Омский государственный университет
им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а
e-mail: 8marisha8@mail.ru

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Marina A. Vishnjakova – lecturer, Department of Labor Law
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: 8marisha8@mail.ru

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Вишнякова М.А. Приостановление трудового договора: правовая сущность и перспективы правоприменения / М.А. Вишнякова // Правоприменение. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 137–143. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).137-143.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Vishnjakova M.A. Suspension of the employment contract: legal nature and perspectives of law enforcement. *Pravoprimenie = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 137–143. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).137-143. (In Russ.).

УДК 347.9

DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(4).144-147

**ТЕНДЕНЦИИ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ В СФЕРЕ ПРЯМОГО НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ
(обзор конференции «Актуальная практика Европейского суда справедливости
в сфере прямого налогообложения», Вена, 8–10 ноября 2018 г.)**

К.А. Пономарева

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, г. Омск, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

14 ноября 2018 г.

Дата принятия в печать –

14 декабря 2018 г.

Дата онлайн-размещения –

20 января 2019 г.

В статье представлен отчет о научной конференции «Актуальная практика Европейского суда справедливости в сфере прямого налогообложения», проходившей с 8 по 10 ноября 2018 года в Экономическом университете Вены.

Ключевые слова

Прямое налогообложение,
налог на прибыль организаций,
Европейский суд
справедливости, Европейский
Союз, двойное
налогообложение,
конференция, Экономический
университет Вены, налоговое
право, правоприменение

**TRENDS IN RESOLUTION OF DISPUTES IN THE FIELD OF DIRECT TAXATION
(review of the conference “Recent and Pending Cases at the Court of Justice of the European
Union on Direct Taxation”, Vienna, November 8–10, 2018)**

Karina A. Ponomareva

Dostoevsky Omsk State University, Omsk, Russia

Article info

Received – 2018 November 14

Accepted – 2018 December 14

Available online – 2019 January 20

The report on the scientific conference “Recent and Pending Cases at the Court of Justice of the European Union on Direct Taxation”) is presented in the paper. The conference took place on November 8-10, 2018 at Vienna University of Economics and Business. Conferences on the EU Court of Justice decisions in the field of direct taxation have been held in Vienna annually since 2007. The most relevant topics at the 2018 conference were: increased understanding of state aid and the obligations of national courts to notify the European Commission; fiscal unity; taxation of dividends paid by non-residents; taxation of personal income; taxation of income from capital withdrawal; beneficial ownership issues; group taxation issues.

Keywords

Direct taxation, corporate income
tax, European Court of Justice,
European Union, double taxation,
conference, Vienna University of
Economics and Business, tax law,
law enforcement

8–10 ноября 2018 года в Экономическом университете Вены (Wirtschaftsuniversität Wien) состоялась

ежегодная конференция «Актуальная практика Европейского суда справедливости в сфере прямого нало-

гообложения» (“Recent and Pending Cases at the Court of Justice of the European Union on Direct Taxation”).

Участие в работе данной конференции приняла кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и муниципального права ОмГУ им. Ф.М. Достоевского, заместитель главного редактора журнала «Правоприменение» К.А. Пономарева.

В последние годы Европейскому суду справедливости (далее – Суд ЕС) приходится сталкиваться все с большим количеством дел, касающимся прямого налогообложения и основных свобод (свободы передвижения товаров, услуг, капитала и рабочей силы). Вместе с тем Европейская комиссия все больше настроена на критику национальных систем налогового законодательства и инициацию процедур расследования нарушений в отношении государств-членов ЕС. Поскольку все эти случаи представляют большой интерес для ученых и практиков, необходим их тщательный анализ.

Сфера прямого налогообложения чувствительно воспринимается государствами-членами с позиции их суверенитета, что обуславливает осторожность в отношении экономико-политического решения по поводу налоговой конкуренции в этой сфере. Это оказывает влияние на процессы налоговой интеграции в сфере налогообложения прибыли и доходов.

Перед Судом ЕС довольно редко встает вопрос о толковании норм, регулирующих отношения в сфере прямого налогообложения. Объектом его рассмотрения в таких случаях становится конфликт между основными свободами и негармонизированными нормами национального права. Таким образом, предметом рассмотрения Суда ЕС становится не налоговое право (поскольку Суд не полномочен толковать национальное право или соглашения об избежании двойного налогообложения), но общие положения права ЕС (свобода передвижения, право доступа на рынок, принцип субсидиарности, запрет дискриминации и злоупотребления правом, свобода конкуренции).

Конференции, посвященные делам Суда ЕС в сфере прямого налогообложения, проводятся в Вене ежегодно с 2007 года. Кроме того, в Вене ежегодно проводится аналогичная конференция, посвященная практике Суда ЕС в сфере НДС. Большое количество экспертов по европейскому и международному налоговому праву ежегодно принимают участие в данной конференции, в 2018 году число участников составило порядка 80 человек. Всего в работе конференции приняли участие представители 27 государств.

Спикерами выступили выдающиеся эксперты из государств, из которых поступают налоговые дела в Суд, они представляют фабулы дел, результаты их предварительного рассмотрения, а в случае вынесения решения – и самого решения, а также соответствующую национальную и европейскую правовую базу. Эти дела обсуждаются в ходе панельных дискуссий. Доклады были представлены такими мэтрами налогового права ЕС, как М. Ланг, Э. Кеммерен, Д. Смит, А. Руст, К. Штарингер, Р. Судоски, Д. Гутманн и др.

Каждому государству из представленных (Нидерланды, Бельгия, Чехия, Италия, Испания, Германия, Швеция, Австрия, Болгария, Франция, Венгрия, Дания) была посвящена отдельная панель. Традиционно большое количество дел касалось Нидерландов, Германии и Бельгии.

Суд ЕС является единственным судебным органом, уполномоченным толковать право Союза, а суды государств-членов обладают аналогичными исключительными полномочиями в отношении своего национального права. Этот механизм выглядит однозначным в теории, но опыт последних 30 лет свидетельствует о сбоях в его работе. Суд ЕС постоянно вынужден находить баланс между интересами внутреннего рынка и государств-членов. Тот факт, что Суд ЕС полномочен толковать только нормы налогового права ЕС, но не национального права, делает негативную интеграцию в сфере прямых налогов сложной и хаотичной, более того, сюда вовлекается еще один уровень – сеть соглашений об избежании двойного налогообложения, заключенных между государствами-членами.

Глобализация и растущая роль транснациональных компаний имеют стратегически важные последствия для национальных налоговых систем: инвестиции будут размещены не только там, где это наиболее продуктивно, но и там, где ниже налоговая нагрузка. В идеале выбор места учреждения компании не должен зависеть от налогового режима того или иного государства, но на практике компании меняют место размещения инвестиций с целью избежания высокой налоговой нагрузки.

Основой рассмотрения налоговых дел Судом ЕС является сущность внутреннего рынка. Учредительные договоры ЕС имеют целью установление общего рынка и гарантирование его функционирования для всех государств-членов Союза. Основные свободы, закрепленные в учредительных договорах ЕС, охватывают свободное передвижение товаров, услуг, капитала и рабочей силы и составляют фунда-

мент внутреннего рынка. Исходный пункт влияния основных свобод на налогообложение прибыли и доходов очевиден: внутренний рынок охватывает пространство без внутренних границ, в котором согласно положениям учредительных договоров обеспечивается свободное передвижение товаров, лиц, услуг и капиталов.

За основу Судом ЕС до сих пор берутся дела, ставшие классикой налогового права ЕС и определяющие дальнейшую судебную практику по аналогичным делам, например, решения по делам *Cadbury Schweppes*, *Marks&Spencer*, *National Grid Indus*, *Gilly*, *Schumacker* и др.

Прямое налогообложение стало предметом наднационального регулирования относительно недавно, имеет меньшее влияние на функционирование союзной экономики по сравнению с косвенным и вследствие этого регулируется на уровне интеграционных объединений лишь в отдельных аспектах, связанных с реализацией четырех свобод. К таким аспектам относятся избежание двойного налогообложения прибыли дочерних компаний в случае, когда материнская и дочерняя компании являются резидентами разных государств-членов; налогообложение прироста капитала, возникающего при проведении трансграничных операций по реорганизации компаний; порядок налогообложения процентов и роялти, выплачиваемых между материнскими и дочерними компаниями разных государств-членов; налогообложение доходов физических лиц от накопленных сбережений в форме выплаты процентов.

Основными проблемами в этой связи в практике последних лет являются:

– движение в сторону внутреннего рынка: избежание двойного налогообложения; дальнейшее движение к экономической интеграции государств-членов; вопросы налоговой конкуренции;

– проблемы взаимодействия 28 налоговых юрисдикций (раскрытые еще в классическом деле суда ЕС *C-371/10 National Grid Indus*): распределение налоговых прав между государствами-членами; налоговая когерентность; принцип территориальности;

– открытая рыночная экономика и свободная конкуренция (ст. 119-120 Договора о функционировании Европейского Союза);

– эффективное распределение факторов производства (ст. 120 Договора о функционировании Европейского Союза).

– ряд принципов налогового права: принцип способности к уплате налогов (*ability-to-pay principle*) (раскрытые в делах суда ЕС *Schumacker*, *Bevola*); принцип прямой выгоды (дело *National Grid Indus*); налогообложение у источника дело (*National Grid Indus*).

Наиболее актуальными темами на конференции 2018 года стали:

– расширение понимания государственной помощи и обязательств национальных судов по уведомлению Европейской комиссии (дело *C-598/16, Afonds*);

– фискальное единство (дело *C-399/16, X NV*);
– налогообложение дивидендов, уплачиваемых нерезидентами (дела *C-56/17, Köln Aktiefonds Deka*; *C-575/17 Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA*; *C-470/16, Fidelity Funds*);

– налогообложение доходов физических лиц (дела *C-602/17, Sauvage and Lejeune*; *C-174/18, Jacob and Lennertz*; *C-524/15, Menci*; *C-125/17, Bisignani*);

– налогообложение доходов при выводе капитала (дела *Picart*, *C-355/16*);

– вопросы бенефициарной собственности (дела *C-116/16, C-117/16, T Danmark*);

– вопросы группового налогообложения (дела *C-650/16, Bevola*, *C-28/17, NN*).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Пономарева Карина Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и муниципального права
Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского
644077, Россия, г. Омск, пр. Мира, 55а,
e-mail: karinaponomareva@gmail.com
ResearcherID: N-7562-2016

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Karina A. Ponomareva – PhD in Law, Associate Professor Department of State and Municipal Law
Dostoevsky Omsk State University
55a, Mira pr., Omsk, 644077, Russia
e-mail: karinaponomareva@gmail.com
ResearcherID: N-7562-2016

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Пономарева К.А. Тенденции рассмотрения споров в сфере прямого налогообложения (обзор конференции «Актуальная практика Европейского суда справедливости в сфере прямого налогообложения», Вена, 8–10 ноября 2018 г.) / К.А. Пономарева // Правоприменение. – 2018. – Т. 2, № 4. – С. 144–147. – DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).144-147.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Ponomareva K.A. Trends in resolution of disputes in the field of direct taxation (review of the conference “Recent and Pending Cases at the Court of Justice of the European Union on Direct Taxation”, Vienna, November 8–10, 2018). *Pravoprименение = Law Enforcement Review*, 2018, vol. 2, no. 4, pp. 144–147. DOI: 10.24147/2542-1514.2018.2(4).144-147. (In Russ.).

ПРАВИЛА ДЛЯ АВТОРОВ

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

1. Требования к содержанию публикации

Представляемые в журнал статьи должны излагать новые, еще не опубликованные результаты гуманитарных исследований по направлению «Юриспруденция», соответствующие тематике разделов журнала:

1. Теория и история правоприменения.
2. Применение норм права органами государственной власти.
3. Применение норм права органами местного самоуправления.
4. Применение норм права органами предварительного следствия и дознания.
5. Применение норм права судебными органами.
6. Применение норм права органами административной юрисдикции.
7. Применение норм права органами уголовно-исполнительной системы.
8. Сообщения, рецензии, научная жизнь.

Окончательный состав разделов определяется для каждого номера редакционной коллегией в зависимости от тематики поступивших и публикуемых материалов.

Принимаются статьи, материалы обзорного и информационного характера, рецензии, письма, заметки, краткие научные сообщения.

В случае, если статья подготовлена коллективом авторов, то в его состав должны входить только те авторы, которые внесли значительный вклад в данное исследование.

Главная тема статьи не должна быть опубликована в других изданиях.

Авторы должны соблюдать правила цитирования, гарантировать подлинность и корректность приводимых данных.

2. Требования к предоставляемым документам

Автор предоставляет:

- заявку на публикацию, подписанную и отсканированную в формате .pdf (.jpg).
- текст статьи в файле формата Microsoft Word (файлы с расширением .doc, .docx или .rtf); название файла включает фамилию автора и дату отправления статьи, например «Иванов_28-02-2015».

Статья в обязательном порядке должна быть структурирована, разделы статьи – поименованы.

• **ОБЯЗАТЕЛЬНО – реферат статьи объемом около 2 тыс. знаков с англоязычной версией (2 тыс. знаков)**, подготовленной профессиональным переводчиком. Реферат включает название, цель статьи, характеристику проблемного поля, описание методов и методологии исследования, информацию об основных научных результатах. Реферат на русском языке не публикуется.

Объем статьи должен составлять **не менее 25 тыс. знаков** (подсчет с пробелами) с учетом сведений об авторе, аннотации, англоязычной версии реферата, сносок, таблиц и рисунков.

Объем информационных заметок и рецензий составляет не более 10 тыс. знаков.

Статьи и другие материалы для публикации направляются в электронном виде по e-mail: omsk.ler@gmail.com.

3. Требования к оформлению статьи

Статья оформляется в соответствии со следующими требованиями:

- стандартный набор шрифтов Windows, кегль 12;
- если автор использует дополнительные шрифты, не входящие в основной набор Windows, то эти шрифты должны быть записаны в электронном виде и переданы со статьей;
- межстрочный интервал 1;
- не используются макросы и стилевые оформления Microsoft Word;
- поля: сверху и снизу – 2 см, слева – 2,5, справа – 1,5 см;
- графики и диаграммы представляются отдельными файлами, выполненными в Microsoft Excel; иллюстрации в формате .jpeg;
- нумерация таблиц и рисунков сквозная по статье.

Индекс УДК располагается в левом верхнем углу страницы, ниже по центру строчными буквами указываются инициалы и фамилия автора, на следующей строке прописными буквами – название статьи.

Со следующей строки с выравниванием по ширине страницы дается аннотация (не более 800 знаков) и ключевые слова (8–10), выделенные курсивом. Ниже размещается текст на английском языке в том же оформлении, что и на русском: инициалы и фамилия автора, название статьи, сведения об авторе, реферат и ключевые слова. Текст статьи начинается на этой же странице. Сведения о поддержке исследования грантом размещаются в сноске, привязанной к заголовку статьи.

В конце статьи приводятся данные об авторе: фамилия, имя, отчество, ученая степень, ученое звание, почетные звания (при наличии), должность, место работы (полное и краткое название организации, адрес с почтовым индексом), электронный адрес автора, контактные телефоны, SPIN-код в системе ScienceIndex, ORCID, ResearcherID (при наличии).

4. Требования к оформлению ссылок

Согласно рекомендациям ВАК в конце статьи должен помещаться список литературы (с целью определения рейтинга цитируемости). Библиографические записи в нем оформляются в соответствии с ГОСТом, **список составляется в порядке упоминания в тексте. Каждая работа имеет только один порядковый номер, в случае неоднократной ссылки на нее в тексте указывается каждый раз только этот номер.** В списке литературы название публикации (статьи, книги) дается только один раз, в нем не допускаются указания «там же», «он же», «цит. по» и т. п.

В оригинальной научной статье **необходимо упоминание не менее 20 источников, имеющих автора**, в научном обзоре – не менее 50–80 (в том числе не менее 5–8 иностранных источников на иностранном языке). Самоцитирование автора допускается не более 20 % от количества источников в списке.

В тексте следует ссылаться следующим образом: в квадратных скобках ставится номер в порядке упоминания с указанием страниц – [1, с. 34], (см., например: [2, с. 56]), (цит. по: [6, с. 88]), в случае ссылки на несколько номеров – [1, с. 55; 2, с. 346; 3, с. 78]. Если имеется в виду ссылка на работу в целом, то в тексте страницы допустимо не указывать. В списке литературы для статей обязательно приводятся первая и последняя страницы в журнале или в сборнике статей, для монографий указывается общее количество страниц.

Составленный по правилам список литературы должен иметь англоязычную версию, которая оформляется следующим образом: **заголовки книг, статей, на которые дается ссылка, переводятся на английский язык, а названия журналов, сборников статей, на статьи из которых дается ссылка, – транслитерируются.**

Ссылки на архивные документы, рукописи, статистические справочники, публикации из Интернета, газеты, опубликованные законодательные акты (например, законы, изданные отдельными брошюрами, конституции), музейные экспонаты, разного рода пояснения автора и т. п. оформляются в виде обычных постраничных сносок. При оформлении ссылок на газету необходимо указывать год, день и месяц ее выхода.

5. Условия публикации

Рукописи, не удовлетворяющие указанным выше правилам, а также не принятые к публикации, авторам не возвращаются. Плата с авторов за публикацию не взимается.

После регистрации поступившей рукописи определяется степень ее соответствия тематике журнала. Не соответствующая тематике рукопись отклоняется с извещением автора. Соответствующая тематике работа решением главного редактора или его заместителей направляется на анонимное рецензирование в соответствии с Правилами рецензирования.

Статьи регистрируются редакцией. Датой принятия статьи в журнал считается день получения редакцией доработанного текста.

Журнал выходит 4 раза в год объемом до 250 страниц.

Отправляя рукопись в журнал, авторы принимают на себя обязательства отвечать на замечания рецензентов и вносить предлагаемые изменения, основанные на этих замечаниях. В спорных случаях, в том числе конфликта интересов, они могут обратиться в редакцию журнала с мотивированными возражениями или снять статью.

Мотивированный отказ в публикации отправляется автору по электронной почте после заседания редакционной коллегии по очередному номеру. Корректурa не высылается. Гонорар за публикуемые материалы не выплачивается.

В издательской деятельности журнал руководствуется Гражданским кодексом Российской Федерации, гл. 70 «Авторское право».

Автор статьи обязан соблюдать международные принципы научной публикационной этики. Редакция оставляет за собой право проверять текст статьи с помощью системы «Антиплагиат».

6. Права в отношении публикации

Направляя статью в редакцию журнала, автор (соавторы) на безвозмездной основе передает(ют) издателю на срок действия авторского права по действующему законодательству РФ исключительное право на использование статьи или отдельной ее части (в случае принятия редколлегией журнала статьи к опубликованию) на территории всех государств, где авторские права в силу международных конвенций являются охраняемыми, в том числе следующие права: на воспроизведение, распространение, на публичный показ, на доведение до всеобщего сведения, на перевод на иностранные языки и переработку (а также исключительное право на использование переведенного и (или) переработанного произведения вышеуказанными способами), на передачу всех вышеперечисленных прав другим лицам.

Индексирование и присутствие журнала в базах данных



– Международная база научных статей и их метаданных (<https://www.crossref.org/>).



– Российский индекс научного цитирования (РИНЦ):
Научная электронная библиотека eLIBRARY.RU (<http://elibrary.ru/>).



– AcademicKeys.com – межуниверситетская база поиска научных журналов в соответствии с профессиональной деятельностью (<http://www.academickeys.com/>)



– Open Archives – международная база данных (<http://www.openarchives.org/>)



– ResearchBib – международная мультидисциплинарная база данных научных журналов (<https://www.researchbib.com/>)



– Ulrich's Periodicals Directory – международная база данных периодических изданий (<http://ulrichsweb.serialssolutions.com/>)



– КиберЛенинка – научная электронная библиотека (<https://cyberleninka.ru/>)



– Google Scholar (Академия Google) – международная система поиска научных публикаций (<https://scholar.google.com/>)